

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLVI * Julio - Agosto 1970 * Núm. 479

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 Sanchíz; y

Sr. D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

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

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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

Depósito legal: M. 968.—1958

SUMARIO

ESTUDIOS:

«Crédito Agrario», por JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ	879
«El artículo 1.056, párrafo 2.º del Código civil y las menciones legitimarias», por PLÁCIDO PRADA ALVAREZ-BUYLLA	907

NOTAS DE DERECHO EXTRANJERO:

«Consideraciones críticas sobre el régimen de responsabilidad del Registrador de la Propiedad en el ejercicio de su cargo, en el proyecto de Código Hipotecario de Puerto Rico», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	945
--	-----

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 ...	973
II.—Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, ELÍAS IZQUIERDO MONTORO y JOSÉ CERDÁ GIMENO	1005
2. Jurisprudencia Procesal, por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO	1042
3. Jurisprudencia contencioso - administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	1047
III.—Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	1053

	<u>Págs.</u>
LIBROS:	
«Formularios de Actos Extrajudiciales de la sublime arte de la Notaria», de MARIANO ALONSO LAMBÁN, por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO	1063
«Les origines doctrinales du Code civil français», de ANDRÉ-JEAN ARNAUD, por MARIANO PESET REIG	1066
«La Organización de la Hacienda Española», de FERNANDO BENZO MESTRE, por JOSÉ MENÉNDEZ	1072
«Los Créditos derivados del contrato de obras. Su protección legal en la legislación civil», de RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, por JOSÉ CERDÁ GIMENO	1074
«Estudios sobre la jurisprudencia civil», de LUIS DÍEZ PICAZO, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA	1085
«Capacidad Jurídica de la mujer casada», de DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, por TERESA PUENTE MUÑOZ	1089
«Storia del diritto romano», de A. GUARINO, por AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS	1094
«Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété (Histoire et Theorie)», de PIERRE RECHT, por PEDRO ANTONIO FERRER SANCHIZ	1099
«Derechos y Deberes de los padres, incluida la guarda de los hijos», de SECRETARÍA GENERAL DE LA ONU, por PEDRO ANTONIO FERRER SANCHIZ	1102
REVISTAS:	1107

ESTUDIOS

Crédito agrario (*)

PREÁMBULO

Hemos de dedicar especial atención al crédito agrario, en su manifestación personal. Y ello ante el fracaso de las garantías reales como medio de capitalizar el agro. Pues primeramente la hipoteca, y más tarde las diversas modalidades de garantía real, no alcanzaron ni el fin ni el objeto que se les atribuyó y, por tanto, las esperanzas que se depositaron.

Tenderemos a destacar cómo la existencia de valores morales, unidos a la virtualidad de una titularidad ostentada sobre una explotación agraria, y a la cualidad de profesional del campo, puede contribuir a la movilización de capitales en beneficio de un sector de la producción sumamente necesitado, aumentando su productividad y, en consecuencia, promocionando al mismo. Implica tal proceder un retorno de la fe en el campo. De la fe en la naturaleza; en definitiva, en el ser humano. No debemos olvidar que la familia campesina constituye uno de los estamentos sociales de más sólida raíz y de más acendrados valores morales (1). “La historia nos enseña —dice JOSSERAND (2)— que los

(*) Para el estudio del Crédito agrario hemos de seguir en todo la orientación de mi obra *Crédito personal agrario y sus garantías jurídicas*, llevada a efecto en la Universidad de Toulouse, Faculté de Droit et des Sciences Economiques —Institut de Législation et d'Economie Rurales—, bajo el patrocinio de la “Fundación JUAN MARCH”; dicha obra ha sido editada por Santillana, Sociedad Anónima de Ediciones, Madrid, 1968.

(1) JULES MILHAU y ROGER MONTAGNE, *L'agriculture aujourd'hui et demain*, Presses Universitaires de France, París, 1961, pág. 3, afirman que “la estructura del mundo agrícola, y de una manera más general las estructuras del mundo rural, se revelan particularmente estables y sobre todo originales”.

(2) Autor cit., *Cours de droit positif français*, Sirey, París, 1930, tomo I, número 676, pág. 357, denuncia también el relajamiento de los vínculos familiares durante los periodos de decadencia. Es en la célula familiar donde ordinariamente se manifiestan los primeros síntomas del mal, antes de estallar en el organismo más vasto y potente del Estado.

pueblos más fuertes han sido siempre aquellos en que la familia estaba más fuertemente constituida..."

A) PECULIARIDADES PROPIAS DE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA

1. *Psiquismo del campesino: su mística.*

La fisonomía psíquica del hombre campesino viene determinada por la tierra, elemento primario donde se desenvuelve su actividad. Este elemento, cualquiera que sea su situación en longitud y latitud, imprime carácter común en su configuración idiosincrásica (3). Para él, normalmente, la tierra no es un capital en el sentido técnico y económico del término. Constituye fuente de vida. Permanece enraizado por las costumbres, las tradiciones y por un fuerte sentimiento de amor, que genera una compleja relación entre el hombre y la tierra, difícilmente susceptible de aprehensión (4).

Esa dificultad, esa complejidad de la relación binómica de hombre-tierra ha provocado la incompreensión del alma campesina. Pero no sólo han sido ésas las circunstancias que han influido en la modelación del alma campesina. La evolución histórica de la propiedad, con todo su sistema de vinculación forzosa a la tierra; el aislamiento, y su consecuencia de autoconsumo; los riesgos que la explotación genera, tanto para el hombre como para los productos de su trabajo, superiores a los del hombre de la ciudad; la ausencia de relaciones sociales; la complejidad del trabajo ru-

(3) GEORGE HARDY, *Nos grand problèmes coloniaux*, Armand Colin, París, 1933, pág. 21. Nos indica al respecto, si bien referido al mundo africano, que "las sociedades negro-africanas son esencialmente colectivistas; cada colectividad está constituida por la familia, compuesta de todos los descendientes, viviendo juntos bajo un ascendiente común. La tierra, que es considerada como una divinidad, no es de nadie: la tierra —dice un proverbio africano— no pertenece al hombre; es el hombre quien pertenece a la tierra; está gravada en beneficio exclusivo de la familia del primer ocupante y en virtud de una serie de contratos religiosos...". Vid. también FELICIEN CHALLAYE, *Histoire de la Propriété*, Presses Universitaires de France, París, y sobre todo LEVY-BRUL, *Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures*, Presses Universitaires de France, París, 1951.

(4) La teoría de los espacios económicos y su influencia en la agricultura ha sido desarrollada por VON THUNEN, que aparece como iniciador de la "economía espacial". Vid. CLAUDE PONSARD, *Histoire des théories économiques spatiales*, Armand Colin, París, 1958.

ral, que limita considerablemente la especialización; la indeterminación de la jornada de trabajo, afectada por los factores climáticos y cíclicos de los cultivos; la dificultad para obtener contactos con las fuentes de la cultura, etc., son otras causas influyentes. Ahora bien, el concurso de todas ellas no han eliminado los valores morales que como hombre, hecho a imagen y semejanza de Dios, le fueron atribuidos por el Supremo Hacedor.

De esta forma, con la concurrencia de esas circunstancias, se puede hablar de una *mística*: mística del hombre campesino que perdura entre los hombres del campo de la vieja Europa frente a la concepción puramente crematística del agricultor del Nuevo Mundo (5). Esa *manera especial* de sentir la tierra constituye un valor inalienable, intangible, pero transmisible a los miembros de la familia. Constituye la *affectio*, incomprensible para el hombre ciudadano. La fuerza generadora de cualidades y valores que emana de la tierra que nos dio el ser (6).

La perdurabilidad de esos valores es manifiesta en los momentos actuales. Pero se une a ellos el signo común de los tiempos: la aceleración histórica (7).

La tierra y todo cuanto con ella se relaciona no está ausente de ese impulso. Como fuente de vida goza de mutabilidad. Esa mutabilidad se opera al ritmo propio y peculiar del ciclo biológico que le es propio: lentitud. Peculiaridad que influye en las personas y en su organización estructural. Pero no obstante su profundo tradicionalismo, el campesino va tomando conciencia de la situación coyuntural en que se encuentra y quiere entrar en el nuevo orden que se inicia. El acceso a ese nuevo orden le será facilitado por el crédito, como medio de obtención de capital.

El crédito constituye el alma del progreso, de la Economía. Sin crédito no puede prosperar ésta, o su evolución sería lenta (8). La agricultura ha de entrar en ese círculo económico. La producción agrícola no puede ser concebida como antaño, es decir, como el resultado de dos elementos: tierra y trabajo. Hoy exige el con-

(5) El agricultor de América del Norte ha hecho del cultivo del suelo un tipo de profesión industrializada, pues dirige la explotación agrícola con la mentalidad de un hombre de negocios.

(6) "Pulvis es et in pulverem reverteris"

(7) DANIEL HALÉRY, en 1948, publicó su *Essai sur l'accélération de l'histoire*.

(8) Tendría que acudirse a la "autofinanciación" como medio de obtención de recursos suplementarios.

curso de otros que hasta ahora se han considerado como privados de la industria y el comercio: capital y técnica (9). Necesita el concurso de esos dos elementos para que se incorpore a la producción con el rango que le corresponde. Así se obtendrá la adecuada rentabilidad de las tierras cultivables.

El hombre del campo ha de superar, rápidamente, el ostracismo en el que ha vivido inmerso. Ha de sobreponerse a sí mismo (10) y remontar los escalones de desigualdad que le separan del hombre de la ciudad. En esa tarea de superación, como miembros integrantes de un importante sector de la sociedad, han de encontrar el apoyo decidido y eficaz de los poderes públicos (11).

En la realización de este esfuerzo ha de tenerse en cuenta no sólo la complejidad de la explotación agrícola, sino del alma campesina, encauzando los esfuerzos a la pervivencia y desarrollo de la explotación familiar, por lo que en el orden económico y político-social representa para la sociedad (12). Esa proyección se mani-

(9) "La agricultura, en definitiva, ha sido la cenicienta de todas las ramas de la producción y se ha situado por este orden: la industria, el asalariado, el comercio y la agricultura", JEAN MEYNAUD, *La révolte paysanne*, edit. Payot, París, 1963, pág. 37.

(10) "El campesino no ama el trabajo intelectual, pues no está familiarizado con este género de esfuerzo; ni le gusta, ni tiene hábito; escribe las cifras o las palabras sobre una hoja de papel; transforma en símbolos abstractos los fenómenos concretos de los cuales ve, representando para él una prueba temible. La manquera del arado es más ligera que el bolígrafo en la mano de un campesino", JULES MILHAU, *Traité d'économie rurale*, tomo I, Presses Universitaires de France, París, 1954, pág. 127.

(11) En el ámbito de la enseñanza, la actividad educativa de los centros rurales ha estado bastante desatendida. En un coloquio organizado por la Universidad de Montpellier en 1962 se reveló un defecto esencial: la falta de colaboración entre la investigación universitaria y agronómica. Hoy día se van superando estas notables deficiencias. Buena prueba de ello son los cursos y coloquios celebrados en Zaragoza, bajo el patrocinio de la Asociación Aragonesa de Derecho Agrario, y las actividades de otros organismos y asociaciones.

(12) "La naturaleza misma de la explotación ha contribuido a la cohesión de los lazos de cosanguinidad y afinidad. El trabajo de este tipo de empresa —vid. mi obra *Crédito personal agrario y sus garantías jurídicas*, Editorial Santillana, cit., págs. 26 y 27—, en el que han de efectuarse las más variadas tareas y funciones —preparación, ejecución y control—, une. Todos los miembros de la familia han de cooperar, con mayor o menor intensidad, en las faenas agrícolas, sufriendo y gozando con la aleatoriedad de las cosechas y los rigores de esta clase de trabajo. Esa cohesión, esa unión familiar, crea sentimientos de responsabilidad ligadas a la relación familiar. Esa nota elimina a la explotación agraria, concretamente a sus miembros, de las conjuras de tipo político. Cuando se produce un acontecimiento político o económico que les afecte de modo directo, se manifiestan abiertamente, de modo tumultuario, no de forma solapada y artera. Esa forma de proceder representa, en definitiva, una garantía para el poder legalmente constituido."

fiesta en la clara tendencia a la mecanización de la explotación familiar, lo cual implica su incorporación a la actividad económica presente, sin que ello suponga pérdida de los valores morales y espirituales de sus antepasados. Esa incorporación a la vida económica activa ha sacado al campesino de su enclaustramiento, de su sistema de economía autárquica (13) y, por consecuencia, del autoconsumo (14), con lo que de incorporación al progreso representa: especialmente, mercados (15).

2. Profesionalidad.

La vinculación del hombre a la tierra genera en el labriego un fuerte movimiento de adherencia a la misma. Este sentimiento se trocó, en la mayoría de los casos, en pasión por la tierra, por su propiedad (16). Pasión que ha provocado fuertes convulsiones sociales y que aún perduran, como fórmula de obtener la independencia y liberarse de la dominación de los propietarios territoriales. Pero estimamos que en la evolución de los hechos debe se-

(13) PIRENNE, en *Les villes au Moyen Age*, Bruxelles, 1927, pág. 45, nos expone cómo "cada uno vivía de los productos del suelo; nadie soñaba en producir para vender; no encontraría comprador". Vid. también la magnífica obra de PIERRE DE CAMBLAIRE, *L'autoconsommation en France*, Thèse en Droit, Montpellier, 1951.

(14) JULES MILHAU, *Traité d'économie rurale*, tomo I, cit., págs. 32 y ss., que establece tres leyes referentes al autoconsumo: 1.ª) En general, el autoconsumo varía en razón a la dimensión de la explotación. 2.ª) En general, el autoconsumo aumenta con el grado de policultivo. 3.ª) El autoconsumo varía en el mismo sentido que los rendimientos.

(15) En el agricultor se ha despertado el ansia de conocer. Tiene sed de saber. "La elasticidad de las necesidades humanas aumenta a medida que el capital físico se acrece —dice A. LEWIS, citado por JUY CAIRE, *La mémoire économique*, en "Revue d'Economie Politique", janvier-février 1965, pág. 12—, que la cultura se vuelve más compleja, que la empresa de las conveniencias se debilita y que el conocimiento de los nuevos bienes se extiende."

(16) D. R. BERGMAN dice —*Les unités économiques viables en agriculture*, en "F. A. T. I. S.", número 6, noviembre-diciembre 1958, pág. 152— que "en la mayor parte de los países de Europa los agricultores tienen un deseo extremadamente poderoso de adquirir la propiedad de la tierra que cultivan. Ese deseo es además acentuado por la consideración social correspondiente de la cualidad de propietario".

El afán de ser propietario y propietario en gran escala es una verdadera obsesión en quien se pasa la vida inclinado sobre la tierra. Primero desea adquirir el trocito que riega con el sudor de su frente; después ansia el pedazo vecino para redondear su finca; siempre va sintiendo mayores deseos de aumentar el terreno según va adquiriendo nuevas parcelas. Este sentimiento es lo que los ingleses llaman *demonio de la propiedad*, y los alemanes, por boca del doctor THEIL, "Landhunger", hambre de tierra.

guirse un proceso lógico y natural, sin olvidar ese mismo proceso. La profesionalidad es la primera fase para alcanzar la meta deseada.

Para ello creemos que el campesino debe tomar conciencia de su profesión. Hacer que ella sea un elemento real y de verdadera valoración social (17). No toda persona tiene aptitud y capacidad para el desempeño de esta profesión. El equilibrio agro-silvo-pastoral descansa esencialmente en la noción vocacional de la tierra. Así, cada parcela posee una predestinación que el agricultor intuye y debe seguir en función de ese destino, proyectando su actividad según la triple función de las tierras para labor, pastos y bosques.

No basta ese sentimiento vocacional, con ser fundamental; requiere una serie de conocimientos de la más variada índole, de las más variadas ciencias: establecer un plan de producción, aprovisionar la empresa, sembrar, plantar, recoger las cosechas, conservar los productos, venderlos, cuidar sus útiles y animales. Debe ser a la vez agrónomo, etnólogo, financiero, mecánico, géneta y comerciante avisado. Esa pluralidad de conocimientos, unidos a la reciedumbre moral frente a las adversidades y su vocación, le dan una gran fuerza y le colocan en una posición privilegiada. Le imprimen y dan carácter a su profesionalidad. Esta profesionalidad es la que debe ser objeto de especial valoración en la concesión del crédito.

B) RELACIÓN BIÓTICA DE LOS ELEMENTOS CAPITAL Y TÉCNICA

La concurrencia de los elementos capital y técnica ya no se considera privativa de la industria y del comercio. Pero si se ha llegado al concierto unánime respecto a la necesidad de incidir esos dos factores de la producción en la Agricultura, su efectividad real es más problemática. Capital y técnica son dos variantes complementarias. Sin capital difícilmente podrá desarrollarse la técnica, y sin técnica difícilmente el capital alcanzará una rentabilidad adecuada.

(17) Vid. ARTAUD, *Le métier d'agriculteur*, en "Economie et Humanisme". 1946.

No obstante el reconocimiento de este principio, el capital se retrae frente a la agricultura, fuente primaria de riqueza (18). Múltiples son las causas de contracción del capital. Unas de orden social, otras políticas y económicas.

a) De orden social basadas en la antagónica concepción del hombre de la ciudad y del hombre del campo. Ese antagonismo es cuestión de dominio, de poder de la ciudad sobre el campo. No olvidemos el alto porcentaje de tierras pertenecientes a personas residentes en las ciudades cuya explotación se realiza bajo arrendamiento o cualquier otra forma societaria (19), que miran con el correspondiente recelo la posible capitalización de la actividad campesina, por lo que puede suponer de autonomía, rebeldía o independencia.

La antigua concepción de la propiedad, profundamente arraigada y con una lenta evolución, ha contribuido a ese efecto disuasivo. Se ha visto siempre al campesino como clase asalariada, inerme a toda manifestación contraria al señorío absoluto, sin apercibirse que con esa actitud se fortalecían los vínculos de cohesión de la familia campesina y se daba nacimiento a la pequeña explotación familiar cuya vitalidad y persistencia es un hecho incuestionable. RÖPKE ha puesto de manifiesto cómo, cualquiera que sea la situación de un país y sus ideas políticas, se mantienen las pequeñas explotaciones de tipo familiar como células fundamentales de la producción agrícola.

b) De orden político en cuanto que se ha encauzado la acción del Estado, de una manera prevalente, al desenvolvimiento industrial. JEAN MEYNAUD claramente expresa (20) que "muy a menudo los gobernantes han tenido tendencia a hacer presión sobre los precios agrícolas, olvidando lo que regula la renta del campo, siendo en definitiva sus objetivos permitir a los consumidores alimentarse a menor precio, evitando las reivindicaciones salariales, ca-

(18) "Raros son los hombres que tienen del mundo una visión cósmica, de modo que les sea posible sacar conclusiones prácticas. Numerosos son los que poseen sólo fragmentarios conocimientos utilizables." J. K. GALBRAITH, *Les conditions actuelles du développement économiques*, trad. française. Denoël, París, 1955, pág. 197.

(19) Vid. R. DUGRAND, *La propriété foncière des citadins en Bas Languedoc*, "Bulletin de l'Association des Géographes française", números 259-260, Main-Juin 1956, págs. 133 a 145.

(20) Autor cit., *La révolte Paysanne* cit., pág. 41.

paces de entorpecer los costes industriales". Pero si la dinámica de los hechos no ha dejado de influir en el derecho, modificándolo, en razón a su cualidad de *posterius*, frente a la vida, que es *prius*, la política, que es conjunción de esos dos factores, no puede permanecer indiferente al cambio operado.

El orden político no es un orden separado del social y del económico, sino que es el mismo orden, caracterizado por su especial *sentido*. Así, la política da sentido a la economía y a las relaciones de convivencia.

Para el logro de ese afán de superación y la efectiva incorporación de la familia al nuevo orden es preciso, urgente, la incorporación de capital y técnica al campo. "Para lograr las modificaciones de los recursos y las mejoras en la organización y en la tecnología que desea, será necesario facilitar capital adicional a la agricultura, en forma de mayor volumen de créditos privados y públicos y de crecientes asignaciones presupuestarias. También tendrá que haber cambios en la organización y dirección de la política crediticia" (21). Ello implica un cambio de concepción absoluta. Los antiguos sistemas —garantías reales— como forma de capitalización del agro han fracasado (22).

La industrialización, como luego veremos, se ha conseguido, fundamentalmente, con el empobrecimiento constante y continuado del sector agrícola. Para que salga de esa situación, que lo ha gravado durante siglos, es preciso la conjunción armónica de medios adecuados —capital y técnica— que la economía enseña cómo obtener y aplicar (23). La agricultura necesita de esos dos elementos de la producción para vencer la inercia y alcanzar la aceleración precisa para desarrollarse ulteriormente por su propio

(21) Informe del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Oficina de Coordinación y Programación Económica. Madrid, 1962, pág. 438.

(22) KEYNES demostró que el capitalismo del *laissez-faire* había terminado definitivamente, y que la guerra —1914— había destruido las condiciones que le habían dado momentáneamente la justificación del éxito.

(23) El conocimiento de las leyes económicas "es un elemento esencial para poder formular una política económica (parte esencial de toda política) como sistema racional de medios para lograr *determinados fines*. Así como con *medios* económicos inadecuados la política será inútil, así también los hechos económicos por sí mismos no determinan los fines sociales a seguir". FRAGA IRIBARNE, *Política y Economía*, en "Rev. Estudios Políticos", núm. 125, septiembre-octubre 1962, pág. 18.

impulso (24) y acortar las distancias que la separan de los otros sectores de la producción.

c) Si graves son las circunstancias de carácter social y político motivadoras del retraimiento del capital y la técnica en la agricultura, las de índole económica por sí son suficientes para justificar esa esquivéz. No sólo el área de producción agrícola, extraordinariamente extensa, sino la limitación de la productividad, frente a la industria, son causas para provocar ese resultado. Pero si a ello se unen los riesgos que comporta una explotación agraria comparativamente con los que experimenta una industria, la conclusión es fatal, máxime si se analizan los sistemas de organización económica y financiera de una y otra.

Ese sentimiento de recelo y desconfianza se acentúa como consecuencia de los efectos de la Ley de King (25). Se incrementa por el régimen de economía espontánea de los campesinos, ya que la situación de dependencia y desamparo de los mismos frente al mecanismo de mercados es flagrante. Ese desamparo repercute en la percepción real de lo que como renta debe percibir. Hasta ahora el mercado agrícola pertenece al comprador. No hay relación de igual entre las partes. Es más, la Ley de King, cuando se aplica, pone a la agricultura en una molesta postura social. En los periodos de penuria generalizada el campesino da la impresión de enriquecerse en medio de la miseria general. Por el contrario, en los

(24) KENNEDY decía: "A los que luchan por romper las cadenas de la miseria prometemos nuestro esfuerzo por ayudarles a ayudarse ellos mismos. No a causa de lo que los comunistas puedan hacer, no por buscar sus votos, pero sí porque es lo justo." Citado por GUY CAIRE, en "Revue d'Economie Politique" (janvier-février 1965, pág. 10, nota 32).

(25) GREGORY KING, en el siglo XVII, en un estudio sobre el mercado del trigo en Inglaterra, formuló la Ley conocida por su nombre que se puede enunciar en estos términos: "El valor global de una cosecha de trigo disminuye cuando la importancia de la cosecha aumenta y recíprocamente." En la actualidad los estudios económicos realizados por especialistas en la materia extienden la aplicabilidad de dicha ley al mercado de otros productos agrícolas. Sobre esta materia puede examinarse, además de las obras generales: JULES MILHAU, *Prix et production en agriculture. Etudes économétriques de quelques marchés agricoles*, "Librairie du Recueil", Sirey, París, 1938; RAMIRO CAMPOS NORDMANN, *La Ley de King como teoría explicativa de los ingresos agrícolas*, en "Rev. de Estudios Agrosociales", núm. 40, julio-septiembre 1962, págs. 71 a 81; MARC LATIL, *L'évolution du revenu agricole*, Armand Colin, París, 1956; ROUQUET LAGARRIGUE, *Les problèmes de la corrélation et de l'élasticité*, 1944; HENRI GUITTON, *Essai sur la loi de King*, Sirey, París, 1938, y bibliografía citada por los mismos. Ha de hacerse constar que esta Ley fue formulada también por STANLEY JEVONS (1835-1882).

periodos de abundancia relativa las medidas tomadas contra la superproducción —malthusianismo agrícola (26)— crean un sentimiento general de repulsa. Repulsa que no es tan acentuada cuando esas mismas medidas se aplican a la superproducción industrial.

Pero a lo expuesto, que revela la gran complejidad de la agricultura, se unen otras concausas que provocan el desconocimiento de la necesidad sentida por la agricultura: indeterminación e indeterminabilidad de los costos agrícolas; la durabilidad del ciclo biológico, que inmoviliza el capital circulante durante el período genético; la postura del campesino que actúa frente al comprador de sus productos, esto es, frente al *homo oeconomicus* —que, según expresión de HENRI POINCARÉ, es un ser «infiniment égoïste et infiniment clairvoyant», comportándose en situación de inferioridad, es decir, como *capiti diminuido* (27); esa complejidad se acentúa con la misma mecanización; una bestia tiene una utilidad polivalente, la máquina no. Estamos, pues, en presencia de una evolución que no está exenta de contradicciones internas. Ello hace que a la agricultura no puedan aplicarse los sistemas, principios y métodos de la industria ni del comercio, no obstante haberse conceptualizado por muchos como “l’usime à aliments” (28).

Nosotros hemos mantenido y mantenemos la imposibilidad comparativa de una y otra. Razones de orden económico-social y natural la abonan. Basta simplemente examinar la estructuración orgánica de una y otra. Así, mientras “en la evolución industrial

(26) Hasta hace unos años los economistas distinguían y los Gobiernos aplicaban el malthusianismo agrícola, en una o en ambas de sus modalidades, como medio de combatir la superproducción y su repercusión en los precios. Así existía el llamado malthusianismo curativo, que tenía por objeto la destrucción del excedente de las cosechas obtenidas, cuando los precios de venta no cubrían los gastos de recolección y transporte. La otra modalidad aplicable es conocida bajo la denominación de malthusianismo preventivo, y envuelve dos facetas fundamentales: una que se logra por desnaturalización de los productos en exceso obtenidos —transformación del trigo en cereales no panificables, transformación del vino en alcohol, etc.—, y la otra de carácter previo, que consiste en la neutralización de una parte del aparato reproductor (reducción de superficies cultivables, desarraigamiento de vides, etcétera...).

(27) «Le masque de l’homme oeconomicus ne va a pas bien au paysan.» Vid. VERMONT-GAUCHY, *Situation matérielle et psychologique des agriculteurs*, “Bulletin Sedeis”, 1.ª, núm. 744, supplément février 1960, págs. 47-48.

(28) J. A. LAVANCHY, *Le prix de revient standard en agriculture*. Lausanne, 1954, pág. 123; LUIS REDONET y LÓPEZ DÓRIGA, *Crédito Agrícola*, Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1924, pág. 25.

se opone *la force de travail* del proletariado al capital del empresario, la agricultura, en los conflictos sociales, pone a menudo en presencia a un capitalista territorial y otro capitalista —cultivador— propietario de las máquinas agrícolas” (29).

Lo expuesto nos confirma la imposibilidad de seguir manteniendo el sistema actual de capitalización del agro. Es preciso su renovación total. No puede ser tratada y conceptuada como un sector más de la producción. Para hacer frente a los problemas agrarios es necesario una *cohesión social* independientemente de la necesaria *homogeneización social* que podría alcanzarse por una integración racional. Pero esa cohesión social exige un cierto estímulo, que puede lograrse a través del crédito personal agrario, que provoque la vivencia de los problemas agrarios, concibiendo la explotación agrícola como una empresa susceptible de consideración social, jurídica y económica.

II

FIJACIÓN DE CONCEPTOS

A) Crédito y préstamo.

Como cuestión previa hemos de fijar unos conceptos que nos facilitarán y conducirán a precisar la naturaleza del crédito agrario, en el sentido que nos proponemos.

ARWEL KOCK (30) da una noción descriptiva al decir que el crédito es “la *disposición*, desde el punto de vista del acreditante, y la *posibilidad*, desde el punto de vista del acreditado, de efectuar un contrato de crédito, esto es, un contrato cuya finalidad es la producción de una *operación de crédito*; mientras que, por operación de crédito debe entenderse, por parte del acreditante, la cesión en propiedad, regularmente retribuida, de capital (concesión

(29) JULES MILHAU y ROGER MONTAGNE, *L'agriculture aujourd'hui et demain* cit., pág. 99.

(30) Autor cit., *El crédito en el Derecho*. Editorial “Rev. Derecho Privado”. Madrid, 1946, trad. José María de las Navas, pág. 21.

de crédito), y por parte del deudor, la aceptación de aquel capital con la obligación de abonar interés y devolverlos de la forma pactada”.

Los juristas romanos, fijándose en la esencia de las cosas cuyo uso era cedido con obligación de restituir, en razón a la cualidad de las mismas, según fueran o no fungibles, distinguían dos modalidades diferentes y autónomas: mutuo y comodato, que, como figuras distintas, eran objeto de regulación. Ese mismo espíritu de observación les hizo apreciar la existencia de una *ratio essendi* en ambos contratos, como especies dentro del mismo género (31). Así pasó a nuestro Derecho a través de las Partidas (32).

Lo que preocupó a los estudiosos en los tiempos antiguos fue justificar el pacto o promesa de intereses en el préstamo (33), el más antiguo y típico de los negocios de crédito. La *cesión en propiedad* nos lleva a la formulación del préstamo mutuo, y de ahí a las disposiciones que reglamentan los establecimientos de crédito como empresas que proporcionan el préstamo de dinero. Nuestro

(31) No obstante la orientación moderna, más acorde con las motivaciones diferentes entre una y otra figura, rechazan su agrupación bajo una rúbrica general para ambos. Así, CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, 6.ª edición, tomo III, Editorial Reus, Madrid, 1944, pág. 179, sostiene que “son dos contratos distintos, aunque deben ser agrupados bajo la rúbrica genérica de los contratos reales, estimando como no aceptable el criterio de GIORGI, que incluye el *mutuo* en el grupo de los contratos traslativos del dominio, y el *comodato* en el de los traslativos de uso”.

Igual sistemática sigue VALVERDE en su *Tratado de Derecho Civil*, 4.ª edición, tomo III, págs. 416 y ss.; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español*, tomo IV, vol. 2.º, Editorial “Rev. Derecho Privado”, Madrid, 1951, págs. 147 y ss. y 261 y ss., que incluye el mutuo después de estudiar la permuta.

(32) “E son dos maneras de empréstamo. La una es más natural que la otra..., como cuando empréstan uno a otros alguna de las cosas que son acostumbradas a contar, pesar o medir... Tal préstamo es llamado en latín *Mutuum*... La otra es de cualquier de las otras que no son de tal manera como éstas: así como cavallo, libro e otras cosas semejantes; e a tal préstamo dizen en latín *Commodatum*” (Ley 1.ª, título I, partida 5.ª).

(33) Para un estudio de las diversas teorías sobre la rentabilidad del crédito, véase la obra de SIMONETTO, *Los contratos de crédito*, trad. MARTÍNEZ-VALENCIA y notas de FUENTES LOJOS, Bosch Editor, Barcelona, 1958, págs. 17 y ss. Para la evolución de la doctrina del interés y capital, BOHM-BAWERK, *Histoire critique des théories de l'intérêt du capital*, 2.ª ed., París, 1902, traducción francesa; RAFAEL FLORES MICHEO, *Los negocios de crédito*, “Rev. Jurídica de Cataluña”, núm. 1, enero-febrero 1962, págs. 36 a 62; FEDERICO SILVA MUÑOZ, *Crédito agrícola y sistema fiscal*, “Rev. Estudios Agrosociales”, núm. 41, octubre-diciembre, 125 a 152; Vid. *Conclusiones conferencia del mundo rural y de la agricultura en Italia*, en otoño 1960, realizada por el ministro CAMPILLI, en “Rev. Estudios Agrosociales”, núm. 37, octubre-diciembre 1962, págs. 171 y ss., etc....

Código responde a esa noción primera en su artículo 1.740. Por ello *existe una paridad entre préstamo y crédito en razón a su resultado*.

El mutuo se caracteriza por la cesión en propiedad (34) de una cosa fungible o dinero, estableciéndose con carácter facultativo para las partes la estipulación de pagar o no intereses, "con la condición de devolver otro tanto de la misma especie o calidad" en el plazo que se haya convenido. El mutuo mercantil (35) tiene esas mismas características, con la peculiaridad, para ser calificado como tal, de concurrir los requisitos previstos por el artículo 311 del Código de Comercio.

a) *Elemento integrador del crédito: fiducia.*

Para nosotros lo que tipifica al *crédito* es la noción o idea de fiducia, confianza (36). GARRIGUES (37), siguiendo a KNIES, hace constar que "este concepto no es exacto, ya que si bien crédito y confianza tienen puntos de contacto, no se corresponden completamente. Puede haber confianza sin crédito y créditos sin confianza. ¿Acaso diríamos —continúa— que no es una operación de crédito el hecho de acceder una persona a conceder un préstamo a otro por temor, agradecimiento, esperanza de recompensa, etc., aunque no tenga la menor confianza en la devolución? Y es indudable que en este caso no habría donación, puesto que existe intención de obligar al prestatario. Otras veces —sigue GARRIGUES— quien concede crédito sabe que la otra no pagará dentro del plazo convenido. Otras veces, finalmente, sólo de modo muy limitado puede hablarse de confianza en la voluntad de cumplir. "La voluntad del deudor es secundaria, en efecto, en todo el sector del llamado crédito real", para concluir identificando crédito y mutuo (38).

(34) Artículo 1.753 del Código Civil: "El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad y está obligado a devolver otro tanto de la misma especie o calidad."

(35) Vid. artículos 311 y siguientes del Código de Comercio.

(36) Vid. JUAN BAUTISTA JORDANO BAREA, *El negocio fiduciario*, en "Rev. de Derecho Privado", marzo 1958, págs. 211 a 220.

(37) JOAQUÍN GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Madrid, 1958. Imprenta Silverio Aguirre, pág. 35.

(38) La transmisión de la propiedad en la operación de crédito puede ser actual, como en el mutuo, o prometida, como en la apertura de crédito. J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, pág. 37.

De esta idea se deduce que *crédito* existe en todo aplazamiento de pago. No obstante, estimamos que existen una serie de notas que peculiarizan y hacen del crédito una institución jurídica con sustantividad propia, con efectos de naturaleza compleja que se manifiestan en una variada dirección: económica, social, política y moral.

Así entendemos que la diferencia fundamental existente entre crédito y mutuo radica precisamente en su acepción etimológica, como equivalente a fides o fiducia. Es decir, que el elemento *confianza* imbuye al préstamo mutuo una especial característica, de modo que le eleva de categoría, dando nacimiento al contrato de crédito propiamente dicho. Es decir, la confianza adquiere por voluntad específica de las partes la cualidad de *elemento natural* del negocio jurídico, con una marcada sustantividad cuando del *crédito personal se trata*. Por ello en el ámbito del Derecho Mercantil *crédito* significa "opinión que goza una persona de que satisfará puntualmente los compromisos que contraiga" (39). Esta nota tipificadora del crédito es la que constituye la esencia de la concepción elaborada por LEVI (40) al decir que "es la facultad social de la cual deriva confianza, o mejor, es la confianza misma".

Así, tener crédito supone inspirar a los capitalistas la convicción de que se pagará o se cumplirán los compromisos que se contraigan. De ahí que desde el punto de vista de su primordial función económica el crédito sea el instrumento perfeccionado del cambio, pues implica la sustitución de la moneda material por una prenda moral: la confianza.

b) *Características: relación "intuitu personae": garantía.*

El elemento confianza opera con una marcada intensidad en el crédito personal. La confianza en el pago futuro o en la entrega de la cosa está presente en el ánimo del otro contratante y se funda en la honestidad. La honestidad se valora como elemento de garantía. A veces en la vida práctica tiene valor superior a la

(39) VÁZQUEZ RICHART, *La compraventa a plazos de los bienes muebles*. Artes Gráficas C. I. O., Madrid, 1963, pág. 16.

(40) Autor cit., *Le condizione dell'agricoltura. Il crédito, le sue forme e le sue funzioni in Italia*, Unione Tipografica-Editrice, 1887, "Il Crédito", pág. 144.

solvencia económica (41). Esta afirmación nos conduce a la deducción de otra nota tipificadora del *crédito*: su carácter *intuitu personae*, no como elemento esencial, sino natural. El crédito se concede en atención a las cualidades concurrentes en el prestatario que ha provocado la convicción en el acreedor de que pagará. Esa convicción no se forma en consideración a las específicas cualidades que puedan adornar al prestatario, como habilidad técnica o artística —puede ser un magnífico técnico, artesano o cultivador—, y carecer de cualidades morales (42).

El prestamista, en este último caso, conocedor de las *prendas* que adornan a un sujeto de esta naturaleza, piensa en las aptitudes intelectuales, físicas o artísticas del mismo para obtener la compensación de su préstamo, como, asimismo, en sus propias facultades, personalidad y poder de persuasión, pero no en los valores morales del prestatario. Cuando esos valores existen proporcionan la tranquilidad, el íntimo convencimiento de que la deuda será pagada. Lo que elimina el factor de incertidumbre latente durante el período de aplazamiento. Por ello en el otro supuesto no puede hablarse, a nuestro juicio, de contrato de crédito (43).

Los tratadistas clásicos señalan, como otro elemento del crédito, la necesidad de que los prestatarios ofrezcan una garantía seria de reembolso: “que esa garantía sea de orden material o moral poco importa; lo que es necesario es su existencia” (44).

Otra de las características que peculiarizan al crédito personal frente al real es la importancia del conocimiento de la inversión a realizar, la realidad efectiva de que esa inversión se lleve a efecto para el fin y objeto propuestos. Pero si el crédito personal ha de

(41) Es notorio —la praxis jurídica nos lo ha evidenciado— que muchos deudores solventes económicamente confían en la incertidumbre de los juicios y en la tardanza de los procedimientos para no pagar o pagar con retraso.

(42) La doctrina —Vid. SIMONETTO, *Los contratos de crédito* cit., págs. 249 y ss.— distinguen contratos en los que el elemento personal, *intuitu personae*, adquiere la categoría de esencial y aquellos otros en los que participan con un efecto natural.

(43) Hay que tener en cuenta que son figuras jurídicas definidas los negocios jurídicos fiduciarios, los negocios de confianza y negocios en los que el elemento *intuitu personae* es esencial (caso del cuadro encargado a un pintor renombrado...). Las dos últimas categorías son indistintamente empleadas por algunos autores, como RUBINO y RUMPF; CARIOTA-FERRARA habla de negocios de confianza.

(44) Vid. PAUL CHOQUET, *Etudes sur l'organisation du credit agricole en France*, Arthur Rousseau, París, 1889, Chapitre I, pag. 5.

reunir esos caracteres, preciso es adicionar otro para que adquiera la cualidad de agrario: su inversión debe ser en el agro, esto es, ha de ser crédito de producción agraria.

Como consecuencia de lo expuesto apuntamos la necesidad de garantía en el crédito. Así, en el orden económico el crédito está integrado por dos elementos de carácter positivo: 1. La confianza, factor *imprescindible* para la conclusión de un negocio de crédito, y 2. La solvencia, factor *indispensable* para el cumplimiento de la obligación prometida. Esos dos elementos se funden en la concesión del crédito personal bajo la noción de *honestidad*. Sin su concurso el crédito deja de existir. Se convertiría en un simple mutuo, en donde la convicción de reembolso, basada en la confianza, opera con un efecto genérico que estaría compensado con la naturaleza más o menos realizable de la garantía ofrecida. En el mutuo al prestamista le es indiferente las razones que pueda tener quien pide dinero o cosa fungible; a él le interesa que se cumpla "con la condición" de devolver otro tanto de la misma especie o calidad.

B) *Crédito y préstamo agrario y para la agricultura.*

Para determinar el ámbito del crédito hemos de establecer los conceptos agrario y agricultura.

El vocablo agrario hace referencia al campo como manifestación total. La palabra agricultura, como expresión de actividad agrícola, está integrada por las latinas *ager*, *agri*, campo, y *colere*, cultivar, por lo que sólo será actividad agrícola aquella que se refiere al cultivo del campo. La nota que lo cualifica no es el campo, sino su cultivo. Así se escinden los conceptos *crédito y préstamo agrario* y *crédito y préstamo para la agricultura*. El primero supone una concepción heterogénea referida a toda actividad relacionada con el campo, mientras que el segundo abarca una manifestación más concreta: el cultivo del campo.

El crédito personal agrario hace, pues, referencia al campo. A toda actuación que tenga relación directa e inmediata con el campo y, por consiguiente, como concepto de tipo genérico comprende el específico agrícola. El crédito agrario puede ser personal y real. Examinaremos brevemente uno y otro.

a) *Crédito territorial agrario.*

La forma originaria de garantizar un *crédito* es la propiedad territorial y, dentro de ésta, la rústica. Porque la tierra, propiedad reconocida y garantizada por todas las leyes del mundo civilizado, constituye prenda excelente para dar en garantía del reembolso de cualquier adelanto. Y como el crédito territorial ofrece, como elemento de solvencia, la tierra apropiada, su desenvolvimiento es fácil. Por eso el crédito territorial es tan antiguo como la propiedad. Aun considerado en su forma hipotecaria, pues la hipoteca fue conocida y regulada antes que por Grecia y Roma por otros pueblos (45).

Pero el crédito territorial no se da para el simple cultivador. Sólo goza de este privilegio cuando reúne en sus manos la propiedad y el cultivo de las tierras. Así, pues, el crédito se basa en la tierra. Al gozar el acreedor de una garantía real fácilmente realizable, la función que hemos atribuido a la confianza se relega a segundo término. Más bien constituye un accidente que en nada influye sobre el prestamista, ya que tiene asegurado su reembolso con la realización de la finca hipotecada o dada en garantía.

El crédito territorial no cumple una función de naturaleza agraria en cuanto no responde a un fin primordial y esencialmente agrario, o para la agricultura al quedar absorbido este fin con la posibilidad de fácil reembolso en razón a la garantía real. Ahora bien, no es obstáculo para que ese fin se destaque como elemento *natural* del contrato de crédito, atribuyéndole entonces el carácter de crédito real agrario. Aun con esa proyección, que impediría la inversión en destino distinto del agrario, en cuanto que exige como garantía la tierra, el número de personas necesitadas de crédito agrario se reduce considerablemente. Podrá pensarse que pocos son los desheredados de la fortuna que no pueden ofrecer como garantía —real— otros bienes en concepto de *garantía agraria*, que cumplan el doble papel de seguridad real y funcional en razón al fin agrícola de inversión del anticipo recibido.

(45) Vid. JOSÉ LUIS LACRUZ, *Leciones de Derecho Inmobiliario...* cit., páginas 21 y ss.

b) *Crédito personal agrario.*

Lo que nosotros pretendemos configurar como *garantía agraria* es la persona misma del prestatario, prescindiendo de su cualidad como titular o no titular del predio que trabaja, basando su solvencia —elemento que hemos calificado de *indispensable*— en razonamientos de orden *económico, jurídico y social*.

Hemos afirmado que el crédito supone: un *capital* existente por parte de quien lo otorga y una garantía de restitución por parte del que lo recibe. Esa garantía —que calificamos de *agraria* en razón a un fin— estará representada por las intrínsecas cualidades de quien lo recibe, es decir, basada en las circunstancias “*ad personam*” del prestatario. El concurso de otra u otras personas que asuman solidaria o mancomunadamente el compromiso contraído por aquél, no desvirtúa la naturaleza de *personal* atribuido al crédito concedido en contemplación estricta de la *garantía agraria personal*.

El crédito así concedido permitirá el desenvolvimiento de la agricultura, porque hará producir a la tierra mayor cantidad de frutos, ya que el hombre cuando trabaja en terreno que sabe es suyo o con elementos que lo son y le facilitan el trabajo —maquinaria—, lo hace con un gran afán y esmero mucho mayor, porque une al estímulo de índole puramente familiar el orgullo de adquirir la tierra, las mejoras o la maquinaria con su propio esfuerzo. El estímulo de la oportunidad que ha encontrado, basada en consideraciones estrictamente personales, constituirá poderoso acicate para dar cumplimiento a sus compromisos. Todo hombre espera la oportunidad de elevarse en la sociedad. El crédito personal agrario constituye el medio ideal para la promoción social del campo.

El concurso de los dos factores negativos que afectan al crédito, daño y riesgo, quedan suficientemente satisfechos en los límites humanos previsibles (46). No obstante, estos factores han motivado la retracción del capital en la agricultura, según hemos expuesto; pero ha de tenerse en cuenta que los mismos van experimentando un efecto corrector en función: a) del tiempo, en cuanto que el crédito a largo plazo facilita su reintegro más que el crédito a

(46) Daño supone privación efectiva del capital por un cierto tiempo, el convenido para la restitución. Riesgo, en que puede no haber restitución.

corto plazo, y de la inversión realizada, en cuanto que una inversión para mejora o para adquisición de maquinaria aumenta el rendimiento, frente a una inversión *circulante* —crédito de ejercicio—; b) o bien de otras circunstancias, producto de la fecunda facultad imaginativa del hombre. Hacemos referencia, en este último supuesto, a las distintas modalidades asegurativas que el campo de la previsión ha abierto, coordinando el doble aspecto social y material. “La capacidad de reflexión —de racionalización, de organización del hombre— no tiene límites y es de signo creciente”, dice EMILIO GARRIGUES (47).

La concurrencia de esos factores —daño y riesgo— en el sector industrial y comercial son, ciertamente, más reducidos; pero la agricultura sin el concurso de una efectiva política económica agraria no puede llegar a superarlos. Para esa superación se exige el restablecimiento de la fe en la agricultura. Es decir, una reversión al proceso natural. Una mirada más intensa a las cosas de Dios. Al confrontar industria y agricultura vemos la prioridad atribuida a la *producción* (fenómeno social) frente al *consumo* (fenómeno más natural que social).

C) Características del crédito personal agrario.

Hemos destacado cómo ante el fracaso de las formas tradicionales de garantía —crédito territorial—, para conseguir sacar al campo del estado de empobrecimiento que mantiene y lograr su incorporación a la vida económica que el nuevo orden impone, era necesario acudir a nuevas formas de concepción crediticia. Por ello estimamos como medio efectivo para la promoción del campo en todos los aspectos el crédito personal agrario. Pero si apuntamos la existencia de unas notas que le peculiarizan, ahora hemos de destacar las características que creemos debe reunir el crédito personal agrario. Así destacamos:

1. Personal.—Al señalar como nota del crédito personal su naturaleza *intuitu personae* no solamente pensábamos en la faceta que allí exponíamos, sino en relación con el mismo fin del crédito.

(47) Autor cit., *Más allá de la Economía* cit., pág. 205.

Es decir, no sólo pretendemos valorar las cualidades morales, de honestidad, honradez, decencia como factores de carácter positivo, pero imbuidos de una cierta estaticidad, sino que proyectábamos nuestra idea en sentido dinámico. Implica ello la valoración de otras cualidades positivas: laboriosidad, capacidad, competencia (48). Es preciso valorar estos dos factores conjuntamente. Ello exige la aplicación del principio de inmediatez en el estudio psíquico e idiosincrásico del individuo. Principio de *inmediatez* que ha de tener lugar, de modo extensible, a la propia familia del prestatario. Es lo que calificamos de principio de *concentración*. La concurrencia de ambos principios determinará las posibilidades óptimas humanas de previsibilidad. Eliminará los riesgos humanos calculables y quedarán los factores derivados del caso fortuito y de la fuerza mayor.

2. Localización.—La consecuencia lógica, derivada de la característica anterior, es la *localización* del crédito agrario. La efectividad del resultado, inicial y final, en la concesión del crédito exige el examen directo de las circunstancias expuestas. La organización más eficaz para el desenvolvimiento del crédito es la piramidal.

3. Oportunidad.—La concesión del crédito debe reunir el requisito de oportunidad en el tiempo y en el espacio.

En el tiempo, en cuanto a la perentoriedad del crédito a corto plazo. El crédito debe ser concedido y satisfecho en el momento adecuado, en evitación de que caiga el campesino en manos de usureros (49). Esta nota se destaca con mayor intensidad cuando se trata de crédito circulante, por la naturaleza misma de la inversión a realizar.

(48) En la Exposición de Motivos del R. D. de 17 de enero de 1881, ya se decía: "En todo tiempo ha preocupado a los Gobiernos y a los estadistas el problema de suministrar al agricultor el capital que necesita para la explotación de su finca, con las dos condiciones de préstamo en el plazo y en el interés, tomando como base cosa tan contingente como es la garantía de las cosechas y tan pobre como el valor de los aperos en lo material, pero fundándose principalmente en la *garantía moral* de la honradez del trabajador.

(49) "En Francia..., dice JEAN DE CAMBIARRE, *Le crédit...* cit., pág. VII... el crédito agrícola mutua ha tenido por primera función liberar al campesino de la usura".

En el espacio, la nota de oportunidad no opera únicamente sobre el "crédito circulante o de ejercicio", sino que actúa también respecto del crédito a medio y largo plazo. En estos supuestos la proyección del presupuesto de *oportunidad* adquiere *universalidad*, porque entonces ya no debe ser contemplado con atención exclusivamente individualizada, sino generalizada a todos los supuestos análogos, al objeto de seleccionar aquel o aquellos peticionarios que ofrezcan mejores garantías, tanto para la inversión como para la efectividad económica de la inversión. En estos supuestos se acentúa el requisito *oportunidad* con una proyección *espacial*.

4. Suficiencia.—Es necesario que baste a los fines perseguidos, en evitación de tener que recurrir al crédito suplementario, que reduce los ingresos del agricultor, arriesgando, en definitiva, el éxito del crédito agrario otorgado. El conocimiento de este presupuesto es asimismo consecuencia de los principios expuestos de *inmediatividad*, *concentración* y *localización*. Es preciso mantener un criterio de equilibrada distribución, frente a los excesos positivos o negativos de los audaces o de los más pacatos. RATHENAU analiza los valores inherentes al conservador y al revolucionario, y dice: "Las virtudes de uno son comprensión y fidelidad; las del otro, intuición y creatividad. Los peligros de uno son limitación e inercia; los del otro, dogmatismo y ligereza. El tradicionalismo da estabilidad al movimiento y al riesgo innovador. Pero no se olvida que esta propiedad es siempre negativa. El conservadurismo es, en apariencia, afirmación de la existencia, pero en realidad es negación de la vida y de su crecimiento" (50). De aquí la importancia del efecto que calificamos como *elasticidad*.

5. Escrupulosidad.—La escrupulosidad del crédito se proyecta en una doble dirección: funcional y orgánico.

En el orden funcional ha de actuar afectando al rendimiento y a la inversión. En el orden orgánico, respecto a las personas que hayan de disfrutarlo y al organismo concedente.

(50) Hay que tener en cuenta que lo que condenaba RATHENAU no es el tradicionalismo, sino el "fijismo". Vid. M. SÁNCHEZ GIL, *Fomento social*, número 75, julio-septiembre 1964, vol. XLX, en "Tribunal Libre, Evolución acelerada", pág. 323.

6. Agilidad.—La agilización del crédito agrícola, y especialmente del personal, comprende dos facetas: una referida a los intereses (51) y otra a la concesión.

a) La primera, referida a los intereses, impone como principio la *correlatividad*. Los intereses exigibles no solamente deben estar en función del fin social que se persigue con el crédito agrario, sino en relación con el tiempo de reintegro. No olvidemos lo que en este orden ya señalaba E. THOMAS: "La financiación de la agricultura es el problema de financiar pequeños negocios familiares que ofrecen particulares riesgos y rendimientos financieros limitados" (52).

b) En orden a la concesión, la agilización del crédito agrario es fundamental. Esta agilización se revela de modo palmario cuando se trata de los créditos a corto plazo en razón a su perentoriedad, pero ello no quiere decir precipitación. Si esto sucediera, podrían no cumplirse los fines institucionales del crédito agrario.

7. Discreción.—Dentro de los límites precisos, teniendo en cuenta la mentalidad del campesino, es aconsejable una discreción en la concesión del crédito, que afectará no solamente al acto en sí de otorgamiento, sino a los preparatorios necesarios. La discreción no quiere decir *hermetismo absoluto*, pero debe existir, sobre todo, en el supuesto de que los resultados de la concesión fuesen negativos.

8. Flexibilidad.—El crédito agrario debe conceder a su beneficiario la suficiente libertad para poder llevar a efecto amortizaciones anticipadas, sin que la anticipación de cantidades deba actuar sobre la reducción del tiempo concedido. El término debe actuar en su propio y exclusivo beneficio, siempre que efectúe los pagos en los correspondientes vencimientos o haya realizado un anticipo que sea susceptible de computación como pago de la amortización correspondiente.

(51) La posibilidad de retrasar el pago de los intereses o que éstos se modifiquen en atención a la mayor rentabilidad obtenida por la inversión en los supuestos de crédito a medio y largo plazo, es lo que llamamos *intereses de producción*.

(52) PIERRE FROMONT, *Economía agrícola* cit., pág. 460.

III

VARIABILIDAD DEL CRÉDITO: A CORTO, A MEDIO, A LARGO PLAZO

1. *Posibilidad de aplicación de esas modalidades crediticias al crédito personal.*

Para el estudio de esta cuestión hemos de partir de dos premisas: una tiene su base en el trabajo, y más concretamente en la conjunción de los valores positivos del ser humano, que calificábamos de *positivos estáticos* y *positivos dinámicos*, y otra apoyada en la conclusión unánime de que el campo es sector empobrecido.

a) *Trabajo.*

ADAM SMITH decía que el trabajo constituyó el precio primero; la primitiva moneda de compra que se pagó por todas las cosas. No se compró toda la riqueza del mundo con oro y plata, sino con trabajo.

“El dinero —según GERMÁN BERNACER (53)—, cualquier forma que adopte, es esencialmente el signo del crédito contra la sociedad, el simbolo y medida de un derecho a reivindicar, del acervo social, aquellas cosas que el mercado estima equivalentes a ese dinero. Porque su posesión es prueba efectiva de que se aportó al fondo de los bienes sociales un valor o un esfuerzo que se justificó y retribuyó en esa suma; cuando su poseedor quiera puede reclamar, con su equivalencia en mercancías, la justa equivalencia.”

Así, la tenencia de dinero implica la posesión de esfuerzo acumulado. El capital es, pues, un conjunto de bienes producidos y no consumidos que se encuentran en disposición de ser incorporados al proceso de la producción para perfeccionarlo y, en conse-

(53) Citado por MANUEL PERNAUT, *La moneda y la inflación*, en “Rev. Fomento Social”, vol. XIX, núm. 73, enero-marzo 1964, pág. 45.

cuencia, aumentar el rendimiento; de cuyo rendimiento se beneficia el mismo capital. El capital y la técnica sin la colaboración del trabajo no podrían existir. Es, pues, el trabajo, presente o futuro, el único factor de la producción (54).

El crédito agrario —personal— tiene su base en el trabajo. Y en este orden de cosas, en el capital resultante de la cooperación futura del esfuerzo humano y el rendimiento que la tierra dé al incorporar ese trabajo, facilitado por la aplicación de capital ya acumulado (crédito). “Lo que cuenta no es el mero *tener del individuo, sino el producido en beneficio de la comunidad*” (55).

Lo anterior hace patente la imperatividad de capitalizar el agro. Pero de su participación se evade el capital privado. Esta huida del capital privado de la agricultura no debe perdurar. Pero para ello es preciso elevar la agricultura de manera que provoque su atención. La realización de ese objetivo se alcanzará con el crédito personal agrario. Este se ha de acoplar a las necesidades agrícolas, al imperio de la técnica. Esta adaptación exige para la agricultura la concesión de créditos a corto, medio y largo plazo. La predicción de los americanos de que la gran explotación rural alcanzará la producción industrial es excesiva. De un lado, la mediana empresa de tipo familiar subsistirá, y de otro, el confiar excesivamente en la técnica, subestimando el elemento natural, es aventurado (56).

(54) “El trabajo, por su condición esencialmente humana, no puede ser relegado al concepto material de mercancía ni ser objeto de transacción alguna incompatible con la dignidad personal de quien lo presta. Constituye por sí atributo de honor y título suficiente para exigir tutela y asistencia del Estado.” Artículo 25, cap. III, del Fuero de los Españoles; Ley de 17 de julio de 1945, elevada al rango de Ley Fundamental de la Nación por el artículo 10 de la Ley de 26 de julio de 1947.

(55) JUAN B. JORDANO BAREA, en el prólogo de la obra de JOSÉ MARÍA PAZ SUEIRO, *El derecho de acceso a la propiedad en la legislación de Arrendamientos Rústicos*, Librería Bosch, Barcelona, 1963, pág. 5. Vid. también M. POIRÉE, *Economie et législation foncières*, Eyrolles-Editeur, Paris, 1958, págs. 19 y ss. LÖCKE dijo: “Dios ha dado la tierra común a todo el género humano. En el estado natural no hay propiedades personales. Cada individuo puede utilizar los productos de la tierra; sólo es preciso tomar una parte. ¿Cómo se lleva a efecto esa apropiación? Por el trabajo.”

(56) Vid. MASPETIOL, *L'ordre éternel des champs. Essai sur l'histoire, l'économie et les valeurs de la paysannerie*, Librairie de Médecis, Paris, 1946; M. POIRÉE, *Economie et Législation foncières*, pág. 34, sienta las conclusiones siguientes: “Que el número de pequeñas propiedades no cesa de aumentar; son pequeñas propiedades —jardines, viñas, etc.—, pero no verdaderas explotaciones rurales; que la gran propiedad está en vía de regresión, y que las

La agricultura exige, en razón a su natural desenvolvimiento, los tres tipos de crédito señalados, que por su naturaleza responden bien a la formación o mejoramiento de la unidad agraria, bien a la necesidad de atender al capital circulante de la explotación.

Así se distinguiría: a) Crédito personal agrario tendente a la financiación de un ciclo productivo. b) Crédito personal agrario de adquisición o renovación necesario para la formación de una unidad de explotación rentable y suficiente. c) Crédito personal agrario de mejoramiento adecuado a las realizaciones que tiendan a aumentar la capacidad de producción y, consiguientemente, la renta de las explotaciones agrarias.

b) *La agricultura como sector empobrecido.*

Para reivindicar la tierra del abandono que ha sufrido durante siglos ha de seguirse el curso natural: hay que reivindicar al hombre campesino. Restaurar a través de él, y por medio del crédito personal agrario, la fe en la tierra. El hombre del campo y con él su familia constituyen la base racional de la explotación agraria de la unidad agrícola. Por ello hay que protegerla, mimarla como institución esencial, que representa vehículo de enlace de la sociedad con la tierra (57), evitando su perniciosa disgregación.

El poder público, consciente de este estado regresivo de la población rural, se ha exteriorizado con espíritu francamente renovador. Ese espíritu, tendente a la revitalización del agro español, se ha plasmado en francas realidades. Pero la exuberante floración legislativa exige con mayor intensidad no sólo la agilización del crédito agrario, sino que ésta se manifieste como realidad viva a través de su modalidad personal, adaptado a las necesidades de la agricultura en su triple manifestación de corto, medio y largo plazo.

propiedades campesinas disminuyen en número, pero aumentarán en superficie. La propiedad media se concentra ella misma y tiende hacia una superficie óptima y adecuada a los progresos del maquinismo."

(57) Véanse los desastrosos resultados que en la explotación familia ha provocado el sistema sucesorio, en el trabajo de VALLET DE GOYTISOLO, *La agricultura y la explotación familiar*; ROCA SASTRE, *La necesidad de diferenciar lo rústico y lo urbano en el derecho sucesorio*, "Anales de la Academia Matritense del Notariado", tomo I, Editorial Reus, Madrid, 1943, págs. 374 y ss.; JOAQUÍN COSTA, *La libertad y las legítimas*, conferencia celebrada en la Academia de Legislación y Jurisprudencia el 22 de abril de 1883, publicada en "La Libertad y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses", Madrid, 1883, págs. 521 y ss.

2. *Fracaso de los anteriores sistemas crediticios.*

Como medio de impulsar el campo español para vitalizar sus ya exhaustivas fuerzas, su discurrir monótono y lánguido, se trató de fomentar el crédito territorial, y así en la Exposición de Motivos de la primera Ley Hipotecaria se decía: "...con el aumento rápido y progresivo de la riqueza pública, de la industria y el comercio, debe el legislador procurar por medios indirectos que los capitales no se vayan todos a buscar las empresas mercantiles e industriales, sino que también vengan en auxilio de la propiedad territorial y de la agricultura".

El crédito territorial no cumplió el objetivo que de él se proyectaba, ni lo cumple en la actualidad. R. DE LA RICA Y ARENAL lo expone claramente: "Creyeron los legisladores que con la adopción del sistema hipotecario español los capitales tendrían un empleo sólido y fácil, el propietario gozaría de un crédito proporcional a su verdadera riqueza, se activaría la circulación, bajaría el interés del dinero y se alumbrarían nuevas fuentes de riqueza y prosperidad. Mas la realidad ha defraudado tan risueñas esperanzas. Nuestro sistema hipotecario, cuyo tecnicismo es admirable y descansa en principios equivalentes a fórmulas matemáticas expresivas de la razón pura, es, como dijo JOAQUÍN COSTA, un régimen demasiado suntuoso para una agricultura desmedrada y pobre. Demasiado complicado, formalista con exceso, dirigido a la protección de la propiedad privada regida por normas ya periclitadas, no sirven definitivamente a las necesidades de la propiedad rústica de nuestros días, orientadas hacia derroteros distintos bajo el signo de la función social".

Decía: "El padre no debe lo mismo al que ha trabajado poco que al que ha trabajado mucho y ha contribuido a acrecentar el haber paterno... Y cuando a ese padre obligáis a legar a todos sus hijos una cantidad igual, vosotros, niveladores, utopistas que invocáis tanto la equidad, sois igualitarios en apariencia, pero de hecho los mayores enemigos de la igualdad. Para repartir entre varios individuos de una familia una herencia con verdadera igualdad, con igualdad de derechos, no con esa igualdad mecánica, algebraica, abstracta, enteramente ilusoria, que si al hombre irreflexivo puede engañar, no así al hombre pensador que sabe levantar la corteza y penetrar en la esencia de las cosas; para distribuir una herencia entre los diversos miembros de una familia con estricto criterio de justicia, hay que tomar en cuenta una masa de datos tal y tan compleja, que apenas alcanza a lograrlo toda la discreción del padre y el conocimiento minucioso e íntimo que tiene de las interioridades del hogar..."

Por todo ello, el crédito personal agrario es determinante de la prosperidad. "Para que se produzca un desarrollo armónico de los diversos sectores de la economía —dice JUAN XXIII (58)— es absolutamente necesario que el Estado, *puestà la mirada en la agricultura*, lleve su atención y prudencia a los tributos o impuestos, al crédito monetario, a los seguros sociales, a los precios, al fomento de las industrias complementarias y, finalmente, a la organización de la empresa agrícola."

JOSÉ LUIS RUIZ Y SÁNCHEZ

Magistrado.

(58) Encíclica *Mater et Magistra*, texto bilingüe por FEDERICO RODRÍGUEZ, B. A. C., 1961, pág. 56, núm. 131.

El artículo 1.056, párrafo 2º., del Código Civil y las menciones legitimarias

“La interpretación jurídica se dirige al sentido objetivamente válido del precepto jurídico.”

(RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*.)

Las protecciones hipotecarias de las titularidades jurídicas deben reunir siempre dos notas principales: suficiencia y adecuación. Suficiencia para que la titularidad jurídica no pueda resultar, en modo alguno, lesionada, y adecuación para poder adaptarse a todas las especialidades del instituto jurídico de que se trate. Reuniendo estas dos notas nos encontramos ante lo que podríamos llamar una protección plena, que es, sin duda, la meta a que deben tender todas las normas hipotecarias de este tipo.

El ideal sería hallar un tipo único de garantía adaptable a todas las titularidades, pero dada la pluralidad de formas que éstas pueden adoptar no puede encontrarse este tipo unitario de protección, sino que es preciso arbitrar un sistema de formas tutelares diversas. Así en orden al derecho sucesorio, y dado que frente a una herencia pueden distinguirse las situaciones jurídicas de heredero, legatario, acreedor y legitimario, el derecho registral ha desarrollado un sistema de normas que tienen por objeto tutelar estas distintas titularidades.

El heredero, que es indudablemente quien tiene una posición más firme, como titular —único o cotitular, según los casos— del “as” hereditario, tiene a su favor dentro del derecho hipotecario,

por una parte, la anotación de derecho hereditario (número 6 del artículo 42 de la Ley), y por otra, una vez verificada la partición, la posibilidad de inscribir a su favor los bienes relictos, con todos los efectos tanto defensivos como activos que la inscripción lleva consigo.

La situación del legatario es más compleja, porque a efectos del Derecho inmobiliario pueden distinguirse varios tipos de legados: el de bienes inmuebles determinados o de créditos o pensiones impuestos sobre los mismos, el de género o cantidad y el de parte alicuota. El primero, en orden a su protección, puede pedir anotación preventiva de su derecho sobre los mismos bienes sobre los que recae su legado (art. 47 de la Ley); el segundo tiene la protección positiva que le otorga la anotación preventiva, que en este supuesto puede extenderse sobre cualesquiera bienes de la herencia (art. 48 de la Ley) y además la protección negativa consistente en que los herederos gravados con este tipo de legados no pueden pedir la inscripción de los bienes hereditarios hasta que hayan transcurrido ciento ochenta días desde la muerte del causante, a menos que previamente justifiquen el pago de los legados (artículo 49 de la Ley); el tercero, es decir, el legatario de parte alicuota, tiene una situación jurídica equiparable a la del heredero, siéndole por tanto aplicables las normas señaladas para éstos.

El acreedor, por ser extraño a la comunidad hereditaria, por tener sólo un derecho de crédito de naturaleza y entidad mucho más débil, y por tanto estando mucho más necesitado de protección, tiene una serie de garantías mucho más compleja, que se inicia con la anotación de derecho hereditario (art. 46 de la Ley) y sigue con las anotaciones de demanda, embargo, secuestro y prohibición de enajenar (números 1, 2, 3 y 4 del art. 42 de la Ley), aparte de la garantía que puede otorgarle la anotación a favor de los acreedores que regula el artículo 45 en los casos contemplados por el mismo.

Hasta aquí no existe ningún problema. Todas estas titularidades tienen unas garantías específicamente apropiadas a su naturaleza y todas ellas tienen como nota común el ser suficiente para protegerlas. El problema surge con los legitimarios, y surge porque en nuestro derecho no existe un tipo unitario de legítima, ni siquiera dentro del ámbito del derecho común.

En principio, y a los efectos de este trabajo, pueden distinguirse dos tipos esenciales de legítima (1): el legitimario de una cuota "in natura" y el legitimario de una cuota de valor. El primero de ellos, que es la regla general en nuestro derecho, sin adquirir el carácter de heredero (2), la naturaleza de su adjudicación le atribuye una cualidad semejante a la de éste y, por tanto, le son aplicables todo el sistema de garantías que la Ley Hipotecaria establece para los herederos, pudiendo, en su consecuencia, oponerse a que los herederos, por sí solos, inscriban los bienes hereditarios a su nombre. El segundo, sin embargo, puesto que sólo tiene sobre el "as" hereditario el derecho a una cuota de valor, no puede oponerse a que los herederos inscriban a su nombre, y por sí solos, los bienes de la herencia, y su defensa queda limitada a una mera afección genérica de todos los bienes hereditarios al pago de las legítimas. Esta afección se hace constar en los libros registrales en base al discutido artículo 15 de la Ley, si es que este precepto se admite dentro de la normatividad general del derecho común.

La doctrina recoge como supuestos de este segundo tipo de legitimarios todos aquellos casos en que la legítima puede ser abonada por los herederos en metálico, es decir, aquellos en los que los legitimarios son excluidos de los bienes hereditarios "in natura", y sus derechos pagados en dinero que ni siquiera es necesario que exista en la herencia. Concretamente se afirma que esto tiene lugar en los tres supuestos siguientes:

1. La legítima del cónyuge viudo (art. 839 del Código Civil).
2. La legítima de los hijos naturales (art. 840 del Código Civil).
3. El párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil.

(1) Téngase en cuenta que no estamos tratando aquí del debatido problema de la naturaleza jurídica de la legítima, sino de una división meramente práctica, hecha atendiendo a la naturaleza de los bienes en que son pagados los legitimarios.

(2) El Código Civil lo denomina heredero forzoso en los artículos 806 y 807, pero esta denominación no resulta demasiado correcta, sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo 815 autoriza a que el legitimario reciba su derecho por cualquier título y que el legitimario nunca sucede en las obligaciones del "de cuius", característica propia de todo heredero. Véase sobre este punto Roca, *Anotaciones al Derecho de sucesiones de Kipp*, Barcelona, 1951, pág. 316, y su trabajo *Naturaleza jurídica de la legítima*, "R. D. P.", 1944, pág. 185. Igualmente PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1964, vol. 3, pág. 13.

En todos estos supuestos nos encontramos con el denominador común de que, bien por disposición de la Ley (los dos primeros), bien por determinación del testador (el tercero), los legitimarios son separados de los bienes de la herencia y llamados únicamente a un valor patrimonial de la misma.

Pues bien, de los tres supuestos indicados en el presente trabajo, vamos a dedicarnos a estudiar exclusivamente uno de ellos: el párrafo segundo del artículo 1.056, y vamos a estudiar únicamente este supuesto por considerarlo el de mayor interés, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista económico y familiar.

Así, desde el punto de vista económico-social, si se consideran de rentabilidad reducida y, por tanto, antieconómicas las explotaciones minifundistas, en este párrafo segundo del artículo 1.056 existe una posibilidad nada desdeñable para mantener la fincabilidad de nuestra patria dentro de límites económicamente racionales. Además, desde el punto de vista de la economía jurídica una mayor difusión de este precepto entre los juristas prácticos haría innecesaria la mayor parte de la legislación hoy existente, relativa a la concentración parcelaria, unidades mínimas de cultivo, huertos familiares, etc., y los intereses en ellas tutelados quedarían, incluso, mejor salvaguardados, pues aquella legislación, si bien reúne desde el punto de vista teórico todos los "desideratum" jurídicos, desde el punto de vista práctico, y sobre todo en cuanto se refiere a mantener la ordenación rural lograda tras grandes sacrificios, es excesivamente débil y timorata (3); y no debe olvidarse que mantener la ordenación rural es tan importante como verificarla, y que para evitar que el fallecimiento del titular de una explotación lleve consigo primero la desintegración de su extensión física y después la anulación de su rendimiento económico, sólo existen dos caminos: ordenar la indivisibilidad de las explotaciones familiares decretando la nulidad de todos los actos que se opongan a ella, o apoyar decididamente una aplica-

(3) ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio "mortis causa"*, Sevilla, 1951, pág. 339, señala que este artículo, tan en poco tenido por la doctrina..., podría haber servido para encauzar debidamente o completado toda la balumba de normas dispersas que ofrecen, como "dernier cri" del Derecho tuttivo, las ya añejas novedades del patrimonio o el hogar familiares, la continuación en los arrendamientos y tantas otras, cuyo rasgo común es la indivisibilidad "mortis causa" de ciertos bienes o elementos patrimoniales.

ción extensiva del precepto que estudiamos. Y de estos dos caminos el más sencillo y eficaz es el segundo.

Desde el punto de vista familiar, el párrafo segundo del artículo 1.056 atribuye al ascendiente una especie de magistratura doméstica que le permite confiar su patrimonio a aquel de sus descendientes más apto para cultivarlo y acrecentarlo (DE DIEGO). Evidentemente, por este procedimiento el testador encuentra fortalecida su autoridad doméstica en cuanto que por propia voluntad puede apartar a cualquiera de sus hijos de la explotación agrícola, y por otra parte puede, ponderadas las circunstancias que concurren en sus descendientes, adjudicarla a aquel más capacitado para su explotación y desarrollo, lo cual resulta beneficioso no sólo para la familia, sino también para la sociedad entera.

Y desde el punto de vista estrictamente jurídico, las dificultades que lleva en sí toda partición se encuentran aminoradas por el juego de la divisibilidad del dinero en el que pueden pagarse las legítimas, que hace que desaparezcan todos los problemas que plantea la existencia de cosas esencialmente indivisibles, que incluso podrían obligar a una venta en pública subasta de las mismas, con toda la complicación práctica que ello supone. Igualmente, la facultad del párrafo segundo del artículo 1.056 implica un sistema que, como dice ROYO MARTÍNEZ (5), lleva en sí, si se le conjuga bien con la mejora y el tercio libre, amplísimas posibilidades de renovación del régimen sucesorio, sin llegar a caer en la preterición de los descendientes no favorecidos de modo especial. En el mismo sentido se pronuncia PUIG PEÑA (6). Y en fin, este artículo establece un puente de unión entre el rígido sistema legi-

(4) CASTÁN relaciona este artículo con la institución alemana de la *Anerbenrecht*, institución que KIPP en su *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1951, página 410 del vol. II, define como "un conjunto de reglas jurídicas que tienden a evitar, en interés de la conservación de una clase campesina media, que las haciendas rústicas se fraccionen en exceso a consecuencia de divisiones hereditarias, para lo cual se atribuye de alguna manera la hacienda a uno entre varios herederos bajo condiciones de preferencia".

(5) ROYO MARTÍNEZ, ob. cit., pág. 340.

(6) PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil*, Barcelona, 1966, tomo IV, vol. II, página 943, afirma que "este interesante precepto del Código, apenas tratado por la doctrina, es de gran trascendencia y hubiera producido un resultado espléndido si hubiera sido traído a la práctica con una amplia y generosa interpretación, produciendo con ella una magnífica renovación de nuestra técnica sucesoria".

timario del derecho común y el flexible de las legislaciones forales que tan amplia libertad de pactos conceden.

Pues bien; de toda la amplia problemática que el párrafo segundo del artículo 1.056 plantea, únicamente nos vamos a ocupar a lo largo de este trabajo del problema relativo a la protección hipotecaria de estos legitimarios y, sobre todo, si pueden ser aplicables a ellos las disposiciones contenidas en el artículo 15 de la Ley; para lo cual será necesario estudiar el ámbito de aplicación de este artículo, así como su contenido y los requisitos exigidos por él para que las legítimas puedan ser objeto de su protección.

AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 15 DE LA LEY HIPOTECARIA

La aplicación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria a las legislaciones forales no ha sido puesta en duda por ningún sector de la doctrina, pero sí ha sido discutida su aplicación a los territorios de derecho común.

La Exposición de Motivos de la Ley de 1944 da pie a todas las suspicacias al afirmar que "El difícil problema que las legítimas plantean en algunas legislaciones forales, cuando se autoriza su pago en bienes no inmuebles ha sido examinado con escrupuloso detenimiento." Y así, un amplio sector de la doctrina, fijándose principalmente en esta declaración, ha afirmado que el artículo 15 de la Ley se refería exclusivamente a los territorios forales.

Las posiciones doctrinales en lo que a esta materia se refiere, pueden sistematizarse en los tres grupos siguientes:

- 1) Los que niegan expresamente que este precepto tenga aplicación fuera de los territorios del derecho foral.
- 2) Los que planteándose el problema de su aplicación al derecho común admiten una solución positiva.
- 3) Los que no se plantean el problema de su aplicación al derecho común, pero aceptan la doctrina positiva basándose en el hecho incontestable de estar incluido dentro de una ley de aplicación general.

.Dentro del primer grupo se encuentran, principalmente, GONZÁLEZ PALOMINO y SANZ.

GONZÁLEZ PALOMINO (7), refiriéndose a la declaración de la Exposición de Motivos, expresa que ésta “no da mayor trascendencia al artículo 15 que la de ser una norma relativa al derecho foral de tales o cuales regiones, por no decir nominativamente Cataluña y tal vez (8) Mallorca”, y más adelante, en el mismo trabajo, tras señalar lo que él denomina axiomas del derecho sucesorio castellano, entre los que indica que los legitimarios son cuotistas de la herencia y, por consiguiente, cotitulares de la comunidad hereditaria; y que el valor de la legítima se fija en la partición y en ella se determinará su contenido concreto, y precisamente con bienes de la herencia, que es lo que se parte y reparte, concluye con la lapidaria exclamación: “Considera —alma cristiana— el papel que le toca representar en Castilla al nuevo artículo 15.”

ANGEL SANZ (9), por su parte, señala que “el artículo 15, referente a las legítimas, fue establecido en el Proyecto de Reforma con referencia exclusiva al derecho foral. Con razón se hizo notar en alguna enmienda presentada en las Cortes que no podía ser aplicado más que en Cataluña. La Ley aparece redactada en forma absurda, yuxtaponiendo dos hipótesis, una de las cuales no puede darse fácilmente. Son estas hipótesis: 1.^a Legitimario del derecho catalán. 2.^a Legitimarios de parte alicuota que no puedan promover el juicio de testamentaria por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles. La primera hipótesis es clara. Ignoro si en la segunda se ha querido hacer referencia a algún otro derecho foral o también al común. En cuanto a éste conviene adelantar que cualquiera que haya sido el propósito del legislador, no puede tener aplicación el artículo 15, que sienta una afirmación que no vaciló en calificar de inadmisibles si se refiere al derecho sucesorio del Código Civil: ¿Cuándo hay un legitimario que no sea de parte alicuota? ¿Cuándo hay un legitimario de parte alicuota que no pueda promover el juicio

(7) GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios jurídicos de arte menor*, “Anales de la Academia Matritense de Notariado”, II, págs. 543 y ss.

(8) Las comillas son de GONZÁLEZ PALOMINO.

(9) SANZ, *La reforma de la Ley Hipotecaria*, “Revista de Derecho Privado”, 1945, pág. 6, nota 6.^a Doctrina semejante mantiene en *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945.

de testamentaria a causa de hallarse el heredero autorizado para pagar las legítimas en metálico?

Estas dos últimas preguntas formuladas por SANZ son, sin duda, de gran importancia y a ellas trataremos de contestar a lo largo de este trabajo.

Dentro del segundo grupo doctrinal, es decir, de aquel que planteándose la aplicabilidad del derecho común del artículo 15 de la Ley llegan a conclusiones afirmativas, podemos incluir, entre otras, las posiciones de DÁVILA (10), GARCÍA RODRÍGUEZ (11) y, sobre todo, de ROCA SASTRE (12).

La postura de ROCA SASTRE puede resumirse en los siguientes puntos: el artículo 15 no es aplicable a todo tipo de legitimarios vigentes en España, sino tan sólo a un tipo determinado, consistente en el que reúna estas dos circunstancias: que la legítima sea de cuota y que el heredero se haya autorizado a satisfacerla bien en efectivo, bien en bienes no inmuebles. Esto sólo tiene lugar en el legitimario del derecho catalán y dentro del derecho común en los casos excepcionales previstos en el párrafo segundo del artículo 1.056 y en el párrafo segundo del 840, ambos del Código Civil, pues en ellos pueden cumplirse todos los requisitos que el artículo 15 de la Ley exige (13).

Una postura llena de dudas, pero inclinada a la afirmativa —por ello la hemos incluido en este lugar—, es la sostenida por LA RICA (14) y PELAYO HORE (15). El primero de ellos estima que “no es fácil precisar en la legislación común quiénes pueden ser legitimarios, a no ser que la Ley se refiera al supuesto excepcional del párrafo segundo del artículo 1.056, en el caso de que el testador haya nombrado contador partidor y prohibido la intervención judicial en la testamentaria, o al del párrafo segundo del artícu-

(10) DÁVILA, *Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad*, en esta REVISTA, 1945, pág. 649.

(11) GARCÍA RODRÍGUEZ, *La aplicación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria al Derecho común como solución antiminifundista*, en esta REVISTA, 1963, página 545.

(12) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1954, págs. 661 y ss.

(13) En la última edición de su *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1968, no modifica esta opinión.

(14) LA RICA, *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, página 173.

(15) PELAYO HORE, *Recensión a la obra de Cossío Corral, "R. G. L. J."*, 1946, página 489.

lo 840 del mismo Código referente a la cuota que los hijos legítimos han de satisfacer a los naturales”.

PELAYO HORE, por su parte, afirma que “en un principio se pensó solamente en los legitimarios catalanes, pero más tarde surgió el problema de los legitimarios aragoneses y navarros y de alguna otra región donde las legítimas no tienen más que un carácter simbólico y no son parte alicuota de la herencia..., pero quizá al intentar ampliar el sistema a toda esta gama de legitimarios se ha ido demasiado lejos y se ha llegado al Código Civil, donde la posición de los legitimarios tiene otras características”.

En el tercer grupo pueden incluirse el resto de los autores que sin tratar el tema especialmente consideran aceptable la admisión de este precepto en el derecho común, por el sólo hecho de estar incluido dentro de la Ley Hipotecaria.

De todo lo que llevamos expuesto se deduce que los problemas de aplicabilidad del artículo 15 al derecho de Castilla están muy lejos de haber sido resueltos completamente y que, por tanto, proceda plantearlos una vez más en base a los requisitos exigidos por la propia letra de la Ley.

CONTENIDO DEL ARTICULO 15

El artículo 15 de la Ley afirma: “Los derechos del legitimario de parte alicuota que no pueda promover el juicio de testamentaria por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, así como los de los legitimarios sujetos a la legislación especial catalana, se mencionarán en la inscripción de los bienes hereditarios.”

De este artículo resultan dos requisitos para que puedan tener lugar las menciones de legítima (16) dentro del derecho común:

1. Que se trate de legitimarios de parte alicuota.
2. Que se trate de legitimarios que no puedan promover el juicio de testamentaria por hallarse el heredero autorizado a pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles.

Examinemos por separado cada uno de estos requisitos.

(16) Realmente no se trata de las clásicas menciones de derechos a que se refiere el artículo 29, pues aunque la Ley las denomine así, se trata de una afección de las fincas que afecta a todo tercer adquirente.

LEGITIMARIO DE PARTE ALICUOTA

ROCA SASTRE afirma que cuando el artículo 15 habla de legitimarios de parte alicuota, en realidad lo que quiere afirmar es que se trata de legitimarios de cuota, o sea el derecho a percibir una cuota o parte de valor hereditario. Quedan excluidos —continúa diciendo— aquellos legitimarios consistentes en bienes específicos: alimentos; cinco sueldos y una robada en los montes comunes, etc. (17).

A primera vista de esta afirmación parece deducirse que son dos cosas distintas, y en algún punto contrapuestas, la legítima de cuota y la legítima de parte alicuota, y quizá se pretenda insinuar que la primera es aquella que se concreta en una cuota de valor de los bienes hereditarios, mientras que la segunda es aquella que debe abonarse "in natura", es decir, con los propios bienes hereditarios. Sin embargo, esta distinción no parece demasiado clara.

Desde el punto de vista semántico la diferencia entre ambas expresiones no se encuentra en la naturaleza de los bienes que constituyen el todo a que hacen referencia, sino simplemente en la idea de que cuota es una porción fija o proporcional de un todo que puede dividirlo exactamente, o no, mientras que parte alicuota es aquella cuota que mide exactamente a su todo. Parte alicuota se contrapone a parte alicuanta, pero no a cuota, porque la expresión parte alicuota añade a la palabra cuota únicamente el aspecto de división exacta del todo, pero nada añade en orden al contenido (18).

Desde el punto de vista jurídico tampoco puede hallarse base alguna para sostener la diferencia; es más, aún podrían citarse

(17) Roca, ob. cit., tomo II, pág. 667, nota 2.ª En otro lugar, *Naturaleza jurídica de la legítima*, "Revista de Derecho Privado", 1944, pág. 198, hablando de la teoría del legítimo condómino o copropietario, afirma que "esta teoría sostiene que la legítima atribuye una cuota de bienes, o sea, una parte alicuota de la herencia". Es decir, aquí utiliza ambos términos como sinónimos.

(18) Incluso pudiera sostenerse que, en ambos supuestos, por ser partes de un único todo, el contenido de ese todo deberá determinar la naturaleza de las partes y, por tanto, que en ambos casos habrían de ser pagadas las legítimas "in natura". De todas formas, conviene indicar que la distinción, si alguna existe, desvirtúa su importancia en los supuestos de legado de parte alicuota y de cuota por las consecuencias que la distinción podría tener en orden a la institución de heredero.

argumentos para mantener la identificación (19), pues si se pretende invocar la expresión parte alicuota para indicar con ella que el legitimario debe ser pagado *in natura* con bienes hereditarios, ello no será realidad en un buen número de casos, pues aparte de los supuestos contemplados en el párrafo segundo del artículo 1.056 y en el también párrafo segundo del artículo 840 del Código Civil, habrá que incluir todos aquellos en los que la legítima se ha satisfecho por donaciones *inter vivos*; supuestos que autoriza el artículo 815 al permitir que el legitimario pueda recibir su legítima por cualquier título.

Por todo ello entendemos que deben aceptarse como sinónimos los conceptos expresados, al menos en el sentido de no poder hallar en ellos ningún fundamento para determinar la naturaleza real en la que tanto una como otra porción deban ser satisfechas y, por tanto, que pueden aceptarse como hipótesis de trabajo estas dos conclusiones:

a) La legítima desde el punto de vista aritmético es una parte alicuota de la herencia (divide exactamente a su todo).

b) Desde el punto de vista de su contenido, la cuota en que consiste la legítima normalmente se paga en bienes de la herencia, pero excepcionalmente puede pagarse en bienes hereditarios.

Entendidos en este sentido los conceptos de cuota y parte alicuota se llega, como consecuencia, a la afirmación de que los legitimarios, en el supuesto del párrafo segundo del artículo 1.056, son legitimarios de parte alicuota cuya cuota puede ser pagada con bienes no hereditarios, resultando, por tanto, cumplido el primer requisito del artículo 15 de la Ley Hipotecaria para que pueda darse la protección contenida en sus normas.

(19) VALLET, *La imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, "R. D. P.", 1948, pág. 317, expresa: "Nos parece artificioso extender la distinción entre cuota y parte alicuota más allá del derecho de acrecer. Ni terminológicamente, ni históricamente, ni en el campo de nuestro Derecho positivo, podemos aceptar esta distinción fuera del indicado radio del acrecimiento. Terminológicamente, cuota es definida por el Diccionario de la Real Academia como parte o porción de alguna cosa o alguna cantidad, y parte alicuota, calificación de las partes que están contenidas en el todo un número exacto de veces o que dividen exactamente al todo", y más adelante añade: "La cuota puede ser parte alicuota o puede no serlo. No lo es el treinta por ciento u otra división inexacta. Esta diferencia aritmética es la única que gramaticalmente separa ambos conceptos". GONZÁLEZ PALOMINO, *El acrecimiento en la mejora*, "A. A. M. N.", II, págs. 529 y ss., se ocupa también de esta cuestión, aunque con conclusiones distintas.

LEGITIMARIO QUE NO PUEDA PROMOVER EL JUICIO DE TESTAMENTARIA

El segundo de los requisitos exigidos por el artículo 15 de la Ley Hipotecaria es que el legitimario "no pueda promover el juicio de testamentaria por hallarse el heredero autorizado para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles".

Existe en este párrafo una prohibición, el que no pueda promoverse el juicio de testamentaria, y una motivación para ella, hallarse el heredero autorizado a pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles; importa destacar entonces cuál de los dos extremos es lo verdaderamente importante: ¿La prohibición o el motivo de ella?

ROCA SASTRE (20) entiende que aunque el artículo 15 hable del legitimario que no pueda promover el juicio de testamentaria, esto más que un requisito es una consecuencia que este precepto presupone como derivación de la circunstancia de que el heredero se halla facultado para pagar la legítima en dinero o en bienes no inmuebles (21).

Naturalmente esta postura de ROCA SASTRE no resuelve el problema, se limita a enumerarlo, pero sin poner en él una atención científica que pretenda superar las dificultades del precepto, y aunque obedezca a un deseo claro de superar la posible redacción equivocada de la norma deja subsistente toda la problemática que la misma plantea. Personalmente estimamos que tanto la prohibición como su motivación están incluido en el artículo con idéntico rango y valor y, en su consecuencia, creemos que es forzar exce-

(20) ROCA SASTRE, ob. cit., pág. 667, nota 3.

(21) GARCÍA RODRÍGUEZ, *La aplicación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria al Derecho común como solución antimitijundista*, en esta Revista, 1963, página 545, abunda en esta misma opinión, señalando que "la autorizada opinión de Roca se inclina por entender aplicable el artículo 15 a las situaciones dimanadas del 1.056. Las referencias al legitimario que no pueda promover el juicio de testamentaria, lo cual podría desautorizar esta opinión —dado que el legitimario del Código Civil, aun bajo la norma del 1.056, puede promover el juicio de testamentaria—, debe ser entendida no como un requisito, dice razonablemente Roca Sastre, sino como una consecuencia normal en Cataluña. Así los requisitos normativos sólo son dos: que el legitimario sea de parte alicuota, y que el heredero se halle autorizado para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles. Ambos presupuestos encajan perfectamente en el artículo 1.056".

sivamente el tenor literal de la norma, afirmar que la prohibición contenida en ella no es más que una consecuencia sin mayor trascendencia ni importancia. Lo acertado es buscar una interpretación que armonice prohibición y motivación, sin supeditar la una a la otra, y reconociendo a cada una de ellas la importancia y consideración que la misma ley les atribuye. Pero realizar una interpretación que reúna estas características exige previamente exponer algunas ideas en torno al expediente judicial de testamentaria—sobre todo en lo que respecta a las personas que pueden promoverlo, la finalidad del mismo y las situaciones en las que excepcionalmente este juicio no puede tener lugar—, así como las distintas situaciones que los legitimarios pueden ostentar con relación al mismo como consecuencia de los actos divisorios del caudal hereditario verificados por el *de cuius*.

Empecemos, pues, nuestro estudio por el juicio de testamentaria.

EL JUICIO DE TESTAMENTARIA

El artículo 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina quiénes pueden promover el juicio de testamentaria, y así dice que pueden hacerlo:

1. Cualquiera de los herederos testamentarios.
2. Cualquiera de los legatarios de parte alicuota del caudal.
3. El cónyuge que sobreviva.
4. Cualquier acreedor siempre que presente un título escrito que justifique cumplidamente el crédito.

A la vista del contenido de este artículo parece deducirse que todo legitimario puede promover el procedimiento de división hereditaria y que el problema de la naturaleza de su legítima no parece tener demasiada trascendencia a estos efectos, porque o bien su legítima le convierte en un cotitular del patrimonio hereditario y entonces podría acudir al juicio de testamentaria, como todo heredero, basándose en el número 1.º del citado artículo, o bien le convierte en un mero acreedor de una cuota de valor de la

herencia, y entonces igualmente podría acudir al juicio de testamentaria, amparándose esta vez en el número 3.º del mismo.

El camino parece estar cerrado y la conclusión que ha de seguirse es que, efectivamente, el legitimario en el derecho común siempre puede acudir al expediente judicial divisorio y, por tanto, el artículo 15 de la Ley Hipotecaria carece de sentido en el derecho de Castilla (22); pero en derecho existen siempre posibilidades para toda clase de doctrinas, lo único que es preciso es realizar un estudio detenido de los textos legales y tratar de encontrar en ellos nuevos matices e interpretaciones. Así, buscando en los textos y en la doctrina nos encontramos con dos hipótesis en las cuales no procede instrumentar el juicio de testamentaria. Estas hipótesis son las dos siguientes:

1. Que el testador haya prohibido expresamente a sus herederos el recurrir a la intervención judicial (art. 1.039 de la Ley Procesal).

2. Que ya esté verificada la partición, pues entonces carecería de finalidad la intervención judicial para dividir el caudal hereditario.

La primera de estas soluciones carece realmente de consistencia, puesto que el mismo artículo 1.039 la desbarata completamente al señalar que la limitación en él indicada está reservada exclusivamente a los herederos voluntarios. Los forzosos, y por tanto los legitimarios, siempre tendrán abierta la posibilidad de requerir la intervención judicial, aun contra la prohibición del testador.

En cambio, la segunda tiene mayor consistencia y es la que sirve de fundamento a toda nuestra tesis.

(22) La cuestión en las legislaciones forales es esencialmente distinta. En Cataluña la doctrina entendió siempre la improcedencia del juicio de testamentaria, estimando que lo procedente era que el legitimario defendiera sus derechos en el juicio declarativo. Hoy esta doctrina está recogida en la Compilación, cuyo artículo 140, en su último párrafo, señala que el derecho a la legítima no autoriza a promover el juicio de testamentaria. En Aragón, donde la legítima está determinada en una cantidad que el ascendiente ha de repartir entre los descendientes, pero sin que deba respetar ninguna igualdad ni proporcionalidad entre ellos (art. 30 de la Compilación), tampoco se admite el juicio de testamentaria para reclamar la legítima. Así lo reconocen las sentencias de 30 de noviembre de 1900 y 30 de junio de 1905. En Navarra no existen limitaciones legitimarias a la libertad de testar y por ende tampoco puede el legitimario promover el juicio de testamentaria; así lo reconoce la sentencia ya citada de

MANUEL DE LA PLAZA (23), en este orden de ideas, afirma textualmente que "en el caso de haberse llevado a cabo la partición extrajudicialmente, este hecho impide suscitar el proceso (se refiere al de testamentaria), sin perjuicio de que los interesados promuevan la defensa de sus derechos en el juicio correspondiente". Efectivamente, dada la especial naturaleza del juicio de testamentaria, que según la general doctrina procesalista española se le considera como un proceso liquidador en el que se pretende únicamente realizar la división de un caudal hereditario, entre los que tienen derecho a él, no parece justificada su promoción en el supuesto de que esta división esté ya verificada.

Desde luego, sin entrar en el estudio de todas las cuestiones que plantea el juicio de testamentaria, sobre todo la relativa a su naturaleza jurídica, es decir, si debe ser considerado dentro de los actos de jurisdicción voluntaria o en los de jurisdicción contenciosa (24), conviene destacar aquí únicamente que el de testamentaria es un juicio en el que pretende la división de un "as" hereditario, pero que todos los problemas que en él puedan suscitarse relativas a los derechos de los interesados en la herencia, así en orden a su cuantía, como en lo relativo a su cualidad de herederos y a la interpretación de las disposiciones testamentarias, deberán decidirse en el juicio ordinario que corresponda.

En su consecuencia, si la partición ha sido ya efectuada y si el

30 de junio de 1905. En Vizcaya rige un sistema de legítima colectiva (art. 23 de la Compilación) semejante al señalado para Aragón y por ello entendemos que tampoco en esta región procede el juicio divisorio. En Mallorca y Menorca el párrafo 2.º del artículo 46 de la Compilación reconoce expresamente la posibilidad de que los legitimarios promuevan el juicio de testamentaria. En Ibiza, Formentera y en Galicia no existe ninguna especialidad en esta materia, rigiendo, por tanto, como supletorias las normas del Código Civil.

(23) M. DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español*, Madrid, 1951, vol. II, página 494.

(24) La cuestión de la naturaleza jurídica de este juicio no es pacífica entre los autores, pues sus características hacen que pueda ser incluido fácilmente dentro de los actos de jurisdicción contenciosa o entre los de jurisdicción voluntaria, pues si bien, por una parte, está incluido en la Ley de Enjuiciamiento Civil dentro de los de jurisdicción contenciosa, el hecho de que en la mayor parte de las ocasiones se inicie voluntariamente por los interesados y el que en él no se resuelvan las cuestiones verdaderamente contenciosas hace que también se le pueda incluir entre los actos de jurisdicción voluntaria. Hoy día los procesalistas tienden a considerarlo dentro de la jurisdicción contenciosa. Cfr. DE LA PLAZA, ob. cit., vol. II, pág. 475, y GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1961, volumen II, pág. 1.174. LACRUZ, SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1961, pág. 475, opinan por el contrario que se trata de un proceso de jurisdicción voluntaria.

caudal hereditario ha sido repartido entre los herederos, carece de finalidad el juicio de testamentaria y el único camino que queda abierto a los herederos no conformes con la división efectuada es la impugnación de la partición en el juicio declarativo. Pues bien; la posibilidad de armonizar el artículo 15 de la Ley Hipotecaria con las disposiciones civiles y procesales está precisamente en esta idea. Si todo legitimario puede promover el juicio de testamentaria, ya como heredero, ya como acreedor de un valor de la herencia y si la única excepción a esta legitimación activa es que la partición esté efectuada, es preciso buscar dentro de las normas del Derecho Civil un supuesto en el que, por una parte, existan unos legitimarios que deban ser pagados en dinero o en bienes no inmuebles, y por otra, que este pago en efectivo suponga una partición efectuada. Y este supuesto lo encontramos claramente en el párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil.

Que el párrafo segundo del artículo 1.056 es un supuesto participacional, es un principio que se deduce del contenido de la propia norma, cuando expresa que “el padre que en interés de la familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá *usar de la facultad concedida en este artículo*”. Y esta facultad, como dice PUIG BRUTAU (25), es la de hacer la partición. Así lo ha reconocido unánimemente toda la doctrina.

MANRESA (26), en este sentido, señala que “en el artículo 1.056 del Código la partición la realiza el testador y él determinará la forma de pago (se sobreentiende de las legítimas)”. Y del mismo modo se pronuncian MUCIUS SCAEVOLA y SÁNCHEZ ROMÁN, entre la que podemos denominar doctrina clásica. Entre los modernos, ORTEGA PARDO (27) afirma que “el artículo 1.056 atribuye al testador la facultad de hacer la partición de su patrimonio entre sus herederos forzosos, asignándoles una cantidad —con tal que no sea menos que la Ley les confiere— de bienes determinados en los que habrán de suceder”, y en el mismo trabajo, unas páginas antes (28) “sorprende un poco el apartado segundo del artículo 1.056 del

(25) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1968, tomo V, volumen 3, pág. 524.

(26) MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1924, t. VII, pág. 698.

(27) ORTEGA PARDO, *Naturaleza jurídica del legado en pago de legítima*, Madrid, 1945, pág. 151.

(28) ORTEGA PARDO, ob. cit., pág. 145.

Código Civil, como dice SCAEVOLA está demás. Si en un principio se permite a todo testador realizar la división entre sus herederos de la manera que le plazca con sólo la limitación cuantitativa, es absurdo que en el párrafo segundo se vuelva a atribuir esta facultad al padre para un caso concreto".

Del mismo modo se pronuncia GONZÁLEZ PALOMINO (29) cuando afirma: "El segundo de los preceptos engañosos es el párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil, que es una norma de partición. El padre ha de actuar no sólo testando, sino partiendo. Aunque no haya hecho sino la lisa y llana disposición de esa cláusula en su testamento, esa cláusula es de naturaleza y contenido particional y nada menos que con dos adjudicaciones: una al beneficiario de la explotación en pago de sus haberes (legítima, mejora, parte libre); otra en pago de los haberes de los demás legitimarios."

También se manifiesta de manera semejante CASTÁN (30), quien afirma que nos encontramos aquí como una simple aplicación particular de la facultad, que para hacer la partición tiene el causante, VATTEL (31), y en definitiva la generalidad de la doctrina.

La conclusión que se sigue de todo lo que llevamos expuesto es que si de la propia Ley y de su interpretación doctrinal se admite unánimemente que el párrafo segundo del artículo 1.056 entraña no sólo un acto dispositivo sobre la explotación, sino también una verdadera partición, no cabe duda que el legitimario instituido en esta forma no podrá acudir al juicio de testamentaria para pedir la división de la herencia, porque esta división ya está efectuada por el propio *de cuius*.

Ahora bien; el juicio de testamentaria tiene dos finalidades distintas: una conocer el activo hereditario, deducir el pasivo y saber exactamente a cuánto asciende el haber partible; y otra dividir ese caudal entre los que tienen derecho al mismo. Desde luego, ya no es necesario el juicio de testamentaria para dividir el caudal, pues esto ya está efectuado, pero ¿será necesario para conocer a cuánto asciende el haber partible?

(29) GONZÁLEZ PALOMINO, ob. cit., pág. 543.

(30) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1960, tomo VI, vol. 1, pág. 271.

(31) VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1968, página 217.

ANGEL SANZ (32) afirma que, "aunque el testador disponga que se paguen en metálico las legítimas en el supuesto del artículo 1.056, párrafo segundo, el legitimario puede promover el juicio de testamentaria para obtener el avalúo de la explotación, como lo puede hacer igualmente en todo caso conforme al artículo 1.039 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, creemos que tampoco para esta finalidad meramente estimativa es procedente el juicio de testamentaria, porque aún este supuesto, si algún legitimario no estuviera conforme con la cantidad asignada para el pago de su derecho, el único camino abierto para impugnar esa asignación insuficiente es la impugnación de la partición, como iremos viendo a lo largo de nuestro estudio.

De todas formas, para aclarar totalmente estas cuestiones y para sentar unas primeras bases en que apoyar nuestras conclusiones, es preciso exponer algunas ideas en torno a la división de la herencia efectuada por el causante de la misma.

LA DIVISION TESTAMENTARIA

Como afirma MESINEO (33), "una particularidad de la división hecha por el testador es que no presupone una preexistente comunidad hereditaria ni es correlativa a la disolución de una tal comunidad. Esto porque esa división, remontándose necesariamente al momento en que el testamento adquiere eficacia —aunque materialmente se realice a distancia de tiempo—, coincide con la apertura de la sucesión, y por eso una comunidad hereditaria no tiene posibilidad de constituirse". Lo que quiere expresar MESINEO en este párrafo transcrito es que si el "as" hereditario estuvo siempre dividido y adjudicado a personas concretas por propia voluntad del testador, y desde su muerte nunca ha podido producirse el supuesto de cotitularidad entre los interesados en la sucesión, y por ende nunca ha podido existir tampoco el supuesto de comunidad hereditaria.

(32) SANZ FERNÁNDEZ, ob. y loc. cit.

(33) MESINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, ed. española, Buenos Aires, 1956, vol. VII, pág. 398.

Esta afirmación de MESINEO, que es, por otra parte, compartida por casi la doctrina italiana (34), es igualmente aplicable al derecho español (35), donde el artículo 1.056 contiene una doctrina semejante a la del artículo 734 del *Codice Civile*, que es el que motiva la afirmación de MESINEO. En ambos casos se trata de una división hereditaria hecha por el causante, sin que importe a nuestro trabajo sus posibles límites, ni sus efectos, ni el ámbito en el que pueda desarrollarse, y si únicamente que esta división hereditaria excluye, como hemos visto, el supuesto de comunidad hereditaria. El testador, al adjudicar bienes concretos a cada uno de los herederos, impide que se forme el acervo común y la única relación que existe entre los mismos es la del común origen de los bienes que han de adquirir (36). Todos provienen de un solo causante, como los frutos provienen de un solo árbol, todos pertenecieron a una sola persona; pero determinado su destino desde

(34) LOSANA, citado por MANRESA, ob. cit., pág. 691, afirma que esta división es un derecho excepcional que constituye una paradoja jurídica, porque división sin una preexistente comunidad de bienes equivale a un hijo sin madre. Por el contrario, CICU, *Derecho de sucesiones*, ed. española, R. C. Español en Bolonia, 1964, pág. 831, afirma, por el contrario, que la doctrina se ha fatigado en crear o fingir una comunidad creyendo que sin ella no puede haber división", y continúa afirmando: "Realiza división el propietario de un fundo que lo divide materialmente en dos partes: ésta no es todavía una división jurídica, pero llega a serlo si enajena las dos partes a personas distintas", y más adelante: "La idea de cuota presupone la idea de un todo".

(35) Sin embargo, la doctrina española se ha mostrado reacia a aceptar este principio. Así, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 3.º, página 1988, Madrid, 1910, señala que "a nombre de un criterio técnico quizá exagerado, se califica de paradoja jurídica esta autopartición del testador, porque se echa de menos el precedente de un estado anterior de comunidad de bienes que la herencia yacente produce entre partícipes desde la muerte del testador hasta que se ultima la división. El escrúpulo no parece estimable, ni aun por motivos técnico-jurídicos, puesto que ese periodo de duración efectiva, más o menos largo según los casos, es más ideal que real, y al fin desaparece en todos ellos por el efecto capital, también jurídico, de retroactividad que produce la aceptación de la herencia, siempre referido al momento mismo de la muerte del testador". COVÍAN, *Enciclopedia Jurídica Seix*, vol. XXIV, pág. 359, "La partición", afirma que "hay escritores que niegan a esta forma la naturaleza de la institución de que tratamos y alegan que división, sin una preexistente comunidad de bienes, equivale a un hijo sin madre: invocan los precedentes romanos y los Códigos de Bélgica, Francia e Italia, que autorizan sólo la partición hecha por el ascendiente, como derecho excepcional. Ciertamente cuando se hace esta partición no hay comunidad porque todos los bienes pertenecen a una sola persona; pero indudablemente sí la indivisión respecto a los que han de suceder al causante". Entre los autores modernos, LACRUZ y SANCHEO REBULLIDA, ob. cit., pág. 482, aceptan la postura de MESINEO al reconocer que la partición hecha por el testador no pone fin a la comunidad hereditaria, sino que la evita.

(36) Vid. MESINEO, loc. y ob. cit.

antes de su muerte, al ocurrir ésta se disgregan instantáneamente adjudicándose a cada uno de los destinatarios, sin pasar por esa fase intermedia en la que los bienes, provisionalmente sin adjudicar, pertenecen *pro indiviso* a todos los herederos. Es decir, que hasta el fallecimiento del causante pertenecían todos exclusivamente a él y después de su muerte pasan a pertenecer individualmente a cada uno de los herederos, según las adjudicaciones que el mismo ha dejado establecidas con anterioridad a esa fecha.

Las consecuencias que esta afirmación produce dentro del orden de ideas que estamos desarrollando, pueden resumirse de la siguiente forma:

1. La división hecha por el causante excluye el supuesto de indivisión y cotitularidad de los bienes hereditarios con toda la secuela que ello lleva consigo respecto de las facultades de los herederos en relación al goce de los bienes y a la disposición de los mismos.

2. Se verifica en un solo acto la determinación de las cuotas abstractas de los herederos y la adjudicación de bienes concretos para su pago.

3. No parece muy apropiado el expediente judicial de testamentaria, puesto que eliminada la comunidad hereditaria de una parte, y de otra asignados bienes concretos a cada uno de los interesados en la sucesión, no se ve claro cuál puede ser su objeto, pues si el caudal hereditario está dividido y además está también distribuido, quedan realizadas las dos finalidades que se atribuyen al mencionado juicio: inventariar los bienes hereditarios y adjudicarlos a los interesados en la sucesión.

Pero el testador puede verificar la división de sus bienes de alguna de estas tres formas amparadas en los artículos 1.056 y 1.057 del Código Civil: bien, verificar él mismo íntegramente toda la partición, es decir, determinar que su voluntad es conservar indivisa la explotación en que sus bienes consisten y valorando al mismo tiempo las legítimas de los demás hijos, adjudicarles una cantidad de dinero concreta para su pago; bien, expresar que no se divida la explotación, adjudicándola a uno de sus hijos, y al mismo tiempo, haciendo uso de las facultades concedidas en el artículo 1.057, nombrar a uno o varios contadores partidores para

que valoren las legítimas de los demás; o bien, limitarse únicamente a expresar su voluntad de que la explotación familiar no se divida y no hacer ninguna disposición en orden a la cuantía de los derechos de los demás legitimarios, excepto que éstos deben abonarse en dinero (37). Examinemos cada uno de estos supuestos separadamente en orden, sobre todo, a los efectos que ellos pueden producir con relación al juicio de testamentaria.

PARTICION VERIFICADA INTEGRAMENTE POR EL CAUSANTE

Nos encontramos aquí con un supuesto en el que la partición ha sido verificada íntegra y unilateralmente por el causante. En ella, el causante, como titular del patrimonio y conociendo exactamente su valor y la conveniencia de que determinada explotación existente en el mismo no se fraccione, toda vez que su fraccionamiento podría destruirla económicamente, la adjudica a uno solo de sus herederos, limitándose a asignar a los demás una cantidad en metálico.

Las dos fases que pueden distinguirse en la partición (38): determinación de cuotas abstractas y adjudicación concreta de bienes para el pago de las mismas, están verificadas por el causante. Particionalmente hablando, ya no resta nada por hacer, a excepción de la operación, meramente contable, de efectuar el pago material de las legítimas. Si hay dinero en la herencia, con este dinero deberá efectuarse el pago (39). Pero entiéndase bien, no se

(37) En todos los supuestos para que la explotación no se divida es necesario que el testador haya manifestado clara y precisa su voluntad de conservarla indivisa. Así lo ha establecido la sentencia de 14 de marzo de 1901.

(38) Por todo lo indicado anteriormente resulta problemático hablar de partición cuando ésta ha sido verificada por el causante, pero para seguir la terminología habitual lo hacemos así.

(39) MANRESA, loc. y ob. cit., señala que "el artículo 1.056 no dice expresamente que el hijo a quien se le adjudique la explotación haya de pagar de su peculio propio en metálico a los demás hijos su legítima; sólo faculta al testador para disponer que se satisfaga en esa forma tal porción. Si hay en la herencia metálico para ello, desde luego con él se realizará el pago, pero si no le hay, como será lo más frecuente, el precepto también ha de cumplirse. ¿Cómo? Vendiendo en caso necesario otros objetos para ese fin, o imponiendo, en último término, si no hubiere otro recurso, el mismo hijo favorecido esa obligación". Esta misma posición la sostienen hoy ROCA SASTRE, PORPETA, VALLET, etc. FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, "A. D. C.", vol. I, 1948, página 64, llega a distinguir entre los supuestos en que exista metálico en la

trata propiamente de que el heredero instituido verifique el pago de las legítimas después de haberse apropiado previamente del dinero existente en el «as» hereditario, está a disposición de los legitimarios, los cuales, por su propia autoridad, podrán hacerse cargo de él, toda vez que el heredero instituido solamente en la explotación carece de todo derecho sobre el metálico (40).

En el supuesto de que no exista en la herencia más bienes que la explotación familiar el pago de las legítimas recaería en el heredero, ya se fundamente esta obligación en estimar que en relación el titular de la explotación, y en la parte que exceda de su haber legitimario, existe una adjudicación para pago de deudas (41) (42), o bien entender que se trata de una contraprestación otorgada por vía particional a la imposición al heredero de las deudas a favor del legitimario (43); pero, en todo caso, se trata de unas deudas que pueden configurarse como deudas de la explotación, como cargas que el titular de ésta tiene que satisfacer, sin que se llegue por este camino a considerar a los legitimarios como cotitulares de la misma, pues al hacer el testador la partición de sus bienes ha excluido definitivamente la situación de cotitularidad al excluirlos expresamente de todo derecho sobre la explotación familiar.

Una división hereditaria de esta naturaleza, que, por una parte, excluye la comunidad hereditaria "ab initio" y, por otra, puede

herencia y aquellos en que no exista, afirmando que en el primer supuesto sería aplicable el párrafo 1.º del 1.056 y en el segundo el párrafo 2.º del mismo artículo. SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., pág. 1.995, en este orden de ideas reconoce que el espíritu de este artículo puede cumplirse aunque se arbitre otra forma de compensación distinta al dinero, si la naturaleza y valor respectivo de los bienes lo permitiera.

(40) Confirman esta doctrina SANZ, PORPETA y GONZÁLEZ PALOMINO. Este último, en su obra ya citada, dice que "en el supuesto del párrafo 2.º del artículo 1.056 se da la particularidad de que aunque la herencia se reduzca escuetamente a la explotación munda y lironda, las demás legítimas... se pagan en dinero de la herencia, aunque no haya dinero en la herencia, porque el heredero no está autorizado para el pago, sino obligado a hacerlo".

(41) Vid. SANZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, página 144, nota 12.

(42) Vid. PORPETA, *Naturaleza jurídica de la legítima*, Conferencia en el Colegio Notarial de Barcelona, recogida en "Estudios de Derecho Sucesorio", página 203.

(43) Una exposición detallada de estas cuestiones puede verse en VALLET, obra cit., págs. 218 y ss., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto "inter vivos"*, "R. D. P.", 1954, páginas 494 y ss.

excluir a los legitimarios del propio "as" hereditario —caso de que las legítimas se abonen en dinero no existente en la herencia—, coloca a los legitimarios en una situación muy especial que puede concretarse en los extremos siguientes:

Los legitimarios han sido titulares de bienes concretos y determinados, tanto en su naturaleza, como en su cuantía, desde antes de abrirse la sucesión.

La defensa de sus derechos ha de verificarse sobre la base de la impugnación de la partición, ya por haber sido preteridos por el causante, bien en su testamento, bien en la partición, o ya porque la cantidad asignada para el pago de sus derechos haya sido insuficiente (44).

El juicio de testamentaria no es, pues, el medio adecuado para defender sus derechos.

Esta teoría en su parte meramente formal y de defensa ha sido aceptada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en la conocida sentencia de 27 de noviembre de 1896, en la cual se afirmó textualmente que "practicada por el difunto padre en su testamento la partición de los bienes, ha debido ejercitarse en el caso de que procediere la acción rescisoria a que se refieren los artículos 1.075 y 1.076 del Código Civil, sin que pueda tener lugar, por tanto, la prevención del mencionado juicio de testamentaria" (45).

(44) ORTEGA PARDO, en su obra *Naturaleza del llamado legado en pago de legítima*, ya citada, pág. 151, afirma que el legítimo a quien se adjudique menos podrá ejercitar la acción de suplemento para completar la legítima y podrá rescindir la partición en los casos en que la ley lo permita (todas las de rescisión de los contratos, y especialmente, en cuanto a la partición se refiere, la lesión en más de la cuarta parte). Sin embargo, en esta materia de rescisión de particiones será preciso tener en cuenta el contenido del artículo 1.075 del Código Civil, y estimar que habiendo sido efectuada la partición por el causante la rescisión sólo puede tener lugar en los supuestos de que perjudique la legítima de los herederos forzosos, o bien de que aparezca o racionalmente se presume que fue otra la voluntad del testador. Cfr. sobre esta materia, ALBALADEJO, *Dos aspectos de la partición de la herencia*, "A. D. C.", 1948, I-III, págs. 922 y ss., y VALLET, ob. cit., págs. 186 y ss. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión en la sentencia de 6 de marzo de 1945, en la que después de haber afirmado que el testador tiene una amplia libertad, no sólo en la disposición cualitativa de los lotes, sino también en la distribución valorativa, señaló como medio normal y único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte. Confirmada por la de 5 de noviembre de 1955.

(45) La sentencia de 29 de noviembre de 1889 no es contraria a esta doctrina, pues sí afirma que los hijos y descendientes legítimos del testador que se consideren perjudicados en una partición realizada por el padre causante pue-

De lo dicho se deduce que existe un estado de derecho creado por voluntad del testador, que es preciso aceptar o impugnar, pero que en ningún caso es susceptible de que sobre él se superponga para invalidarlo un juicio de testamentaria, porque este juicio sólo pretende dividir el caudal hereditario y esto ha sido ya efectuado, y porque la especial naturaleza del mismo impide que dentro de él se puedan resolver cuestiones sustantivas (46).

Si la partición es aceptada por entender el legitimario que la cantidad asignada para el pago de sus derechos guarda la debida proporción con el caudal hereditario no existirá problema: heredero y legitimarios ejercitan sus derechos en completa paz y concordia; pero en el supuesto de que los legitimarios estimen que sus derechos han sido vulnerados, como la naturaleza legal de su posición exige que en todo caso deban ser respetados, podrán oponerse a esta partición, y esta oposición, ya lo hemos visto, debe sustanciarse por medio del juicio declarativo.

De todas formas, conviene indicar que los mayores problemas surgen durante el interregno que media entre la partición efectuada y su impugnación, toda vez que mientras la partición no ha sido legalmente impugnada se estima que está correctamente efectuada, debiendo admitirse, por tanto, como buena —el mismo artículo 1.056 declara que “se pasará por ella”— y en su consecuencia el heredero podrá realizar cualquier acto de enajenación de los bienes que constituyan el patrimonio hereditario, aun antes de ser abonadas las legítimas.

La validez de estas enajenaciones está fuera de toda duda, pues independientemente que se considere a la partición como atributiva o declarativa de derechos, es lo cierto que, una vez efectuada, legítima al heredero como titular de los derechos que en ella se le adjudiquen y le atribuye, al mismo tiempo, todas las facultades inherentes a los mismos. Por ello, adjudicado el dominio de algu-

den acudir al juicio de testamentaria, se trataba aquí de un supuesto en el que la partición no estaba realizada verdaderamente, ya que el causante se había limitado a distribuir los bienes de la herencia, dejando subsistente una situación de indivisión y mancomunidad. Además, la propia sentencia reconocía que dicha distribución no merecía el concepto jurídico de “partición de herencia”.

(46) Entre las numerosísimas sentencias que sostienen esta doctrina podemos citar la de 5 de julio de 1898, que sostiene que cuando existan diferencias entre el alcance y efectos de la institución de herederos hay que acudir al juicio declarativo, y la de 1 de octubre de 1914, que declaró que existiendo contradicción sobre los derechos a una herencia ha de acudirse al juicio declarativo.

nos bienes a un heredero, éste podrá realizar, como todo titular dominical, los actos de enajenación que tenga por conveniente, sin que le sea exigido, en ningún caso, una demostración previa de que la partición ha sido realizada de acuerdo con las normas legales y testamentarias.

Esta doctrina, además de deducirse, ya lo hemos visto, del artículo 1.056, ha sido reconocida expresamente por la resolución de 16 de noviembre de 1922, que declaró: "que ni el artículo 1.056 y menos el artículo 1.075 del Código Civil exigen una demostración *a priori* de que la partición hecha perjudica a los herederos legítimos, sino que, en primer lugar, ordena que se pase por ella, reservando las acciones de impugnación a los lesionados".

Y si ha de pasarse por esta partición verificada por el causante y en la que los legítimos no han tenido intervención alguna, ¿cuál será la posición de éstos cuando han sido instituidos exclusivamente en dinero? ¿Cuál será la garantía de sus derechos frente a los actos de enajenación del heredero?

Para contestar a estas preguntas hay que aceptar el principio de que el heredero es efectivamente el dueño de todos los bienes inmuebles hereditarios, pero entre tanto las legítimas no hayan sido satisfechas "subsistirá sobre el patrimonio relicto el derecho de legítima, el cual confiere a cada legítimo una titularidad respecto a una fracción de valor económico de dicho patrimonio" (47), es decir, que aun siendo dueño de los bienes el heredero existe sobre ellos un condicionamiento jurídico: el pago de las legítimas. Ahora bien, para que este condicionamiento no sea ilusorio, y para que este derecho de los legítimos sea efectivo es necesario que goce de una publicidad adecuada y de una garantía suficiente.

Publicidad para que estos derechos puedan ser conocidos por todos, y garantía para que los legítimos no puedan ser lesionados en los mismos. Publicidad y garantía son obtenidas en nuestro Derecho a través de la institución del Registro de la Propiedad. Es, por tanto, necesario que los derechos de los legítimos tengan acceso al Registro y para ello sólo existe un camino: el artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

(47) ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de sucesiones de Kipp*, ya citado, volumen II, pág. 333. De modo semejante se pronuncia VALLET, ob. cit., pág. 221.

Y la aplicación del artículo 15 a este supuesto creemos que puede sostenerse fácilmente, en base a todo lo que llevamos expuesto, pues si, por una parte, los legitimarios en el supuesto del artículo 1.056 del Código Civil son legitimarios de cuota, y, por otra, no pueden promover el juicio de testamentaria por haberse efectuado la partición resultan cumplidos los dos requisitos que la Ley Hipotecaria exige para que puedan entrar en funcionamiento su sistema de garantías y, por tanto, sus normas serán perfectamente aplicables.

PARTICION REALIZADA POR EL TESTADOR PRINCIPALMENTE Y COMPLETADA POR UN CONTADOR PARTIDOR

Nos encontramos aquí con una partición mixta, ya que el testador ha dispuesto en su testamento el deseo de conservar indivisa la explotación, adjudicándola expresamente a uno de sus hijos, e indicando que las legítimas de los demás se satisfagan en metálico, pero no habiendo determinado la cuantía de éstas, designa a una persona, o a varias, con el exclusivo cometido de valorarlas y pagarlas. Es un acto mixto porque en él intervienen dos personas, testador y partidor; y un cometido coincidente, liquidar un caudal hereditario. Pero al mismo tiempo que un acto mixto es un acto complejo, porque en él nos encontramos con un acto dispositivo —el testamento del causante que delimita las cuotas de los herederos—, un acto particional —la adjudicación de toda la explotación a uno solo de los herederos e instituyendo a los demás únicamente en metálico— y un acto de investidura de poder —el nombramiento del contador partidor—, y esta naturaleza compleja del acto determina una serie de consecuencias jurídicas que se desenvuelven en todos los ámbitos y que exigen un estudio detenido e independiente.

En cuanto a la comunidad hereditaria.—Siguiendo el orden de ideas que hemos ido exponiendo a lo largo de este trabajo, tenemos que afirmar que tampoco en este caso se ha producido la figura jurídica de la comunidad hereditaria. El causante con su actuación la ha eliminado desde el principio, pues con su acto dispositivo ha señalado las cuotas abstractas que deberán percibir los

herederos, y después con su acto patrimonial las ha concretado en determinado tipo de bienes. Nos encontramos, pues, con que unos herederos deberán contentarse únicamente con su cuota de legítima estricta y otro con la explotación familiar, aunque ella absorba realmente la totalidad del "as" hereditario, e igualmente, por disposición del testador, para el pago de estas cuotas se ha asignado a los primeros dinero o bienes muebles y al segundo toda la explotación familiar.

Estos actos del causante impiden que se forme un acervo común indiviso entre los distintos herederos y determina los bienes en los que cada uno debe suceder. Cualitativamente la partición está concluida, y cuantitativamente lo está igualmente respecto a uno de los herederos: el titular de la explotación; pero no lo está respecto a los demás, toda vez que es preciso fijar la cuantía de las legítimas.

No cabe duda que el testador podía haberlas fijado por sí mismo, como hemos visto en el apartado anterior, pero quizá por la dificultad que entraña la valoración de un patrimonio para quien es su dueño, y en el que, por tanto, coexisten una serie de intereses afectivos difícilmente separables de los puramente económicos, ha optado por designar una persona que, reuniendo los caracteres de objetividad e independencia respecto del patrimonio y de los herederos (art. 1.057 C. c.), puede valorar de una manera más exacta aquél y concretar las legítimas en la cantidad que verdaderamente corresponda. Ello no solamente por estas dos notas de independencia y objetividad, sino también porque entra en el ejercicio de su cargo en el momento de la muerte del testador, y sus valoraciones se refieren al valor real y efectivo de los bienes, evitándose así que con el transcurso del tiempo pierdan veracidad, supuesto que podría darse fácilmente en el hipotético supuesto de que hubiere sido el testador el que hubiera, unilateralmente, fijado las legítimas.

En cuanto al juicio de testamentaria.—La fijación de las legítimas por el contador partidor pone fin totalmente a las operaciones divisorias, y al igual que las efectuadas por el testador es preciso pasar por ellas mientras no sean legalmente impugnadas. ¿Qué sucede, pues, con el juicio de testamentaria? ¿Podrán los

legitimarios recurrir a él para desvirtuar las operaciones divisorias iniciadas por el testador y concluidas por el contador partidor?

La contestación a estas preguntas exige realizar una serie de distinciones en atención a las diversas situaciones en que puede encontrarse la partición cuando el procedimiento judicial se inicie.

a) Antes de concretadas las legítimas en una cantidad de dinero y antes de concluido el plazo señalado al contador partidor para que realice su cometido.

Durante el plazo de vigencia de su nombramiento el contador partidor es la única persona autorizada para verificar la partición, no pudiendo los herederos por sí solos, ni acudiendo al juicio de testamentaria, proceder a una división de los bienes hereditarios en la que no tenga intervención el contador partidor.

Esta afirmación se encuentra confirmada unánimemente por la doctrina (48) y lo está igualmente por la jurisprudencia de la Dirección General de Registros. Así en la resolución de 28 de abril de 1945 se expresa que "la autorización concedida al testador por el artículo 1.057... determina para los herederos la obligación de someterse a las operaciones divisorias que realice el nombrado y pasar por ellas, absteniéndose, en principio, a realizarlas directamente por sí o por medio de personas que nombren al efecto, puesto que esta conducta equivaldría a desconocer y dejar desvirtuada la disposición hecha por el testador". Y añade que, igualmente, "impide a los herederos proceder con plenitud de atribuciones al otorgamiento de las operaciones particionales cuya formalización normalmente compete al comisario, no sólo porque al hacerlo entorpecerían y dificultarían su función, sino también porque al no coincidir los respectivos documentos las operaciones particionales otorgadas por los herederos adolecerían del vicio de nulidad y no serían inscribibles en el Registro de la Propiedad por ir derechamente contra la voluntad del testador, ley suprema de la sucesión *mortis causa*.

De esta doctrina parece deducirse que si existiendo contador encargado de la división hereditaria, la partición efectuada por los herederos va a resultar nula, "por ir derechamente contra la

(48) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 510, afirman: "A mi juicio, si la interpretación del testamento no conduce a otro resultado, no pueden promoverlo (se refiere al juicio de testamentaria) tampoco los herederos —voluntarios o forzosos— durante la actuación, dentro de plazo, del comisario".

voluntad del testador", del mismo vicio de nulidad ha de adolecer la efectuada en juicio de testamentaria, pues la razón jurídica es idéntica: en ambos casos se desconoce la voluntad del testador y se va contra ella. Y si esta partición hecha en juicio de testamentaria va a resultar nula es porque no procede este juicio en el supuesto de que exista un contador partidador nombrado por el causante (49).

La misma postura es sostenida por la sentencia de 18 de abril de 1928, que declaró: "La sentencia que accede a que los herederos hagan la partición a pesar de haber designado el testador un albacea con esa facultad, infringe los artículos 1.057, 1.058 y 1.060 del Código Civil y el testamento que es la ley en la materia".

b) Antes de concretadas las legítimas y después de haber transcurrido el plazo señalado al contador partidador para que efectúe la partición.

Nos encontramos aquí con un supuesto de partición parcial y cuantitativamente incompleta. Existe un acto de disposición, existe también un acto particional *strictu sensu*, pero parcial, y existe un acto de investidura de poder extinguido o caduco. Particionalmente hay algo incompleto: la fijación de las legítimas. ¿Procederá, entonces, el juicio de testamentaria?

Estimamos que en este caso ha de ser, sin duda, admisible el juicio de testamentaria, ya que existiendo una indivisión hereditaria y no existiendo ninguna persona nombrada —pues el haber transcurrido el plazo señalado al contador partidador equivale a esta situación— para ponerle fin, es lógico admitir que los herederos, en defecto de acuerdo, puedan acudir a la división judicial.

Este criterio que sostenemos es admitido en general por todos los autores y ha sido refrendado por la jurisprudencia en numerosas sentencias, entre ellas la de 5 de febrero de 1908, que declaró que, "transcurrido el plazo señalado por el testador para que el comisario hiciera la partición, la heredera podía promover el juicio de testamentaria".

(49) Las sentencias de 1 de diciembre de 1891 y 17 de octubre de 1893 indican que el nombramiento de contadores partidadores no impide promover el juicio de testamentaria, pero no puede desconocerse que en ambos casos las decisiones jurisprudenciales estaban movidas por el temor, no demasiado justificado, de que por el nombramiento de comisarios pudieran resultar lesionadas las legítimas.

Esta sentencia es importante, pues aparte de reconocer la posibilidad del juicio divisorio cuando el plazo del contador partidor está extinguido, a *sensu contrario* expresa que cuando este plazo no se ha extinguido todavía no será posible solicitar la división judicial de la herencia. Doctrina ésta que es la que hemos sostenido en el apartado precedente.

c) Después de concretadas las legítimas, es decir, después de concluida la partición.

Una vez concluida la partición puede sostenerse con todo fundamento la improcedencia del juicio de testamentaria, pues son numerosísimas las sentencias de nuestro Tribunal Supremo que así lo afirman, y no solamente para los supuestos en que aún no se ha iniciado el procedimiento judicial, sino también para aquellos otros en que éste se haya iniciado. Examinemos algunas de ellas:

Para antes de iniciarse el juicio de testamentaria. Aquí podemos citar la sentencia de 28 de diciembre de 1895, que afirmó que "realizadas la liquidación, división y adjudicación de los bienes de una herencia, mediante escritura pública en la que se hicieron constar esas operaciones, las cuales se efectuaron por las personas y en la forma extrajudicial prevista en el testamento, y promovido el juicio voluntario de testamentaria, la sentencia..., que resuelve que debe suspenderse la tramitación del juicio universal hasta que en el declarativo se declare la nulidad de dicha escritura, no infringe..., etc.". Es decir, que lo que procede es impugnar la partición en el juicio declarativo, pero no pedir una nueva división en juicio de testamentaria. Igualmente se pronuncian las sentencias de 5 de octubre de 1898 y las de 16 de noviembre de 1932 y 21 de noviembre de 1939. Estas dos últimas sentaron la doctrina de que "el derecho reconocido a los herederos forzosos, según los artículos 1.037 y 1.038 de la Ley Procesal, debe subordinarse a lo preceptuado en el artículo 1.057 del Código Civil, careciendo, por tanto, de finalidad y objeto el juicio de testamentaria, después de protocolizadas las particiones hechas por el contador y comisario nombrado por el testador, sin perjuicio de las acciones de nulidad o rescisión prevenidas en el artículo 1.088 de la citada Ley Rituaria". En igual sentido se pronunció la sentencia de 17 de octubre de 1960, etc.

Para después de iniciado el juicio divisorio. En este apartado debemos citar las sentencias de 3 de diciembre de 1931 y 3 de noviembre de 1943. Su doctrina, debidamente sistematizada, supone que si iniciado el juicio de testamentaria se presenta una partición auténtica, surge la necesidad de terminarlo y su sobreseimiento constituye el medio adecuado para dejarlo sin efecto. También las sentencias de 18 de mayo de 1933 y la de 3 de noviembre de 1943 y, en fin, la de 19 de julio de 1950 estimaron que deben sobreseerse las diligencias judiciales de testamentaria promovidas por parte legítima tan pronto como conste que los contadores partidores terminaron las operaciones particionales.

La conclusión que se deduce de todo lo últimamente expuesto es que, excepcionalmente en el caso recogido en el apartado b), es decir, aquel en que hemos sostenido la procedencia del juicio de testamentaria, en los demás hay que estimar que se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria: que se trate de legitimarios de cuota instituidos en dinero y que no puedan promover el juicio de testamentaria; y, por tanto, también en estas hipótesis contempladas podrán efectuarse las menciones legitimarias.

PARTICION INCOMPLETA SIN QUE EXISTA NINGUNA PERSONA DESIGNADA PARA CONCLUIRLA

Se da este supuesto cuando el testador dispone de la explotación familiar, sin designar a un contador partidador con el encargo de determinar cuantitativamente las legítimas de sus herederos forzosos. En esta hipótesis se produce una determinación abstracta de cuotas y una distribución concreta y cualitativa de bienes para el pago de una de aquellas cuotas abstractas (la explotación familiar) y una atribución cualitativa no concretada cuantitativamente para el pago de las legítimas (se concreta la cualidad: dinero; pero no se concreta su cantidad).

Desde un punto de vista estricto habría que afirmar que la herencia está partida *in natura*, pero no lo está en valor, y ello porque no habiéndose valorado el total hereditario no puede tampoco determinarse el "quantum" legitimario. Es necesario, pues,

para concluir esta partición valorar todo el "as" hereditario y después concretar las legítimas y verificar su pago.

¿Quién puede hacer esta determinación legitimaria? A primera vista, y puesto que parece tratarse de una simple operación contable, podría pensarse que el mismo heredero instituido en la explotación familiar podría verificar estas valoraciones, pero no debe olvidarse que nos encontramos aquí ante una operación aritmética de gran trascendencia jurídica, una operación aritmética que es realmente un acto particional, un inventariar los bienes hereditarios, valorarlos, descontar el pasivo y fijar las legítimas: propiamente verificar una partición. Por ello estimamos que el heredero, por sí solo, no está autorizado para hacerlo, ya que ello le llevaría a adoptar una doble postura: la de heredero, por su institución como tal, y la de partidador, por las operaciones que efectúa. Y si esto no lo prohibiera ya la doctrina general de la incompatibilidad de intereses, lo prohíbe expresamente el artículo 1.057 del Código Civil (50).

URIARTE BERASATEGUI (51) parece inclinarse a la posición contraria, aunque hay que reconocer que no habla en el plano del derecho estricto, sino en el hipotético supuesto de que los legisladores hipotecarios hubieran tratado de crear una regulación civil de las legítimas, y señala que en este supuesto la Ley que desenvolvería sus propósitos, teniendo en cuenta el artículo 15 de la Ley y el 85 del Reglamento, sería la siguiente:

- 1) Únicamente el causante puede disponer que el legitimario

(50) GONZÁLEZ PALOMINO, ob. y loc. cit., afirma, confirmando esta doctrina, que "en el Derecho de Castilla hay un axioma indestructible: la única persona que no puede hacer por sí solo una partición es un heredero". VALLET, *Apuntes...*, cit., págs. 220 y 221, llega a señalar que "el causante, y menos aún el heredero por sí solo, no están facultados para fijar unilateralmente la cuantía de las legítimas a pagar". Esta postura de VALLET nos parece exagerada en cuanto se refiere al causante, puesto que quien está autorizado por la Ley para hacer una partición lo ha de estar igualmente para fijar el importe de los derechos legitimarios. Si, como consecuencia del transcurso del tiempo y el aumento o disminución de valor de los bienes hereditarios, hubiere lesión para el heredero o para los legitimarios, uno y otros podrán ejercitar sus derechos en vía judicial. PUIG PEÑA, ob. cit., tomo IV, vol. II, pág. 938, parece adoptar esta postura al estimar que "el testador puede hacer una partición total que afecte a todos sus bienes o una partición parcial, como sucede en algunos supuestos..., la atribución de bienes concretos a favor de los legitimarios".

(51) URIARTE BERASATEGUI, *Revisión de ideas*, en esta REVISTA, 1950, páginas 384 y ss.

tome su legítima en efectivo, concediendo al heredero las facultades de pago.

2) El señalamiento numérico de la legítima con arreglo a la base del caudal hereditario, la determinación de las afecciones a su pago en garantía de uno o varios de los bienes hereditarios y el pago del efectivo de las mismas podrán ser delegadas por el causante al contador partidor, albacea, *heredero distributivo*, heredero de confianza, usufructuario, partidor y otras personas. Todas estas facultades se entienden implícitamente concedidas por el causante al heredero instituido en la modalidad jurídica de que se trata. De otro modo el artículo 15 carecería de utilidad, constriñendo su aplicación a los casos de excepción —delegación de facultades—, olvidando el supuesto normal —heredero distributivo—.

Y si en el terreno de la hipótesis nada hay que objetar a lo expuesto por URIARTE BERASATEGUI, en el campo de la realidad existe el insalvable obstáculo del artículo 1.057 del Código Civil, pues no cabe duda que para concluir una partición incompleta es preciso asumir la posición y las funciones de un contador partidor, y esta posición resulta incompatible con la de heredero, como la declaran, además del artículo citado, numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo. En este sentido puede citarse la de 12 de noviembre de 1895, que afirmó que la persona nombrada para hacer la partición no podía ser uno de los herederos; la de 28 de diciembre de 1896, que puntualizó que “el testador tiene amplia facultad para hacer por sí o encomendar a otro la partición de sus bienes, sin más limitaciones que la general de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos y de no dar este encargo a uno de los coherederos, según disponen los artículos 1.056 y 1.057 del Código Civil y lo sancionan el artículo 1.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”; en el mismo sentido se pronunciaron las de 13 de junio de 1898 y la resolución de 12 de noviembre de 1895, ambas referentes al cónyuge viudo. Y esta incapacidad es de tal naturaleza, que ni siquiera cesa con la renuncia a la herencia hecha por el coheredero (sentencia de 18 de mayo de 1962).

De todo lo expuesto se deduce que no estando el heredero, y mucho menos los legitimarios, autorizados para poner fin a las

operaciones divisorias, éstas deberán ser efectuadas, bien por el acuerdo de todos los interesados, bien en juicio de testamentaria. Y no hay otra solución, ya que ninguno de los interesados en la herencia está facultado para hacerlo por sí solo. Esta afirmación lleva como consecuencia admitir que nos encontramos ante un supuesto que queda fuera del texto general del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, y aunque fuera deseable que también en este supuesto los legitimarios tuvieran derecho a las menciones legitimarias, es bien cierto que una interpretación estricta de las disposiciones hipotecarias y civiles hace que no exista base legal suficiente para admitirla, toda vez que de ninguna forma pueden cumplirse los dos requisitos exigidos en el artículo 15.

CONCLUSION FINAL

La finalidad de todo trabajo científico es la obtención de una conclusión definitiva, práctica, razonable y fundada. Esto es lo que nos hemos propuesto al iniciar nuestro estudio. Pero en Derecho, desafortunadamente, no existen conclusiones definitivas. El Derecho no es todavía, ni lo será nunca, una realidad terminada, sino una realidad que se está haciendo día a día y sus conclusiones forzosamente tienen que ser provisionales. Simples hipótesis que es preciso aceptar a falta de otras mejores y mejor fundadas. Pero aunque provisionales, estas conclusiones deben ser prácticas, es decir, deben ser útiles. La verdad pragmática debe ser también la verdad jurídica, porque aceptar conclusiones que funcionen en la práctica es siempre más consolador que llegar a aceptarlas inútiles, y además..., más razonable.

Afirmar que el artículo 15 de la Ley Hipotecaria no tiene aplicación al Derecho común es una conclusión inútil. Aceptar lo contrario es más constructivo y más razonable. Pero como en nuestra ciencia nada puede aceptarse sin una fundamentación suficiente, en las páginas precedentes hemos expuesto los argumentos jurídicos que podían apoyar nuestra tesis, abiertamente positiva; pero ahora, además de todo lo expuesto, podemos añadir un fundamento más, uno que está, insisto, en el propio artículo 15: la necesidad misma de su normatividad.

La posición del legitimario en el supuesto del párrafo 2.º del artículo 1.056 adquiere una naturaleza jurídica esencialmente distinta a los demás legitimarios del Derecho común: excluido de la comunidad hereditaria (que, según vimos, ni siquiera llega a existir) por haber verificado el testador la partición por sí mismo, al menos en cuanto a la naturaleza de los bienes en los que han de suceder, no es "strictu sensu" un cotitular del patrimonio hereditario, sino un mero titular de una cuota, que además debe abonarse en dinero, y siendo el heredero instituido el único dueño de los bienes hereditarios y, por tanto, pudiendo inscribirlos a su nombre y enajenarlos, si no se estima aplicable el artículo 15, ¿cuál será la protección de los derechos de estos legitimarios frente a los actos de enajenación verificados por el heredero, los cuales pueden, de hecho, dejarles sin legítima?

La necesidad de proteger a estos legitimarios fue la que llevó a que antes de publicarse la vigente Ley Hipotecaria algunos autores proclamaran la necesidad de una norma de naturaleza y contenido semejante al actual artículo 15. Así, GALINDO y ESCOSURA (52), por ejemplo, durante la vigencia de la Ley de 1861, refiriéndose a los legitimarios catalanes, cuya situación, por otra parte, no difiere sustancialmente de los supuestos que estudiamos, expresaron que si "el heredero (hereu) por si acudiera al Registro entendemos que al inscribirse los bienes a su nombre deben consignarse los derechos reales de los legitimarios, que de este modo quedan asegurados en perjuicio de tercero". Es decir, que GALINDO y ESCOSURA aplicaban una norma que, en definitiva, es la hoy contenida en el artículo 15 de la vigente Ley. Ciertamente que el artículo 15 de la Ley hubiera debido tener una redacción más cuidada y técnica; cierto que hubiera debido omitir toda referencia al juicio de testamentaria, o, en el caso de haberla hecho, no hubiera debido expresarla como una condición negativa para que las menciones pudieran tener lugar, pero de todas formas creemos que es un precepto útil y necesario y perfectamente aplicable dentro del Derecho común.

Por todo lo dicho podemos aceptar como conclusiones "jurídi-

(52) GALINDO Y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1890, II, pág. 661.

camente definitivas", razonables, prácticas y, a nuestro juicio, suficientemente fundadas, las siguientes:

1. Que en lo que a nuestro estudio se refiere, pueden estimarse como semejantes los términos legitimario de cuota y legitimario de parte alícuota.

2. Que el artículo 1.056, párrafo 2.º, es una aplicación especial y concreta de la doctrina de la partición hecha por el causante, y aunque normalmente esta partición es realizada íntegramente por el causante, puede, en algunos casos, ser iniciada por él y concluida por un contador partidor.

3. Que, en su consecuencia, por tratarse de una partición concluida no es posible promover el juicio de testamentaria, sino únicamente ejercitar las acciones de impugnación de la partición, en los casos en que haya lugar a ello.

4. Que, además, el único supuesto en que el juicio de testamentaria no puede ser promovido por los legitimarios tiene lugar cuando éstos, por un acto complejo dispositivo-particional, son excluidos de los bienes hereditarios e instituidos en dinero. Cobra así sentido la relación prohibición del juicio de testamentaria y motivación de ella, que sean abonadas las legítimas en dinero.

5. Que, por tanto, todos los requisitos que el artículo 15 de la Ley Hipotecaria exige para que puedan tener lugar sus protecciones legitimarias concurren en la hipótesis contemplada en el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código Civil y, en su consecuencia, que son aplicables para ellos.

PLÁCIDO PRADA ALVAREZ BUYLLA

(Registrador de la Propiedad)

NOTAS
DE
DERECHO EXTRANJERO

Consideraciones críticas sobre el régimen de responsabilidad del Registrador de la Propiedad en el ejercicio de su cargo, en el proyecto de Código Hipotecario de Puerto Rico

El llamado Proyecto de Código hipotecario para Puerto Rico, presentado a la Honorable Asamblea Legislativa de Puerto Rico con fecha 8 de marzo de 1967, dedica más de veinte capítulos para regular el régimen de responsabilidad del Registrador de la Propiedad en el ejercicio de su cargo. Sin perjuicio de insistir en un sistema que, más o menos general, tiene bastante similitud con el español en numerosos aspectos, ofrece, no obstante, algunas peculiaridades que pueden ser de algún interés fuera del ámbito local en que, caso de aprobarse, habrá de aplicarse el Proyecto.

El artículo 159 de dicho Proyecto establece el principio general de sujeción, mediante la fórmula, ya clásica, de que "los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad...". Esta afirmación del legislador no sólo responde a un principio reconocido en todas las legislaciones que conciben la función registral como una función que, por eminentemente intelectual, necesita de la libertad inherente a su naturaleza, sino que en el caso concreto del Registrador de la Propiedad puertorriqueño va mucho más allá, por cuanto viene a ser un funcionario que, en orden a responsabilidad, está sujeto a todas sus consecuencias económicas, pero careciendo de ventajas correlativas. Lo que, como veremos oportunamente, no deja de ser curioso en un país que vive dentro de un sistema conforme al cual derechos y deberes económicos mantienen una paridad casi total.

En efecto, el régimen de responsabilidad del Registrador de la Propiedad puede establecerse —como ocurre en España— bajo el criterio de la autonomía propia de la función calificadora, en relación con el régimen económico que se reconozca al Registrador. Porque el Registrador desempeña una actividad que requiere de libertad e iniciativa, se le reconoce el derecho a fijar sus honorarios; y porque fija sus honorarios (no siendo aquí obstáculo el Arancel), porque es él el beneficiado con los mismos, se le exige una responsabilidad correspondiente: atender los gastos que implica la llevanza del Registro y la garantía universal patrimonial. Esta estructuración, que inicialmente pudiera confundirse con supervivencias feudalistas, responde de modo auténtico a una consideración de enorme respeto de la actividad particular, pues consciente el Estado de la conveniencia de que los intereses privados necesitan de una tutela reforzada, delega en los mismos particulares ciertas funciones públicas, estableciendo, asimismo, determinadas exigencias, en orden a asegurar a aquellos intereses particulares que la tutela a que pueden acogerse responde a unas garantías mínimas, pero suficientes.

No es éste, sin embargo, el régimen que recoge el llamado Proyecto de referencia, aunque contiene alguna normativa que aproxima en apariencia ambos sistemas, y, siguiendo en esta materia el antecedente de la Ley de 10 de marzo de 1904, incluye al Registrador de la Propiedad en la categoría de funcionario, pero no sólo en cuanto persona que lleva a cabo una función de índole pública, sino con una completa estructuración dentro de la Administración pública. Es ésta la primera diferencia, e importante, que separa el sistema de Registro de la Propiedad español del de Puerto Rico. Y ambos responden, quizá del mejor modo, a las correspondientes, pero distintas, necesidades propias.

El Proyecto advierte con claridad de la calificación como funcionario del Registrador, afirmando tajantemente que: "Los Registradores de la Propiedad tienen la condición de funcionarios públicos para todos los efectos legales"; si bien es cierto que esta afirmación, como comprobaremos, no es totalmente cierta, y precisamente en perjuicio del Registrador o, para ser más exactos, en beneficio del Estado.

Como desarrollo de este principio general, numerosos artículos

se encargan de concretar los variados efectos que implica. La estructura de un solo Registro de la Propiedad para todo Puerto Rico (1) obliga a que corresponda a la Dirección Administrativa (2) la preparación del presupuesto, "con las solicitudes pertinentes de fondos públicos que el Registro de la Propiedad demande" (art. 3, Proyecto), teniendo que habilitar el Secretario de Justicia, "con cargo al presupuesto de su Departamento, las Secciones del Registro de la Propiedad...", dotándolas de "oficinas, personal, enseres, materiales y demás medios necesarios para la organización y el funcionamiento de dichas dependencias..." (art. 4, Proyecto).

La persona misma del Registrador queda totalmente vinculada para con la gestión pública, de modo tal que: "... los Registradores de la Propiedad percibirán como sueldo, con cargo al Presupuesto de Gastos del Gobierno de Puerto Rico, la remuneración..." (artículo 20, Proyecto). Quedan los Registradores adscritos a su función, salvo renuncia voluntaria y otras alteraciones lógicas y previstas a que luego aludiremos, hasta haber cumplido "la edad de retiro obligatorio que se establece por ley para la mayoría de los empleados y funcionarios del gobierno" (3), quedando sometido a las facultades del Secretario de Justicia, que puede prevenir su retiro (4). La función registral adquiere un matiz exclusivo, pues

(1) "El Estado Libre Asociado de Puerto Rico constituye un solo distrito registral de la Propiedad... Subsistirán las Secciones del Registro de la Propiedad...", dicen, respectivamente, los párrafos segundo y tercero del artículo 1, Proyecto.

(2) Similar, en el orden administrativo, a nuestra Dirección General, aunque carente de la función de resolver por reclamaciones provocadas por la calificación del Registrador, que en Puerto Rico asume el Tribunal Supremo, con intención manifiesta de evitar duplicidad de criterios.

(3) La fórmula es susceptible de mejorarse, pues expresada en tales términos parece exigir un previo estudio estadístico que determinase cuál es la edad a la que se jubilan la mayoría de los funcionarios estatales. Si resultase que tal mayoría no existiese, por ejemplo que el cincuenta por ciento de los funcionarios se jubilasen a los sesenta y cinco años y otro cincuenta por ciento a los sesenta, ¿cómo podrían jubilarse los Registradores? Este artículo 9 reclama su modificación.

(4) Establece el artículo 9, párrafo tercero, que "si un Registrador se inhabilitare permanentemente para el desempeño de los deberes de su cargo por razón de su estado de salud, el Secretario de Justicia lo retirará del servicio, siguiendo el procedimiento dispuesto en los artículos 37 y 41, en todo lo que a ese fin fueren aplicables". El pronombre utilizado, "se", parece dar la impresión de que el Registrador fuese el autor de la inhabilitación, y la referencia a los artículos 37 y 41, el primero de los cuales regula la incoación de expediente disciplinario, y el segundo la posibilidad de revisarse la decisión del Secretario

"el cargo de Registrador es absolutamente incompatible con el ejercicio de la profesión de abogado o notario y con cualquier otro cargo o empleo público, sea o no remunerado" (art. 9, párrafo último, Proyecto). Y, comoquiera que se establecen unas exigencias de horario para la marcha del Registro (art. 14, Proyecto), se excluyen muchas actividades de índole particular, susceptibles de atraer la atención del Registrador, ya que éste "tampoco podrá realizar actividades o trabajos que sean incompatibles con las funciones y deberes de su cargo o empleo" (art. 21, Proyecto), sin perjuicio, desde luego, de que para desempeñar ciertas actividades, cuales, por ejemplo, las docentes, reciba la correspondiente autorización.

Resumiendo, el Registrador está, en el orden económico laboral, totalmente vinculado para con la Administración pública. Incluso el artículo 12 del Proyecto prevé la jura del cargo en términos exactamente iguales que para cualquier otro funcionario. Ingresa siguiendo los pasos del funcionario, vive del presupuesto, se jubila como los demás funcionarios y desempeña su trabajo con dedicación similar a cualquier otro funcionario. Adquiere su plaza casi en propiedad, ya que "los Registradores, salvo los que no tengan designación fija, tendrán como sede la Sección a la que fueren originalmente asignados o aquella donde estén asignados para la fecha de la aprobación de esta ley, y sólo podrán ser interinamente

de Justicia ante el Tribunal Superior de la Sala de San Juan, parece dar a entender que se trataría de la sanción correspondiente. Es evidente que el nombre se ha incluido para dar una sensación de objetividad, y la referencia a los artículos 37 y 41, "en todo lo que a ese fin fueren aplicables", aunque aclaran, sin duda, el sentido del precepto, son muy poco aplicables, en el sentido de que el nombramiento por parte del Secretario de Justicia de un funcionario del Departamento para que instruya expediente es poder concedido al Secretario de Justicia "al objeto de ejercer su jurisdicción disciplinaria contra un Registrador". Incluimos, pues, los dos artículos en toda su extensión, aconsejando una mejora, posible, en la redacción, no obstante reconocer que el sentido general es claro.

Art. 37: "Al objeto de ejercer su jurisdicción disciplinaria contra un Registrador, el Secretario de Justicia incoará el oportuno expediente administrativo, designando al efecto el funcionario de su Departamento que tendrá a su cargo la instrucción del mismo."

Art. 41: "La resolución del Secretario de Justicia será revisable por la Sala de San Juan del Tribunal Superior, Sección de lo Civil. La revisión deberá solicitarse dentro de los quince días siguientes a la notificación al Registrador de la decisión del Secretario. Dicha Sala resolverá lo que considere justo dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se le someta el caso para resolución, y su decisión final será revisable por *certiorari* ante el Tribunal Supremo»

trasladados a otras Secciones, en casos de emergencia, por un término no mayor de dos meses dentro de un año natural" (art. 13, Proyecto). Y se le asignan algunos deberes elementales, como el de "asistir puntualmente a sus oficinas y cumplir, en el orden administrativo, las instrucciones que reciba del Secretario de Justicia o del Director Administrativo del Registro (art. 15, Proyecto).

Si, de conformidad con lo expuesto, el Registrador es, por donde quiera que se le mire, un funcionario público, y se le mantiene en un régimen de función pública, no resulta ya tan consecuente —falta de consecuencia que incide en perjuicio del propio Registrador— que sea responsable con su propio patrimonio de los actos u omisiones propios de su función. Sin perjuicio de reconocer la independencia de responsabilidad penal, e incluso civil en algunos supuestos, asumibles directamente por el actor, característica de la función pública en cualquier sistema medianamente moderno de Derecho, es que el funcionario no responde por daños provocados en el desempeño del cargo, pues rige aquí el principio elemental de responsabilidad objetiva, por virtud del cual el Estado es responsable de los actos de sus funcionarios en el desempeño del cargo, sin perjuicio de las especiales relaciones que, con tal motivo, puedan surgir entre el ente público y el funcionario. Pero en las relaciones de la Administración con los particulares es conveniente que se ofrezca, por parte de aquélla, la debida uniformidad. Y si el Registrador de la Propiedad ha perdido la característica más determinante de su independencia y que justificaría su responsabilidad, que es la de percibir él los ingresos derivados de la actividad registral, no parece lógico que subsista una responsabilidad cuya razón de ser estriba, precisamente, en aquella independencia perdida. En este plano, el Registrador de la Propiedad puertorriqueño se encuentra en desventaja, no sólo con relación a los Registradores de otros países, sino con relación a otros funcionarios de su propia Administración pública.

Pudiera pensarse que como la actividad más propia del Registrador, la calificación, no es controlable por el Estado y deja buen margen a posibles daños a terceros, parece aconsejable la responsabilidad del Registrador mismo. Razonamiento un tanto cojo, de un lado, porque no va acompañado de la ampliación de poderes

que, para calificar, podría tener el Registrador; de otro lado, porque no tiene tanta relación la responsabilidad del funcionario con su ámbito de movimiento, sino que responde al principio de unidad administrativa que deben ofrecer los servicios del Estado.

Nadie puede poner en duda que el criterio del Registrador pueda, en el caso concreto, generar perjuicios al particular; pero bajo tal esquema mental, o el daño encuentra su razón de ser en la deficiencia u oscuridad de las leyes que el Registrador debe aplicar —en cuyo caso no es de justicia hacerle responsable por defectos que se le imponen—, o el daño halla su razón de existencia en un deficiente conocimiento que dicho funcionario tenga del Derecho —en cuyo caso lo adecuado es exigirle ese conocimiento antes de otorgarle el puesto de Registrador—. Porque en caso de negligencia, malicia o cualquier otra actividad dolosa efectuada por el Registrador, al ser normalmente constitutivas de ilícito penal, se provoca una responsabilidad civil que ninguna relación guarda con la función registral en su consideración administrativa.

Es verdad que el Estado, en Puerto Rico, se ha curado en salud en materia de responsabilidad, desde el momento en que la responsabilidad objetiva del Estado tiene un límite inicial, 15.000 dólares de máximo, que sólo puede superarse mediante la petición, y nada menos que a la Asamblea Legislativa, no ya de una indemnización mayor a que fuese condenado, sino del permiso para demandar al Estado por cantidad superior, sin cuyo requisito no debe tramitarse la demanda. Pero con el Registrador de la Propiedad se va más allá, pues el Estado no sólo se limita, sino que se excluye totalmente de responsabilidad, para atribuírsela al funcionario, que no lo es “para todos los efectos legales”, según pretende el artículo 6.

CLASES DE RESPONSABILIDAD

Enumera el Proyecto tres tipos tradicionales de responsabilidad: “La responsabilidad de los Registradores de la Propiedad puede ser penal, civil y administrativa, según los casos. La primera se determinará con arreglo a las leyes penales. Y las dos restantes conforme a lo establecido en este Código” (art. 23).

Dejando de lado la responsabilidad criminal, referida a su lugar adecuado, puede resultar de interés prestar la atención a las de índole administrativa y civil, reguladas ambas dentro del título II del cuerpo del Proyecto (al menos, normalmente).

1. *Responsabilidad administrativa*

No es claro el Proyecto, ni otorga beneficios sistemáticos al intérprete, en orden a los supuestos de responsabilidad administrativa, tanto en cuanto a los deberes inherentes al cargo, como a la sanción correspondiente que la infracción implique. Es cierto que el artículo 35 y siguientes se refieren a la responsabilidad administrativa, pero esto no es siempre verdad, ya que en alguna ocasión deberemos aproximarnos al contenido del título I para matizar estos aspectos. Es verdad que el artículo 36 enumera una serie de supuestos que generan responsabilidad, pero también podríamos ver en buen número de dichos supuestos, hipótesis de responsabilidad penal que provocan la consecuente administrativa y, si procediere, civil. De otro lado, no parece que exista mucha correlación entre tipos de conducta responsable y sus posibles sancionarse. Preceptos hay que incluyen actitudes de gravedad cuya sanción no está correlativamente determinada, mientras que actitudes que pueden ser menos graves provocan concretas sanciones de relieve (5).

(5) Compárese el artículo 36 ("Cualquier Registrador que incurriere en prevaricación, soborno, delito o conducta que implique depravación moral, negligencia inexcusable o ineptitud manifiesta en el desempeño de su cargo, será censurado, suspendido, trasladado o destituido por el Secretario de Justicia, conforme a las circunstancias que concurren en cada caso. E igualmente será objeto de dichas medidas disciplinarias cuando su reiterada falta en el cumplimiento de sus funciones así lo ameriten") con el artículo 21 ("Ningún funcionario o empleado del Registro de la Propiedad podrá cobrar o percibir, fuera de los derechos que en favor del Estado Libre Asociado establece la ley, cantidad alguna de dinero, ni aceptar regalos o donativos por la presentación, estudio o tramitación de documentos u operaciones de cualquier naturaleza en el Registro. Tampoco podrá realizar actividades o trabajos que sean incompatibles con las funciones y deberes de su cargo o empleo, ni efectuar gestiones privadas en relación con asuntos sobre los que haya tenido o pudiera tener intervención directa o indirecta como tal empleado o funcionario. La violación de lo dispuesto anteriormente será causa suficiente para la destitución del funcionario o empleado infractor, sin perjuicio de cualquier delito que hubiere cometido").

a) Deberes del Registrador:

Junto a los derivados de su función en sentido más propio, son deberes específicos, que pueden provocar una sanción, los siguientes: el deber de respetar el horario y días de trabajo (art. 14, Proyecto: "Los Registradores deberán..."), así como el correlativo de asistencia puntual (art. 15, Proyecto: "Los Registradores deberán...") y cumplir, en el orden administrativo, las instrucciones que reciban del Secretario de Justicia o del Director Administrativo (art. 15, Proyecto: "Los Registradores deberán..."); también el de rendir los informes que se les solicite por el Secretario de Justicia (art. 17, Proyecto: "Los Registradores deberán..."). Y, en la medida de lo posible, se ajustarán para la redacción de asientos, notas y certificaciones, a las instrucciones y modelos oficiales (artículo 22, Proyecto: "Los Registradores se ajustarán...").

Como propios de la función pública, se le establecen al Registrador algún deber y alguna exigencia independiente de su voluntad; en concreto, la buena conducta y la buena salud (art. 9, Proyecto: "Los Registradores desempeñarán sus cargos mientras observen buena conducta...").

Como deberes de relevancia, los propios de una conducta rigurosa y ejemplar, cuya infracción provoca una serie de responsabilidades de diversa índole y entidad.

b) Responsabilidad del Registrador:

Los deberes establecidos en los artículos 14, 15, 17 y 22 no parecen ser susceptibles de grandes responsabilidades, y, al menos normalmente, darán lugar a una sanción leve, consistente en una censura, privada, de carácter administrativo, si después de la llamada al orden el Registrador insistiese en su conducta infractora. Esto no obstante, cabe como posible que la reiteración en dicha conducta pueda ser causa de una sanción mayor, incluida la destitución del cargo, el traslado o la suspensión. Sin embargo, son éstas conclusiones que se imponen por la lógica y por ser conceptos incluidos como posibles en el Proyecto, el cual no cala sobre medidas concretas en este punto.

Responsabilidad relevante con sanción importe es la derivada de conductas tales que el Registrador incurriere en prevaricación,

soborno, delito o conducta que implique depravación moral, negligencia inexcusable o ineptitud manifiesta en el desempeño de su cargo, en cuyo caso "será censurado, suspendido, trasladado o destituido por el Secretario de Justicia, conforme a las circunstancias que concurran en cada caso" (art. 36, Proyecto). Mucho más grave parece que pueda ser una conducta consistente en percibir alguna cantidad de dinero, aceptar regalos o donativos por la presentación, estudio o tramitación de documentos u operaciones de cualquier naturaleza en el Registro; realizar trabajos o actividades que sean incompatibles con las funciones y deberes de su cargo o empleo, ni efectuar gestiones privadas en relación con los asuntos sobre los que haya tenido o pudiera tener intervención directa o indirecta como tal empleado o funcionario. En todas estas hipótesis, tal conducta "será causa suficiente para la destitución del funcionario" (art. 21, Proyecto).

Aunque el Proyecto no lo establece expresamente, es de suponer que son causas de responsabilidad que provocan el cese automático en el cargo, el estar incurso en quiebra sin haber obtenido la rehabilitación y estar sujeto a procedimientos disciplinarios ante el Tribunal por delitos o causas que impliquen depravación moral, mientras lo estuvieren. Y decimos que son éstas causas de responsabilidad que deben provocar el cese en el cargo, por ser causas que impiden ser nombrado Registrador (art. 7, Proyecto).

Conviene advertir que la última causa citada —estar sujeto a procedimientos disciplinarios por delitos o causas que impliquen depravación moral— no guarda relación con la causa de responsabilidad contenida en el artículo 36. Cuando éste alude a que el Registrador haya incurrido en prevaricación, soborno o conducta que implique depravación moral, señala unas sanciones que sólo podrán aplicarse constatando los hechos, es decir, normalmente, después del fallo judicial; sin perjuicio, por supuesto, de las medidas interinas tomadas por el Secretario de Justicia, a que autoriza el artículo 39. Parece existir en este punto una cierta discordancia dentro del Proyecto, consistente en que un Registrador declarado quebrado, o un Registrador sujeto a procedimiento disciplinario ante el Tribunal por delito o causa que implique depravación moral, debe cesar en el cargo de modo automático, pues no tiene tan siquiera requisitos para ser nombrado; pero quien, siendo Regis-

trador, incurre en prevaricación, soborno, delito o conducta que implique depravación moral, podrá, simplemente, ser censurado, suspendido, trasladado o destituido, pero luego que la sentencia judicial haya recaído, ya que nadie es culpable mientras no se demuestre tal culpabilidad; y sólo podrá el Secretario de Justicia aplicar ciertas medidas interin se sustancia el procedimiento administrativo, medidas que en ningún caso pueden ir más allá de la suspensión.

En rigor, ya se den los supuestos del artículo 7 del Proyecto, ya se den los supuestos del artículo 36 del mismo texto, el procedimiento adecuado será que el Secretario de Justicia suspenda al Registrador de empleo y sueldo, procediendo a incoar el oportuno expediente administrativo, bien sea para establecer la sanción administrativa que corresponda, bien sea para aplicar el cese automático que debe formalizarse administrativamente. Pero esto es algo que no lo dice el Proyecto, y que sólo se concluye por imperativos de una lógica elemental que, eso sí, tiene suficiente cabida en el texto citado.

La jurisdicción disciplinaria se ejerce siempre por el Secretario de Justicia, quien viene obligado, para actuarla, a incoar un expediente administrativo, designando al funcionario que tendrá a su cargo la instrucción del mismo (art. 37), de cuyo contenido se dará traslado al Registrador a efectos de informarle de los cargos, y, oído el interesado, practicar pruebas y diligencias que fueren procedentes, tanto las provocadas a iniciativa propia del funcionario encargado de la dirección del expediente, como las solicitadas por el querellado (art. 38). Terminada la instrucción se elevará el expediente al Secretario de Justicia, quien es el encargado de resolver definitivamente lo que estime justo; y si considera que los cargos han sido total o parcialmente probados, actuará de conformidad con el artículo 36 (art. 40). En suma, si no hay tipificación, residirá en el Secretario de Justicia el establecimiento de la sanción, según tenga a bien considerar, con la limitación derivada del artículo 7, antes mencionada, y los problemas derivados de relacionar dicho precepto con el artículo 36. De todo esto, lo único claro es que será muy conveniente llevarse bien con el Secretario de Justicia, pues en último extremo será su arbitrio quien determine la responsabilidad. Todo ello no obsta para reconocer

que la posibilidad de revisión ante la jurisdicción ordinaria y la garantía que pueda otorgar no justifica el sistema. Ciertamente, hay que reconocer que es éste un supuesto concreto en que el Derecho anglosajón ha intervenido en el Derecho de Puerto Rico, pues responde al principio de que interesa más la posibilidad de un procedimiento debido y de que interesa más un juez honrado con facilidad para tomar una decisión justa antes que con facultades para explicarla (6).

2. Responsabilidad civil.

Sujeto al principio sancionado y proclamado en el artículo 1.802 del Código civil, de igual contenido que el artículo 1.902 del correspondiente español, de responsabilidad universal, el Proyecto objeto del presente comentario reconoce con cierta frecuencia que el Registrador actúa siempre bajo su responsabilidad (arts. 159, 10, 17, etc.), dedicando los artículos 24 y siguientes a determinar el régimen de responsabilidad civil.

Dos son los aspectos más destacados del régimen de responsabilidad civil: el sistema de fianza dineraria, que sujeta un *quantum* material como garantía preferente por su inmediatividad, y el régimen ordinario de responsabilidad.

a) La fianza:

La fianza, requisito previo a la toma de posesión del cargo (artículo 10), tiene por finalidad "responder del fiel cumplimiento de los deberes inherentes a las funciones que le son encomendadas, con arreglo a las responsabilidades que este Código determina" (art. 10); pero también tiene por finalidad responder "del fiel cumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos a los Registradores" (art. 23). Esta dualidad de fines que establecen los artículos 10 y 23 del Proyecto pudiera tener alguna repercusión especial, si queremos dar a las palabras un significado técnico, que reclaman. Porque si se exige la fianza para garantizar una inicial

(6) W. N. SEMOUR y S. L. SHERMAN, *Concepto mundial del imperio de la ley*, "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", vol. IV, núm. 2, 1963.

y concreta responsabilidad, tanto en cuanto al cumplimiento de los deberes inherentes a las funciones encomendadas, y con arreglo a las responsabilidades incluidas o determinadas en el proyectado Código, como para responder del fiel cumplimiento de deberes y obligaciones impuestos a los Registradores, pudiera ser que la fianza fuese exigible en determinadas situaciones para las que, muy probablemente, no se pensó. Es claro que los deberes y obligaciones de los Registradores tienen u ofrecen una garantía de eficaz cumplimiento, o de indemnización equivalente, en la fianza; de modo tal que la fianza podrá ser ejecutada en todo o en parte cuando tales deberes y obligaciones se infringen. Ahora bien, cabe plantear, y es legítimo, el sentido más propio que debe reconocerse al artículo 10.

En efecto, no es lo mismo que la fianza responda del cumplimiento de una función, pero con arreglo a las responsabilidades determinadas en el texto proyectado, que el que la fianza responda, según determinación del texto proyectado, del fiel cumplimiento de la función asignada. Es obvio que como en el Proyecto se alude a responsabilidades, determinadas en cuanto incluidas, que no guardan relación con la auténtica función del Registrador, por referencia de aquellas responsabilidades puede invocarse la infracción del fiel cumplimiento de los deberes y obligaciones, estando abierta la puerta para ejecutar la fianza. Un ejemplo aclarará el problema. La responsabilidad penal se regula por la legislación correspondiente, pero si el Registrador comete un delito, infringe uno de los deberes que, por sentido contrario al fijarle como causa de sanción, incluye el artículo 36. La infracción del deber ¿autoriza a quien fuere —un particular perjudicado, el Estado— a solicitar se ejecute la fianza? Otro ejemplo, el deber del Registrador de asistir regularmente a la oficina, infringido reiteradamente, supone que no se ha cumplido fielmente uno de los deberes inherentes a su función, de lo cual puede responder la cantidad afianzada; ¿sería consecuente?

El artículo 24 pudiera parecer que sale al paso de divagaciones o hipótesis imprevistas, al determinar que “la fianza prestada para asegurar el fiel cumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos a los Registradores responderá de los daños y perjuicios que

se ocasionen...", enumerando los mismos (7), enumeración que hace exclusiva referencia a aspectos muy propios de la función registral. Sólo en función de este artículo puede afirmarse entonces el verdadero sentido del artículo 10: la fianza no se constituye para asegurar el fiel cumplimiento de deberes, con arreglo a las responsabilidades determinadas por el Código, sino para asegurar el cumplimiento de tales deberes, pero con independencia de las responsabilidades que regula el Código, y sólo con arreglo a algunas de las hipótesis de responsabilidad que dicho Código incluye. Por ello, nunca el Estado podrá pretender ejercitar petición alguna contra la cantidad afianzada, que queda sólo a disposición del particular; al menos, sólo éste será el perjudicado por los daños ocasionados por el Registrador en los supuestos del artículo 24. Ello sin perjuicio de que funcione, en lo demás, el principio de garantía universal con todos los bienes.

Así, pues, los supuestos de responsabilidad del Registrador, en que la fianza actúa su verdadera función, son los comprendidos en el artículo 24. Esto no obstante, no será una interpretación disconforme considerar que también se extiende la fianza a amparar las hipótesis comprendidas en los artículos 27 y 28 (8), conclusión que

(7) Son, en concreto: Primero: Por no asentar en el Diario, no inscribir o anotar preventivamente en el plazo señalado en este Código los títulos que se presenten al Registro, salvo los casos exceptuados por el mismo Código.

Segundo: Por error o inexactitud cometido en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales de derecho.

Tercero: Por no cancelar sin fundado motivo alguna inscripción o anotación, u omitir asiento de alguna nota marginal de derecho, en el plazo correspondiente, salvo los casos exceptuados por este Código.

Cuarto: Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal sin el título y los requisitos que exige este Código.

Quinto: Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el plazo señalado en este Código.

En el caso de que el Registrador hubiese actuado con dolo o malicia también responderá dicha fianza, pero si resultare insuficiente para reparar todos los daños causados, entonces dicho Registrador responderá con todos sus bienes sujetos a ejecución.

En resumen, los supuestos del artículo 296 de la Ley española, si bien con algunas modificaciones de redacción, que plantean problemas.

(8) Art. 27: "El que por malicia, negligencia o error del Registrador perdiese un derecho real o la acción para reclamarlo, podrá exigir el importe de lo que hubiere perdido, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de este Código."

"El que por las mismas causas pierda sólo la hipoteca que asegure una obligación, podrá exigir de igual manera y a su elección que le sea proporcionada otra hipoteca igual a la perdida, o deposite, desde luego, la cantidad asegurada para responder en su día de dicha obligación."

se deduce con claridad del mismo artículo 28, así como del subsiguiente, que se refiere a éste y que expresamente indica que "siempre que en el caso del artículo anterior se indemnice al perjudicado con la fianza...". El artículo 26, al ser una continuación conceptual del 24, cae asimismo bajo el régimen de responsabilidad afianzada (9).

La fianza cubre, frente a una sola reclamación, hasta la cuantía de 50.000 dólares, y hasta la suma máxima de 200.000, frente a una pluralidad de reclamaciones. Interesa en este punto insertar literalmente el párrafo segundo del artículo 10, porque puede ofrecer algún interesante punto. Dice: "El importe de dicha fianza será por la suma de cincuenta mil dólares (\$ 50.000,00) para responder de una sola reclamación motivada por un acto u omisión del Registrador, y hasta la suma de doscientos mil dólares (\$ 200.000,00) para responder al pago de varias reclamaciones originadas por un solo acto; disponiéndose que en este último caso ningún reclamante podrá obtener una suma mayor de cincuenta mil dólares (\$ 50.000,00) ."

Una lectura rápida del precepto parece indicar que existe en el pensamiento del legislador la idea, sensata, de establecer un límite máximo de la fianza. Límite diversificado en dos topes, el de 50.000 dólares para responder de una sola reclamación, y el de 200.000 para responder de varias reclamaciones. Pero lo curioso es el significado que pueda darse a la última afirmación del párrafo, a esa afirmación de que "en este último caso ningún reclamante podrá obtener una suma mayor de 50.000 dólares". ¿Qué sentido puede tener la aseveración?

Ya de entrada parece un poco desorientador el límite de la fianza, por valor de 200.000 dólares de máximo, de cuya cantidad se fijará un tope del cuarto de esa suma para garantizar reclamaciones derivadas de un solo acto de reclamación; o puede el

Art. 28: "El que por malicia, negligencia o error del Registrador quede libre de alguna carga o limitación inscrita, será responsable solidariamente con la entidad o persona asegurada y, en su caso, también con el Registrador, del pago de las indemnizaciones acordadas por los Tribunales de Justicia, conforme a lo dispuesto en los artículos 24 y 31."

(9) Art. 26: "La rectificación de errores cometidos en asientos de cualquier especie, y que no traigan su origen de otros cometidos en los respectivos títulos, no excluirá la responsabilidad a que hubiere lugar en razón de los perjuicios que hayan ocasionado los mismos asientos antes de ser rectificadas."

Registrador establecer varias fianzas, una de 50.000, otra de 200.000, asignadas a los fines dispares que fija el proyecto. Naturalmente, ningún Registrador recurrirá a este procedimiento, mucho más oneroso.

Ahora bien: supuestos tres reclamantes, lesionados por valor de sesenta mil dólares cada uno, en función de la limitación contenida en la proposición última del párrafo segundo del artículo 10, resultará que prosperada la reclamación no podrán satisfacerse las legítimas indemnizaciones, sino hasta la cantidad de ciento cincuenta mil dólares, única forma de que cada reclamante no perciba una suma mayor de cincuenta mil dólares. Pero este límite de cincuenta mil dólares, ¿es límite de la responsabilidad que puede satisfacerse con la fianza o es límite de responsabilidad?

El artículo 27 del Proyecto, al referirse al perjuicio causado por la pérdida de un derecho real o pérdida de una hipoteca, reconoce el derecho del perjudicado para reclamar o exigir "el importe de lo que hubiere perdido, conforme al artículo 24 de este Código", o que, según los casos, le sea proporcionada "otra hipoteca igual a la perdida o deposita, desde luego, la cantidad asegurada..."

En la hipótesis primera, de perderse un derecho real, si queremos reclamar el importe de lo que se hubiere perdido, según el artículo 24 (art. 27), al irnos con el artículo 24 hallaremos allí dos criterios de responsabilidad distintos: una serie de supuestos en que la actividad del Registrador ha actuado por error y ha provocado un daño, en que responderá con la fianza; y esos mismos supuestos, pero habiendo intervenido el Registrador con malicia o dolo, en cuyo caso responde con la fianza, y si ésta no fuese suficiente, con todos los bienes sujetos a ejecución.

Interesa muchísimo transcribir el párrafo de gran interés: "En el caso de que el Registrador hubiese actuado con dolo o malicia responderá dicha fianza, pero si resultare insuficiente para reparar todos los daños causados, entonces dicho Registrador responderá con todos sus bienes sujetos a ejecución."

Volviendo, entonces, al ejemplo inicial, aquellos reclamantes que han logrado ciento cincuenta mil dólares a cargo de la fianza y sufren una reducción por treinta mil, desean lograr también esta suma. Y planteamos la hipótesis de que el daño se produce por

haberse perdido un derecho real (o catorce, que es lo mismo). El artículo 27 del Proyecto autoriza la reclamación, "conforme a lo dispuesto en el artículo 24", y este artículo 24 nos afirma que, si el perjuicio fue por error del Registrador, no cabe reclamación, pues la fianza quedará sujeta *también* si el Registrador hubiese actuado con dolo o malicia; pero sólo para esta hipótesis se añade que "si resultare insuficiente —dicha fianza— para reparar todos los daños causados, *entonces* dicho Registrador responderá con todos sus bienes sujetos a ejecución". (Los subrayados son nuestros.) Por el contrario, si el perjuicio se debe a pérdida de hipotecas, se le pueden exigir al Registrador hipotecas iguales o el depósito de la cantidad asegurada con dichas garantías reales, para responder de la obligación que las hipotecas aseguraban.

El último párrafo del artículo 24 no parece muy consecuente, entre otros preceptos, y permite el convertirse en fuente de graves dudas, oscureciendo bastante el régimen de afianzamiento. Comienza por advertir que si los daños especificados en actos que se enumeran se realizan interviniendo dolo o malicia, *también* responderá la fianza; afirmación que tiene dos efectos: 1.º ser innecesaria, pues tanto el artículo 10, con más o menos rigor, como el mismo artículo 24 en su primera proporción (aparte el Código Civil) así lo establecen; 2.º que si *también* responderá la fianza si hay malicia o dolo, quiere decirse que si no hay malicia o dolo no hay *también*, luego no hay responsabilidad con la fianza. Y, además, y por si fuese poco, sólo para esta hipótesis se establece claramente que si fuese insuficiente la fianza, *entonces* (es decir, no en otro caso) el Registrador responderá con todos sus bienes sujetos a ejecución. ¿Qué quiere decirse con eso de "sujetos a ejecución"? ¿Significa que no responderá con todos los bienes no sujetos a ejecución o no significa nada absolutamente? Si aceptamos la primera salida, como bienes sujetos a ejecución son aquellos susceptibles de ejecutarse, ¿entenderemos alguna referencia a procedimientos ejecutivos? ¿Entenderemos una desacertada expresión, que explícitamente afirma que todos los bienes son ejecutables? ¿Entenderemos que el legislador no ha olvidado que hay bienes no ejecutables nunca?

El texto del Proyecto cita como antecedentes del artículo 24 los artículos 313 de la Ley Hipotecaria vigente en Puerto Rico y 296 de

la española en vigor. Pero no; ninguno de estos preceptos nos da luz. El primero de los citados afirma con una claridad meridiana que "los registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas; en segundo, con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen...", con lo cual no se plantea problema alguno. Y el segundo de los referidos determina que "los Registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas, y en segundo, con sus demás bienes de todos los daños y perjuicios que ocasionen...", lo que también está muy claro y sigue sin plantear problemas.

Que el artículo 24 establece un límite de responsabilidad es algo clarísimo, pues el artículo 31 establece expresamente que "cuando por sentencia firme sea condenada la persona o entidad fiadora a indemnizar daños y perjuicios, se estará a lo dispuesto en el artículo 24 en cuanto al límite de la responsabilidad, sin derecho a reintegro alguno excepto en los casos en que el Registrador haya obrado con dolo o malicia". Aquí sí comienza ya a hacerse un poco de luz... sorda. Parece ser, en buena lógica, que el Registrador no está obligado a reintegrar cantidad alguna a la persona o entidad que pone la fianza, pues para eso el Registrador pagará una suma total a la sociedad encargada de este giro mercantil o le satisfará a la misma una cuota periódica. Y si el Registrador ha obrado con dolo o malicia, deberá reintegrar la cantidad que fuere. Pero en los casos de error que generen perjuicio, la persona o entidad fiadora pagará los daños, con sujeción a lo dispuesto "en el artículo 24 en cuanto al límite de la responsabilidad", precepto que para casos de daños por error no establece límite alguno. Más curioso todavía que se da como referencia, en este artículo 31, el artículo 304 de la Ley Hipotecaria española vigente (10), resultando que pretendida identidad entre ambos preceptos se limita a que los dos comienzan diciendo: "Cuando por sentencia"; y hasta aquí llega la semejanza.

(10) Establece el artículo 304 de la Ley hipotecaria española vigente: "Cuando por sentencia ejecutoria se condene a un Registrador a la indemnización de daños y perjuicios se publicarán edictos en el *Boletín Oficial del Estado* y en el de la provincia correspondiente, si hubieren de hacerse efectivas las responsabilidades con la fianza, por no satisfacer el condenado el importe de la indemnización."

"En virtud de este edicto podrán deducir sus respectivas demandas los que se crean perjudicados por otros actos del mismo Registrador, y si no lo hicieron en el término de noventa días se llevará a efecto la sentencia."

Pudiera ser que la referencia "al limite de la responsabilidad" del artículo 24 debiera interpretarse en el sentido de que sólo se responde cuando se den los supuestos concretos que el precepto enumera. Pero ni puede hablarse entonces de limite de la responsabilidad (concepto totalmente cuantitativo), ni hay por qué decirlo, pues ya el artículo 24 establece forzosamente los supuestos concretos, con exclusión —que no limitación— de cualesquiera otros.

Más bonito es el artículo 33 del Proyecto, conforme al cual "cuando la fianza no alcanzare a cubrir todas las reclamaciones que se declaren procedentes, se prorratará su importe entre los que hayan formulado las mismas". Añadiendo su párrafo segundo que "lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad que afecta a los demás bienes del Registrador, cuando ello procediere, conforme a lo dispuesto en los artículos 24 y 28".

De acuerdo con el precepto, cuando haya reclamaciones por cuantía mayor que la que la fianza represente, se prorratará el importe de la fianza entre los reclamantes, sin olvidarse lo que nos indica el párrafo citado, que "ningún reclamante podrá obtener una suma mayor de cincuenta mil dólares" (artículo 10, párrafo segundo). Pero esto se entiende sin perjuicio de la responsabilidad que afecta a los restantes bienes del Registrador, cuando así procediere, según los artículos 24 y 28. El primero de los cuales, que ya sabemos que no sabemos lo que quiere decir; y el segundo de los cuales, que incluye la responsabilidad solidaria ("El que por malicia, negligencia o error del Registrador quede libre de alguna carta o limitación inscrita, será responsable solidariamente con la entidad o persona aseguradora y, en su caso, también con el Registrador del pago de las indemnizaciones acordadas por los Tribunales de Justicia, conforme a lo dispuesto en los artículos 24 y 31"), con referencia a estos preceptos que, por la abundancia con que aparecen, son prácticamente amigos nuestros. El primero, cuyo sentido seguimos sin poder aclarar; y el segundo, que vuelve a remitirse a aquel que no comprendemos.

Pues bien; una vez que se sepa el verdadero sentido de los artículos 10, 23, en su afirmación de que la responsabilidad civil

se regula en el Proyecto (11); 24, 27, 28, 29, en cuanto está relacionado con el 28, 31 y 33, ya es sencillo determinar el plazo de prescripción de la acción de indemnización, fijada por el artículo 34, al establecer que: "La acción para solicitar la indemnización de daños y perjuicios causados por los actos u omisiones de los

(11) Como la finalidad de las presentes páginas queda circunscrita a arrojar luz sobre un Proyecto, de enorme interés para el país en que ha de aplicarse; y comoquiera que la luz no tiene un origen exclusivo, a pesar de ser reiterativos en este punto, puede resultar preferible proceder a insertar todos los artículos del constantemente aludido Proyecto, con el fin de que cualquier interesado pueda tomarse la molestia de analizar por sí mismo su posible contenido. De este modo es muy factible que lo que nosotros no conseguimos comprender sea fácilmente aclarado por una mentalidad más preparada.

Son los artículos los siguientes:

Art. 10. Antes de que un Registrador tome posesión de su cargo deberá prestarse, conforme a la legislación sobre la materia aplicable a los demás funcionarios públicos afianzados, una fianza para responder del fiel cumplimiento de los deberes inherentes a las funciones que le son encomendadas, con arreglo a las responsabilidades que este Código determina.

El importe de dicha fianza será por la suma de cincuenta mil dólares (\$50,000.00) para responder de una sola reclamación motivada por un acto u omisión del Registrador, y hasta la suma de doscientos mil dólares (\$200,000.00) para responder al pago de varias reclamaciones originadas por un solo acto; disponiéndose que en este último caso ningún reclamante podrá obtener una suma mayor de cincuenta mil dólares (\$50,000.00).

La fianza así constituida no se cancelará hasta un año después de haber el Registrador cesado en su cargo.

Art. 11. Para la cancelación de la fianza, cuando los Registradores cesaren en el desempeño de su cargo, los aseguradores solicitarán del Secretario de Hacienda su cancelación. El Secretario de Hacienda hará que se anuncie la pretensión formulada en un periódico de general circulación en la isla durante tres semanas consecutivas una vez cada semana, citándose a quienes tengan alguna reclamación que deducir, al objeto de que dentro del plazo de tres meses, a contar desde la última publicación del anuncio, la presenten ante el Tribunal correspondiente.

Transcurridos los expresados tres meses sin que se haya presentado demanda o reclamación alguna, o las formuladas se denegasen definitivamente, el Secretario de Hacienda permitirá la cancelación solicitada.

Cuando se declarasen con lugar las reclamaciones presentadas se procederá de acuerdo con lo resuelto por los Tribunales.

Art. 23. La responsabilidad de los Registradores de la Propiedad puede ser penal, civil y administrativa, según los casos. La primera se determinará con arreglo a las leyes penales. Y las dos restantes conforme a lo establecido en este Código.

Art. 24. La fianza prestada para asegurar el fiel cumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos a los Registradores responderá de los daños y perjuicios que se ocasione:

Primero: Por no asentar en el Diario, no inscribir o anotar preventivamente en el plazo señalado en este Código los títulos que se presenten al Registro, salvo los casos exceptuados por el mismo Código.

Segundo: Por error o inexactitud cometido en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales de derecho.

Tercero: Por no cancelar sin fundado motivo alguna inscripción o anota-

Registradores prescribirá al año de ser conocidos éstos por quien pueda reclamar dicha indemnización, y en ningún caso durará mayor tiempo que el señalado por el Código Civil para la pres-

ción, u omitir el asiento de alguna nota marginal de derecho, en el plazo correspondiente, salvo los casos exceptuados por este Código.

Cuarto: Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal sin el título y los requisitos que exige este Código.

Quinto: Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el plazo señalado en este Código.

En el caso de que el Registrador hubiese actuado con dolo o malicia también responderá dicha fianza, pero si resultare insuficiente para reparar todos los daños causados, entonces dicho Registrador responderá con todos sus bienes sujetos a ejecución.

Art. 25. Los errores, inexactitudes u omisiones expresados en el artículo anterior no serán imputables a los Registradores cuando tengan su origen en algún defecto del título registrado y no sean de los que notoriamente deberían haber motivado la denegación del asiento correspondiente.

Art. 26. La rectificación de errores cometidos en asientos de cualquier especie y que no traigan su origen de otros cometidos en los respectivos títulos, no excluirá la responsabilidad a que hubiere lugar en razón de los perjuicios que hayan ocasionado los mismos asientos antes de ser rectificados.

Art. 27. El que por malicia, negligencia o error del Registrador perdiese un derecho real o la acción para reclamarlo, podrá exigir el importe de lo que hubiere perdido, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de este Código.

El que por las mismas causas pierda sólo la hipoteca que asegure una obligación, podrá exigir de igual manera y a su elección que le sea proporcionada otra hipoteca igual a la perdida, o deposite, desde luego, la cantidad asegurada para responder en su día de dicha obligación.

Art. 28. El que por malicia, negligencia o error del Registrador quede libre de alguna carga o limitación inscrita, será responsable solidariamente con la entidad o persona aseguradora y, en su caso, también con el Registrador, del pago de las indemnizaciones acordadas por los Tribunales de Justicia, conforme a lo dispuesto en los artículos 24 y 31.

Art. 29. Siempre que en el caso del artículo anterior se indemnice al perjudicado con la fianza y, en su caso, con los bienes del Registrador, la entidad o persona aseguradora y el propio Registrador podrán repetir, en lo concerniente a cada uno, por la cantidad que en dicho concepto hayan pagado, contra el que por la falta cometida haya resultado favorecido.

Cuando el perjudicado dirija su acción contra el favorecido por la falta cometida, no podrá repetir contra el financista ni, en su caso, contra el Registrador, sino en el supuesto de que no llegue a obtener la indemnización concedida o alguna parte de ella.

Art. 30. Toda demanda que se deduzca con arreglo a este título se tramitará por la vía ordinaria en la Sala del Tribunal Superior a que corresponda la Sección del Registro en que se cometió la falta. La parte demandante dará conocimiento inmediato con copia de la demanda promovida al Secretario de Justicia.

Art. 31. Cuando por sentencia firme sea condenada la persona o entidad fiadora a indemnizar daños y perjuicios, se estará a lo dispuesto en el artículo 24 en cuanto al límite de la responsabilidad, sin derecho a reintegro alguno excepto en los casos en que el Registrador haya obrado con dolo o malicia.

Art. 32. Los Tribunales de Justicia que dicten sentencia condenando el abono de daños y perjuicios de conformidad con este título, dispondrán que

cripción de las acciones personales, a contar desde la fecha en que la falta haya sido cometida”, copia literal del artículo 311 de la correspondiente Ley española.

Una vez que la fianza ha cumplido su función, es natural que se proceda a su cancelación; cancelación que es procedente cuando el Registrador deja de serlo, pues es entonces cuando la finalidad de la fianza deja de existir.

Esta idea recoge el párrafo tercero y último del artículo 10, conforme al cual: “La fianza así constituida no se cancelará hasta un año después de haber el Registrador cesado en su cargo.” La función propia de la fianza desaparece, decimos, con el cese del Registrador; pero como el artículo 34 fija un plazo de vigor de un año, durante el cual puede prosperar alguna acción indemnizatoria, es sensata la previsión de que la cancelación espere el mismo plazo. Luego el párrafo último del citado artículo 10 es consecuente consigo mismo.

Quien no es consecuente con ese párrafo es el artículo siguiente, el 11, conforme al cual: “Para la cancelación de la fianza, cuando los Registradores cesaren en el desempeño de su cargo, los aseguradores solicitarán del Secretario de Hacienda su cancelación. El Secretario de Hacienda hará que se anuncie la pretensión formulada en un periódico de general circulación en la isla durante tres semanas consecutivas una vez cada semana, citándose a quienes tengan alguna reclamación que deducir, al objeto de que dentro del plazo de tres meses, a contar desde la última publicación del anuncio, la presenten ante el Tribunal correspondiente.” Continúa el párrafo segundo: “Transcurridos los ex-

de dichas sentencias, al mismo tiempo de notificar a las partes, se remitan copias certificadas de ellas y de las conclusiones del Tribunal al Secretario de Justicia para que éste adopte las medidas que a su juicio procedan.

Art. 33. Cuando la fianza no alcanzare a cubrir todas las reclamaciones que se declaren procedentes, se prorrateará su importe entre los que hayan formulado las mismas.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad que afecta a los demás bienes del Registrador, cuando ello procediere conforme a lo dispuesto en los artículos 24 y 28.

Art. 34. La acción para solicitar la indemnización de daños y perjuicios causados por los actos u omisiones de los Registradores prescribirá al año de ser conocidos éstos por quien pueda reclamar dicha indemnización, y en ningún caso durará mayor tiempo que el señalado por el Código civil para la prescripción de las acciones personales, a contar desde la fecha en que la falta haya sido cometida.

presados tres meses sin que se haya presentado demanda o reclamación alguna, o la formuladas se denegasen definitivamente, el Secretario de Hacienda permitirá la cancelación solicitada."

Veamos si hay por aquí algún problema, o el intérprete tiene el trabajo hecho.

El principio general es que la fianza está vigente durante un año más a la fecha en que el Registrador cesa en su cargo, precepto que es totalmente conforme con el artículo 34, que fija el plazo de prescripción de la acción en un año. No es éste, sin embargo, el criterio seguido por el artículo 11, el cual parece autorizar la reducción de dicho plazo sensiblemente. El artículo 11 autoriza a que los aseguradores —que son, no los aseguradores, sino los fiadores, que pueden ser también aseguradores— soliciten del Secretario de Hacienda la cancelación, cuando el Registrador cese en el cargo; es decir, que cesado el Registrador el 1 de enero, al día siguiente puede la entidad fiadora formular la petición. La petición del fiador se anunciará durante quince días o, para ser rigurosos, tres semanas consecutivas y una vez por semana, anuncio cuya finalidad es que dentro de un plazo de tres meses, a contar de la última inserción del anuncio, se presente alguna reclamación que pueda existir ante los Tribunales. Y si transcurridos los tres meses no se presentó reclamación, puede autorizarse la cancelación. Es decir, que como los anuncios pueden insertarse con un espacio de nueve días entre el primero y segundo anuncios, aquel riguroso plazo de un año, contado a partir del momento en que el Registrador cese en el cargo, queda reducido —puede quedar reducido— a tres meses y nueve o diez días más.

Imaginemos que un Registrador comete un acto el día antes del cese en el cargo que provoca la responsabilidad que el Proyecto dice regular. El particular sabe que tiene un plazo de un año para interponer la acción, y como es un plazo establecido por la Ley, queda tranquilo y seguro. Por su parte, la entidad financiadora busca el modo de finiquitar con posibles peligros que la fianza implica, e inicia los trámites consignados en el artículo 11. De todo ello resultará que, en su día, la publicidad de un periódico, por demás lleno de anuncios de índole jurídica, impresos en letra pequeña y que muy pocos leen, pondrá fin a un plazo

establecido en una ley que es concorde con todo el Ordenamiento jurídico, sensato y juicioso.

Hasta qué punto cabe interpretar el artículo 10, párrafo último, como precepto que establece el plazo de un año, salvo que éste se reduzca como consecuencia del artículo 11, es conclusión valiente, pero que nosotros no nos atreveríamos a avalar. Y la razón estriba en que, contradiciéndose el legislador en dos artículos sucesivos, es preferible recurrir siempre a criterios ya confirmados que a soluciones aparentemente expeditivas, que sin duda benefician mucho a las entidades de afianzamiento, pero que perjudican a los particulares.

b) Responsabilidad ordinaria:

Naturalmente, todo régimen que tiende a fijar garantías especiales, susceptibles de rápida ejecución, no excluye la responsabilidad personal con todos los bienes presentes y futuros. También este punto atrae la atención del Proyecto, que se preocupa, en el artículo 23, de reclamar para sí competencia exclusiva en orden a determinar la responsabilidad civil —y, por supuesto, la administrativa— de los Registradores de la Propiedad. Tajantemente determina que aquella responsabilidad se determinará “conforme a lo establecido en este Código”.

La Disposición Transitoria Tercera, en su Sección segunda, da como derogadas varias leyes, que cita en concreto, “y toda otra ley o parte de ley que se oponga al presente Código Hipotecario”. Creemos que bajo esta fórmula no cabe pretender, ni ha debido ser pensamiento del legislador, la derogación del Código civil en alguna de sus partes, simplemente porque es norma muy destacada para derogarla con fórmulas vagas, que ya por sí mismas proporcionarán bastante a todo aquel que intente comprobar qué leyes o partes de leyes siguen en vigor en la hipótesis de que el Proyecto se apruebe. En función de lo dicho, es susceptible de defenderse la tesis de que el régimen de responsabilidad del artículo 1.802 del Código civil de Puerto Rico sigue rigiendo y seguirá rigiendo si la citada hipótesis pasase a convertirse en realidad (¡Dios no lo quiera!).

Entonces, podríamos decir que el Proyecto reclama para sí competencia, no para regular con carácter excluyente, sino para de-

terminar la responsabilidad civil del Registrador; módulo restrictivo de interpretación que autoriza, quizá, a dejar a salvo al Código civil en este punto, lo que sería muy saludable.

Bajo estas premisas, ¿cómo determina el Proyecto el régimen de responsabilidad ordinaria?, supuesta la que regula como una mera concreción.

No existe en todo el Proyecto un precepto que con claridad y sin ambigüedades reitere el contenido del artículo 313 de la Ley hipotecaria en vigor en la isla, ya que la referencia a la calificación registral como actividad del Registrador, que éste cumple bajo su responsabilidad, que formula el artículo 159, no parece tener entidad suficiente para oponerse a ese caos que contienen los artículos 23 y siguientes y los que con éstos se relacionan. Corresponde, pues, al intérprete intentar la labor de construir una cierta teoría general con sentido. Es claro que no pretendemos nosotros llevar a cabo la labor, pues, para ser sinceros, no nos sentimos con fuerzas. Pero si podremos intentar algún esbozo.

Salvo las formulaciones de carácter general contenidas en los artículos 10 y 23, ya citadas antes, no parece que exista una base rigurosa en que apoyar ese esbozo, con excepción de la afirmación, también bastante general, del artículo 27, que expresamente se refiere al derecho del perjudicado por un acto del Registrador, para "exigir el importe de lo que hubiere perdido", pero como esta declaración se condiciona "conforme a lo dispuesto en el artículo 24", será éste quien nos indique, finalmente, qué régimen de responsabilidad universal puede admitirse dentro de las guías que quiere marcar el Proyecto. Esto no obstante, el párrafo segundo del artículo 27, al no condicionar su aplicabilidad a ningún otro precepto, pudiera usarse para afirmar que a valor de hipoteca perdida corresponde suma de responsabilidad, con lo que obtendríamos un pequeño escalón para considerar que el Registrador responde por el daño en atención a la amplitud del mismo. Pero, de un lado, tal pequeño principio sería sólo aplicable a pérdidas de hipotecas; y, de otro lado, no sería labor sencilla querer mantener dicha interpretación frente al desconcierto, pero que restringe, de numerosos y distintos artículos. De ahí que, dejando como válida la afirmación, que en orden a daños por hipotecas perdidas vale la regla de total paridad de la cuantía de respon-

sabilidad, para los demás posibles supuestos hemos de recurrir siempre al artículo 24.

Y sobre este artículo, ya hemos indicado antes que parece dar la impresión de excluir la responsabilidad universal en toda hipótesis en que el daño no sea consecuencia de actitud dolosa o maliciosa del Registrador en que, *entonces*, resultase insuficiente la fianza, pudiéndose así responder con sus bienes sujetos a ejecución.

Pero ni siquiera esta dudosa conclusión sería aceptable. El artículo 28, que se refiere no sólo a supuestos de responsabilidad por dolo o malicia del Registrador, sino también a los casos en que el daño deriva de negligencia o error, se remite al artículo 24 y al artículo 31, y, en fin, este mismo vuelve a aludir al artículo 24.

Tampoco vemos posibilidad de escapar de este círculo vicioso basándonos en el artículo 33, que, precisamente cuando se trata de pretensiones que excedan del valor de la fianza, vuelve a remitirse a los artículos 24 y 28.

¿Será que el Estado no ha hecho al Registrador responsable de sus actos, como al principio pretendíamos, y ha preferido que sea el particular quien, en último extremo, corra con el perjuicio?

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

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.

13. PROPIEDAD HORIZONTAL: ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EL PACTO CONTENIDO EN LOS ESTATUTOS UNIDOS A UNA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE UN EDIFICIO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, POR VIRTUD DEL CUAL LA SOCIEDAD PROPIETARIA DEL INMUEBLE, QUE LO DIVIDE HORIZONTALMENTE, SE RESERVA EL DERECHO DE LEVANTAR DOS NUEVAS PLANTAS EN EL EDIFICIO, Y PODRÁ DETERMINAR EL MÓDULO DE PARTICIPACIÓN DE TALES PLANTAS EN EL VALOR TOTAL DEL INMUEBLE, PROPORCIONALMENTE A SU EXTENSIÓN, Y RECTIFICAR EL PORCENTAJE DE LAS PLANTAS YA EXISTENTES, CONSIDERÁNDOSE COMO APODERADA DE LOS SUCESIVOS PROPIETARIOS DE LOS PISOS A TAL EFECTO.

Resolución de 7 de abril de 1970 ("B. O." de 23 de abril).

A) *Antecedentes de hecho.*—Mediante escritura autorizada el 10 de marzo de 1966 por el Notario de Vigo don Luis Solano Aza, don Manuel Segura García, actuando como Consejero Delegado de la Sociedad "Antonio Lasheras, S. A.", formalizó la división horizontal de la casa número 278 de la Gran Vía de aquella ciudad. A dicha escritura se une-

ron los Estatutos de la Comunidad del inmueble, cuyo artículo 17 dice así: "La Sociedad 'Antonio Lasheras, S. A.', se reserva el derecho de poder adicionar al inmueble dos plantas más, siempre que lo permitan las Ordenanzas Municipales y las condiciones de firmeza y seguridad del edificio, cuyo derecho de vuelo podrá inscribir a su nombre, conforme al artículo 16 del Reglamento Hipotecario. A las plantas de nueva construcción se les asignará un módulo a efectos de beneficios y cargas y en relación con el total valor del inmueble, proporcional a su extensión, pudiendo dicha Entidad propietaria determinar tales módulos y rectificar los atribuidos a las plantas ya existentes, en proporción, en el acto de otorgarse las correspondientes escrituras de declaración de obra nueva, para lo cual se considerará investida de amplios poderes de todos los titulares de los reseñados pisos y plantas, que lo entenderán conferido por el sólo hecho de la adquisición de los mismos y la aceptación de los presentes Estatutos. En consecuencia, solamente el titular del derecho de vuelo podrá utilizar la terraza que corona y remata el edificio, aunque los gastos de conservación y reparación serán considerados comunes por tratarse de la cubierta del edificio».

Presentada en el Registro primera copia de aquella escritura, fue calificación con la siguiente nota: "No admitida la inscripción del precedente documento, porque la facultad que se reserva la Entidad propietaria en el artículo 17 de los Estatutos de la Comunidad para determinar unilateralmente las cuotas de participación de las futuras plantas que puedan añadirse, así como la de modificar a su libre voluntad las cuotas fijadas para los locales y viviendas ya existentes en la actualidad, sin intervención de los respectivos titulares, son facultades contrarias a la vigente Ley de Propiedad Horizontal, especialmente en sus artículos 5 y 11, en relación con los artículos 4 y 1256 del Código civil, sin que sea admisible anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, se hace constar que el presentador no ha manifestado su conformidad con la supresión del citado artículo 17 de los Estatutos de la Comunidad, para la inscripción del título".

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación alegando, entre otros extremos, que en el momento de formalizarse la propiedad horizontal existe un sólo propietario y aún no se han construido las dos plantas; que el derecho de vuelo así reservado es inscribible según el artículo 16 R. H.; que la reserva a favor de la Sociedad del derecho de modificar en el futuro las cuotas de las viviendas y locales actuales es consecuencia de que al introducir nuevos elementos habrá que disminuir la cuantía de los existentes; que ello no puede perjudicar a los potenciales propietarios de los pisos actuales, pues ya conocen las circunstancias en que compran; que en el artículo estatutario discutido se confieren amplios poderes al primitivo dueño para efectuar la redistribución de porcentajes; y que reunir a treinta dueños de pisos que aún no existen como tales es imposible en la actualidad y resulta muy difícil hacerles coincidir en el futuro en un momento y lugar determinados.

El Registrador en su informe expuso, entre otras varias razones, que inicialmente el propietario único del edificio puede fijar las cuotas de los diferentes pisos, pero desde el momento en que enajena éstos se requiere para variarlas acuerdo unánime de los interesados, según el artículo 3.º L. P. H.; que como dispone el artículo 11 de la misma Ley especial, la construcción de nuevas plantas supone modificación en el título constitutivo, que debe ser aprobada por todos los propietarios existentes en el momento de hacerse; que el número 2 del artículo 16 R. H. ha sido derogado por la L. P. H. de fecha posterior y superior rango; y que la facultad que se reserva la Sociedad constructura para

modificar por su propia voluntad las cuotas de participación ya fijadas, es opuesta al artículo 1.256 C. c. y tal modificación, sin intervención de los demás interesados, sería nula por imperativo del artículo 4 C. c.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el Notario recurrente. El Registrador apeló ante la Dirección General, y ésta confirmó el auto apelado. He aquí sus razones:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—En este recurso ha de dilucidarse si es inscribible una escritura de parcelación horizontal de un inmueble, en cuyos Estatutos se contiene una cláusula por virtud de la cual la Sociedad vendedora se reserva el derecho de levantar dos plantas, a las que se asignará un módulo proporcional a su extensión, que será determinado por la propia Entidad, quien podrá, asimismo, rectificar, en proporción, aunque pertenezcan a otros propietarios, los ya atribuidos a las plantas existentes.

En caso de enajenación de todo o parte de un edificio, es frecuente que el propietario del mismo se reserve el derecho de elevar una o más plantas, y tal situación no podía ser desconocida por el legislador hipotecario, y así, primeramente el Reglamento, en el artículo 16, prescribió su inscripción en el Registro de la Propiedad, y con posterioridad, la Ley de Propiedad Horizontal autoriza en el artículo 11 la construcción de nuevas plantas por los actuales titulares del dominio, no existiendo inconveniente en que tal derecho puede reservárselo el primitivo propietario y afecte a tercero, siempre que la cláusula forme parte del Estatuto privativo y se inscriba en los libros registrales.

El artículo 5 de la Ley de 21 de julio de 1960, en el párrafo tercero, indica la forma en que se fijarán las cuotas de participación que corresponden a cada piso, pudiendo hacerlo el propietario único del edificio al iniciar la venta por pisos, y así los futuros compradores podrán conocer a través del título constitutivo la establecida para el local o piso que pudiera interesarles adquirir, pero una vez enajenado, toda modificación de ese título y, por ende, de las mencionadas cuotas, requerirá la aprobación unánime de todos los propietarios, según el artículo 16 de la misma Ley, que confirma lo ya ordenado en el propio artículo 5, de que serán fijadas por acuerdo de todos los dueños del edificio en caso de ser varios.

No obsta a la anterior conclusión que el artículo 16, 2.º del Reglamento Hipotecario permita que en la inscripción del derecho de elevar una o más plantas de un edificio o de realizar las construcciones bajo su suelo, se hagan constar, bien “las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas”, bien “las normas que se establezcan para su determinación”, ya que este precepto debe interpretarse en forma conjunta con los de la Ley de Propiedad Horizontal, a la que, ni por su rango ni por su fecha puede derogar, por lo que será necesario que si no se hacen constar las nuevas cuotas sí, al menos, existan reglas de las que se deduzcan aquéllas en forma indubitada, evitando así que la modificación del título constitutivo sea un acto unilateral y arbitrario del transmitente.

Los adquirentes de pisos o locales pueden conferir al transmitente o a cualquier otra persona los apoderamientos que estimen oportunos para rectificar las cuotas de aquéllos en relación con el total valor del inmueble, o para cualquier actuación no prohibida por las normas vigentes, ya se incluyan tales apoderamientos en los Estatutos, ya se hagan figurar en documento separado, con lo que la modificación del título constitutivo, si en su día llegara a realizarse, se hará con el enajenante, en su propio nombre, si es titular de algún piso o local,

y en el de los demás titulares de los mismos, en calidad de apoderado, sin que se viole así el principio de unanimidad sentado en los artículos 5 y 16, 1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, en tanto los poderes no sean revocados, sin que sea aquí necesario entrar en el estudio de la posibilidad de que las partes los configuren como irrevocables, ya que no parece desprenderse esta consecuencia de la cláusula estatutaria cuestionada, que considera a la Sociedad vendedora "investida de amplios poderes de todos los titulares de los reseñados pisos y plantas, que lo entenderán conferido por el sólo hecho de la adquisición de los mismos y la aceptación de los presentes Estatutos".

C) Comentario.—*La constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal supone la creación de un conjunto de nuevas fincas—los pisos o locales del edificio susceptibles de aprovechamiento independiente—y su sometimiento a un régimen jurídico especial: propiedad exclusiva sobre cada piso o local y copropiedad inseparable e indivisible sobre los elementos comunes del edificio. La especial naturaleza del objeto sobre el que recae la llamada propiedad horizontal impone ese peculiar tratamiento jurídico. La L. P. H. de 21 de julio de 1960 ha venido a regular con detalle la vida de esta institución que es, sin duda, una de las más importantes en el actual panorama jurídico español, por su frecuencia social. Si se ha podido afirmar con razón que una de las características de nuestro tiempo es el tránsito de un mundo agrícola y artesano a otro urbano e industrial, no es menos cierto que uno de los rasgos sobresalientes de esta civilización urbana que hoy florece apresuradamente en España, y a veces a nivel desorbitado—pensemos en las grandes ciudades actuales de Madrid o Barcelona, por ejemplo—es el desarrollo de la propiedad horizontal. Fenómeno este último fácilmente perceptible en las ciudades, y en cuyas complejas causas no podemos ahora ni siquiera entrar.*

Pero la propiedad horizontal, por su frecuencia social, su complejo mecanismo jurídico y su vigencia en muy diversos tipos de edificaciones, encierra en su aplicación práctica un amplio repertorio de problemas, aún después de la vigencia de la actual Ley, mucho más minuciosa en su regulación que las normas anteriores. Uno de tales problemas, ciertamente nada nuevo en el horizonte de esta institución, es el que de alguna manera se plantea en el presente recurso. Recordémoslo: La Sociedad propietaria de un edificio, al dividirlo horizontalmente, se reservó el derecho a levantar dos nuevas plantas en el mismo inmueble. Y para tal caso, igualmente se reservó el derecho a fijar por su propia cuenta la cuota de participación de las nuevas edificaciones en el valor total del inmueble, en proporción a su extensión, y de modificar las cuotas de los otros pisos ya construidos. Para lo cual los futuros propietarios de los pisos, por el mero hecho de serlo y en cumplimiento de la aludida norma estatutaria, conferían poder a la Sociedad vendedora para realizar ella sola tales actos.

Frente a un pacto estatutario de tal naturaleza, surgen varias interrogantes. En primer lugar, ¿será posible esa reserva de derechos? Para el caso de que lo fuera, y ya en segundo lugar, ¿con qué requisitos? ¿Puede válidamente pactarse esas estipulaciones, e incorporarse a los Estatutos, dentro del cuadro legal acotado por la actual Ley especial? ¿Hasta qué punto puede la autonomía negocial modificar la regulación legal en este caso concreto?

a) La reserva del derecho a levantar dos nuevas plantas en un edificio ya construido a favor de la Sociedad propietaria del mismo y frente a los futuros adquirentes de los pisos ya existente, es algo que nos parece perfectamente lógico y posible. Quizá por su frecuencia en el tráfico inmobiliario, y por sus ventajas prácticas. De una parte,

la posible ampliación del edificio en un futuro próximo y las razones económicas que pueden justificar esa inversión futura. De otra, la posibilidad de que el propietario, al enajenar el objeto concreto de su actual derecho de dominio (pisos edificadas), se reserve una de las facultades que integran aquella titularidad dominical, cual es el levantar nuevas plantas en el edificio ya construido. Al servicio parcial de esta realidad social ha vivido durante no poco tiempo el derecho de superficie en su modalidad urbana. En fin, la necesidad socialmente sentida de favorecer jurídicamente la creación de nuevas viviendas habitables.

Que esto es así aparece claro de la frecuencia negocial de este pacto, de su reconocimiento jurisprudencial y de su expresa sanción en alguno de nuestros textos legales (art. 16 R. H., art. 157 a 161 L. S. y artículo 11 L. P. H.).

Cuestión más dudosa resulta la determinación de la naturaleza jurídica del derecho así reservado: ¿derecho de superficie o derecho de vuelo? ALBALADEJO parece admitir el encaje de esta figura dentro del derecho real de superficie, aunque sin estimar que deba ser siempre así necesariamente (1). ESCRIVÁ DE ROMANÍ distingue entre derecho de vuelo y derecho de superficie, y entiende que la facultad de construir nuevas plantas puede configurarse negocialmente tanto de una manera como de otra. Aunque sus consecuencias sean naturalmente distintas, de acuerdo con su respectiva construcción (2).

(1) Según este autor, el derecho real de superficie es el poder de tener una edificación en terreno ajeno, o bien, el de levantar y mantener aquélla en éste (Intituciones de Derecho Civil, II: *Derecho de cosas*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Librería Bosch, Barcelona 1964, pág. 438)... Además de este supuesto, en el que el derecho de superficie faculta para utilizar el suelo ajeno, cabe asimismo, que se conceda sobre una edificación ajena (derecho a construir sobre ella). Entonces, a pesar de la inexactitud terminológica, sigue siendo realmente un derecho de superficie. Y se rige por sus reglas (art. 16, 1.º R. H.). Ahora bien, este derecho en orden al sobresuelo..., puede establecerse también, no como derecho de superficie, sino como derecho real a elevar una construcción sobre un edificio. Y cuando la construcción se lleva a cabo, se deviene dueño independiente de lo construido, y sin derecho de superficie sobre el suelo (art. 16, 2.º R. H.). Tal derecho se rige, no por las reglas de la superficie, sino por las generales a los derechos reales. Entonces, el que construyó el piso elevado sobre el edificio de propiedad ajena, es dueño de aquél, y—como en la propiedad horizontal, ya que realmente es un caso de ésta—tiene en condominio, con los dueños de los demás pisos, los elementos comunes del inmueble total y, entre ellos, el suelo (págs. 448-449).

Así configurado, el derecho a elevar nuevas plantas puede igualmente constituirse por vía de la retención por parte del propietario de todo el edificio, de aquella facultad, cuando los pisos se enajenan a todas personas.

(2) El derecho de mayor elevación o de construcción bajo el suelo puede constituirse, indistintamente, como derecho de superficie o derecho de vuelo (artículo 16, 1.º, 2.º R. H.). La concesión del derecho de vuelo, cuando ya existe un edificio (supuesto del art. 11 L. P. H.) obliga siempre a constituir propiedad horizontal. Así resulta del núm. 2.º, art. 16 R. H. Conforme a esta norma, la propiedad horizontal debe quedar constituida con el titular del derecho de vuelo, incluso antes de la nueva edificación, al menos en la forma esquemática prevista en dicho precepto. Según la construcción reglamentaria, parece que el titular del derecho de vuelo se convierte en el futuro, al edificar, en propietario pleno, no en titular de un derecho de propiedad sometido a resolución, como ocurre con el superficiario (ESCRIVÁ DE ROMANÍ: *Lo imperativo y lo dispositivo en la*

Al regular los requisitos para su inscripción en el Registro, el R. H. distingue dos casos: el derecho de superficie como derecho de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo de fundos ajenos (párrafo 1º), y el derecho de levantar una o más plantas sobre un edificio que se reserva el propietario de éste y no constituye derecho de superficie (párrafo 2º). Porque el perfil institucional de ambos supuestos es claramente distinto, según su respectiva naturaleza jurídica, los requisitos de su inscripción—y, por tanto, del derecho que se inscribe—y sus efectos son también netamente diversos (3).

De donde resulta, en relación con el pacto que nos ocupa, que más que el nomen iuris interesa determinar las normas que lo regulan. Que no se trata de un derecho de superficie en sentido estricto, sino más bien de un derecho de vuelo, de acuerdo con la terminología antes expuesta. Y que, como tal, está regulado primariamente por los artículos 11 L. P. H. y 16, 2º R. H., (4); en segundo lugar, por los preceptos de la L. P. H., y de la L. H.; y supletoriamente, por las normas generales del derecho civil relativas a los derechos reales.

b) El artículo 11 L. P. H. expresamente establece que la construcción de nuevas plantas en un edificio previamente constituido en régimen de propiedad horizontal implica alteración del mismo edificio, afecta al título constitutivo de la propiedad horizontal y debe someterse al régimen establecido para las modificaciones de este título. A su vez, el artículo 16, 1º de la misma Ley exige que los acuerdos de la Junta de Propietarios se tomen por unanimidad cuando impliquen modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos. A estos efectos de fijación de quorum, la Ley equipara la modificación de alguno de los pactos contenidos en el título constitutivo de la propiedad horizontal con la modificación de los estatutos incorporados a ese título. Aunque estructuralmente sean distintos ambos tipos de normas negociales (negocio constitutivo y negocio estatutario), parece evidente esa equiparación u efectos de precisar los requisitos necesarios para la modificación de aquellas normas. Y el propio artículo 5 de la Ley especial reitera el mismo criterio al precisar que la cuota de participación que corresponde a cada piso o local (y que deberá fijarse en el correspondiente título constitutivo o modificativo de la propiedad horizontal) se determinará por el propietario único del edificio, antes de iniciarse la venta por pisos, o por acuerdo de todos los propietarios de pisos existentes en el momento en que aquella fijación se realice.

Es preciso, pues, el consentimiento unánime de todos los propietarios de pisos para poder modificar la cuota de participación de éstos y atribuir a los nuevos pisos edificadas su cuota correspondiente. El fundamento de este criterio legal parece claro: La edificación de dos nuevas plantas y la consiguiente creación de nuevos pisos implica una modificación esencial en el acto de constitución de la propiedad horizontal. Por virtud de esta nueva edificación, se han de atribuir por-

Propiedad Horizontal, en esta misma REVISTA, núm. 462, septiembre-octubre 1967, págs. 1.249-50)

(3) Obsérvese que el derecho de superficie contemplado por el párrafo 1º del artículo 16 se refiere primordialmente a la superficie urbanística, regulado en los artículos 157 y siguientes L. S. Mientras que el supuesto del párrafo 2º del artículo 16 apunta más bien al caso previsto en el artículo 11 L. P. H., y se vincula especialmente a esta figura de casas divididas por pisos o en régimen de propiedad horizontal.

(4) Suponiendo que se encuentre vigente este último precepto, y no haya sido derogado por la L. P. H. Luego nos referiremos a este problema.

centajes no sólo a los nuevos pisos así creados, sino también a todos los otros pisos y locales preexistentes en régimen de propiedad horizontal. Porque la suma total de porcentajes ha de representar el 100 por 100. Y la existencia de nuevos sumandos repercute en la consiguiente reducción de los sumandos anteriores. A diferencia de lo que ocurre en el caso de que sea un piso o local el que se divida materialmente en dos o más, porque entonces la suma de los porcentajes de las nuevas fincas formadas por división—cuando ésta sea posible—deberá ser igual al porcentaje de la finca matriz, antes piso o local independiente, sin afectar al porcentaje de todos los demás pisos del inmueble. No obstante lo cual, y a pesar de esta notable diferencia entre ambos casos, el artículo 8 L. P. H., que contempla este supuesto, remite al mismo artículo 5 a efectos de recoger el consentimiento de todos los titulares afectados.

Siguiendo con el tema que ahora nos ocupa, lo cierto es que la edificación de las nuevas plantas y la modificación de porcentajes que ello implica, afecta a los propietarios de todos los demás pisos o locales del edificio. El acto por virtud del cual se declara la obra nueva, complementaria y subsecuentemente realizada (edificación de dos nuevas plantas), se determinan los porcentajes que han de corresponder a los nuevos pisos y se modifican los de los antiguos, es un negocio jurídico de modificación del régimen de propiedad horizontal. Y legalmente está sometido a los mismos requisitos que el negocio de constitución. Se requiere la unanimidad de los copropietarios del inmueble. Que el acuerdo sea tomado por todos ellos (5). Negocio jurídico plurilateral o colectivo, no unilateral, aunque la formalización del acuerdo pueda hacerse a través del órgano unipersonal que represente a la Comunidad (Presidente).

Se trata de una norma clara que exige la unanimidad del consentimiento de todos los copropietarios para la modificación y determinación de las nuevas cuotas. Así lo exige además la propia naturaleza del acto. Y así lo reconoce paladinamente la Dirección General en el tercer Considerando de la Resolución que comentamos. Sin unanimidad no es posible la modificación del régimen de propiedad horizontal que entraña la edificación de dos nuevas plantas y el reconocimiento de su vida jurídica independiente, como pisos separados, con la correspondiente copropiedad sobre los elementos comunes.

Se trata, en fin, de una norma de derecho imperativo, en que el mandato legal no puede ser derogado, modificado ni suplido por la contraria voluntad de los particulares. Porque se refiere a los requisitos de votación en la Junta de Condueños y como tal es de derecho necesario, no susceptible de desconocimiento por la voluntad de los interesados. Porque afecta a la estructura misma de la institución que la Ley reconoce, y a la propia naturaleza del acto de modificación. Y porque, aparte de estas consideraciones estructurales, funcionalmente apunta a la protección de los terceros interesados.

c) En la práctica, ¿cómo puede lograrse ese consentimiento unánime de todos los propietarios de los pisos y locales ya vendidos? No hace falta recordar, antes de responder a esta pregunta, que la cuestión aquí planteada arranca de un presupuesto de hecho bien concreto, a saber: que alguno o algunos de los pisos que formaban parte del inmueble antes de terminarse la nueva edificación complementaria, hayan sido vendidos a diferentes propietarios. Es decir, que no exista de

(5) Para el caso de que no todos concurran a la Junta convocada, el artículo 16, 1.ª, 2.ª, establece el procedimiento supletorio de la notificación sin oposición, para lograr la unanimidad formal.

hecho un solo propietario titular de todo el edificio horizontalmente dividido.

La forma normal de cumplirse aquel requisito de la unanimidad será a través de la asistencia a la Junta de Propietarios de todos los interesados debidamente citados, y la prestación en aquella reunión del consentimiento unánime para la aprobación de los nuevos porcentajes fijados a cada piso y demás variaciones introducidas en la primitiva propiedad horizontal, como consecuencia de la construcción de las nuevas plantas. O bien, si todos los propietarios no asisten a la Junta, su consentimiento tácitamente suplido por la notificación fehaciente del acuerdo adoptado sin haberse opuesto al mismo dentro del plazo (artículo 16, 1.ª L. P. H.). Si alguno de los propietarios se opone fundadamente a la aprobación del acuerdo modificativo, entonces no habrá unanimidad, y no será posible la entrada de los nuevos pisos construidos en el régimen global de propiedad horizontal de todo el edificio. Sin perjuicio de que, ante la negativa de alguno de los interesados, pueda acudir al Juez para que éste resuelva lo procedente en atención al interés de los demás (art. 5 L. P. H.).

En el caso que nos ocupa, la Sociedad propietaria actual se reservaba el derecho de elevar dos nuevas plantas y de determinar por sí sola los módulos de participación de los nuevos pisos y modificar los de los antiguos. Para ello, y para no vulnerar el requisito legal de la unanimidad, los futuros propietarios de los pisos ya construidos y en trance de venta le conferían su representación en virtud del artículo de los Estatutos discutido. ¿Es esto legalmente posible? ¿Podrá darse cumplimiento al requisito de la unanimidad antes apuntado a través del procedimiento indirecto de que cada uno de los propietarios de los pisos, por el mero hecho de comprarlos, otorgue necesariamente su representación a la Sociedad vendedora para que ella por sí sola formalice la declaración de la nueva obra y modifique la propiedad horizontal del edificio?

La Dirección General entiende en el presente Recurso que sí, que ello es posible. Y utiliza para justificar esta posibilidad el argumento de la representación voluntaria de los futuros propietarios por parte de la Sociedad vendedora en base al apoderamiento concedido por ellos al aceptar los Estatutos en que consta ese pacto. Tal construcción no nos parece convincente. Entre otras razones, por las siguientes:

1. El apoderamiento debe conferirse por cada interesado individualmente y en escritura pública al efecto, no dentro de unos Estatutos de comunidad, en cuya redacción no han sido parte. Los Estatutos contienen normas de régimen jurídico de los pisos y de sus propietarios, en cuanto forman parte de una comunidad de intereses y de destino vinculada al inmueble en su conjunto. El apoderamiento, por el contrario, supone la concesión de un poder de legitimación hecha voluntariamente por una persona—dominus negotii—en favor de otra—representante— para que ésta ejecute el encargo, realice el acto o ejerza la facultad o derecho que aquella le ha encomendado. Negocio estatutario y negocio de apoderamiento son realidades heterogéneas.

2. Sin entrar ahora en la cuestión de si en todo apoderamiento existe o no un mandato subyacente, parece ser que el fundamento de la concesión de poder está en la relación de confianza interna que existe entre poderdante y apoderado, y que justifica que el representante pueda actuar frente a los terceros en nombre y por cuenta del representado. La duración del poder se vincula a la subsistencia de esa confianza en otra persona, y por eso el poder puede ser revocado—al menos en principio, y como tesis general—cuando aquella confianza desaparece.

Dejando aparte el dudoso tema de la posibilidad del poder irrevocable, tema que en el presente recurso se roza pero tampoco se entra en él, lo cierto es que la redacción de los Estatutos no implica esa previa relación de confianza. Y, sobre todo, que en este caso la revocación del poder así conferido no se podría hacer más que mediante la modificación de los Estatutos. Al menos para que tal revocación fuera eficaz frente a los terceros (6), dada la publicidad registral del Estatuto. Lo cual—modificación de Estatutos para revocar la delegación en ellos contenida—exigiría otra vez el consentimiento unánime de todos. ¿Qué ocurriría entonces con la pretensión de uno solo de los propietarios que quisiera revocar su apoderamiento, si los demás no secundaban su propósito?

Así planteado el problema, resulta patente—a mi juicio, al menos—la incongruencia de querer armonizar dos cosas distintas: el poder para actuar en representación del titular y la consiguiente concesión de legitimación para ello, de una parte, y las normas estatutarias que regulan la vida de la comunidad necesaria formada alrededor del aprovechamiento del edificio, de otra.

3. La cláusula estatutaria discutida encierra evidentemente un pacto de adhesión. Los sucesivos compradores de los pisos han de aceptar necesariamente esa delegación en favor de la sociedad vendedora que les viene impuesta por los Estatutos. Pero concesión de poder, basado en la confianza, y negocio jurídico de adhesión, impuesto por el representante sin contar con el representado, son términos incompatibles. Singularmente si se acepta la tesis de que el apoderamiento es un negocio jurídico unilateral, opinión ésta que parece la más razonable. Creemos que no cabe la concesión de un poder, al menos hecho en términos generales y sin señalar precisamente el contenido de facultades que se delegan, por adhesión.

Y no se diga que los compradores de los pisos son libres de comprar o no, y que al comprar ya prestan su consentimiento al poder así impuesto. Porque tampoco aquí el contrato de compraventa es plenamente voluntario. La necesidad social de las viviendas es especialmente aguda en la época actual. Por ello, en la venta de viviendas se produce tantas veces el fenómeno social de los contratos impuestos o por adhesión, en que el vendedor obliga al comprador a realizar determinadas prestaciones o a sufrir ciertas limitaciones, porque éste no puede renunciar a la compra de ese piso y adquirir otro. Dicho sea con carácter muy general, al margen de la concreta situación de hecho de este caso cuyos perfiles concretos (valor de los pisos, facilidades para su adquisición, etc.) no conocemos. En todo caso, cuando ello ocurra, no parece que pueda utilizarse el principio de la autonomía de la voluntad para salvaguardar jurídicamente los condicionamientos de la parte vendedora.

4. De admitirse la validez del pacto, ello podría implicar un fraude a la Ley imperativa. La Sociedad constructora podría por sí sola establecer y modificar los porcentajes libremente. Con la única limitación de que el módulo fijado fuera proporcional a la extensión de los pisos. A través de esa cláusula tan general se desvirtúa la nece-

(6) Tal es lo que en definitiva más importa, pues de nada serviría la revocación del poder por los que ya son propietarios de los pisos, después de comprarlos y estar obligados por los Estatutos, si la sociedad vendedora podría modificar unilateralmente los porcentajes y vender los nuevos pisos así formados a los terceros, quienes no serían afectados por la impugnación de los propietarios antiguos respecto a los nuevos pisos.

saría aceptación por los interesados del módulo concretamente fijado a cada piso. Y aquí está el quid de la cuestión, a mi juicio.

Ello implicaría, además, una renuncia anticipada y genérica a un derecho futuro, no suficientemente precisado en su extensión. Renuncia que, así calificada, parece que va contra la Ley. Porque ésta protege a los demás copropietarios del edificio; porque el derecho a votar en la Junta General, respecto a la aceptación de un acuerdo cuyo contenido se desconoce, aun no ha nacido; porque no se puede renunciar a esa aprobación sin saber cuáles son los extremos concretos de los nuevos módulos que se establezcan; y porque se trata de una norma imperativa no derogable por el pacto de los interesados en contra.

De todos los argumentos expresados, éste último nos parece el más fuerte para rechazar la validez del artículo estatutario tantas veces citado. Como entendió el Registrador que calificó la escritura discutida.

d) ¿No será entonces posible la reserva a favor del constructor de un edificio del derecho a levantar nuevas plantas más que con la ulterior aprobación de todos los dueños de los pisos vendidos? Porque si así fuera, la incertidumbre de esa aprobación a posteriori, o las dificultades prácticas derivadas de tener que recabar el consentimiento de tantas personas, podrían retraer o frenar la construcción, y la frecuencia de esa conveniente reserva.

La no admisión de esa cláusula de poder general que estamos considerando, por las razones expuestas, no debe llevarnos a la tajante conclusión de que una delegación de los propietarios futuros en favor del vendedor actual sea totalmente imposible. Creemos que hay una vía intermedia con expresa apoyatura legal. Es la contemplada en el párrafo 2.º del artículo 16 R. H.

Este precepto regula los requisitos para la inscripción del derecho de vuelo que se reserva el propietario al enajenar los pisos, lo cual comporta necesariamente el reconocimiento de su validez, porque sólo son inscribibles los derechos civilmente válidos. Según el mismo, hay que hacer constar en la inscripción, aparte las normas de régimen de comunidad que se hubieran establecido para el caso de hacerse la construcción, las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos comunes o las normas que se establezcan para su determinación. Es preciso entonces la previa fijación de cuotas de los nuevos pisos que se construyan o, por lo menos, las normas o criterios que sirvan para su ulterior determinación. Según este último inciso, cabrá pensar que basta con establecer un criterio general previo que sirva en su día para fijar las cuotas de los pisos. Y que dicho requisito pudo estimarse cumplido en el presente caso, al señalarse que el módulo de las nuevas plantas se fijaría proporcionalmente a su extensión. Así lo estimó la Dirección General en el Recurso para reconocer la validez del pacto estatutario. Sin embargo, creemos que tal criterio de fijación es demasiado amplio y genérico, no suficientemente concreto, y no autoriza para reconocer que la Sociedad vendedora puede establecer y modificar por sí sólo los porcentajes sin otra norma limitativa que ésta de la proporcionalidad en la extensión.

De acuerdo con la recta interpretación de este párrafo 2.º, artículo 16 R. H., entendemos que es necesario, para la validez de un pacto de este tipo, la previa determinación de las cuotas de los nuevos pisos y de los antiguos. O, por lo menos, algún criterio concreto, seguro y matemático, que sirva para precisar en función del mismo los porcentajes que hayan de aplicarse, sin dejar tal determinación genérica e imprecisamente en manos del constructor. Así lo impone la necesaria proyección de los terceros compradores de los pisos y la determinación de los derechos

que se inscriben (principio de especialidad). Con esa concreción, los interesados pueden ya prestar su consentimiento por anticipado, y renunciar a una facultad de impugnación concreta y ya nacida.

Para dar por válida esta última opinión, todavía podría plantearse el problema de si el artículo 16 R. H. ha sido derogado por la L. P. H. Así lo estimó el Registrador interviniente, aunque luego el tema no ha sido objeto de atención en el recurso. Porque si fuera así, y se llegara a la conclusión de la no vigencia del artículo reglamentario después de la L. P. H., entonces la solución propuesta tendría un apoyo legal más débil, o debería ser rectificada en su formulación.

Pienso que no. Porque, supuesto el valor jerárquico superior y la fecha posterior de la L. P. H., para que el artículo reglamentario quedara derogado por ella haría falta que ambas normas fueran incompatibles, que el mandato del Reglamento se opusiera a los contenidos en la Ley. Y no parece que así ocurra. La Ley exige la unanimidad para la fijación y modificación de las cuotas. Y el Reglamento permite que esa unanimidad pueda estimarse cumplida a priori, cuando el constructor se reserve el derecho a levantar nuevos pisos, siempre que en esa reserva se especifiquen las cuotas futuras. Y se inscriban en el Registro para que tengan conocimiento de ellas los sucesivos dueños de los pisos. Los cuales así quedarán vinculados por ellas. Ya hemos dicho que esta fórmula es la única, posible a nuestro juicio, para estimar válida la aceptación anticipada de los nuevos módulos por parte de los compradores sucesivos. Y que, en este sentido, no parece vulnerar el principio de la unanimidad contenida en la L. P. H. Así al menos lo ha estimado también el Centro Directivo cuando recoge en su 4.º Considerando este artículo del Reglamento, afirma que debe ser interpretado conjuntamente con la L. P. H., y saca la consecuencia de que dicho artículo 16, 2.º justifica la validez del pacto. Lo cual supone un reconocimiento de su vigencia. En esto último estamos de acuerdo. Aunque no nos parezca convincente la declaración de validez del pacto tal como aparecía en los Estatutos discutidos.

M. A. G.

14. EXTENSIÓN E INTERPRETACIÓN DE PODERES. EL DADO PARA VENDER LAS PARTICIPACIONES QUE CORRESPONDAN AL PODERDANTE EN DETERMINADA HERENCIA, COMPRENDE LA FACULTAD DE ACEPTARLA, DADO EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 1.000, 1.º DEL CÓDIGO CIVIL; PERO NO ES SUFICIENTE PARA REALIZAR LAS OPERACIONES DE ADJUDICACIÓN HEREDITARIA NI PARA LA CONSTITUCIÓN DEL EDIFICIO QUE HA DE VENDERSE EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. SE TRATA DE DEFECTO SUBSANABLE POR LA RATIFICACIÓN DEL PODERDANTE.

ALTERACIONES DE DESCRIPCIÓN QUE HAGAN PRESUMIR OBRA NUEVA QUE DEBA ORIGINAR OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN CONYUGAL NO VERIFICADAS. AUNQUE LA ESCRITURA QUE ORIGINÓ LA ANTERIOR INSCRIPCIÓN DESPEJE LAS SOSPECHAS DE OBRA NUEVA, NO PRESENTADA

EN TIEMPO Y FORMA, SINO EN EL RECURSO, NO PUEDE SER EXAMINADA EN ÉSTE.

PROPIEDAD HORIZONTAL. LOS EDIFICIOS DIVIDIDOS POR PÍOS HAN DE DESCRIBIRSE CON LA SUPERFICIE EN SISTEMA MÉTRICO Y LOS LINDEROS POR FRENTE, IZQUIERDA, ENTRANDO, DERECHA Y FONDO, TANTO EL EDIFICIO EN CONJUNTO COMO TODOS Y CADA UNOS DE LOS PISOS.

ESTANDO CLARO QUE CON TODA UNA PLANTA DEL EDIFICIO SE FORMA UN SÓLO PISO INDEPENDIENTE, ASIGNÁNDOLE UN PORCENTAJE DEL 25 POR 100, EL AÑADIR QUE CONSTA DE DOS LOCALES UNIDOS, Y QUE TAL PORCENTAJE ES MITAD PARA CADA LOCAL, ES INTRASCENDENTE POR NO IMPLICAR PACTO O CLÁUSULA QUE PRETENDA ESTABLECER UNA DEROGACIÓN DE LO ORDENADO EN EL ARTÍCULO 8.º DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL, EN CASO DE DIVISIÓN MATERIAL DE LA PLANTA.

NO PUEDE HACERSE CONSTAR EN EL FOLIO REGISTRAL DE UNA FINCA QUE PARTE DE UNA DE SUS PLANTAS, O SEA, UN HUECO DE ELLA ENTRA EN OTRA CASA SIN QUE TAL CIRCUNSTANCIA O GRAVAMEN MUTUO RESULTE DEL FOLIO REGISTRAL DE ÉSTA O SE CONSTITUYA EN DEBIDA FORMA.

Resolución de 17 de abril de 1970 ("B. O." de 2 de junio).

Antecedentes de hecho.—En escritura otorgada en Burgos el 20 de septiembre de 1963, ante su Notario don Ursino Vitoria Burgos, se protocolizan las operaciones divisorias conjuntas de las herencias de doña Antonia González Fortubel, fallecida en 1937, y de su esposo don Primitivo del Barrio Cebrecos, fallecido en 1962, vendiéndose por pisos una de las dos casas inventariadas, en la misma escritura. Los bienes inmuebles inventariados son: una casita en la Calle de las Tahonas, número 1, y otra casa en la Calle de las Calzadas, número 40, ambas en la ciudad de Burgos, la primera, ganancial del primer matrimonio de don Primitivo, y la segunda, que adquirió por compra del solar y declaración de la obra nueva, siendo viudo del mismo primer matrimonio.

Doña Antonia había nombrado heredero usufructuario, con facultad de disponer por actos *inter vivos*, a su marido y herederos del residuo a cuatro sobrinos carnales suyos y a tres de su esposo, que se distribuirían por mitad cada grupo el haber hereditario que quedare. Don Primitivo había dejado el usufructo vitalicio de sus inmuebles a su segunda esposa, doña Matilde Gómez Santillana, instituyéndose

herederos nudo propietarios por partes iguales a sus tres sobrinos, que pasaron en pleno dominio de los inmuebles por premoriencia de doña Matilde; y falleció sin haber dispuesto de la herencia que le dejó su primera esposa.

La escritura calificada de "aceptación de herencia y compraventa" fue otorgada por don Marcos González Ausín en nombre propio y en el de sus hermanas Inés, María, Patrocinio y María de los Angeles (los cuatro sobrinos herederos de doña Antonia); don Cipriano, Alejandro y Matilde del Campo y Barrio (los tres sobrinos herederos de don Primitivo) y por los cuatro compradores de los pisos de la casa de la Calle de las Tahonas. Don Marcos comparece mediante poder especial de sus tres hermanas para "enajenar las participaciones que les correspondiese en la herencia de su tía doña Antonia González Fonturbel.

En las descripción de la casa de las Tahonas, número 1, antes 2, se decía que estaba compuesta de "dos pisos, desván y entresuelo, teniendo éste dos habitaciones más que los pisos", con "una superficie de 28 pies de línea por 25 pies de fondo, en total 714 pies cuadrados", y después de otros extremos expositivos, estipularon lo siguiente:

"1.º Don Marcos González, por sí y en representación de sus hermanas Inés, María Patrocinio y María Angeles González Ausín, acepta la herencia de la causante, doña Antonia González Fonturbel, consistente en la cuarta parte indivisa de la casa de la calle de las Tahonas, que adquieren por cuartas partes indivisas.

2.º Don Cipriano, don Alejandro y doña Matilde del Campo y Barrio, aceptan también la referida herencia, consistente en la otra cuarta parte indivisa de la misma, adjudicada y adquirida por terceras partes indivisas.

3.º Los mismos don Cipriano, don Alejandro y doña Matilde del Campo y Barrio, aceptando la herencia de su tío don Primitivo del Barrio, se adjudican por terceras partes indivisas la restante mitad de la casa a la calle de las Tahonas, por lo que quedan dueños por terceras partes indivisas de las tres cuartas partes de la indicada finca. Y los mismos tres hermanos del Campo y Barrio se adjudican por terceras e iguales partes la totalidad de la casa de la calle de las Calzadas".

A continuación realizaron las siguientes "segregaciones" referentes a la casa de las Tahonas, 1.

Número 1. Planta de sótano, que consta de dos locales unidos, y que tiene su entrada por... (siguen los linderos por los 4 puntos cardinales y superficie en metros y decímetros). Se le asigna un porcentaje del 25 por 100, mitad para cada local, a efectos de beneficios y cargas en los elementos comunes.

Número 2. Piso entresuelo, que consta de dos habitaciones, cocina y water (sigue la superficie en metros y decímetros cuadrados, y los linderos por los cuatro puntos cardinales). Se le asigna un porcentaje del 22 por 100.

Número 3. Piso primero. Se halla distribuido en dos habitaciones, cocina y water. Norte o izquierda..., Sur o espalda..., Este..., y Oeste... Porcentaje, el 25 por 100.

Número 4. Piso segundo. Tiene dos habitaciones, cocina y water, con una superficie aproximada de 48 metros cuadrados, tiene como anejo la buhardilla, situada encima del mismo, compuesta de un sólo local, con entrada desde la escalera; y linda Norte o izquierda..., Sur o espalda..., Este..., y Oeste... Porcentaje, el 28 por 100.

Estas cuatro plantas, los cuatro hermanos González Ausín, a quienes pertenece la cuarta parte por cuartas partes, y los tres hermanos del Campo y Barrios, dueños de las otras tres cuartas partes indivisas,

las venden respectivamente a don L. H. C.; don J. del R. V., doña D. C. H. y don S. P. A.

En la cláusula H) se hace constar que "aunque por la superficie puede considerarse comprendida en la venta de la planta baja el hueco que entra en la casa número 3 de las Tahonas, no hace constar de modo expreso".

Presentada en el Registro de Burgos primera copia de la escritura con otros documentos complementarios, se inscribió la finca de la calle de Las Calzadas a favor de sus nuevos titulares, y en cuanto a los demás actos contenidos en el mismo documento "se deniega su inscripción por observarse los defectos siguientes":

1.º Los poderes conferidos a don Marcos González Ausín no le autorizan para aceptar ni partir herencias en nombre de sus poderdantes.

2.º La casa número 2 hoy 1, de la calle de las Tahonas, de Burgos según la inscripción vigente del Registro, consta de dos pisos y desván, aparte de la planta baja, y en el documento que se califica se dice que tiene además "entresuelo, teniendo éste dos habitaciones más que los pisos". Por ello, si ha habido nueva obra y ésta se realizó durante el matrimonio de don Primitivo del Barrio con su segunda esposa, doña Matilde Gómez Santillana, será necesaria la liquidación de tal sociedad de gananciales, con intervención de los herederos de esta última señora.

3.º No consta, respecto de dicha casa su medida expresada en el sistema métrico decimal; hay contradicción entre la descripción del edificio en conjunto y las dependencias que lo forman, ya que entre éstas se incluye la planta de sótano, que en la descripción no consta; la descripción de las dependencias números 1 y 2 no se hace por derecha, izquierda y fondo; la cuota de participación debe ser una sola para cada local, y al número 1 se le asigna un porcentaje del 25 por 100, mitad para cada local.

4.º Según la cláusula H), está comprendido dentro de la planta baja el hueco que entra en la casa número 3 de las Tahonas (quizá quiera referirse al local número 3, planta sótano), lo que no consta ni en la descripción del edificio ni en su inscripción en el Registro, y, en cambio, la casa número 3 de la mencionada calle de las Tahonas aparece inscrita a favor de persona distinta (tomo 2.559, folio 223, finca 20.753, inscripción primera), sin que en su inscripción conste ninguna limitación ni derecho alguno a favor de la casa número 1, antes 2, de tal calle.

5.º En tanto no se inscriban los títulos de herencia y la constitución del régimen de propiedad por pisos de la casa número 1 de la calle de Las Tahonas, no pueden inscribirse las ventas de las diferentes dependencias de la misma. Los defectos señalados con los números primero y cuarto se estiman insubsanables y el segundo también lo será si la nueva obra se efectuó durante el matrimonio de don Primitivo del Barrio con doña Matilde Gómez. Los tercero y quinto se considerarán subsanables".

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la calificación y alegó: que en los poderes otorgados por las hermanas González Ausín a su hermano Marcos se le autoriza para vender la participación indivisa que les pueda corresponder en la herencia de su tía, fijándose incluso, en dos de ellos el porcentaje que corresponde a los interesados y señalándose como objeto de la herencia la casa de la calle de las Tahonas; que de los documentos aportados y de los mismos poderes se desprende la aceptación de la herencia y la adjudicación a cada uno de la porción que les corresponde; que del

Código civil, del Derecho romano, de las Partidas y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1), resulta la aceptación *de facto* o implícita de la herencia; que al otorgar poderes para vender la parte que les correspondiese en la herencia de su tía va implícita la aceptación de la misma; que estimar necesario el uso expreso de la palabra "acepto" es retroceder a un formulismo primitivo superado por el propio derecho romano; que cualquier acto que manifieste la voluntad de ser heredero debe ser considerado como aceptación; que exigir la ratificación sólo serviría para ocasionar nuevos gastos; que no existe contradicción entre la inscripción (¿descripción?) de la finca total de la calle de las Tahonas y la de los locales segregados, como resulta de la escritura que se acompaña de 25 de septiembre de 1917, que sirvió de base para la inscripción vigente; que igual es "dos pisos y desván aparte de la planta baja», que «sótano, entresuelo y dos pisos»; que es imposible introducir una planta entre dos existentes, por lo que no hay posibilidad alguna de que los herederos y vendedores hayan añadido el piso entresuelo, ni que se haya realizado tal obra nueva durante el segundo matrimonio de don Primitivo; que no procede exigir la liquidación de la sociedad conyugal de éste y su segunda mujer; que las Resoluciones de 15 de junio y 30 de diciembre de 1892, 4 de enero de 1893 y 28 de mayo de 1907, autorizan la venta de bienes hereditarios por todos los interesados sin previa liquidación de la sociedad conyugal; que en cuanto a la cuota de participación de la planta de solano está claro que es el 25 por 100, pero se distribuye entre los dos locales que la integran por sí se divide en el futuro; que respecto a la cláusula H) es sencillamente la constatación de un hecho, que se consigna como aclaración, sin que suponga limitación sobre la casa número 3 de igual calle ni constituye negocio jurídico alguno ni obligacional ni real, por lo que no procedía calificación. Por razones de brevedad omitimos algunas otras alegaciones del recurso menos precisas y convincentes como la de que negar la inscripción entorpece el tráfico inmobiliario (con cita de la S. de 14 de junio del 92). y dificulta la tendencia social de convertir en propietarios a los inquilinos; la referente a la medida superficial en el sistema métrico decimal, y a los linderos en urbanas en general y en la propiedad horizontal en particular y a las diferencias de superficie; alegaciones que, al menos, como han quedado reflejadas en el resultando son difíciles de clarificar y resumir.

El Registrador informó que: de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento no tendrá en cuenta la escritura de 27 de septiembre de 1917, que no se presentó en momento oportuno; que la escritura presentada se califica por el mismo Notario de "aceptación de herencia y compraventa" y los poderes en cuestión son solamente "especiales para vender"; que la legislación y reiterada Jurisprudencia entienden que los poderes han de interpretarse restrictivamente sin que se pueda deducir que en la facultad de vender va implícita la aceptación de la herencia de los bienes que se proyecta enajenar (2); que la descripción registral de la casa de la calle de las Tahonas, número 2, ahora 1, dice que "se compone de dos pisos y desván, en la planta baja tiene dos cuadras con la servidumbre de patio propio de la casa", mientras

(1) Cita los artículos 440, 657, 661, 998, 999 y 1.000 del Código, la Ley 11 de la Partida sexta; las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1926; 3 de junio de 1947; 23 de mayo de 1955; 31 de diciembre de 1956; 5 de julio de 1958; 31 de marzo y 4 de julio de 1959, y 9 de julio de 1964, y la Resolución de la Dirección General de los Registros de 20 de septiembre de 1967.

(2) Cita los artículos 1.713 y 1.714 del Código y las Resoluciones de 8 de junio de 1885 y 3 de noviembre de 1908.

que, según el documento calificado, "consta de dos pisos, desván y entresuelo, teniendo éste dos habitaciones más que los pisos, en la planta baja tiene dos cuadras con la servidumbre de un patio", que la diferencia de ambas descripciones es notable; que la obra nueva, si la hubo, pudo realizarse mediante demolición del viejo edificio y construcción de otro nuevo o agregando un piso sobre el último, que es necesario justificar si se realizó obra nueva durante el segundo matrimonio de don Primitivo, en cuyo caso sería necesario liquidar la correspondiente sociedad conyugal con los herederos de la segunda esposa; que al calificar y redactar la nota se tuvieron en cuenta los asientos del Registro y el posible error de estos no influye en la calificación; que al constituirse la casa en régimen de propiedad horizontal—la escritura habla impropriadamente de segregaciones—, se han incumplido los artículos 5 de la Ley de 21 de julio de 1960 y 51 del Reglamento Hipotecario, porque: a) No se expresa la superficie del inmueble en el sistema métrico; b) el local 1 se denomina planta de sótano, denominación que no se da a ninguna de las plantas del edificio; c) los linderos de las dependencias 1 y 2 se señalan sólo por los cuatro puntos cardinales, contraviendo la regla tercera del artículo 51; d) que la cuota de participación debe ser una para cada piso o local, y al número 1 se le asigna un porcentaje del 25 por 100, mitad para cada local, sin que sea admisible entender que se trata de una prevención para el futuro, pues a ello se opone el artículo 8 de la Ley de 21 de julio de 1860; que la cláusula H) no supone un simple hecho, sino un auténtico derecho de superficie o servidumbre sobre la finca vecina, y como en ella no consta tal gravamen, la inscripción de la finca beneficiada es imposible en la forma que se pretende. Termina insistiendo en el apartado 5.º de su nota.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador; el Notario autorizante se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus argumentos y la Dirección General acordó con revocación parcial del Auto apelado confirmar los defectos 1.º, 2.º, 4.º y 5.º de la nota del Registrador, si bien el primero tiene el carácter de subsanable, confirmar también las partes primera y tercera del defecto 3.º, revocando las partes segunda y cuarta del mismo defecto tercero, (3), en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección General.—Por diversas escrituras de apoderamiento, doña Inés, doña María Patrocinio y doña María de los Angeles González Ausín, confirieron a su hermano don Marcos la facultad de vender las participaciones indivisas (o divididas sólo en el de la tercera otorgante), que correspondan a las poderdantes en la herencia de su tía carnal, doña Antonia González, por lo que por la primera cuestión que ha de resolverse es la de si tales poderes son o no suficientes, dado que en la escritura calificada se contienen las operaciones de aceptación de herencia, adjudicación, constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal—por cierto, con desconocimiento de la existencia de la Ley de 21 de julio de 1960—y venta de los diversos pisos y locales que lo forman a los compradores:

Los mencionados poderes autorizan para entender comprendida la facultad de aceptar la herencia, dado el contenido del artículo 1.000, primero del Código civil, por ser antecedente necesario para que la venta se realice, pero no resulta que el resto de las operaciones llevadas

(3) Vistos los artículos 396, 999, 1.000 y 1.713 del Código civil, la Ley de Propiedad Horizontal; artículos 8, 13 y 29 de la Ley Hipotecaria; 51, 117 y 434 de su Reglamento y las Resoluciones de 3 de noviembre de 1908 y 20 de septiembre de 1967.

a cabo—con todas las consecuencias que el régimen de propiedad horizontal comporta—se hallen incluidas dentro de los términos del poder otorgado, y habida cuenta del artículo 1.713 del Código civil, que exige mandato expreso, para la ejecución de actos de riguroso dominio, es forzoso declarar la insuficiencia de dichos poderes, si bien podrán salvarse los actos hechos por el apoderado mediante la oportuna ratificación por los interesados;

En cuanto al defecto segundo, aun cuando en la escritura de 25 de septiembre de 1917 resulta aclarada la posibilidad a que se refiere el funcionario calificador, dado que en dicha fecha ya aparece el inmueble con la descripción actual y no puede, por tanto, plantearse problema alguno de liquidación de sociedad de gananciales de don Primitivo con su segunda esposa, doña Matilde Gómez, es de advertir que al no haberse presentado esta escritura para su calificación por el Registrador, en tiempo y forma, sino en alzada ante el Presidente de la Audiencia, del acuerdo con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, no podrá ser examinada en este recurso;

Dentro del mismo defecto tercero, no parece que haya contradicción entre la forma de describir el edificio en conjunto y las dependencias que lo integran, pues aunque pudiera haberse reflejado con mayor claridad en el primero su descripción, por la simple lectura de la misma se comprueba la existencia de las plantas que después se relacionan, y por último, el porcentaje asignado al local número 1, de un 25 por 100, es lo único que debe tenerse en cuenta al realizar la calificación, pues no aparece previsto en la escritura ningún pacto o cláusula que establezcan una derogación de lo ordenado en el artículo octavo de la Ley, en caso de división material del local, que pudiera servir de base para el planteamiento de este problema;

En cuanto al defecto señalado en cuarto lugar, relativo a la cláusula H) de la escritura, contiene como una especie de ampliación de las circunstancias físicas del inmueble que no se han hecho constar en la descripción general del mismo y que supondría además—si se quiere fijar su alcance y contenido—una limitación del dominio del predio contiguo, lo que exigiría el consentimiento de su titular para que pueda hacerse constar en la inscripción correspondiente y pueda surtir efectos contra terceros, tal como señala el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, por lo que al no darse estas circunstancias el mismo fedatario minimiza los efectos de la cláusula, a la que ni siquiera considera que producirá efectos obligacionales, y el propio Registrador entiende que, de acuerdo con el artículo 434, segundo, del Reglamento Hipotecario, puede no inscribirse sin que impida la inscripción del resto de la escritura, salvo que existan otros defectos;

El último defecto viene a ser una reiteración de los anteriores, ya que es natural, dada la exigencia del principio de tracto sucesivo recogido fundamentalmente en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que mientras no se hayan inscrito los títulos de herencia y constitución del régimen de propiedad horizontal no procederá la inscripción de las ventas de los diferentes locales y pisos que forman parte del edificio.

Comentario.—La insuficiencia del poder.

A) *La cuestión relativa a la extensión del poder es la de mayor importancia práctica de todo el tema de la representación. Los intentos de clasificación de los poderes en atención a su extensión no resuelven el problema. Los conceptos poder especial y poder general son meramente relativos; frecuentemente se llama poder especial no sólo al relativo a un negocio determinado (singular), sino al poder para negocios de una clase determinada (poder genérico); los poderes generales son*

cualitativa y cuantitativamente muy variados; pero también tratándose de poderes especiales se señalan al representante límites unas veces muy amplios y otras muy estrictos.

La extensión de los poderes en la representación voluntaria viene determinada por la voluntad de apoderamiento del representado. Se trata, pues, de un caso de interpretación de la declaración de voluntad y de los actos en que ésta puede manifestarse (4).

Será, pues, la declaración expresa del representado lo que ha de tenerse en cuenta en primer lugar; pero además, las circunstancias de cada caso han de ser tomadas en cuenta, no sólo cuando se trate de poderes tácitos, sino también en los casos de otorgamiento expreso del poder. Siempre que exista la duda de si un determinado negocio está comprendido en el poder, debe utilizarse para su interpretación el marco íntegro en que se desenvuelve la declaración de voluntad del poderdante.

Las circunstancias del caso que HUPKA considera más importantes son:

a) La aprobación tácita del poderdante a actos representativos similares.

b) La naturaleza y condiciones de la relación interna entre representante y representado.

c) El fin del poder. Otorgado el poder para un determinado fin que ha de realizarse mediante la actividad del apoderado, se extenderá a todos los actos jurídicos que sean necesarios para la consecución del mismo. El objeto o fin del poder tanto puede conducir a una ampliación del mismo con respecto a su texto literal como limitarle a aquéllos actos que sirvan para obtener el fin, aunque la declaración de apoderamiento esté formulada con generalidad (5).

Mientras no se den éstas u otras circunstancias del caso, el contenido objetivo de la declaración del poderdante constituye la única norma decisiva; no es posible, por tanto, referir el poder arbitrariamente a actos jurídicos que no se hayan previsto por el texto literal del apoderamiento; pero tampoco puede interpretarse un poder restrictivamente sin más ni más (6).

(4) JOSEF HUPKA: *La representación voluntaria en los Negocios jurídicos*. Traducción de LUIS SANCHO SERAL, Madrid, 1930, págs. 169 y sigs., y 188 y sigs. Casi todas las ideas que nutren las breves consideraciones generales que en el texto hacemos sobre la extensión e interpretación del poder están tomadas de esta veterana monografía sobre la representación. Escrita en el momento de tránsito de derecho de Pandectas al B. G. B., tienen interés actual para la comprensión de la materia en las legislaciones románicas.

(5) Este elemento interpretativo del fin ha sido expresamente destacado por el vigente Código civil italiano, cuyo artículo 1.708 en su apartado 1.º dice que el mandato comprende no actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquellos que son necesarios para su cumplimiento.

(6) El principio de interpretación restrictiva de los poderes no cabe negarle en cuanto está expresamente recogido en abundantes resoluciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo y de la Dirección General. Pero este principio debe entenderse en su verdadero sentido, y siempre subordinado al de prevalencia de la verdadera intención y voluntad del poderdante sobre la literalidad de sus expresiones. En el mismo Código civil, los artículos 1.283, 1.289 y 1.714 no conducen nunca a una ciega y exagerada interpretación restrictiva por cuanto intentan exclusivamente conducir a la verdadera voluntad de los contratantes. Y concretamente en materia de mandato el 1.715 nos demuestra cómo también la interpretación extensiva es tan necesaria como

Por otra parte, la delicada cuestión de la interpretación del poder en orden a su extensión se ha visto complicado por la exigencia legal de mandatos o poderes especiales para ciertos actos jurídicos de importancia (7). Estos preceptos contenidos en casi todas las legislaciones, aunque con grandes diferencias entre ellas, y concretamente el artículo 1.713 de nuestro Código civil no son simples reglas de interpretación para los poderes generales (o concebidos en términos generales, como dice nuestro Código), sino normas absolutas que sin tener en cuenta la voluntad del principal limitan la extensión de esos poderes. Si se quiere que un poder alcance aquellos actos para los que la Ley exige autorización especial es preciso que en la declaración de apoderamiento figuren esos actos nominalmente. Nos llevaría muy lejos el análisis de las razones que convencieron a los autores del Código civil alemán de la conveniencia de acabar con la institución del poder especial necesario. El casuismo jurisprudencial construido en torno a nuestros artículos 1.712 y 1.713 no sería muy distinto si esos preceptos no existieran y las enumeraciones de los actos *mandati specialis et specialissimi* de los Códigos (incluso de los de larga lista de poderes especiales como el argentino) adolecen del vicio de inadecuación con la siempre mayor complejidad de las circunstancias del caso concreto. En definitiva, el principio de especialidad del poder siempre tendrá que enfrentarse con otros: el que puede lo más, puede lo menos, lo accesorio o previo debe ir incluido en lo principal, etc. (8).

a) La Dirección General, siguiendo el precedente de la de 1908 considera que el poder comprende la facultad de aceptar la herencia, dado el contenido del artículo 1.000; 1.º del Código por ser antecedente necesario para que la venta se realice. La redacción del considerando incurre en cierto confusiónismo, y es más incorrecta en este punto concreto de la aceptación de la herencia, que la de 1908 (9). El poder

la restrictiva para dar con la voluntad real. La Resolución de 10 de mayo de 1915 respalda expresamente la aplicación del principio de que el autorizado para lo más se entiende autorizado para lo menos.

(7) Pueden extraerse interesantes datos sobre clasificaciones y ámbitos de los poderes en el derecho romano y medieval y sobre posición del Código francés en la cuestión de los poderes especiales en el tomo del mandato de los comentarios al Código civil de MURCIUS SCAEVOLA, especialmente en tomo 26, vol. I, págs. 690 y sigs., ver las exposiciones de TARRIBLE en su informe al Tribunalado y el discurso de BERTRAND DE GREUILLE al Cuerpo legislativo. La doctrina del Código civil francés fue recogida con ciertas variantes en los posteriores Códigos latinos.

(8) Ver la interesante recapitulación de Jurisprudencia sobre extensión de los poderes en BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. II, págs. 6 a 45.

(9) En el caso resuelto por la Resolución de 3 de noviembre de 1908, don Leoncio G. C. concedió poder a favor de su madre y hermanos para que «vendan a quien quisieren, por el precio y condiciones que a bien tengan, la parte o representación que les corresponde de una casa radicante en F. de N., y que adquirió por herencia de su padre, otorgando la oportuna escritura, para que en el caso de ser necesaria alguna diligencia previa a la realización de la venta por carecer el título de algún requisito que se exija de la referida participación practiquen los apoderados juntos o separados cuantas gestiones y diligencias se precisan, suscribiendo los documentos públicos o privados procedentes, incluso la práctica de información posesoria o de otra clase respecto de la expresada casa» La madre y hermana del heredero poderdante otorgaron escritura pública en la que inventarían los bienes dejados a su fallecimiento por su esposo y padre, figurando como único inmueble, con

para aceptar pura y simplemente una herencia igual que para repudiarla, debe ser especial y suele ser especialísimo (10). Un poder para vender no debe estimarse suficientemente para aceptar herencias, aunque el poder sea especialísimo para vender una finca que el poderdante sepa incluida en la herencia. El problema es otro, derivado de que las herencias puedan aceptarse expresa o tácitamente. La aceptación implícita o por falta concludentia, cuestión no tan alejada como parece de las discusiones doctrinales sobre los sistemas de adquisición de la herencia, nos conduce al problema de si el mero otorgamiento de un poder para vender todos o alguno de los bienes hereditarios implica aceptación de la herencia, implícita, pero reflejada en la escritura pública del poder y, por tanto, suficiente para tener trascendencia registral. En este caso, el apoderado no tiene que aceptar la herencia ni puede aceptarla, porque la había aceptado ya el heredero, si no antes, desde el otorgamiento del poder. La indiferencia de los Registradores por la cláusula específica de aceptación de la herencia en las particiones otorgadas por los herederos deriva del mismo juego de la aceptación implícita contenida en el artículo 999.

En realidad la doctrina de la Dirección es que tales poderes no se extienden por interpretación de voluntad tácita a la aceptación de la herencia, sino que llevan la aceptación tácita de la herencia en el otorgamiento mismo del poder (art. 999) aun antes de que actúe la aceptación presunta del artículo 1.000 en el momento de realizarse la venta. Nos queda entonces pendiente si la revocación del poder deja sin efecto el hecho concluyente demostrativo de la aceptación (11).

carácter ganancial, la casa objeto del poder y del recurso, adjudican a la primera los muebles y ajuar y a los dos hermanos G. C. *pro indiviso*, el inmueble que venden a continuación a don S. I.

El Registrador deniega la inscripción por ser el poder insuficiente para hacer la partición y para aceptar la herencia, ya que la venta se refiere a cosa que supone el mandante le ha sido adjudicada antes. El Notario alega: que no hay tal partición, porque la finca queda *pro indiviso*, y si, solamente, una liquidación de sociedad conyugal, por tener la finca carácter ganancial, como operación previa a la venta y de mera administración, dentro, por tanto, de las gestiones y diligencias que se precisen, previstas en el poder, y que la aceptación va implícitamente comprendida en la venta porque el poderdante se expresa como heredero, aceptante, de su padre; hace otras consideraciones para descartar la existencia de partición anterior y termina manteniendo que el defecto sería, en todo caso, subsanable por la aprobación por el poderdante de lo hecho.

La Dirección General considera que el poder, si bien autoriza para entender como aceptada la herencia paterna, conforme al artículo 1.000 1.º del Código civil, no confiere a los mandatarios facultades bastantes para realizar la liquidación de la Sociedad conyugal, la división de la masa hereditaria y las adjudicaciones consiguientes.

El Notario cita en su escrito de recurso la S. de 20 de mayo de 1899, y las Resoluciones de 16 de diciembre de 1876, 5 de octubre de 1880, 18 de enero de 1887; 25 de febrero de 1888, 15 de diciembre de 1901 y 27 de enero de 1906. Y el Registrador en su informe las Resoluciones de 18 de julio de 1879, 20 de noviembre de 1879, 5 de octubre de 1880, 8 de junio de 1885, 16 de diciembre de 1904 y la R. O. de 18 de junio de 1885.

(10) PUIG PEÑA llega a decir, aunque sin probarlo, que el artículo 1.280 del Código impone la escritura pública de mandato especial para que el apoderado acepte una herencia (*Tratado de Derecho Civil español* tomo V, «Sucesiones», volumen II, pág. 255).

(11) Para doctrina y Jurisprudencia sobre aceptaciones tácitas y presuntas de herencia, ver PUIG PEÑA, Obra y volumen citado, págs. 255 a 263; LACRUZ

b) *Cuestión distinta es el de la suficiencia del poder para realizar una liquidación de sociedad conyugal y la partición hereditaria. Tanto en el recurso de 1908, como en él, de ahora los recurrentes alegaban que no existía realmente partición de bienes, sino mera manifestación de herencia, como trámite previo de la venta y de la determinación de las participaciones indivisas que cada heredero vendía completamente coincidentes con sus participaciones hereditarias. En 1908 había liquidación conyugal y finca única; ahora había dos herencias conjuntas y dos fincas; pero en ambas con cierta benevolencia puede darse la razón a los recurrentes en sus alegatos de no practicarse verdadera partición que implique acto de riguroso dominio, específicamente independiente y separable de la enajenación de los bienes hereditarios. No obstante la doctrina de la Dirección fue y es en este punto rigurosa. Acaso excesivamente forzada por la distinción entre derecho hereditario in abstracto y derecho hereditario in concreto, parece ver un acto de riguroso dominio en todo lo que transforme el primero en el segundo por muy difícil que resulte al profano distinguir ambos, habida cuenta de la simplicidad del caso concreto.*

c) *Con relación a las facultades para constituir la casa en régimen de propiedad horizontal observamos que el Registrador no especifica ni en la nota ni en el informe la insuficiencia del poder para ello. La Dirección, en cambio, considera que ésta es una de las operaciones llevadas a cabo sin que resulten dentro de los términos del poder otorgado, y parece sentar incidentalmente la doctrina de que la constitución en régimen de propiedad horizontal es acto de riguroso dominio que exige mandato expreso. Sin que tengamos que oponer nada a esta doctrina, opinamos que no debe dársele un valor absoluto. Un poder para vender una casa que el poderdante sabe que está dada en arrendamiento a los diversos inquilinos de cada piso es dudoso que no incluya por interpretación lógica la venta por pisos a los inquilinos, previa la operación de constitución en régimen de propiedad horizontal. La doctrina según la cual un poder para vender una finca es insuficiente para venderla por parcelas, en mi opinión, sólo es plenamente aceptable en tanto no se venden la totalidad de las parcelas. Hasta entonces, el apoderado se está saliendo del ámbito del poder; pero vendida la última parcela, o vendidas todas, simultáneamente, el mandato de venta sin limitación de persona, precio o condiciones resulta cumplido en sus propios términos y probablemente en la forma más beneficiosa para el mandante a que se refiere el artículo 1.715 del Código civil. La parcelación para la que, aisladamente contemplada, carecía el apoderado de facultades, pasa a ser operación previa y accesorio de la venta y en esta subsumida. Igual cabe pensar con la división en pisos, cuando la legislación de arrendamientos urbanos, tanto se preocupa de que los inquilinos sean compradores preferentes de los pisos (12).*

ALBADALEJO: *Derecho de sucesiones*, parte general, páginas 285 a 294, y notas de ROCA SASTRE al Derecho de sucesiones de ENNECCERUS-KIPP, vol. I, páginas 306 y sigs.

(12) Una Resolución de 28 de julio de 1928 entendió que un poder para vender no autorizaba más que la venta de toda la finca sin que sea suficiente para segregar una parcela y enajenarla. Criterio contrario encontramos en una Resolución posterior de 19 de diciembre de 1942, aunque nos deja en la duda de si se consideró suficiente para las segregaciones y venta porque el poder se había dado para vender con las condiciones que estimase convenientes el mandatario obligándose el mandante a respetar los «incidentes y anexos» que hiciese. Puede verse también la Resolución de 23 de febrero de 1929, aunque con escaso resultado.

B) Variaciones en las descripciones y obras nuevas encubiertas. Prescindiendo aquí de los términos en que el Registrador y el Notario recurrente, en ciertos momentos bordeando lo cómico, plantean sus discusiones sobre si "dos pisos, desván y entresuelo" pueden convertirse o no en "planta de sótano, piso entresuelo, piso primero y piso segundo con buhardilla encima este último", nos vamos a limitar a hacer unas breves consideraciones sobre las facultades de calificación en materia de variaciones de descripción en las fincas urbanas.

Las variaciones en la descripción de las fincas urbanas ocasionan a los Registradores perplejidades similares a las rústicas en cuanto se trata de cabida y linderos, planteando la duda fundamental de la identificación o de la posible inclusión de terreno no perteneciente a la finca. Pero las variaciones en las urbanas originan dificultades específicas en razón al número de policía y a los detalles descriptivos de la edificación. Limitándonos a estos últimos podemos observar que los reparos del Registrador ante variaciones descriptivas derivan muchas veces de motivaciones de tipo fiscal, por cuanto tales variaciones pueden encubrir una obra nueva no declarada (13), pero en ciertas ocasiones, como en el caso del recurso, el temor de la obra nueva encubierta origina, además de preocupaciones relacionadas con el fraude fiscal, otras directamente referidas a relaciones jurídicas inmobiliarias sobre la nueva obra que afectan a la titularidad de la finca misma. En estas circunstancias, el Registrador hará bien en extremar su celo para evitar que el encubrimiento de derribos y nuevas construcciones pueda originar perjuicios a derechos de terceros. Lo que resulta imposible es marcar orientación ninguna ni criterios generales para conducir ese celo. Una descripción sintética de un edificio (superficie de solar y linderos) puede transformarse en una descripción detallada y analítica (números de plantas, superficie edificada y útil de cada planta y del total, número y clase de cada habitación, etc.). Sin que el edificio haya tenido la más mínima alteración física.

En cambio, un edificio puede derribarse totalmente y levantar otro de similar textura de manera que la primitiva descripción (aunque fuese detallada), sirva para el nuevo.

Al parecer, el asiento vigente no recogió algo de la escritura de 1917, que hacía desaparecer la divergencia con la descripción de la escritura presentada. La Dirección General dice con razón que no presentada aquélla en tiempo y forma no pudo ser tenida en cuenta en la calificación ni puede ser examinada en el recurso (14).

C) Menos interés ofrecen los defectos de la nota relativos a los linderos y la determinación de la superficie en el sistema métrico.

a) El Reglamento hipotecario exige que los linderos de las fincas urbanas se fijen por izquierda, derecha y fondo, y no por los cuatro

(13) Esos reparos parecen estar justificados aún hoy después de haber emigrado el contrato de obra al Impuesto de tráfico de las Empresas. No obstante, no resulta tan claro como antes este celo, pues la sujeción de la obra nueva encubierta al Impuesto de actos jurídicos documentados no deja de ser algo discutible.

(14) Pero aunque el criterio de la Dirección es el tradicional e irreprochable, y aunque el defecto resulte confirmado, conviene tener en cuenta que siendo culpa del Registro al practicar la inscripción de la escritura de 1917, no recoger bien la descripción entonces hecha, tenemos que reconocer que esta baza se la lleva el Notario. Queda además demostrado que debió faltar toda gestión amistosa encaminada a evitar el recurso o reducir su ámbito porque en ella se hubiese despejado fácilmente el error del Registro y los recelos del Registrador.

puntos cardinales. Los índices correspondientes están conformados para esta exigencia. Pero no hay que perder de vista que la norma reglamentaria razonable y lógica tratándose de la finca urbana típica y tradicional, o sea, la casa con salida y fachada principales a calle o plaza y rodeada de otras semejantes para componer la manzana, no resulta fácil de cumplir en morfologías urbanísticas distintas en las que desaparecen las determinaciones de frente, fachada principal, testero, espalda o fondo y en las que los linderos por los cuatro puntos cardinales resultan más apropiados e incluso los únicos posibles, en ciertos casos. La Ley de Propiedad horizontal no entró en el detalle de la forma de señalar los linderos de los pisos y la norma del Reglamento hipotecario relativa a las fincas urbanas parece que debe tenerse en cuenta sin perjuicio de la prevalente norma de que la forma de detallar los linderos debe conseguir la mayor determinación posible del piso debiendo fijarse aquéllos buscando la mayor claridad.

b) En relación con la medida superficial cuando se habla de pies lineales o cuadrados debe reglamentariamente hacerse la equivalencia en metros porque la superficie en el sistema métrico decimal es obligada. No obstante allí donde el Registrador llegue al convencimiento de que en una determinada ciudad o localidad se venía utilizando el pie con criterio uniforme y exacto para las mediciones de las fincas urbanas no es conveniente rasgarse las vestiduras porque en algún título ocasionalmente falte la traducción de los pies a los metros. La carencia de expresión de la superficie del edificio en metros cuadrados constando en las plantas, siendo iguales las superficies en pies y correcta equivalencia es un defecto menudo. Pero en el caso, toda la cuestión de superficies era complicada.

D) Unidad del elemento piso o local. No queremos entrar aquí en el problema de si una división en propiedad horizontal debe formar necesariamente tantas unidades independientes como su estructura arquitectónica de uso permita. La cuestión ya ha originado dudas y motivado recursos. En nuestro caso, la cuestión se presentaba sencilla. La planta de sótano parecía permitir el establecimiento de dos locales de negocio distintos, no obstante su pequeña superficie (54,90 m.²); pero al venderse como unidad se la da número único (1.º), porcentaje único (el 25 por 100) y descripción unitaria; pero se dice que consta de dos locales unidos, y que el porcentaje que se le asigna (el 25 por 100), es mitad para cada local. El Registrador que estaba dispuesto a no pasar por movimiento mal hecho, ve en estas frases, insinuado de mala manera, que hay dos locales, cada uno con su 12,50 por 100 de porcentaje y defectuosa o, al menos, equivoca la escritura. La cosa tenía fácil solución admitiendo que las palabras "mitad (del porcentaje) para cada local" carecía de trascendencia real. Pero ninguna de las partes debía de estar propensa a admitir nada, y por otra parte, aunque recayendo en pleito de mínima cuantía esta cuestión de la vinculación real para posteriores divisiones de pisos no deja de ser interesante dentro de la propiedad horizontal.

E) Se apunta también en el recurso el problema de las casas con plantas o habitaciones de otra implicadas, o superpuestas. Registrador y Notario tocan con igual repugnancia la discutida cláusula H. Creemos que la casa de las Tahonas, número 3, está conteniendo bajo ella un trozo de la planta baja (o de sótano) de la número 1 de la misma calle. La sinceridad de manifestar esta circunstancia que antes no se tuvo en ninguna de las dos casas dio origen a otra estéril discusión, porque ésta es otra de las cuestiones que tienen solución imposible. En rigor, los linderos en vuelo de los edificios no pueden salir de los planos

verticales levantados sobre las líneas de los linderos de su solar. En rigor, toda finca urbana debe poder derribarse sin afectar para nada a las fincas colindantes. Todo lo que no sea esto debe implicar servidumbre, o superficie o propiedad horizontal del conjunto de las casas. Pero ¿puede ser el Registrador muy exigente en este punto tratándose de pequeñas casas rurales que se apoyan unas en otras e incluso se incrustan unas en otras por habitaciones, cuando en las grandes ciudades, los nuevos estilos de construcción por bloques, crean continuamente casas jurídicamente independientes, que arquitectónicamente carecen de tal independencia por ser de imposible derribo separado?

T. C. G.

REGISTRO MERCANTIL

2. SOCIEDAD ANÓNIMA. LUGAR DE CELEBRACIÓN DE LA JUNTA: EL ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, EXIGE QUE LA MISMA SE CELEBRE EN LA LOCALIDAD DONDE LA SOCIEDAD TENGA SU DOMICILIO, SIN QUE NECESARIAMENTE HAYA DE SER LA REUNIÓN EN ESTE ÚLTIMO SITIO, Y SIN QUE POR ELLO EL INTERÉS DEL ACCIONISTA RESULTE LESIONADO SI, EN EFECTO, HA TENIDO EN TIEMPO OPORTUNO CONOCIMIENTO DE ESTA CIRCUNSTANCIA.

ORDEN DEL DÍA: LA EXPRESIÓN DEL ORDEN DEL DÍA CON TODOS LOS ASUNTOS QUE HAN DE TRATARSE, MENCIÓN EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 53 DE LA LEY, NO SE VULNERA AL HACERSE CONSTAR EN AQUEL QUE UNA DE LAS FINALIDADES DE LA JUNTA ERA LA RENOVACIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, YA QUE ES PRESUPUESTO LÓGICO Y NECESARIO PARA QUE ESTO SEA POSIBLE LA SEPARACIÓN O REVOCACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DE TODOS O ALGUNOS DE LOS ACTUALES.

Resolución de 21 de febrero de 1970 ("B. O." de 4 de marzo)

A) *Antecedentes de hecho.*—Por un número de accionistas poseedores de cuatrocientas veinte acciones de las mil que tiene la Sociedad "Amigos de Carboneras, S. A.", domiciliada en la Villa de Carboneras, se solicitó del Juzgado de Primera Instancia de Vera la convocatoria de Junta general extraordinaria de dicha Sociedad, conforme al siguiente orden del día: «A) Renovación del Consejo de Administración de modo total en cuanto legalmente sea posible, y B) Constatación del estado real económico de la Sociedad y nuevas directrices en cuanto a la administración y gestión de la Sociedad concierne, así como revisión de los poderes o atribuciones concedidos al Administrador en su caso". El Juzgado por resolución de 13 de agosto de 1969. tuvo por so-

licitada la convocatoria de la Junta general extraordinaria aludida, señalando para que tuviera lugar el día 11 de septiembre de 1969, a las once horas, en primera convocatoria, y en segunda a la misma hora del día siguiente, 12, para el caso de no existir *quorum* bastante en la primera, y designando para presidirla al Letrado don Antonio Jurado Jiménez. A las doce treinta del citado día 12 de septiembre se celebró en los locales del Juzgado de Paz de Carboneras la referida Junta General, y que dicha Junta General, con asistencia de cuatro socios poseedores de seiscientos setenta acciones de mil pesetas, siendo mil el total de ellas, y un millón de pesetas el capital social, acordó, respecto al punto A) del orden del día, nombrar Consejeros a los siguientes señores: Don Alfred Ange Auguste Tomais (como Presidente), don Antonio Fernández Vicente (como Secretario), don Pedro Martínez Guijarro, don Edgar Pillet y don Marcel Antoine Raphael Guy, quienes aceptaron en el mismo acto sus respectivos cargos, excepto el señor Martínez Guijarro, que no había asistido a la Junta.

Presentada en el Registro Mercantil certificación legitimada notarialmente del acta de la reseñada Junta General extraordinaria, fue calificada con la siguiente nota: "No admitida la inscripción de la precedente certificación que fue reintegrada a esta Oficina el día 25 de septiembre último, acompañada del 'Boletín Oficial del Estado', número 201, y una certificación expedida por don Pedro Mulero Navarro, Secretario del Juzgado de Primera Instancia del Juzgado de Vera, fecha 16 de septiembre último, por los defectos insubsanables siguientes:

1. No constar en la convocatoria de la Junta el lugar de celebración de ella, ya que no se ha efectuado en el domicilio social ni se trata de Junta universal (artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas y Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1967).

2. No consignarse tampoco en dicha convocatoria, como asunto a tratar, el de la separación de los administradores de la sociedad, lo que resulta obligado, pues sin previa separación no puede verificarse la renovación total del Consejo de Administración (artículos 53, 73 y 75 de la Ley de Sociedades Anónimas).

3. No establecerse en la referida Junta, sin constar en los Estatutos, la forma de renovación parcial del Consejo de Administración nombrado por tratarse de renovación total del mismo (artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Se observan, además los siguientes subsanables:

1. No acreditarse el requerimiento notarial previo a los administradores para la convocatoria de la Junta que requiere el artículo 11 de los Estatutos sociales.

2. No justificarse con la certificación legitimada correspondiente, que se haya vertido referida acta de la Junta al Libro de Actas de Juntas generales de la Sociedad que exista a el respectivo habilitado al efecto (artículo 33 del Código de Comercio y artículos 107 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil), y

3. En cuanto al nombramiento del Consejero señor Martínez Guijarro, la falta de documento acreditativo de su aceptación, conforme al artículo 108 del citado Reglamento.

La naturaleza insubsanable de los tres defectos primeramente expresados no permite anotación preventiva".

Interpuesto recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación; el Registrador dictó acuerdo manteniéndola, y la Dirección General acuerda revocar los tres defectos insubsanables y el segundo subsanable, de la nota del Registrador, en virtud de la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 48 a 58, 63, 73 y 75 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; 44 a 68 del Reglamento del Registro Mercantil; la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1967 y la Resolución de 26 de febrero de 1953.

Considerando que en cuanto al primer defecto de la nota, es necesario resaltar la trascendencia que la convocatoria y lugar de celebración de las Juntas tiene, porque, como parece elemental y obvio, sólo su conocimiento previo y con exactitud permitirá al accionista asistir a la misma con la posibilidad de intervenir en los debates y discusiones planteados, exponer su criterio y, en definitiva, ejercitar el derecho de voto, que en su caso sancionará los acuerdos que se adopten y han de regir la vida social;

Considerando que en consonancia con lo anterior, el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas establece la necesidad ineludible de fijar en el anuncio de la convocatoria la fecha en que se reunirá la Junta, y por otra parte, el artículo 63 exige que la misma se celebre "en la localidad donde la Sociedad tenga su domicilio", sin que necesariamente haya de ser la reunión en este último sitio, pues en ocasiones podría parecer conveniente hacerlo en otro lugar más cómodo, sin que por ello el interés del accionista resulte lesionado si, en efecto, ha tenido en tiempo oportuno conocimiento de esta circunstancia;

Considerando que al no contener la Ley de Sociedades Anónimas ninguna prevención acerca de la obligatoriedad de hacer constar en el anuncio de la convocatoria el lugar, siempre dentro de la localidad del domicilio social, donde ha de reunirse la Junta, y aunque casi siempre los propios Estatutos, con debido acatamiento a la norma del artículo 63 establezcan la forma en que los administradores darán cumplimiento a esta circunstancia, no cabe duda que, en la mayoría de los casos, la falta de publicidad o de consignación en la convocatoria de local distinto al del domicilio social donde la Junta ha de celebrarse, implica, en principio, una falta de conocimiento en el accionista, que puede motivar su no asistencia a la Junta, una lesión a sus derechos como socio y, por tanto, la posibilidad de impugnar los acuerdos que, en su caso, hubieran podido adoptarse;

Considerando que, ello no obstante, hay supuesto en que, en Sociedades anónimas de escaso número de socios, la celebración de la Junta en lugar distinto del domicilio social, sin haberlo indicado previamente en la convocatoria puede, por las especiales circunstancias que lo motivan, no implicar por parte de los socios un desconocimiento del lugar de la reunión—aparte, claro es, del caso de Junta universal—, y que amparar entonces una falta de asistencia—máxime cuando, como se ha visto, no se trata de un requisito esencial de la convocatoria—que ha tenido su origen, no en tal desconocimiento, sino en una positiva y cierta voluntad de impedir la celebración de la Junta, supondría autorizar y convalidar una conducta dirigida a paralizar la actuación de los órganos sociales, con los obligados perjuicios para la Sociedad, así como a los propios accionistas, que se encontrarían desprovistos de la facultad de censurar la gestión de los Administradores;

Considerando que, en efecto, en el presente supuesto de Sociedad anónima *cuasi* familiar se advierte una decidida actitud contraria a la celebración de la Junta general, por parte del Presidente y Secretario del Consejo de Administración, frente a la mayor parte de los socios, según se deduce de la certificación del acta de la Junta, calificada, ya que al haberse tenido que convocar por el Juez de Primera Instancia, conforme al artículo 57, se impide, con la conducta adoptada de cerrar las oficinas de la Empresa, que pueda celebrarse en el propio local del domicilio social, por lo que hubo de reunirse en el Juzgado de Paz de

la misma Villa de Carboneras, lugar de aquel domicilio social, con una asistencia de cuatro representantes del 67 por 100 del capital, quedando fuera los mencionados Presidente y Secretario, circunstancias extraordinarias que abonan no tomar en consideración el defecto, dado que el escaso número de edificios de la localidad y su misma cercanía permitían enterarse fácilmente dónde iba a celebrarse la Junta, que la designación del sitio exacto de celebración dentro de la localidad donde la Sociedad está domiciliada no es mención expresamente exigida por las leyes vigentes y, por último, que no puede darse por legítima—ni digna de protección por vía interpretativa, cumplidos todos los trámites legales de convocatoria—una conducta que tiende a desconocer y dejar sin efecto lo ordenado por la Autoridad judicial, y de la que, caso de derivarse daño o perjuicio, siempre serían responsables sus mismos autores;

Considerando en cuanto al segundo defecto de la nota, que si la expresión del orden del día con todos los asuntos que han de tratarse, es otra de las menciones que exige el artículo 53 se haga en el anuncio de la convocatoria, a fin de que el accionista conozca con anticipación las materias a discutir, y no pueda entrarse en el examen de aquéllas que de una manera clara no han figurado en el expresado orden del día, en el caso cuestionado, no se ha vulnerado el mencionado precepto legal, al hacerse constar en aquél que una de las finalidades de la Junta era la renovación del Consejo de Administración, ya que es presupuesto lógico y necesario para que esto sea posible la separación o revocación del nombramiento de todos o alguno de los actuales;

Considerando en cuanto al tercer defecto, que el artículo 73 se refiere a la “renovación” parcial del Consejo de Administración en circunstancias que pudieran entenderse como normales, mientras que el artículo 75, al establecer la posibilidad de “separación” de los Administradores “en cualquier momento”, concede una facultad sancionadora o defensiva a la Junta general y está redactado para situaciones extraordinarias o anormales, por lo que no hay ninguna incompatibilidad entre el contenido de los dos preceptos, y permite que la Junta pueda proceder a la destitución de uno o varios Administradores, sin tener que someterse a aquélla norma de renovación parcial, facultad omnímoda de la Junta que tiene un claro fundamento en el principio de libre revocabilidad de los Administradores, sancionado en todas las legislaciones;

Considerando, en cuanto a los defectos subsanables y pese a que el funcionario calificador no entra en su examen, por entender que no se ha recurrido respecto de ellos, no parece deducirse esto del escrito interpuesto, en donde no sólo se solicita por el recurrente la revocación de la totalidad de la nota, sino que igualmente se intenta justificar que ello tenga lugar tras exponer los pertinentes argumentos en defensa de su posición, si bien en cuanto al tercero de los defectos reconoce que procede lo exigido por el Registrador—aceptación del Administrador—, aunque esta circunstancia sea ajena a la Sociedad, y la existencia del defecto impedirá, tan sólo, la inscripción de este nombramiento, de Administrador, pero no de los restantes;

Considerando, pues, en cuanto al primero de los defectos subsanables, que según el artículo 54 del Reglamento del Registro Mercantil sólo podrán ser discutidas en el recurso las cuestiones basadas en los documentos presentados en tiempo y forma, sin que baste—como en este caso—el ofrecimiento de presentación del testimonio de las actuaciones judiciales, pues al no tenerlo a la vista el Registrador, le han faltado los elementos de juicio necesarios para la debida calificación;

Considerando, por último, en cuanto al segundo de los defectos sub-

sanables, que dadas las circunstancias especiales de oposición a que se celebrase la Junta, por parte de algún Administrador, que motivó tuviera lugar fuera del domicilio social, es natural que el acta de la Junta no se transcribiera en el libro correspondiente, que no pudo encontrarse ni se entregó con posterioridad por el Secretario, pese a haber sido requerido para ello, pero las medidas de garantía y seguridad adoptadas por el Presidente de la Junta—persona que actuaba como Delegado de la Autoridad judicial—permiten entender cumplidos los requisitos legales, dado que la certificación presentada es copia de la que se encuentra archivada en el propio Juzgado y constituye reflejo auténtico de lo ocurrido en la sesión y de los acuerdos adoptados.

C) *Comentario.*—El presente recurso plantea el problema de la determinación del criterio que habrá de aplicarse a un supuesto no contemplado en la Ley de Sociedades Anónimas: si es o no necesario especificar en la convocatoria de la Junta General de la Sociedad el lugar de celebración de ésta, cuando tal exigencia no se derive de los respectivos Estatutos. Las consecuencias prácticas de esta laguna legal son importantes, si se tiene en cuenta que con tal omisión puede llegarse a burlar el soberano derecho de los accionistas de concurrir a las Juntas y participar en ellas, por desconocimiento del lugar en que habrán de celebrarse.

La doctrina se ha esforzado en llenar este vacío de la Ley, pero lo cierto es que sus avances no se han plasmado en un criterio uniforme. En síntesis pueden señalarse dos posiciones extremas: La que estima indispensable la especificación del lugar de reunión en la convocatoria para que ésta pueda considerarse bien hecha—criterio objetivo—; y la que considera suficiente que el accionista haya tenido en tiempo oportuno conocimiento de tal circunstancia—criterio subjetivo—.

La legalidad vigente está representada por los artículos 53 y 63 de la Ley de Sociedades Anónimas, que exigen respectivamente, "la expresión de la fecha de celebración de la Junta", y "que ésta se celebre en la localidad donde la Sociedad tenga su domicilio"—norma inderogable por aplicación de lo dispuesto en el artículo 5 de la propia Ley—, pero deja sin solucionar la cuestión antes apuntada de si deben o no indicarse en la convocatoria, con toda precisión, el lugar y el local material de la reunión, con las especificaciones necesarias para su determinación, ni tampoco aclara la cuestión accesoria de si por no señalarse ningún lugar de reunión habrá de entenderse que éste es el propio del domicilio social, o la de si por haberse convocado judicialmente la Junta el local de reunión adecuado será el del propio Juzgado.

La Dirección General en los Considerandos de la resolución que se comenta se muestra partidaria del criterio subjetivo, pues si bien parte de la trascendencia que la convocatoria y el lugar de celebración de las Juntas tiene, y de que la falta de publicidad o de consignación de aquél en la convocatoria puede motivar una lesión en los derechos del socio justificando la posibilidad de impugnación de los acuerdos adoptados, se evade de esta rigidez cuando por tratarse de sociedades anónimas "cuasi" familiares o por mediar en la convocatoria especiales circunstancias, no se impida por parte de los socios el conocimiento del lugar de reunión.

Para JOAQUÍN GARRIGUES y R. URÍA (1), aunque la Ley no haga referencia al lugar de celebración de la Junta como mención necesaria

(1) *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* tomo I. pág. 529, Madrid. 1952.

de la convocatoria, no por ello puede omitirse esta mención, imprescindible para que el accionista pueda acudir a la asamblea. No basta saber que el artículo 53 de la Ley ordena la celebración de las Juntas en la localidad donde la Sociedad tenga su domicilio; con esto no tiene suficiente el accionista, ya que la Junta, aún reuniéndose en la localidad en que esté domiciliada la Sociedad, puede hacerlo en local distinto del domicilio social. Lo correcto será mencionar la localidad, calle y número del inmueble en que la Junta habrá de celebrarse.

Ambas dispares posiciones nos muestran que efectivamente la Ley ha dejado una laguna (2) sin resolver, y, en consecuencia, hubiere sido preferible para esclarecer la materia que la propia Ley se hubiere limitado a imponer que las Juntas hubieren de celebrarse necesariamente en el domicilio social, a no ser que en la convocatoria se especificare un lugar material distinto de aquél, dentro de la propia localidad.

E. F. C.

3. SOCIEDAD ANÓNIMA.—COMIENZO DE LAS OPERACIONES SOCIALES: EL COMIENZO DE LAS OPERACIONES ANTES DE LA INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL, NO ES CONTRARIO A LOS TEXTOS LEGALES Y ALCANZA PLENA EFICACIA SI EL PROCESO CONSTITUTIVO LLEGA A FELIZ TÉRMINO Y LA SOCIEDAD RATIFICA TALES OPERACIONES EN TÉRMINO HÁBIL.

Resolución de 24 de febrero de 1970 ("B. O." de 21 de marzo).

A) *Antecedentes de hecho*.—Por escritura autorizada en Barcelona el 8 de noviembre de 1963, se constituyó la Sociedad Anónima "Simbar", en la que el artículo tercero de los Estatutos decía así: "La duración será indefinida, y ha dado comienzo a sus operaciones el día 1 de julio del año en curso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo séptimo de la Ley de Sociedades Anónimas".

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: "Denegada la inscripción del precedente documento, por cuanto el artículo tercero de los Estatutos de 'Simbar, S. A.', señala una fecha anterior a la constitución y a la inscripción para el comienzo de las operaciones de la Sociedad, y por lo que se refiere a las operaciones de giro y tráfico contenidas dentro del objeto social, no se ajusta a lo dispuesto en la letra d) del apartado tercero del artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que sea de aplicación el artículo séptimo de la citada Ley, que hace referencia a contratos previos y limitados. No procede anotación preventiva de suspensión".

Interpuesto por el Notario autorizante del documento, a efectos exclusivamente doctrinales, recurso de reforma y subsidiariamente guber-

(2) La vigente Ley de Sociedades Anónimas no ha querido seguir el anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos, que señalaba que la Junta habría de celebrarse en el domicilio social, y ello por la razón de evitar la interpretación de que las Juntas hubiesen de celebrarse necesariamente en este último.

nativo contra la anterior calificación, el Registrador Mercantil dictó acuerdo manteniéndola, y la Dirección General acuerda revocar la nota del Registrador, en virtud de la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 6, 7, 11 y 76 de la Ley de 17 de julio de 1951, y 102 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956.

Considerando que en este expediente se plantea la cuestión de si es inscribible en el Registro Mercantil una Sociedad Anónima que, con arreglo a lo establecido en el artículo tercero de los Estatutos sociales, dio comienzo a sus operaciones en fecha anterior al otorgamiento de la escritura de constitución, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo séptimo de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951;

Considerando que el artículo 11, 3.º, d) de la Ley de Sociedades Anónimas exige que en la escritura de constitución de una Sociedad se exprese "la fecha en que dará comienzo a sus operaciones", en tanto que idéntico apartado del artículo 102 del Reglamento Mercantil exige la inscripción de "la fecha de comienzo de las operaciones", precepto que tiene su antecedente en el número sexto del artículo 122 del Reglamento del Registro Mercantil de 1919, si bien éste permitía que pudiera hacerse constar la fecha "en que se hayan comenzado las operaciones";

Considerando que, en principio, parece que las operaciones de una Sociedad Anónima deben comenzar cuando su proceso constitutivo esté terminado por haberse otorgado la correspondiente escritura pública, habiéndose inscrito ésta, además en el Registro Mercantil—artículo sexto de la Ley de Sociedades Anónimas—, si bien es práctica habitual el consignar en las escrituras constitutivas que la Sociedad da comienzo a sus operaciones en el día del otorgamiento de aquéllas;

Considerando que la misma Ley, en su artículo séptimo, ha previsto la posibilidad de la existencia de actos o contratos concluidos en nombre de la Sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, dando validez en todo caso, a los actos de los Gestores, "necesarios para la constitución de la Sociedad", subordinando en cambio la de los restantes contratos al doble requisito de la inscripción de aquélla y de la aceptación de tales contratos por la Sociedad, en plazo de tres meses;

Considerando que del examen de los preceptos citados se deduce que el comienzo de las operaciones sociales goza de plena protección y eficacia si se realiza con posterioridad a la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, pero que un comienzo anticipado de las mismas no es contrario a los textos legales y alcanza plena eficacia si el proceso constitutivo llega a feliz término y la Sociedad ratifica tales operaciones en término hábil, razones que son suficientes para considerar ajustado a derecho el citado artículo estatutario, que no hace sino recoger el dato de la fecha efectiva del comienzo de las operaciones sociales, pero subordinando su eficacia al cumplimiento de los requisitos que fija el artículo séptimo de la Ley.

C) *Comentario.*—El 'problema planteado consiste en resolver si la fecha en que una Sociedad da comienzo a sus operaciones, habrá de fijarse en "presente"—a partir del otorgamiento de la escritura de constitución—; en "futuro"—a contar de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil—, o puede también referirse al "pasado", es decir, antes de que se produzca el otorgamiento de la escritura y su consiguiente inscripción en el referido Registro.

La legalidad vigente en nuestro Derecho somete a la Sociedad Anónima al requisito de la inscripción constitutiva—artículo 6 L. S. A.—, de donde se desprende que mientras dicha Sociedad no tenga acceso al Registro, no puede jurídicamente realizar operaciones como tal, ya que carece de personalidad jurídica, con todas las consecuencias que esto entraña. De ahí, que, en principio, la Sociedad sólo pueda de por sí acometer operaciones a partir de la fecha de su inscripción. Este criterio se reitera por el artículo 11.3 de la Ley cuando exige que en la escritura de constitución social se expresa "la fecha en que dará comienzo a sus operaciones", redacción que indudablemente se refiere al futuro.

No obstante, para paliar los inconvenientes derivados de la falta de personalidad jurídica de la Sociedad, la propia Ley—artículo 7—diferencia dos supuestos previos a la inscripción de la Sociedad Anónima en el Registro Mercantil:

1. La realización por los gestores, antes de la inscripción, de los actos necesarios para la constitución de la Sociedad.
2. La validez de los contratos concluidos en nombre de la Sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil.

Dentro de este segundo supuesto, que es el que nos interesa, será preciso diferenciar:

a) Los contratos concluidos después de otorgada la escritura de constitución de la Sociedad y antes de la inscripción en el Registro Mercantil. En este caso, si bien la Sociedad Anónima todavía no ha adquirido personalidad jurídica, si tiene una indudable entidad contractual, ya que, según afirma JOAQUÍN RODRÍGUEZ (1), el defecto de las formas legales no produce la inexistencia de la Sociedad cuando ésta se deriva de un contrato dotado de todos los requisitos esenciales; la Sociedad, no obstante aquel defecto, existe como contrato. No se podrá hablar formalmente de Sociedad Anónima, pero sí de contrato de sociedad.

b) Los contratos concluidos antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la Sociedad, como ocurre en el supuesto debatido. Jurídicamente no puede hablarse en este caso la de existencia de una Sociedad, sino, a lo sumo, de una apariencia de Sociedad en fase de gestación, de una "presociedad" en terminología alemana que plantea la dificultad de que los fundadores actúan por cuenta de un tercero inexistente, por lo que propiamente no puede emplearse el término de representación. A juicio de GARRIGUES (2), el tratamiento legal de las actividades contractuales de los fundadores ofrece una gran semejanza con el supuesto de la gestión de negocios ajenos, en cuyo caso, y por aplicación del artículo 1.892 del Código civil habrá de admitirse la plena validez de los contratos concertados por los fundadores a nombre de la Sociedad, siempre que se acepten y ratifiquen por ésta dentro del plazo previsto en la Ley.

Ahora bien, una cosa es la admisión de la plena validez y eficacia de los contratos concluidos en nombre de la Sociedad siempre que se acepten y ratifiquen por ésta, una vez constituida, y otra, el que esto nos sirva para afirmar que la Sociedad ha comenzado sus operaciones en fecha

(1) JOAQUÍN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ: *Tratado de Sociedades Mercantiles*, México, 1959, tomo I, pág. 251.

(2) J. GARRIGUES y R. URÍA: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, Madrid, 1953, pág. 176.

anterior a su constitución; ello equivaldría a suponer que el "nasciturus" ha nacido antes de haber sido engendrado. En resumen, la Sociedad inicia sus operaciones a partir de su plena constitución y, entre éstas operaciones está el aceptar y ratificar contratos celebrados en su nombre, pero sin que tal ratificación equivalga a afirmar que la Sociedad haya comenzado a girar antes de estar constituida. Quizá el trasfondo del problema se centre en una cuestión puramente fiscal.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
ELÍAS IZQUIERDO MONTORO,
y JOSÉ CERDÁ GIMENO.

I. PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES EN RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PROPIEDAD HORIZONTAL. Los estatutos o reglas de constitución de la propiedad horizontal no perjudican a tercero si no han sido inscritos en el Registro de la Propiedad. Los que adquirieron en documentos privados anteriores a la escritura que contiene los estatutos no pueden ser perjudicados por éstos. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1970).

La sociedad «Peipasa» convino con don Jesús, que éste construiría una casa sobre solar de aquélla. Los bajos y una planta quedarían a favor de «Peipasa», y el resto de la finca a favor de don Jesús. Una vez todo terminado, «Peipasa» otorgaría la correspondiente titulación pública a favor de don Jesús o de quien éste indicara. Don Jesús otorgó documentos privados de promesa de venta a favor de diversas personas, sin condiciones especiales. Se terminó el edificio. Los destinatarios de esas promesas de venta ocuparon los pisos, fueron pagando, y cuando «Peipasa» les va a otorgar escritura pública de venta, se encuentran con que en ellas incluye cláusulas en las que se reserva facultades de unir locales, hacer obras en fachadas y elementos comunes, referentes a gastos de portería, luz, zaguán, etc.

Se planteó el litigio sobre la posibilidad o licitud de dichas cláusulas. Los compradores no las aceptaban. «Peipasa» no firmaba las escrituras si no las admitían.

«Peipasa» alega la escritura de constitución de Propiedad Horizontal y los estatutos. Los compradores sostienen que cuando don Jesús les vendió, les prometió la venta, nada se les indicó de esas reservas.

El Juzgado de 1.ª Instancia dictó Sentencia por la que, acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva en el demandado don Jesús Pitillas, declaró no haber lugar a entrar a resolver el fondo del asunto en lo que a él respecta; y en lo demás, accediendo en parte a la demanda, condenó a demandada «Peipasa» a otorgar la correspondiente escritura de compra-venta a favor de los actores de las viviendas que poseen en el inmueble sito en el número 130 de la calle de Miguel Servet de Zaragoza, sin más cláusulas especiales que las siguientes: Primera, que los dueños de los locales de la planta baja y planta primera alzada, podrán colocar en la parte de fachada que les corresponda, toda clase de anuncios, toldos, marquesinas y adornos, por su cuenta y cargo, siempre que no perjudiquen a los demás propietarios; y, segunda. Que tales dueños estarán exentos de contribuir a los gastos que originen los servicios de portal o zaguán, escalera propia de las viviendas y ascensor del referido inmueble, sin hacer especial imposición de las costas, por lo que se refiere a las causadas por los actores y demandada «Peipasa», condenando a aquéllos a satisfacer las derivadas del trámite de la contestación a la demanda del demandado señor Pitillas.

La Audiencia dictó sentencia en apelación, por la que revocando en parte la apelada, y dando lugar en parte a la demanda, condenó a la entidad demandada—«Peipasa»—, y a don Jesús Pitillas, a otorgar la correspondiente escritura pública a favor de los actores, de las viviendas tercera A, tercera G y primera A, que ya poseen del inmueble litigado sin más cláusulas que las siguientes: Primera, que los dueños de los locales de la planta baja y planta primera alzada, podrán colocar en la parte de la fachada que les corresponde toda clase de anuncios, toldos, marquesinas y adornos, por su cuenta y cargo siempre que no perjudiquen a los demás propietarios. Segunda, que tales dueños estarán exentos de contribuir a los gastos que originen los servicios de portal o zaguán, escalera propia de las viviendas y ascensor del referido inmueble; sin hacer expresa imposición de las costas de primera instancia ni de las de éste recurso.

Interpuesto Recurso de Casación, no prosperó.

Considerando: Que en este litigio se ejercita por los demandantes, una acción instando le sean otorgadas escrituras públicas de compraventa de los pisos que describen, ajustándose exclusivamente a los documentos privados por ellos suscritos, juntamente con el demandado señor Pitillas, oponiendo los hoy recurrentes que dichas escrituras han de ajustarse a las limitaciones consignadas en la escritura de Obra Nueva, que contiene el régimen de propiedad horizontal de la finca en que los pisos se encuentran; a lo que recayó sentencia que estima no lo fundamental, las pretensiones de los actores, contra la que se formula el presente recurso, cuyo segundo motivo, seguido por el cauce procesal del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, alega la interpretación errónea del párrafo tercero del artículo cinco de la Ley de la Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, y la violación en su aspecto negativo de falta de aplicación, del último párrafo del mismo artículo, al que debe oponerse que la Sentencia objeto del recurso sienta como elemento esencial de su resolución, que los demandantes, suscribieron los contratos con el demandado señor Pitillas, sin establecerse en ellos limitación alguna, y si bien conforme a las estipulaciones del documento privado de 29 de octubre de 1963, otorgado entre la demandada Sociedad Mercantil «Pellicer Industrial Planificadora, S. A.», «Peipasa», y el demandado señor Pitillas, juntamente con otra persona, se convino que en el edificio que estos últimos habían de

construir, se reservaban aquélla, los locales de la planta baja y la primera de las plantas, quedando el resto del edificio en propiedad de los constructores y obligándose la Sociedad a otorgar las escrituras de venta que procedan, a favor de éstos o de las personas que ellos designen, se contiene en una de sus estipulaciones que en el Estatuto de la comunidad, los dueños de los diferentes locales de la primera planta, podrían hacer en ellos toda clase de obras, aunque afecten a la fachada o cosas comunes, siempre que sean sin perjuicio de la estabilidad del inmueble, destinarlos a comercio o industria, comunicarlos entre sí, efectuar segregaciones y divisiones y asignarles la cuota de participación que crean conveniente así como elevar chimeneas por los patios de luces para aireación y salida de humos e instalación de toldos, marquesinas y demás, es lo cierto que el señor Pitillas, incumplió su deber de dar a conocer a los actores que con él celebraron los contratos que la Sentencia califica como promesa de venta, las referidas limitaciones entre ellos concertadas, razón por la cual no puede existir los vicios que acusa el recurso, el primero porque el juzgador de Instancias, no interpretó erróneamente el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que al establecer dicho precepto que el título constitutivo de la propiedad por pisos o locales, podrá contener reglas de constitución y ejercicio de derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley, en orden al uso o destino del edificio y sus diferentes pisos o locales formando un estatuto privativo, añade que éste no perjudica a tercero si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad, y es patente que al celebrarse los contratos entre los actores y el demandado señor Pitillas, en 1965, ignorando aquéllos, las limitaciones contenidas en el documento privado de 1963, y tener los demandantes el carácter de terceros civiles, no pueden afectarse las cláusulas referidas; todo ello sin perjuicio de las consecuencias que el posible incumplimiento de ellas por parte de los constructores pueda dar lugar a derechos de la referida sociedad; ni existe tampoco la infracción por falta de aplicación del último párrafo del artículo quinto del citado precepto legal en cuanto éste se refiere a modificación del título, observándose los mismos requisitos que para su constitución, ya que no se trata por los demandantes de modificar el Estatuto de la Propiedad horizontal, sino estrictamente de que le sean otorgadas las escrituras públicas en consonancia con los contratos por ellos celebrados con el demandado señor Pitillas sin las limitaciones que se trata de imponerles, razones que han de determinar la desestimación de este motivo.

Considerando: Que al subsistir el fundamento esencial de la Sentencia, suficiente por sí para mantener el fallo de la misma, han de parecer los motivos primero y tercero, seguidos por la misma vía procesal que el antes examinado, acusando en el primero la falta de aplicación de los artículos 1.714 y 1.728, en relación con el artículo 1.259, todo del Código civil, y en el último, la violación en su aspecto negativo, de los artículos 1.091, 1.258 del Código civil, en relación con la Sentencia de esta Sala que cita, y la aplicación indebida del artículo 1.255 del mismo texto legal, puesto que, como queda antes sentado, con anterioridad a la escritura pública que contiene los Estatutos de la comunidad y del poder conferido al señor Pitillas, los actores habían celebrado contratos de promesa de venta, en los términos que quedan expresados, esto es, sin condición limitativa alguna e ignorando los pactos contenidos en el documento privado otorgado en 1963, entre «Peipasa» y el demandado señor Pitillas, por lo que no puede resultar afectados en sus derechos por los documentos públicos posteriores a que dichos motivos se refieren.

Considerando: Que procede por las razones expuestas, desestimar el recurso, con las consecuencias que ordena el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento civil, más no siendo conforme de toda conformidad la Sentencia dictada en primera y segunda instancia, lo que hacía innecesario la constitución del depósito, procede la devolución del mismo al recurrente.

ACTOS MERAMENTE TOLERADOS. No puede darse ninguna clase de usucapión cuando no ha existido posesión en concepto de dueño. Opción del artículo 361 del C. c.. Artículo 38 de la L. H.: Puede pedirse la rectificación del Registro en ejecución de sentencia cuando no existen terceros y la cancelación es consecuencia necesaria del juicio (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1970)

Estimamos conveniente para el conocimiento de esta resolución exponer lo relatado no sólo en la demanda y contestación, sino en la réplica y dúplica.

La Diputación Provincial de Valencia demandó al Estado—Ministerio de Hacienda—representado por el Abogado del Estado, exponiendo, en síntesis:

1.º En 1409 quedó fundado el Hospital de la Folls. En 1482 se acordó convertirlo en Hospital General, y en 1512 le fueron agregados los otros hospitales particulares, muy numerosos en Valencia. Desde el primer momento fue objeto de la más solícita protección, que al correr de los tiempos se materializó en el amplio inmueble del Hospital cubriendo una superficie de 22.680 metros cuadrados, de los cuales se hallaban edificados al tiempo de su inscripción registral, 13.489. 2.º Según el título e inscripción, el inmueble lindaba por la izquierda saliendo, con «La Ermita de Santa Lucía» y la muralla que circuye a la ciudad, en el trozo comprendido desde la puerta de San Vicente hasta la de Cuarte. Tenía la finca su entrada por la calle del Hospital en el centro del inmueble, el Hospital propiamente dicho, en forma de cruz latina, con sus cuatro alas y su crucero, de cuya construcción todavía queda importante resto. 3.º En el año 1965 fueron derribadas las murallas de la ciudad y el Hospital cedió a vía pública la porción de terreno no edificado, sobre el que discurría la ronda anterior, y su propiedad quedó lindando con la calle de Guillén de Castro. Dentro del perímetro del inmueble del Hospital y adosado a su linde recayente a la calle de Guillén de Castro, quedó ubicada la Facultad de Medicina de Valencia, que se mantiene todavía en pie. 4.º En Valencia los estudios generales se erigen en Universidad en el año 1502, en su antiguo edificio de la calle de la Nava, se crean sus Cátedras, y entre ellas las de Medicina y Cirugía. Pero ni los Profesores podían explicar debidamente sus lecciones, ni los alumnos tomar experiencia si no disponían de enfermos, ni utilizar cadáveres para su disección y estudio de la anatomía humana, acudiendo por ello al Hospital, quien los recibió, puso todo a su disposición y no les regateó nada, y así, año tras año, salieron del edificio de la Universidad la totalidad de aquellas Cátedras las que formando la Facultad de Medicina, quedaron instalados dentro del Hospital General de Valencia. Con el transcurso de los años las Facultades de Medicina crecen, y ya no les bastan los enfermos y cadáveres del Hospital, quieren tenerlos propios y atendidos por los profesores. Que en Valencia todo terminó en 1960 cuando la Facultad de Medicina abandonó el Hospital Provincial y se trasladó a edificio propio. 5.º Que no fue la Facultad de Medicina la única que albergó el Hospital Pro-

vincial, sino otras muchas obras e instituciones tuvieron cabida. 6.º Según aparece en los documentos 9, 9 bis y 12, que contienen los escritos del Rector de la Universidad al Presidente de la Diputación, el informe del Director del Hospital el dicho Presidente y el acuerdo de la Diputación Provincial que dio término. Como ya se ha dicho, el Hospital comenzó autorizando a los profesores y alumnos para utilizar los enfermos y cadáveres con fines docentes; después les autorizó para usar locales del propio Hospital, pero como aún era insuficiente, el Rector—documento número 9—solicitó él a la Poniente del departamento de baños, en la que realizaría las obras necesarias y devolvería al Hospital la Cátedra número 3, la instalada en la planta baja y la sala del piso principal, obteniendo la Facultad en este cambio de locales la ventaja de concertar así todas sus dependencias. Y en ello insiste tres años después solicitando la permuta de los locales que ocupa en el Hospital, con otro sitio del mismo establecimiento, corriendo con todos los gastos que origina, y la Dirección del Hospital informa la cesión por el establecimiento de una mitad del edificio en construcción, que se halla al extremo de este Hospital, confinando con la Ronda, destinado a baños, para instalar a costa del Rectorado los locales que ocupa en el Claustro en aquel momento, y la Diputación toma acuerdo en su sesión de 10 de marzo de 1875 accediendo. 7.º La Facultad de Medicina abandona el Hospital Provincial de Valencia. Que en 1960 la Facultad inauguró su magnífico edificio en el Paseo del Mar, y el día 30 de junio de 1960, reunidos los representantes del Hospital y de la Facultad de Medicina suscribían el acta que se transcribe y en la cual ésta entrega las Salas y Servicio que tenía. La Escuela Superior de Magisterio se hallaba situada en un viejo caserón de la calle del Arzobispo Mayoral, estando en construcción el nuevo edificio y por las fechas en que la Facultad abandona los citados locales, el expresado caserón se hallaba en estado de inminente ruina, por lo que el Rectorado acudió al Gobernador civil reclamando su inmediato auxilio, y el que solicitó de la Diputación se diese albergue provisional en dichos locales, que había dejado la Facultad de Medicina, a lo que accedió hasta 1964, que se inauguraron los nuevos locales del Magisterio. 9.º Que cuando parecía que el Hospital iba a disponer al fin de todos sus locales, en 15 de octubre de 1964, cuando abandona la Escuela Superior del Magisterio los mismos, queda con ellos un Conserje con sus llaves dependiente del Rectorado. Comienza entonces un largo calvario para el Hospital, con escritos y solicitudes a la Dirección de Enseñanza, al Ministerio de Educación y Ciencia, al de la Gobernación, hasta que fechado en 30 de diciembre de 1965 se recibe un oficio de la Subsecretaría del Ministerio de Educación en el que niega la entrega al Hospital, afirmando que el edificio que estuvo ocupado por la Facultad de Medicina y luego por la Escuela del Magisterio, pertenece al Estado; cuya posesión ostenta sin interrupción desde 1875, en que, por acto de permuta legalmente concertada, mantiene su plenitud de dominio del inmueble, realizando actos posteriores sin oposición alguna ni ejercicio por terceros de acción contradictoria de derecho. 10. Que dicho oficio produjo la natural reacción, produciendo nuevos escritos, instancias y gestiones, recibándose otro oficio de la propia Subsecretaría de Educación, en que en relación con la entrega del Hospital de dicho edificio designaba Arquitecto para que en nombre del Ministerio suscribiese acta de desafectación. Lleva fecha 12 de julio de 1966. Que inmediatamente la Diputación, en nombre del Hospital, se dirigió al Delegado de Hacienda de esta provincia rogándole indicase día y hora para la suscripción de la oportuna acta de entrega, pero éste, en su oficio de 23 de agosto

de 1966 contestó diciendo que, efectivamente, el edificio quedó desafectado del Ministerio de Educación y Ciencia, sin que tuviera instrucciones para su entrega a la Diputación. Reanudadas las gestiones, escritos e instancias, la Dirección del Patrimonio del Estado, en su oficio de 17 de octubre de 1966 concluyó afirmando que, «como consecuencia de la permuta efectuada en 1875, el inmueble de referencia es propiedad del Estado». 11. Que agotadas todas las gestiones se formuló la reclamación en la vía gubernativa como trámite previo, a la que recayó resolución denegatoria contenida en la Orden del Ministerio de Hacienda de 3 de septiembre de 1967. 12. Que niega que el Estado, el Ministerio de Educación y Ciencia, la Facultad de Medicina de Valencia o cualquiera otra dependencia u organismos dependientes de unos y otros, haya tenido nunca alguna propiedad en la ciudad de Valencia dentro de los linderos del inmueble del Hospital Provincial ni figura en el Registro de la Propiedad ni en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado; que niega la expresada permuta: niega que por usucapión la Facultad de Medicina de Valencia adquiriera el dominio de bienes propiedad del Hospital Provincial de Valencia; y niega que el Estado o cualquiera de sus organismos o dependencias haya adquirido por título alguno bienes del Hospital Provincial de Valencia. 13. Se remite a los documentos 9, 11 y 12 para deducir de los mismos que el Hospital había comenzado la construcción de un amplio pabellón para baños, compuesto por dos alas, Oriente y Poniente, pueda obtener subvención del Ministerio de Instrucción Pública, y aprovechando las paredes y cubiertas, construir sobre ellas las dependencias de la Facultad. Estas obras de terminación y acomodación las realizó la Facultad a sus costas con el consentimiento expreso del Hospital, cuyo importe el Hospital está dispuesto a indemnizar. 14. Que también el Hospital tuvo necesidad de procurarse nuevos locales y para lograrlo tuvo que procurarse cuantiosos recursos y entre ellos la emisión de un empréstito y para el pago de los intereses y amortización del capital se calculó el valor de los terrenos del antiguo Hospital. Alegó los fundamentos de derecho que considera de aplicación y terminaba suplicando se dictase Sentencia en la que: 1.º Declare que pertenece en pleno dominio al Hospital Provincial de Valencia el inmueble que se reseña en el certificado del Registro de la Propiedad aportado con el número 1 de sus documentos, situado en esta ciudad, distrito de San Vicente, calle del Hospital, 15 moderno, y 35 antiguo, manzana 278. Linda por la derecha saliendo con las casas del Arte Mayor de la Seda y otras que en documento se mencionan; por la izquierda saliendo la Ermita de Santa Lucía y la muralla que circunda a la ciudad en el trozo comprendido desde la Puerta de San Vicente hasta la de Cuarto; por delante con el Cuarteil del Refugio, calle en Medio; y por espaldas con el Presidio correccional o exconvento de San Agustín. Ocupa todo el inmueble 22 684 metros cuadrados. Haciendo constar en relación con el linde por la izquierda saliendo (que es el único que interesa en el proceso), que la muralla que cita fue sustituida por la actual calle de Guillén de Castro. 2.º Declare que, como consecuencia de pertenecer en pleno dominio al Hospital Provincial de Valencia el inmueble reseñado en el número anterior, es igualmente dueño de todas sus partes y, entre ellas, la porción en que estuvo instalada desde hace muchos años hasta 1960 la Facultad de Medicina de Valencia y, últimamente, desde el año 1960 hasta 1964 la Escuela Superior del Magisterio; cuya porción—objeto de litigio—ocupa una superficie de 1.800 metros cuadrados siendo sus lindes actuales, por frente la calle de Guillén de Castro; por la izquierda entrando la calle del Hospital; por derecha, inmueble del Hospital Provincial; y

por fondo, Ermita de Santa Lucía e inmueble del Hospital Provincial; conforme aparecen dibujados en el croquis que acompañaba con el documento número 7. Declare que sobre la porción de finca reseñada en el número anterior—como tampoco en el resto del inmueble—, ni la Facultad de Medicina de Valencia, ni el Ministerio de Educación y Ciencia, ni el Patrimonio del Estado, adquirieron derecho patrimonial alguno, ni por permuta, ni por usucapción, ni por ningún otro título. 4.º Declara que, sobre la porción del inmueble a la que se refieren los dos números anteriores, La Facultad de Medicina de Valencia, a sus costas, previa la licencia que solicitó y obtuvo del Hospital Provincial, construyó edificación en la que estuvo instalada aquella institución docente. 5.º Declare que, al Hospital Provincial de Valencia, como dueño del inmueble que se refiere en el número primero, y, por tanto, la porción del mismo que se detalla en el número 2, le asiste el derecho de accesión conforme a los artículos 353, 358 y sus relacionados del Código civil; y goza del derecho de opción que le atribuye el artículo 361. 6.º Declare que, el Hospital Provincial de Valencia, en éste su escrito de demanda, decide resolver la opción que le concede el ya citado artículo 361 del Código civil, en el sentido de hacer suya la edificación a que se refiere el número cuarto del presente suplico, previo abono de la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del propio cuerpo legal. 7.º Condene al demandado a estar y pasar por las declaraciones anteriores y, en su virtud, una vez que el Hospital Provincial de Valencia haya satisfecho o consignado judicialmente el importe de la indemnización prevista en el artículo 361 del Código civil cuya cuantía habrá de ser determinada en el trámite de ejecución de Sentencia, reconozca el demandado como de la propiedad del Hospital Provincial de Valencia la edificación existente sobre la porción de terreno a que se aludió anteriormente con los números 2, 3 y 4, y en los que estuvo instalada la Facultad de Medicina de Valencia, y, más tarde la Escuela Superior del Magisterio, quedando obligado a transmitir su dominio y hacer entrega de su posesión al Hospital Provincial de Valencia, con expresa imposición de costas si se opusiere.

El Abogado del Estado contestó: Que el Estado es titular en pleno dominio de un inmueble dedicado desde 1875 a un servicio público, como es primero la Facultad de Medicina y luego la Escuela Superior del Magisterio que se integra luego en el Patrimonio del Estado, y que como tal está incluido en el Inventario de Bienes del Estado, y debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, y cuyo dominio es cuestionado por la Excm. Diputación Provincial de Valencia, que sostiene pertenece al Hospital Provincial. 1.º Con las naturales salvedades por la imprecisión de los datos que de estas fechas se poseen, se puede afirmar que vistos los planos aportados de contrario, parece clara la existencia de una ronda o corredera de muralla, por lo que resulta que la citada capilla marcaba el límite de lo edificado en aquella época. Esta afirmación no desmentida por la Corporación actora, sino expresamente admitida por ella en su hecho tercero, debe tomarse como punto de partida para refutar por gratuita la afirmación de que la repetida zona constituía propiedad del Hospital con la limitación de no poder edificar sobre él, afirmación comparable a la que calificase a las calles como propiedad de las fincas limítrofes. Así, pues, esta corredera de muralla nunca puede decirse que fuese propiedad del Hospital. Insiste en que no puede realizarse ni por la Diputación ni por el Estado afirmaciones indiscutibles, por lo que a esa época se refiere, pero lo más cierto es lógico afirmar que derriba la muralla, con ella y con la zona o corredera aneja antes citada se construyó la actual calle de Guillén de Castro y quedaron lo

que hoy llamaríamos terrenos sobrantes, en los cuales no inició la construcción del edificio destinado a baño. El emplazamiento de este edificio se observa claramente en el croquis acompañado por la actora, demuestra claramente dicha afirmación. Todo ello en cuanto se refiere al suelo del lugar ocupado por la Facultad de Medicina en la expresada época de 1875. Por lo que se refiere a los servicios de la Facultad de Medicina antes de 1875, lo único que parece claro es que la misma ocupaba una serie de zonas dispersas en el interior del Hospital, lo que hacía incómodo el ejercicio de su labor, y es por lo que se producen una serie de escritos a conseguir la permuta de esas zonas dispersas por un edificio, el destinado a baños de reciente construcción. Pero no hay ninguna razón para sostener que esta ocupación se debía a mero altruismo del Hospital, pues precisamente dentro del perímetro del mismo existía, y aún existen, algunos enclaves que no son de su propiedad. 2.º Que fruto de dichas gestiones se produce la permuta indicada en el documento que se acompaña como documento número 1. 3.º Que desde el año 1875 hasta 1959 la Facultad de Medicina utilizó dicho edificio hasta que construido el nuevo se instaló en él pasando a ocupar la Escuela Superior de Magisterio, cambio que se hace sin ninguna intervención de la Diputación; y finalmente instalada dicha Escuela en otros locales construidos a propósito para ella, queda el edificio desafectado del Servicio y por acta de 20 de julio de 1966—documento número 2— ingresa en el Patrimonio privado del Estado, procediendo a inscribirse a favor del mismo en el Registro de la Propiedad de Oriente. 4.º Que en cuanto a los documentos 14 y 15 aportados de contrario, en ellos no hay ningún reconocimiento de propiedad, pues en el primero se afirma claramente la propiedad del Estado, y en el segundo se trata de nombrar persona que realice la entrega del edificio en nombre del Ministerio de Hacienda, aunque se habla en él incidentalmente de una entrega a la Excm. Diputación, pero si este oficio pudo producir alguna confusión quedó definitivamente aclarada con el documento 16. Alega los fundamentos de derecho que consideraba de aplicación y terminaba suplicando al Juzgado que se dictase Sentencia en la que: 1.º Se estima la excepción del artículo 533, número 7 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que se alega como perentoria, no dando lugar a la demanda por los defectos sustanciales en el modo de interponer la vía gubernativa previa que se ha dicho en el Cuerpo del escrito. 2.º Subsidiariamente y en cuanto al fondo de la cuestión planteada, desestimando la demanda, absuelve al Estado de todos y cada uno de los pedimentos contenidos en la misma, no dando lugar a ninguno de ellos y declarando además concretamente que: a) Que la acción ejercitada no puede prosperar porque tratándose de una acción contradictoria de dominio sobre bien inscrito a nombre de persona o entidad determinada, no se ha entablado previamente o a la vez demanda de nulidad o cancelación de tal inscripción con expresa infracción del artículo 138 de la Ley Hipotecaria. b) Que ha quedado suficientemente acreditado el dominio del Estado sobre la finca Urbana denominada «Antigua Facultad de Medicina», cuya descripción registral pormenorizada, por contenerse en el documento acompañado bajo el número 3 da por reproducida y que constituye la finca 3.802 del Registro de Oriente de esta ciudad en mérito de las razones contenidas en el escrito que da por reproducidas, declarando por tanto la existencia de tal dominio a favor del Estado. c) Que como consecuencia del pedimento anterior, se proceda a rectificar la inscripción de la finca 1.036 del propio Registro, sentada al tomo 104, libro 9 de San Vicente, folio 159 vuelto, inscripción segunda, en lo que se refiere a su linde izquierdo, que no

debe ser Ermita de Santa Lucía y muralla que circunda la ciudad, sino el edificio propiedad privativa del Estado, denominado «Antigua Facultad de Medicina», expidiendo al efecto el oportuno mandamiento al señor Registrador. d) Que se condene a la actora a estar y pasar por los antedichos pronunciamientos con expresa condena en costas por su temeridad al litigar. Por otros así solicita que la rectificación de la inscripción de la finca 1.035 solicite en su pedimento segundo. e) Sea precedida de una medición de la misma a realizar en fase de ejecución de Sentencia. Por otrosí, que para el supuesto de que se estimase alguno de los anteriores pedimentos, se estimen contienen demanda y reconventional.

La parte demandante evacuó el trámite que para réplica le fue concedido, insistiendo en los hechos, fundamentos de derecho y suplico de su escrito de demanda, adicionando que niega la existencia de la permuta que alega el demandado, remitiéndose a lo expuesto en la demanda. Y en cuanto a la manifestación de la parte demandada de haber practicado la inscripción que expresa en el Registro de la Propiedad, no puede por menos que mostrar su extrañeza, ya que durante años se ha estado discutiendo con la Facultad, Rectorado, Dirección General, Delegación de Hacienda, Ministerio de Educación, de Gobernación, etc., y nunca nadie dijo que el Estado había practicado una inscripción registral relativa al tema de discusión, como tampoco se mencionó al resolver la reclamación en vía administrativa, lo que no debió ocultar; ratificaba igualmente los hechos noveno a décimo, y acompañaba el documento número 21. Que la reconvencción sólo la apoya en el hecho de la inscripción en el Registro, la que rechazaba. Alegaba los fundamentos que consideraba de aplicación y terminaba suplicando, previos los trámites procedentes, en su día se dicte Sentencia en los términos solicitados en la demanda, ampliados o adicionados con los siguientes: A) Habiendo aparecido inscrito en el Registro de la Propiedad del Distrito de Oriente de esta ciudad, en el tomo 802, del libro 67 de San Vicente, al folio 61, finca número 3.802, inscripción primera, el dominio en favor del Estado de un edificio denominado «Antigua Facultad de Medicina», situado en Valencia, calle de Guillén de Castro, con superficie total de 1.927 metros con 80 centímetros; lindante por Norte con la Iglesia de Santa Lucía y terrenos del antiguo Hospital Provincial. Sur, fachada del edificio con la calle de Guillén de Castro; y Oeste, con la calle del Hospital; declare por motivos que se exponen en el fundamento de derecho a tercero de este escrito, la nulidad del título que causó la reseñada inscripción y es la certificación autorizada por don Eduardo Climent González, Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado en la Delegación de Hacienda de la provincia de Valencia, fechada el 10 de noviembre de 1966; y asimismo, declare la nulidad de la inscripción que el mencionado título originó y es la que quedó reseñada como cabecera de este apartado A) de su súplica; y en consecuencia disponga la cancelación del referido asiento registral, conforme al artículo 53 del Reglamento de la Ley Hipotecaria, a cuyo efecto el Juzgado dirigirá el oportuno mandamiento por duplicado al señor Registrador de la Propiedad del Distrito de Oriente de esta ciudad. B) Declare no haber lugar a la reconvencción formulada por el demandado absolviendo de todos sus pedimentos a la parte demandante.

La parte demandada evacuó el traslado que para dúplica le fue conferido, insistiendo en los hechos, fundamentos de derecho y súplica de su escrito de contestación y reconvencción, y que desestimando por improcedente y extemporáneo el pedimento contenido en el apartado A) del suplico de la réplica

declarando en contra de lo en él solicitado, que no ha lugar a declarar la nulidad y consiguiente cancelación de la inscripción primera de dominio a favor del Estado, de la finca 3 802, que consta en el Registro de Oriente de esta capital, al tomo 802, libro 67 de San Vicente, folio 81.

El señor Juez de Primera Instancia, número cuatro de Valencia, dictó Sentencia con fecha 11 de noviembre de 1968, que contiene el siguiente pronunciamiento: Fallo. Que dando lugar a la demanda formulada por el Procurador don Julio Palacio Mon en nombre y representación de la Excm. Diputación Provincial de Valencia, como legal representante del Hospital Provincial de Valencia, contra el Ministerio de Hacienda, como representante del Estado en materia patrimonial, debo declarar y declaro: 1.º que pertenece en pleno dominio al Hospital Provincial de Valencia el inmueble situado en esta ciudad, Distrito de San Vicente, calle del Hospital, 15 moderno, y 35 antiguo, manzana 278. Linda por la derecha saliendo, por las casas del Arte Mayor de la Seda y otra; por la izquierda saliendo, la Ermita de Santa Lucía y la muralla que circunda a la ciudad en el trozo comprendido desde la puerta de San Vicente hasta la de Cuarte; siendo esta muralla de la izquierda saliendo, la hoy calle de Guillén de Castro; por delante, con el Cuartel del Refugio, calle en Medio, y por espaldas con el Presidio correccional o exconvento de San Agustín. Ocupa todo el inmueble 22.680 metros cuadrados. 2.º Que como consecuencia de pertenecer en pleno dominio al Hospital Provincial de Valencia el inmueble reseñado en el número anterior, es igualmente dueño de todas sus partes y, entre ellas, la porción en la que estuvo instalada desde hace muchos años, hasta el 1960, la Facultad de Medicina de Valencia y últimamente desde el año 1960 hasta el 1964 la Escuela Superior del Magisterio, cuya porción—objeto de litigio—ocupa una superficie de 1.927 metros 80 decímetros cuadrados, siendo sus lindes actuales, por frente, la calle de Guillén de Castro; por izquierda entrando, la calle del Hospital; por derecha, inmueble del Hospital Provincial; y por fondo, Ermita de Santa Lucía e inmueble del Hospital Provincial. 3.º Que sobre la porción de finca reseñada en el número anterior—como tampoco en el resto del inmueble—, ni la Facultad de Medicina de Valencia ni el Ministerio de Educación y Ciencia, ni el Patrimonio del Estado, adquirieron derecho patrimonial alguno, ni por permuta ni por usucapión, ni por ningún otro título. 4.º Que sobre la porción del inmueble a que se refieren los dos números anteriores. La Facultad de Medicina de Valencia, a sus costas, previa la licencia que solicitó y obtuvo del Hospital Provincial, construyó edificación en la que estuvo instalada aquella institución docente. 5.º Que al Hospital Provincial de Valencia, como dueño del inmueble que se refiere en el número 1.º y, por tanto, de la porción del mismo que se detalla en el número 2.º le asiste el derecho de accesión conforme a los artículos 253, 358 y sus relaciones del Código civil, y goza del derecho de opción que le atribuye el artículo 361. 6.º Que el Hospital Provincial de Valencia decide resolver la opción que le concede el ya citado artículo 361 del Código civil, en el sentido de hacer suya la edificación a que se refiere el número cuarto del suplico y de este fallo, previo abono de la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del propio Cuerpo legal. Y en su virtud debo condenar y condeno al demandado a estar y pasar por las precedentes declaraciones y, una vez que el Hospital Provincial haya satisfecho o consignado judicialmente, el importe de la indemnización prevenida en el artículo 361 del Código civil que será fijada en ejecución de Sentencia, reconozca el demandado como de la propiedad del Hospital Provincial la edificación existente sobre la porción de terreno

aludida en los números segundo, tercero y cuarto de este fallo, y en los que estuvo instalada la Facultad de Medicina y después la Escuela Superior de Magisterio, con obligación de transmitir su dominio y entregar la posesión. No ha lugar a la reconvencción formulada por la representación del Estado, de cuya reconvencción absuelvo a la Excm. Diputación Provincial y, en su virtud debo declarar y declaro la nulidad del título a que dio lugar a la inscripción en el Registro de la Propiedad de Valencia—Oriente— en el tomo 802, libro 67 de San Vicente, folio 61, finca 3.802, inscripción primera, del dominio a favor del Estado de un edificio denominado «Antigua Facultad de Medicina», situado en Valencia calle de Guillén de Castro, con superficie total de 1.927 metros con 80 decímetros cuadrados, lindante por Norte con la Iglesia de Santa Lucía y terrenos del antiguo Hospital; Sur, fachada del edificio con la calle de Guillén de Castro; Este, solares del antiguo Hospital Provincial; y Oeste, con la calle del Hospital; y asimismo la nulidad y cancelación de la inscripción referida, para lo cual, firme que sea esta sentencia, se expedirá el correspondiente mandamiento por duplicado. No se hace expresa condena de las costas causadas en estos autos.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial de Valencia dictó Sentencia con fecha 16 de junio de 1969, por la que confirmó en todas sus partes la Sentencia apelada.

El Recurso de Casación no prosperó.

El primer motivo del Recurso decía, en parte así: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por infracción, en concepto de violación, del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. En el caso presente, se ejercitó una acción contradictoria del dominio que el Estado tenía inscrito a su favor en el Registro de la Propiedad, sin que en la propia demanda, ni, tampoco previamente, se hubiera solicitado la nulidad y cancelación de la inscripción. Es verdad que se solicitó después, en el escrito de réplica, que en tal sentido vino a ampliar la demanda, esto es, posteriormente que es un supuesto distinto de aquellos que constituyen la exigencia ineludible del artículo 38, párrafo segundo.

La Sentencia se basó en los siguientes Considerandos:

Considerando que proponiéndose en el recurso un motivo de error de hecho al amparo del número 7.º del artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento civil, es procedente empezar por el estudio de éste para partir de una base de hecho segura sobre la que argumentar en derecho al estudiar el resto de los motivos, articulados todos al amparo del número primero del mismo precepto procesal.

Considerando que en el mencionado motivo que es el cuarto del recurso, se pretenden combatir dos afirmaciones básicas de la Sentencia impugnada: una, la de que los terrenos y el edificio en el que se albergó, hasta el año 1960 a la Facultad de Medicina de Valencia, es propiedad de la Diputación Provincial, y la segunda, que si el Estado ha podido realizar obras de acondicionamiento de dicho edificio y la Facultad de Medicina ha permanecido en él durante más de un siglo, hasta 1960, en que se trasladó a un edificio de nueva planta, ha sido por mera tolerancia de la Diputación, dichas dos afirmaciones básicas se combaten en el motivo invocando como documentos auténticos para demostrar lo contrario: a) el acta de la Facultad de Medicina, de 17 de marzo

de 1875 (acompañada como documento número uno por la representación del Estado, y b) el acta de la sesión celebrada por la Diputación provincial de Valencia de 10 de marzo de 1875 (acompañada por certificación como documento número doce con la demanda a); y hay que desestimar este motivo porque al examinar ambos documentos, en los que concurre la calidad de auténticos, se llega a la conclusión de que no sólo no contradicen, sino que confirman plenamente lo establecido por la instancia, a través de los siguientes razonamientos: Primero. Es cierto que en el acta de 17 de marzo de 1875, de la reunión celebrada por la Facultad de Medicina de la ciudad de Valencia, se da cuenta de que la Diputación ha consentido «permutar los locales que la misma ocupa actualmente en el Hospital, por una mitad del edificio en construcción (en construcción por cuenta de la Diputación) destinado a baños hidroterápicos, a fin de poder reunir en un sólo local las diversas dependencias de la misma que se hallan diseminadas en distintos puntos del establecimiento...», acordándose que se evalúen a los efectos oportunos las obras ya efectuadas, pero es que ese documento se corresponde con el otro invocado —el acta de la sesión de la Diputación de 10 de marzo de 1875—, en el que la Diputación accede a la petición de la Universidad alusiva a concentrar sus servicios dentro del Hospital; «por creerla más beneficiosa al mejor servicio de éste (se refiere al Hospital), a la traslación de las dependencias que la Facultad de Medicina disfruta en el mismo a la parte del edificio que se indica», o sea, que no se trata de una permuta en el sentido jurídico de la palabra; obsérvese cómo a cambio de la palabra «permuta», que tanto confunde al recurrente y en la que a simple vista echa de menos toda contrapartida, en el acta de la Diputación, de la que parte el otorgamiento del disfrute, se concreta que lo que se concede es «la traslación de las dependencias», que dentro del Hospital disfruta la Universidad. Segundo. Con mayor claridad se pone de relieve el sentido de los documentos aludidos en el párrafo anterior, si reparamos en los antecedentes que obran en el pleito, y que llevaron a la Sala de Instancia a formar su estado de conciencia; los cuales pueden ser estudiados en casación sin invadir esferas de la instancia, pues para tener eficacia el documento auténtico supuestamente contradictorio, hay que interpretar su sentido y acreditar además, que no está contradicho por otros obrantes en el pleito; y entre los calificados antecedentes, se encuentra la petición del Claustro a la Diputación, formulada el 22 de febrero de 1875. «para la permuta de los locales que para dependencias de la enseñanza ocupa en el Hospital General, con otro sitio del mismo establecimiento hoy sin destino alguno»; pero es más, este acto, tiene a su vez su antecedente en otro escrito dirigido por el Rector de la Diputación el 19 de abril de 1872 (número nueve de los aportados con la demanda) en el que razonadamente se propone «un cambio de locales» para concentrar los dedicados a menesteres científicos... y se termina rogando se acceda a ello, poniendo como ejemplo las provincias del Zaragoza, Salamanca y Sevilla, que acogen en sus hospitales gratuitamente a las Facultades de Medicina; eso es, lo que se concede por la Diputación de Valencia a la Facultad de Medicina de dicha capital, como afirma la instancia: el acogimiento gratuito dentro de su Hospital, otorgándole la potestad de realizar obras de adaptación. Tercero. Pero no son sólo los antecedentes los que dotan del sentido que le hemos atribuido a los documentos invocados, sino también los actos posteriores al disfrute, pues cuando la Facultad de Medicina de Valencia dispone de nuevo local habilitado por el Estado, el día 30 de junio de 1960, a los 85 años de aquel asentamiento provisional permitido,

comparece ante la Excm. Diputación Provincial el Ilmo. señor Decano de la Facultad de Medicina para anunciar que desde el día primero de julio, a las nueve horas «da por concluso la coordinación docente-sanitaria establecida entre la Facultad y la Diputación Provincial en el Hospital de este Organismo.», «y que hace entrega de las Salas y servicios hasta ahora incautadas». Cuarto. Como después de desalojado por la Facultad de Medicina, dichos locales se vuelven a ocupar, no es por acuerdo del Estado, sino que se pide el consentimiento de la Diputación por los Organismos del Ministerio de Educación (documento número 19 de los acompañados a la demanda); para que se instale en el mencionado lugar la Escuela Superior del Magisterio mientras se terminaba el edificio que para ella se construía; autorización que también generosamente se confiere.

Considerando: Que con lo que queda dicho en el considerando anterior, cae por su base lo alegado en los motivos quinto, sexto y séptimo; porque tal como quedan descritos los hechos en la instancia, ni puede hablarse de cesión de propiedad a la que alude el motivo quinto, sino de actos meramente tolerados, ni puede dárseles eficacia traslativa a una permuta que no se ha efectuado, que es lo que se pretende en los dos últimos motivos citados, aparte de estar éstos en completa contradicción entre sí, pues en uno se alega la aplicación indebida y en el otro la no aplicación de los mismos preceptos, sin que sus argumentos encuentren soporte alguno en los hechos que da la instancia.

Considerando: Que por la misma razón de falta de respeto a los hechos probados son recusables los motivos segundo y tercero, y en los que, con impugnación del artículo 348 del Código civil y la aplicación indebida del 361 del mismo cuerpo legal, respectivamente; pues hay que tener en cuenta que no está al alcance de la parte demandada, hoy recurrente, el calificar la acción que debió ejercitar el actor, sino que ha de limitarse a combatir, en su caso, aquella que eligió, y en el presente caso, la Diputación como dueña absoluta del inmueble, en el que se habían invertido determinadas sumas de dinero por el ocupante de buena fe, Facultad de Medicina de Valencia, ejercita, con pleno derecho la opción que le concede el artículo 361 del Código civil.

Considerando: Que tampoco han de prosperar los motivos primero y octavo; el primero, porque como tiene afirmada una extensa jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 6 de marzo de 1923, 3 de abril y 8 de mayo de 1956, y la muy reciente de 18 de abril de 1970, cuando no existen terceros y la cancelación sea consecuencia necesaria del juicio, puede pedirse la rectificación del Registro en el trámite de ejecución de Sentencia, y en cuanto al octavo motivo aun haciéndole la gracia de estimar un error mecanográfico, el que sea invocado al amparo sin designación del número del 1.294, cuando debe decir número primero del 1.692, carece en absoluto de fundamento; pues no puede darse ningún tipo de usucapión ni ordinaria ni extraordinaria, cuando no ha existido «posesión en concepto de dueño»; extremo sobre el que se pronunció de forma definitiva la instancia.

PROPIEDAD HORIZONTAL. El colocar en la terraza general de la casa sobre la vivienda del portero una torre de enfriamiento y recuperación de agua para instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire, en un local de dicha casa, excede de las facultades previstas en el artículo 394 del Código civil. Constituye una limitación del dominio que corresponde a los demás partícipes, por lo que para que pueda surtir efecto contra estos terceros, sería menester que constase en las fincas sobre que recae, según el artículo 13 de la L. H., párrafo 1.º La prohibición de instalar salas de fiestas, clubs de baile, de música y similares, no obrante en el título constitutivo de Propiedad Horizontal, requiere unanimidad de los propietarios, según el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal. Cuando para decidir la cuestión litigiosa no hay necesidad de dictar resolución concreta sobre validez o nulidad de contratos o actuaciones, no es necesario demandar esa nulidad con llamamiento de todos los interesados. (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1970).

Don Alejandro S. formuló demanda contra la Comunidad de Propietarios de la casa número 75 de la calle Claudio Coello. Alegó, en resumen: Que en virtud de escritura pública de fecha 11 de octubre de 1967, don Enrique Santa Carrasco, en su propio nombre y en el de don Emilio Esteban Ortega, había vendido por 2.175.000 pesetas a don Alejandro S. la tienda número 3 de la calle de Claudio Coello, 75, con cuantos derechos le eran inherentes y accesorios, y particularmente los que le correspondían sobre los elementos comunes del inmueble de que era parte; que en la descripción de dicha finca se decía que el propietario de este local quedaba facultado para dotar al mismo de una instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire con los elementos precisos para ello, y especialmente la colocación de la torre de enfriamiento y de recuperación de agua que habría de ir situada en la terraza general del inmueble: Que habiendo arrendado don Alejandro el local de referencia a don José Antonio Serrano Moreno, don Manuel Giménez Altolaquirre y don Pedro Escudero Pérez, los mencionados señores, conjuntamente con el Letrado y administrador de su mandante, se dirigieron a la Comunidad de Propietarios mencionados en el sentido de que yéndose a proceder a la mayor urgencia a instalar el sistema de refrigeración de los locales arrendados, y siendo preciso para ello llevar a cabo la colocación de la torre de enfriamiento y de recuperación en la terraza general del inmueble, se rogaba a la Comunidad prestase las máximas facilidades a los nombrados arrendatarios. En 13 de noviembre de 1967 tuvo lugar la Junta de Condueños, de la que resultó que la mayor parte de los propietarios asistentes se opusieron a otorgar autorización ni dar facilidad alguna para la instalación de la mencionada torre; que el motivo de la oposición radicó en las molestias y ruidos que la instalación de la misma pudiera ocasionar en el edificio, y muy especialmente en la vivienda del señor Fernández Piera, propietario del piso octavo derecha; que puesto a votación la cuestión, resultó que el 18,05 de las cuotas de propiedad exigió el cumplimiento de los derechos que figuraban en la mencionada escritura de compra-venta; el 49,83 de las cuotas de propiedad votó en contra de la instalación; el 8,12 de las cuotas, se abstuvo. Posteriormente, el Presidente de la Comunidad dispuso la convocatoria de una nueva Junta, en la cual concurrió personalmente el propietario del local número tres, don Alejandro Suárez, aquí

demandante, el que expuso su deseo de llegar a un acuerdo con todos para la instalación de la tan mencionada torre, a cuya disposición se opusieron los restantes copropietarios; que en definitiva la nueva votación dio el siguiente resultado: la Oficina A se abstuvo de votar; la Oficina B votó en contra de la instalación y, por último, el 73,06 de las cuotas de propiedad votó en contra de la instalación, no obstante, el propietario del piso séptimo izquierda, con el 4,51, manifestó que se reservaba el derecho para intervenir o no en caso de juicio y para retirar su voto en caso de que así lo deseara; que su mandante ofreció a los inquilinos la gestión de que en determinadas horas del día, desconectarán la instalación, evitando molestias a la comunidad; citó otros hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó con la súplica al Juzgado de que previos los trámites legales, se dictara Sentencia, por la que teniendo por impugnados en tiempo y forma los acuerdos de dicha Comunidad adoptados en las Juntas de 13 de noviembre y 5 de diciembre de 1967, se contuvieran además los siguientes pronunciamientos: Primero: Declarar que su mandante, como propietario del local número tres de la casa de Claudio Coello, 75, tiene derecho a colocar en la terraza general del inmueble sobre la vivienda del portero y en debidas condiciones, la torre de enfriamiento y de recuperación de agua para la instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire de dicho local, con todos los elementos precisos para ello; Segundo: Declarar nulos e inválidos los acuerdos de la Comunidad de Propietarios de la calle de Claudio Coello, 75, adoptados en las Juntas de dicha Comunidad que tuvieron lugar los días 13 de noviembre y 5 de diciembre de 1967 por los que se prohibió la instalación de la torre de enfriamiento y de recuperación de agua en la terraza general del inmueble; Tercero: Condenar a la expresada Comunidad a consentir y soportar que en la terraza general del mencionado inmueble sobre la vivienda del portero y en debidas condiciones, se coloque la torre de enfriamiento y recuperación de agua para la instalación del repetido local número 3, de la indicada finca; Cuarto: Declarar nulo e inválido el acuerdo de la Comunidad de Propietarios de la mencionada calle y número adoptado en la Junta de los mismos, que tuvo lugar el día 5 de diciembre de 1967, mediante el que se prohíben en los locales comerciales la instalación de salas de fiestas, clubs de baile músicas y similares; Quinto: Condenar a la Comunidad demandada a las costas del juicio.

La contestación a la demanda expuso: Que en escritura de 11 de octubre de 1967, don Enrique Santa, en su propio nombre y en representación de don Emilio Esteban, había vendido a don Alejandro S. la tienda número 3, de la calle Claudio Coello, 75, e igualmente conforme en que el propietario quedaba facultado para dotar al mismo una instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire con los elementos precisos para ello; pero silenciaba el hecho de que los demás pisos y locales integrantes de la comunidad habían sido vendidos antes que la citada tienda número 3; que la escritura de división no se hallaba inscrita cuando las ventas tuvieron lugar y que la división se hizo por los señores Santa y Esteban, después de haber vendido en documento privado los pisos, sin contar con la aprobación de los adquirentes. Que convertidos en copropietarios los compradores, el día 9 de junio de 1967, se había constituido la Comunidad de Propietarios, a cuya Junta habían concurrido los copropietarios don Luis Gómez Gima, don Antonio Alvarez Alvarez y don Manuel Alayo Morifón; que después de constituida la Comunidad fue elevada a escritura pública la venta efectuada al propietario del piso segundo izquierda el día 20 de junio de 1967, acompañándose copia de la

mentada escritura, en la cual se hacía constar que se encontraba pendiente de inscripción por razón de la fecha, haciéndose constar igualmente que la finca se transmitía libre de cargas y gravámenes y con cuantos derechos le eran inherentes y accesorios, particularmente los que le correspondían sobre los elementos comunes del inmueble de que era parte en la proporción que se indicaba, pero lo que no se establecía en esta escritura anterior a la venta del local al actor en el pleito, era el derecho en favor de dicho local para instalar la torre de refrigeración; que tal derecho no sólo se constituyó sin la aprobación de todos los copropietarios, sino que tampoco figuraba en el proyecto de construcción. Que se constituyó la Junta de propietarios el 5 de diciembre, siendo el primer punto la lectura y aprobación, si procedía, del acta de la reunión anterior y el segundo, información y deliberación de la Comunidad sobre el proyecto de destino de los locales comerciales de la finca y sus instalaciones anejas; que en dicha acta constaba que al abordarse el punto primero el actor en el presente pleito, manifestó su deseo de que se llegara a un acuerdo para instalar la torre de recuperación, replicándole el Presidente que los restantes propietarios desconocían ese derecho. Que si bien el acuerdo relativo al derecho que invocaban no fue adoptado por la totalidad de los copropietarios, cuyos pisos y locales habían sido vendidos antes de otorgar el derecho, ya que, además, para dotar de refrigeración el local, la instalación de la torre de recuperación de agua no era el único sistema, sino que había otros que no precisaban de ello.

La Sentencia de 1.ª Instancia estimó la demanda y falló:

Primero: Que don Alejandro S., como propietario del local número 3, de la casa de Claudio Coello, número 75, tiene derecho a colocar en la terraza general del inmueble sobre la vivienda del portero, y en debidas condiciones, la torre de enfriamiento y de recuperación de agua para la instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire de dicho local, con todos los elementos precisos para ello. Segundo, Nulos e inválidos los acuerdos de la Comunidad de Propietarios de la calle de Claudio Coello, número 75, de esta capital, adoptados en las Juntas de dicha Comunidad, que tuvieron lugar los días 13 de noviembre y 5 de diciembre de 1967, en cuanto mediante los mismos se prohibió la instalación de la torre de enfriamiento y de recuperación de agua en la terraza general del inmueble para el servicio de la instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire del local número 3 de dicha finca. Tercero. Condenar a la expresada Comunidad demandada a consentir y soportar en la terraza general del inmueble de Claudio Coello, número 75, sobre la vivienda del portero, y en debidas condiciones, se coloque la torre de enfriamiento y de recuperación de agua para la instalación de refrigeración y acondicionamiento de aire del repetido local número 3 de dicha finca. Cuarto. Nulo e inválido, el acuerdo de la Comunidad de Propietarios de la calle Claudio Coello, número 75, adoptado en la Junta de los mismos que tuvo lugar el día 5 de diciembre de 1967, mediante el que se prohíben en los locales comerciales de la repetida finca la instalación de salas de fiestas, clubs de baile, músicas y similares. Todo ello sin hacer expresa condena en costas.

La Audiencia, en apelación, dictó Sentencia por la que revocó la apelada, desestimó la demanda y absolvió a la Comunidad de propietarios demandada.

Triunfó el Recurso de Casación que se interpuso; pero sólo en parte, como se detallará seguidamente.

Son Considerandos de la primera Sentencia, la que declaró haber lugar a la casación:

Considerando: Que entre los fundamentos que sirven de base al fallo desestimatorio de los tres primeros pedimentos de la demanda, sienta la Sentencia recurrida que la facultad reservada al accionante para colocar en la terraza general del inmueble, sobre la vivienda del portero, una torre de refrigeración y acondicionamiento de aire en el local de su propiedad, ni encaja en la hipótesis prevista en el artículo 394 del Código civil, ni puede perjudicar, supuesta su naturaleza real, a los demás copropietarios de la casa al amparo del principio de fe pública registral, debido a que para ello habría de haberse hecho constar este gravamen en cada una de las inscripciones de los diferentes pisos constituidos en fincas independientes, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, y no se hizo así.

Considerando: Que el que recurre no impugna que, caso de constituir un gravamen, debería haberse hecho constar la facultad de elevar la torre susodicha en cada una de las inscripciones de los diferentes pisos constituidos en fincas independientes, sino que ataca aquellos fundamentos de la Sentencia recurrida por estimar que tal facultad no es más que una de las varias que integran el contenido de su derecho de dominio, una simple especialización de la de servirse de las cosas comunes, reconocida a cada partícipe por el artículo 394 del Código civil, pero no una servidumbre o derecho real limitativo, afectado por lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, ataque que concreta en los motivos tercero y cuarto, en relación con lo razonado en el que articula bajo el ordinal segundo.

Considerando: Que esta impugnación no merece ser acogida, porque si bien es verdad que la repetida facultad, vista como tal, esto es, desde el lado activo, constituye una parte integrante de las que forman el contenido de su complejo derecho de propiedad, siquiera se proyecta únicamente sobre uno de los elementos comunes del edificio, no lo es menos que excede de la que para servirse de las cosas comunes concede a los participantes el citado artículo 394, ya que, como viene a reconocer el propio recurrente en el motivo segundo, entraña un «derecho real» (sic) sobre parte concreta de una casa corporal, específica y determinada, con el consiguiente poder de exclusión de los demás partícipes; facultad que vista, no desde el lado de su titular, sino desde el de los demás del inmueble parcelado horizontalmente, o sea en el aspecto pasivo, entraña una limitación del contenido normal del dominio que, de no mediar aquélla, correspondería a dichos titulares, por lo que, conforme a lo prevenido en el párrafo primero del artículo 13 de la Ley Hipotecaria, para que pudiera surtir efectos contra esos terceros, sería menester que constase en las inscripciones de las fincas sobre que recae, en las inscripciones de los diferentes pisos constituidos en fincas inmediatas.

Considerando: Que, esto sentado, han de decaer también los motivos primero, quinto y séptimo, en los que se denuncia la infracción por inaplicación de los preceptos relativos a la legislación; artículos primero, párrafo tercero (en relación con el 93 de la Ley y 355 de su Reglamento) y 38 párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, y a la fe pública registral; artículo 34 de la misma Ley, pues es obvio que una vez suscitada contienda ante los Tribunales acerca de la eficacia definitiva de los derechos inscritos, la aplicación de aquellos preceptos generales ha de efectuarse en necesaria concordancia con lo dispuesto en el artículo 13, párrafo primero, de esa Ley, al que, como se ha indicado,

contiene la exigencia inexcusable de que las limitaciones del dominio han de constar precisamente en las inscripciones de las fincas sobre que recaigan, para poder surtir efectos contra terceros.

Considerando: Que si bien es antigua doctrina jurisprudencial que cuando la acción se funde en la nulidad de un acto o contrato, lo primero que debe pedirse es la declaración de nulidad, previo llamamiento de todos los interesados, esta doctrina es inaplicable al caso de autos, dado que, como también tiene proclamada esta Sala, en la Sentencia de 11 de junio de 1897, no se infringe aquella doctrina cuando para decidir la cuestión litigiosa no hay necesidad de dictar resolución concreta sobre la validez o nulidad de contratos o actuaciones, supuesto que se da en el presente caso, cual se advierte de la simple lectura de los precedentes considerandos, razón que impide acoger el motivo séptimo, que denuncia la violación, por no aplicación, de lo dispuesto en los artículos 1.091, 1.255, 1.256, 1.258, 1.278 y 1.300, del Código civil, en relación con la doctrina legal al principio aludida así como el motivo octavo, que acusa la infracción por aplicación indebida de lo prevenido del artículo quinto, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, acusación que indudablemente se formula sobre la base hipotética de la estimación del motivo anterior.

Considerando: Que al declararse probado en el apartado C) del cuarto considerando de la Sentencia recurrida, que el día 11 de octubre de 1967, fecha en que fue vendido al actor el local número 3, todos los demás pertenecían en propiedad a personas distintas de las que vendieron dicho local, quienes los habían adquirido, según sus propios títulos, libres de cargas y sin que en ninguno de ellos se hiciese constar la discutida facultad que se reservó el dueño del local aludido, no se afirma ni ello puede deducirse tampoco del texto del mencionado considerando, que los «títulos» a que se refiere sean las escrituras públicas de venta de los pisos, por lo que carece de viabilidad el motivo decimotercero, en el que, a base de algunos de dichos instrumentos públicos, trata de demostrarse que los mismos no se habían otorgado en aquella fecha, y que en ellos se prestó conformidad por los adquirentes, si no de modo directo, sí «por *relationem*», a la reserva de la tan repetida facultad al hoy impugnante, motivo que tiene que parecer igualmente en cuanto además se propone demostrar que la suma de las cuotas de propiedad consignadas en dichas escrituras asciende al 21,35 por 100, y que esta cantidad ha de deducirse de 73,06 por 100 de las cuotas de los dueños que en la junta que cita votaron en contra de la instalación de la torre de refrigeración, toda vez que no es cierto que la suma de aquellas cuotas asciende al 21,35 por 100, ni en la Sentencia recurrida ni en los documentos invocados consta, como sería menester, que todos los adquirentes de los pisos mencionados votaron en contra de la tantas veces repetida instalación; razones por las cuales ha de ser igualmente desestimado el motivo decimocuarto y último, cuyo éxito está basado en la estimación del anterior, a lo que todavía podría agregarse que, en todo caso, la conformidad prestada por esos compradores de ciertos pisos no sería suficiente para purificar al título constitutivo de la propiedad horizontal del vicio opuesto por la parte demandada, puesto que para ello sería preciso que la pretendida ratificación hubiera sido unánime.

Considerando: Que, en virtud de todo lo que hasta aquí ha sido expuesto, resulta innecesario examinar los demás motivos del recurso en cuanto puedan hacer referencia a la desestimación por el Tribunal *a quo* de los tres primeros pedimentos de la demanda, ya que, al rechazarse los otros motivos,

subsisten fundamentos bastantes para servir de soporte al fallo desestimatorio de dichos pedimentos pero sí deben tomarse en consideración los motivos noveno a decimosegundo en cuanto impugnan el pronunciamiento del mismo fallo que rechaza el cuarto pedimento de la demanda, relativo a la declaración de nulidad e invalidez del acuerdo de la comunidad de propietarios mediante el que se prohíben en los locales comerciales de la finca la instalación de salas de fiestas, clubs de baile, músicas y similares, motivos que merecen ser acogidos habida cuenta que no conteniendo el título constitutivo de la Propiedad Horizontal de la casa de autos, regla estatutaria alguna sobre el destino que podría darse a los locales comerciales, el acuerdo combatido implica una modificación de aquel título y el establecimiento de una regla de tal clase para cuya validez se requiere la unanimidad, conforme al artículo 16, norma primera, en relación con el artículo quinto, párrafos tercero y cuarto de la citada Ley de Propiedad Horizontal, con lo que de ningún modo se quiere decir que los ocupantes de esos locales gocen de la más omnimoda libertad, para dedicarles a las actividades indicadas u otras que resulten dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, sino que únicamente en estos supuestos quedará restringida esa libertad, en virtud de la prohibición sostenida en el artículo séptimo, párrafo tercero, de la misma Ley, que si resultare efectivamente infringida podrá dar lugar a la aplicación de lo estatuido en el siguiente artículo 19.

Considerando: Que, en consecuencia, procede declarar haber lugar al recurso, sin hacer especial imposición de costas.

La segunda Sentencia dice:

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la anterior Sentencia: y

Considerando: Que con arreglo al párrafo segundo del artículo 1.745 de la Ley de Enjuiciamiento civil, esta Sentencia ha de contraerse a: extremo respecto del cual ha recaído la casación.

Considerando: Que en virtud de lo razonado en el penúltimo considerando de la Sentencia que precede, y de la Sentencia apelada, procede confirmar ésta en el particular a que dichos considerandos se refieren, revocándola en lo demás, sin que sea de apreciar temeridad ni mala fe a efectos de condena en costas en las dos instancias.

Fallamos: Que revocando en parte, y en parte confirmando, la Sentencia que dictó el Juzgado de Primera Instancia número ocho de esta capital, y estimando parcialmente la demanda promovida por don Alejandro Suárez contra la Comunidad de Propietarios de la finca de Claudio Coello, número 75, de esta capital, debemos declarar, y declaramos, nulo e inválido el acuerdo de dicha Comunidad, adoptado en la Junta que tuvo lugar el día 5 de diciembre de 1967, mediante el que se prohíben en los locales comerciales de la referida finca, la instalación de salas de fiestas, clubs de baile, músicas y similares. Desestimamos las restantes pretensiones formuladas en la demanda, y absolvemos de las mismas a la parte demandada, sin hacer expresa condena de las costas causadas en ambas instancias.

B. M. B.

II. DERECHOS REALES

RETRACTO DE CREDITOS LITIGIOSOS. No procede el retracto del artículo 1.535 del Código civil si el litigio finalizó por una transacción entre las partes completada por un laudo posterior (1), aunque luego se promueva nuevo litigio sobre la nulidad del laudo, y en ese momento de pendencia del proceso se venden a un tercero los derechos dimanantes del laudo, ya que el crédito perdió por la transacción y el compromiso el carácter de litigioso, que es requisito de este retracto (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1969).

Puesto fin a un pleito entre A. y B., por un documento transaccional en el que convinieron desistir de los pleitos pendientes entre ambos y someterse a la decisión de tres árbitros de equidad, éstos dictaron laudo arbitral en el que se delimitaron los derechos discutidos, no promoviéndose contra este laudo recurso alguno, pero sí se entabló demanda por el ahora demandante, pidiendo la nulidad de la transacción y del laudo, demanda que fue en su día desestimada. Estando pendiente este pleito sobre la nulidad, la otra parte vendió los derechos dimanantes del laudo al ahora demandado. Y cuando éste reclamó el cumplimiento de dicho laudo, el señor Belda F. interpuso demanda de retracto del crédito litigioso, siendo desestimada por el Juzgado de Primera Instancia número 15 de los de Madrid, en Sentencia confirmada por la Audiencia Territorial.

El señor Belda F. interpone recurso de casación basándose fundamentalmente en la infracción del artículo 1.535 del Código civil, pues no se ha admitido el retracto, a pesar de que se daba el requisito de ser litigioso el crédito vendido.

Visto el recurso, siendo ponente el magistrado don Manuel Taboada Roca, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo, por las razones siguientes:

«Considerando: que, aunque en sentido amplio, a veces se denomina 'crédito litigioso', al que es objeto de un pleito, bien para que en éste se declare su existencia y exigibilidad, o bien para que se lleve a cabo su ejecución, sin embargo, en el sentido restringido y técnico que lo emplea el artículo 1.535 de nuestro Código civil, 'crédito litigioso' es aquél que, habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una Sentencia firme que lo declare como existente y exigible, es decir, el que es objeto de un *litis pendens* o proceso entablado y no terminado, sobre su declaración...».

(1) Me atengo a la terminología empleada en los resultandos y considerandos de esta Sentencia, que califica de transacción al negocio que se realizó previamente al compromiso, pero parece (una afirmación con seguridad requeriría tener a la vista el citado negocio), que debió de ser una especie de cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, pues la transacción y el compromiso son contratos excluyentes. Si hay transacción, sobre el compromiso, pues según el artículo 1.809 del C. c., con la transacción se pone término al pleito que había comenzado, por medio de recíprocas prestaciones. Y según el artículo 15 apartado 2.º de la Ley de 22 de diciembre de 1958, «la validez del compromiso exige la existencia de una controversia pendiente entre las partes». «Pero, en fin, lo importante a efectos de esta Sentencia, es que, terminado un pleito por voluntad de las partes (sea por transacción o por compromiso) el crédito pierde el carácter de litigioso.

«Considerando: Que, una vez determinada por Sentencia firme, la realidad y exigibilidad jurídica del crédito, cesa la incertidumbre respecto a esos esenciales extremos, y desaparece la necesidad de la protección legal que, hasta aquel momento, se venía dispensando a la transmisión de los créditos, y pierden éstos su naturaleza de litigiosos, sin que a ello obsten que haya que continuar litigando para hacerlos efectivos, y que subsista la incertidumbre sobre su feliz ejecución, que dependerá, ya, del sujeto pasivo; es decir, que el carácter del 'crédito litigioso', se pierde tan pronto queda firme la Sentencia que declaró su certeza y exigibilidad o tan pronto cese el proceso por algún modo normal, como es, por ejemplo la transacción...».

«Considerando. Que, por todo lo expuesto, y por las razones apuntadas, se comprende claramente que el objeto de la pretensión que actúa don F. Belda, no puede merecer la calificación de 'crédito litigioso' en el sentido restringido y técnico que a esa expresión le da el artículo 1.536 (sic) de nuestro Código, pues ya había sido declarada su existencia y exigibilidad por el laudo arbitral tantas veces mencionado, y lo que ahora se pretendía era llevarlo a ejecución, que es cosa distinta de su declaración; pudieron haber sido créditos litigiosos, los que actuaron contra don F. Belda en los pleitos anteriores a la fecha de la transacción que les puso fin, y en el supuesto que la hubieren recobrado por estar sometidas a la decisión arbitral—lo cual es muy dudoso—, también la habrían perdido, al quedar firme el laudo que los declaró y concretó, y cuya ejecución fue pedida por el propio don F. Belda».

«Considerando: que, aun suponiendo que hubieren vuelto a recobrar su carácter litigioso al contestarse a la demanda de nulidad del laudo, deducida por el señor Belda—lo cual se rechaza—, esa cualidad quedaba sometida a la condición resolutoria del fracaso del pleito, y la habrían perdido al quedar firme la Sentencia que desestimó tal petición de nulidad; y no se puede admitir aquella hipótesis, porque, entonces, quedaría al arbitrio de cualquier deudor, al convertir en litigioso su crédito, si le bastara promover una demanda de nulidad del proceso en que se hubiere declarado su certeza, o del negocio jurídico en que se hubiese constituido...»

Comentario: Estamos ante un caso de retracto de créditos litigiosos. Caso que no ofrece identidad ni analogía con los de las Sentencias de 14 de febrero de 1903, 8 de abril de 1904 y 4 de febrero de 1952, a pesar de que se alegan por el recurrente y se citan por esta Sentencia en un considerado no transcrito, diciendo que se hace aplicación del contenido de dichas Sentencias. Pero ninguna de ellas se refiere a la terminación del pleito por transacción o compromiso, ni mucho menos a la iniciación del nuevo pleito sobre nulidad de dichos contratos. Por lo cual, hay que estimar que, con la presente Sentencia no se ha formado jurisprudencia todavía, pues se exigen para ello dos o más Sentencias sobre el mismo asunto.

La finalidad del llamado retracto de crédito litigioso está claramente explicada en otro considerando de la Sentencia, que no ha sido recogido más arriba por su carácter más bien docente o doctrinal: «Como muchas veces—dice el considerando—el titular del crédito litigioso no tiene recursos para arrostrar los gastos y azares del pleito que viene siguiendo para obtener la declaración jurídica de su existencia, opta por cederlo a un *potentior*, que, guiado por el ánimo de la especulación, lo adquiere para lucrarse y per-

seguir más despiadadamente al deudor; de ahí que tales ocasiones de créditos hayan sido tratadas por los legisladores con cierta prevención permitiendo a los cedidos, liberarse del crédito, mediante el reembolso al cesionario del precio real de la cesión y de los demás gastos litigiosos que hubiese realizado; ejemplo de esta protección son algunas disposiciones de Graciano, de Valentiniano y de Teodosio, y las Constituciones *Per Diversas* y *Ab Anastasio*, que el Derecho francés organizó bajo la forma de retracto, aunque el Código de Napoleón no le otorgó ese nombre, si bien le conservó el fondo y la sustancia en los artículos 1.699, 1.700 y 1.701, que pasarían a nuestro Código, con ligeras variantes, y que forman los artículos 1.535 y 1.536 de éste.

El artículo 1.535 del Código civil exige como requisito del retracto: 1.º Que se trate de un crédito litigioso teniéndose por tal «desde que se conteste a la demanda relativa al mismo»; y 2.º Que el deudor lo use dentro de los nueve días desde que el cesionario le reclame el pago.

El artículo 1.536 completa el supuesto excluyendo del retracto tres casos en que no existe la idea especulativa por parte del comprador.

A propósito de estos artículos y de esta Sentencia, estudiaremos dos cuestiones:

a) Cuestión del móvil especulativo.—En el caso de esta Sentencia parece que no existió móvil especulativo por parte del comprador, aunque no se trata de ninguno de los supuestos específicos del artículo 1.536. Pero, ¿bastaría alegar la inexistencia de tal móvil para excluir el retracto? Estimo que no bastaría, pues, en otro caso, se introduciría un elemento inseguro, impreciso y no previsto por el legislador en los artículos 1.535 y 1.536. El intérprete no puede libremente añadir una nueva excepción (y menos tan genérica) a la lista del artículo 1.536. La idea especulativa latente en el fondo de esos artículos, se la apropió el legislador, objetivándola en su texto, sin que quepa aquí una interpretación indiciaria y subjetiva de los móviles que impulsaron al comprador del crédito.

Digo todo esto porque en el presente caso, el recurrido alegó «que era el padre de uno de los vendedores del crédito, y que sólo a los efectos de ayudar a su hijo y demás consorcios vendedores de los derechos derivados del laudo, acudió a la subasta y pagó 100.000 pesetas, no haciendo otra cosa que agotar un trámite, pero sin pretender nunca subrogarse en la propiedad de unos bienes a que se contraía el laudo». Es decir, alega el móvil no especulativo del comprador.

Y también lo digo porque hay una tendencia doctrinal y jurisprudencial, que defiende la «incorporación de los motivos a la causa» del negocio jurídico, en ciertos casos (así, acertadamente, para señalar la ilicitud de la causa).

Ciertamente, resulta atractivo para los partidarios de la interpretación finalista de las normas, entre los que me cuento, introducir el elemento subjetivo del móvil no especulativo en el artículo 1.535, para así excluir el retracto. Pero pienso que se debe huir de esta atracción subjetiva, por lo dicho más arriba sobre la inseguridad de criterio, pues no se sabe si ese móvil, caso de demostrarse que no era especulativo, permanecerá o cambiará.

b) Cuestión del carácter litigioso del crédito.—Este es el punto central del caso, y la vía a través de la que el Tribunal Supremo excluye el retracto, por considerar que el crédito no tenía la condición de litigioso.

La solución no es tan sencilla porque, cierto que hubo transacción o compromiso que puso fin al litigio pero, a continuación, se entabló demanda contra la transacción y el laudo arbitral por nulidad, y fue en este momento cuando se produjo la venta de los derechos derivados del laudo. Por tanto, en un momento en que continuaban los litigios entre las partes.

La duda se acentúa porque el artículo 1.535 sólo dice desde cuándo debe considerarse litigioso un crédito, pero no dice hasta cuándo tiene ese carácter. Es evidente que mientras dure el proceso. Pero ¿y si la Sentencia no es firme? Las Sentencias de 14 de febrero de 1903 y 8 de abril de 1904 ponen como término final a efectos de la consideración de crédito litigioso la existencia firme. Por tanto, puede concluirse que el carácter litigioso subsiste mientras dure el proceso o mientras subsista la posibilidad de otro proceso sobre el mismo asunto. Es decir, mientras no haya cosa juzgada, no termina el carácter litigioso del crédito.

Nueva pregunta: ¿y en el caso de la transacción o el compromiso? A pesar de las dudas que acabo de plantear, me decido en este supuesto por la tesis de la Sentencia. Por los siguientes argumentos: la transacción tiene autoridad de cosa juzgada (artículo 1.816 C. c.); «el otorgamiento del compromiso impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral, siempre que la parte a quien interese invoque el compromiso mediante la correspondiente excepción, que tendrá carácter previo en aquellos procedimientos que admitan defensas de toda clase (artículo 19 de la Ley de 22 de diciembre de 1953); además, según el artículo 1.809 del Código, la transacción «es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa evitan la provocación de un pleito o *ponen término* al que había comenzado».

Relacionando estos artículos con el 1.535 C. c., puede llegarse a la conclusión de que por la transacción y el compromiso el crédito pierde su carácter de litigioso, mientras duren los efectos de esos contratos. Y dichos efectos persisten mientras no se declare su nulidad, no bastando la simple demanda solicitando la nulidad. Por tanto, a los fines del artículo 1.535 C. c. es necesario admitir la siguiente paradoja: «aunque se litigue sobre la transacción o el compromiso, el derecho determinado por esos contratos tiene el carácter de no litigioso, pues el efecto propio de los mismos es la exclusión de litigios.

Por tanto, no procede el retracto del artículo 1.535 del Código civil en tales casos.

DECLARACION DE PROPIEDAD ASPECTOS DE PRUEBA (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1969).

Se trata de un caso que no plantea problemas substantivos pues, A demanda a B sobre declaración de propiedad a favor de aquél de unos terrenos comprados por éste, por estimar que B los compró como mandatario y con dinero de A, por lo que deben rectificarse las inscripciones de propiedad a nombre de dicho mandatario, para que consten a nombre del demandante.

Se plantean, pues, únicamente problemas de tipo probatorio. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, confirmada por la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, dio la razón al demandante, por estimar probada la

relación de mandato. El demandado recurre, y el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso, pudiendo resumirse su doctrina en los siguientes puntos:

1.º El uso que los Tribunales de instancia hagan de la facultad discrecional que les concede el artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento civil no puede dar lugar a un recurso de casación en el fondo.

2.º El error de hecho en la apreciación de la prueba, alegado por el recurrente, no puede patentizarse por un documento que fue objeto de análisis e interpretación por la Sala de instancia.

3.º No puede alegarse la infracción del artículo 1.253 del Código civil, diciendo que es contrario a las reglas del buen juicio y criterio humano que se conceda un mandato sin causa ni razón que lo justifique, pues la Sentencia de instancia se basó, para apreciar el mandato, en una prueba documental directa, no en la prueba de presunciones, única para la que es aplicable la idea del artículo 1.253 del Código civil.

J. M. G. G.

DIVISION DE COSA COMUN. Adquisición de porción indivisa por precto confesado superior al normal. Construcción extralimitada. La Ley de Unidades Mínimas de Cultivo y sus presupuestos: "Sociedad Productora de Fuerzas motrices, S. A.", c. Español Ardiaca (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1969).

Doctrina de la Sentencia. La Ley de Unidades Mínimas de Cultivo exige, como es lógico, que se trate de fincas rústicas, en las que se lleve a cabo algún cultivo... Ni siquiera es factible su catalogación (la finca objeto de la división de autos) como fondo rústico..., dado su valor en venta superior al doble del normal en el mercado inmobiliario de la zona.

Antecedentes. I. Desde antes de 1963 la Sociedad demandante había comenzado la confección de planos, excavaciones y demás trabajos relativos a la construcción de una Residencia en una zona pirenaica, cuya edificación y servicios anejos de jardinería y deportivos se efectuaban por una empresa constructora filial suya. II. Que entre las varias fincas que interesaba a la actora adquirir se encontraba un «prado», perteneciente en *pro indiviso* a tres hermanos llamados Antonio, Angela e Isabel, objeto del caso de autos. III. La empresa actora había entrado en relaciones con dichos hermanos (normalmente, según la demandante, y bajo amenazas de expropiación forzosa caso de desavenencia, según el demandado), valorando la finca en 60.000 pesetas, comprando dos terceras partes indivisas a 20.000 pesetas cada una. IV. No se adquirió la parte indivisa de doña Isabel, por residir ésta en Francia y por exigir doble cantidad por su parte indivisa de la percibida por sus hermanos (tesis de la actora) o por hacerlo después de haber comenzado la construcción de la Residencia y haber alterado la demandante la finca variando su uso y destino, con construcción en una parte de la misma, líneas de energía eléctrica, carretera de acceso, etc. (tesis del demandado). V. Así las cosas, doña Isabel decidió vender su porción indivisa al hoy demandado,

cuyo precio real fue de 40.000 pesetas (tesis de la actora) o de 190.000 (tesis del demandado); en la correspondiente escritura pública se hizo constar que «el precio de la venta es el de 190.000 pesetas, de las que al contado entrega el comprador a la vendedora 40.000 pesetas, y las restantes 150.000 pesetas reconoce la vendedora tenerlas recibidas del propio adquirente con anterioridad al otorgamiento de la escritura». La finalidad de tal cláusula, según la actora, era consignar un precio superior al real para el supuesto de que la demandante ejercitase la acción de retracto. Sin embargo, el demandado afirmaba que el precio de la porción de terreno adquirido (*sic*) era superior a las 190.000 pesetas. VI La entidad demandante, entendiendo que la comunidad de bienes supone un estado antieconómico y de difícil gobierno, interesaba se procediese a la división de la cosa común, proponiendo como división más plausible la de que se adjudiquen las dos terceras partes del «prado» de referencia, lindante con otra propiedad de la entidad, a la actora y al demandado la parte tercera restante de la zona correspondiente al Nordeste de la finca, con acceso directo por el sendero que siempre ha existido, y que desemboca en la Carretera. A esta pretensión se oponía el demandado, por entender que la finca había quedado totalmente desfigurada, al dejarla la actora inútil para siempre con las alteraciones hechas en la cosa común, por lo que era totalmente imposible la división.

La parte actora finaliza su demanda pidiendo: se dicte Sentencia acordando la división de la cosa común en la forma expuesta en el cuerpo del escrito, con expresa imposición de costas al demandado si se opusiere a la demanda por su temeridad y mala fe.

El demandado *contestó* y se opuso a la demanda, terminando con la *súplica* de que se dicte Sentencia declarando que la finca era esencialmente indivisible, absolviéndole de la pretensión de dividirla en la forma solicitada en la demanda. Además, y por otra parte, formuló *reconvención*, por la que *suplica* se dicte Sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1. Declarar que por haber edificado la actora con mala fe en la finca de autos, todo lo edificado correspondía al reconviniente en una parte ideal e indivisa, idéntica a la que tienen la actora y el demandado como plenos propietarios de la finca, a concretar dicha parte en ejecución de Sentencia, entendiéndose que él no venía obligado a indemnizar cantidad alguna a la actora. 2. En caso de considerar de buena fe a la actora y se condenase a abonarla la tercera parte del valor del terreno, que ello se concretase en ejecución de Sentencia. 3. Que, de no haber lugar a las dos anteriores condenas, se condenase a demoler lo edificado y plantado, dejando la finca en el estado anterior para que pudiera ser utilizada conforme a su anterior destino o naturaleza (*sic*). 4. En todo caso, se condenase a abonar daños y perjuicios por la tercera parte del cultivo de la finca, contados a partir de la ocupación de la misma por la actora, los que serían fijados en ejecución de Sentencia, así como las costas del procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, por la que, estimando la demanda, acordó la división de la finca común, en la forma solicitada e indicada en el plano presentado con la demanda, y cuyo límite se fijaría por peritos en ejecución de Sentencia; y estimando en parte la reconvención, condenó a la actora a demoler todo lo edificado y plantado por ella en la parte de la finca adjudicada al demandado, dejándola en el estado anterior para que pueda ser utilizada conforme a su anterior destino y naturaleza, y a abonar al demandado los daños y perjuicios que figuran en eje-

cución de Sentencia por la tercera parte del cultivo de la finca, contados a partir de la ocupación de la misma por la sociedad actora. Todo ello sin condena en costas a ninguna de las partes.

La Audiencia—interpuesto recurso de apelación por el demandado, al que se adhirió la actora respecto a los extremos del fallo que le eran perjudiciales—desestimó ambos recursos y confirmó íntegramente la Sentencia apelada.

El demandado formula recurso de casación con apoyo en diversos motivos, de los que el único admitido es el siguiente: por violación de la Ley de 15 de julio de 1954 y Orden del Ministerio de Agricultura de 27 de agosto de 1958; disponiendo el artículo 2.º de la Ley de 1954, que «las parcelas de cultivo de extensión igual o inferior a la unidad mínima de cultivo tendrán la consideración de indivisibles», y la Orden citada establece la extensión superficial de dicha Unidad Mínima, fijándola para el término municipal de la finca en cuestión en una hectárea para el secano y 0,25 hectáreas para el regadío; mientras que la finca, denominada varias veces en la Sentencia como «prado» o «prado secano», tiene únicamente 14 gallnes, o sea, 30 áreas y 20 centiáreas. La violación existe porque a supuesto tan claro no se ha aplicado la norma que debería aplicársele, referida.

El recurso es rechazado, en Sentencia de la que es ponente don José Beltrán de Heredia y Castaño, sentando la doctrina siguiente:

Considerando: Que la única denuncia que en su momento oportuno fue estimada admisible por esta Sala, de entre las diversas que se formularon en el escrito del recurso, es la contenida en la primera parte del motivo segundo, es decir, aquella en que se alega violación por inaplicación del artículo dos de la Ley de la Jefatura del Estado de 15 de julio de 1954 sobre *unidades mínimas de cultivo*, que considera indivisibles con el fin de fomentar y proteger la agricultura, y en definitiva, la producción nacional: *que, sin embargo, no es posible aplicar al presente supuesto, porque la disposición legislativa citada exige, como es lógico, que se trate de fincas rústicas en las que se lleve a cabo algún cultivo*, carácter que no tiene la que fue dividida en este caso, pues como dijo el juzgador de primera instancia y mantuvo el Tribunal *a quo*, no se trataba de una finca agrícola cultivada; y, además, porque a tenor del artículo segundo del Reglamento de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, *no era factible ni siquiera su catalogación como fundo rústico*; habida cuenta la proximidad del Parador Nacional del Turismo y del edificio-residencia construido por el actor y hoy recurrente, que lo dan un *valor en venta superior al doble del que normalmente corresponde en el mercado inmobiliario de la zona*; razonamientos y consideraciones de hecho que no han sido contradichos por el recurrente en forma adecuada, a causa de la cual es obligada la desestimación de este motivo en la única parte que se admitió a trámite, y con ello la del recurso en su totalidad, con los inevitables pronunciamientos del artículo 1.748—mil setecientos cuarenta y ocho—de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Comentario: La Sentencia precedente reúne los suficientes elementos de hecho como para merecer un detenido comentario aunque en este momento no me sea posible más que aludir a algunos puntos que creo interesantes y dignos de atención.

Lo primero que resalta es la limitación de datos que viene ya dada en la exposición del caso, cual es, por ejemplo, la reducción de los motivos del recur-

so de casación a uno tan sólo, lo que necesariamente implica una falta de conocimiento de la argumentación del recurrente.

En segundo lugar, sería interesante saber el estado de la causahabiente del demandado y el título por el que dicha señora había adquirido: si la adquisición le era presuntivamente ganancial, v. gr., podría llegarse a consecuencias imprevistas. Pero nos quedamos en el terreno de la pura hipótesis, al desconocer tal dato.

En tercer lugar, el que la entidad demandante, cuyo objeto social es previsiblemente el de producción de energía eléctrica, se dedique a la construcción, ¿implica una desviación del objeto social? O de otro modo, la determinación del objeto social ¿supone una limitación de la capacidad de la sociedad? Cabe aquí apuntar dos subcuestiones: una, la de si la construcción pueda o no incluirse entre las actividades complementarias del normal objeto social de la entidad en cuestión; otra, la de las facultades de los administradores y su responsabilidad caso de excederse en sus funciones como órganos sociales. Toda esta rica problemática, que en correcta línea *dogmática* parecía ya superada a estas alturas, vuelve a replantearse recientemente entre nuestra mejor doctrina, mercantilista (BROSETA).

En cuarto lugar, de los argumentos de ambas partes parece deducirse que en algunos momentos hay una ligera confusión entre *precio* y *valor* de la tercera parte indivisa adquirida por el demandado.

En quinto lugar, tampoco está nada claro la pretendida identidad entre *destino* y *naturaleza* de la finca, cual afirma el demandado, y se reconoce por el Juzgador de instancia. A poco que se profundice en ello, pese a la falta de estudios sobre este punto, parece que no es fácil sostener tal identidad.

Finalmente, el problema de la construcción «extralimitada»—tratado por mi ilustre compañero SANZ FERNÁNDEZ, con autoridad en su conocido estudio sobre la *accesión*—, no aparece con la claridad necesaria, aunque es de suponer que la prueba determinó la Sentencia de instancia en sentido favorable al demandado reconviniente. Ahora bien, y sin entrar en ulteriores detalles, parece claro que tal construcción se había efectuado en la finca en estado de *pro indivisión*, o sea, *antes* de poderse determinar físicamente qué porción de terreno correspondía a demandante y demandado: visto así el problema, parece claro que el demandado recurrente tenía razón. Pero, desde otro punto de vista, parece incongruente argumentar el juzgador sobre la *base lógica* de que la entidad demandante «ha edificado y plantado en la parte de la finca adjudicada al demandado», ya que la misma naturaleza de las cosas nos está diciendo que esa porción no puede determinarse en tanto en cuanto no se proceda a terminar el *pro indiviso* mediante la oportuna división de la cosa común. Se da por resuelto lo que es el supuesto de hecho del litigio; la *indivisión*.

Cabe finalizar con la alusión a la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo, de suerte poco afortunada—como tantas otras disposiciones llenas de buena voluntad, pero poco reales—, y que cabría decir que prácticamente es letra muerta, sobre todo en las zonas turísticas del país. Sin embargo, en base a esta disposición se resuelve y rechaza el recurso por faltarle, era obvio, a la finca en litigio, el requisito de ser predio rústico o cultivable. Cabría aquí cuestionar si ello es o no la verdadera *ratio decidendi*, o de otro modo, si bajo esta aparente envoltura *formal* no vendrá *incapsulado* el verdadero motivo de la decisión, es decir, la *equidad* que se desprende de la decisión del Juez de Primera Instancia.

III. CONTRATOS

ARRENDAMIENTOS

REVISION DE RENTA DE FINCA RUSTICA. NO ES POSIBLE ESTIMAR ESTE COMPRENDIDA EN LA LETRA NI EN EL ESPIRITU DEL DECRETO LEY DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1967 LA SUSPENSION DEL DERECHO DE REVISION DE LA RENTA, REGULADO EN EL ARTICULO 7 DEL REGLAMENTO DE ARRENDAMIENTO RUSTICO (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1969).

Demanda: El actor establece que la renta del contrato rústico comprensivo de las fincas descritas en el hecho primero es de 4500 pesetas, equivalente, convertida al patrón trigo, a 18 quintales métricos de trigo con 75 centésimas de quintal, y que dicha renta deberá ser revisada, señalándose como más justa y equitativa la de 76 quintales métricos de trigo con 972 milésimas de quintal, equivalentes para el actual vencimiento de 20.780 pesetas y condenar al demandado a estar y pasar por dichas declaraciones con imposición de las costas de este juicio.

Contestación: Se suplicaba se dictara Sentencia, en su día, por la que se declarara que la renta en metálico de 4.500 pesetas pactada en el contrato de arrendamiento objeto de este pleito, equivalente a 18 quintales métricos de trigo con 75 centésimas de quintal es la renta justa, desestimando los restantes pedimentos de la demanda.

Fallo: Estimando parcialmente fundada la demanda interpuesta declara, en razón de la correspondiente conversión rentaria, que el precio del arrendamiento originariamente adecuado equivale a la cifra de 18 quintales métricos de trigo con 75 centésimas de quintal anuales, y absuelve al demandado de la petición aducida en el epígrafe segundo del suplico, imponiendo por mitad las costas procesales causadas.

Apelación: Revoca la Sentencia dictada y estima la demanda promovida, procediendo a su revisión y señalando como pagadera en vencimientos posteriores a la demanda la de 15.200 pesetas, equivalentes a 52 quintales métricos y 296 milésimas de quintal de trigo. Se condena al demandado a estar y pasar por estas declaraciones, sin hacer especial imposición de las costas de ambas instancias.

La expresada Sentencia fue aclarada por auto, en el sentido de que la renta revisada es de 15.200 pesetas, equivalente a 56 quintales con 296 milésimas.

Recurso de revisión.

Motivos: *Unico:* Al amparo de la causa 3.^a del apartado 4.^o del artículo 52 del Reglamento de 29 de abril de 1959 sobre Arrendamientos Rústicos, fundado en injusticia notoria, por infracción y por interpretación errónea del artículo 6.^o del Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967 en relación con los párrafos 3.^o y 4.^o del Preámbulo del mismo.

Considerando: Que en la parte dispositiva del Decreto-Ley de 28 de noviembre de 1967, sobre medidas para garantizar la estabilidad del coste de vida, en relación con la renta de los arrendamientos rústicos, sólo se dispone en el párrafo 3.º de su artículo 6.º, que hasta el 31 de diciembre de 1968 se mantendrá el vigente precio a efectos de la determinación de aquélla, sin establecerse ninguna limitación al derecho regulado en el artículo 7.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, de pedir la revisión de la renta pactada; y aunque en la Exposición de Motivos de aquel Decreto se hable en general de la prohibición de que toda clase de rentas rebasen su actual nivel hasta el 31 de diciembre de 1968, y se diga que las de los arrendamientos rústicos y urbanos no podrán exceder de las del presente año, ello no es motivo para entender, cuál se sostiene en el recurso, que la voluntad del legislador fuera suspender también hasta la fecha indicada el ejercicio del referido derecho de revisar la renta pactada en los arrendamientos rústicos, pues, aparte de que de ser así se hubiera dispuesto expresamente, como se hace respecto a los urbanos en el propio artículo 6.º, que especifica los distintos supuestos de elevación y revisión de renta que quedan en suspenso, esa interpretación del Decreto no es admisible si se tiene además en cuenta, en primer lugar, que la revisión de renta prevista en el artículo 7 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos se refiere a casos singulares, y no a supuestos generales como son los contemplados en aquél, y en segundo término, que la revisión puede tener por objeto tanto la elevación como la reducción de la renta, siendo precisamente uno de los datos o elementos de juicio a ponderar para efectuarla, el de los precios medios de los productos y cuantía de las rentas vigentes se insta; lo cual revela que el ejercicio de esa facultad de revisión no puede incluir en general en el aumento de rentas, ni supone una elevación de precios contraria a la finalidad estabilizadora que se persigue en el Decreto, dado que, como se razona en la Sentencia recurrida de la Audiencia Territorial, con la revisión se tiende sólo y exclusivamente a obtener el restablecimiento de las contraprestaciones de las partes, alteradas por otras circunstancias diferentes a las que se tuvieron en cuenta al otorgarse el contrato de arrendamiento, y que determinan sea desproporcionada la renta satisfecha por el arrendatario en relación con los beneficios que realmente se obtienen con la explotación y aprovechamiento de la cosa arrendada; por todo ello no es posible estimar esté comprendida en la letra ni en el espíritu del referido Decreto-Ley de 28 de noviembre de 1967, la suspensión del derecho de revisión de la renta regulado en el artículo 7.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos y al haberlo entendido así la Sentencia de segunda instancia no ha interpretado erróneamente aquel Decreto, cual se alega en el único motivo del recurso al amparo de la causa 3.ª del apartado 4.º del artículo 52 del repetido Reglamento de Arrendamientos Rústicos; siendo, en consecuencia, procedente la desestimación del recurso; sin expresa condena en costas en cuanto ni se ha personado la parte recurrida, ni cabe apreciar temeridad o mala fe en la recurrente, según se deduce del hecho de no ser conformes las dos Sentencias de instancia.

Fallo: Se desestima el recurso de revisión sin expresa imposición de las costas causadas.

DECLARACION DE INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE FINCAS RUSTICAS POR LA AUSENCIA DEL PRECIO CONCERTADO, ESTIMANDOSE ESTE REQUISITO ESENCIAL PARA EL NACIMIENTO Y EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE ESTA CLASE. LA CERTEZA DE LA RENTA CONVIENE IGUALMENTE A UNA RENTA CUANTITATIVAMENTE FIJADA O A OTRA QUE PUEDA FIJARSE EN CUALQUIER MOMENTO, SIN LUGAR A DUDAS, POR VIRTUD DE ANTERIOR ACUERDO ENTRE LAS PARTES EN ORDEN A LOS FACTORES A CONSIDERAR Y LA FORMA DE REALIZARLO Y SIN NECESIDAD DE NUEVO CONVENIO (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1969)

Demanda: Los actores describen 54 fincas rústicas, sitas en término municipal de Campaspero, que dieron en arrendamiento al demandado «sin concretar la renta que había de pagar», en virtud de la antigua e íntima amistad existente y «siempre sobre la base de 200 fanegas de trigo que, al precio de productor, los anteriores arrendatarios venían pagando». El acuerdo no fue posible, pese a los repetidos intentos de solucionar la cuestión, y al amparo del artículo 1.547 del Código civil se instó juicio declarativo de menor cuantía para que se condenara a la entrega de las fincas arrendadas y al pago del precio fijado pericialmente. El demandado alegó un problema de legitimación, fallándose en su contra en primera instancia y revocándose en apelación por inadecuación del procedimiento. Se reproduce la cuestión correctamente y se fija, a efectos de cuantía y procedimiento la cantidad correspondiente según la prueba pericial practicada.

Suplico: Declarar la inexistencia del arrendamiento y condenar al demandado a la entrega de las fincas arrendadas pagando el precio fijado pericialmente en ejecución de Sentencia, y con imposición de costas.

Contestación: Sólo tenía en arrendamiento 45 fincas, que se le entregaron invocando una vieja amistad, porque estaban en muy deficientes condiciones de cultivo y no era fácil encontrar arrendatario. El acuerdo sobre la renta consistió en que el primer año no se pagaría por las malas condiciones de las fincas y lo avanzado de la temporada. Por otra parte no hubo negativa a pagar dicha renta, pero antes debía ser fijada tomando en cuenta la de un año y calculándose a precio de rentista.

Suplico: Se declarase la validez del contrato de arrendamiento en cuanto a las fincas rústicas entregadas en tal concepto y cultivadas por el demandado, según el resultado de la prueba practicada, concretándose la renta por las partes o por medio de los Tribunales, no debiendo ser abonada la del primer vencimiento del contrato por estar así pactado y con expresa imposición de costas.

Falio: Declara inexistente el supuesto contrato de arrendamiento y condena a la entrega de las fincas recibidas y a pagar la indemnización que se fije en ejecución de Sentencia sobre la base determinada pericialmente en autos y descontando la parte correspondiente a las fincas que se referenciaban, sin expresa imposición de costas.

Apelación: Confirma la Sentencia de primera instancia sin declaración especial sobre las nuevas costas causadas.

Recurso de revisión

Motivos: 1.º Amparado en el número 3.º del artículo 52 del Decreto de 29 de abril de 1959, en su apartado 4.º, por haberse cometido injusticia notoria por infracción del párrafo 2.º del artículo 1.º del Reglamento, para la aplicación de la legislación de Arrendamientos Rústicos. 2.º Al amparo del artículo 52, bajo el mismo número y apartado del mismo Decreto, por haberse cometido injusticia notoria por infracción de los artículos 1.091 y 1.278, y especialmente el 1.258 y concordantes del Código civil. 3.º Amparado en el mismo precepto por haberse cometido injusticia notoria por infracción del artículo 1.302 del Código civil, aplicable con carácter supletorio.

Considerando: Que en principio los tres motivos fundamentales del recurso adolecen de vicio esencial de forma, pues se denuncia en todos ellos infracción de preceptos legales sin expresión de su naturaleza, lo que vulnera lo imperativamente prevenido en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Considerando: Que queda inalterada por inatacada la base fáctica de la Sentencia impugnada, debiendo estudiarse los temas propuestos con sujeción a las situaciones reales admitidas.

Considerando: Que no puede prosperar el primer motivo porque con independencia de que la fijación de la renta pueda ser totalmente libre o regulada, la regulación no se opone a la previa necesidad de una fijación libremente convenida, sino que más bien la presupone, porque la supresión del calificativo «cierto», usado en el artículo 1.543 del Código civil y omitido en el párrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley de 1935 y de su Reglamento, no tiene el alcance que le atribuye el recurrente, porque este término equivale a «conocido, verdadero, seguro, indubitado» y esto conviene a la renta cuantitativamente fijada o a la que se fija por virtud de acuerdo anterior, y sin nuevo convenio, y en tal sentido se exige por la Legislación Arrendaticia al requerir que «medie renta, ya sea en metálico, en especie, o en ambas formas» lo que presupone la acorde y previa certeza y realidad de la misma, y a igual conclusión se llega por la interpretación sistemática de preceptos específicos de la legislación arrendaticia; el número 7.º del artículo 7 del Reglamento presupone la necesidad de fijación contractual del precio del arrendamiento, al establecer el mecanismo legal para su revisión; la previa determinación de la renta es necesario antecedente para la clasificación del contrato y aplicando, en su caso, las normas generales y especiales de protección que por el ordenamiento legal se establecen por la doctrina análoga y concordante de las Sentencias de este Alto Tribunal, de 6 de marzo de 1952; 31 de marzo de 1955 y 23 de febrero de 1962.

Considerando: Que no pueden prosperar el motivo segundo porque la Sentencia impugnada se limitó a declarar la inexistencia del pretendido contrato de arrendamiento por falta de precio concertado y no existiendo contrato no puede hablarse de su obligatoriedad ni de la fuerza de las obligaciones nacidas del mismo ni de su perfeccionamiento por el mero consentimiento de las partes.

Considerando: Que la misma suerte corresponde al motivo del ordinal 3.º, porque ni los actores ejercitaron acción de nulidad ni aparece alegado vicio de consentimiento por error en personas o cosas, sino que lo alegado y apreciado en las dos instancias es la falta de precio, por lo que se priva al negocio jurídico de causa y el contrato no nace por falta de este requisito esencial; aparte de que aun entendiendo que el contrato había comenzado su vida con la entrega de la finca sin concretar precio o renta, pudo el arrendador pedir la devolución de la cosa con abono del precio correspondiente por la vía del tan repetido artículo 1.547 del Código civil.

Considerando: Que a pesar de la total conformidad de las dos Sentencias de instancia no aparecen razones suficientes para entender que haya mediano temeridad o mala fe procesal en el recurrente, a los efectos de expresa declaración sobre las costas de este recurso.

Fallo: No haber lugar al recurso de revisión, sin especial imposición de costas.

E. I. M.

IV. FAMILIA

IMPUGNACION DE FILIACION LEGITIMA. Las presunciones del artículo 108 del Código civil: La separación de hecho y el cómputo del plazo fijado por el artículo 108; la separación de hecho y el nacimiento del hijo. La condena por adulterio y el artículo 109 del Código civil. (SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1969).

Doctrina de la Sentencia: La doble presunción del artículo 108 sólo debe regir en los supuestos de convivencia matrimonial: tal artículo se refiere a la separación legal, única existente para la Ley. La separación acordada privadamente por los cónyuges no impide por sí la presunción de paternidad, pero si después de separados convencionalmente ocurre el nacimiento del hijo, podrá el marido oponerse a la legitimidad... La Sentencia condenatoria en proceso penal de adulterio es documento auténtico y contradice el fallo recurrido, y a ella no se opone el artículo 109, que sólo es aplicable cuando existe la convivencia matrimonial: la declaración fáctica del fallo penal de que «la niña no fue engendrada por el marido», destruye la presunción de legitimidad del artículo 108, y demuestra el error de hecho del juzgador.

Antecedentes: I) Ambos litigantes habían contraído matrimonio canónico en el año 1957; según manifiesta la esposa «resulta anómalo que un hombre de treinta años no consumase su matrimonio con una niña de veinte años» (sic), permaneciendo inconsumado el matrimonio durante tres años y medio, y, además, «el marido consentía que sus amigos ballasen con su joven esposa, poniéndola en circunstancias difíciles para su juventud y debilidad» (sic). II) En 1960 se promovió un escándalo ante el domicilio conyugal, por un vecino, que hacía constar vociferando las relaciones ilícitas mantenidas con la esposa; ante lo cual el marido abandonó a su esposa y desapareció del

domicilio conyugal, y la esposa—previa autorización del marido—fue internada, en el Convento de las Adoratrices de otra ciudad, siendo reconocida por un Tocólogo, que dictaminó conservaba su virginidad, donde permaneció más de un año. III) En abril de 1961 los cónyuges plasmaron su separación *amistosa* o de hecho en un documento privado, que fue después aportado al pleito. IV) Al parecer, a principios de dicho año 1961 el marido trasladó su residencia a Madrid, permaneciendo ininterrumpidamente en dicha ciudad, quedando en zona polémica la cuestión de hecho de si los cónyuges después de tal fecha habían o no vuelto a juntarse, y hecho o no uso del matrimonio, lo negaba el marido, y lo afirma la mujer. V) A mediados de 1965 la esposa se presentó al marido y le comunicó su estado de embarazo, al parecer como fruto de relaciones sexuales con otro hombre; ante lo cual el marido se querelló contra su mujer por adulterio, *fallando* la correspondiente Audiencia el 4 de noviembre de 1966, que la mujer era *culpable* y declarando *hechos probados*: «1. Que los cónyuges habían contraído matrimonio conónico en 1957, y que en 31 de diciembre de 1960 se separaron de hecho, por atribuirse a la esposa relaciones íntimas con dos individuos, cosa que se reconoce por uno de ellos... y en 1965 la procesada dio a luz una niña..., fruto de relaciones íntimas con un hombre distinto de su marido, que no ha sido identificado con la necesaria certeza, al menos indiciaria para su procesamiento». VI) Como consecuencia de tal embarazo la mujer dio a luz una niña, inscrita en el Registro civil con los apellidos de sus padres, cosa que no reconocía el marido, dado que estaba separado de su mujer.

La *demanda* termina con la súplica de: que se declare haber lugar a la impugnación de la legitimidad atribuida a la niña como hija del demandante, con las consecuencias inherentes a dicha declaración; que procedía privar y se privase de su apellido a tal niña, hija de su esposa, y que se rectificase en el libro de nacimientos.

La *contestación* a la demanda por la esposa y por el Ministerio Fiscal terminaban suplicándose desestimase la demanda por estar los hechos carentes de completa prueba, lo que incumbía al litigante que los afirma.

El *Juzgado* dictó Sentencia desestimando la demanda y declaró no haber lugar a la acción impugnatoria de la legitimidad de la niña.

La *Audiencia* confirmó la Sentencia apelada.

El demandante interpuso recurso de *casación* por infracción de Ley, en base a los siguientes motivos:

1.º Error de hecho en la apreciación de la prueba, señalando como documento auténtico que acredita la equivocación evidente del juzgador la certificación de la Sentencia dictada por la respectiva Audiencia en el proceso penal por adulterio, condenando a la esposa hoy demandada: tal fallo penal declara probado que el padre de la niña es un hombre distinto del marido, en tanto que la Sala *a quo* declara que el padre es el marido. No cabe mayor contradicción.

2.º Error de hecho en la apreciación de la prueba, infringiéndose por violación la norma contenida en el artículo 1.218, 1.º C. c., en cuanto establece la regla de valoración probatoria de los documentos públicos.

3.º Infracción por violación, o falta de aplicación, del principio de veracidad de la cosa juzgada que informa el artículo 1.252 del Código civil, y de la numerosa doctrina legal que lo ha reconocido.

4.º Infracción por violación, o falta de aplicación, de la doctrina legal, que sanciona que «las Sentencias penales condenatorias son vinculantes, en cuanto a los hechos declarados probados para esta Jurisdicción civil» (Sentencias de 6 de diciembre de 1962, 20 de abril de 1965, 21 de febrero de 1964, 2 de febrero de 1960, entre otras).

5.º Infracción por interpretación errónea del párrafo 2.º del artículo 108 del Código civil, en cuanto este precepto establece una presunción *iuris tantum*, de legitimidad contra la que puede accionarse probando la imposibilidad física a que aquél se refiere: denuncia la interpretación errónea de tal párrafo, al amparo del número 1.º—y no del 7.º—del artículo 1692 LEC; invoca la doctrina sentada por la reciente Sentencia de 17 de febrero de 1968, la cual declara que «el artículo 103 se limita a establecer una presunción de legitimidad, contra la cual no puede accionarse sino probando la imposibilidad física de acceso a que se refiere». Entiende el recurrente que tal norma afecta al *objeto* de la prueba, pero *no* a los *medios* que pueden emplearse para justificar el hecho único que, para contrarrestar la fuerza de la presunción, admite: por tanto, no establece ninguna norma valorativa de prueba. En base a este «precepto jurisdiccional» (*sic*), es claro que la apreciación de la imposibilidad física no puede estar más manifiesta en el hecho *probado* de la Sentencia penal: tal hecho probado, cualquiera que sea el *medio* por el que ha accedido al proceso, destruye la presunción *iuris tantum*, de legitimidad sancionada por el artículo 108 del Código civil.

6.º Infracción, por apreciación indebida, del artículo 1.253 del Código civil, que establece el medio probatorio de la presunción, del que ha hecho uso indebido la Sala *a quo*.

El *Tribunal Supremo*, en Sentencia de la que fue Ponente don Tomás Ogayar Ayllón, *acoge* este recurso en base a la siguiente doctrina:

Considerando: Que la trascendencia social de la familia legítima obliga al derecho positivo a defender el estado de legitimidad de la prole nacida durante el matrimonio, y como la paternidad es un hecho de difícil prueba, para obviar esta dificultad, velar por los derechos de los nacidos durante el matrimonio, y prevenir el que, a socaire de un hecho, se pueda introducir en la familia como hijo al que lícitamente no lo merezca, nuestro Código civil, en su artículo 108 establece una doble presunción: *Explicta*, la relaciona con el tiempo de la concepción presumiéndose legítimos a los nacidos dentro de cierto plazo; e *implícita* en orden a la *paternidad*, presumiéndose que el marido de la madre es padre de los hijos concebidos durante el matrimonio (*pater est is quem nuptiae demonstrant*), *presunciones que sólo deban regir en los supuestos de convivencia matrimonial*, cual acredita el citado artículo 108 al computar el plazo que fija «desde la disolución o separación de los cónyuges», pues al cesar la vida matrimonial no existe ocasión de que los esposos se unan carnalmente, y por ello el artículo 111 autoriza al marido a desconocer la legitimidad del hijo nacido «después de transcurridos trescientos días de la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges», sin que esté obligado a ejercitar toda una impugnación contra una legitimidad inexistente, ni a probar la falta de una paternidad tal vez inverosímil de por sí.

Considerando: Que el repetido artículo 108 sólo habla de separación, mientras que el 111 se refiere expresamente a la separación legal, y aunque aquél no dice a cuál hay que atender, ni tampoco si a la provisional o a la definitiva, es claro que el Código se refiere a toda separación que suspende o concluye la vida matrimonial; y como para reconocerle eficacia es preciso que conste debidamente acreditada, y ello sólo puede suceder si se hace con las solemnidades legales e intervención judicial, hay que estimar que el tan citado artículo 108 se refiere a la separación legal, única existente para la Ley, que impide el nacimiento de la presunción de la paternidad y permite el ejercicio de la acción de desconocimiento del artículo 111.

Considerando: Que la separación acordada privadamente por los cónyuges no impide por sí la presunción de paternidad, pero como ésta puede destruirse por la prueba «de imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer», exigida en el párrafo 2.º del artículo 108 del Código civil, no cabe duda que, si después de separados convencionalmente y de transcurridos los plazos legales ocurre el nacimiento de un hijo, podrá el marido oponerse a la legitimidad probando la separación, que impedía el débito conyugal, y la mujer, sostenedora de la legitimidad, habrá de acreditar que durante la separación cohabitó con su marido, a cuya conclusión ha llegado nuestra jurisprudencia con un criterio progresivo, cual revelan las Sentencias de 29 de enero de 1890 y 4 de julio de 1914, estableciendo la de 24 de enero de 1947, que deben admitirse «cuantos hechos de cuya demostrada certeza resulta la imposibilidad de que el marido haya tenido relación carnal con su mujer en el período de tiempo precisado legalmente para que sirva de base a la presunción de que ha sido procreado por aquél el hijo nacido, lo que acontecerá siempre que las pruebas acrediten una causa, cualquiera que ella sea, excluyente de la ocasión de que los cónyuges se hayan unido carnalmente», y la de 19 de junio de 1958 declara que «la imposibilidad no es sólo la física, sino que la jurisprudencia extiende a la que se da y se origina también por la ausencia del marido o por cualquier otra que lleve consigo el alejamiento efectivo voluntario o impuesto, de los esposos», doctrina reiterada en esencia en la Sentencia de 16 de febrero de 1968.

Considerando: Que antes de plantear la acción de impugnación, ejercitó el marido recurrente la pena por delito de adulterio, dictándose Sentencia condenatoria el 4 de noviembre de 1966, que quedó firme, en la que se declaran como hechos probados «que dio a luz una niña, fruto de relaciones íntimas con un hombre distinto de su marido»; y la Sentencia impugnada declara «la realidad del matrimonio de los litigantes en 28 de abril de 1957, su separación amistosa de hecho plasmada en documento primado de 21 de abril de 1961, la residencia del esposo en..., y de la Esposa en..., los posibles viajes de aquél a esta ciudad, y la realidad de haberse entrevistado el matrimonio a partir de mayo de 1965 cuando la gestación era ya de cinco meses», y partiendo de que el marido pudo hacer viajes a..., desestima la demanda, porque esta posibilidad destruye la ausencia invocada en aquélla.

Considerando: Que contra esta resolución se interpone el presente recurso, que en su motivo primero, amparado en el número octavo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, señalando como documento auténtico la Sentencia penal condenatoria del delito de adulterio, cuyos hechos probados desconoce y para su resolución debe tenerse en cuenta: Que el documento auténtico a efectos de casación es aquél que por sí mismo hace prueba de su contenido, tanto por

su autosuficiencia como por su litéro-suficiencia; que, si bien es cierto la total independencia de las jurisdicciones penal y civil, la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que *los hechos* que como *probados* se consiguesen en las *Sentencias penales condenatorias*, en cuanto son base y fundamento no pueden desconocer la realidad de los mismos, cual declaran, entre otras, por citar sólo las más recientes, las Sentencias de 2 de febrero de 1960, 6 de diciembre de 1962, 21 de febrero de 1964 y 20 de abril de 1965; que, por lo expuesto, *no cabe duda que los hechos* que la Sentencia penal condenatoria declara *probados* y son el soporte de la condena, son auténticos a efectos de casación, dado que no pueden ser contradiños ni discutidos en la vía civil, por lo que siendo auténtico el documento que este motivo invoca, como ya lo declaró la Sentencia de 4 de febrero de 1943, no cabe duda de que *hay una contradicción evidente entre dicho documento*, que declara que el padre de la niña es un hombre distinto del marido, y el *Fallo impugnado*, que sostiene, amparándose en presunciones de hecho, que el padre es el marido, por lo que, al existir error de hecho denunciado, procede la estimación de este motivo.

Considerando: Que a ello no se opone el artículo 109 del Código civil, al negar valor «a la confesión de la mujer en contra de la legitimidad del hijo, ni aún su condena como adúltera», pues este precepto sólo es aplicable cuando existe *convivencia matrimonial*, que es cuando rige la presunción del 108, pero no cuando la base de la imposibilidad es una separación real y efectiva, no quebranta en el tiempo de la concepción, pues entonces desaparece la razón de esta negativa, que es la de una garantía para los hijos de que no estarán sujetos a las pasiones de los padres; y en cuanto al *adulterio* porque no es posible determinar el momento de la concepción cuando una mujer cohabita en una misma época con dos hombres, dado que ni una ni otra causa pueden existir en el alejamiento no interrumpido.

Considerando: Que en el motivo quinto, basado en el número primero del citado artículo 1.692, se denuncia la interpretación errónea del párrafo segundo del artículo 108 del Código civil, porque la declaración fáctica de que «la niña no fue engendrada por el marido» destruye la presunción de legitimidad del citado precepto motivo que hay que acoger por ser consecuencia del error de hecho apreciado; y como tampoco se declara que la separación se rompiera y el alejamiento de los esposos puede ser real y efectivo, tanto si residen en poblaciones distintas como si alguna vez coinciden en una misma localidad, siempre que no se pongan en contacto, es clara la procedencia de su estimación, por lo que, sin necesidad de estudiar los restantes motivos procede declarar haber lugar al recurso, con los pronunciamientos del artículo 1.745 de la Ley Procesal.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley.

Segunda Sentencia: Por los fundamentos de hecho y derecho de la Sentencia de casación que procede y:

Considerando: Que separados amistosamente los esposos desde el año 1961, viviendo en poblaciones distintas, no acreditado que este alejamiento fuese quebrantado en ocasión alguna desde antes de los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento de la niña, cuya legitimidad se impugna en la demanda, y condenada la madre por el delito de adulterio, cometido al ser dicha niña «fruto de relaciones íntimas con un hombre dis-

tinto a su marido», *tales hechos constituyen causa bastante para que quede excluida la posibilidad física* de un contacto carnal entre los esposos, lo que obliga a estimar la acción de impugnación ejercitada, con arreglo al párrafo segundo del artículo 108 del Código civil, sin expresa condena de costas .

Fallamos: Que, revocando la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de esta capital, el 14 de octubre de 1966, debemos declarar y declaramos que la niña no es hija del esposo, procediendo en su consecuencia rectificar dicha inscripción de nacimiento en el sentido de desaparecer la paternidad atribuida al actor y el apellido Fernández impuesto a dicha niña, del que se le priva por no corresponderle, y todo ello sin expresa condena de costas,

J. C. G.

2.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

POR ELÍAS IZQUIERDO MONTORO

SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1969.—*Nullidad de inscripción registral. La alegación sobre el fondo, improcedente al amparo de un recurso por quebrantamiento de forma y que no tiene relación alguna con la falta de personalidad a que se refiere el precepto amparador invocado, supone su desestimación. El escrito de interposición del recurso carente de la sistemática prescrita en el artículo 1.750 de la Ley de Enjuiciamiento civil obliga también a desestimar el recurso.*

Demanda: Se establece que don G. B. fue propietario de la finca que se discute en virtud de herencia y permuta con un coheredero; que por testamento instituyó herederos universales a sus hijos, y que la familia ha venido ejercitando todas las facultades sobre la finca discutida, según prueba documental que se aporta.

Contestación: La realidad es, que por documento privado don G. B. vendió al demandado, tres años antes de su muerte, el terreno objeto de este juicio, y por tal venta, como es lógico, transmitió el dominio. En dicha venta incorporada a un protocolo notarial y de la que se acompaña a este escrito y se invoca como título la herencia de los padres del vendedor y la permuta en parte, es decir, el mismo origen que se le atribuye en la demanda, si bien el título no se aportó en forma alguna. Al fallecer el vendedor comparece en la notaría don J. L. L. para en su propio nombre y en el de sus hijos menores elevar a escritura pública aquella venta y ratificarla en todos sus extremos.

Fallo: Desestimó la demanda al no haberse ejercitado la acción de dominio conjuntamente, y en su consecuencia carecer los actores de legitimación, y todo ello con expresa condena en costas a los demandantes.

Apelación: Confirmó en toda su integridad la Sentencia apelada, con imposición de costas del recurso a la parte recurrente.

Casación por quebrantamiento de forma: Al amparo del número 2.º del artículo 1.693. Se ha discutido en ambas instancias una cuestión de propiedad que no formaba parte del *petitum* y es el momento, ahora, de considerar tres enfoques distintos: Primero: Si el título es o no inscribible por adolecer de clara transgresión al artículo 164 del Código civil. Segundo: Si como consecuencia la inscripción debe ser o no anulada una vez atacada por el procedimiento del artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Tercero: Si los documentos tenían o no personalidad para instar la acción de nulidad de la inscripción. Los dos primeros puntos no han sido resueltos en la parte dispositiva de las Sentencias, por estimar una falta de legitimación en la parte demandante al no haber ejercitado simultáneamente las acciones de dominio y nulidad de inscripción. Es lógicamente el único aspecto a decidir ahora, si hubo o no personalidad por este motivo. Siguen aduciendo que el artículo 38 de la Ley

Hipotecaria autoriza que la acción de nulidad se interponga previamente a la de dominio. Al ser ejercitada la acción tal y como se ejercitó, con todos los respetos al juzgador, estiman que se ha negado una personalidad que jurídicamente existe e instan este recurso por quebrantamiento, de formas esenciales del procedimiento, que ha producido indefensión.

Considerando: Que el único motivo del recurso interpuesto se basa en la falta de personalidad, que es una cuestión sobre la que nada se dice en el recurso, pues como se expresa literalmente al desarrollar su motivación, lo que se impugna es, «que se haya discutido en ambas instancias una cuestión de propiedad que no formaba parte del *petitum*», esta alegación sobre el fondo es improcedente al amparo de un recurso por quebrantamiento de forma y no tiene relación alguna con la falta de personalidad a que se refiere el precepto amparador invocado, por lo que procede su desestimación, aparte de que por su forma de redactar el escrito de interposición, carente de la sistemática prescrita en el artículo 1.750 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en este momento procesal habría que llegar a la misma consecuencia.

Fallo: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma y condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el recurso.

SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1969.—*Sobre incidente de excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción por actuación de la corporación municipal de Valencia como persona jurídica de Derecho privado y no como autoridad de Administración local en función de política urbana. El hecho de que el Ayuntamiento de Valencia sea propietario del inmueble que ocuparon los recurrentes no desvirtúa lo más mínimo su actuación como administración pública, que de no serlo no la habría podido desarrollar.*

Demanda: Los actores accionaron contra el Ayuntamiento de Valencia, y en el suplico solicitaron se declarase la obligación del Ayuntamiento de responder civilmente de los daños y perjuicios que se irrogaron por sus actuaciones, y que culminaron en la orden de desalojo de todos los arrendatarios y ocupantes del edificio de autos, y como consecuencia de la anterior declaración se condenara a dicha Corporación Municipal a indemnizar a los demandantes de los daños y perjuicios ocasionados en la cuantía y forma que se determine en ejecución de Sentencia y conforme a los perjuicios que se justifiquen.

Contestación: Se propone la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción alegando que los actores fundamentan su pretensión en cuestiones que, por razón de la materia, son competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y suplicó se dictase la Sentencia admitiendo dicha excepción y con imposición de costas a los actores.

Resultando: Los actores contestaron a la excepción alegada afirmando que la Corporación demandada actuó no ya como árbitro para decidir sobre el supuesto estado de ruina, sino porque como propietario del inmueble afectado, actuó con una conducta tan negligente que ocasionó sensibles perjuicios a los actores y ordenó el desalojo e inmediato derribo del inmueble: que lo que se denuncia es la conducta negligente y la omisión culposa del Ayunta-

miento principalmente como propietario del inmueble, que estaba afectado de una ruina incipiente y que durante cuatro o cinco años no se tomaron medidas de previsión alguna, por lo que dicha Corporación es directamente responsable de que la ruina se agudizase hasta producir el derrumbamiento de parte del edificio y es por consiguiente dicha negligencia culposa la que se imputa al Ayuntamiento y la acción civil la que se ejercita ante la Jurisdicción ordinaria.

Fallo: Se desestima la excepción alegada y se declara la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de los autos, sin expresa declaración sobre las costas.

Apelación: Se revoca la Sentencia de primera instancia y se declara precedente la excepción alegada, sin expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias

Casación por infracción de Ley

Unico motivo: Al amparo del número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por defecto en el ejercicio de la jurisdicción e infracción de los artículos 1.º, 2.º y 3.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 406-2 de la Ley de Régimen Local, en relación con los artículos 1.089, 1.092 y 1.093 del Código civil; que de acuerdo con la normativa contenida en los referidos artículos, será siempre competente la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y no la civil ordinaria, cuando se trate de enjuiciar la responsabilidad de los actos de la Administración Pública, sujetos al Derecho Administrativo, pero no cuando los actos sean realizados como cualquier otra persona de derecho privado y esta doctrina viene refrendada por la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las Sentencias de su Sala Cuarta de 1 de marzo de 1960 y 21 de enero de 1961 entre otras. Para interpretar las pretensiones contenidas en el súplico de la demanda hay que diferenciar en la actuación de la Corporación Municipal su faceta de propietario del edificio y de entidad de Administración Local. Todas cuantas referencias se hacían en la demanda a las infracciones cometidas era para poner en evidencia la actuación del Ayuntamiento en el caso denunciado, pero en ninguno de los dos pedimentos del súplico se pide la nulidad de un acto administrativo ni se combaten las resoluciones adoptadas por la Corporación Municipal en el ejercicio de unas facultades regladas.

Considerando: Que, a efectos del recurso, es de excepcional relevancia la de precisar la actuación del Ayuntamiento de Valencia en su calidad de persona jurídica de derecho privado (tesis del recurrente) o de ente de administración pública (tesis del Tribunal de Instancia)

Considerando: Que el examen de las razones de tipo fáctico evidencian que los perjuicios ocasionados derivan de la pasividad de la tramitación del expediente contradictorio de declaración de ruina del inmueble propiedad del Ayuntamiento, ocupando por los recurrentes, siendo altamente significativo también, al respecto, el elemento objetivo de la petición.

Considerando: Que lo expresado anteriormente revela que la Corporación Municipal actuó como autoridad de Administración Local, en función de policía urbana y con facultad de imperio y el hecho de que el Ayuntamiento

fuera propietario del inmueble que ocuparan los recurrentes no desvirtúa su actuación como administración pública, que de no serlo no la habría podido desarrollar.

Considerando: Que desde el punto de vista formal y desde un enfoque material, la actuación del Ayuntamiento es acto administrativo porque emana de la Administración Pública, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el apartado b) del número 2.º del artículo 1.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa las entidades de Administración Local se consideran Administración Pública; por tanto la pretensión procesal de los recurrentes se relaciona con acto administrativo formal y material, lo que origina la competencia de la Jurisdicción Administrativa, ampliada por tratarse de cuestión sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, como consecuencia de acto administrativo, apartado b) del artículo 3.º de dicha Ley.

Considerando: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 1748 de la Ley Procesal civil, procede imponer las costas del recurso a los recurrentes, siendo innecesario el pronunciamiento en cuanto al depósito, ya que por la disconformidad de los fallos de instancia no fue constituido.

Fallo: No haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley y condena en costas a los recurrentes.

SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1970.—*Cuestión de competencia surgida sobre conocimiento de juicio de cognición en reclamación de cantidad. En reclamación del precio de venta mercantil y no existiendo sumisión expresa ni tácita, las mercancías se entienden entregadas en el establecimiento del vendedor sin que a ello se oponga el giro de letras para la efectividad del pago, ni que la venta se realice por medio de agente.*

Demanda: Ante el Juzgado Municipal número 5 de Zaragoza se presentó reclamación de cantidad contra el propietario de la empresa comercial «Halva», cuyo nombre se ignora, y con domicilio en San Baudilio de Llobregat, calle..., por importe de diversas remesas de muebles que se especificaba, y que el demandado recibió a su entera satisfacción, sin que por el mismo se hiciera efectivo el importe de los efectos, que para cubrir el importe de dicha remesa le fueron girados.

Contestación: Por el demandado se presentó escrito ante el Juzgado Municipal de Cornellá, promoviendo cuestión de competencia por inhibitoria, por entender que según se desprendía del escrito de demanda y de la documentación a la misma acompañada, la cantidad reclamada procedía del envío de géneros, y que fueron desatendidos los giros que efectuó para el pago de tales facturas, y como quiera que ignora quién sea el autor, ni éste acredita ser dueño de «Sillerías Moncayo», niega tener obligación pendiente con dicho señor y cualquier reclamación que se le formule corresponderá a la jurisdicción del Juzgado de Cornellá, domicilio del demandado; que además, el lugar donde se realizaron los contratos, origen de las supuestas obligaciones, fue Barcelona, y el domicilio señalado para el cumplimiento de la obligación fue el del demandado, según puede verse por la domiciliación de los giros, por lo que de conformidad con la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 72 y 73 de la propia Ley debe decidirse la competencia a favor del Juzgado de Cornellá.

Resultando: Que por el Juzgado de Cornellá, previo dictamen del Ministerio Fiscal, se dictó auto requiriendo de inhibición al Juzgado Municipal número 5 de Zaragoza y éste, acordó oír por tres días a la parte actora, que se opuso a la inhibición solicitada, afirmando que los géneros fueron remitidos a porte debido, que los géneros se vendieron en el establecimiento mercantil del vendedor, donde la cosa vendida se hallaba en el momento de perfeccionarse el contrato, por lo que según reiterada jurisprudencia era competente para conocer del asunto el Juzgado de Zaragoza.

Previo dictamen fiscal, el juzgado de Zaragoza denegó el requerimiento de inhibición formulado por el de igual clase de Cornellá, y habiendo insistido este último en su requerimiento inhibitorio, ambos Juzgados han elevado sus respectivas actuaciones a esta Sala, donde no se personaron las partes.

Considerando: Que de las manifestaciones de las partes y de los documentos aportados, a los sólo efectos de la competencia, aparece justificado, que se reclamó el pago de mercancías, remitidas desde Zaragoza a San Baudillo de Llobregat a través de un agente, tratándose por tal de reclamación del precio en venta mercantil, en que no existe sumisión expresa ni tácita, y en esta clase de contratos, las mercancías se entienden entregadas en el establecimiento del vendedor, y por tanto, al Juez de este lugar, corresponde entender de la demanda reclamando el pago, sin que a ello se oponga el que se giren letras para la efectividad de éste, que sólo significa una facilidad para hacerlo, ni que la venta se haga por medio de agente, todo ello según lo establecido por los artículos 1.171 y 1.500 del Código civil; 325 del Código de Comercio; 62-1.º de la Ley de Enjuiciamiento y la reiterada doctrina de esta Sala que los interpreta.

Fallo: Que debemos decidir y decidimos a favor del Juzgado Municipal número 5 de Zaragoza la competencia para conocer de la reclamación.

E. I. M.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

LA REPRESENTACION DE LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. (*Sentencia de 14 de mayo de 1970*).

I. INTRODUCCIÓN

La Orden de 30 de abril de 1966, que publicó el «B. O. del E.», de 9 de mayo, se dicta—según su preámbulo— para aclarar el artículo 24 de la Ley de procedimiento administrativo. Concretamente, esta Orden ministerial dice así:

«La facultad de obrar en concepto de representante ante los Organos de la Administración pública, que confiere el artículo 24 de la Ley de procedimiento administrativo, no tiene otro alcance que el de poder realizar actos esporádicos, no retribuidos derivados de relaciones de amistad o buena convivencia, sin que de forma alguna pueda entenderse que al amparo de dicho precepto pueda actuarse por representación de una forma habitual remunerada y con carácter profesional, puesto que para ello sería requisito imprescindible el someterse a las demás normas de carácter profesional y fiscal que regulan la materia, y concretamente el Estatuto Orgánico de la Profesión de Gestor Administrativo, aprobado por Decreto 424/1963, de 1 de marzo.

Con el fin de evitar que los distintos órganos de la Administración pública permitan la intervención como representantes con carácter habitual, lucrativo y profesional de personas que carecen de esta facultad, por no cumplir los requisitos exigidos por las disposiciones de carácter profesional citadas.

Esta Presidencia del Gobierno, en virtud de las facultades que le confiere la disposición final segunda de la Ley de procedimiento administrativo, ha tenido a bien aclarar la presente cuestión de la siguiente forma:

La actuación ante los órganos de la Administración Pública en concepto de representante al amparo del artículo 24 de la Ley de Procedimiento administrativo, cuando se lleve a cabo de forma habitual, retribuida o profesional, deberá someterse al cumplimiento de las normas establecidas en el Estatuto Orgánico de la Profesión de Gestor Administrativo, aprobado por Decreto 424/1963, de 1 de marzo. Los no profesionales únicamente podrán representar a otras personas ante la Administración al amparo de dicho artículo 24, en casos esporádicos, no retribuidos ni profesionales, surgidos como consecuencia de relaciones de amistad o buena convivencia.

La presente orden se entenderá sin perjuicio de las normas especiales sobre la materia referentes a las profesiones de Abogados, Procuradores de los tribunales y Graduados sociales».

De este modo, a tenor de la letra de la disposición, en un procedimiento administrativo el único profesional que puede actuar como representante de los interesados es el Gestor administrativo. Salvada la posible actuación de

los Abogados, Procuradores y Graduados sociales, se proclama al Gestor como único representante, adquiriendo así en el procedimiento administrativo un papel análogo al que desempeña en Derecho procesal el Procurador de los Tribunales.

A tenor de la disposición transcrita, el Gestor deviene Procurador administrativo.

Ante esta limitación de la actuación profesional, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.

II. LA SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1970

Esta sentencia, de que fue ponente don Enrique Amat Casado, en su primer considerando señala que el problema de fondo planteado se reducía a determinar:

«... si la disposición impugnada, afecta de algún modo a esa antigua tarea confiada al Notario de presentar las escrituras en las oficinas liquidadoras y en el Registro de la Propiedad, que se consagra en el artículo 63, párrafo 2, del Reglamento de 2 de junio de 1944, se recoge en la primera de las disposiciones generales del Decreto de 21 de abril de 1950, y se repite, con bien significativa reiteración, en la reforma de 22 de julio de 1967».

Y se resuelve así en los considerandos tercero y cuarto:

«Que respecto a la cuestión de fondo, la lectura de la Orden recurrida claramente demuestra que la misma exclusivamente se refiere a la actuación, ante los órganos de la Administración Pública, de aquellos representantes que lo fueran al amparo del artículo 24 de la Ley de Procedimiento administrativo, y como las gestiones meritadas que los Notarios efectúan, no las hacen al amparo de dicha norma, sino en virtud de las facultades que les están otorgadas por el artículo 63 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, cuya sustantiva y procesal vigencia no cabe discutir—ni siquiera frente al Estatuto de 1.º de marzo de 1963, esgrimido en este procedimiento, pero situado en la distinta órbita de los representantes de particulares y entidades con «carácter general»—. claro es que la disposición impugnada, cual el representante de la Administración expresa, no afecta en absoluto al Notariado, cuya práctica en el actuar de *litis*—práctica tan antigua como la misma Ley y tan trascendental como su alto destino. la mayor eficacia del documento notarial—nuevamente se acepta y consolida en el Decreto de 22 de julio de 1967, que por su fecha posterior a la Orden recurrida, constituye asimismo prueba irrefutable de la subsistencia proclamada.

«Que por estas razones, y teniendo además en cuenta que la disposición combatida tampoco infringe otros preceptos a que la demanda se refiere —recuérdese que lo que la Orden expresa es que 'no sólo' el mandato representativo, legítima en determinados supuestos—, consecuentemente procede la desestimación del presente recurso, sin que sea de apreciar temeridad y mala fe al efecto de una especial imposición de costas».

III. CRÍTICA

La sentencia comentada se refiere a dos cuestiones: una, si la Orden recurrida afectaba o no a los Notarios; otra, la legalidad y posible validez de sus disposiciones.

En el primer aspecto, la doctrina de la sentencia no puede ser más correcta. Es obvio que la actuación profesional del Notario, dentro de su competencia, en modo alguno puede resultar coartada ni limitada por una simple Orden ministerial, dictada, según se dice en ella, para aclarar un precepto de la Ley de procedimiento administrativo.

Pero en cuanto a la segunda cuestión—que era la básica y fundamental—la sentencia no parece interpretar correctamente los principios informantes de nuestro procedimiento. En efecto, la Orden de 30 de abril de 1966 incurre, en nuestra opinión, en graves infracciones de preceptos de superior jerarquía, que determinan su nulidad.

El cuarto considerando de la sentencia, afirma, por el contrario, que la disposición combatida no infringe otros preceptos a que la demanda se refiere. Ignoramos cuáles eran estos motivos de la demanda. Pero, aparte de ellos, el Tribunal—por imperativo del principio *tura novit curia*—podía y debía tener en cuenta cualquier otra infracción, aunque no se hubiese alegado, ya que en definitiva la nulidad debe apreciarse de oficio. Y en esa nulidad incurre cualquier disposición que infrinja otra de superior jerarquía.

Pues bien, esta Orden de 30 de abril de 1966, empieza por afirmar que se dicta para aclarar un precepto legal, y siempre que un órgano administrativo dicta una disposición administrativa para «aclarar» una Ley, hay que empezar por dudar de las intenciones del órgano administrativo.

Sobre todo cuando por debajo del precepto supuestamente aclaratorio están los intentos de defender a ultranza competencias profesionales, satisfaciendo aspiraciones de los Colegios representativos de determinados intereses corporativos.

Uno de estos Colegios es de los Gestores Administrativos, que vienen defendiendo la actuación de sus colegiados en los procedimientos administrativos, instruyendo expedientes por intrusismo a cuantos tratan de representar a los interesados en un procedimiento administrativo de manera habitual. Y, como dice la sentencia de 16 de mayo de 1969, «... el artículo 93, del Estatuto Orgánico de Gestores Administrativos de 1 de marzo de 1963, establece la presunción del ejercicio habitual de las funciones de Gestor Administrativo, siempre que puedan acreditarse más de tres gestiones retribuidas ante la Administración, en nombre de otra persona, dentro del mismo año natural o aun cuando no llegue a acreditarse la práctica de ninguna gestión, si hubieran cursado, pública o privadamente, invitaciones para que se les confiara encargo e hiciera propaganda o publicidad de cualquier clase en el mismo sentido, hechos en los que está comprendido, como claramente se deduce, el citado recurrente».

La Orden de 30 de abril de 1966 hay que situarla, pues, no en la línea del desarrollo o cumplimiento de las normas de la Ley de procedimiento administrativo, sino en esta línea de protección profesional. De aquí su dudosa validez, como ya

señalábamos en un trabajo publicado en la Revista de Administración Pública (1). En efecto:

1. La Orden invoca como fundamento de su promulgación la disposición final segunda de la Ley de procedimiento administrativo. Es evidente que esta disposición reconoce a la Presidencia del Gobierno la facultad para dictar normas. Ahora bien, siempre con una exclusiva finalidad: desarrollar, complementar la Ley de procedimiento administrativo. Dice así: «se faculta a la Presidencia del Gobierno para dictar cuantas disposiciones complementarias fueran precisas, singularmente para adaptar los preceptos de la Ley al peculiar carácter y estructura de los Ministerios del Ejército, Marina y Aire, a propuesta de los mismos».

Y ¿qué es lo que pretende la Orden de 30 de abril de 1966? ¿Es que puede decirse que desarrolla o complementa las normas de la Ley de procedimiento administrativo? No. Así se desprende de su propio preámbulo que, como todos los preámbulos (según reiterada jurisprudencia) es fuente de interpretación auténtica.

El fundamento de la Orden pretende evitar que los distintos órganos de la Administración Pública permitan la intervención como representante con carácter habitual, lucrativo y profesional de personas que carecen de esta facultad por no cumplir los requisitos exigidos por las disposiciones de carácter profesional citadas.

Esto no tiene nada que ver con el procedimiento administrativo. La cuestión que la Orden pretende resolver no es una cuestión procedimental. No se trata de desarrollar o complementar una norma de procedimiento. Lo que ahora se pretende es algo muy distinto: dirigir una supuesta competencia entre profesionales. Ya que, tal y como está redactado el preámbulo, todo se reduce a eso: a evitar que los miembros de una profesión invadan la esfera de los Gestores Administrativos.

2. El artículo 24 de la Ley de procedimiento administrativo, al admitir que los interesados pueden actuar por medio de representantes, sin establecer requisito alguno, consagra, según se ha dicho, la posibilidad de que sea representante cualquiera.

Un órgano administrativo no puede rechazar un escrito o petición presentado por el representante del interesado por el hecho de que no sea Gestor o por estimar que es una persona que venga desempeñando tal función «con carácter habitual». Aun cuando así fuera, aun cuando el representante no sea Gestor Administrativo y se dedique habitualmente a representar a interesados, la Administración Pública no puede negar validez a su actuación.

Algo muy distinto es el problema fiscal o el penal del intrusismo. Si ese representante habitual está invadiendo la esfera de unos «profesionales» o realizando una actividad sin cumplir con sus obligaciones fiscales, ¡otros son los medios que pueden emplearse para ello! Pero dentro del procedimiento administrativo carece totalmente de eficacia una norma, como la contenida en la Orden de 30 de abril de 1966, nula de pleno derecho. Pues no puede una simple Orden ministerial alterar el régimen de representación sancionado en una disposición con jerarquía de Ley.

Podrá, en su caso, sancionarse por intrusismo a ese representante habitual:

(1) *La representación de los interesados en la Ley de Procedimiento Administrativo*, «Revista de Administración pública», núm. 52, págs. 13-25.

imponerle la correspondiente multa por incumplir las supuestas obligaciones fiscales; pero su actuación ante los Organos de la Administración Pública es perfectamente válida.

3. Ahora bien, centrando el problema que la Orden intenta resolver en sus justos límites, comprobaremos que, con el pretexto de defender el procedimiento de las personas que, con carácter habitual, lucrativo y profesional se dedican a representar a los interesados, lo que se ha hecho es instaurar una competencia específica, en detrimento de la de otros profesionales. En efecto:

a) La propia Orden se da cuenta de que esta competencia que, invocando el estatuto orgánico aprobado por Decreto 424/1963, establece, no puede desconocer la competencia de otras profesiones. Por esta razón, afirma: «La presente Orden se entenderá sin perjuicio de las normas especiales sobre la materia referentes a las profesiones de Abogados, Procuradores de los Tribunales y Graduados Sociales».

Este párrafo tiene una importancia extraordinaria. Pues pone de relieve que la Orden no ha pretendido exigir, al lado de los diversos técnicos, al gestor administrativo (como hacen las Leyes procesales respecto del Procurador). En este punto, la Orden interpreta adecuadamente la Ley de procedimiento administrativo, y, en consecuencia, deja a salvo la esfera de actuación de esos otros profesionales. Cuando actúa un profesional cuyo título le habilita para asistir a los interesados en un procedimiento, no es necesario que, además de ser profesional, actúe como representante el Gestor. Por el contrario, el mismo profesional que asume la dirección técnica ostenta la representación.

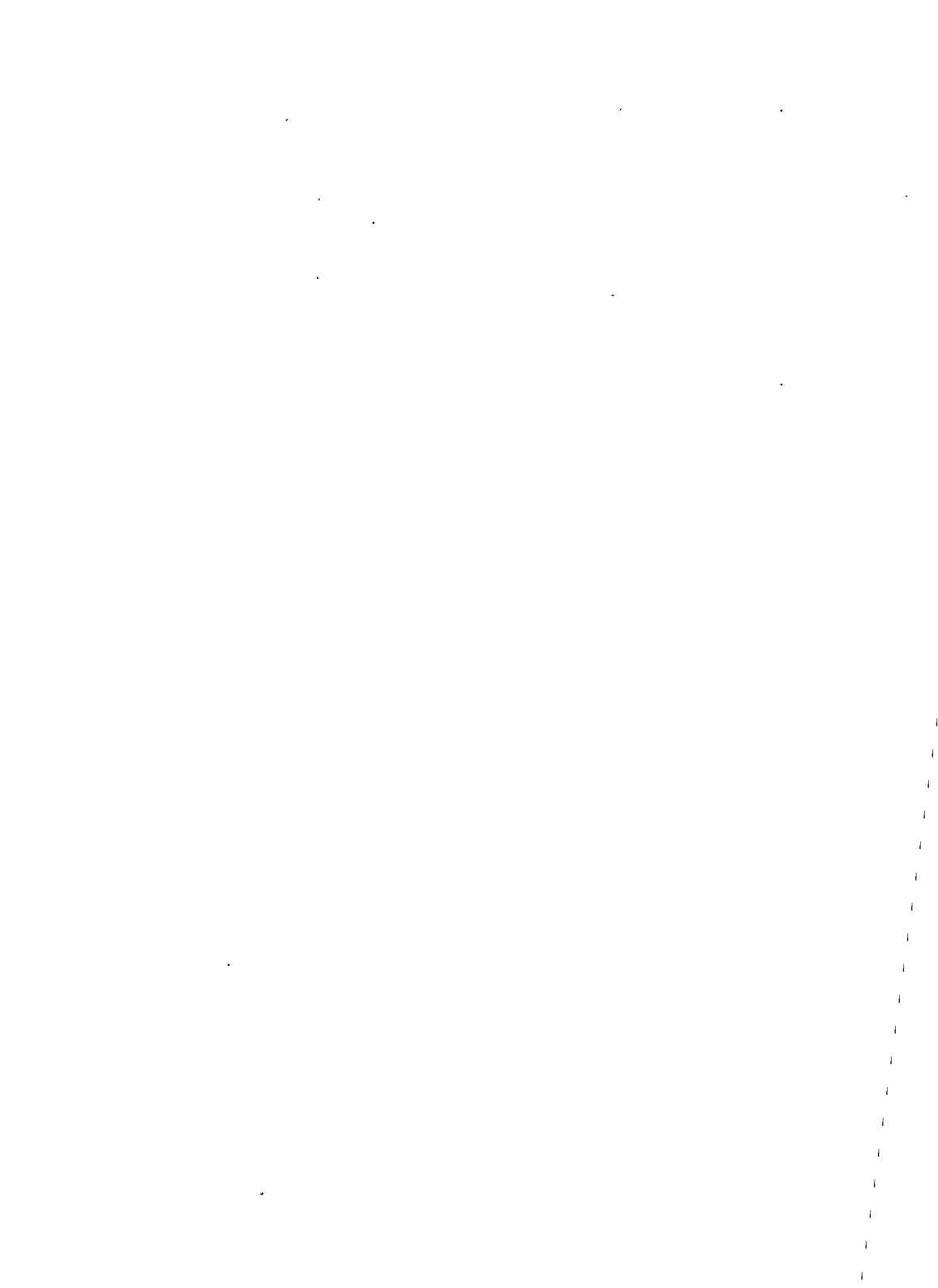
Lo cual es lógico. Lo contrario sería, además de ilegal, absurdo.

Cuando estamos ante un procedimiento en el que, para asistir al interesado, hace falta una técnica concreta, sobra el Gestor Administrativo. El Gestor Administrativo está para los asuntos de puro trámite, para cuando no hace falta técnica alguna.

b) Más, en esta línea, la norma de la Orden es a todas luces incompleta. Pues no son sólo los Abogados, los Procuradores o los Graduados Sociales los que pueden actuar en un procedimiento administrativo; además de ellos, existen otros muchos profesionales, cuya técnica, cuyos conocimientos, pueden ser exigidos. Y en estos casos deben poder actuar profesionalmente hasta sus últimas consecuencias.

¿Por qué un Graduado social, por ejemplo, ha de poder actuar en materia propia de su competencia en nombre de un interesado, y no va a poder hacerlo, por ejemplo, un Arquitecto cuando el procedimiento verse sobre materia propia del mismo?

J. G. P.



III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

(SECCION QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS)

POR FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS

14. *VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL: No están sujetas al Impuesto de Actos Juridicos Documentados las escrituras de declaracion de obra nueva relativas a esta clase de viviendas, cualquiera que sea la fecha de su calificación definitiva como tales* (RESOLUCIÓN DE 2 DE OCTUBRE DE 1969).

A) *Hechos.*—Escritura de declaración de obra nueva conforme a la cual, la Sociedad otorgante manifestaba ser dueña de una parcela de terreno, sobre la que había construido dos bloques o edificios de nueva planta para viviendas acogidas a la vigente legislación protectora, e interesaba que en el Registro de la Propiedad se hiciera constar la modificación física acaecida, para ponerlo de acuerdo con la realidad extrarregistral.

La Oficina gestora estimó aplicable el número 38 de la Tarifa, acuerdo recurrido en base a que: «Los beneficios fiscales establecidos en favor de la construcción de viviendas de Protección Oficial hacen referencia a todos los actos necesarios para que lleguen a terminarse, es decir, tanto los preparatorios para la construcción (adquisición de terrenos, derechos de superficie, primas, anticipos, préstamos, subvenciones, etc.), como los relacionados con la construcción misma (contratos de ejecución de obras, constitución, ampliación, modificación, posposición prórroga y cancelación de préstamos hipotecarios), o los posteriores en que se premia la construcción realizada (entre los que se encuentra la primera transmisión de dominio), y en general todos los declarados exentos del Impuesto de Transmisiones y Tráfico de Empresas, entre los que es preciso incluir la escritura de declaración de obra nueva».

El Tribunal Provincial correspondiente, desestimó la reclamación por entender que la exención pretendida no debía aplicarse a las declaraciones de obra nueva de edificios cuyo título de calificación definitiva tuviera fecha anterior a 1 de julio de 1964, dado que la legislación posterior omitió toda referencia a las mismas en los Impuestos de Transmisiones y Tráfico de Empresas.

La tesis del Tribunal Central convenientemente extractada es la siguiente:

B) *Doctrina*.—Que las declaraciones de obra nueva realizadas por los titulares del suelo en relación con la construcción verificada, no constituyen transmisión o tráfico alguno de bienes, sino puras manifestaciones de hechos que tienen como finalidad el que el Registro de la Propiedad se encuentra acorde con las circunstancias físicas que definen las fincas acogidas al mismo y, por consiguiente, en caso alguno, pueden estar sujetas al Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, ni al de Tráfico de las Empresas, y sí únicamente al de «Actos Jurídicos Documentados», por aplicación del Texto Refundido de 1967, por lo que en principio es evidente el nacimiento de la obligación fiscal de que se trata.

Que no obstante lo anterior, el número 14 del artículo 101 del propio Texto refundido antes citado, redactado de conformidad con lo preceptuado con carácter de norma aclaratoria por Decreto de 27 de mayo de 1968, establece que están exentos del referido Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, «las escrituras públicas... que se otorguen para la segregación de viviendas y locales de negocios, edificios y servicios complementarios acogidos a dicha protección, la división material de edificios...», y, en general todas aquellas otorgadas para formalizar actos y contratos relacionados con «Viviendas de Protección Oficial» no sujetas al Título 1.º y 2.º de este Libro, o al Impuesto General sobre el «Tráfico de las Empresas», normativa que recoge lo establecido en la legislación de «Viviendas de Protección Oficial», de 24 de julio de 1963, adaptada al nuevo sistema tributario por Decreto de 3 de diciembre de 1964, y en la que indudablemente debe entenderse comprendida la simple declaración de obra nueva que en rigor es un requisito esencial dentro del procedimiento establecido para obtener la calificación definitiva. Por lo cual, ha de concluirse que la exención general a que hace referencia este precepto ampara lo relativo a las escrituras de declaración de obra nueva y que, por tanto, es procedente revocar el fallo apelado y la liquidación practicada.

15. *VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL: El reconocimiento de las exenciones fiscales corresponde en cualquier caso al Departamento de Hacienda, y en consecuencia, el hecho de haberse obtenido la calificación definitiva, no impide practicar la liquidación que corresponda, si falta alguno de los requisitos a que dichas exenciones se hallan supeditadas* (RESOLUCIÓN DE 2 DE OCTUBRE DE 1969).

A) *Hechos*.—Venta de las plantas bajas o locales de un edificio acogido a la legislación sobre Viviendas de Renta Limitada, habiendo obtenido ya los vendedores la calificación definitiva, y cuya superficie era superior al 20 por 100 de la total construida.

Girada liquidación por el número 1.º de la Tarifa, se interpuso Recurso, alegando en síntesis los reclamantes que la concesión de los beneficios tributarios del carácter de los otorgados a los locales objeto de esta reclamación, era de la exclusiva competencia del Ministerio de la Vivienda, según se deducía claramente del Decreto de 15 de julio de 1954, y del 24 de julio de 1963, como asimismo del de 3 de diciembre de 1964, en el que se adaptaron las normas

sobre esta clase de viviendas a la Ley de Reforma Tributaria de 11 de Junio del mismo año, sin que pudiera una Oficina Liquidadora, anular una exención ya concedida con carácter firme por el Ministerio de la Vivienda, único competente para determinar si estaban o no cumplidos los requisitos para otorgar la calificación definitiva. Invocaban además los interesados, una Resolución de la Dirección General de la Vivienda de 19 de mayo de 1964, en la que se admitía la posibilidad de que los locales alcanzasen hasta el 30 por 100 de la superficie construida.

A todo ello responde el Tribunal Central del modo siguiente:

B) *Doctrina*.—Que conforme a la Sentencia de 29 de abril de 1966, no es óbice para la denegación de la exención del Impuesto y práctica de la liquidación correspondiente, que la Administración haya calificado definitivamente una vivienda como de Renta Limitada, puesto que el reconocimiento de las exenciones fiscales corresponde en cualquier caso al Departamento de Hacienda, cuando se trate de Impuestos estatales.

Que en el caso contemplado por las presentes actuaciones, si bien gozan de exención las primeras transmisiones de dominio que tengan lugar dentro de los seis años siguientes a la fecha de la calificación definitiva, esta exención únicamente se otorga con carácter temporal y condicionada al cumplimiento de los requisitos que en cada caso se exigen, entre los cuales se halla precisamente el de que la superficie destinada a local de negocio, no puede exceder del 20 por 100 del total.

Aclaremos que la Sentencia de 29 de abril de 1966, en que apoya su argumentación el Tribunal Central (como ya lo hiciera antes el Provincial que rechazó la reclamación en primera instancia), contemplaba un caso idéntico al de la presente Resolución. Se trataba de la renta de un local comercial en planta baja de un edificio calificado como de Renta Limitada. Grupo segundo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de Valladolid, había anulado la liquidación girada por la Oficina de Salamanca. El Abogado del Estado interpuso recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley, que fue estimado por el Tribunal Supremo, de cuya Sentencia interesa especialmente destacar que "aunque corresponde al Ministerio de la Vivienda, por medio del Instituto Nacional, según el artículo 37 de la Ley de 15 de julio de 1954, la aprobación de los proyectos de construcción y su calificación, el reconocimiento de las exenciones del Impuesto de Derechos Reales y bonificaciones fiscales, corresponde a las Oficinas de Hacienda y a las Corporaciones locales en su caso, previa presentación de los documentos que acrediten estos derechos, conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento para la aplicación de dicha Ley de 24 de junio de 1955, y por otra parte, el artículo 1.º de la Ley de 21 de marzo de 1958, que regula el Impuesto, establece que se registrá por sus preceptos este tributo, lo que excluye toda fricción entre los distintos órganos de la Administración acerca de la gestión del Impuesto, pues se señalan claramente las atribuciones de los de Hacienda en orden a la liquidación y reconocimiento de exenciones y bonificaciones fiscales, a pesar de la calificación para otros efectos, asignada al Instituto Nacional de la Vivienda".

16. *COMPROBACION DE VALORES: Procede admitir la tasación pericial como instrumento corrector de los demás procedimientos de comprobación empleados, aunque no se haya solicitado expresamente de la Oficina gestora, cuando la petición se formula después concretamente en vía jurisdiccional* (RESOLUCIÓN DE 2 DE OCTUBRE DE 1969).

A) *Hechos*.—Adquirida por escritura pública una finca a la que se asignaba una cabida de 218 hectáreas, y se la describía como integrada en un monte llamado «Morajón», cuya superficie total era de 810 hectáreas, se fijó como valor comprobado el resultante de aplicar los precios medios de venta, a razón de 6.000 pesetas, conforme arrojaba la certificación de este medio comprobatorio.

El Recurso tenía su base, en la presunta discordancia entre la cabida consignada y la que realmente tenía la finca objeto de liquidación, que era solamente de 197 hectáreas; y además, en que no se había utilizado para su avalúo el baremo correspondiente a los montes municipales análogos y colindantes, a los que correspondía una escala de tasación de dos, cuatro y seis mil pesetas, según la propia Hacienda Pública. Se unía como prueba de estas afirmaciones un recibo de Contribución Rústica de la totalidad de la finca «Monte Morejón», del que se desprendía que su superficie total era únicamente de 734 hectáreas.

El Tribunal Provincial respectivo, desestimó la reclamación con fundamento, en que el medio de comprobación empleado era reglamentario conforme a los artículos 174 y 181 de la Ley de Reforma Tributaria, pues teniendo el interesado recurrente la facultad, que no ejercitó de pedir tasación pericial, era procedente confirmar el acto administrativo recurrido.

Notificando este fallo, se interpuso contra el mismo, recurso de alzada ante el Tribunal Central en el que se hacía constar que en definitiva, la extensión real del lote adquirido era sólo de 124 hectáreas, y en prueba de ello se aportaba una certificación del Ingeniero Jefe del Catastro de Riqueza Rústica, de la Delegación de Hacienda, a la que, a juicio de los interesados, debía darse en todo caso el valor de una tasación pericial.

El Tribunal Central como vamos a ver seguidamente, considera correctamente obtenido el resultado de la valoración, pero reconoce al interesado el derecho a obtener su corrección mediante la tasación pericial de la finca.

B) *Doctrina*.—Que la certificación aportada por el interesado, en relación con la extensión superficial de la finca, para estimar que la Administración padeció error al determinar la base que había de servir para la liquidación del Impuesto, no justifica plenamente las aseveraciones del contribuyente, puesto que si bien se refiere a una finca de 124 hectáreas, situada en el pago «Monte Morejón», no sirve para estimar que concuerde plenamente con aquella, de cuya adquisición se trata.

Que, no obstante, lo anterior, el artículo 119 del Texto refundido de 6 de abril de 1967, establece que podrá acudir a la tasación pericial como medio extraordinario de comprobación cuando el interesado lo solicite y no acepte el valor que la Administración señale como resultado de la comprobación, e igualmente la Orden de 10 de julio de 1957, preceptúa que ante el resultado de la comprobación administrativa de valores, efectuada mediante los precios medios de venta, los interesados podrán pedir la práctica de la tasación

pericial, y será concedida, en todo caso, siempre que se solicite de la Oficina Liquidadora sin necesidad de previa reclamación económico-administrativa.

Que asimismo el artículo 52 de la Ley General Tributaria de 26 de diciembre de 1963 reconoce al sujeto pasivo la posibilidad de solicitar este medio extraordinario.

Que, en consecuencia de todo ello, y por principio de economía procesal, es procedente estimar que, no admitido por el interesado el medio ordinario de comprobación empleado debe acudir en forma inmediata a la tasación pericial, puesto que si bien no fue solicitado por el recurrente de la Oficina gestora de manera expresa, ni en su reclamación en primera instancia, tal falta de mención expresa no puede privarle del ejercicio de un derecho reconocido a su favor cuando la petición se ha formulado concretamente en vía jurisdiccional.

17. *NATURALEZA DEL ACTO O CONTRATO: El depósito constituido en garantía de determinadas obligaciones debe calificarse como contrato de prenda, de los definidos por los artículos 1.857 y 1.863 del Código civil y, en consecuencia, su cancelación está sujeta al Impuesto (RESOLUCIÓN DE 2 DE OCTUBRE DE 1969).*

A) *Hechos.*—El documento que dio origen a la liquidación impugnada, consistía, en este caso, en una comunicación de la Dirección General de Seguros, a la Compañía Hispania, en la que le indicaba que con la misma fecha había puesto en conocimiento del Banco de España que por parte de dicho Centro Directivo no había inconveniente en que el citado Banco procediera a la liberación de los valores afectos a la cobertura de reservas técnicas, que la entidad aseguradora tenía depositados a disposición del Ministerio de Hacienda, los cuales se detallaban a continuación, expresándose asimismo su valor nominal.

A la vista del mencionado documento, la Abogacía del Estado practicó una liquidación por el concepto de «Derechos reales», número 5 de la Tarifa, al 1,90 por 100, sobre el valor nominal consignado.

La representación de la Compañía interesada apoyó su reclamación en que «la propia Oficina Liquidadora en la constitución de esta clase de depósitos, se había ya pronunciado declarándolos exentos, y si estaba exenta la constitución, debía estarlo igualmente la cancelación, pues en definitiva ambos negocios jurídicos tenían la misma causa, sin que pudiera decirse que no era el Estado el obligado al pago en la cancelación, pues el negocio se había constituido para garantía del propio Estado», y en que «independientemente de ello, esta cancelación debía estimarse no sujeta al Impuesto de Transmisiones, por cuanto constituía un acto habitual del Tráfico de las Empresas, y las fianzas en tales casos están exentas del Impuesto, conforme al artículo 62 del Texto refundido».

Rechazada la reclamación por el Tribunal Provincial, el Central confirma el fallo de aquél, y empieza diciendo que siendo principio general de nuestra legislación fiscal, el de que el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato, resulta imprescindible fijar ésta para resolver la cuestión planteada, y en este sentido declara lo siguiente.

B) *Doctrina*.—Que el depósito en cuestión, constituye un contrato de prenda de los definidos por los artículos 1.857 y 1.863 del Código civil, y por tanto, la liberación a que se hace referencia, implica, en definitiva, la extinción de un Derecho real.

Que conforme al artículo 54 del Texto refundido de 1967 está sujeta al Impuesto de Transmisiones, la extinción por contrato de toda clase de Derechos reales, siendo sujeto pasivo y responsable del tributo, conforme al artículo 67 del propio Texto, aquél a cuyo favor se realice este acto, esto es, quien como consecuencia de la extinción del Derecho real recibe los títulos-valor de que se trata, libres de la carga que éste último representaba.

Que la cancelación de un depósito constituido en garantía de determinadas obligaciones, constituye un contrato de prenda de los definidos por los artículos 1.857 y 1.863 del Código civil.

Que la constitución de un depósito y su restitución cuando tienen como causa la necesidad de existencia de un derecho real de garantía, son dos negocios jurídicos perfectamente diferenciados, originadores de dos hechos imponderables diferentes, y que la exención del Impuesto de que pueda ser susceptible el primero en razón de la persona obligada al pago, no es posible aplicarle al segundo cuando ésta es diferente.

Que no existe posibilidad alguna de aplicar al caso el artículo 62 del Texto refundido, Invocado por los interesados, puesto que éste únicamente se refiere a la no sujeción del Impuesto de las transmisiones a título oneroso, de los préstamos, fianzas, arrendamientos y pensiones que constituyan actos habituales para el Tráfico de las Empresas, pero en caso alguno a la cancelación de un derecho real de prenda que, como se ha establecido, constituye la verdadera naturaleza jurídica del negocio llevado a cabo como consecuencia del documento presentado a liquidación;

18. *FECHA DE DOCUMENTOS PRIVADOS: Es a efectos de su liquidación, la que aparece consignada en los mismos por sus firmantes. La adquisición de fehaciencia por el documento, no tiene otra efectividad con relación al Impuesto, que la referente a la prescripción de la acción administrativa para su formal exigencia* (RESOLUCIÓN DE 17 DE DICIEMBRE DE 1969).

A) *Hechos*.—Mediante documento privado, fechado en 1962, se vendió una finca rústica denominada «La Palmosa», interesando los compradores de la Oficina Liquidadora competente, la aplicación de los beneficios fiscales reconocidos por la Disposición Transitoria 6.ª de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, según la cual: «Las personas naturales o jurídicas que con anterioridad a la fecha de publicación de la presente Ley, hubieren adquirido por título *inter vivos* o *mortis causa*, bienes o derechos de cualquier clase, que no hayan sido objeto de declaración a los efectos de los aludidos impuestos, habiendo vencido en la indicada fecha los plazos de presentación y las prórrogas para efectuarla, podrán presentar ante las Oficinas Liquidadoras de los Impuestos de Derechos reales y sobre Transmisión de bienes, hasta el próximo día 31 de octubre, inclusive, una instancia solicitando la aplicación de los beneficios fiscales establecidos en la presente disposición transitoria...».

Este recurso ofrece escaso interés en cuanto al supuesto concreto que le dio motivo, pues se trataba, como vemos, de un problema de derecho transitorio que ya no podrá reproducirse en lo sucesivo; sin embargo, contiene interesantes puntualizaciones en cuanto al valor que, a efectos fiscales, debe darse a la fecha consignada en los documentos privados.

El Tribunal Provincial estimó no aplicable el precepto transcrito, pues habiendo sido presentado el documento en la Oficina liquidadora el 9 de junio de 1964, había que entender en base al artículo 1.227 del Código civil, que ésa era su verdadera fecha, resultando evidente que entre la misma y la de publicación de la Ley en el Boletín Oficial del Estado (día 13 del mismo mes y año), no transcurrió el plazo de treinta días hábiles a que hacía referencia la norma transitoria citada.

El Tribunal Central reduce a sus justos límites el ámbito fiscal del artículo 1.227 del Código civil, interpretado quizá con excesiva literalidad por el órgano inferior, y nos dice lo siguiente.

B) *Doctrina*.—Que conforme al artículo 180 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario (reiterado en el texto refundido de 1967), «a los efectos de la prescripción de los documentos que deban presentarse a liquidación, se presumirá que la fecha de los documentos privados, es la de su presentación, a menos que con anterioridad hubiesen sido incorporados o inscritos en un Registro Público o entregados a un funcionario público por razón de su oficio, en cuyo caso se computará la fecha de la incorporación, inscripción o entrega».

Que de tal disposición claramente se deduce *a sensu contrario*, que la fecha de los documentos privados, a efectos de su liquidación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, es la consignada en los mismos por sus firmantes, y por consiguiente, la que ha de tenerse en cuenta, tanto para el cómputo del plazo de presentación a liquidación del Impuesto, como para la práctica de esta última, sin que la adquisición de fehaciente o autenticidad del documento en los distintos supuestos legales que han quedado expresados, tenga otra efectividad con relación al Impuesto, que la referente a la prescripción de la acción administrativa para su formal exigencia, dualidad de fechas y alcance de su eficacia en los expresados límites.

F. M. C.

LIBROS

ALONSO LAMBÁN, MARIANO: *Formulario de actos extrajudiciales de la sublime arte de la notaria*. (Anónimo aragonés del siglo XVI). Centenario de la Ley del Notariado, sección 4.^a, volumen III, Instituto Editorial Reus (CXXXIX y 298 págs., Madrid, 1968).

La obra se abre con un prólogo de GARCÍA ATANCE, breve y emotivo. El Derecho aragonés, más que vivido después de escrito, puede decirse que se ha escrito y aún hoy se está escribiendo, después de vivido, por eso los Protocolos de los Notarios aragoneses historian la aplicación del Derecho aragonés hasta en sus más mínimos detalles. Además el Notario aragonés, durante siglos, ha tenido una organización y profesionalidad original y distinta de la de los demás Notarios españoles y ha hecho aportaciones felices a la doctrina jurídica aragonesa.

Quizá la mejor crítica de esta obra se encuentre en las siguientes palabras del autor del prólogo: "su primer acierto... estriba en considerar previamente la circunstancia histórica general". La obra refleja exactamente la personalidad del autor; por ejemplo, su modestia. En varios pasajes se disculpa por no haber realizado éste o el otro trabajo, ésta o la otra investigación. El libro aporta a la Historia del Derecho una novedad fundamental en la demostración convincente de que MIGUEL MOLINO no pudo ser el autor del Formulario, pese a la opinión contraria, unánime al respecto. ALONSO no llega a averiguar quién fue el autor, pero deja la investigación en punto muy a propósito para poder llegar a conocer con exactitud el verdadero autor de la obra. Son muy curiosas las ideas del autor del Formulario sobre política, Abogados, Jueces, Notarios y llenas de agudas observaciones.

El Formulario no es sólo una colección de fórmulas. Va precedido de un no breve prefacio en que junto a reglas de carácter jurídico sustantivo, se ordenan otras de carácter moral. El estilo literario es recargado y a veces retorcido y oscuro, pero hay que tener en cuenta el momento en que se escribió.

En la brevísima presentación, el autor se excusa: "ni hemos pretendido, ni hemos hecho un estudio histórico-notarial del mismo" (Formulario). "Ha sido audacia para el presentante, aceptar el honor de presentar" y obediencia no debida, sino querida con gusto, al deseo del Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza y específicamente al de su Decano don MANUEL GARCÍA ATANCE.

Se abre ahora el magnífico estudio preliminar en 124 páginas de apretado contenido ideológico. ALONSO LAMBÁN divide este trabajo en tres partes. En la primera, se ocupa de la circunstancia de tiempo y lugar; la segunda, tiene por objeto estudiar el autor del Formulario y, la tercera, se titula Portada para una presentación de la obra.

I. MARIANO ALONSO, en las dos densas páginas epigrafiadas: "La circunstancia histórica. Panorama general" nos sitúa, casi mágicamente, en el mundo contemporáneo del autor del Formulario, mediante un juego hábil de fechas y unas pinceladas de fuerte carga histórica.

Se ocupa, después, de la ciudad y las clases sociales, de la gran transformación de Zaragoza, de sus nuevas edificaciones, del rápido aumento del nivel de población, del éxodo de judíos conversos y de la trascendencia de la evolución de las clases sociales. La aristocracia de la sangre pierde fuerza, la riqueza y el saber dan acceso a puestos preeminentes y una burguesía ciudadana se va abriendo paso con gran empuje. Tras estudiar detenidamente el impacto de los judíos y conversos en la vida municipal, sus avatares y su expulsión, se ocupa de los mudéjares, de menor importancia para nuestro propósito.

En el tema de la vida pública y económica, se detiene en "el movimiento redencionista de los vasallos respecto de los señores". En el gobierno de la ciudad no interviene la aristocracia. Zaragoza está dirigida por ciudadanos, burguesía enriquecida y miembros de las profesiones liberales. La ciudad tiene una floreciente vida mercantil coincidiendo con el declive de Barcelona. Los Protocolos notariales muestran una gran actividad de la contratación. En la ciudad se concentra la riqueza en numerario y se produce la desvalorización. Domina el patrón oro en la ciudad, pero el salario se mide por patrón plata. Se construye "una casa de contratación para evitar las reuniones en la Seo y otras Iglesias" y Zaragoza crece, atrayendo artistas de otros lugares.

Se detiene ALONSO LAMBÁN en estudiar a la tierra aragonesa como "tierra de impresores y juristas" y se ocupa, después, de la corrupción social y su reflejo en el Derecho. Estudiando el envés, habla de un Aragón pobre, a veces casi atávico, lleno de demasiado leguleyismo. "En las clases elevadas, si había saber faltaba virtud y en las bajas faltaban saber y virtud". Se produce "una habilísima y funesta revolución con las fuentes" y los juristas "se apoderarán prácticamente del poder legislativo", introducirán solapadamente el Derecho romano y actuarán "contra el genuino y puro espíritu del Derecho de Aragón". A partir del último tercio del siglo XIV los Justicias se convierten en corruptores de la Justicia y las libertades son subterfugio para campar los malos. El legalismo, en esta época, llega a su obsesión. Se busca remedio en aquello de "todo tiempo pasado fue mejor" y se produce el doble fenómeno de un arcaísmo sobre viejas formas y un legalismo que es más leguleyismo romanista.

II. La atribución del Formulario a MIGUEL DEL MOLINO es, según MARIANO ALONSO, relativamente reciente y quizá sea LATASSA quien primero siguió esta línea, pero tras él todos adoptan idéntico derrotero. En páginas sucesivas se ocupa, con cierto detalle, de "este jurista, quizá aragonés, padre putativo de la obra". Se detiene en un breve estudio de las cuatro obras atribuidas a MOLINO y en la *Comunis opinio* sobre la paternidad. Alonso sienta dos afirmaciones como "clarísimas": todos los libros fueron escritos por una misma mano y ésta no fue la de MOLINO. Para lo primero se basa en el paralelismo de contenido que es absoluto, pero sobre todo en la identidad del estilo literario de las cuatro obras. Para lo segundo se apoya en la disparidad de estilos entre el Formulario y el Repertorio (que es indudablemente de MOLINO). En el prologuillo a la "Pro utilitate" del Formulario, se hacen unos elogios de MOLINO y de su repertorio, inadmisibles en la pluma del propio elogiado, que no podía tacharse de soberbio o vanidoso. Quizá se le atribuyó la obra por su título, que leído correctamente proclama a MOLINO autor del Repertorio, lo que es verdad. El propio Formulario se refiere al Reper-

torio como cosa ajena, "debemos, pues, concluir que ni el Formulario ni las otras obras las escribió *micer* MIGUEL DEL MOLINO.

¿Quién las escribió? MARIANO ALONSO deja este problema a la erudición histórico-bibliográfica, pero resalta algunos rasgos característicos de su autor: fue evidentemente persona muy cultivada e incluso erudita, acaso fue clérigo o persona muy formada en materia religiosa y que visitó Alemania. Después se aborda al autor del Formulario, "a través de sus ideas sobre ciertos profesionales", bajo las rúbricas: "los políticos vistos por nuestro autor", "los abogados ante nuestro jurista", "sus ideas acerca de los jueces" y "el oficio de la fe pública".

III. El Formulario apareció en Zaragoza en 1923. El impresor fue Coci. ALONSO trata del aspecto externo de la obra y de su sistemática. El estilo es recargado, retorcido y oscuro, abundante en sinónimos e ideas paralelas, no pobre en vocabulario. Su sintaxis es descuidada en ocasiones. A causa de ciertos giros y construcciones la lectura se hace un tanto fatigosa en ciertos momentos. "Cuando no redacta documentos incide en lo doctoral y admonitorio", pero ofrece al lector "los considerandos de sus advertencias o recomendaciones y (va) desgranando constantemente refranes o frases hechas". Esto no significa una crítica desvalorizadora y "algunos de sus párrafos (los pudiera haber escrito un BALTASAR GRACIÁN)", dice MARIANO ALONSO.

La obra va precedida de un no breve prefacio del que, en frase de ALONSO, puede extraerse un "catecismo notarial". En este terreno MARIANO ALONSO sintetiza el Prefacio y se ocupa: del Notario y su estatuto (el Notario jurista y hombre culto, cuestiones de competencia, selección del notariado, deberes del Notario, responsabilidades, retribución e identificación de los actuantes); el instrumento público (su concepto y reglas generales y estructura del instrumento); los testigos, las copias y el protocolo. Como final se ocupa, MARIANO ALONSO, del tema más espinoso, pero uno de los de mayor interés: "noticias sobre el alcance del instrumento, según los datos contenidos en este catecismo de Derecho notarial aragonés". La doctrina de nuestro autor se limita al punto de la llamada adverbación, pero no se ocupa de la adverbación propiamente dicha, sino del procedimiento de defensa del documento impugnado.

Como final ALONSO LAMBÁN se lamenta de las faltas del trabajo, sugiere un proyecto y formula una invitación, pero "un estúpido accidente de caza" truncó los proyectos e ilusiones y dejó un hueco importantísimo en la bibliografía jurídica aragonesa.

Después se transcribe el texto del Formulario: "Prefatio". Instrucciones, Intitulationes, Introitos, Cláusulas y las Formas, propiamente dichas. La obra concluye con la "Tabla por alfabeto de las precedentes formas", parte utilísima para los Notarios de la época y de gran utilidad para el historiador actual.

MARIANO ALONSO LAMBÁN (q. e. p. d.) ha hecho del "Formulario de actos extrajudiciales de la sublime arte de la notaría" una pieza viva del mundo del derecho. El notariado aragonés y los historiadores del derecho le deben especial gratitud. Esta recensión sólo quiere ser un acicate a una lectura reposada y útil de la obra en cuestión. Conseguirlo será nuestra mejor recompensa.

E. I. M.

ARNAUD, ANDRÉ-JEAN: *Les origines doctrinales du Code civil français*, Prefacio de Michel Villey, Paris, 1969, 326 págs.

Un libro espléndido que —cosa poco frecuente— ha de interesar tanto al historiador como al jurista. Un estudio realizado desde la filosofía del Derecho, con un método estricto y rigurosamente histórico. Trata de precisar la conexión de la doctrina con ese gran monumento legislativo que significa el Código civil francés del año 1804. Una obra de tanta envergadura no se improvisa y fue posible a los revolucionarios liberales, gracias a una larga tradición de pensamiento jurídico de los siglos XVII y XVIII. Era un código nuevo, con forma y contenido muy distintos a lo anterior, pero sus raíces se entrecruzan y nutren en los esfuerzos de dos siglos, al menos. Si algún día se estudia con detenimiento las fuentes e influencias de nuestro Código civil de 1888-1889 el método de trabajo será muy distinto. Las bases de su contenido, de sus artículos, serán buscadas en los códigos europeos posteriores, además, de algunos preceptos de nuestra legislación patria. Esta es la forma certera en que García Goyena pulsó las fuentes del proyecto de 1851 en sus *Concordancias*. A fines del siglo XIX los diversos códigos inundan Europa, América. En contraste, el Código de los franceses es obra nueva, cabeza de serie. Y sus antecedentes —aparte los proyectos anteriores— no son los Códigos, por tanto. En verdad que en él se encuentra presente el Derecho romano, como las costumbres francesas y las Ordenanzas generales de sus reyes, pero —como muy bien comprueba Arnaud— todo este material está elaborado, sistematizado y modernizado por la doctrina francesa anterior. La jurisprudencia doctrinal fue muy distinta a la actual, no sólo en Roma, sino también en los tiempos anteriores a los Códigos. Ante textos dispares y fragmentarios, restos del pensamiento romano y de costumbres muy diversas, apenas enderezados por algunas prescripciones de las leyes reales, los juristas tenían una tarea muy vasta, que se extendía desde el comentario a la sistematización, desde la concordancia de disparidades hasta el intento de lograr unos principios de solución única, respetando algunas excepciones. Todo este amplio conjunto de la doctrina francesa anterior al *Code civil* es el substrato en donde éste puede hallar explicación.

El Código francés es una creación de la Revolución de 1789. Evidentemente los nuevos principios políticos del liberalismo son decisivos para llegar a una legislación civil simple y clara, general para todos los franceses, inspirada en nuevas concepciones individualistas de la propiedad y de la persona. Pero este aspecto no es el que busca el autor. Por ello no le interesa la obra de Rousseau, ni tampoco Montesquieu en este sentido. Porque, aparte esta novedad del Código como leyes aprobadas en unas Cámaras, su interés persigue los antecedentes de esta masa de materiales que se estructuran en forma precisa y ejemplar en el Código civil. Esta obra revolucionaria se asienta sobre una copiosa tradición de pensamiento jurídico perteneciente a más de dos siglos. Pues bien, la determinación de la evolución progresiva de la doctrina es su objeto. El profesor Villey, en sus palabras preliminares, aventura que quizá el estudio de los grandes juristas del XVI —Connan, Doneau, Althusius— perfeccionaría el intento. La historia siempre pide seguir investigando hacia tiempos más antiguos.

Desde otro punto de vista también admira este estudio, por la amplitud y buen manejo de la bibliografía disponible, que reúne en cerca de cincuenta páginas. Mientras nuestros Códigos apenas han sido estudiados, la bibliografía francesa —aunque no toda sea histórica—

muestra una abundancia admirable. Por ello —aparte su consulta directa de las fuentes citadas, sea Pothier o Vinnio— el autor puede trazar un cuadro vivo, suficiente y atractivo de este período de la historia jurídica francesa. Puede seguir líneas e influencias en la literatura jurídica de los siglos XVII y XVIII, cosa para nosotros —para España— todavía en ciernes. Puede apoyarse —o revisar— estudios y trabajos, depurando una certera visión de la evolución doctrinal y de su influjo sobre los redactores del primer Código liberal de Europa.

Les origines doctrinales du Code civil français orienta su búsqueda desde tres perspectivas. Ante todo —en la parte fundamental, el libro primero—, traza un cuadro general de todas las tentativas de unificación del Derecho, en los distintos autores. Después considerará, en forma más específica y breve, sus influencias en la sistemática del *Code* y de dos de sus principios cardinales, el derecho de propiedad y la autonomía de la voluntad. Este es el núcleo central del estudio de André-Jean Arnaud. Pero antes de entrar en estas tres partes o libros, nos ambienta en el problema con una introducción y coloca un título preliminar —al igual que el *Code*— en donde presenta a los artifices del Código Napoleón. La riqueza de la bibliografía le permite describir su origen social y personalidad, sus estudios de Derecho y, en suma, su vida a través de los azarosos años de la Revolución. Tronchët, Bigot-Préameneu, Portalis y Maleville cobran vida, juntamente con otros, Cambacères, Merlin, Berlier, Treilhard y el mismo Napoleón, que tanta parte tuvieron en la obra civil del Consulado. En su mayor parte son juristas, hijos de juristas y —cualesquiera que fueren los avatares de sus vidas— Arnaud descubre en ellos un sentido de moderación, que les permite atravesar horas tan aciagas y les acerca a Bonaparte, apenas éste se adueña del poder. Son también liberales. hombres de ideas nuevas, capaces de alcanzar un escalón más en la historia del derecho. Para precisar su formación expone la situación de los estudios y las Universidades en la Francia del XVIII. La enseñanza de la jurisprudencia —desde el edicto de 1679— comprendía tres años de Derecho romano, con algunos aditamentos de canónico y de Derecho francés. Las cátedras de Derecho francés se crearon en aquella fecha, pero, si bien los profesores eran designados por el rey, éste no atendía a su sustento, por lo que no resulta muy gloriosa la tradición de aquellos profesores; unos eran romanistas que se asomaban al derecho de las costumbres y Ordenanzas reales, otros hacían compatibles sus lecciones con la necesidad de dedicarse a la práctica; por fin, algunas Universidades les asimilaron a los restantes profesores, dando algunas altas figuras como Merlin de Douai o Berlier. Para completar la personalidad de los redactores del *Code*, se refiere a su práctica en despachos, a sus viajes o tertulias que frecuentan, incluso, en lo posible, atisba en sus bibliotecas. Pero este preliminar sobre los hombres del Código sólo es el cabo último de su estudio, que se interesa por toda la longitud del hilo que conduce hasta ellos.

Grandes movimientos de ideas se ciernen sobre Europa entre los siglos XVII y XVIII. La doctrina jurídica no es ajena a ellos. La Reforma precipita en una escuela de grandes iusnaturalistas —desde Grocio a Puffendorf— de pensamiento racionalista, laico. En el siglo XVIII, en Alemania, el Código prusiano de 1794, iniciado por Samuel Coccejus en 1753, es resultado de esta dirección. En Inglaterra Hobbes o Locke remueven asimismo la ciencia jurídica, mientras Francia recoge inspiraciones racionalistas en su ciencia jurídica, con influencias jansenistas que la caracterizan. El autor nos construye un magnífico cuadro de la doctrina francesa, como precedente del Código. Le interesa, pues, en

tanto significa un esfuerzo de unificación, que culmina en 1804. Prescindiendo de los diversos juristas que se ocuparon de esta o aquella costumbre, para referirse a los que, con base en el Derecho de aquéllas o en el romano, quieren obtener una síntesis completa. Los tratadistas de la costumbre intentan esta unificación reuniendo y sistematizando sus soluciones, tal como hiciera Loysel, mientras los esfuerzos unificadores desde la elaboración del Derecho romano se deben a Doneau o Douaren. Pero advierte el autor, no es posible entender los problemas de esta época, como enfrentamiento entre el Derecho romano y las costumbres francesas, tal como han querido los historiadores del Derecho —Olivier-Martin, Van Kan—, sino, concediendo a esta cuestión toda su importancia, es preciso diferenciar corrientes antiguas y modernas —el racionalismo— para mejor comprender la evolución que lleva hasta el Código civil. Pues figuras como Pothier utilizan a un tiempo costumbre y Derecho romano en su intento sistematizador.

Los tratadistas de costumbres procuran a lo largo del siglo xvii una unificación de ellas, apoyados especialmente en la costumbre de París. Estas tareas de concordar y conciliar están presentes en la *Institutiones consuetudinarias* de Loysel, en Ricard, en Le Brun y logran su cima en los *Arretés* de Lamoignon, aparecidos en 1672. Se trataba de alcanzar un derecho común de Francia, inspirado en la costumbre de París. Cuidadosamente va reuniendo los textos y las dificultades, las contradicciones existentes en esta costumbre. Dos ayudantes los preparan para discutirlos en una conferencia de amigos juristas de Lamoignon, presidente del Parlamento de París. Con este procedimiento los depura y publica, logrando gran éxito. Incluso pedirá al rey que le otorgue carácter oficial, pero la reciente aparición de la ordenanza civil de 1667 hace preferible no duplicar textos legales. En 1689 aparecían *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, de Domat, que significaban cosa muy diferente. Es el inicio del racionalismo. En ella se intenta poner orden al *Digesto*, con un espíritu cristiano inspirando las soluciones. Domat era de Clermont, uno de los enclaves de la Costumbre de Auvernia, donde rige el Derecho romano y, además, cree que sólo de la perfección y extensión del Derecho de Roma es posible extraer un derecho común para Francia toda. Sólo en él es posible hallar la razón escrita y la equidad, sin perjuicio de apartarlo cuando sus soluciones no fueren justas, cristianas. A fines de siglo un nuevo género se suma al esfuerzo por la unificación: las Institutas de Derecho francés. Claude Fleury escribe una, no publicada hasta el siglo xix, pero que sirve de modelo e inspira la de Argou, editada en 1692. Ya existe una exposición conjunta del Derecho francés, que, para ellos, está compuesto del derecho escrito y el uso. El primero no es tan sólo el Derecho romano, sino, además, el canónico, las costumbres y estatutos particulares, las Ordenanzas de los reyes. «El uso —dice Fleury— es todo cuanto se observa entre nosotros sin estar escrito, de cualquier lugar que proceda. Está inspirado, en su mayor parte, en el Derecho romano; tiene muchas máximas del Derecho canónico, de las glosas y de los comentarios de los viejos autores. Este uso se aprende en la lectura de decisiones, de comentarios de costumbres y tratados de los escritores más modernos...» Romano y costumbres se hermanan con las Ordenanzas para dar vida al nuevo Derecho francés. Otros autores procuran la unificación en uno u otro sentido; en todo caso se perciben aires nuevos, incluso en la *Bibliothèque des coutumes*, publicada por Berroyer y Lauvière en 1699, magna compilación de ellas. La consideran indispensable para después poder celebrar conferencias o reuniones en donde se perfilen principios generales, con sus excepciones y peculiaridades para los diversos países y provincias.

Todavía en el siglo XVIII este empirismo apegado a las costumbres se mantiene y pretende la unificación por la concordancia conciliadora, por la organización de vastos materiales del Derecho francés anterior. Las ideas de Bouhier, presidente del Parlamento de Dijon, encajan en esta dirección, pero con indudable originalidad. Para él el Derecho francés se apoya en el romano, cuya superioridad es indiscutible. Este Derecho romano, en cuanto está modificado por las ordenanzas, los edictos y las costumbres —las fuentes propiamente francesas— proporciona un sistema amplio y completo. El mismo trabajará en este sentido sobre las costumbres de Borgoña: un devoto suyo, Collet, lo hará sobre otras. En todo caso el proyecto no será realizado por completo. Otras obras sobre estos antiguos rieles se deben a Pocquet de Livonnière y a Prévôt de la Jannés.

Pero el siglo XVIII ve el triunfo del racionalismo. Un nuevo sentido del derecho se manifiesta en los discípulos de Domat o en los epitomes y obras didácticas de los profesores del Derecho francés. En Montesquieu, tan buen conocedor del iusnaturalismo alemán. Equilibrado hasta el punto de parecer contradictorio entre su deseo de una codificación que exige el principio de separación de poderes y su aprobación del abigarrado panorama de diversas costumbres en Francia, por razón de sus diferencias climáticas. Todas estas direcciones las recoge Arnaud en un cuadro sinóptico de influencias y escuelas que van avanzando hacia el Código. En los últimos lugares, los más cercanos, que recogen líneas de Lamoignon, Fleury-Argou y Domat fundamentalmente, entre otros muchos figuran Bourjon, Daguesseau y Pothier, que hacen triunfar definitivamente el racionalismo en la doctrina francesa.

En 1747 publica Bourjon *Le Droit commun de la France et la coutume de Paris, réduits en principes*. El Derecho común francés es para él el contenido en las ordenanzas, más partes del Derecho romano muy extendidas. Unirlas a la costumbre de Paris parece vía ensayada, pero la novedad de su intento radica en buscar exponerlos en principios evidentes, simples. La escolástica, decía, perdió de vista la equidad y la simplicidad del Derecho, entre cuestiones frívolas y disputas. El atiende a estas finalidades, tratando la costumbre parisiense, como Domat hiciera con el Derecho romano. El canciller Daguesseau interesa porque es el maestro de Pothier, pero también por su intervención en las ordenanzas de Luis XV, que tanto influirán en el Código civil francés. Hombre religioso y austero, se conecta con Domat, así como con el jansenismo, al par que conoce bien la escuela del derecho natural. Pero su mayor importancia estriba —resalta el autor— en su influencia sobre Pothier, quien realizó ideas suyas, mientras que el canciller no las pudo poner en letra, por sus tareas legislativas en Paris. Desde Orleáns, el padre del Código civil, le dedica ordenación de las Pandectas, conforme al deseo que expresó Leibniz y el intento de Domat. Y en esta, como en posteriores obras, sabe unir el Derecho romano con la costumbre y, sobre todo, con los nuevos postulados e ideas del racionalismo iusnaturalista de allende el Rhin. En suma, la materia queda preparada para hacer posible el Código civil. La unión del Derecho romano y el francés, juntamente con las orientaciones del Derecho natural eran sus bases. Pero, sobre todo, el enorme esfuerzo de Pothier, que supo reelaborarlos lenta y concienzudamente. En el año 1761 aparecía su *Traité des obligations*, y hasta su muerte, en 1772, publica incansablemente múltiples tratados sobre diferentes partes del Derecho civil. Es, pues, sin duda, el padre del Código civil, si bien como heredero de una tradición varia, larga. Tras él vienen todavía otros, Jarcourt, redacta el artículo «Loi» en la Enciclopedia, Linguet se preocupa de la

teoría de las leyes civiles, justificándolas en la voluntad general, no en el Derecho natural, y Olivier prepara un Código privado. La doctrina de Pothier queda en espera de la Revolución.

Las dos segundas partes de este libro —libros segundo y tercero— buscan concretar las líneas generales trazadas, sobre las influencias recibidas por el *Code français*, en cuestiones específicas. La demostración completa, de las influencias —en cada artículo, en cada materia— sería interminable trabajo de años y años. El autor, sin embargo, no se resigna a presentar sólo líneas e influencias doctrinales en general y, por ello, estudia con detenimiento el origen de la sistemática del Código civil —en el libro segundo— y de dos principios o institutos fundamentales de su sustancia jurídica, de su contenido; el derecho de propiedad, recogido en el artículo 554, y el de autonomía de la voluntad del 1.134. 1.º Dos normas fundamentales del Código son lugar muy adecuado para entender influencias y orígenes. León Duguit en alguna ocasión dijo que su contenido podía reducirse —excluidas sucesiones— a tres reglas fundamentales; y dos de ellas son las que le sirven a Arnaud para sus análisis. El panorama doctrinal que constituye la parte básica de esta aportación histórica se ciñe ahora en unas consideraciones más apretadas sobre sistema y fondo de algunos artículos del primero de los Códigos.

El estudio de la sistemática del derecho es singularmente interesante. Por de pronto, mostrará influencias formales de los distintos autores en la que llegará a ser la ordenación de materias del Código civil de los franceses. La forma determina frecuentemente la materia, el sentido de las soluciones. El autor empieza su análisis desde sus bases, desde Descartes y la lógica de Port-Royal, desde los esfuerzos de ordenar mediante el sistema de Gayo, en sus versiones de los siglos xvi y xvii, o en los planes expositivos modernos de los iusnaturalistas de la Escuela del derecho natural. A continuación —con mayor detalle— va examinando las variaciones de la sistemática jurídico-civil en Francia, hasta desembocar en el *Code*.

Descartes, a través del *Discours de la Méthode* da impulso indudable a las matemáticas y sus métodos, como vía certera para el conocimiento humano. Las reglas fundamentales de la evidencia, el análisis, la síntesis y la inducción influyen decisivamente en un planteamiento racional y de principios. La celebrada *Logique* de Port-Royal desenvolverá sus indicaciones metódicas en torno a la definición, los axiomas, las demostraciones, al método, en suma. El pensamiento jansenizante aboca hacia un método racionalista y axiomático. Pero en derecho posee mayor relieve el intento sistematizador de los iusnaturalistas de la Europa central. Unos juristas optan por ordenar las materias, siguiendo la *Instituta* de Gayo —*omne jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*—, debidamente adaptada al cambio de los tiempos. Ya el francés Doneau (*Donellus*) sustituyó la última de estas partes —*actiones*— por los modos de adquirir la propiedad. Leibniz continúa esta dirección con una clasificación de las materias jurídicas más completa y articulada. En cambio, los iusnaturalistas racionalistas fletan nueva ordenación de materias, que modifica la anterior y desborda los límites del derecho civil o privado. En Puffendorf —por traer un ejemplo— el sistema se construye ya sobre la idea de los derechos subjetivos y los correspondientes deberes, propia de esta dirección doctrinal. Los deberes del hombre se distribuyen entre los individuales —respecto Dios, él mismo y los demás— y los deberes en sociedad —en familia o en la ciudad—. En los deberes respecto de los demás, se engranan las convenciones u obligaciones, así como la adquisición y ges-

tión de la propiedad. La ciencia jurídica era perfectamente internacional en estas épocas, por lo que las construcciones de la Europa central entraron sin grave problema en Francia. Y se gesta paulatinamente la sistemática del *Code*, con cierta preferencia por el plan multisecular de la *Instituta* imperial, adaptado, modernizado por los romanistas y los autores del Derecho francés.

Domat, en 1689, presenta su ordenación de las leyes civiles del *Digesto* en un orden natural, lógico y semejante al de los iusnaturalistas centroeuropeos, pero esencialmente distinto en sus concretas partes. Además su espíritu profundamente cristiano se aparta del laicismo de aquéllos e influye en su plan o sistema. La materia jurídica se agrupa en los vínculos o lazos sociales entre los hombres, determinados por el amor, por la caridad —familiares o nacidos del trabajo— y, por otra parte, las sucesiones como vehículos de perpetuación de la sociedad. Ya en el siglo XVIII Francia se acerca más a las construcciones del derecho natural moderno, con el canceller Daguesseau —cercano también a Domat— o con Prévôt de la Jannès. Pero, a la larga, prevalecería la vieja tripartición de la *Instituta*. Ya en los tratadistas de costumbres —Loysel o Lamoignon— existe un deseo y unas realizaciones, que introducen el viejo Derecho francés en los cuadros de las instituciones de Gayo, que se les antojan más certeros que la ordenación —tan varia— de las costumbres. En Lamoignon, la costumbre de París se organiza en personas, bienes, acciones y obligaciones, derechos que dependen del matrimonio y, en quinto lugar, sucesiones y testamentos. En la obra de Fleury se percibe ya claramente la división tripartita moderna del sistema de Gayo; divide el derecho civil en personas, cosas y obligaciones, dejando aparte cuanto concierne a los aspectos procedimentales del derecho civil. También Bourjon importa en su orden de materias, fácilmente comparable al del Código. Pero, sobre todo, es en Pothier donde se recoge toda esta tradición y se propone como casi definitiva para los redactores del Código. No sólo recoge Pothier esta sistemática central, sino además proporciona —en contacto con el iusnaturalismo racionalista— conceptos centrales para la ordenación futura. La idea de derechos subjetivos entra decididamente en la configuración de la parte destinada a las cosas; su ordenación de las obligaciones está ya dispuesta en causas —contrato y otras causas, diferentes clases de obligaciones, extinción, prueba de las obligaciones—. Los *Principes du Droit civil romain*, de Olivier, aparecidos en 1776, y el proyecto del año VIII son los eslabones últimos para la sistemática del Código de Napoleón.

En el libro tercero realiza el autor dos análisis muy concretos y apretados de sendos artículos del Código. La definición del derecho de propiedad en el Código francés, en primer lugar. No parece de Pothier, y el mismo Maleville en su comentario afirmaba que tenía su origen en los textos romanos. Ahora bien —aparte un error en la referencia al texto romano en Melville—, no puede sostenerse esta idea, aceptada por algunos. Los romanos no usaron el concepto de derecho subjetivo. El autor repasa las definiciones de derecho de propiedad de Bártolo, Connan, Grocio y su escuela, Domat, Fleury, Pothier, etc. Y concluye que las definiciones de los iusnaturalistas, con reflejo fuerte en las Constituciones francesas, puede ser el origen. Más todavía, analiza cada una de las partes de la definición —en especial su frase «de la manera más absoluta»— para detectar su originalidad, posiblemente de Portalis, y las influencias en que se apoya. A continuación se ocupa con la misma detención del artículo 1.134, 1.º, del Código: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites», principio de autonomía que no puede encontrarse en Roma ni en el Derecho

francés anterior. Evidentemente —Maleville lo señaló— existen textos romanos que expresan la misma idea, pero sin este sentido general de la teoría de los contratos del Código civil. También los textos canónicos muestran reglas análogas, pero, sobre todo, en Domat se halla casi en los mismos términos que el Código emplea. Pothier, asimismo, rechaza la solución romana y sigue la más moderna, racionalista. Sus ideas —recogidas de Grocio y Puffendorf— se plasman ampliamente en el Código, siendo compatibles con el principio de autonomía del 1.134. porque en él está presente. Los proyectos anteriores al Código recogerán sus ideas, juntamente con el axioma fundamental de autonomía, redactado a semejanza de Domat.

Al final del libro de André-Jean Arnaud se establecen algunas conclusiones sobre las fuentes del Código, su plan y el papel de Pothier en su origen. Luego los índices, abundantes y ricos, que facilitan la consulta desde cualquier ángulo, ya que lleva los usuales de materias y nombres de lugares y de personas y, además, las fuentes y bibliografías ordenadas sistemáticamente, el citado cuadro sinóptico como gráfico de las influencias doctrinales que conducen del siglo xvi al xviii, una lista cronológica de autores citados, desde Grocio al Código, un diccionario biográfico de los principales juristas citados, un índice referido a los cuadros que hay en el texto sobre el plan o sistemática de diversos autores y, por fin, el índice general. El cuidado en la elaboración es, pues, tanto como la penetración del estudio. Ante este libro de Arnaud —y para terminar— se me ocurre una pregunta sencilla y triste: ¿Cuándo nos será dado a nosotros, españoles, leer algo semejante de nuestra codificación civil?

MARIANO PESET REIG.

BENZO MESTRE, FERNANDO: *La Organización de la Hacienda española*, Ediciones Deusto, Bilbao, 367 págs.

El autor realiza un concienzudo estudio de una materia ingrata para el escritor teórico. Agavilla en un tomo de 368 páginas el variado mundo de la organización hacendística. La estructura del libro es la de un cuerpo compacto (la por él llamada segunda parte) precedido y continuado por pequeños apéndices denominados por Benzo con la rúbrica original de Primera, Tercera y Cuarta parte, que están constituidos cada uno de ellos por un solo parágrafo. El contenido de estos capítulos preludiales y finales cubre perfectamente los flancos de la monografía. Que comienza —primera parte— con trece páginas dedicadas a estudiar «el contenido de la Hacienda Pública». Y culmina con el estudio de «La organización territorial de la Hacienda Pública» (tercera parte) y «los medios personales» (cuarta parte).

Repasar la organización del Departamento y pasar revista a la prolija nómina de unidades administrativas es como sumergirse en el barroquismo botánico de una selva tropical. La organización fiscal española es un mundo complejo en el que se entrecruzan los troncos y las lianas de los distintos servicios con tal profusión que, a veces, producen una cierta sensación de asfixia administrativa. Habría que podar este complejo enramado para que penetrase mejor el oxígeno, que casi no circula entre tanta estratificación burocrática.

Sin entrar en el detalle nominal de los distintos órganos, sino, por él contrario, recorriendo a grandes pasos la estructura hacendística

«española, nos tropezamos desde el arranque con una plural terminología cuya enumeración esquemática aquí dará clara idea del ingente formato montado, con sólo tener presente que la singularidad expositiva de una Dirección General se traduce —en el organigrama legal— en la existencia de once Direcciones Generales. Quede claro que nosotros nos quedamos sólo con la esencia alusiva y, sin embargo, aun dentro de estos estrechos límites nos agobia una plural terminología. El Departamento es de una riqueza semántica fabulosa y en su prolijo organigrama nos encontramos con la existencia de Juzgados, Tribunales, Jurados, Direcciones, Intervenciones, Fábricas, Consejos, Cajas, Tesorerías, Inspecciones, Subsecretarías, Gabinetes, Secretarías, Servicios, Oficinas, Bancos, Juntas Consultivas, Delegaciones del Gobierno, Institutos, Monopolios... Tal vez se haya exacerbado en los últimos tiempos la importancia de este Departamento, en el que se han involucrado los controles fiscales con verdaderas iniciativas políticas y donde las intervenciones contables han rebasado los cauces que les son propios.

Benzo ha tenido el acierto de incrustar, en el árido tejido de la obra emprendida, la curiosidad de una referencia al derecho comparado. La reseña es interesante. Nos permite parangonar y sacar conclusiones edificantes, por cuanto estamos más en condición de aprender que de enseñar. Particularmente aleccionadoras son las páginas consagradas al estudio de la Inspección General de Finanzas. Para relieves estas observaciones conviene tener presente que —son palabras de Benzo— «el control de la oportunidad del gasto —necesidad, conveniencia— no está institucionalizado en nuestra organización administrativa». Y ahora que empieza a preocupar en España la temática del coste y rendimiento de los servicios públicos, resulta aleccionador ver cómo en otros paisajes de la geografía europea se aborda seriamente el problema de la economicidad del dispendio público. En Bélgica funciona un inspector de Finanzas «como consejero financiero del ministro ante el que ejerce sus funciones, al servicio de la programación económica, como elemento esencial para la toma de decisiones en el marco de la política gubernamental».

Desde hace años el Consejo de Estado luxemburgués viene reiterando la necesidad de una vigilancia más estrecha de los gastos públicos. En su informe sobre el Presupuesto del ejercicio de 1953, el Consejo manifestó: «¿No sería necesario organizar desde ahora una más estrecha vigilancia de los gastos públicos?» En este tenor ya la Ley de 24 de diciembre de 1946 había creado la Comisión de economía y realización. En el seno de la Cámara de Diputados se dijo a este respecto: «Los inspectores de Finanzas constituirán para el contribuyente la garantía de que el dinero del Tesoro se gasta lo más económicamente posible». El presidente del Gobierno, ministro de Estado y Finanzas, Pierre Werner, el 16 de febrero de 1963 decía: «Existe un medio de conseguir nuevas disponibilidades: la limitación del gasto público». Se prevé que la Inspección de Finanzas Luxemburguesa se encargará de examinar el fundamento, economicidad y oportunidad de los proyectos presupuestarios.

Es difícil juzgar doctrinalmente esas 230 páginas que constituyen el esqueleto de la obra, denominado por el autor con el encasillamiento de «segunda parte». Porque no cabe ninguna dosis de subjetivismo enunciativo en la exposición fría y descomprometida del organigrama minucioso del Departamento. El libro de Benzo recorre una escala adjetiva, de limitada ambición, que —sólo en estos estrechos cauces— puede resultar convincente en tanta mayor medida cuanto mayor sea su apego a la falsilla organicista del Departamento.

Estudia por extenso cada una de las Direcciones Generales, la Secretaría General Técnica, la Intervención General de la Administración del Estado, la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, el Servicio Nacional de Loterías, la Organización del Crédito y la Banca y los órganos jurisdiccionales. Desde este último enfoque analiza la Jurisdicción económico-administrativa, la Jurisdicción de contrabando, los Jurados Tributarios, con especial referencia a los Jurados de Estimación de las Provincias Africanas y el Tribunal de Cuentas del Reino.

Este cuaderno fiscal, como les acontece a todos los libros divulgadores de estructuras, destaca más por el esfuerzo que ha realizado su autor que por el contenido del mismo. Entre las páginas estudiadas queda la momificación de cientos y cientos de disposiciones legislativas y ordenancistas que dejan entrever, entre las frondas de unidades administrativas, el arduo trabajo del autor.

JOSÉ MENÉNDEZ

DE ANGEL YÁGUEZ, RICARDO: *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la Legislación civil*, Madrid, Tecnos, 1969, 216 págs.

I.—EL AUTOR: Dentro de la serie jurídica con la que la Editorial Tecnos va enriqueciendo el acervo cultural español, y enmarcada como aportación de autor aún no consagrado, se presenta a nuestros ojos esta obra que parece ser la primera importante de su autor. Este, en plena juventud, dedicado a la enseñanza en la Universidad de Deusto, nos ofrece una muestra espléndida de lo que el brio y entusiasmo pueden lograr, unidos a una paciente y cuidada investigación depurada de dogmas usuales y atenta a lo que la realidad diaria y las necesidades económico-sociales están demandando del Derecho. Y lo que es más sorprendente, la aportación resulta fundamental para la práctica pese a ser una obra teórica y de investigación.

II.—ANÁLISIS DE LA OBRA: La obra está dividida en cuatro capítulos, cada uno de los cuales trata de un artículo concreto del Código civil y que, respectivamente, son: 1.597, 1.600, 1.922-1.º y 1.923-3.º y 5.º: En este breve recorrido panorámico iré resaltando aquellos aspectos más interesantes, a mi juicio, de cada capítulo.

Capítulo primero: La acción directa del artículo 1.597 del Código civil.—Después de tratar del origen en el primer apartado, trata a continuación de la *naturaleza jurídica de la acción que dicho artículo concede*: dadas la redacción del precepto en estilo negativo y su formulación enigmática, el autor analiza las conocidas posturas doctrinales antitéticas de si es una modalidad de la subrogatoria general del 1.111 o si, como excepción, es una acción directa: para lo cual el autor precisa la diferente regulación de la subrogatoria en los Códigos francés y español y las finalidades distintas a que cada uno de los respectivos preceptos responde; sentada esta premisa, utiliza el criterio o canon *histórico* para fijar la diferencia entre el precepto del 1.597 y el del 1.111, y el canon *finalista* para interpretar el silencio legal en orden a los requisitos de ejercicio de la acción, proponiendo una distinción en la eficacia u operatividad del 1.597 *antes* y *después* de que los créditos

que ampara sean exigibles al contratista, lo cual le permite ver claramente en el precepto dos *funciones*, una "pre-ejecutiva" a modo de medida conservativa del patrimonio del contratista, y otra cual acción directa de origen legal a ejercitar llegado el momento de exigibilidad de los créditos. Pasa a estudiar la cuestión de si los créditos amparados por el 1.597 tienen o no carácter privilegiado, calificando de infructuosas las tentativas doctrinales a tal efecto (1): parece claro que en el precepto lo privilegiado es el acreedor y no el crédito.

Estudia después el *fundamento jurídico de la acción directa del 1.597*, o sea, el *porqué* del favor legal, analizando las posibles y variadas teorías doctrinales aportadas al efecto, cuyas soluciones—mandato, representación, gestión de negocios, enriquecimiento sin causa...—cree infundadas por partir de un punto equivocado cuál es el del pretendido encaje en una figura conocida. Parte del estudio del dogma de la restringida eficacia del contrato y de los motivos del legislador para establecer esta acción, comparando la posición de los acreedores (por trabajo y suministros) en el supuesto contemplado en el 1.597 y en el caso de que hubieren contratado *directamente* con el propietario de la obra.

En el siguiente apartado estudia el *momento y condiciones de nacimiento de la acción*, partiendo para ello de las dos *funciones* que el autor percibe en el precepto, según lo antes dicho. En cuanto a su función como *medida conservativa*, examina las cuestiones: de si será o no necesaria la insolvencia del contratista, de cuáles créditos pueden hacerse valer por la vía del 1.597, y de si los créditos han de ser o no ya exigibles. Identicas cuestiones examina luego en cuanto a las *condiciones de nacimiento* de la acción directa.

Los apartados siguientes tratan de los legitimados activa y pasivamente en orden al ejercicio de la acción directa, o sea, *titulares* y *contra quienes cabe ejercitarla*. En cuanto a los *titulares*, hace ver cómo la misma amplitud legal en la enunciación de los beneficios de la acción favorece la labor interpretativa y permite eludir las múltiples cuestiones surgidas al interpretar precepto similar de textos extranjeros; examina las cuestiones especiales: de si el precepto alcanza o no a los *subcontratistas*—analizando la posición del Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de junio de 1936 (2)—, de si el subcontratista podrá o no dirigirse contra el propietario en uso de la acción (3) y de qué ocurrirá, caso de reclamación *conjunta* por trabajadores y suministradores, en el supuesto de *insuficiencia* del crédito del contratista contra el propietario. Examina luego las cuestiones derivadas de la *legitimación pasiva*, más allá de la mera literalidad del precepto, estudiando el problema de si puede haber o no *dos o más legitimados* pasivamente (4) y de los supuestos normales de *encadenamiento* o escalonamiento de créditos intermedios, con la posibilidad de que alguno de tales créditos no existiere o fuere insuficiente; la argumentación, brillante, del autor demuestra cómo el Código civil con las palabras "dueño" y "propietario" quiere designar lo que técnicamente debiera ser "comitente" (5).

El apartado relativo al *ejercicio procesal de la acción directa del 1.597* es trascendental para todos aquellos que se mueven dentro del ámbito forense, detallando con claridad y precisión todas las posibles

(1) Así, MANRESA: *Comentarios al Código civil*, art. 1.597.

(2) Uno de sus *obiter dictum* incide en este punto cuestionado.

(3) El ejemplo propuesto por el autor—la construcción naval—es, *per se*, bien significativo, y cabe aducir muchos otros que la realidad nos ofrece.

(4) El Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de ocuparse de un supuesto de este tipo.

(5) Desde ahora, entiéndase así, conforme a la terminología propuesta por el autor.

incidencias del pleito y las especiales características, a los efectos del Derecho procesal, de la *acción* ejercitada y de la *posición del contratista*. Estudia, por tanto, el contenido de la demanda y el desarrollo del proceso en sus distintas fases.

En el siguiente apartado trata de los *límites de ejercicio de la acción directa*, que nacen, unos, del mismo precepto legal, y otros, de la eventual colisión con derechos ajenos o con los actos jurídicos que, al darlos nacimiento, excluyen en todo o en parte la posibilidad de ejercicio fructífero de la acción contra el comitente. Dentro de los *límites legales* estudia el autor diversas cuestiones de enorme interés, cuáles: la de la determinación de qué créditos del contratista pueden justificar la acción directa, o de otro modo, si los titulares de la acción pueden ejercitarla en base a un crédito del contratista contra el comitente de *origen distinto* al contrato de ejecución de obras que entre ellos existe (6); la de la prueba de la existencia de ese crédito del contratista contra el comitente, entendiendo que lo correcto en orden al criterio jurisprudencial debería ser exigir a los actores la prueba de la existencia de *hechos que ordinariamente dan lugar a un crédito*, cuál es el "indicio" de la realidad de la "obra" ejecutada por el contratista; y la cuestión de la determinación en el proceso de la cuantía *real* del crédito.

Dentro de los *límites derivados de la colisión con derechos ajenos*, el autor analiza algunos de los supuestos especiales de *extinción* del crédito, como el pago, la condonación, la compensación y la cesión de créditos. Dentro del *pago*, distingue los pagos anteriores y posteriores a la interposición de la demanda y los pagos *anticipados* (7)—verdadero problema, dada la práctica usual de estos pagos hechos por el comitente al contratista ofreciendo éste a cambio una compensación de cualquier tipo, lo que se presta a fáciles confabulaciones (8)—. En la *condonación*, el autor no distingue entre las anteriores o posteriores a la interposición a la demanda, sino que comprende *toda* convención entre contratista y comitente *posterior* a la que originó la primitiva relación jurídica entre ellos: y por similitud, todo negocio jurídico que tienda a disminuir, sin base real, la deuda del comitente al contratista. Vuelve a distinguir el autor entre supuestos anteriores y posteriores a la demanda en materia de *compensación* y de *cesión* de créditos.

En cuanto a los posibles supuestos de *colisión con otros procedimientos*, es decir, respecto de la posible *insolvencia* del contratista, plantea y resuelve el autor los casos de ejercicio de acciones posteriores a la interposición de la demanda por acción directa, y los de ejercicio de la acción directa posteriormente a un *embargo ya solicitado* en ejecución singular o universal o a un *embargo trabado pero pendiente* de sentencia de remate: cómo conseguir la exclusión de una reclamación previa, y su consiguiente embargo preventivo, ya entablada contra el contratista (9).

Finaliza el estudio, completísimo en todos los aspectos, de la acción directa del artículo 1.597 con dos apartados, dedicados uno a los *efectos* de dicha acción y el otro a la relación de tal acción con la autonomía de la voluntad (supresión o extensión convencional de la acción).

(6) Especial interés ofrece un supuesto que expone el autor: deuda al contratista por dos conceptos, construcción de un edificio y elevación de nave industrial.

(7) Véase, por todos: Díez Pícazo, *Lecciones de Derecho civil*, II, pág. 260; y su estudio sobre el tema publicado en «R. D. M.», 1959, núm. 73.

(8) Véase art. 1.405 del C. c. portugués (*sic*), nos dice el autor.

(9) En la práctica es esta cuestión importante, dada la normal situación de insolvencia en el contratista que suele originar el ejercicio de esta acción directa.

Capítulo segundo: El Derecho de retención del artículo 1.600 del Código civil.—Estudia el autor el problema, difícil por cierto, de los *antecedentes históricos* del precepto: parece que no hay manera de saber de dónde lo sacó GARCÍA GOYENA al elaborar el Proyecto de 1851, que lo creó.

Estudia después, con detención y fino análisis de la norma, la cuestión de la *naturaleza jurídica del derecho establecido* en tal precepto. Inevitablemente el equivoco texto legal origina la necesidad de una interpretación adecuada. Sin embargo, observa agudamente el autor cómo en la doctrina patria hay una imprecisión general al comentar el precepto—a excepción de MUCIUS SCAEVOLA—, sobre todo al enfrentarse con las palabras “en prenda”. Es enormemente curioso la influencia que en autores posteriores han tenido los anotadores de ENNECERUS, hasta en autor tan realista como PURG BRUTÁU. Por ello el autor examina los distintos *supuestos* en caso de obra sobre cosa mueble, según sea propiedad del contratista, del comitente o de tercero (10). Acude el autor a los posibles cánones interpretativos, gramatical, lógico, histórico, etc., y encuentra lo que MUCIUS SCAEVOLA calificaba de glosa “microscópica”, enormemente expresiva en su brevedad: la primera y única remisión, que GARCÍA GOYENA hace en sus Comentarios al Proyecto del Código civil, de 1851, es a los artículos 432 (actual 453 y 1.926-1.º (hoy 1.922-1.º)). Esta curiosa remisión le sirve al autor para enfrentarse con la cuestión de si la cosa es propiedad de *tercero*, tercero al que afectará un contrato ajeno en virtud de la *Ley*: ésta quiere que la *detentación* sea merecedora de uno de los medios protectores de la posesión cuál es la *retención* (11). Se muestra decidido partidario de configurar el derecho derivado de este precepto cual verdadero derecho de retención, lo que encaja con la interpretación finalista de la norma.

En el siguiente apartado analiza los *efectos* de este derecho de retención, distinguiendo según se oponga a la acción del propietario comitente o de propietario no comitente: en el primer caso, la retención asegura al contratista la medida complementaria a ésta contenida en el artículo 1.922-1.º (12); en el caso de tercero propietario, la retención actúa en su calidad de tal, sin ninguna otra función, como medida de coacción al pago, con los inconvenientes que apunta M. SCAEVOLA de reivindicación por el dueño. *Quid*, en este último caso, respecto de la *usucapión* extraordinaria. Posibilidad que plantea interesantes problemas en orden al concepto en que se posee, el abandono por el propietario, a la *intervessio possessionis*. etc. (13).

Finalmente, estudia el *fundamento jurídico* de este derecho de retención, bien frente al propietario comitente, bien respecto del tercero propietario reclamante.

Capítulo tercero: El privilegio mobiliario especial del artículo 1.922-1.º del Código civil.—Estudia el autor, en primer lugar, el *origen histórico* del texto legal, que agrupa los números 1.º y 7.º del artículo 1.926 del Proyecto de 1851. En realidad, el actual precepto engloba en un solo número dos *títulos o causas de preferencia* totalmente distintas: una, la nacida por ciertas actividades recaídas sobre cosa mueble del deudor y establecida a favor del que las ejecutó; y otra, la surgida a favor del

(10) Véase el art. 647 del B. G. B., que exige que la cosa sea propiedad del comitente.

(11) Con mayor claridad que en el nuestro, véase Código portugués, artículos 754 y sigs., en el que aparece la retención como una «garantía especial de las obligaciones»: cap. VI del tit. I del libro II.

(12) Recuérdese la remisión de G. GOYENA en su breve comentario.

(13) Problemas eliminados por el Código civil italiano—buen modelo a imitar aquí—en su art. 2.576-3.º.

vendedor en virtud del precio no pagado de cosa mueble comprada por el deudor.

El *fundamento jurídico del privilegio* lo estudia a continuación el autor, que acepta la afirmación de GULLÓN BALLESTEROS (14) de que "las opiniones respecto a la *causa jurídica* en que se apoya este derecho de preferencia están directamente determinadas por las dicciones de los respectivos Cuerpos legales". Para el autor, no se trata de equiparar o no el privilegio a una prenda legal, sino de hallar las razones que justifican ese derecho. Para lo cual, siguiendo de cerca el texto legal, distingue entre créditos por *conservación* y por *construcción*, ya que la finalidad no es la misma en uno y en otro caso.

Al efectuar el análisis detenido del precepto en el apartado siguiente —*supuesto que contempla el precepto*— examina las cuestiones relativas a: significado de la palabra "los créditos"; sentido de la frase "por construcción, reparación o conservación"; alcance exacto de la palabra "bienes muebles". Dentro de la segunda de las cuestiones examinadas, estudia el interesante problema de los créditos en caso de *mejora* de un bien mueble, así como de los relativos a trabajos u obras de *transformación* de cosa mueble. Plantea el supuesto clásico del *buque*, en cuya construcción—según práctica usual, nos dice el autor—se suele asegurar al constructor mediante una hipoteca constituida sobre el buque mismo, lo que altera el artículo 580 del Código civil en el sentido indicado en los artículos 31 y siguientes de la Ley, de 1893, de Hipoteca Naval (15).

El siguiente apartado lo dedica el autor al estudio sobre el *privilegio y la posesión de la cosa mueble sobre la cual recae*, englobando unitariamente en este lugar una serie de problemas que quizá debieran delimitarse en una serie de sub-apartados, según los presupuestos subjetivos u objetivos necesarios para que actúe el privilegio. Siguiendo el orden del autor, aparecen examinados los problemas de si el privilegio actúa cuando la cosa haya pasado a poder del *deudor* que encargó la "construcción" o "conservación", a poder del que sobre ella *ejecutó* la obra o a poder de un *tercero*; los relativos a los requisitos objetivos de la cosa, y el referente al supuesto de que la cosa mueble se haya *convertido jurídicamente en inmueble*, sea por *destino* sea por *incorporación*; y el supuesto en que el comitente de la obra *no es* el propietario de la cosa. De toda esta interesante problemática, que en conjunto no creo se haya abordado hasta hoy en nuestro país, y cuyo comentario excede con mucho de los estrechos límites de una breve recensión, me parece oportuno resaltar la cuestión de las *pertenencias* cuyo estudio tampoco se ha efectuado entre nosotros con la profundidad y atención que el tema merece; lo hace el autor, siguiendo en su punto de partida la noción de "pertenencia" del profesor GULLÓN (16), sentando como *premisas* fundamentales para una solución de las posibles cuestiones: la indemnidad del tercero con mejor derecho, y el que la *incorporación* (o el *destino*) no haya desnaturalizado la existencia y valor independientes de la cosa, o sea, que ésta se pueda separar física y económicamente del inmueble a que el propietario la destinó.

(14) Véase su interesante obra *La prelación de créditos en el Código civil*, página 34.

(15) Véase, respecto a otra región española para la práctica de Huelva, el brillante trabajo de mi compañero FOSAR BENLOCH, en el núm. 475 de esta *Revista*, pág. 1.535, en el que se sientan bases distintas: el constructor naval puede *privarse* del derecho de retención mediante la *entrega* de la posesión al comitente propietario del buque.

(16) La toma de sus «Explicaciones de Cátedra», sin dar más datos de ello, aunque también da por buena la de ANDREOLI, *Le pertinenze*, Padova, 1936, página 3.

Respecto de la interesante cuestión sobre qué ocurre si la cosa está en poder de un *tercero*, el autor combina los posibles supuestos con el hecho de que el precio de la adquisición de la cosa por el tercero pueda o no estar ya pagado en el momento de ejercitar el crédito privilegiado y distingue los casos siguientes: desposesión de la cosa por el deudor por un título que *no* supone desprendimiento de propiedad; transmisión de la cosa por compraventa; venta con la cosa ya entregada al comprador, pero éste no ha pagado el precio; venta de la cosa, que conserva todavía en su poder el deudor-vendedor por no haberse efectuado la *traditio*, haya o no cobrado el precio estipulado—en cuyo supuesto *subdistingue*, a su vez, dos posibles supuestos procesales, según la acción sea ejercitada por el acreedor privilegiado o por el comprador—; y venta de la cosa con precio percibido y la cosa ya entregada al comprador (17).

Finaliza el estudio del derecho de retención con dos apartados, dedicados, uno, a los *supuestos de concurrencia*, y el otro, al *privilegio en el caso de quiebra*.

Capítulo cuarto: El privilegio inmobiliario especial de los créditos refaccionarios.—Estudia, lógicamente, en primer lugar, el *origen histórico* de lo dispuesto en el artículo 1.923-3.º y 5.º: parece indiscutible la rai-gambre romana de la protección a estos créditos, con la consiguiente e ininterrumpida tradición legislativa patria, que engarza con el Código de comercio de SAINZ DE ANDINO (art. 596-8.º) y el Proyecto de 1851 (artículo 1.927-2.º, con remisión a los artículos 1.874 y 1.875 del mismo). La *terminología legislativa* de créditos “refaccionarios” aparece por primera vez con la Ley Hipotecaria de 1861, cuya regulación *formal* des-cansa en la hipoteca legal poco clara de “Las Partidas”, aunque *sustan-tivamente* basada en la formulación usada por el Proyecto de 1851 del que incluso tomaba la mecánica puramente registral (18).

El apartado dedicado a continuación por el autor a *concepto del crédito refaccionario* es uno de los logros clave de la obra, en el que brillan las dotes de análisis, profundidad, raciocinio, labor desmitificadora, claridad de exposición y depurada síntesis de DE ANGEL YÁGUEZ. Hay en la rama hipotecaria de nuestro Derecho privado demasiada frondosidad, bastantes dogmas con pretensiones absolutistas, un mucho de arrastre de conceptos intocables: uno de éstos es precisamente el de crédito *refaccionario*, pero me temo que a partir de ahora el autor de esta obra dará guerra en los ámbitos registrales al haber logrado depurar de añadidos superfluos un concepto genuinamente civil. El tema es importante, ya que no hay texto legal que defina el concepto y contenido de crédito refaccionario, a lo que cabe agregar las oscuras definiciones de los hipotecaristas y de los civilistas. El autor pone de relieve cómo es casi absoluta la unanimidad en la doctrina patria en considerar al crédito refaccionario como consecuencia de un contrato de préstamo, así como que, si en el aspecto meramente civil ha sido objeto de poca atención de la doctrina, no ocurrió así respecto del procedimiento verdaderamente *accesorio* establecido para su constancia en el Registro de la Propiedad: con ello, y a la luz de nuestra realidad económica *actual*, reconsidera la cuestión de manera *total* y en profundidad por medio de un razonamiento lógico y desprovisto de prejuicios. Acen-túa el autor la incorrección del tratamiento doctrinal, en cuya interpretación del concepto de Crédito Refaccionario cabe observar una *trasposición* de fuentes, ya que siendo un concepto *estrictamente civil*

(17) Especiales dudas plantea el caso de que el comprador lo sea *de mala fe*, o sea, conociendo la existencia del privilegio.

(18) Aunque es seguro que el origen del calificativo «refaccionario» se debe a GARCÍA GOYENA en sus *Concordancias*.

se acude para delimitarlo a una Ley accesoria o secundaria cual la Hipotecaria: a ello cabe agregar un uso incorrecto del criterio *histórico* en la interpretación de los textos legales.

El autor, situado en la perspectiva de intérprete actual, acude a las normas o *cánones* tradicionales de la hermenéutica: 1. El criterio meramente *gramatical* acerca de "refacción" nada nos aporta, pero sí convence de que en ningún caso cabe apoyar en él una posición restrictiva. 2. El criterio *histórico* es manejado por DE ANGEL con gran soltura, partiendo de una precisión o *premisa fundamental*: la de que "la Ley Hipotecaria en ningún caso puede ser considerada como antecedente histórico del Código en materia civil; dicha Ley es parte de la llamada por DE CASTRO 'legislación complementaria' del Cuerpo legal fundamental, por lo que ha de tomar de este sus conceptos básicos, limitándose a desarrollar el cometido *específico* que la justifica: el mecanismo registral de ejecución puramente formal de un principio fundamental, el de *publicidad* en materia inmobiliaria...". En consecuencia, en lugar de recurrir a la Ley Hipotecaria para interpretar la ambigüedad del Código civil, antes bien es preciso extraer *del Código civil mismo—integrado*, en su caso, con una función hermenéutica completa—los conceptos que la Ley Hipotecaria haya lugar de desarrollar en el estricto sentido de facilitarles un molde, formal de constancia pública. Por lo cual el autor acude a los usuales medios de interpretación, o sea, a los *precedentes históricos* del propio Código civil, tomando el mandato de la Base 1.^a preparatoria del Código, la que de forma clara remite al Proyecto de 1851, que consagra en forma *amplia* estos privilegios, cuyo origen claro es el Código francés. Todo lo cual lleva al autor a entender que el criterio *histórico* de interpretación conduce a un concepto *amplio* de crédito "refaccionario" (19). 3. El criterio *lógico* entronca con el tema del *fundamento jurídico* del privilegio, determinante de la *voluntas legis*: la finalidad debió ser la de proteger especialmente la actividad constructiva, en sí o en consideración a los concretos factores de producción que normalmente intervienen en ella, de modo que la protección quedaria en un nivel de ineficacia si solamente rehace sobre los créditos derivados de un préstamo. 4. El criterio *sistemático* se deduce de una consideración del Privilegio Mobiliario del artículo 1.922-1.º, de donde hay que concluir que lo mismo quiso la Ley para idénticos supuestos sobre cosas inmuebles, con la sola diferencia de dar a estos últimos créditos un nombre propio —"refaccionario"—que los identifique globalmente sin recurrir a la enumeración del 1.922-1.º: se deduce lo mismo de la Ley de Hipoteca Naval, cuyo criterio es claro en orden a los créditos refaccionarios como algo *distinto* de los créditos nacidos de un simple préstamo de dinero o efectos. 5. El criterio *teleológico* o *finalista* es recogido por el autor, quien trata de buscar la verdadera *finalidad* de las Leyes de forma *dinámica*, integrando aquella serie de factores que revelan y complementan las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico: atiende, por tanto, a la realidad económica actual, en que tal finalidad de la norma debe encauzarse a través de la protección de los créditos que suponen la realización de lo que es *causa* del privilegio (plusvalía, auge, construcción, etc.). Concluye el autor con la *definición* de "crédito refaccionario" como aquel nacido de cualquier forma contractual que directamente haya contribuido a la producción del resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble (20).

(19) Idéntico criterio en el anteproyecto del Código civil, de PEÑA, que remite al art. 1.927 del Proyecto de 1851.

(20) Criterio ya sustentado por el clásico autor CANALES E IBÁÑEZ: *Legislación hipotecaria española*, Granada, s. d., II, pág. 29.

Dentro del mismo apartado analiza la cuestión de la posibilidad de encaje de tales créditos *dentro* de la regulación registral hecha en la Ley Hipotecaria. Distingue, al efecto, entre el ámbito *civil* y el *hipotecario*; respecto del primero, no parece haber problema en cuanto al encuadre de tales créditos en el número 5 del artículo 1.923, pero para anteponerlos al número 3 habrá que estar a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria; el mecanismo de anotación e inscripción nada nos dice sobre cuál sea la idea de la Ley Hipotecaria sobre tales créditos, pero su terminología *parece* mostrar que está estableciendo una regulación basada en el concepto *estricto* de crédito refaccionario de préstamo con destino a la refacción, aunque ello conduzca a extrañas situaciones como le ocurre al maestro Roca SASTRE (21) al aludir al contratista. La postura *amplia* sostenida por el autor lo es *como regla general* y no como excepción.

Estudia también el *tipo de contratos* que se anotan en el Registro de la Propiedad, por lo general, contratos *consensuales* en los que, además, existe la "consumación parcial" en virtud de la prestación precisamente de *la parte* que va a ser, por ese mismo hecho, acreedor refaccionario. Distingue, a estos efectos entre dos *momentos* de la vida del crédito refaccionario: el de su anotación y el de su eficacia.

El siguiente apartado, dedicado al *mecanismo registral sobre estos créditos*, comprende un somero estudio de la dualidad anotación-inscripción y de los supuestos de anotación y bases de su regulación.

Finaliza con un apartado sobre *visión actual del crédito refaccionario*, cuya garantía registral en forma de anotación es prácticamente desconocida, ya entre los particulares (cuya posible explicación intenta) ya entre los organismos oficiales de crédito—lo que ya no es explicable—.

III.—COMENTARIOS CRITICOS: Desde un punto de vista meramente *formal*, la obra está escrita con un lenguaje claro y realista, basándose en la contemplación de los distintos supuestos de hecho a la hora de analizar y enjuiciar las posiciones jurisprudenciales. La obligada construcción de la obra, a base de cuatro capítulos, referentes cada uno a un precepto del Código civil, lleva a una cierta descompensación en el tratamiento de cada tema, resultando, por tanto, supeditado el contenido e importancia de cada capítulo a la visión personal del autor. Aquí, en concreto, toda la primera mitad de la obra se refiere al estudio del artículo 1.597 del Código civil, que en principio parece al autor de mayor trascendencia que los restantes preceptos tratados. He creído observar algunas erratas, cuáles son: las referencias al Código portugués, en sus artículos 1.405 (22) y 1.407 (23); las consideraciones a la sentencia de 30 de diciembre de 1896 sobre qué es "un pronunciamiento dictado *antes* de la vigencia del Código civil" (24); la remisión en la nota 324 a la nota 81, que no parece referirse al mismo supuesto; la perplejidad que ofrece—en tema de *pertenencias*—la crítica a la tesis de LAURENT, ya que por un lado las críticas de este autor respecto a la *inmovilización* de dichas pertenencias parecen a DE ANGEL YÁGUEZ "razones atacables", y por otro lado nos dice a continuación que "son efectivos e insalvables los inconvenientes que a su propia tesis plantea LAURENT".

Desde un punto de vista estrictamente *sustantivo*, el único reparo que quizá cabe plantear al autor es la casi absoluta omisión de la

(21) Véase *Derecho Hipotecario*, ed. 1954, III, págs. 550 y sigs.

(22) Hoy habrá que estar al art. 614 del nuevo Código, que declara impugnables las obligaciones todavía no exigibles.

(23) Hoy lo establece con carácter general el art. 754 del nuevo Código: véase antes nota 11.

(24) La vigencia del Código civil data desde 1889, como es notorio.

normativa y planteamientos doctrinales de los países germánicos y anglosajones (25), salva la alusión al artículo 647 del B. G. B. En lo demás, las distintas posiciones que ofrece el autor me parecen progresivas y dignas de tenerse en cuenta bien por el legislador bien por la jurisprudencia.

Por otra parte, si tenemos en cuenta el concepto pristino de la palabra "crítica", como he expuesto en otro lugar (26), y tratamos de llegar a una auténtica depuración del contenido de la obra comentada, me parece insoslayable apuntar algunas observaciones muy matizadas sobre determinados puntos que trata el autor.

Dentro del capítulo *primero*, al referirse a la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código civil, quizá habría podido aclarar e insistir en la función *ejecutiva* de dicha acción, que al decir de Díez PICAZO (27) establece un orden de prelación en la ejecución y aparece como un complemento del embargo de derechos. En tema de *pagos adelantados*, me parece indudable la inclusión de tales pagos entre los fraudulentos, conforme al artículo 1.292 del Código civil, sin perjuicio de que quepa a los acreedores por la acción directa del 1.597 la prueba de la *certeza total* de la fecha del pago *anterior* a la interposición de la demanda. Lo que cabría plantearse es si tal pago adelantado viene o no a ser una novación del contrato primitivo o una modificación accidental de los elementos "temporales" de la obligación (28).

Parece que no sería superfluo aludir, en tema de extinción del crédito, a algunos supuestos de *novación* anteriores a la interposición de la demanda (29), así como al supuesto de *cesión del contrato* especialmente importante en nuestro derecho en orden a las obras públicas (30).

En tema de *insolvencia* del contratista, quizá habría que matizar si, más que insolvencia no se trata de "insolvabilidad" como hace notar Díez PICAZO siguiendo a PROVINCIALI (31).

Respecto al artículo 1.597 del Código civil, pueden plantearse en la práctica—como yo mismo he tenido ocasión de comprobar en mi práctica profesional—complejos problemas en caso de insolvencia del *comitente*, con engarce a su vez con el tema de "riesgos" de la obra: el *periculum obligationis* y el *periculum rei* adquieren así una enorme amplitud y relieve en este contrato (32).

En orden al *Derecho de retención*, creo con Díez PICAZO (33) que se trata de una polémica mal planteada la discusión de la doctrina respecto a la naturaleza jurídica de tal derecho, al no tratarse de un derecho subjetivo autónomo, sino de una facultad conferida al acreedor que en puridad es un *poder de rehusar* la restitución, o sea, es una excepción frente a la pretensión de restitución. Que esta facultad se reconoce unánimemente al contratista está reconocido en todos los

(25) Véase para el Derecho alemán, arts. 631 y sigs. del B. G. B., y los Comentarios de la doctrina: ENNECERUS, II, págs. 291 y sigs.; LARENZ, II, páginas 305 y sigs. En cuanto al Derecho inglés, puede verse la obra de CHITTY, II, páginas 199 y sigs.

(26) Véase el núm. 469 de esta REVISTA, pág. 1.571.

(27) Véase *Lecciones de Derecho civil*, II, págs. 342 y 343.

(28) Véase Díez PICAZO, op. cit., en nota precedente, pág. 260.

(29) Véase la interesante sentencia de 3 de octubre de 1967 (ponente señor Beltrán de Heredia), en el núm. 474 de esta REVISTA, pág. 1.353.

(30) Véase, por todos, Díez PICAZO, op. cit., págs. 415 y sigs. Véase el nuevo Código civil portugués, arts. 424 y sigs.

(31) Véase, op. cit., pág. 319.

(32) Véase SOTO NIETO, *El caso fortuito y la fuerza mayor*, pág. 269; y el perfecto resumen de Díez PICAZO, op. cit., págs. 429 y sigs.

(33) Véase op. cit., págs. 355 y sigs.

Ordenamientos (34). Incluso en los supuestos en que la cosa hubiere pasado a poder de *tercero*, en que el autor argumenta a favor de la admisión de la retención dada la poca locuacidad del legislador, la práctica anglosajona lo admite claramente con el instituto denominado *lien* (35). Se plantea el autor, en cuanto a la eficacia de la retención frente al tercero propietario, la posibilidad de tales supuestos y su *frecuencia*: puedo asegurarle que en las Baleares, ante la enorme avalancha de inversores extranjeros, cuya insolvencia aparece solamente pasado cierto periodo de tiempo, los problemas son enormes y los conflictos de intereses se radicalizan sin una fácil solución y siempre en perjuicio de la parte más débil, o sea, el artifice o ejecutor de la obra encargada. Finalmente, defiende el autor la posibilidad de la retención en caso de que el contratista actúe de *mala fe*, o sea, sabiendo antes de comenzar la obra que la cosa no es del comitente: que la solución no es tan sencilla nos lo demuestra el nuevo y progresivo Código portugués, que en su artículo 756-b) excluye el derecho de retención en los casos de mala fe; parece, por tanto, que la admisibilidad dependerá de que sea exactamente esta "mala fe" y de lo que en cada caso sugiera la equidad.

En zona de *privilegios*, quizá podría y debería profundizarse algo más en qué cosa sea el privilegio: siguiendo una vez más a Díez Picazo (36) creo que en esencia todo privilegio es una *facultad* de ciertos acreedores para reclamar un cobro preferente frente a otro acreedor, o sea, una cualidad de determinados créditos.

Toda la especial y compleja problemática que plantea la construcción naval es meramente aludida por el autor. Sin embargo, en este punto concreto, creo debiera haber profundizado un poco; como ya he apuntado de pasada, en otro lugar (37), no estamos muy sobrados de elaboraciones doctrinales acerca de lo relativo a la construcción del buque y los problemas jurídicos que plantea. Constituye una notable excepción la brillante aportación de mi compañero FOSAR BENLLOCH, "Problemática notarial y registral del buque en la moderna legislación marítima", publicada en esta misma REVISTA (38), en que aparecen estudiados todos los puntos en conexión con el tema del buque, su construcción, créditos, sean o no privilegiados, etc.

En el caso en que la cosa *mueble* afecta al privilegio haya pasado a poder de un *tercero*, parece lógica la posición negativa—en principio—del autor, con el que coincide Díez Picazo (39) si bien no en forma rotunda. La solución del autor, a base de enumerar casuísticamente los posibles supuestos según se haya o no pagado el precio de la cosa por el tercero, me parece técnicamente correcta y difícil de reducir a una formulación genérica; que esto último no es imposible nos lo evidencia la perfecta técnica del nuevo Código portugués, en sus artículos 749 y siguientes.

Finalmente, en tema de *privilegio inmobiliario especial de los créditos refaccionarios*, no me parecen excesivos los juicios del autor acerca de la falta de profundidad de la doctrina patria sobre la noción de

(34) Véase la curiosa regulación del Derecho inglés a través del *lien*, en CHITTY—on—contracts, tomo II, pág. 203. Para los sistemas latinos, puede verse, por todos, la completísima normativa del Código civil portugués en arts. 751 y sigs.

(35) Véase CHITTY, op. cit., II, pág. 206.

(36) Véase op. cit., pág. 321.

(37) Véase mi *recensión* a la obra de G. AURITI, *La nave (in costruzione)*, en esta REVISTA.

(38) Véase el número 475, págs. 1503 y sigs., en especial las págs. 1512, 1526 y sigs.

(39) Véase su tantas veces citada *Lecciones de Derecho civil*, II, pág. 322.

tales créditos; incluso un autor como Díez Picazo toma prestada (40) la definición de Roca Sastre y trata de escapar a la estrecha configuración tradicional exigiendo los requisitos—que deberán darse *conjuntamente*—del destino previsto y de la efectiva inversión de la cantidad prestada.

Una precisión importante entiendo debe hacerse a alguna afirmación del autor en este punto de “créditos refaccionarios”: alude en un lugar de la obra—pág. 183—a que “el Proyecto de 1851, *sobrepasando* su finalidad, había establecido la regulación puramente registral de tales créditos en sus artículos 1.874 y 1.875, *a falta* de Ley Hipotecaria”; y en otro lugar, algo más adelante—pág. 194—dice “el Proyecto de 1851 completa su normativa *invadiendo* un campo que estrictamente no le es propio: la regulación hipotecaria del mecanismo de publicidad que justifica la preferencia en cuestión (arts. 1.819 a 1.889)”. Ello, no obstante, entiendo que aquí el autor utiliza un razonamiento equivocado, al tomar como cierta una premisa menor que es cuando menos cuestionable: la de que el Código civil *no puede* contener la regulación registral de los créditos refaccionarios, o de otro modo, que la regulación registral de estos créditos *solamente* se debe contener en una Ley Hipotecaria especial. Creo procedente traer aquí el criterio *histórico* tan caro al autor y del que tan buen uso sabe hacer para llegar al concepto *civil* de crédito refaccionario; en efecto, si nuestra perspectiva pudiera retroceder en un momento algo más de un siglo hallaría ante sí la debatida cuestión de la Codificación del derecho patrio, que pretendió resolver GARCÍA GÓMEZ con el Proyecto del Código civil de 1851: sin entrar aquí en las causas de su fracaso, si cabe notar que era un Proyecto de *código general* uno de cuyos componentes era precisamente la ordenación de todo el tráfico inmobiliario (41). La redacción de los artículos 1.782 y siguientes y 1.819 y siguientes fue debida a LUZURIAGA, de quien son también los Comentarios a estos artículos, y sobre esta base del articulado del Proyecto de 1851 se elaboró la primera Ley Hipotecaria. Nació ésta, como otras varias *Leyes generales sobre materias especiales* (según la denominación de don FEDERICO DE CASTRO), por causa del fracaso del Proyecto de 1851, como bien es sabido. Por todo lo cual, estimo infundadas las razones de DE ANGEL YÁGUEZ sobre que el Proyecto de 1851 “había invadido un campo que no le era propio y había sobrepasado su finalidad”. Para mayor abundamiento, suele observarse como una de las *características* esenciales de la Ley Hipotecaria de 1861, al decir de SANZ FERNÁNDEZ (42) que era “una Ley en cierto modo provisional, ya que estaba destinada a desaparecer refundiéndose sus preceptos en el Código civil”.

En lo que estoy plenamente de acuerdo con el autor es que “de ningún modo cabe considerar a la Ley Hipotecaria como *antecedente histórico* del Código civil en materia civil”. También de acuerdo en la concepción del autor acerca de los créditos refaccionarios, en sentido *amplio*, lo que permitirá en la práctica una mejor defensa y garantía de los créditos de los contratistas y una adecuada traslación desde el *nullum* jurídico actual de las correspondientes anotaciones preventivas a las necesidades de la realidad económica de hoy. En mi experiencia profesional he podido observar esta necesidad, apremiante en casi todos los casos, de protección del contratista, y hace algo más de un año la práctica notarial intuyó esta posibilidad que ahora defiende brillantemente el autor de esta obra, siendo bien acogida la sugerencia en el Registro de la Propiedad.

(40) Véase op. cit., pág. 325.

(41) Así, en DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, pág. 212.

(42) Véase sus *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, pág. 80.

IV.—RESUMEN: De todo lo expuesto acerca de la obra podrá deducirse su importancia y trascendencia, ya que mis observaciones no pueden añadirle interés a la obra. Siendo obra de juventud, no cabe decir que sea fragmentaria ni incompleta; siendo obra de investigación, no se puede decir que no sirva para la práctica; siendo obra de un civilista, no vale excluirla para los restantes campos del Derecho. Por todo lo cual la juzgo indispensable para la práctica profesional; constructores, asesores, abogados, jueces, registradores, notarios, etc., y para todos quienes se muevan dentro del campo de los contratos de ejecución de obra, cuyo hilo directriz sirve al autor de unión de todos los capítulos o entramado de la obra.

J. C. G.

DÍEZ PICAZO, LUIS: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, volumen segundo (las relaciones jurídico-reales. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones), Editorial Tecnos, Madrid, 1969, 927 págs.

En el año 1966 publicó el profesor DÍEZ PICAZO el primer volumen de sus *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. El libro, que venía a llenar un gran vacío en nuestra bibliografía jurídica, se reveló en seguida como un trabajo utilísimo y ha tenido una enorme difusión en correspondencia con su innegable calidad (1). Recientemente ha aparecido el segundo volumen de estos *Estudios*, dedicado ahora a las restantes partes del Derecho civil que no habían sido objeto de atención en el tomo primero, es decir, a las Relaciones jurídico-reales, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones. Comprende así los temas que se estudian en los actuales cursos cuarto y quinto de la Licenciatura universitaria en las Facultades de Derecho. Con ellos se completa el panorama global del Derecho civil y de su extenso contenido de problemas, a través de la interpretación que de los mismos realiza el Tribunal Supremo.

El actual volumen recoge la exposición de 221 sentencias del Tribunal Supremo, ordenadas numéricamente y agrupadas por materias alrededor de los respectivos capítulos que integran aquellas grandes ramas o partes del Derecho civil. Así, la cuarta parte de la obra total—primera de este segundo tomo—, relativa a las Relaciones jurídico-reales, se divide en los siguientes capítulos: 1. El derecho de dominio: su extensión y su alcance. 2. La protección del dominio y las acciones dominicales. 3. La reivindicación mobiliaria y el artículo 464. 4. La ocupación de los bienes mostrencos o vacantes. 5. La teoría de la posesión. 6. Usucapión. 7. Accesión. 8. Comunidad de bienes. 9. Aguas. 10. Propiedad intelectual. 11. Usufructo. 12. Servidumbres. 13. Los derechos reales de garantía.

Dentro del Derecho de Familia—quinta parte de la Obra—, las sentencias se ordenan en torno a estos capítulos: 1. Los alimentos entre parientes. 2. Matrimonio. 3. El régimen de bienes en el matrimonio. 4. Las relaciones paterno filiales.

En fin, el Derecho de Sucesiones encierra un nutrido repertorio de sentencias, cuyos capítulos sistemáticos de exposición son los siguientes:

(1) Vid. la noticia que dimos de él en esta misma REVISTA, núm. 460, mayo-junio 1967, págs. 920-927.

1. Introducción. 2. Legítimas. 3. Mejoras. 4. Reservas. 5. Los testamentos y sus formas. 6. El contenido del testamento. 7. La sustitución pupilar y ejemplar. 8. Las sustituciones fideicomisarias. 9. Las disposiciones de residuo. 10. Los legados. 11. La interpretación del testamento. 12. Los ejecutores testamentarios. 13. La sucesión abintestato. 14. Comunidad hereditaria y división de la herencia.

El método de exposición de las sentencias es el mismo seguido en el volumen primero: Indicación de la fecha de la resolución y del nombre de los litigantes, extracto de los hechos, transcripción de los considerandos en que se contiene la doctrina jurisprudencial, y jugosas notas de Comentario a la mayor parte de las sentencias redactadas por DIEZ PRCAZO. Al margen del innegable valor que el repertorio jurisprudencial tiene, de recopilación de problemas y de justificación de sus soluciones, solamente la cantidad y calidad de los Comentarios del autor del libro, su preciso enfoque de los temas y su depurada crítica constructiva hacen recomendable, por lo sugestiva que resulta, la lectura de este volumen.

Facilmente se comprenderá que en una breve noticia como la presente, no podemos entrar con detalle en la consideración de las sentencias analizadas, dado el amplio horizonte de Derecho civil que su exposición abarca. A título de ejemplo recordemos, entre otras, las sentencias relativas a la interpretación jurisprudencial del art. 464 C. c., artículo este de tanta importancia práctica y objeto de tantas discusiones y polémicas doctrinales; el problema de los bienes mostrencos y el derecho del Estado a su ocupación; el tema de la usucapción o prescripción adquisitiva del dominio y la concurrencia de sus requisitos —buena fe, justo título ad-usucapionem y su delimitación, interrupción de la posesión, bienes prescriptibles—; el problema, siempre delicado y de tanta trascendencia social y moral, de la validez de los matrimonios civiles, su celebración en el extranjero, la prueba de la acatolicidad de los contrayentes y sus relaciones con el matrimonio canónico; la célebre sentencia de 1 de julio de 1955 (Borbón c. Patiño), sobre ineficacia de las capitulaciones matrimoniales celebradas por menor de edad; la evolución de la doctrina jurisprudencial respecto a los requisitos del reconocimiento de la filiación natural, de su reclamación y de su impugnación; las diversas sentencias que inciden sobre la interpretación de la reserva lineal contenida en el art. 811 C. c.; los diferentes casos en que se plantea la modalidad testamentaria de la institución condicional de heredero y las formas de esta última; las disposiciones testamentarias de residuo; el problema, hoy ya anticuado para las regiones en que están vigentes las nuevas Compilaciones, del régimen de la sucesión *ab intestato* en los territorios forales, etc..

En relación con el estricto campo de los Derechos reales y sus conexiones con el Registro de la Propiedad, temas ambos de más preferente atención para los lectores de esta REVISTA, podemos traer a colación entre otras, las siguientes sentencias: La de 25 de junio de 1945 (Tarré Deulonder c. Tarré Soler) sobre limitaciones de dominio, prohibición de disponer impuesta a cargo del padre donante en una escritura de capitulaciones matrimoniales y su inscribibilidad; la de 1 de diciembre de 1966, sobre reconocimiento de propiedad particular en la Zona Marítimo-Terrestre y en las playas. Es particularmente interesante el comentario de DIEZ PRCAZO a esta sentencia, relativa a un tema actual de tanta virtualidad práctica, por la importancia económica de la explotación de las playas a causa del turismo, aunque el problema ha quedado ya quizá resuelto en la reciente Ley de Costas de 26 de abril de 1969; la de 10 de febrero de 1909 (Jordán c. Mateos), acerca de los

requisitos que la jurisprudencia señala para que tenga lugar la tradición instrumental que sanciona el art. 1.462 C. c.; la de 1 de junio de 1948 (Sánchez c. Cortés), sobre interpretación del art. 1.473 C. c., eficacia de la inscripción registral, aplicación del art. 34 L. H. y valoración de la buena fe; la de 30 de junio de 1962 (Lorido Lorenzo c. Mejías Rodríguez), que trata de la necesidad de título y modo para la transmisión de propiedad en el derecho español, la inscripción derivada de la titularidad del derecho real adquirido y no del mero contrato de opción de compra, y las formas de legitimación para la rectificación del Registro; la de 5 de enero de 1963 (Gisbert Sans c. Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos y FET y de las JONS), que versa sobre un problema de doble inmatriculación en el Registro de la Propiedad; la de 10 de marzo de 1947 (Alonso Martínez c. Cimarra Urosa), sobre mancomunidad del crédito garantizado hipotecariamente e indivisibilidad de la hipoteca; la de 4 de mayo de 1961 (García-Casarrubios Campo c. García de Pedro), en que se recoge el problema, quizá sólo planteado esta vez ante el Tribunal Supremo, de la suerte de los arrendamientos de fincas urbanas posteriores a la hipoteca que se ejecuta, etc.

Asimismo se recoge la famosa sentencia de 25 de junio de 1966, relativa a la donación de las fincas de su propiedad hecha por el conde de Sástago a los vecinos del pueblo, y la posible usucapión a favor del Ayuntamiento si se estimaba inválida la donación por no haber plasmado en escritura pública. Me parece especialmente interesante el comentario que Díez Pícazo hace del art. 633 C. c. en esta sentencia.

La lectura del libro de Díez Pícazo despierta en el lector una serie de reflexiones. Tan intensa es su eficacia de incitación mental.

El volumen se sitúa en esa línea metodológica, siempre presente entre los tratadistas españoles, pero especialmente patente en el momento actual, según la cual el estudio de la instituciones jurídicas sólo puede ser rectamente enfocado a partir del examen pormenorizado de los casos de la vida real en que aquellas instituciones cristalizan. Es el viejo y siempre renovado tema de las necesarias conexiones entre teoría y práctica jurídica, sobre el cual no vamos a insistir ahora. El Derecho es una realidad casuística. La técnica jurídica pretende encontrar la respuesta más justa, dentro del orden jurídico vigente, para cada una de las colisiones de intereses que en la vida social se plantean. La ciencia del Derecho sólo será rectamente construida en la medida en que pueda explicar, con toda humildad pero con todo rigor, los fenómenos jurídicos que son objeto de su contemplación intelectual. El planteamiento de los problemas jurídicos sólo puede hacerse a partir de la irrepetible singularidad de cada caso, de sus perfiles sociales y de los intereses concurrentes. Así lo exige el enfoque realista de la realidad jurídica, siempre viva, siempre en tensión por fuerzas sociales que a ella subyacen. He aquí una de las dificultades, realmente dramática, que ha de superar el intérprete: coordinar en un mismo plano la específica individualidad de cada caso, humanamente distinto a cualquier otro, con la necesaria generalidad de la norma que lo disciplina abstractamente.

En este libro encarna de manera ejemplar esa idea, ya expresada por el propio Díez Pícazo antes de ahora con una frase feliz: la inaprehensible relación que existe entre la teoría y la práctica del Derecho. Idea evidente, especialmente fecunda, y a la cual no son

ajenos algunos de los mejores estudios publicados con posterioridad sobre el fenómeno jurisprudencial (2). El Derecho como algo que no está dado previamente en las normas, sino que hay que buscar, investigar cada día. Para lo cual el estudio de las decisiones jurisprudenciales, y de los valores sociales que en su resolución afloran, resulta tarea imprescindible.

La creciente atención que a las sentencias del Tribunal Supremo se viene dando en los mejores libros actuales aparecidos en nuestra patria sobre problemas jurídicos, pone de manifiesto la importancia que el estudio crítico de la jurisprudencia tiene para el examen riguroso de las cuestiones. Y abre nuevos rumbos a la investigación jurídica.

Pero el volumen del cuál estamos dando noticia no agota su importancia en el campo de la metodología científica del Derecho. Antes al contrario, proyecta su eficacia sobre otro terreno igualmente importante: la pedagogía jurídica y la enseñanza del Derecho. Las proyectadas reformas universitarias, actualmente en trance de realización en nuestra patria, apuntan, entre otras, a dos finalidades bien concretas, especialmente relevantes para los estudios de Derecho: la reorganización de los planes de enseñanza y la revalorización de la pedagogía en los estudios de Derecho. Limitándonos a este último aspecto, se trata de poner al día la enseñanza de las disciplinas jurídicas, de estudiar junto con los conceptos y las teorías los problemas sociales que unos y otras tratan de esclarecer; de aprender las instituciones jurídicas, como realidades sociales que son, de la mano de los planteamientos de hecho en que plasman, de los casos concretos en que adquieren relieve y vigor. En otras palabras: estudiar los conceptos al mismo tiempo que las resoluciones jurisprudenciales. Concebir las teorías como instrumento técnico para la explicación de los casos. Aparte otras necesarias revisiones de nuestra pedagogía jurídica vigente, parece claro que sólo puede enseñarse y aprenderse el Derecho adecuadamente partiendo de los casos en que se realiza y de las razones que han servido para su resolución en cada uno de ellos. Sin ese realismo que brinda el planteamiento de los problemas concretos y la jurisprudencia de intereses, mal podremos enseñar a los estudiantes la realidad social que cristaliza en el mundo del Derecho.

Pues bien, desde esta concreta perspectiva pedagógica, el libro de Díez PICAZO nos parece insustituible. Por su extensión temática, que comprende todo el panorama del Derecho civil; por la adecuada selección de problemas; por la finura de sus comentarios, que revelan la mentalidad de un verdadero jurista; y porque es la primera obra de este tipo aparecida en España para ser utilizada en clase como libro complementario del Manual. Sólo a través de esta oportuna utilidad docente, el libro que comentamos encuentra su justificación más cumplida.

También este libro puede —y debe— encontrar resonancia en otros grupos de destinatarios: los profesionales y prácticos del Derecho. Porque también para ellos, en su diario bregar y buscar por los caminos del Derecho civil, resulta práctico, cómodo y orientador este amplio repertorio jurisprudencial, reflejo de la doctrina del Tribunal Supremo sobre tantos problemas que surgen en la vida diaria, y de la evolución que esa doctrina ha experimentado en la interpretación de aquellas materias.

Con el presente volumen segundo se cierra esta obra del profesor Díez PICAZO. Contemplándola en su conjunto resulta tan armoniosa, útil

(2) ENRIQUE LALAGUNA: *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, Editorial Aranzadi. Pamplona, 1969.

y manejable que no comprendemos cómo no se haya realizado antes en nuestra patria una obra semejante. Quizá porque entre las muchas páginas y la letra menuda de estos dos volúmenes, quedan enterrados muchos cientos de horas de paciencia y esforzado trabajo. De todo lo dicho hasta aquí se desprende claramente que, para el autor de estas líneas, no hace falta insistir sobre la utilidad y el valor de este libro. En cualquier biblioteca sería sobre temas de Derecho privado creemos que debe tener reservado un lugar de excepción. Por su necesario uso frecuente y su instructiva consulta. Especial gratitud merece Díez Picazo por tan valioso trabajo, que ha venido a honrar la ya brillante «Colección de Estudios Jurídicos» de la Editorial Tecnos.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA

ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO: *Capacidad jurídica de la mujer casada*, Salamanca, 1969.

La reforma de 1958 y la Ley de 1961 vinieron a completar la equiparación ante la Ley del hombre y la mujer soltera.

La equiparación de la mujer casada no solamente no se logró con el régimen instaurado por estas normas, sino que, insertadas éstas en el sistema tradicional del Código, que no desaparece, vinieron a complicar el régimen jurídico de la mujer casada, hasta el punto de que junto a problemas tradicionales en tema de su capacidad, surgen otros cuya solución lleva a la doctrina a considerar la conveniencia de una nueva reforma del régimen jurídico de la capacidad de la mujer casada.

Los efectos de la reforma han sido analizados por la doctrina a través de una serie de interesantes trabajos, a los que viene a unirse el de don Diego Espín Cánovas, que vamos a comentar seguidamente.

Espín analiza en primer lugar someramente el régimen jurídico de la capacidad de la mujer a través del Derecho histórico... Siempre es curioso recorrer la trayectoria de la incapacidad de la mujer, porque los fundamentos de la misma responden a un condicionamiento social que, a su vez, es consecuencia, como se ha dicho repetidamente, de una educación de la mujer deformada a través de largos siglos de cultivo de su «imbecilidad».

Sobradamente conocida es la vejatoria situación de la mujer en el Derecho romano, sometida a tutela en atención a su «ligereza», ligereza de juicio —«levitas animi»— que, sin embargo, dice Gayo, es «una razón de apariencia más que de verdad». Y se ha resaltado siempre la proyección del cristianismo en la condición de la mujer, aunque en el terreno jurídico no fuera demasiado estimulante de una equiparación que sólo muy cerca de nuestros días comenzaría a reconocerse.

Es especialmente aleccionador, porque tuvo tan gran influjo en los demás Ordenamientos jurídicos, el régimen de la condición de la mujer en el Código civil francés. El Código civil francés mismo sufrió las consecuencias de la intervención en la redacción de Napoleón, quien, aun no teniendo ninguna autoridad moral, como es bien conocido, para imponer su criterio sobre la familia y el matrimonio, sí que tenía la autoridad política que le permitió proyectar su opinión en el texto legislativo. El primer cónsul decidió así la suerte de la mujer no sólo en el Derecho francés, sino en tantos otros como en el nuestro, cuando no había podido en la vida real decidir la suerte de sus propias mujeres,

su propio matrimonio, su propia familia. Creo que fue Bertrand Russell quien escribió una vez que el hombre tiene de la mujer aquella opinión que ha llegado a formarse a fuerza de convivir con la propia...

Como quiera que fuese, en este momento histórico se da la gran paradoja de que bajo principios revolucionarios va a iniciarse —como dice Espin— el Derecho privado moderno bajo un signo de sujeción de la mujer al marido, que resucita bajo nueva forma la primitiva sujeción de la «manus» en Roma.

Lógicamente la reacción daría lugar a la aparición de un movimiento feminista que se acentuaría después de la primera guerra mundial. El movimiento feminista pretende llegar a la equiparación absoluta de los sexos.

Va a permitirme el señor Espin que califique de divertido su escándalo ante la afirmación de «Jorge Sand», de que no sólo era absurdo el deber de obediencia de la mujer al marido, sino que también lo era el deber de fidelidad. Durante muchos siglos el marido «protegido» por la benignidad o la desigualdad de trato de las leyes —pensemos en el régimen legal del adulterio—, sin escándalo de nadie, dejaría de cumplir con reiterada frecuencia con el «deber de fidelidad a la mujer».

Lo cierto es que habremos de llegar a fecha muy reciente para encontrar en las leyes el resultado de una lucha iniciada desde hace tantas décadas en favor de la equiparación de los sexos. En la desigualdad de trato ante la Ley del hombre y la mujer coincidían todos, conservadores y liberales, retrógrados y extremistas. No deja de ser curioso.

Recoge Espin muy resumidamente el estado de la cuestión en el Derecho comparado. El resumen sirve para llegar a algunas conclusiones: en primer lugar el constatar la uniformidad de criterio en las legislaciones anteriores a la reforma de nuestros días sobre el régimen de incapacidad de la mujer. En segundo, el triunfo de la equiparación en las nuevas leyes. En tercero, y ya en terreno de la realidad de los efectos de la reforma, su distinto alcance, en algunos países, como en la República Federal Alemana, Italia, Bélgica, con mayor amplitud, cuando menos formal; en la de Francia y especialmente en la portuguesa, con carácter más moderado.

Pero lo que sí que es cierto, y aquí no podemos cuestionarnos si en la práctica estas reformas han conseguido eliminar las incapacidades de la mujer casada, en cuanto que no podemos conocer su proyección en sus respectivos sistemas, es que las reformas, todas, se llevan a cabo coincidiendo en esa preferencia por la capacidad «natural» del marido para decidir las cuestiones de la comunidad familiar. Hoy día, cuando en muchas ocasiones la mujer no sólo tiene una capacidad intelectual igual a la del hombre, sino que aporta al matrimonio por razón de su profesión o sus negocios más económicamente que el marido, sigue pareciendo absurdo que en todo caso, sin distinguir situaciones, sea el marido el que ostente el poder decisorio último, por mucho que se arbitre para la mujer el recurso ante los Tribunales. Es cierto que la mujer en general no está capacitada para ostentar la jefatura familiar, que la mayoría de las mujeres pertenece todavía al género madre de familia, pero no lo es menos que, un cada vez más amplio número de mujeres casadas, están sobradamente capacitadas para decidir sobre los problemas personales y económicos de su matrimonio. Incluso leyes como la de la República Federal Alemana de 23 de mayo de 1943, que deroga el poder de jefatura marital y la patria potestad subsidiaria de la madre, atribuye el poder decisorio al marido, y cuando esto no sea posible, el recurso al Tribunal de Tutelas.

De una vez para siempre el legislador debería decidirse a tomar en

cuenta la existencia de un tipo de matrimonio distinto, que cada vez en número más grande nos encontramos en la realidad de cada día y que impone el respeto hacia una mujer educada intelectualmente para el trabajo y la consideración social que merece el hombre mejor preparado.

La igualdad jurídica de la mujer ha sido recogida en las más recientes declaraciones internacionales: la «Declaración universal de los derechos humanos», de 10 de diciembre de 1948, estableció rotundamente la declaración de la equiparación; «...los hombres y las mujeres... disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio» (art. 16, 1.º).

Se plantea Espín a continuación el tema en el sistema de nuestro Código civil. Y del mismo nos interesa destacar el principio de obediencia al marido, las restricciones que sufre la incapacidad de la mujer casada como consecuencia de la necesidad de ser representada en juicio por su marido y el funcionamiento de la licencia marital.

En el sistema del Código, concluye la doctrina, no existe una incapacidad de la mujer casada, pero sí unas restricciones tan amplias a la capacidad que no es posible afirmar que existe capacidad general.

¿Qué ha significado la reforma de 1958 y la Ley de 1961 en este sistema?

La reforma de 1958 buscó al suprimir los últimos vestigios de la incapacidad de la mujer en general, ser testigo en los testamentos, suprimir la prohibición de ejercer cargos tutelares, una equiparación que completaría la Ley de 1961 al permitir a la mujer el ejercicio de toda clase de derechos políticos, profesionales y laborales.

Pero además la reforma de 1958 en relación con la mujer casada reformó el régimen de los bienes gananciales al otorgarle unos derechos en orden a determinados actos dispositivos, y en general para la protección de unos intereses en dichos bienes.

Sin embargo, ni esta Ley de 1958 ni la de 1961 variaron el sistema del Código civil, que permaneció, inspirado en los principios tradicionales, fiel a la restricción de obrar de la mujer casada, sólo que las soluciones a los problemas planteados se complicaron.

Destaca acertadamente Espín que la reforma de 1958 se enfoca hacia el campo patrimonial de las relaciones conyugales, con lo cual permanece no sólo la consideración del marido como jefe de la familia, sino que, con un anacronismo, que no tiene justificación alguna, subsisten los principios de obediencia de la mujer al marido y el deber de convivencia en el domicilio libremente elegido por el marido. Junto con éstos subsiste también la representación legal de la mujer por el marido y la institución, difícil de delimitar en nuestros textos legales, de la denominada «venia marital». Las pretensiones de la reforma, como podemos ver, han tenido bien poco de efectivas.

Analiza Espín el deber de obediencia, su alcance y su sanción, para concluir que este deber de obediencia está inspirado precisamente en el de protección marital, argumento muy del gusto de nuestros civilistas, pero que ya no convence a nadie. Está de acuerdo con todo lo que de anacrónico tiene el deber de convivencia en un lugar que la Ley deja a la libre elección del marido. ¿Cómo, por otra parte —nos preguntamos—, puede coexistir este deber expresado en términos tan absolutos por el Código con el reconocimiento de la posibilidad por parte de la mujer de llevar a cabo actividades políticas, profesionales o laborales que impongan el deber, a su vez, de residencia?

Y seguidamente estudia el tema, que bien merece el detenimiento que le dedica, de la licencia marital dentro del nuevo régimen formado

por el Código, los efectos de la reforma de 1958 y de la Ley de 1961, que lleva a cabo declaraciones de carácter general que pueden afectar fundamentalmente a todo un sistema positivo sin preocuparse de éste. La mujer casada dentro del régimen del Código civil pese a la declaración general de reconocimiento de su capacidad que se viene predicando, está sometida, repetimos, a una serie de graves restricciones; el sistema de estas restricciones es poco claro y poco consecuente.

La mujer casada necesita para llevar a cabo casi todos los actos importantes de orden económico de la licencia marital. A la vez existen en el Código actos para los que no se impone la licencia cuestionándose la doctrina si la requirieron también. Y situaciones en las que por estar el marido ausente o en condiciones de no poder otorgar la licencia (ausencia, locura, prodigalidad, interdicción civil) no cabe hablar de ésta. Y todavía puede existir otra situación: la del matrimonio separado legalmente, que lleva a preguntarse si en este caso habrá de suplirse esta licencia marital por la del juez, supuesto que cabe plantearse también en los casos de separación de hecho.

Para Espín es incuestionable que la mujer podrá acudir al juez para obtener la licencia supletoria, no sólo en los casos en los que el Código expresamente la establece, sino en todos aquellos en los que la negativa del marido tiene lugar, aunque la intervención judicial signifique una limitación a la autoridad marital.

Pero además es importante destacar la incidencia que en tema tan importante ha tenido la Ley de 22 de julio de 1961. La Ley, que equipara en la esfera política, profesional y laboral a la mujer con el varón, supone un evidente progreso, ya que, a diferencia del Código, que establece el amparo judicial para casos concretos, lo recoge con carácter general: «... no será eficaz (la negativa del marido) cuando se declare judicialmente que ha sido hecha de mala fe o con abuso del derecho» (art. 5. 1.º). Supone la innovación de aceptar el abuso del Derecho en la delicada materia —dice Espín— de los poderes maritales. Pues bien, la doctrina, siempre atenta al robustecimiento de la autoridad marital, juega un principio restrictivo, el del art. 5 de dicha Ley, para exceptuar de la autorización judicial supletoria el ejercicio del comercio por la mujer casada. La doctrina entiende que no se refiere a éste la Ley de 1961, sino sólo «para el ejercicio de los derechos reconocidos por la presente Ley, entre los que no se cuenta, el motivo no está claro, el ejercicio de la actividad mercantil, cuando se habla de actividades políticas, administrativas y de trabajo tanto en la esfera pública como en la estrictamente profesional y laboral. Espín, sin embargo, entiende que la única restricción que puede inferirse del art. 5 de la Ley de 1961 es la de que habrá de jugar únicamente en el ámbito de los derechos que la Ley regula, actividad profesional extradoméstica, no a la vida no profesional y estrictamente familiar. Por lo que, concluye, sería inaplicable en cuanto al recurso judicial, que otorga a la mujer en las relaciones conyugales en su doble vertiente personal y patrimonial.

Y, a su juicio, las consecuencias de esta restricción tampoco serían perturbadoras para el sistema del Código civil. Examina la que denomina «licencia judicial de primer grado» en las situaciones anómalas del marido y la licencia judicial en la situación de separación de personas. Y en este último supuesto, es lamentable, a nuestro juicio, que todavía se plantee el problema de si necesitará la mujer licencia judicial para llevar a cabo ciertos actos patrimoniales especialmente importantes. Ni siquiera el hecho de que la licencia marital tenga su fundamento en la necesidad de mantener la unidad de la familia y sea consecuencia de la atribución al marido de la jefatura de la misma, que defiende

nuestra doctrina más progresista, es bastante para convencer de lo absurdo de la solución favorable a la necesidad de la licencia judicial supletoria de la del marido. La aplicación del art. 1.444 a este supuesto, es a juicio de Espin, solución bien injusta.

Al analizar la licencia marital en la esfera mercantil estudia especialmente la postura de los mercantilistas opuestos a la posibilidad de que la mujer acuda al juez en caso de negativa del marido, al ejercicio del comercio por la mujer. Para Espin, la negativa de la doctrina está fundada más en el conjunto de las disposiciones del Código de Comercio que en un precepto expreso, pues el único que se alega, el artículo 8, no le parece enteramente convincente. Y es aquí en donde la incidencia de la Ley de 1961 es más acusada: ¿Cabrá aplicar a la esfera mercantil su artículo 5? La doctrina mercantil se divide. Espin pone de relieve algo que responde a una línea de pensamiento que compartimos: la ley de 1961, busca ampliar la capacidad de la mujer, no parece que exista ningún fundamento para mantener el ejercicio del comercio fuera del ámbito de las actividades profesionales de la mujer. Es un contrasentido el querer mantener, pues, en la esfera mercantil únicamente la potestad discrecional del marido para decidir la posibilidad del ejercicio del comercio por la mujer casada. La dificultad de aplicación de la ley de 1961 tiene su razón de ser en la falta de conexión con las normas mercantiles. El legislador quiso llevar a cabo una importante reforma, pero como sucede muchas veces, al hacerlo no tuvo en cuenta el sistema en el que la reforma venía a insertarse. La problemática planteada como consecuencia es bien interesante.

Analiza la licencia marital en la esfera laboral y el tema de la representación legal de la mujer por el marido.

Y concluye, finalmente, que en el momento actual hay una ausencia de un verdadero sistema de licencia marital, calificando a la venia marital, gráficamente, como poliforme, asistemática.

Analiza el régimen foral.

Y para terminar con su estudio, después de hacer la crítica personal al sistema del Código, concluye la necesidad de una reforma que termine con los graves defectos del que no puede calificarse de sistema de la licencia marital.

No podemos comulgar con las ideas expuestas por Espin en su exposición de la que denomina doctrina de la Iglesia. Son dos órdenes de ideas distintos; el civil y el de la moral cristiana, aunque, naturalmente no reñidos. Y es absurdo traer a colación textos como el de que el marido es cabeza de la mujer como Cristo de la Iglesia y aquél de que Eva es sacada de una costilla de Adán. La Iglesia ha reconocido ya la igualdad de los sexos a través de las declaraciones de los últimos Papas, pero, repito, es un orden distinto, a mi juicio. Como también es absurda la idea de que la mujer, llamada a cumplir unos fines específicos en el matrimonio, supedita a ello la plenitud de su personalidad, no cumpliendo totalmente con su desarrollo intelectual. Ninguno de estos argumentos nos sirve hoy, cuando somos muchas las mujeres, no feministas, sino simplemente educadas a un mismo nivel que el del hombre, las encargadas de defender nuestros derechos.

La futura reforma no entendemos que deba hacerse sólo respetando la igualdad de dignidad del hombre y la mujer, sino la de su capacidad. En cada caso la dirección de la familia no debe de quedar al arbitrio del marido. Porque entendemos que no siempre éste goza de una mayor capacidad que la mujer. Ni siquiera nos parece justo el criterio del poder decisorio último a favor del marido. Supongo que esto hará sonreír a muchos de nuestros juristas. Pero es mi opinión.

La única y grave concesión que cabe hacer al mantenimiento de restricciones, o simplemente del poder decisorio último para el marido, es el reconocimiento, que debemos hacer, de que la supresión de cualquier restricción debería ir unida a una real elevación del nivel intelectual de la mujer, y hemos de reconocer que éste está todavía lejos de conseguir. El condicionamiento social de la educación de la mujer para madre de familia pesa fuertemente todavía.

Es curioso constatar la falta de interés que tiene para la gran mayoría de las mujeres españolas un tema que les afecta tan gravemente. Todavía la profesión de la mujer española es casarse para vivir en simbiosis permanente del su marido.

TERESA PUENTE MUÑOZ

Profesor Adjunto de Derecho Civil.

GUARINO, A.: *Storia del diritto romano*, 4.^a edizione riveduta, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1969, XIX-742 págs.

El valor de una obra no siempre puede medirse por el número de sus ediciones, pero sí su aceptación entre el público lector. Al saludar la cuarta salida de esta *Storia del Diritto romano*, del profesor Guarino, ordinario de Derecho romano en Nápoles, constatamos al mismo tiempo el amplio eco favorable que la misma ha obtenido siempre entre los estudiosos del Derecho romano, por su «equilibrio entre el rigor del dato y la fluidez y el ritmo necesarios a toda relación histórica», como puso de relieve, al recensionar la primera edición de esta obra, Arias Bonet en las páginas del «Anuario Español de Historia del Derecho», y el ininterrumpido favor del público.

Pero el hombre, mientras vive, tiene que hacer constantemente su propia vida, que va plasmando en cristalizaciones sucesivas, que constituyen los hitos de su vivir. Como una ostra perlífera que al sentirse irritada por un cuerpo extraño produce la gema anhelada, el historiador se siente inquieto ante los problemas que se le plantean en sus investigaciones —«estudiad problemas», amonestaba lord Acton a los historiadores—, y en esa lucha por sosegar su ánima cristalizan las obras históricas. Pero al hablar de cristalización estamos quizá ya traicionando el verdadero sentido del quehacer histórico, que es siempre una obra abierta, aunque no exactamente en el sentido de Eco, necesitada de ulteriores perfeccionamientos. La actividad del historiador podría equipararse a la del tímido galanteador que, progresivamente, se va acercando al objeto amado, embargado siempre por el temor de errar y ver esfumarse entre sus manos lo que pensaba haber ya conquistado. Guarino, como la princesita de nuestros cuentos infantiles, pese a haber recubierto con innumerables edredones de suavísimo plumón sus problemas, no logra sosegar su ánima, y cada nueva edición de su conocida obra es un intento de satisfacerse, más que de satisfacer. Podríamos decir, con el autor, que con el correr de los años se crean nuevos problemas mientras se renuevan los viejos, solicitando nuevas reflexiones.

En esta dirección dos momentos principales deben ser fijados en la vida de esta obra: el correspondiente a su salida inicial y el que coincide con la aparición de su tercera edición, que supuso no sólo modificaciones en la exposición, sino también un cambio en la estruc-

tura de la obra (vid. para una valoración exacta y breve de estos cambios *IURA* 15, 440-441). Precisamente sobre estas dos ediciones se ha concentrado la atención de los romanistas. La primera apareció en el año 1948 (vid. las recensiones de Arias Bonet, *AHDE* 19, 762-765; Kaser, *SDHI* 13-14, 380-390; Gaudemet, *IURA* 1, 378-384), mientras la tercera corresponde a 1963 (vid. rec. de Da Nobrega, *Romanitas* 6-7, 483-484; D'Ors, *Labeo* 10, 116-120, centrada principalmente sobre la periodización ofrecida por Guarino; Crifò, *Latomus* 23, 414-415; Sánchez del Río, *Temis* 13, 188-189). Pero no debe considerarse, sin embargo, a la segunda edición, aparecida en 1954 (vid. rec. de Filhol, *Latomus* 15, 433-434), una simple reedición de la primera, pues ésta había sido sometida a una amplia reelaboración.

Tampoco la amplia edición se trata de una simple reedición. Su autor no ha dejado de matizar, completar y retocar muchas de sus afirmaciones, pero además, en la fortuna y contenido de este libro ha iniciado igualmente la existencia de otras obras suyas. La aparición en 1968 de su *L'esegesi delle fonti del Diritto romano* (vid. rec. de Valiño, *AHDE* 38, 698-699) hacia innecesarias algunas páginas de su *Storia*, aquellas dedicadas a «La cognizione e lo studio del Diritto romano», que constituían el capítulo VII en la tercera edición, y que ha debido provocar asimismo la desaparición del capítulo VI de la misma edición, «profilo sistematico del *ius privatum*», por haber recibido un más amplio tratamiento en otras obras del autor.

La estructura actual de la obra se presenta así mucho más simplificada, al constar de cuatro capítulos dedicados respectivamente al Derecho romano arcaico, preclásico, clásico y postclásico, y con una cierta tendencia a volver a antiguas divisiones. El capítulo I de la tercera edición, sin embargo, si desaparece como tal capítulo, se mantiene, aunque modificado, como párrafo extracapítulo: dentro del mismo se encuentran los apartados primero, segundo y parte del tercero del citado capítulo, mientras otra parte del tercero se incorpora a la ya citada «L'esegesi». El apartado cuarto del capítulo primero de la tercera edición, «Profilo storico della civiltà romana», se divide y se incorpora cada uno a los capítulos dedicados a la periodificación del Derecho romano ya aludidos, acabando así con la modificación estructural de la obra realizada en la tercera edición (cf. *IURA* 15, 440), mientras el párrafo que abría cada uno de dichos periodos en la tercera edición —«il Diritto romano arcaico», etc.— se ha incorporado unitariamente al párrafo extracapítulo, que abre la cuarta edición.

Sería pedante por nuestra parte intentar una nueva valoración de la presente obra, cuando tantos y tan destacados maestros le han prestado su atención, pero sí consideramos lícito, si el asombro es el inicio del saber, plantear algunas reflexiones desde fuera del campo romanista y del ambiente italiano, es decir, desde el campo de la historia del Derecho español, sobre algunas afirmaciones y planteamientos que no dejan de provocar cierta inquietud.

Una de las novedades de la presente obra que más ha llamado la atención de los romanistas ha sido la periodificación adoptada. Incluso la recensión de D'Ors a la tercera edición de la obra de Guarino se centra en el problema de la periodificación. A la misma queremos nosotros hacer también alguna alusión, pero desde su punto final: los romanistas suelen cerrar sus estudios de la evolución del Derecho romano con la muerte de Justiniano, pero, haciéndolo así, abarcan un campo que les es disputado por los historiadores italianos. Esta prolongación en el tiempo, motivada por la obra de Justiniano, ha provocado últimamente que los romanistas vindiquen también para su campo las leyes,

o al menos algunas de ellas, surgidas en el antiguo ámbito del imperio romano, tras la avalancha bárbara. Tras señalar las graves consecuencias que ha tenido el abandono por parte de los romanistas del estudio del Derecho visigodo a los germanistas y aludir a los nuevos horizontes abiertos por la investigación del Derecho romano vulgar, sostenía no hace mucho D'Ors «la necesidad de que también los romanistas tomen como propio el estudio del Derecho de los visigodos» (D'Ors, *Est. Vis. I*, 91). Estos afanes romanísticos, sin embargo, no dejan de resultar curiosos, tanto más cuanto que incluyendo Guarino entre las fuentes jurídicas postclásicas las llamadas *leges Romande Barbarorum* (p. 610 ss.), no duda en identificar el Derecho romano con el Ordenamiento jurídico propio de Roma y de su civilización a lo largo del curso de su evolución histórica (p. 22). Y si —como afirma Guarino— definir el concepto de civilización es empresa imposible e ilusoria, sin embargo, su núcleo interno sólo puede estar constituido por la individuación de una sociedad política, es decir, por un Ordenamiento estatal; en definitiva, por un Ordenamiento jurídico; por ello, «la expresión Derecho romano indica con mayor precisión el Ordenamiento jurídico del Estado romano, en todos los diferentes grados de su plurisecular evolución; más bien, todavía más precisamente, el mismo Estado romano estudiado *sub specie* de su Ordenamiento jurídico» (p. 22). Pero es obvio que el Imperio de Oriente, tras la separación definitiva a la muerte de Teodosio (395), perduró a la muerte de Justiniano, mientras que el Imperio de Occidente no pudo prolongarse con posterioridad al 476, por convencional que sea esta fecha, pues si hay algo a lo que no puede darse fecha de nacimiento es un proceso histórico. Esta dependencia, en la periodificación, de las etapas de la evolución jurídica de los sucesos políticos (una distinta valoración de Kaser, *l. c.*, 381-382 y D'Ors, *l. c.*, 118-119) parece haberle jugado una mala pasada al autor, que no deja de reconocer además la fractura que se produce en la tradición jurídica romana a fines del siglo v (p. 569).

Hemos ya señalado que la labor justiniana condiciona el planteamiento de los estudios romanísticos. La principal fuente con que cuentan los investigadores del Derecho romano para el conocimiento del mismo en las épocas preclásica y clásica radica precisamente en los textos de los juristas romanos, recogidos por Justiniano en su magna compilación. De ahí la opinión común de considerar la obra de Justiniano dentro del Derecho romano. Resulta así que los límites temporales de la historia del Derecho romano no coinciden exactamente, como señala un distinguido romanista italiano, con los de la historia romana, pues si coinciden en el texto del inicio, «mientras el desenvolvimiento de la historia romana se suele retener cerrado con la caída del Imperio de Occidente (esto es con la data un poco convencional del 476 d. C.), la historia del Derecho romano tiene su punto de llegada en la compilación de Justiniano emperador de Oriente, publicada entre el 529 y el 534 d. C., y en la sucesiva legislación del mismo emperador († 565), porque, como hemos apuntado, representa la más rica fuente de información para las épocas anteriores y porque, tras la Recepción, puede considerarse a los derechos modernos europeos en gran parte derivaciones y adaptaciones del Derecho justiniano (Arangio-Ruiz, *Instituzioni*, 1).

Esta atención a unos libros jurídicos provoca una desvinculación territorial y condiciona la división temporal de los romanistas. Pero si se parte de los presupuestos de Guarino, es indudable que se incurre igualmente en los reproches de Calasso a quienes, siguiendo las huellas de Savigny, han hablado, como Bonfante, de la doble historia del Derecho

romano, o, como Vinogradoff, de una segunda vida del Derecho romano, calificando a esta segunda vida casi la historia de un fantasma (Calasso, *Introduzione*, 3 ss.), pues lo que se considera como una segunda vida del Derecho romano en Italia, Francia, etc., debe identificarse con la historia del Derecho italiano, francés, etc., pues la fortuna del Derecho romano en la Europa occidental no puede ser independiente del cuadro de la historia de cada uno de los Ordenamientos.

La posición ante este problema condiciona igualmente la posición ante el DRV. La suerte de este concepto, que desde los trabajos de Levy ha tenido tanta fortuna entre los romanistas, ha dependido de la fortuna de otro concepto vecino: el concepto de latín vulgar. Desde su nacimiento, cuando Brunner habló por primera vez de un DRV, estuvo vinculado a las ideas reinantes sobre el latín vulgar, pues incluso su acuñación fue hecha sobre este último. La valoración, por otro lado, que ha sufrido ha dependido igualmente del valor concedido al latín vulgar, y así, tras ser considerado, como pone de relieve Calasso, el latín vulgar como un latín corrompido, ha pasado a ser considerado como el latín hablado. Igual suerte ha corrido el DRV, que tras ser considerado un derecho corrompido, tiene hoy una valoración autónoma. Pero si mantenemos el paralelismo con el latín vulgar, es necesario llevar a cabo una rectificación en el planteamiento adoptado, cosa que parece apuntarse últimamente, así en Gaudemet.

El latín vulgar al ser identificado con el latín hablado se coloca en un mismo plano con el latín literario. Son dos círculos que no se encuentran separados, sino íntimamente unidos, pero tangenciales. En cuanto círculos tangenciales la historia de uno no es independiente de la historia del otro. Abandonado el carácter peyorativo de la denominación de latín vulgar, puede ser estudiado ya como una entidad autónoma. Pero una entidad que no depende del latín literario, en cuanto no es corrupción del mismo, sino incluso anterior a éste, en cuanto expresión de un pueblo. Aplicado esto al campo del DRV, como recientemente ha hecho Gaudemet, resulta claro que el DRV no puede ser limitado al Bajo Imperio, ni tampoco puede ser considerado una construcción abstracta, sino una realidad concreta, anterior incluso al derecho de los juristas, que es siempre una reflexión *a posteriori* sobre la realidad jurídica. El DRV aparece así como el derecho vivido por el pueblo romano y la dificultad en su estudio no es razón para no enfrentarse con el mismo. Dificultad en su estudio, pues se ha dicho del latín vulgar que la dificultad para conocerlo radicaba en que quien escribía, por inculto que fuese, no lo hacía como hablaba, y esto mismo puede aplicarse al campo del derecho. Como círculos tangentes, tienen mucho en común, pero tienen sus propias peculiaridades, resultado de los distintos fines a que atienden.

Pero en cuanto círculos tangentes el DRV y el DR de los juristas no son homogéneos y, por tanto, en su estudio y diferenciación —y prescindiendo aquí de la crítica de Paradisi a Wieacker— no pueden aplicarse categorías estilísticas. Si partimos del DRV como derecho vivido por el pueblo romano, en su estudio pueden aplicarse las categorías estilísticas de clasicismo y vulgarismo, lo que daría lugar a un DRV clásico y a un DRV vulgar, por muy extrañas y paradójicas que parezcan estas denominaciones, y entonces sí estaríamos, como quieren Guarino y Pugliese, ante construcciones de la romanística moderna. El DRV, si no es una degeneración del DR clásico, de la misma forma que el latín vulgar no es una degeneración del latín literario, sino la lengua hablada, es decir, si estamos ante realidades con entidad propia, la consecuencia es que a las mismas son aplicables los criterios

estilísticos de clasicismo y vulgarismo, y, por tanto, el error de caracterizar el DRV del Bajo Imperio de acuerdo con los criterios estilísticos del vulgarismo, error doble, pues ni el DRV temporalmente puede ser limitado al Bajo Imperio, ni las tendencias vulgaristas, en cuanto tendencias estilísticas, son propias del derecho vivido.

Pero si el DRV es el derecho vivido, y de él vivió el Occidente hasta la Recepción, vemos cómo se produce entonces la transformación del DRV en los derechos «nacionales», en el derecho visigodo, que es el que nos interesa preferentemente: DRV porque del mundo romano procede, pero derecho visigodo, en cuanto vivido y creado por los visigodos.

Y con ello nos encontramos en la valoración de Guarino del *Edicto* de Eurico y del *Breviario* de Alarico. Tras el planteamiento llevado a cabo por García-Gallo, y perfilado por D'Ors, se comienza a abrir paso la idea de una legislación común de los reyes godos para hispano-romanos y visigodos. Donde no existe, sin embargo, unanimidad es en la manera de compatibilizar *Ed. Eurico* y *Brev. Alarico*. Desde la derogación del primero por el segundo, que defendía García-Gallo en el artículo donde planteaba su famosa «tesis revolucionaria», hasta su coexistencia, en cuanto *Brev. Alarico* tenía carácter didascálico, no han cesado de plantearse el problema los estudiosos. Recientemente, en el *AHDE*, Otero tendía agudamente a considerar la publicación del *Breviario* como una reinstauración del orden jurídico romano: frente al *Edicto* de Eurico, Alarico II establecía el *ius* y la *lex*. No había incompatibilidad, en cuanto *Edicto* y *lex e ius* estaban en una relación jerárquica.

Posición original defiende Guarino: el *Ed. Eurico*, que responde a la tradición edictal romana, era común para galo-hispano-romanos y visigodos, mientras el *Breviario* se aplicaba únicamente a los hispano-galo-romanos.

Sin embargo, en estas explicaciones existe algo que no deja plenamente convencido. En este sentido la posición de García-Gallo en su planteamiento del problema, por más simple, es la más convincente, pues tan pronto entramos en la idea de promulgación edictal se levantan serios problemas.

Hace ya algunos años que Francisci había llamado la atención sobre el hecho de que si Teodorico el Grande había calificado de edicto a su legislación, no quería ello decir que se considerase un funcionario frente al emperador, pues precisamente en aquella época se aplicaba esta denominación de *edictum* o *lex edictalis* para indicar las constituciones imperiales con valor general. No interesa aquí la crítica de Calasso, pues se movía en el ámbito del edicto de Teodorico, ni siquiera si es correcta la nueva atribución de Vismara, pues aquí estamos en la época de Eurico, cuando el Imperio de Occidente estaba a punto de desaparecer. La denominación de *Edicto* aplicada al tradicional C. Eurico no encontraría dificultades si fuese una *lex generalis*, una constitución con valor general, aplicable por ello a galo-hispano-romanos y visigodos, pues pensar que Eurico se sentía un funcionario romano es difícil de aceptar.

Pero el problema radica principalmente en la obra de Alarico II. ¿Con qué autoridad la promulgó Alarico II? ¿Puede considerarse una reinstauración del orden romano? Alarico II no se mostró precisamente muy respetuoso con la tradición romana: no sólo llevó a cabo una selección en el Código teodosiano, sino también modificó la famosa ley de citas. El único derecho aplicable era el contenido en el *Breviario*. Dificilmente puede admitirse una reinstauración del orden romano por quien, sin ser emperador, lo modifica. Pero si Alarico II obró como

rey visigodo, entonces parece artificiosa la distinción hecha, entre el *Breviario* y el *Ed. Eurico* por Guarino. Si *Ed. Eurico* se aplica a godos y romanos, no es consecuencia de ser un edicto romano, sino que Eurico, en cuanto monarca godo, puede imponer su ley a godos y romanos, y otro tanto ha hecho Alarico II.

Es indudable, sin embargo, que la mayor dificultad que encontramos quienes creemos en la aplicación de la legislación visigoda a godos e hispano-romanos, si no se acepta la derogación de *Ed. Eurico* por *Breviario*, radica en armonizar estos dos cuerpos legales. El carácter didascálico de *Breviario* es un intento de explicación basado en el ejemplo de Justiniano, pero que no parece responder a la realidad visigoda.

Quando nos disponemos a cerrar estas breves consideraciones nos reconocemos culpables de habernos ocupado de la obra de Guarino sólo de forma lateral, pero nuestro punto de partida ha condicionado nuestras reflexiones. Sería ingenuo, por otro lado, descubrir hoy los valores reconocidos de esta magnífica obra o detenernos a ensalzar la claridad y el rigor intelectual de su autor, tan propio de los juristas italianos y que hemos aprendido a apreciar en la obra de aquel escritor y genial historiador que fue Francesco Calasso.

AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS

RECHT, PIERRE: *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété (Histoire et Théorie)*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence-Duculot Editions, Paris, Gembloux, 1969, 340 págs.

Tras la revisión efectuada en Estocolmo en 1967 (1) del Convenio de Berna sobre reglamentación internacional de la propiedad intelectual, literaria y artística, han comenzado a surgir nuevos e interesantes estudios sobre la materia en la literatura jurídica de los diferentes países. Entre ellos debe merecer un especial interés el que ahora comentamos, ya que su autor, el belga Pierre Recht, ha sido delegado de su país, si bien no en la última Conferencia de Estocolmo antes mencionada sí en las anteriores de Bruselas, Ginebra y Roma de 1948, 1952 y 1961, de sucesiva renovación en su momento del Convenio constitutivo de la llamada «Unión de Berna», siendo además presidente de la Comisión Nacional de Bélgica sobre Derecho de Autor, lo que le asegura una excepcional competencia práctica en todos los aspectos de la materia.

Precisamente a través de los datos que esta práctica le proporciona intenta el profesor Recht elevarse por inducción a una teoría general de la figura jurídica contemplada, buscando una explicación más satisfactoria que las ofrecidas hasta la fecha por la doctrina. Apoyándose siempre en los datos que le suministra el Derecho comparado, el autor ha llegado a una construcción fuertemente subjetiva y personal.

Toda la obra está dirigida, pues, a la afirmación enérgica del carácter de «propiedad» que refleja la categoría estudiada; una propie-

(1) De algunos aspectos de la misma y de la bibliografía existente, nos hemos ocupado en el trabajo *La actitud de los nuevos Estados ante la regulación de la propiedad literaria y artística. Problemas jurídicos implicados*, («Revista Española de Derecho Internacional», t. XXII, 1969-3).

dad especial si se quiere (Recht la denomina «propiedad-creación»), pero con todos los caracteres esenciales de la misma. Impugna por ello la propia denominación de «derecho de autor» y su consiguiente descripción por su contenido eminentemente moral en los llamados derechos de la personalidad, categoría, en su opinión, no suficientemente precisada. Así lo demuestra la propia génesis de la figura, tanto en los países anglosajones (en el *Common Law* primero y luego en el Derecho escrito) como en Francia, con sus leyes de 1793, en la Revolución. De este modo se mantuvo sin vacilaciones hasta la segunda mitad del siglo XIX

Por causas múltiples que el autor intenta atisbar en el contexto social de la época, fue teniendo menos predicamento el término «propiedad», llegando así a la Ley francesa de 14 de julio de 1886. Simultáneamente fueron apareciendo las primeras teorías personalistas (de Bertauld y Morillot), que consideraban tosca una teoría que asimilase las facultades del autor a las que tuviera sobre una cosa material, y coincidiendo también con la aparición de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI, 1878). Con esta fecha de 1878 entramos en lo que puede catalogarse como una nueva etapa, apareciendo sucesivamente las teorías de Kohler, Picard y Gierke. Sentaba la primera la existencia de un *Doppelrecht*, que comportaba un aspecto pecuniario y otro moral. La segunda («de los derechos intelectuales») hablaba de la existencia de una pluralidad de derechos dimanantes de la actividad de la inteligencia, que se traducían en la necesidad de un monopolio. La última, o teoría personalista, afirmaba la existencia de la categoría de los derechos de la personalidad, inherentes al sujeto, intransmisibles, entre los que se situaba el derecho moral de autor. Y aunque en esta época todavía se dieron pareceres que abonaban la legitimidad del término «propiedad intelectual», como los de Pouillet, Flourens, Thaller, Lacour y Gustave Huard, la firma del Convenio de Berna en 1886 y la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 27 de julio de 1887 consagran el auge de las teorías anteriores. Por su parte, el suizo Roguin ponía en duda que las facultades del autor pudieran configurarse como derecho, prefiriendo hablar de una obligación negativa a cargo de terceros. Esta evolución que se ha ido describiendo no parece empero haberse producido en los Derechos anglosajones, que no han impugnado la caracterización de propiedad. En el Continente, en cambio, llegóse al triunfo de la «teoría dualista» en Francia y de la «monista» en Alemania. La primera de ellas arrancando del «asunto Lecoq» ante la *Cour* (25 de junio de 1902), y, sostenida por Lyon-Caen y Saleilles, se vio confirmada en el «asunto Jamir-Canal» de 14 de mayo de 1945; y pasando por el «caso Bonnard» (4 de diciembre de 1956), llega hasta la Ley actual de 1957. Se basa en la distinción neta y separada del elemento patrimonial y el elemento moral en el derecho de autor. La segunda apareció más tardíamente, ya que las dos primeras leyes alemanas de 1901 y 1907 empleaban la noción de propiedad; concretamente se manifestó a raíz de la sentencia del *Reichsgericht* de 8 de junio de 1912, jurisprudencia que fue completada en 1920, 1926 y 1929, hasta llegar a su enunciado total en la sentencia del Tribunal Federal de 26 de noviembre de 1954 («asunto Cosima Wagner»). Toda esta construcción, apoyada por las teorías de Allfeld, De Boor y Ulmer, ha culminado en la vigente Ley de 8 de septiembre de 1965, proclamando la absoluta primacía del aspecto personal y moral sobre los derechos de explotación.

La primacía alcanzada por las teorías expuestas y por otras cons-

trucciones personalistas que el profesor Recht recuerda (Berard, Palmade, Colin, Masse, Vaunois, Caselli, Nast) no significó, sin embargo, el absoluto abandono de otras posiciones doctrinales. Jossereand siguió manteniendo enérgicamente la noción de propiedad (*Cours de Droit civil positif français*, 1938), y Rault llegó a negar la existencia de un derecho moral especial (*Le contract d'édition en Droit français*, 1927). En la misma Alemania se ha vuelto a utilizar ampliamente la noción de propiedad intelectual en la construcción de Hubmann (*Das Recht des Schöpferischen Geistes*, 1954).

Dos son, sin embargo, las construcciones doctrinales que por derecho propio destacan en el momento actual: las de Henri Desbois y René Savatier.

La primera (*Droit d'Auteur*, 1950) es fundamentalmente dualista: derecho moral y derecho pecuniario tienen existencia y vicisitudes totalmente distintas; coexisten, pues, un monopolio temporal y unas atribuciones espirituales irrenunciables. La segunda, insistiendo en la revitalización moderna del Derecho de las Personas, nos habla de que nos hallamos ante una personalización más de antiguos derechos patrimoniales, similar a la producida en los contratos de trabajo o de arrendamientos; estamos ante una nueva categoría por encima de las clásicas de derechos personales o reales (*Le Droit de l'Art et des Lettres*, 1953; *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit privé d'aujourd'hui*, año 1959).

La última parte de la obra la destina Recht a exponer su propia teoría, insistiendo sobre ideas que ha ido ya avanzando a lo largo de la misma. No resulta suficientemente claro afirmar que el derecho de autor es un derecho natural; basta decir que es un auténtico y real derecho subjetivo privado, que encuentra su título en la ocupación, en la más natural, humana y lógica de las ocupaciones, la que realiza el autor sobre el fruto de su trabajo, de sus facultades intelectuales. Y este derecho no puede ser otro que un derecho real de propiedad, ya que contra lo que se ha imaginado no es forzoso que éste recaiga sobre una cosa material que pueda ser objeto de posesión o tenencia física. Existe realmente una doble propiedad del autor: una sobre la cosa material que constituye el receptáculo de su obra, otra sobre el objeto de su actividad intelectual (la «propiedad-creación»). Y es que en realidad puede perfectamente hablarse de una propiedad divisible o estratificada, sin que ello constituya barbarismo jurídico alguno: por una parte, un dominio eminente perpetuo que responde a la dignidad de la condición de autor; por otra, un dominio útil temporal, que atañe a las condiciones de difusión de la obra, susceptible de concesiones y de enajenación a terceros. Con ello queda todo suficientemente explicado, ya que los atributos del pretendido derecho moral del autor o bien resultan difusos o bien se trata de facultades y prerrogativas inherentes a la propia persona humana que pueden manifestarse en cualquier actividad.

Digamos para terminar que aunque resulte llamativo, dada su experiencia personal anterior, apenas si realiza el profesor Recht alusiones a la actual regulación internacional resultante del Acta de Revisión de Estocolmo, si bien no parece mostrarse muy de acuerdo con la misma, coincidiendo así con la multitud de pareceres discrepantes que últimamente se han producido. La obra que hemos comentado, como su autor expresa, está ante todo dirigida a sostener los derechos de los autores y de la iniciativa individual, y será de muy útil consulta para quienes se interesen por la legislación comparada franco-alemana en

la materia; en lo tocante a otras legislaciones, sólo existen breves referencias a la regulación italiana y a la soviética de su nuevo Código civil. Su manejo resulta muy ameno y asequible (2).

PEDRO-ANTONIO FERRER SANCHÍS

Doctor en Derecho y Profesor Ayudante

SECRETARÍA GENERAL DE LA ONU: *Derechos y deberes de los padres, incluida la guarda de los hijos*, Naciones Unidas, Nueva York, 1969 (un volumen en cartóné, 120 págs.).

De nuevo la Organización de las Naciones Unidas proporciona a todos los profesionales y estudiosos del Derecho la ocasión de poder contar con los datos y directrices más últimos en una institución del Derecho comparado. Si hace poco fue la filiación ilegítima en la obra de Saario *Estudio sobre la discriminación contra las personas nacidas fuera de matrimonio* (1967), (1) ahora es la institución de la patria potestad. Como en aquélla, el enunciado de cada punto o dimensión doctrinal se conecta con la referencia al precepto positivo de cada legislación, en un conjunto de 662 notas a pie de página.

En la redacción de la presente obra han prestado su colaboración organismos y entes muy diferentes: el Consejo Económico y Social de la ONU, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, cuatro grandes seminarios celebrados en Europa, Asia, África y América para coordinar las ponencias de diferentes juriconsultos, y los Informes elevados directamente por los Gobiernos de los diversos países.

El capítulo I hace referencia a unas «Indicaciones Históricas». El sentido autoritario y omnímodo que la patria potestad tenía en los antiguos Derecho romano y germánico no experimentó una evolución profunda con el paso de los tiempos; incluso en la época de la codificación, por el influjo napoleónico, se tendía ante todo a acentuar las notas de jerarquía y disciplina. Ha sido en la época moderna cuando tanto los países de Derecho codificado como los de *Common Law* y los socialistas han resaltado los derechos y los intereses de los hijos; y, más recientemente aún, los Derechos de los países de África y Asia.

Se inicia el capítulo II («La patria potestad en la situación familiar normal») con la consideración de las personas que ejercitan la patria potestad. Actualmente es tendencia general en casi todas las legislaciones el que sea ejercida conjuntamente por ambos progenitores o al menos con participación de la madre, si bien suele darse aún prevalencia al parecer del padre en casos de discrepancia. No obstante, siguen aún con el antiguo parecer napoleónico de exclusiva atribución al padre algunas legislaciones como la española, italiana, austríaca, belga, griega y diversas hispanoamericanas. Existe, pues, una notable tendencia en pro de la patria potestad conjunta, manifestada en la generalidad de los modernos Códigos civiles, en las leyes de reforma de cuerpos legales más antiguos, en los Códigos de la Familia de los

(2) Puede verse el elogioso comentario que le dedica el Prof. de Uppsala Sten STRÖMHOLM en el *American Journal of Comparative Law*, vol. XVII, 1969-4, páginas 658-660.

(1) Véase nuestro comentario en esta REVISTA, noviembre-diciembre 1968.

Estados socialistas, en las Leyes sobre la Menor Edad y la Tutela de los países escandinavos e incluso en el moderno Derecho hebreo; no participan, en cambio, de tal orientación ni los Derechos musulmanes ni las normas consuetudinarias africanas, en que las atribuciones del padre se mezclan con las de jefe del grupo.

Respecto a la naturaleza de la patria potestad sobre la persona del hijo, se contempla primero el derecho y obligación de los padres a su crianza. El bien del hijo, su interés y conveniencia aparecen hoy por doquier proclamados como criterio inspirador, tanto en los textos legales como en la jurisprudencia (2). También es corriente la declaración de que los padres tienen el derecho y el deber de proporcionar instrucción a los hijos, si bien en otros sistemas se subsume en la obligación de alimentos, después estudiada en la obra.

Otra proclamación que también aparece con frecuencia es la del derecho de los padres a determinar si los hijos deben o no recibir instrucción religiosa y, aunque ya con menos generalidad, cuál deberá ser tal religión. Lo que sí aparece bastante reglamentado con cierto detalle en países de *Common Law* es el procedimiento a seguir para los cambios de religión de un menor con respecto a su familia.

También suele aludirse en las legislaciones al derecho de los padres al respeto y obediencia de los hijos, si bien últimamente no se hace ya tanto hincapié, al menos en la práctica, al derecho de los padres a corregir, disciplinar y castigar a los hijos; además es hoy cosa corriente en los ordenamientos el procurar limitar o circunscribir tal facultad con la intervención de autoridades judiciales o administrativas, ya sean las generales u ordinarias del país o bien específicas para este caso (Tribunales de Menores, Servicios sociales, Oficinas de protección a la infancia, etc.).

Otro derecho que suele consagrarse es el que los padres puedan determinar la residencia o domicilio de los hijos y menores, si no directamente, si de una manera negativa, al determinar los casos en que el hijo por sus especiales circunstancias o por haber alcanzado una determinada posición pueda vivir con independencia.

Entrando ya en las consecuencias prácticas de la patria potestad, se estudia el derecho de los padres a representar a sus hijos, distinguiendo el supuesto general de aquellos otros de excepción o de reglamentación especial en previsión de conflictos de intereses. Esta cuestión está íntimamente conectada con la ya aludida de la participación de la madre en la patria potestad, pudiendo llegar a iguales derechos de representación.

Cuestión más dispar en cuanto a su proclamación legislativa es la del derecho de los padres a los servicios de sus hijos, aunque, de una forma o de otra, o también de un modo implícito, es reconocido por casi todos los sistemas jurídicos.

Contra lo que pudiera pensarse, ya que cada vez se insiste más en la configuración del matrimonio como acto personal y libre, todavía son muchos los sistemas que exigen para el mismo el consentimiento de los padres, al menos en cuanto a hijos menores. En diversos países que giran actualmente en torno a lo que podría denominarse sistema francés se exige el consentimiento de ambos padres, a diferencia del sistema español. En el *Common Law* también se pide el consentimiento de ambos padres si el hijo no estuvo casado anteriormente. En el sistema greco-germánico-italiano se prefiere hablar del consentimiento del

(2) Respecto a la evolución en tal sentido de la jurisprudencia española, véase nuestra *Jurisprudencia comentada*, en esta REVISTA, septiembre-octubre 1966.

representante legal. En ciertos sectores del Derecho musulmán, hindú y consuetudinario africano se va todavía más lejos, persistiendo la facultad del padre de poder dar a sus hijos en matrimonio.

En un apartado posterior de la obra que comentamos se estudia la terminación de la patria potestad sobre las personas de los hijos, englobándose la consideración de la llegada a la mayoría de edad, las distintas formas de emancipación, especialmente la producida por matrimonio, y la privación de la potestad paterna por decisión de la autoridad (de conformidad con las pertinentes normas penales o administrativas).

Pasando a otra sección, es estudiada ahora la institución de los alimentos. Respecto a los debidos por los padres a los hijos, se distingue entre los sistemas que cifran tal obligación sobre ambos progenitores o bien sólo hacen referencia al padre (España, Austria, Camboya, Brasil y Filipinas). Gran flexibilidad existe en cuanto a la definición de la naturaleza y duración de la obligación de alimentos, puesto que no se circunscribe generalmente a las necesidades más elementales ni a la minoría de edad. Correlativamente, también suele definirse una obligación alimentaria de los hijos para con los padres, si bien especificándose más o menos el grado de necesidad en que éstos deben encontrarse.

El siguiente apartado nos habla de la tutela y guarda de la persona de los menores. Estimamos en este punto, como hicieron algunos países al enviar sus contestaciones, que es preferible limitar el término «tutela» a la institución supletiva de la patria potestad.

Pasando ya a otro capítulo, son estudiadas las atribuciones de los padres sobre los bienes de los hijos: administración y usufructo en los países de Derecho romano; gestión de negocios en el sistema greco-germánico; uso y disfrute en el *Common Law*; administración, tutela y fiscalización económica en los países escandinavos y socialistas, etc. Todos suelen establecer las correspondientes precauciones para con los intereses del menor, tanto mientras dura la gestión como el término de la misma.

En un nuevo capítulo trátase de la adjudicación y ejercicio de la patria potestad en familias disueltas por divorcio, separación u otros motivos; los factores que se conjugan en mayor o menor grado en todos los sistemas para atribuir la potestad o custodia de los hijos son la edad y el sexo de los mismos y la condición de inocencia o culpabilidad de uno y otro cónyuge.

Lo que sí puede afirmarse decididamente es la ampliación de los derechos y deberes de la madre cuando ejerce exclusivamente la patria potestad (estudiada en el último capítulo), incluso si pasa a posteriores nupcias. Disminuye, pues, el número de ordenamientos que hacen entrar en funciones al tutor —sea éste testamentario, legítimo o dativo— para actuar conjuntamente al lado de la madre viuda.

Queda, pues, patente el interés de la obra que hemos comentado: mayormente acrecentado, además, por ofrecernos siempre sus datos agrupándolos en las grandes familias del Derecho comparado: Derecho romano-continental, Derecho escandinavo, Derecho anglosajón-anglo-americano, Derecho socialista, Derecho musulmán, Derecho hebreo, Derecho indú, Derecho africano, Derecho asiático-oriental, etc.

PEDRO-ANTONIO FERRER SANCHÍS

Doctor en Derecho y Profesor Ayudante

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Abril-junio de 1970.

La noción de "baratería" en el seguro marítimo, por Aurelio Menéndez, págs. 241 a 258.

La compensación de culpas y el texto refundido de 21 de marzo de 1968, por Mariano Fernández Martín-Granizo, págs. 259 a 269.

Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: III. Forma o procedimiento, por Francisco Castro Lucini, págs. 271 a 298.

La emisión de obligaciones con opción de cambio y con opción de plaza en la jurisprudencia española, por José Bonet Correa, páginas 299 a 329.

El beneficio de separación en el Derecho venezolano, por Angel Cristóbal Montes, págs. 331 a 366.

La responsabilidad civil por daños extracontractuales (Torts) en el Derecho Internacional Privado Inglés, por Miguel de Angulo Rodríguez, págs. 367 a 383.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Mayo de 1970.

Inmanencia sociológica de la juridicidad civil, por Luis Martínez Calcerrada, págs. 429 a 450.

El traspaso entre los componentes de la Comunidad de arrendatarios de local de negocio, según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por Eugenio Llamas Valbuena, págs. 451 a 464.

Junio de 1970.

Inmanencia sociológica de la Juridicidad civil (conclusión), por Luis Martínez Calcerrada, páginas 527 a 544.

La Jurisprudencia, por Manuel Albaladejo, págs. 544 a 555.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Mayo-junio de 1970.

La impugnación de los actos administrativos en materia de urbanismo por José María Boquera Oliver, págs. 13 a 32.

Las excepciones a los planes de urbanismo, por Luis Arce Monzón, páginas 33 a 89.

La información pública en la redacción de planes urbanos, por Tomás Pou Viver, págs. 91 a 108.

Intervención de las corporaciones locales en materia de obras, por Fulgencio Saura Mira, páginas 111 a 120.

Junio de 1970, número 309.

Sobre la vigencia de los convenios internacionales marítimos, por J. B. Monfort, págs. 490 a 506

El aval a título lucrativo otorgado por el esposo no obliga ni responsabiliza a los bienes gananciales de la sociedad conyugal, por Fernando Cort Pérez Caballero, páginas 507 a 510.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Mayo de 1970, número 308.

Hacia un humanismo económico, por Luis Blas Zulueta, págs. 386 a 392.

La legislación sobre "Containers" después de las reglas de Tokio, por Francisco Miguel Sánchez Gambo-rino, págs. 393 a 396.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Abril-junio de 1970.

Notas sobre la esfera procesal de la mujer casada catalana: Las "litis expensae" y el beneficio de la asistencia judicial gratuita, por Luis Puig Ferriol, págs. 263 a 287.

Cláusulas referentes a incumplimiento de contratos, por R. García Vallés, págs. 289 a 298.

