

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLV * Septiembre-Octubre 1969 * Núm. 474

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; y

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

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

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 2 25 53 16.

Precio: 200 pesetas al año.

Número suelto: 50 pesetas.

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

Depósito legal: M. 968.—1958

Bolaños y Aguilar, S. L. - General Sanjurjo, 20. - Madrid, 1969.

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
“Algunas consideraciones sobre los títulos a la orden”, por JOSÉ MARÍA TEJERA VICTORY	1.149
“Problemas fundamentales de Derecho Hipotecario. Relaciones entre el Código civil y la Ley Hipotecaria”, por MARIA- NO HERMIDA LINARES	1.177
“La inscripción en el Registro de la Propiedad de los terrenos expropiados con motivo de grandes obras hidráulicas construidas por el Estado”, por MANUEL ALVAREZ RICO ...	1.225
NOTAS:	
“Un comentario desde el punto de vista español al Convenio de La Haya de 1964 sobre adopción”, por PEDRO A. FERRER SANCHÍS	1.255
VIDA JURIDICA:	
“Pequeña jurisprudencia”, por BARTOLOMÉ MENCHÉN	1.271
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 CA- BALEIRO	1.301

	<u>Págs.</u>
II.—Sentencias del Tribunal Supremo:	
II.—Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia Civil, por RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS, VICENTE LUIS MONTÉS, ELÍAS IZQUIERDO MONTORO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	1.319
2. Jurisprudencia Mercantil, por RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS	1.400
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	1.407
III.—Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	
	1 419

LIBROS:

“El albaceazgo en el Derecho español (común y catalán)” de MANUEL ALBALADEJO, por JOSÉ CERDÁ GIMENO	1.429
“La fidelidad viudal en el Derecho Privado de Navarra”, de JOSÉ ARREGUI GIL, por O. V. TORRALBA SORIANO	1.443
“L’adaptation du contrat auxx circonstances economiques”, de M. MOHAMED EL-GAMMAL, por TERESA PUENTE MUÑOZ	1.447
“Indemnización del daño contractual”, de AUGUSTO MORELLO, por ELÍAS IZQUIERDO	1.454
“L’adoption”, de MARCEL VISMARD, por PEDRO ANTONIO FERRER SANCHÍS	1.457

REVISTAS:

Por F. M. C.	1.461
---------------------	-------

ESTUDIOS

Algunas consideraciones sobre los títulos a la orden^(*)

I

PALABRAS PREVIAS.

Excelentísimo señor, excelentísimos señores. Señores:

Constituye para mí un señalado honor y, además, una satisfacción especialísima, haber podido aceptar la invitación con que, amable y cordialmente, me honró el señor Decano del Colegio de Registradores para que pronunciara la conferencia de clausura de las que se han venido celebrando durante este curso.

Un honor he dicho. Tribuna ésta, prestigiosa y prestigiada todos los días, en la cual, desde hace años, figuras eminentes del Foro español han hecho uso de la palabra para abordar los temas más diversos de la investigación científica en el campo del Derecho.

Sin ir más lejos, este mismo año, todos los conferenciantes anteriores han estado, como era de esperar, a la altura a la que nos tiene acostumbrada esta Casa. Sólo a mí me asalta hoy el temor al finalizar el curso de que, quizá entre otros motivos, por el agobio que la vida moderna supone para los que estamos, no sé si acertada o des-
acertadamente, calificados como hombres de acción, pueda mi intervención desentonar de las que me han precedido.

(*) Conferencia pronunciada el 21 de marzo de 1969 por el Excelentísimo Señor Don JOSÉ MARÍA TEJERA VICTORY, Director General de lo Contencioso del Estado, en el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, como clausura del Curso correspondiente a dicho año.

Pero además de ser un honor hablar en el Colegio de Registradores, he dicho que supone una satisfacción particular.

Todos los que, de una manera o de otra, cultivamos o aplicamos la Ciencia del Derecho, queramos o no queramos, y creo que queremos, estamos y debemos de estar hermanados. En algunos de los casos, las ramas del común árbol jurídico están, inevitablemente, más cerca unas de otras que las restantes. En este caso concreto, por muchos motivos y por alguno muy singular, las ramas a que me refiero, Registradores de la Propiedad y Cuerpo de Abogados del Estado, al que me honro en pertenecer, no son ni deben ser, continuando con la metáfora, ramas que se rozan, sino ramas que se apoyen y que se apoyan.

En definitiva, el tronco es el mismo, las raíces se extienden hondamente por un campo común, y, a pesar de sus funciones, a veces diversas, hay una zona, a la que me referiré luego, en que coinciden, que les une y que debe unirles aún más en el futuro. Pero antes, permitaseme una breve digresión.

Todos sabemos hasta qué punto el Cuerpo de Registradores ha adquirido auténtico prestigio, dentro y fuera de España, en torno a una Institución tan señera de nuestro Ordenamiento jurídico, como lo es el Registro de la Propiedad, y a la Ley Hipotecaria, que lo ampara, que lo organiza y que lo regula.

Hace ya más de un siglo (el espíritu de la Ley siempre es el mismo) hace ya más de un siglo que ese espíritu ha surgido y se ha ido infundiendo en quienes sirven el Registro, dándoles el prestigio de que disfrutaban y que soy el primero en reconocer.

La Ley Hipotecaria (y perdonadme este pequeño inciso) es un modelo de equilibrio y de ponderación, un instrumento bien concebido, que sirve unas finalidades sin pasarse de la medida. Con razón constituye una de las partes de nuestro sistema jurídico, de la que, modesta pero justamente, podemos envanecernos. En torno a esta Ley, y al sistema hipotecario español, se ha cimentado el prestigio del Cuerpo de Registradores.

Pero hay también una función en esa zona tangencial a la que antes aludía, en la que, entre otras, nos encontramos Registradores de la Propiedad y Abogados del Estado.

Quiero destacar que esta función desempeñada en común, a pesar de ser fiscal, es ante todo y sobre todo, una función jurídica.

Todos los impuestos, como es bien sabido—y recordaba yo hace ya bastantes años en un modesto trabajo sobre el Impuesto de Derechos reales, que así se llamaba entonces, y la vida mercantil (1)—, «todos los impuestos son ciertamente jurídicos, en cuanto no se conciben en un Estado de Derecho sino establecidos y regulados por las Leyes, en cuyos preceptos encuentran su garantía los sujetos a ellos; pero el de Derecho reales lo es, además, en otro sentido, en cuanto se establece sobre conceptos estrictamente jurídicos; es decir, sobre las formas jurídicas que revisten en cada caso los diversos fenómenos económicos de la circulación de bienes». De esta manera, en torno al citado impuesto que, aun escindido hoy en dos, conserva íntegro su espíritu y su fisonomía jurídica tradicional, se ha construido ese principio que ha pasado ya a otras Leyes y que tantas veces ha sido invocado: el impuesto se exige con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado (2).

Por tanto, en esa zona jurídico-fiscal, coincidimos y nos encontramos Registradores de la Propiedad y Abogados del Estado. Pero hay más aún, puesto que el Registro depende del Ministerio de Justicia, y sus asientos están bajo la protección de los Tribunales. Quiero decir que mi deseo es extender este *exordio* y este saludo, si se me permite—porque está, además, con nosotros el señor Director General de los Registros y del Notariado, al que agradezco muchísimo la atención que ha tenido al presidirnos—a todo lo que depende de Justicia, y más todavía, a todo lo que gira en torno a la Justicia con mayúscula, como Institución, tanto a los que tienen a su cargo los servicios a que he aludido como, sobre todo, a quienes—y hay aquí algún dignísimo representante—ejercen, con toda su independencia y autoridad, la más excelsa de las funciones, que es la de juzgar.

(1) JOSÉ MARÍA TEJERA VICTORY. *El Impuesto de Derechos reales en la vida mercantil*, «Ed. de Derecho Financiero», Madrid, 1956, pág. 2.

(2) Véanse, artículo 41 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales de 15 de enero de 1959; en parte, artículo 25 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963; y artículo 7, número 1, del Texto refundido de la Ley de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Decreto 1.018/1967, de 6 de abril.

Termino esta introducción, acaso más larga de lo debido, diciendo, pura y simplemente, que en el Cuerpo a que pertenezco se sirve a la Administración en el ámbito fiscal, en el consultivo y en el litigioso—nuestras tres principales funciones—, con la debida lealtad y con la posible eficacia, pero revestidos siempre sus miembros de una toga que testimonia nuestra vocación y la que debe ser, y creo que es, nuestra primordial característica. Si se me permite decirlo, bajo un pliegue, al menos, del ropaje simbólico de la Justicia, late siempre el corazón del Cuerpo al que me honro en pertenecer y en estos momentos en dirigir.

II

EL TEMA DE LA CONFERENCIA.

El tema elegido para esta conferencia acaso haya extrañado a más de uno de los concurrentes. Fijándose en el hecho, en la vida sin duda accidental, del cargo público que me honro en desempeñar, sorprenderá un poco que en momentos en que es lógico suponerme enfrascado principalmente en los problemas propios del Derecho administrativo, haya parado mi atención—y recabe la vuestra—sobre un tema tan concreto y tan específico de Derecho mercantil.

Hay varias razones para ello que no vienen al caso; pero se da, sobre todo, una común a cualquier actividad humana y constantemente repetida: no hay mejor distracción que la que supone variar de ocupación, y esto es aplicable a la lectura y, en definitiva, al estudio. De la rama del Derecho que, modestamente, uno aplica todos los días, nos puede compensar con auténtico deleite la atención que dediquemos a otra cualquiera de las que integran la gran enciclopedia jurídica.

El tema es, ciertamente, bastante concreto: «Algunas consideraciones sobre los Títulos a la orden. Sería inútil e innecesario extenderse en la importancia que tienen los títulos de crédito, en general, en la vida moderna. La doctrina, en especial la italiana (3), ha des-

(3) Escribe TULLIO ASCARELLI: *Teoría General de los Títulos de Crédito*, Edición castellana, Editorial Jus, México, 1947, pág. 3: «Si nos preguntan cuál es la contribución del derecho comercial en la formación de la economía mo-

tacado una y otra vez que quizá la contribución más importante y decisiva de la ciencia del Derecho mercantil a la vida económica moderna sea esa creación tan singular que se llama por algunos títulos-valores y por otros títulos de crédito.

De esta manera se han movilizizado, como es notorio, masas ingentes de bienes. La propiedad, lo mismo mobiliaria que inmobiliaria, ha sido puesta al alcance de todos; se han podido llevar a cabo empresas que hace unas decenas de años hubiera sido imposible concebir. La movilización del crédito que esto supone es el resultado sencillamente fabuloso en el orden jurídico, y en el orden económico, de la creación del título de crédito.

Es conocida de todos y usual la clasificación de los títulos de crédito, según la forma en que se designa al titular y en que, como consecuencia, se transmiten. Se habla de Títulos nominativos, Títulos a la orden y Títulos al portador. Vamos a tratar especialmente de los títulos que se emiten a la orden.

En esta conferencia distinguiremos, en cierto modo, dos partes. Una, en la que he de referirme, inevitablemente, a conceptos de todos conocidos y que se manejan y citan todos los días. Y otra, ya más concreta, en la que radica la razón misma de pronunciarse la conferencia. En ella se abordarán, por vía de modesto ensayo, aspectos y problemas que la ciencia jurídica moderna ciertamente no ignora—y de ello darán fe oportunamente algunas citas—, pero que casi siempre son tratados un poco al margen de lo que constituye la preocupación más habitual de los mercantilistas.

derna, tal vez no podríamos apuntar otra que haya influido más típicamente en esa economía, que la institución de los títulos de crédito. La vida económica moderna sería incomprensible sin la densa red de los títulos de crédito; a las invenciones técnicas habrían faltado medios jurídicos para su realización social adecuada; las relaciones comerciales tomarían necesariamente otro aspecto. Gracias a los títulos de crédito, el mundo moderno puede movilizar sus propias riquezas; gracias a ellos el derecho consigue vencer tiempo y espacio, transportando con la mayor facilidad, representados en estos títulos, bienes distantes y materializando en el presente las posibles riquezas futuras.

III

LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA. POSIBILIDAD Y CONVENIENCIA
DE UNA TEORÍA GENERAL. ALGUNOS DATOS DE DERECHO
COMPARADO. EL PROBLEMA EN ESPAÑA.

Empezaremos por referirnos brevemente a la terminología usual «Títulos-valores», «Títulos de crédito». En 1882, BRUNNER escribe su primer trabajo sobre lo que en alemán se llama *Werthpapier* y suele traducirse con la denominación de título-valor (4). La denominación pasa al Código suizo de las obligaciones, modificado en 18 de diciembre de 1936 (5), y al Código de Comercio de Honduras de 1950 (6), redactado sobre un proyecto de JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ. En España ha sido el maestro de nuestros mercantilistas, don JOAQUÍN GARRIGUES, quien dio carta de naturaleza a la expresión en su famoso «Curso», ya en 1936 (7). En la literatura hispano-americana, que he podido consultar para la preparación de este trabajo, se alude a alguna vez (8) a algún trabajo anterior en el que se empleó ya por un autor esa expresión en castellano. Así habrá sido, sin duda; pero ello no afecta a la importancia de la elaboración de GARRIGUES. En definitiva, él es quien con su autoridad le ha dado carta de naturaleza en nuestro idioma y en nuestra Ciencia jurídica.

La expresión, sin embargo, no es aceptada unánimemente. La doctrina italiana sigue, en general, la denominación «Títulos de

(4) AGUSTÍN N. MATIENZO prólogo a la obra de MAURICIO L. YADAROLA. *Títulos de crédito*, «Tipográfica Editora Argentina», Buenos Aires, 1961, páginas XI y XIV.

GARRIGUES, JOAQUÍN: *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo II, «Revista de Derecho Mercantil», Madrid, 1955, pág. 2 (Bibliografía) y nota 4 en la pág. 5.

(5) VIRGILE ROSSEL: *Code Civil Suisse et Code Fédéral des obligations*, novena edición, «Librairie Payot», Lausanne, 1962.

(6) El Título Primero (Libro III), abarca «las diversas clases de títulos-valores», que se definen en el artículo 449.

(7) GARRIGUES, JOAQUÍN: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Madrid, 1936, págs. 405, 486, y sig.

(8) Prólogo de MATIENZO a la obra de YADAROLA ya citada, pág. XIV. No afecta a la cuestión por la fecha de publicación—1947—, la alusión que hace IGNACIO WINIZKY en *Títulos circulatorios*, «Eudeba Ed. Universitaria de Buenos Aires», 2.ª ed., 1966, pág. 18, a la difusión de la denominación títulos-valores por RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, JOAQUÍN, en su *Curso de Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, 1947.

crédito» (9). Verdad es que el propio ASCARELLI (10) viene a reconocer que no es afortunada; pero el mundo jurídico italiano la ha admitido y ha sido recibida, no sólo en la doctrina, sino también en el Derecho hispano-americano, tan influido por Italia, como es bien sabido (11). En fin, en Italia, el monumento legislativo constituido por el nuevo Código civil de 1942 (12), se mantiene fiel a su expresión tradicional en aquel país y habla de los títulos de crédito.

VICENTE Y GELLA, mi admirado amigo y compañero, Catedrático de la Universidad de Zaragoza y Abogado del Estado, autor de una excelente monografía sobre esta materia (13), habla también de títulos de crédito.

Entre una y otra orientación, la de procedencia alemana que goza en España de la autoridad que le da GARRIGUES, y la usual en Italia y predominante, según parece, en Hispanoamérica, aunque con notables excepciones, hay un caso, un poco al margen, constituido por los autores franceses que, durante muchos años han distinguido entre valores mobiliarios y efectos de comercio; terminología que alguna vez tiene reflejos en nuestro viejo Código de Comercio y que todavía se desliza, en tal o cual ocasión, en nuestros tratadistas (14). En todo caso, la cuestión no es importante ya. Título-valor o título de crédito, lo que se trata de determinar es lo que suponen estos títulos en el campo jurídico—aparte de su importancia en el económico—y lo que interesa retener, como antecedente o presupuesto, a efectos de los problemas concretos que han de tratarse, aunque sea sucintamente, en esta conferencia.

(9) VIVANTE: en la 1.^a ed. de su *Trattato*, 1896; Ascarelli, ob. cit., etc.

(10) Ob. cit., pág. 25.

(11) YADAROLA, ob. cit.; ISMAEL E. BRUNO QUILJANO: *El endoso. Su función legitimativa en la circulación de los títulos de crédito*, «Abeledo Penot»—Buenos Aires—. LUIS MUÑOZ titula su obra sobre esta materia *Títulos-valores crediticios*, «Tipográfica Editora Argentina», Buenos Aires, 1956. Méjico tituló su Ley en agosto de 1932, *General de Títulos y Operaciones de Crédito*.

(12) *Codice Civile e Leggi Complementari* (ed. de F. CARNELUTTI y W. BIGIARI, «Padova, Cedam-Casa Editrice Dott. A.», Milani, 1960. Véase *Titolo V Dei Titolo di Credito*, arts. 1.992 y sig.

(13) *Los Títulos de Crédito en la doctrina y en el Derecho positivo*, 2.^a ed., Tip. «La Académica», de FEDERICO MARTÍNEZ, Zaragoza, 1942.

(14) Sobre la influencia de la terminología francesa en esta cuestión véase la exposición que hace GARRIGUES en su *Tratado*, II, ya citado en la pág. 4.

«La generalización es, en cierto modo—escribe un autor (15)—, el camino que conduce a la sistematización; la extensión, por analogía, es la operación que permite generalizar...».

Probablemente, el primer autor, después de BRUNNER, ya citado antes, que sienta los fundamentos de una teoría de los títulos-valores, es un maestro italiano, también ya mencionado, VIVANTE, quien, en 1896, en su *Trattato*, alude a la importancia del concepto que formula. Para VIVANTE, el título de crédito es el documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo en él consignado. Hay que retener las notas de esta definición, justamente famosa, que se repetirán, con idénticas o análogas palabras, en más de un Código hispano-americano.

Es importante que se acierte a construir en la línea iniciada entonces y desarrollada después por muchos otros tratadistas, una teoría general de los títulos de crédito. Hay un lenguaje universal del Derecho, el que hablan los juristas que proceden de una misma estirpe y han recibido una formación jurídica sustancialmente común. Más de una vez, en reuniones internacionales de juristas, hablando cada uno su propio idioma, se ha podido observar hasta qué punto los conceptos y el método eran los mismos.

La creación de una teoría común es siempre provechosa; en este caso, más que conveniente, necesaria. Hagamos la experiencia—suele decirse—observando cualquier título de crédito. Por ejemplo, el cheque que, como es bien sabido, puede ser nominativo, a la orden o al portador, según la Ley de su creación. Hay otros, la acción, que unas veces es nominativa, y otras, al portador. Existen, pues, notas comunes, que caracterizan a estos documentos; buscarlas, y acertar a expresarlas con precisión y claridad, puede ser abrir un camino para resolver más de un problema.

Sin embargo, no es fácil a veces construir esa teoría. Don JOAQUÍN GARRIGUES lo advierte en su *Tratado* (16). No es fácil porque la primera dificultad está en lo que hay que incluir en ese concepto de título-valor o título de crédito. Se puede seguir—tesis originaria de BRUNNER—un criterio amplio, de manera que quepan en el concepto todos los títulos en los que la posesión condiciona el ejercicio, pero no la transmisión del Derecho. De esta manera, títulos que la doc-

(15) YADAROLA: Ob. cit., pág. 9.

(16) *Tratado*, II, pág. 70.

trina con razón suele llamar impropios, acabarían incluidos en la rúbrica global de títulos-valores. Y puede adoptarse un concepto más restringido, referido sustancialmente a las dos notas en las que prácticamente se coincide, de literalidad y autonomía.

El título-valor tal como hoy lo conocemos, es el fruto de una evolución, al final rápida e intensa. El mundo romano, como es bien conocido, dio un tinte completamente personal, del que ha tardado en desprenderse, a la obligación. Durante siglos, el mundo europeo que sobrevivió a Roma, vivió de estos conceptos. Un día, SAVIGNY —nos lo recuerda JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ (17)—aportó la idea de la incorporación del Derecho al documento, en metáfora criticada por VIVANTE, pero que «quedó».

La necesidad que acuciaba en el mundo de la economía era patrimonializar y objetivar esa relación, desligarla cada vez más de las personas. No tenía importancia en el mundo económico moderno quién era el acreedor; lo que interesaba era el contenido económico de la obligación y la facilidad de su transmisión. Para esto último había que dar certeza al derecho y seguridad a su circulación. En estas exigencias solía coincidir la doctrina.

Lo dicho requería un salto desde el campo meramente obligacional al del Derecho de cosas. No olvidemos que, de siempre, la posesión de las cosas muebles se entendía, y entiende, obtenida prácticamente sin problemas para el adquirente, salvo supuestos excepcionales que no interesan en este momento. Pues bien. llevar la construcción jurídica de que se trata del Derecho de obligaciones al de cosas, o poner un pie a caballo entre una zona y otra, suponía dar por lo menos—y se fue más allá—la misma seguridad jurídica en esta materia que la que existe en general en la mobiliaria.

Todo lo cual tiene real importancia. Aunque vivimos en gran parte del legado romano que, en el campo del Derecho, tuvo el valor de una verdadera creación, la evolución jurídica posterior, atendiendo a necesidades imperiosas del tráfico, ha abierto cauces que, con anterioridad, no se habían vislumbrado, unas veces, o tenían un estado incipiente, otras.

En materia inmobiliaria es bien conocido hasta qué punto las exigencias del crédito y de la protección de los terceros han dado el

(17) *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., «Editorial Porrúa, S. A.», México, 1952, tomo 1, pág. 251.

paso a elaboraciones que la antigüedad apenas pudo intuir. En lo que respecta al ámbito mobiliario, el avance, realmente gigantesco, es el logrado con la creación de los títulos-valores. Los peligros tradicionales que convierten la transmisión de un crédito en una verdadera carrera de obstáculos, con la angustia de la incertidumbre, la «caja de sorpresas» de que hablaba con gráfica expresión ASCARELLI (18), desaparecen ante la nueva construcción, en la que se pretende que se adquiera algo que prácticamente sea inatacable. Literalidad y autonomía son las dos notas que caracterizan a estos títulos y que configuran su régimen peculiar, dándoles la seguridad que necesitan para que puedan transmitirse con facilidad. La autonomía, que supone que se recibe un derecho como si acabara de ser creado, sin los peligros de las excepciones que podían ser opuestas al cedente; y la literalidad que resucita, con significado y alcance muy distintos, un viejo concepto romano. Para determinar el contenido del Derecho se está exclusivamente al tenor del propio título.

El Derecho mercantil es, en muchas de sus instituciones y, por supuesto, en lo que respecta a los títulos de crédito, un Derecho formalista, bien que por otras razones que las que conoció el mundo jurídico romano. El rigor formal de ciertos instrumentos del tráfico mercantil es la lógica contrapartida de la rapidez con que circulan los bienes y los derechos. Verdad es—concentramos la observación en la parte que constituye el objeto de este trabajo—que este concepto severo—literal y autónomo—del título-valor habrá de ser puesto en relación, y mitigado a veces en su inicial rigor, con otros conceptos jurídicos. Así, en los títulos nominativos de participación, la transmisión funciona con un sistema doble: el del título que se transmite y el que supone la anotación en los registros de la entidad emisora. Dificultad más grave es la constituida por el problema de los títulos causales; pero ahondar en esa dirección nos llevaría más lejos de los objetivos limitados de esta conferencia.

De esta teoría que se defiende y de esta regulación común que se propugna para los títulos de crédito, y a la que simplemente he aludido, ¿qué resulta analizando el Derecho comparado? No es mucho lo que en él se encuentra; son todavía pocos los países que han

(18) Ob. cit. pág. 7.

deducido de la opinión de los autores a este respecto las consecuencias legales oportunas.

Suiza (19) es el primer país de la Europa continental que establece una regulación, a la vez especial y común, para estos títulos, con la denominación de «Títulos-valores». La definición legal—artículo 965 del Código de las Obligaciones—es ésta y la transcribimos en francés para mayor exactitud: «Sont papiers-valeurs tous les titres auxquels un droit est incorporé d'une manière telle qu'il soit impossible de le faire valoir ou de le transférer indépendamment du titre».

Fijémonos en que en el concepto figura la nota de incorporación; pero la literalidad, en sentido estricto y la autonomía, no están expresamente incluidas en la definición de este artículo. Es una definición influida por BRUNNER, sobre todo, que subordina más que nada el ejercicio del Derecho a la posesión del documento.

Méjico es el primer país de la América de origen hispánico que promulga una Ley—en 1932—que llama «General de Títulos y Operaciones de Crédito» (20). Considera—art. 1.º—a los títulos de crédito como «cosas mercantiles», y los define en el artículo 5.º en los siguientes términos: «Son títulos de crédito los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna». Falta en el concepto legal—en el artículo citado—la alusión expresa a la autonomía, pero ya se reconoce casi toda la definición de VIVANTE al que se sigue en América con fidelidad poco menos que total. La Ley mejicana no se acomoda exactamente a la usual clasificación tripartita, y dentro de los títulos nominativos distingue los directos y los extendidos a la orden. «Los títulos nominativos—dice el art. 26—serán transmisibles por endoso y entrega del título mismo, sin perjuicio de que puedan transmitirse por cualquier otro medio legal.»

Italia promulga, en 1942—ya se ha recordado antes—, su nuevo Código civil (21). Como tantas veces acaece, inevitablemente viene a la memoria, con ocasión de esta cita, el recuerdo del Código Napoleónico. Decía el Emperador que pasarían muchas de sus obras y que su Código quedaría. Salvadas todas las distancias, el paralelismo

(19) Véase nota núm. 5.

(20) Se publica en el *Diario Oficial* del día 27 de agosto de 1932

(21) Véase nota núm. 12

mo es evidente, y el Código italiano, a pesar de los cambios políticos acaecidos y de la desaparición de su máximo inspirador político, sigue en pie; y a él acudimos con frecuencia, como en otros tiempos se buscó con afán, acaso excesivo, inspiración y fuentes en el texto legal francés.

Un título—el V del libro 4.º—, artículos 1.992 al 2.027, está dedicado a los Títulos de Crédito (22). «El poseedor de un título de crédito—establece el artículo 1.992—tiene derecho a la prestación indicada en el mismo contra la presentación del título, siempre que esté legitimado en la forma prescrita por la Ley. El deudor que, sin dolo o culpa grave, cumple a prestación respecto al poseedor, queda liberado, aun cuando éste no sea el titular del Derecho.»

El artículo 2.008 dispone que «el poseedor de un título a la orden queda legitimado para el ejercicio del derecho mencionado en el mismo en virtud de una serie continua de endosos». El endoso—artículo 2.011—transfiere todos los derechos inherentes al título. El Código regula, en fin, la forma del endoso, sus efectos, las obligaciones del endosante (extremo fundamental sobre el que luego volveremos), el endoso para cobro, a título de prenda, etc. Sus normas se aplican a los títulos a la orden regulados por Leyes especiales en cuanto éstas no dispongan otra cosa (art. 2.020).

El Código de Honduras (23) define, en su artículo 449, a los que expresamente llama títulos-valores como «los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna». Aquí ya la precisión es mayor, y se habla de derecho literal y autónomo como hubiera podido decirlo VIVANTE. Literalidad: «el texto literal del documento determina el alcance y modalidad de los derechos y obligaciones consignados en él» (art. 460). «Lo que no está en el título—se añade al final del mismo precepto—, o no sea expresamente mencionado en él, no tiene eficacia jurídica, salvo disposición legal en contrario.»

La autonomía resulta, como en otros Códigos, del contexto de la disposición (V, art. 465, 485, etc.).

«Son títulos a la orden—dice el art. 482 del mismo Código—los

(22) El capítulo I comprende las disposiciones generales; el II se refiere a los títulos al portador; el III a los títulos a la orden, y el IV a los nominativos.

(23) Véase nota núm. 6.

expedidos a favor de una persona cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento.» La definición, como se ve, es defectuosa. La nota característica del título a la orden es precisamente la posibilidad de su transmisión por endoso, es decir, lo que se llama cláusula a la orden. Por eso, la transcrita definición ha de completarse—dentro del sistema del citado Código—con lo que establecen otros preceptos. Así, el 483, según el cual «los títulos a favor de persona determinada se entenderán siempre extendidos a la orden, salvo inserción en su texto, o en el de su endoso, de las cláusulas, 'no a la orden' o 'no negociable'»; y el 484 dispone que «los títulos a la orden serán transmisibles por endoso y entrega del título mismo, sin perjuicio de que puedan transmitirse por cualquier otro medio legal».

Prescindiendo de algunos proyectos (24), pasamos ya a examinar sucintamente el estado de esta cuestión en nuestro propio país. Por lo pronto, recordemos lo antes dicho sobre una observación del profesor GARRIGUES (25). No es fácil formular una teoría de los títulos de crédito, y muchísimo menos, de los títulos a la orden, en España. La dificultad surge, entre otros motivos, porque no hay en nuestra arcaica legislación mercantil una regulación conjunta para todos los títulos-valores. No tenemos nada que se parezca a esa teoría general que la doctrina viene construyendo con afán y brillantez—el tema tiene una especial atracción, más de una vez reconocida—y de la que hay algunas consecuencias en la legislación de varios países. No parece, sin embargo, que esa inicial dificultad deba desalentarnos ni ser exagerada.

Pasando ya al tema más concreto que nos interesa, es cierto que casi toda la construcción jurídica de los títulos a la orden está elaborada en torno a la letra de cambio.

La letra es ciertamente el árbol que, a veces, no deja ver el bosque, ni nos permite adentrarnos para examinar las demás especies y, sobre todo, para llegar a conclusiones sobre el género. El árbol es tan espeso en doctrina, en preceptos legales y, con limitaciones, por razones procesales, en jurisprudencia; sus ramas se extienden

(24) Anteproyecto preparado por la Comisión Reformadora del Código de Comercio del Perú, relativo a títulos-valores enviado al Parlamento de 1963. Anteproyecto de Ley Centroamericana en Títulos-valores, etc. Véase GUALTIERI y WINIZKY, obra citada, pág. 21.

(25) Véase nota núm. 16.

tanto y ofrecen a la investigación tales obstáculos que, en particular en nuestro derecho, es muy difícil pensar en una teoría general que no recoja las notas que ya aparecen en la regulación de la letra de cambio.

Sin embargo, la tentativa debe efectuarse. Como es sabido, nuestro Código de Comercio regula, aparte de la letra de cambio—título X del libro 2.º—, la libranza y los vales y pagarés a la orden—título XI—y prevé la posibilidad de que otros títulos se expidan a la orden. (Cheques, cartas de porte, conocimientos de embarque, pólizas de préstamo a la gruesa y de seguro marítimo, etc.) (26).

¿Se puede construir realmente esa teoría general? Ya se ha dicho que parece que debe intentarse. Obviamente, no se trata de esto en esta conferencia que, forzosamente, por toda clase de motivos, tiene aspiraciones harto más modestas. Vamos únicamente, por vía de aproximación, a estudiar algún punto de los que podrían integrar esa teoría que se propugna, y precisamente alguno que tiene carácter previo, como conviene a un pequeño ensayo o mera introducción.

IV

LIBERTAD O LIMITACIÓN EN LA CREACIÓN DE TÍTULOS A LA ORDEN

Dando por supuesto que cualquier concepto de lo que son los títulos a la orden ha de girar siempre en torno a la cláusula a la orden, es decir, a la posibilidad de la transmisión por endoso una de las primeras cuestiones que cabría suscitar en esta materia sería la de la libertad de creación de tales títulos. ¿Se pueden crear títulos a la orden libremente? ¿Puede la voluntad privada, sin sujetarse a ningún requisito especial, lanzar al mundo del tráfico títulos a la orden que no estén regulados ni previstos en el Código de Comercio? Es decir, ¿“*numerus apertus*” o “*numerus clausus*”? ¿Hay o no hay limitación en la posibilidad de creación?

Antes de nada, recordemos algunas opiniones a este respecto ASCARELLI (27) escribe, entre otras cosas: “El problema general de la libertad de emisión, con frecuencia se resuelve admitiéndose la libertad de emisión en los títulos nominativos y a la orden, y ne-

(26) Véanse los artículos 535, 350, 706, 722 y 742 del Código de Comercio

(27) Obra citada. Nota en la pág. 399.

gándola en los títulos al portador". Cita en apoyo de esta opinión a MESSINEO—*Titoli di credito*". volumen I, pág. 50—y BRUSCHETTINI—*Titoli al portatore*», págs. 390 y sigs.—y propugna en un sistema como el italiano, que sólo por excepción admite obligaciones abstractas, que se niegue la libertad de emisión de títulos abstractos y se admita para los causales.

En realidad, hoy parece que lo que se expresa con esa terminología—títulos abstractos, títulos causales—es un problema al que, con expresión orteguiana, trasplantada al mundo del Derecho, cabría calificar como de mera perspectiva. No debe hablarse con rigor en esta materia de títulos abstractos y de títulos causales por sí, o de una manera absoluta. Lo que hay son títulos que, en una fase o en un momento determinado de su trayectoria jurídica—ropaje de un interés económico fluido que no siempre requiere la misma protección—, son predominantemente causales o abstractos (28). La letra de cambio es el ejemplo más acabado de ello. Como es bien sabido, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, construida con perfección en este punto (29), ha distinguido reiteradamente, según que la controversia se plantee entre el librador y el librado, o bien en relación al que nos gusta llamar el tercero cambiario. Según sea uno u otro el planteamiento, la letra funcionará como título causal o como título abstracto. Por eso hemos dicho que se trata de un problema de perspectiva. Dependerá del punto desde el cual se contemple la relación.

Escribe el mismo ASCARELLI (30): "Segui la tendencia dominante al tratar el problema de la libertad de emisión, con relación a la autonomía de la voluntad de las partes. Pero en realidad el problema de la libertad de emisión de los títulos de crédito no surge sólo en relación con la voluntad de las partes. Ese problema también se debe relacionar con la costumbre social, lo que en principio implica la investigación de que la costumbre pueda imprimir a un documento la calidad de título de crédito. Históricamente, se sabe que los títulos de crédito tuvieron su origen precisamente en la

(28) Véase el pensamiento de GARRIGUES sobre esta cuestión en su *Tratado*, II, págs. 35 y sigs.

(29) Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo en esta línea, y pueden consultarse las más importantes en cualquier obra dedicada a esta materia, por ejemplo, en el mismo *Tratado* (II), del Profesor GARRIGUES, tantas veces citado.

(30) Obra citada, nota en la pág. 400.

práctica mercantil. A mi modo de ver—continúa ASCARELLI— aún hoy se puede recurrir también a la costumbre social para determinar cuáles son los documentos que constituyen títulos de crédito. La misma observación se puede repetir en los títulos impropios que en su mayor parte hasta constituyen una creación espontánea de la práctica aún ignorada por la ley”.

Citaremos la opinión de otro autor ya mencionado, YADAROLA, argentino; pero antes haremos en dos palabras, una brevisima semblanza de él. MAURICIO LUIS YADAROLA—nacido el 17 de julio de 1897 en la ciudad de Córdoba—es una figura científicamente atractiva para cualquiera que pretenda estudiar esta materia—títulos de crédito—, por la que estuvo obsesionado durante su fecunda vida docente e investigadora. Profesor de la Universidad de Córdoba, en la República Argentina, es autor, entre otros trabajos, de uno sobre “La fuente de la obligación cambiaria en el Derecho argentino”, publicado en la “Revista de Derecho Privado”, de Madrid, en julio-agosto de 1935; *Títulos de crédito*, en “Revista de Derecho» de Buenos Aires, octubre de 1954; *La causa en las obligaciones y en los títulos de crédito*, 1956; y sobre todo del libro *Títulos de crédito*, que ya hemos citado. Es su obra póstuma, pues, se publicó en 1961, y él murió en Córdoba, el 16 de marzo de 1960. Es una obra superior—sin que esto suponga desconocer el mérito de otras—al nivel, por lo demás muy estimable, que, en mi modesta opinión, habían alcanzado hasta ahora los estudios jurídicos sobre la cuestión de que se trata, en el país del autor. Muy influido, ciertamente, por la doctrina italiana, en especial por VIVANTE y ASCARELLI, a los que traduce y comenta, bien que con aportaciones originales, con frecuencia atractivas y siempre razonadas, en más de una ocasión pone de manifiesto cómo el viejo Código de VÉLEZ SANSFIELD se presta, bien interpretado, a pesar de su antigüedad, a reelaboraciones y consecuencias muy interesantes y muy actuales. Con ello demuestra, aparte de sus cualidades de investigador bien documentado, las grandes posibilidades de la función del intérprete jurídico. Pues bien, YADAROLA escribe sobre este problema (31), bajo la rúbrica “Pueden crearse libremente los títulos a la orden”, lo siguiente:

“...el problema se resuelve con criterio general aplicable a las

(31) Obra citada, págs. 281 y sig.

distintas especies de títulos en base al siguiente principio: todo título de crédito está sujeto, conforme la ley lo exige, a una determinada *forma*, a veces mínima, pero siempre necesaria; sólo cuando tales formas han sido observadas se ha creado el título de la especie a que esa forma corresponde. Por donde no puede hablarse de una típica libertad de creación, al menos en el Derecho argentino, desde que las exigencias formales ponen siempre un límite a esa libertad y ciertas limitaciones existen aún en el Derecho alemán donde rige la mayor amplitud en punto a la creación de relaciones jurídicas del tipo de las que se contienen en un título de crédito...”

Más adelante (32), añade: “Tal vez se objetará que las exigencias de forma no son limitaciones a la creación de títulos a la orden, sino condiciones para su existencia; sin embargo, no puede negarse que aquél sea su significado, puesto que no está en la facultad de quien suscribe un documento someterlo al régimen propio de los títulos de crédito, especialmente en punto de su circulación, sino cuando ha usado la forma impuesta por la ley, por donde resulta que las formas son también medios de limitación...”

Opina YADAROLA que, en el Derecho argentino, “la creación de títulos a la orden y en general de cualquier categoría (nominativos o al portador), está sujeta a las expresas prescripciones del Código de Comercio, lo que importa excluir una completa libertad de creación”. Sintetizando, cree que “el problema se resuelve en estos términos: en el Derecho argentino no está librado al arbitrio de los particulares crear títulos de crédito a la orden; no basta que en un documento se incluya esta cláusula para que adquiera el carácter de título de crédito; el documento extendido a la orden sólo alcanza la categoría de título de crédito cuando reúne los caracteres y elementos” que el autor ha expuesto previamente y “mediante los cuales el escrito se convierte en el documento de un derecho literal y autónomo cuya posesión es indispensable para el pleno ejercicio de ese derecho” (Obsérvese la influencia de la construcción doctrinal italiana). Y concluye tajantemente: “En definitiva, no hay títulos de crédito fuera de las categorías creadas por la ley”.

No se le oculta que la opinión que emite es contraria a la usual en bastantes autores—VIVANTE, MESSINEO, ASCARELLI, LYON-CAEN

(32) Obra citada, pág. 283

y L. RENAULT, bien que con limitaciones; THALLER, etc.—, pero se pregunta si, por vía de asimilación de un documento de obligación a un título de crédito, puede privarse al deudor de oponer a un sucesivo titular del derecho las defensas que podría invocar frente al primer acreedor (Principio de la autonomía). Y añade, después de dar respuesta negativa, «¡que menos puede admitirse que los efectos del endoso puedan hacerse va'er en el endoso de cualquier documento con cláusula a la orden y transmitirlo por ese medio!».

Conviene retener lo argumentado en estas preguntas, pues volvemos sobre ello al expresar más adelante nuestra modesta opinión sobre el problema planteado.

Pasemos a otro autor, GIUSEPPE GUALTIERI, que escribe en Italia, y se traduce y complementa en la República Argentina, en colaboración con IGNACIO WINIZKY (33). Recuerdan estos autores que la mayor parte de la doctrina se muestra propicia a admitir la libertad de emisión para los tres tipos de títulos, ya que no existen motivos de orden público que lo impidan, y añaden, más adelante (34), que, en abstracto, el campo de aplicación de la cláusula a la orden es ilimitado por la posibilidad jurídica de crear nuevas formas de títulos que lleven desde sus orígenes la cláusula a la orden.

Por su parte, en España, AGUSTÍN VICENTE y GELLA (35), parece considerar a la serie de los títulos de crédito como ilimitada. “El título de crédito—escribe—es una abstracción de la mente, y a esa abstracción se llega mediante una síntesis de circunstancias objetivas. De esto se desprende lógicamente que las clases y categorías de títulos de crédito son ilimitadas...”. “Existe un título de crédito allí donde hay una obligación constatada por escrito a la cual atribuya la ley los efectos que son peculiares de aquellos documentos...” “Existirá un título de crédito siempre que el legislador asigne los efectos referidos (literalidad, autonomía, etc.), a cualquier obligación escriturada de naturaleza patrimonial...”

No puede ocultarse que la formulación de estas ideas puede suscitar algunas dudas al aplicarlas al problema que se examina. Esa asignación de determinados efectos que incumbe a la ley, ¿ha de ser específica o simplemente genérica? Dicho de otra manera, ¿pue-

(33) Obra citada, pág. 149.

(34) Página 179.

(35) Obra citada, págs 130 y 131.

de la voluntad humana—sin intervención del legislador—añadir a los tipos catalogados por la ley otros análogos en los que figure la cláusula a la orden? ¿Basta la introducción de esta cláusula para atribuir al documento que la contenga la condición de título de crédito?

Por lo que respecta a los títulos al portador, el mismo autor (36), reconoce el régimen de libertad, aunque no se extiende a la circulación, que a veces se encuentra restringida.

GARRIGUES, por su parte, escribe (37): “Actualmente, para caracterizar un documento como título a la orden es suficiente cualquier redacción de la cual resulte la voluntad del emisor de que el ejercicio del Derecho documentado corresponda eventualmente a una persona que de modo directo ha de determinar la persona nominalmente designada. Esta voluntad del emisor se expresa mediante la cláusula a la orden”.

No arroja demasiada luz sobre el tema el examen del Derecho comparado. El artículo 2.004 del Código civil italiano preceptúa que “el título de crédito que contiene la obligación de pagar una suma de dinero no se puede emitir al portador, sino en los casos establecidos por la ley”. Usualmente se considera que este precepto, interpretado a sentido contrario, implica la libertad de emisión para los títulos a la orden, aunque no falta alguna opinión discrepante a este respecto (38).

Análogamente, la Ley mejicana, ya citada, dispone en su artículo 72 que “los títulos al portador que contengan la obligación de pagar alguna suma de dinero no podrán ser puestos en circulación, sino en los casos establecidos en la Ley expresamente...”

Por nuestra parte, creemos que el principio de la autonomía de la voluntad tiene fuerza suficiente en este caso—unido a las exigencias de la buena fe—para permitir la creación de títulos con cláusula a la orden, siempre que se ajusten a los principios generales de nuestro ordenamiento en esta materia. La forma del título es la que le da su emisor, dentro de los moldes que el Derecho establece, y parece que las exigencias de la buena fe, que han de imperar en el tráfico, aconsejan respetar esa iniciativa de la voluntad privada en tanto no afecte al orden público o a tercero.

(36) Obra citada, págs. 377 y sigs.

(37) *Tratado*, II, pág. 115.

(38) Véase YADAROLA: Obra citada, pág. 282, nota.

El Derecho mercantil es, en gran parte, el fruto de una evolución histórica, muchas veces reconocida *a posteriori* por el legislador. No se pueden cegar fuentes, nacidas de las necesidades del tráfico, siempre que se mantengan en su labor creadora dentro de determinados límites. No parece que el orden público pueda verse afectado por tales consecuencias ni menos puede entenderse que hay riesgo para un tercero. El deudor que pone en circulación un título y que, con la debida publicidad—que resulta usualmente del propio documento—, anuncia, pudiendo optar por otra forma, que se expide con la cláusula a la orden, merece ser respetado en su obra.

No encontramos en nuestro Derecho prohibición expresa para tales consecuencias. Más aún: no faltará quien apoye esta interpretación, como se hace a veces en Derecho extranjero, en la libertad de emisión, para los títulos al portador que suele propugnarse en España, al amparo especialmente de lo dispuesto en el artículo 544 del Código de Comercio.

Acaso el argumento sea excesivo, sobre todo en los tiempos actuales. Ya se ha visto cómo en otros países se han establecido limitaciones en la emisión de títulos al portador, representativos de una suma de dinero, aunque precisamente este régimen especial sirva allí como punto de apoyo para una conclusión contraria en los títulos a la orden. Pero es evidente que el Derecho público de nuestros días revela un espíritu restrictivo en esta materia, como corresponde a la intervención del Estado en la vida conómica, y a su preocupación por el sistema de medios de pago. Es prudente, pues, en estos momentos, en nuestro Derecho, una interpretación restrictiva en torno al principio de libertad tradicionalmente afirmado por la doctrina mercantil, para los títulos al portador. Por el contrario, no parece que el espíritu deba ser el mismo en lo que respecta a los títulos a la orden (39). Planteada así la cuestión, creemos que las razones antes invocadas—respeto a la autonomía de la voluntad y a la buena fe—son esencialmente válidas, y no pugnan con el espíritu de nuestro ordenamiento.

Ahora bien, defendida así en esta cuestión—posible creación de

(39) La Orden del Ministerio de Hacienda de 24 de abril de 1969—«*Boletín Oficial del Estado*» del día siguiente—a la que luego nos referiremos, confirma hoy en cierto modo esta interpretación.

los títulos a la orden—una razonable libertad, surge inevitable el problema de la determinación de los efectos que producirá el endoso de los documentos creados al amparo de tal principio. Pero esto merece consideración aparte.

V

LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL ENDOSO.

Hay ciertamente una función traslativa y otra de legitimación del endoso; pero en la letra de cambio y en los títulos que en España y en casi todos los países están modelados a imagen y semejanza de aquélla, existe también, como normal efecto, salvo cuando la voluntad humana lo excluye con la cláusula de sin responsabilidad, una función de garantía trascendental en el tráfico, porque robustece en cada transmisión a la letra con el eslabón de un nuevo endoso. Obviamente, el problema es si en los títulos a la orden que se crean—suponiendo que sea admisible la tesis que acaba de exponerse—en virtud del principio de autonomía de la voluntad, esa obligación de garantía de cada endosante surge, como surge en el endoso de la letra.

De ahí el interés que evidentemente ofrece la creación de una teoría general sobre los títulos a la orden. Si sólo tenemos una teoría de la letra, esa pregunta, como alguna otra, quedará sin contestación suficiente. Si, por el contrario, acertamos a plantear y resolver el problema de una teoría general de los títulos a la orden, uno de los puntos que comprenderá y en el que habrá de definirse, será el indicado.

ASCARELLI (40) explica cómo "en los títulos a la orden, el endoso puede asumir otra forma distinta de la (hasta ahora examinada) relativa a la calificación de la transmisión de la posesión. Por esto, en los títulos cambiarios, el endosante asume con el endoso una obligación solidaria de regreso; obligación abstracta como cualquier otra obligación cambiaria y cuya asunción se debe mantener separada de la tradición (causal y bilateral) del título. Precisamente sobre estos efectos se habla con acierto del endoso como

(40) Obra citada, pág. 310 y nota.

negocio abstracto". Y puntualiza en nota a pie de página: "es obvia la diferencia que se indica en el texto, entre las dos funciones del endoso, una vez que se recuerde que la función de garantía del endoso no encuentra concordancia en la disciplina de la circulación de los títulos de crédito al portador o nominativos". Añade el propio ASCARELLI: "Este es un efecto del endoso, que por aceptación unánime de la doctrina *no es peculiar de todos los títulos a la orden, sino que solamente de aquellos para los cuales la Ley lo admite* (el subrayado es nuestro), pudiendo excluirse en la propia cambial cuando el endosante incluye la cláusula *sin garantía*."

Por su parte, YADAROLA (41) opina: "Difieren también (se refiere a los títulos a la orden) en lo relativo a los efectos que la transferencia del título produce para el cedente, pues mientras en los nominativos no asume obligación personal de pagarlos, en los títulos a la orden, si no en todos, en los cambiarios (letra de cambio, cheques y pagaré) y en aquéllos respecto de los cuales la Ley expresamente ha sometido el endoso a los efectos propios del endoso cambiario. ., el endosante asume la obligación personal y solidaria de responder por su importe."

GUALTIERI y WINIZKY (42), ya citados antes, escriben: "La función de garantía no está implícita en el endoso de los títulos a la orden, salvo disposición en contrario de la Ley...". En cambio, "en materia de letra de cambio y cheque, la solidaridad del endosante solamente cede por cláusula en contrario".

BRUNO QUIJANO, en la obra antes citada (43), nos dice: "Además de la sustancial función del endoso de servir con el concurso de otros elementos a legitimar el tenedor, puede tener la de constituir al endosante en garante de la obligación cambiaria, como ocurre en la letra de cambio. De ordinario, en los títulos abstractos, el endoso cumple esa doble función: de servir de instrumento de circulación y de constituir al endosante en garante de la obligación contenida en el título; pero ya de suyo, esta peculiar función no es esencial del endoso, sino de la característica del título que circula mediante la Ley de circulación a la orden". Opina el mismo autor que, a la inversa de lo que ocurre en los títulos abstractos,

(41) Obra citada, pág. 276

(42) Obra citada, pág. 169.

(43) Páginas 37 y sigs.

en los causales, el endoso, comunmente, no impone la obligación de garantía, aunque, con cita de algunas excepciones en el Derecho de su país—Argentina—, llega a la conclusión de que la correspondencia entre títulos abstractos y endoso con garantía, y títulos causales y falta de esa obligación, no es absoluta ni mucho menos. Termina diciendo que “la función accesorio de garantía del endoso, dentro de nuestras disposiciones legales, deberá buscarse en las normas pertinentes de cada título, atendiendo a su naturaleza”. Este es el principio que le parece más aceptable. El mismo, refiriéndose más adelante (44) al conocimiento—siempre con cita del Derecho argentino—, escribe: “El endosante del conocimiento, al igual que el de la carta de porte, no asume obligación de garantía por el acto del endoso y sólo responde de la existencia y legitimidad del título.”

Por su parte, ya en nuestra doctrina, VICENTE Y GELLA (45) escribe: “... Pero no se interprete esta afirmación en el sentido de que todos los que intervienen en las diversas operaciones que pueden recaer sobre un título de crédito responden solidariamente del cumplimiento de la obligación. Nada más lejos de nuestro pensamiento que tesis semejante. La responsabilidad de todos los que intervienen en estos documentos está sólo prescrita por la Ley para alguno de ellos, como son los efectos cambiarios...”. “Esto es, sin embargo, una excepción; por lo general, el transferente, el cedente de un título de crédito, no responde solidariamente con el deudor del pago del mismo...”.

Pasemos al estudio de algunos textos legales de otros países. México, en el artículo 34 de su Ley, sigue la misma orientación trazada por la doctrina: “... el endoso en propiedad no obligará solidariamente al endosante, sino en los casos en que la Ley establezca la solidaridad...”. Por el contrario, el proyecto de Código de Comercio de 1960, en su artículo 482, dispone: “... El endoso en propiedad obligará a los endosantes al pago del título, salvo disposición legal en contrario”.

Es fundamental para el estudio de esta cuestión—por lo demás, en coincidencia con la opinión más extendida—el artículo 2.012 del

(44) Página 182.

(45) Obra citada, pág. 138.

Código civil italiano. Dice así "Salvo que la Ley disponga otra cosa o que del título resulte cláusula en contrario, el endosante no está obligado por el incumplimiento de la obligación por parte del emittente."

El Código de Honduras, en su artículo 493, dispone: "El endoso en propiedad obliga solidariamente a los endosantes en los casos que la Ley determina." El mismo texto puede leerse en el artículo 34 del anteproyecto de Código de Comercio del Perú.

Por su parte, el artículo 22 del Proyecto de Ley General de Títulos-valores y Operaciones bancarias de Venezuela dice: "Salvo disposición contraria de la Ley o de una cláusula resultante del título, el endosante no está obligado por el incumplimiento de la prestación por parte del emittente." Es casi una traducción literal del artículo 2.012 del Código italiano, antes transcrito.

Por el contrario, el artículo 46 del anteproyecto de "Ley Uniforme Centroamericana de Títulos-Valores" dispone: "El endosante contraerá obligación autónoma frente a todos los tenedores posteriores a él..."

Por lo que respecta a nuestro Derecho, la cuestión no está resuelta, naturalmente, con carácter general, ni puede estarlo, porque carecemos de esa regulación común, apoyada en la correspondiente teoría, que en esta conferencia modestamente se propugna. No ofrece duda, a la vista de los textos legales, que en la letra de cambio y en los títulos a los que es aplicable sustancialmente su régimen legal—libranza, pagaré, cheque, etc.—, la obligación de garantía existe (46). Aparte de esto, parece defendible en términos generales, como aplicable a nuestro Ordenamiento, la tesis que se ha expuesto. En una teoría general de los títulos a la orden, no hay, en principio, obligación de garantía por parte del endosante, salvo en los casos en que la Ley lo prevenga expresamente, como por supuesto acaece en la letra.

No ha de olvidarse lo dispuesto en el artículo 1.529 de nuestro Código civil. El cedente de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito, pero no de la solvencia del deudor, a menos de haberse estipulado expresamente o de que la insolvencia fuese anterior y pública.

(46) Véase, especialmente, al artículo 467 del Código de Comercio.

Se dirá acaso que esta doctrina se refiere a los créditos no endosables—artículo 348 del Código de Comercio—, pero la verdad es—volvemos al problema de siempre—que no tenemos en nuestro Derecho una construcción legal genérica del endoso. Planteado así el problema, sería excesivo generalizar lo dispuesto en el artículo 467 del Código de Comercio para el endoso de la letra. No lo permiten sus términos literales ni lo exigen las necesidades del tráfico en *todos* los títulos a la orden. El Código, cuando lo ha estimado conveniente, así lo ha dispuesto (art. 532, con referencia a las libranzas; art. 542, para los cheques, etc.). Sobre el silencio de la Ley es arriesgado generalizar, y más para imponer una obligación legal que no puede presumirse.

Enlaza, en cierto modo, esta cuestión con la antes tratada sobre libertad de creación de los títulos a la orden. Si se admite este principio, es lógico moderarlo en su aplicación, no exigiendo la responsabilidad solidaria, sino cuando expresamente esté prevista. El tráfico mercantil no requiere más y la seguridad jurídica queda intacta con esta interpretación. El principio de autonomía de la voluntad, unido con el respeto que merece la buena fe, como antes se decía, puede y debe permitir a las partes, dentro de los cauces legales y sin agravio para tercero, crear y difundir estos títulos, pero no llegar hasta el extremo—excesivo—de imponer tácitamente a los sucesivos endosantes una obligación, como es la de garantía, que parece que debe encontrar su punto de apoyo en lo que la Ley disponga expresamente.

VI

CONSECUENCIAS.

Y para terminar, todo lo que queda dicho en esta conferencia, ¿qué importancia práctica puede tener? Antes de contestar a esta pregunta—muy razonable, porque el Derecho, como tantas veces se ha dicho, se da para la vida, no para la mera lucubración—debo advertir que esta conferencia, si fuera un trabajo más completo, debería contener dos partes más, y acaso algún día las tenga, si dispongo de tiempo y me encuentro con ánimos, ya que no con

condiciones, para ello. Habrían de analizarse uno por uno, a los efectos que se han considerado, nuestros títulos a la orden, tanto los que nacen así como aquellos que pueden ser a la orden y pueden no serlo. Conste que, en principio, no creo que de este examen a fondo resultara nada en contrario a lo que aquí se ha adelantado en líneas generales.

Por otra parte, sería conveniente intentar deducir algunas consecuencias prácticas del principio de moderada libertad para la creación de títulos a la orden que se ha propugnado, bien que sin atribuir al endoso de tales documentos la obligación de garantía que recae sobre el endosante en la letra de cambio. Transmisión por endoso de los documentos que amparen determinadas operaciones, en especial depósitos (47); hay un campo de posibilidades económico-jurídicas por investigar, en virtud del principio defendido, y al que en este momento no cabe otra cosa que aludir.

Todo ello requeriría—requiere—perfilar una construcción más acabada, más detallada, de la que aquí tan sólo se ha esbozado en alguno de sus puntos. Y pienso que, una vez más, se demostraría que las teorías en el Derecho, como en cualquier otra ciencia, si merecen este nombre, no son, como antes se recordaba, simples especulaciones alejadas de la realidad, sino caminos racionales para la solución de problemas vividos y actuales. Acaso en pocas ramas del

(47) La Orden del Ministerio de Hacienda de 24 de abril de 1969, ya aludida antes, regula la emisión y transmisión de los resguardos de las imposiciones a plazo en los Bancos Industriales, «inspirándose en prácticas bancarias ya consagradas en otros países, y regulándolos en el nuestro con parquedad, pero con la posible precisión, a la vista de los principios en que se inspira nuestro ordenamiento mercantil», como se explica en su preámbulo. Estos resguardos—artículo 1.º—llevan la cláusula a la orden, y son susceptibles de transmisión por endoso o por cualquiera de los medios que reconoce el Derecho común. Se previene expresamente—artículo 2.º—, que el efectivo depositado será devuelto a su vencimiento por el Banco al titular del correspondiente resguardo o al último endosatario formalmente legitimado por la cadena de endosos—es potestativa la toma de razón del endoso—y, en su caso, a los legítimos causahabientes de uno o de otro, que justifiquen debidamente su derecho mediante la presentación del título con el recibí de la persona legitimada para retirar el depósito.

La propia Orden regula la duración y demás características de estas imposiciones y de los resguardos que las amparan, así como un procedimiento breve y ágil para los casos de extravío del título. Fiscalmente, los resguardos se equiparan a los documentos que realizan una función de giro: es decir, que se les aplica la tributación de las letras de cambio [Artículo 100, 1, letra i); 107, 1 y 3, y 65, 1, 7.º del Decreto 1.018/1967, de 6 de abril, por el que se aprobó el Texto refundido y Tarifas de los Impuestos sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados].

Derecho se ponga de manifiesto lo que acaba de decirse como en el Derecho mercantil. Las perspectivas que nos ofrece son siempre fecundas y estimulantes.

Para terminar, no me queda sino reiterar al Colegio de Registradores mi gratitud por haberme dado ocasión de ocupar su tribuna esta noche; reconocimiento que extiendo a todos los que han tenido la atención de venir a escucharme y la cortesía de seguir pacientemente esta modesta disertación que me temo mucho que, además de ser superior a mis fuerzas y a mi preparación en esta materia, haya resultado excesivamente árida.

JOSÉ MARÍA TEJERA VICTORY.

Problemas fundamentales de Derecho Hipotecario

A la memoria de don RAMÓN
DE LA RICA ARENAL, con el ma-
yor afecto.

RELACIONES ENTRE EL CODIGO CIVIL Y LA LEY HIPOTECARIA

Fue doctrina general en los años posteriores a nuestra Guerra de Liberación, mantenida por los más ilustres comentaristas, que la Ley Hipotecaria no puede derogar los preceptos del Código civil, por ser éste de categoría superior a aquélla.

Salieron al paso de esta doctrina RAMÓN DE LA RICA ARENAL y ROCA SASTRE.

RAMÓN DE LA RICA, en una conferencia dada en la IV Semana Notarial de Santander, que Roca califica de magnífica (1), dice que “existe una evidente y necesaria dualidad normativa legal en el régimen jurídico de nuestra propiedad inmueble”. “El Código civil no significó ni pudo significar la derogación, en poco o en mucho, ni siquiera la modificación de la Ley Hipotecaria. Con relación a la propiedad inmueble inscrita, la acogida a sus preceptos, esta Ley, como especial, tiene aplicación y vigencia preferente y el Código civil sólo la tiene defectiva. El Código civil lo reconoce taxativa-

(1) Curso de Conferencias de 1951 del Centro de Estudios Hipotecarios, página 131..

mente. Su artículo 16 dispone que, en las materias que se rijan por Leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones del Código». «Y nadie puede dudar, continúa, que la Ley Hipotecaria era una Ley especial que quedaba subsistente y vigente en su integridad. Además, el Código, dice, remacha bien el clavo en otros numerosísimos artículos, y cita muchos de ellos”. “¿Para qué más? Ante la dualidad legislativa, según que se trate de inmuebles inscritos en el Registro o de inmuebles no inscritos, la prelación de los dos textos legales aplicables no admite duda: para los primeros rige con preferencia absoluta la legislación especial hipotecaria, y sólo en lo no previsto por ella, el Código civil; y para los segundos, el Código civil o las legislaciones forales. La Ley fundamental de la propiedad inscrita no es, por tanto, el Código civil, como muchos se complacen en sostener, sino la Ley Hipotecaria.”

ROCA SASTRE dice (2) que, “aunque nuestro sistema inmobiliario registral hay que situarlo indudablemente en el grupo de los *más perfectos* del mundo”, como no hay nada plenamente perfecto, tiene algunos defectos, y uno de los mayores es el sistema de concentración de preceptos, que produce algunos errores de interpretación. Uno de los principales errores “es el que pretende que el *Derecho hipotecario* es cosa *distinta* del *Derecho civil*. Ha dado base a esta concepción errónea la existencia de un cuerpo de preceptos formado por la Ley Hipotecaria y su Reglamento, completamente desgajado del Código civil, y lo ha fortalecido la denominación misma de *Ley Hipotecaria*”. “En un solo Cuerpo legal están contenidos, junto con los preceptos de índole estrictamente *registral*, otros preceptos: unos de carácter *sustantivo*, que debieran figurar en el Código civil, y otros de naturaleza *procesal*, que, como tales, deberían contenerse en la Ley de Enjuiciamiento Civil.” Entre los preceptos de índole civil, que deberían figurar en el Código civil, señala a los artículos 32, 34, 37 y 38 de la Ley Hipotecaria. Examina con gran meticulosidad las causas que motivaron la existencia de dos Cuerpos legales, como son la Ley Hipotecaria y el Código civil, y añade que este sistema, no sólo no ofrece ninguna ventaja, sino que origina serias desventajas; y

(2) Lug. cit., pág. 125.

entre ellas, la que ocupa un lugar relevante es una que toca a la propia esencia, categoría y jerarquía de los preceptos hipotecarios de carácter sustantivo. "A fuerza de hablar de la Ley Hipotecaria como algo separado del Código civil, se ha venido a crear un falso clima o equivocado ambiente de signo jerarquizador, en detrimento de la *consideración, rango y categoría civil* de los preceptos de la Ley Hipotecaria, especialmente de los de carácter sustantivo o material." Estima que no es urgente proceder a la reforma legislativa, sino simplemente que lo que obedece a una mera *circunstancia histórica* no se haga servir de base para construir un muro de separación entre el Derecho civil y el Derecho hipotecario y "establecer diferencias entre lo que no es más que *una* misma y sola cosa". "No tenemos que cansarnos nunca de afirmar y repetir que el *Derecho hipotecario es Derecho civil*, y que, por tanto, la *Ley Hipotecaria* es sustancialmente *legislación civil*, de modo que sus preceptos básicos o fundamentales de dicha Ley es como si estuviesen materialmente colocados en los títulos correspondientes del Código, con categoría y consideración de textos codificados."

Creemos conveniente hacer las dos siguientes observaciones: Que Roca fundamenta su opinión con antecedentes históricos y con razonamientos brillantísimos, pero sin aducir en defensa de su tesis ningún texto legal. Que entre la doctrina de ROCA SASTRE y la de RAMÓN DE LA RICA ARENAL hay una gran diferencia, pues mientras Roca entiende que los preceptos sustantivos de la Ley Hipotecaria tienen el mismo valor que los artículos del Código, RAMÓN DE LA RICA opina que para los inmuebles inscritos en el Registro rige con preferencia absoluta la legislación hipotecaria.

LACRUZ BERDEJO dice que, "si bien, en principio, como primer Cuerpo de Derecho sustantivo, el Código civil podía ser superior a la Ley Hipotecaria, con todo, en virtud del artículo 608, la Ley debía seguir rigiendo conjuntamente con él y como si sus reglas formasen parte del mismo. La Ley Hipotecaria, en su parte sustantiva, es un trozo del Código civil". "No hay así problema de precedencia entre el Código y la Ley, por cuanto ambos cuerpos son una misma cosa, y la colisión de normas ha de resolverse como si se tratase de preceptos que se hallan en el mismo cuerpo legal". Añade que resulta difícil una duplicidad de textos legales contra-

dictorios, porque hay una a modo de distribución de competencias que hace casi imposible el choque. Impugna la afirmación de RAMÓN DE LA RICA de que la Ley Hipotecaria tiene aplicación preferente al Código en la propiedad inscrita, entre otras razones, porque "en ninguna parte se dice que los preceptos de la Ley Hipotecaria han de tener categoría superior a los del Código civil" (3). Como puede observarse, es la misma opinión de Roca de que la ley Hipotecaria y el Código civil son una misma cosa, si bien aduce en defensa de su tesis el artículo 608 del Código, añadiendo que resulta difícil la duplicidad de textos legales contradictorios.

Por nuestra parte, en el último trabajo publicado en esta REVISTA (4), mantuvimos la opinión coincidente sólo en parte con la de RAMÓN DE LA RICA, de que la Ley Hipotecaria tiene cierta preferencia sobre el Código civil: Fundábamos nuestra opinión en el artículo 608 del Código, no en el 16 del mismo, y, sobre todo, que la preferencia de aplicación de la Ley Hipotecaria sobre el Código civil está limitada a las materias que señala el referido artículo 608 del mismo, que es un artículo especial y concreto para regular las relaciones entre esos cuerpos legales, a diferencia del artículo 16, que es un precepto general para todas las Leyes especiales. El artículo 608 del Código ordena que "se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria" en las tres ramas siguientes: 1.ª Para determinar los títulos sujetos a la inscripción o anotación. 2.ª Para determinar la forma y extinción de las inscripciones y anotaciones y la manera de llevar el Registro. 3.ª Para determinar los efectos de las inscripciones y anotaciones y el valor de los asientos del Registro. Sólo las materias primera y tercera pueden motivar conflictos con el Código, y sólo en eso tiene la Ley preferencia sobre el Código. Pero no hay duda de que en ambas materias hay conflicto entre esos cuerpos legales. En cuanto a los títulos inscribibles, entendimos que no es necesaria la tradición para su inscripción en el Registro, puesto que la Ley no lo exige. Y en cuanto a los efectos de la inscripción, entendimos también que se producen sin necesidad de la tradición. Esto es especialmente importante en relación con el artículo 34 de la Ley. Como ordena el artículo 608 del Código, los efectos del artículo 34 de la Ley se producen

(3) Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral, pág. 58.

(4) Año 1966, págs. 1.401 y sigs.

sin necesidad de tradición, puesto que este artículo no exige, entre sus requisitos, el de la tradición. Y, como ese artículo dice que «será mantenido en su adquisición», resulta que el derecho real se adquiere sin tradición. Esta es la doctrina que, reiteradamente, mantuvimos en el expresado estudio.

AMORÓS GUARDIOLA (5) se declara partidario de lo que llama “feliz intuición de DE LA RICA”, y añade que, “según este autor, coexisten en nuestro Derecho una dualidad de normas: las de la Ley Hipotecaria, que rigen la propiedad inmueble inscrita, y las del Código civil, que se aplica más bien a la propiedad no inscrita”. “Nuestra legislación hipotecaria—integrada también por los pocos preceptos que el Código civil dedica a esta materia; por ejemplo, artículo 1.473—se aplica como Ley especial a las relaciones registrales; y resulta así que el campo de aplicación del Código, aunque general, supletorio y extensivo a todas las materias y situaciones, queda un poco al margen de la protección de los derechos inscritos, regulados preferentemente por la Ley Hipotecaria por expresa remisión del propio Código». Termina diciendo que la Ley Hipotecaria tiene un campo propio y preferente de actuación, que son los derechos inscritos, mientras que el Código civil se inhibe en principio de estos problemas, que atribuye a la Ley especial sobre la materia. Como puede observarse, AMORÓS GUARDIOLA acepta la doctrina de RAMÓN DE LA RICA, con la novedad de considerar legislación hipotecaria preferente los preceptos de Derecho hipotecario contenidos en el Código civil, juntamente con la Ley Hipotecaria.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA dicen (6) lo siguiente: «Recientemente HERMIDA reafirma la tesis dualista de DE LA RICA, alegando que, puesto que el Código respeta los derechos del titular inscrito fundados en la Ley Hipotecaria, y ésta entra de lleno en materia civil, hay colisión y problema de precedencia: y por imperativo del artículo 608 las normas de la Ley Hipotecaria son preferentes, en su materia propia, a las del Código civil.» LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA no han percibido la diferencia que existe entre la opinión de RAMÓN DE LA RICA y la nuestra, pues, como hemos dicho, el primero entiende que, en virtud del artícu-

(5) *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 70.

(6) *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 61.

lo 16 del Código, la Ley Hipotecaria—toda la Ley—es de aplicación preferente al Código civil; mientras que nosotros hemos opinado que, en virtud del artículo 608 del mismo, son de aplicación preferente, exclusivamente, los preceptos de la Ley Hipotecaria relativos a los títulos inscribibles, a la forma de los asientos, al modo de llevar el Registro y a los efectos de las inscripciones y anotaciones. Añaden, rebatiendo nuestra opinión, «que el artículo 608 está destinado a explicar cómo el Código civil no se ha extendido en la regulación del Registro por existir ya un sistema de reglas, el de la Ley Hipotecaria, al que adopta e incorpora a su contenido». A nuestro modesto entender, si los autores del Código hubiesen querido explicar que el Código no regulaba el Registro por existir la Ley Hipotecaria sin más que eso, hubiesen encontrado en nuestro riquísimo idioma innumerables formas de decirlo sin necesidad de decir algo tan distinto. El artículo 608 es terminante: dice en forma imperativa que, en las materias a que se refiere, *se estará* a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

Continúan diciendo LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA que «cuestión distinta es la de la dualidad de regímenes: uno para la propiedad inmatriculada, y otro para la que no está.» «La inclusión, añaden, del artículo 608 en el Código civil, a nuestro modo de ver, tuvo y cumple la finalidad de equiparar en rango los preceptos especiales del Código y los de la Ley Hipotecaria, como si ambos estuvieran incluidos en un mismo cuerpo legal, mientras el resto del Código civil, como dice AMORÓS, regirá tan sólo como Derecho supletorio, en defecto de las normas del Derecho hipotecario, cuando se trata de problemas vinculados al Registro y regulados por la legislación especial: cfr. art. 16.» LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA se declaran partidarios de la opinión de AMORÓS GUARDIOLA, es decir, de la opinión de RAMÓN DE LA RICA y ARENAL, con la particularidad en el primero de considerar legislación hipotecaria no sólo a los preceptos de la Ley, sino también a los preceptos hipotecarios contenidos en el Código civil. Con ello LACRUZ BERDEJO ha dado un profundo cambio en su doctrina, pues ha pasado de considerar que el Código y la Ley son una misma cosa sin problemas de procedencia entre ellos, a entender que la legislación hipotecaria, la contenida en el Código y la contenida en la Ley, es de preferente aplicación al resto del Código

civil. No podemos, tampoco, estar de acuerdo con esta doctrina. A nuestro modesto entender, la única preferencia de aplicación es la que establece el artículo 608 en las materias comprendidas en el mismo. Así, por ejemplo, el artículo 1.473 del Código, que es el más hipotecario de todo su articulado, debe interpretarse conforme a los preceptos de la Ley Hipotecaria. Por eso estimamos muy acertada la opinión de VALLET DE GORTISOLO (7) cuando dice lo siguiente: «El Código civil, en su artículo 608, dice que para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación... y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Pues bien, si el Código se remite a la Ley Hipotecaria en este punto concreto, no hay duda de que el párrafo segundo del artículo 1.473 habrá de ser interpretado de acuerdo con los principios y disposiciones de aquella Ley especial, y nunca en contraposición a los mismos.»

LA TRADICION Y LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO

Es el problema más importante de nuestro Derecho Hipotecario. De su solución dependerá la naturaleza del mismo. Es su propia esencia. Nuestro Derecho Hipotecario será un sistema u otro completamente distinto, según la solución que se dé a ese problema.

Le dedicamos un extensísimo estudio en el año 1966 (8), en que examinamos una por una todas las opiniones que se habían dado sobre el mismo, y ahora tenemos que ocuparnos de él nuevamente.

Durante más de un siglo la doctrina casi unánime ha mantenido el criterio de que, con excepción de la hipoteca, los derechos reales se adquieren y transmiten por la tradición, y únicamente se ha aceptado la adquisición del derecho real mediante la inscripción en las adquisiciones *a non domino*, y aún esto se ha negado por ilustres comentaristas. Un pequeño grupo de juristas, entre los cuales están RAMÓN DE LA RICA y ARENAL, MORELL, VILLARÉS PICO y RAMOS FOLQUÉS, ha entendido que la inscripción es un mo-

(7) «Revista de Derecho Privado», año 1947, pág. 935.

(8) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1966, págs. 1.401 y sigs.

do de adquirir superior y prevalente a la tradición, por lo que ésta ha de ceder en los conflictos con aquélla.

Nosotros hemos mantenido el criterio de que es imprescindible partir de la distinción entre inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella, y entendimos que las primeras son una forma de adquirir de categoría superior a la tradición, por lo que, cuando se enfrentan la tradición con la inscripción amparada en la fe pública registral, vence ésta última, sin excepción alguna. Y, naturalmente, entendimos que las inscripciones amparadas en la fe pública registral no necesitan para nada a la tradición, pues son una forma de adquirir independiente y superior a ésta.

Fundábamos nuestra opinión en los artículos 608 del Código civil y 38, 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, haciendo el siguiente razonamiento: El artículo 608 del Código dice que para determinar los títulos inscribibles y los efectos de la inscripción hay que estar a lo establecido en la Ley Hipotecaria. Y, como ésta no exige la tradición ni para inscribir ni para que la inscripción produzca todos sus efectos, resulta que los efectos de los artículos 38, 34 y 32 de la Ley se producen independientemente de que haya habido o no tradición. El artículo 38 de la Ley dice que se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento. Y esa presunción no se puede desvirtuar ni por títulos no inscritos (art. 32) ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro (art. 34). Es especialmente importante el artículo 34, que dice que el adquirente será mantenido en su adquisición siempre que se hayan cumplido los cuatro requisitos que el mismo establece. Dice expresamente que será mantenido en su adquisición, luego ha habido adquisición del derecho real cuando se cumplen esos cuatro requisitos. Entre esos requisitos no está la tradición, luego ésta no es necesaria para obtener la protección del artículo 34.

Entendíamos, por lo contrario, que las inscripciones no amparadas en la fe pública registral, como son las de inmatriculación, no son una forma de adquirir los derechos reales, porque a ellas no es aplicable el artículo 34 de la Ley, que es el precepto que establece con toda claridad que el derecho real se adquiere sin ne-

cesidad de tradición. Y es esto lo que nos separa de la opinión de RAMÓN DE LA RICA, MORELL, VILLARÉS PICO y RAMOS FOLQUÉS, que han entendido que toda inscripción es preferida a la tradición, sin distinguir entre inscripciones amparadas o no en la fe pública registral.

Comprendimos que nuestro punto de vista no iba a ser aceptado fácilmente. Estaba en contra de la doctrina mantenida unánimemente durante más de un siglo. Luchábamos en contra de la corriente. Por eso no nos ha extrañado que LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA la impugnen de la siguiente forma:

«Recientemente HERMIDA ha insistido en la tesis de DE LA RICA, con divergencias en puntos secundarios (9). HERMIDA, que estima válida la adquisición hecha a un incapaz por contratante de buena fe, bajo la vigencia de anteriores versiones de la Ley Hipotecaria, siempre que el Registro no publique la incapacidad (10), cree, asimismo, válida la adquisición sin tradición en vista de la titularidad que presume el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 1.473 y 608. O sea, que el adquirente, si su *auctor* era titular registral, no precisa tradición, porque la suple la presencia del asiento, testimonio oficial de la titularidad de su transmitente, y la de otro asiento subsiguiente sobre cuya base se presume que

(9) Nuestras divergencias en esta materia con RAMÓN DE LA RICA, y con MORELL, VILLARÉS PICO y RAMOS FOLQUÉS, no son en puntos secundarios como creen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, sino en un punto importantísimo y principalísimo, según acabamos de ver anteriormente.

(10) Sobre las materias a que se refiere el texto citado, es decir, acerca de los efectos de la inscripción en el Registro de las resoluciones judiciales que afecten a la capacidad de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes, hemos escrito cuatro trabajos. En dos de ellos (publicados en esta REVISTA: año 1952, pág. 20, y año 1955, pág. 1.^a y sigs.), expusimos nuestra opinión, en contradicción con la doctrina sostenida unánimemente hasta entonces, de que el efecto principal de la inscripción de esas resoluciones era *impedir* que pudiera surgir el subadquirente amparado en el artículo 34 de la Ley. Hemos tenido la viva satisfacción de que nuestro punto de vista ha sido compartido primero por GINÉS CÁNOVAS (en esta REVISTA, año 1954, páginas 131 y sigs.), y últimamente por CHICO y BONILLA (*Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, segunda edición, tomo II, pág. 67), y por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Derecho Inmobiliario Registral*, págs. 118 y 239). En los otros dos trabajos (en esta REVISTA, año 1952, pág. 442, y año 1966, página 1470), estudiamos un problema exclusivamente histórico acerca de la interpretación que pudo y debió darse al artículo 23 de la Ley anterior. A él, sin duda, aluden LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en el texto citado. Esperamos poder aclarar, en otra ocasión, la opinión que nos atribuyen, y al mismo tiempo procuraremos estudiar otros problemas relacionados con la misma materia.

él es propietario, y por tanto que ha adquirido: estando la inscripción—dice—amparada en la fe pública registral, la presunción no se puede destruir en virtud de títulos no inscritos. Luego si la inscripción produce efectos tan vigorosos, y es capaz de dejar sin efecto una anterior adquisición del Derecho real hecha por tradición y no inscrita (art. 1.473), es porque ella misma produce la adquisición del Derecho real. Ese efecto, con todo, lo limita el autor a las segundas inscripciones, pues en cuanto a las de inmatriculación, como no se apoyan en asiento anterior, carecen de virtud transmisiva. Por nuestra parte seguimos creyendo que el juego de la llamada «fe pública del Registro» suple la falta de una o varias tradiciones anteriores, porque ésta se traduce en una ausencia de titularidad del transmitente que, esa sí, puede suplir el Registro, conforme a los artículos 40, 34, etc. Más estos últimos preceptos no desempeñan papel alguno en la relación *inter partes*, y ni ellos ni ningún otro puede compensar, en ella, la falta de tradición. A su vez, el artículo 38 presume la posesión del titular inscrito, pero *juris tantum*, de modo que siempre podrá probar cualquier interesado que aquel no es poseedor: por otra parte, la posesión actual no importa, inequívocamente, una tradición anterior. Y, desde luego, el interesado en demostrar que no hubo tradición, no podrá ver rechazada su demanda con la alegación de la protección de la fe pública registral, porque ésta ampara contra la falta de titularidad de *auctor*, pero no contra los defectos del propio acto adquisitivo. No debe confundirse, pues, en el caso de que *Primus* vende a *Secundus* y éste a *Tercius*, la tradición de *Primus* a *Secundus*, que para *Tercius* queda suplida por la inscripción a favor de su *auctor* y la suya propia, y la entrega al mismo *Tercius*, en la que no pueden jugar los preceptos de protección a tercero por tratarse de relación *inter partes*. Disintiendo de HERMIDA, pensamos que a *Tercius* no le es indiferente la entrega a él (salvo si como nosotros defendemos, se la entiende suplantada por la escritura pública), lo que sí le es indiferente es que la finca se entregase o no a *Secundus*» (11).

Por nuestra parte no podemos estar de acuerdo con los razonamientos de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA. Nosotros no fundábamos nuestra tesis en la presunción de posesión del artícu-

(11) *Derecho Inmobiliario Registral*, págs 142 y 143.

lo 38 de la Ley Hipotecaria, sino en la combinación de varios artículos del Código civil y de la Ley Hipotecaria, uno de los cuales es el artículo 38 de esta última; pero no por su presunción de posesión, sino por la presunción de pertenencia del mismo artículo.

Nuestro razonamiento, como hemos visto, es el siguiente: El artículo 608 del Código civil establece que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Esta no exige la tradición para que se produzcan esos efectos. Por consiguiente, los efectos de la inscripción se producen independientemente de que haya habido o no tradición. Entre los efectos que la Ley Hipotecaria atribuye a la inscripción está, en primer lugar, la presunción de pertenencia de los derechos reales inscritos a favor de su titular en la forma determinada por el asiento. Ahora, bien, esa presunción de pertenencia del derecho inscrito no se puede destruir en las inscripciones amparadas en la fe pública registral ni por títulos no inscritos, ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no conste en el Registro (arts. 22 y 34 de la L. H.). Estos artículos no son una novedad en nuestro Ordenamiento jurídico. Lo que es una novedad es relacionar el artículo 608 del Código con los efectos de la inscripción y afirmar que esa presunción de pertenencia del derecho inscrito a favor del titular amparado en la fe pública registral no se puede destruir ni por títulos no inscritos ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Esas eran nuestras afirmaciones y no parece que queden desvirtuadas por los razonamientos de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, como vamos a ver:

En efecto: Dicen que «el juego de la llamada fe pública del Registro suple la falta de una o varias tradiciones anteriores, porque ésta se traduce en una ausencia de titularidad del transmitente, que, ésta sí, puede suplir el Registro, conforme a los artículos 40, 34, etc. Más estos últimos preceptos no desempeñan papel alguno en la relación *inter partes*, y ni ellos ni ninguno otro puede compensar, en ella, la falta de tradición». Evidentemente, que esos preceptos aisladamente considerados no desempeñan papel alguno en la relación *inter partes*, ni suplen la falta de tradición. El artículo que desempeña un papel importante *inter partes* y compensa en parte de la falta de tradición es el artículo 38 de la Ley con su

presunción de pertenencia del derecho inscrito a favor de su titular, presunción ésta que en las inscripciones amparadas en la fe pública registral no se puede destruir ni por títulos no inscritos, ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Por ejemplo: si el titular inscrito hace una doble venta, el primer comprador, que no inscribe su título, no puede demostrar que el segundo comprador, que ha inscrito el suyo, no obtuvo la tradición, porque el vendedor había hecho la tradición en la primera venta en virtud del juego del artículo 1.462 del Código y ya no era poseedor al hacer la segunda venta, sino el primer comprador. No hay duda de que el primer comprador obtuvo la tradición, salvo que de la propia escritura se deduzca lo contrario, y que es el poseedor de la finca, si lo era el vendedor; pero todo eso al segundo comprador, que inscribió su título en el Registro, no puede perjudicarle; y es, por tanto, como si nada de eso hubiera ocurrido. Y es el segundo comprador, que ha inscrito su título, quien adquiere el dominio de la finca, sin haber obtenido la tradición ni la posesión de la misma. Esta doctrina se deduce de la presunción de pertenencia del artículo 38 y del artículo 32, *puestos en relación sus preceptos*. Esta doctrina la aplica el propio Código civil al caso de doble venta en el artículo 1.473. La Ley no dice que, en virtud de los artículos 38 y 32, se adquiera el dominio de la finca, pero lo dice el artículo 1.473 del Código.

No fundábamos, por tanto, nuestro razonamiento en la presunción de posesión del artículo 38 de la Ley, sino en la presunción de pertenencia del mismo artículo en relación con los artículos 32 y 34 de la misma Ley. A pesar de ello, creemos conveniente aclarar algunas afirmaciones de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, relativas a la presunción de posesión del artículo 38 de la Ley. "El artículo 38, dicen, presume la posesión del titular inscrito, pero *juris tantum*, de modo que siempre podrá probar cualquier interesado que aquél no es poseedor." No hay duda de que la presunción de posesión del artículo 38 es *juris tantum*, por lo que se puede probar lo contrario; pero los supuestos adquirentes de derechos reales no inscritos no pueden utilizar sus títulos no inscritos en contra del titular inscrito, ni siquiera para probar que el titular registral no obtuvo la tradición. Al titular no inscrito no le sirve su título ni

para eso. La afirmación de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA tiene, por tanto, esa importantísima limitación.

Nosotros no hemos afirmado que al adquirente inscrito le sea indiferente que el transmitente le haya entregado la posesión. Lo que hemos afirmado es que el adquirente inscrito, al amparo de la fe pública registral, adquiere el derecho real, aunque no haya habido tradición. Eso es lo que dice el artículo 1.473 del Código, y se deduce del artículo 608 del Código, que establece que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y del artículo 38 de la Ley, en su presunción de pertenencia, y de los artículos 32 y 34 de la misma, que impiden demostrar lo contrario por medio de títulos no inscritos o por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro.

No parece dudoso que la presunción de pertenencia del artículo 38, unida a los artículos 32 y 34 de la Ley, garantiza al adquirente inscrito, al amparo de la fe pública registral, de toda acción entablada contra él por toda persona que no sea el transmitente o un adquirente del propio titular registral. Contra las acciones del transmitente no está garantizado si en la transmisión ha habido una causa de nulidad, como violencia, intimidación o dolo; pero el titular inscrito tiene a su favor la presunción de que le pertenece el derecho inscrito a su nombre, mientras los Tribunales no declaren lo contrario. Es una presunción *juris tantum*, pero eficacísima, puesto que el artículo 38 dice que a todos los efectos legales», y el artículo 1.º añade que los asientos del Registro producen todos sus efectos, en tanto los Tribunales no declaren su inexactitud. *Este efecto se produce «inter partès»*, porque, si el transmitente tiene inscrito el derecho a su favor, la presunción de pertenencia corresponde al transmitente *hasta el momento mismo de la inscripción* a favor del adquirente, *en cuyo momento* la presunción pasa a éste. No se puede desconocer la importancia de este efecto. Además, el artículo 1.473 del Código dice que, si un mismo inmueble hubiese sido vendido a diferentes compradores, la propiedad pertenecerá al que haya inscrito en el Registro. En la doble venta de una cosa intervienen tres personas: el vendedor y los dos compradores. El Código dice que el propietario es el que inscribe. No dice que sea preferido el que inscribe al que no ha inscrito.

El propietario lo es respecto a todos; luego también respecto al transmitente. Esta interpretación está de acuerdo con la presunción de pertenencia del artículo 38 de la Ley, pero da un paso más en el mismo sentido. El Código dice que la propiedad pertenece al que ha inscrito, lo que no llega a decir el artículo 32 de la Ley. Además, si en la primera venta no hubo tradición, por no ser poseedor el vendedor, ¿desde cuándo adquiere la propiedad el primer comprador, que ha inscrito su título en el Registro?, ¿desde el momento en que inscribe su título en el Registro o desde el momento en que se hace la segunda venta? Sería absurdo contestar que el comprador inscrito en el Registro no adquiere la propiedad hasta que se hace la segunda venta. No hay más remedio que aceptar que la adquisición del derecho real se produce en el momento en que se inscribe la primera venta. Afirmar que por la inscripción no se adquiere el derecho real, porque no lo diga expresamente el artículo 32 de la Ley, estando tan claro el artículo 1.473 del Código, es cerrar los ojos a la evidencia.

LACRUZ BERDEJO vio con toda claridad la imposibilidad de conciliar la tradición con la inscripción en el Registro, y por eso, al comentar el artículo 1.473 del Código, llevando la argumentación al absurdo, dice lo siguiente: «Como la transmisión posesoria sólo habrá podido tener lugar frente a uno de los adquirentes, la inscripción del otro siempre será ineficaz y no hay por qué atender a la prioridad en acudir al Registro, sino a cuál de ambos compradores realmente ha adquirido y, en consecuencia, ha podido inscribir válidamente» (12). Y para solucionar el conflicto cambió la interpretación del artículo 1.462 del Código, diciendo que, cuando la venta se hace en escritura pública, el otorgamiento de ésta perfecciona la transmisión sin necesidad de tradición. Nosotros impugnamos esta interpretación por no estimarla ajustada a los preceptos de los artículos 1.462 y 1.095 del Código. Nuestra modesta opinión ha sido después reforzada por la valiosísima de ROCA SASTRE (13), que dice que «sería muy satisfactorio que ese criterio prevaleciese en una ulterior reforma del Código civil, porque en la legislación vigente no se puede aspirar a este valor de la tradición instrumental».

Pero vamos a suponer que la interpretación del artículo 1.462 del

(12) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1957, pág. 14.

(13) Lug. cit., sexta edición, tomo I, pág. 266.

Código dada por LACRUZ BERDEJO, y ahora también por SANCHO REBULLIDA, fuese aceptada unánimemente por la doctrina y por la Jurisprudencia. Pues aún así quedaría sin resolver el conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro. En nuestro anterior trabajo decíamos que la interpretación dada por LACRUZ BERDEJO no resuelve el problema, porque el artículo 1.462 no rige en Navarra y Cataluña (14). Ahora LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA insisten en la misma interpretación del artículo 1.462 del Código, y añaden: «hay una solución que, de aceptarse, elimina las dificultades producidas por la transferencia *a non possessore* (salvo Navarra y, en todo caso, Cataluña)». (15). Pero esto no es solucionar las dificultades producidas por la transferencia *a non possessore*, sino agravarlas. Esto es intentar solucionar esas dificultades, dejando en las astas del toro a navarros y catalanes (16). El Derecho de Navarra y Cataluña es Derecho español y no se pueden dejar sin solucionar los problemas de esas regiones sin dejar sin solucionar los problemas del Derecho español. Queda, por consiguiente, bien claro que la interpretación dada por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA no soluciona las dificultades producidas por la transferencia *a non possessore*.

Y la solución que se deduce de la doctrina de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA para Navarra y Cataluña no puede ser más catastrófica. «*Inter partes*, dicen, la disposición sobre derechos inscritos, ha de reunir todas las condiciones de validez, y, por tanto, la tradición: los defectos del acto dispositivo no se convalidan por la inscripción del mismo (art. 33 L. H.)» (17). Y como la tradición, según dice LACRUZ BERDEJO, «sólo habrá podido tener lugar frente a uno de los adquirentes, la inscripción del otro siempre será ineficaz», de lo que se deduce que en Navarra y Cataluña serán ineficaces todas las inscripciones en que no haya habido tradición. Como los Notarios y Registradores de esas regiones no se han preocupado

(14) La misma Revista, año 1966. pág. 19.

(15) *Lug. cit.*, pág. 144.

(16) Nos hemos animado a usar este simil taurino por el hecho de que se ha utilizado reiteradamente el del burladero para el Registro de la Propiedad, entre ellos por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, citando a NÚÑEZ LAGOS y GONZÁLEZ PALOMINO, si bien sólo para la aplicación del artículo 32 a las inscripciones de inmatriculación, lo cual, lejos de fortalecer esa doctrina, la debilita, pues es evidente que el Registro no debe ser un burladero para nadie.

(17) *Lug. cit.*, pág. 144.

para nada de la tradición a efectos de la inscripción en el Registro, según hemos visto en otra ocasión (18), no se puede saber qué inscripciones son válidas y cuáles no lo son, lo que convertiría a la inscripción en esas regiones en una formalidad inútil y hasta perturbadora de la vida jurídica de las mismas. Por eso, hemos dicho que la doctrina de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, lejos de solucionar el conflicto, lo agrava.

Tampoco soluciona el conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro la doctrina de ROCA SASTRE, como hemos visto en otra ocasión (19), pues, por un lado, afirma que no hay transmisión del derecho real sin tradición y que la tradición es el traspaso de la posesión del transmitente al adquirente, y, por otro lado, añade que la falta de posesión en el transmitente no impide adquirir el derecho real al adquirente, amparado en la fe pública registral, lo cual es incurrir en contradicción, puesto que, si el transmitente no tiene la posesión, no puede transmitirla al adquirente. Esto lo hemos expuesto ampliamente en otra ocasión y no creemos necesario insistir más.

Pero ese conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro se soluciona fácilmente si nos atenemos a nuestro Derecho positivo. El artículo 608 del Código dice que para determinar los efectos de la inscripción hay que estar a lo que dispone la Ley Hipotecaria, y, como ésta no exige la tradición para que las inscripciones produzcan sus efectos, resulta que los efectos de la inscripción se producen independientemente de que haya habido o no tradición; y entre esos efectos están los del artículo 1.473 del Código, porque no es más que una aplicación a la doble venta del artículo 32 de la Ley. El conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro tiene, por tanto, fácil solución, si nos atenemos a lo dispuesto en el artículo 608 del Código. La interpretación de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA del artículo 1.462 del Código es un laudable intento de resolver el conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro, aunque no lo consiguen, por lo que no hay más remedio que atenerse a lo que dispone el artículo 608 del Código.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA entienden que la tradición es

(18) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1966, pág. 1.451.

(19) Lug. cit., pág. 1.443.

una condición de validez de la disposición de los derechos reales inscritos y que su falta «no se convalida por la inscripción en el Registro (art. 33 L. H.)» (20). A nuestro modesto entender, la falta de tradición no afecta a la validez del acto o contrato. En una compraventa, por ejemplo, con plazo o condición suspensiva, no hay tradición, pero el artículo 23 de la Ley permite la inscripción de los actos o contratos con condición suspensiva, con lo que permite la inscripción sin necesidad de tradición. Lo que han querido decir, sin duda, es que no hay transmisión del Derecho real sin tradición. lo que es exacto desde el punto de vista civil; pero citan el artículo 33 de la Ley, que dice que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes, lo que no es aplicable a los actos o contratos sin tradición. Los artículos 609 y 1.095 del Código exigen la tradición para la adquisición del derecho real; pero eso no significa que los actos o contratos sin tradición sean nulos o inválidos, ni que no se puedan inscribir, ni que, una vez inscritos, no produzcan efectos, puesto que el artículo 608 del mismo Código dice que para determinar los títulos sujetos a inscripción y sus efectos se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y ésta no exige la tradición ni para inscribir, ni para que la inscripción produzca efectos.

Por otra parte, esta opinión de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA creemos que no está de acuerdo con su doctrina respecto a las relaciones entre el Código civil y la Ley Hipotecaria. Como hemos visto anteriormente, opinan, siguiendo a RAMÓN DE LA RICA y a AMORÓS GUARDIOLA, que la legislación hipotecaria, tanto la contenida en la Ley como en el Código, es de aplicación preferente en la propiedad inscrita a las demás normas del Código civil. No parece que haya duda de que el artículo 34 de la Ley es una norma hipotecaria, ni de que el artículo 609 del Código es una norma de puro Derecho civil. Luego, según la doctrina de la preferente aplicación de la legislación hipotecaria, seguida por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, el artículo 34 de la Ley tiene aplicación preferente al artículo 609 del Código, y, por tanto, este último no puede interferir ni derogar a aquél. Luego no es necesaria la tradición del artículo 609 del Código para que se produzcan los efectos del artículo 34 de la Ley.

(20) Lug. cit., pág. 144.

Como hemos visto, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA entienden que la fe pública registral y los artículos 40, 34, etc., «no desempeñan papel alguno en la relación *inter partes*, y ni ellos ni ningún otro puede compensar en ella la falta de tradición». El titular registral tiene a su favor la presunción de pertenencia y posesión del derecho real inscrito a su nombre; y, si enajena su derecho, sigue teniendo a su favor dichas presunciones hasta el momento mismo en que se practica la inscripción a favor del adquirente. Ese efecto es evidente que se produce *inter partes*. Pero no es eso sólo. Si el adquirente está amparado en la fe pública registral, esa presunción de que el derecho real le pertenece no se puede destruir ni por títulos no inscritos ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Por consiguiente, la presunción de que el adquirente inscrito, al amparo de la fe pública registral, es el verdadero dueño, es una presunción *juris et de jure* limitada, pero presunción *juris et de jure* (21). No se puede demostrar que el titular registral, amparado en la fe pública registral, no es el verdadero dueño por medio de títulos no inscritos ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Pero tampoco se puede demostrar que ese titular, amparado en la fe pública registral, no es el verdadero dueño, demostrando que no obtuvo la tradición, porque su transmitente no tenía la posesión por no haberla obtenido en su adquisición o por haberla perdido posteriormente. En nuestro Derecho, para adquirir los derechos reales por contrato oneroso, se necesita, en principio, que el transmitente sea dueño y poseedor de la cosa. Si no es dueño, no puede enajenarla; y si no es poseedor, no puede hacer la tradición. El transmitente inscrito se presume, en virtud del artículo 38, que es dueño y poseedor de la cosa. Y si el adquirente de ese titular registral inscribe su título en el Registro y su inscripción está amparada en la fe pública registral, esa pre-

(21) Generalmente se ha entendido que el artículo 38 establece una presunción *juris tantum* de pertenencia a favor del titular registral, que se convierte en presunción *juris et de jure* en favor del que adquiere de él algún derecho al amparo de la fe pública registral. Pero, además de esa presunción y más importante que ella, es la presunción de pertenencia que el mismo artículo establece en favor del titular registral, amparado en la fe pública registral, presunción ésta que no se puede desvirtuar ni por títulos no inscritos ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro, lo que convierte a esa presunción de pertenencia en presunción *juris et de jure* limitada.

sunción de que el transmitente era el verdadero dueño y poseedor de la cosa no se puede destruir, en perjuicio del adquirente que ha inscrito su título, demostrando que el transmitente no tenía la posesión por no haberla adquirido de su transmitente o por haberla perdido con posterioridad. La razón es bien sencilla: que no se puede anular la adquisición del tercero protegido por el artículo 34, porque después se anule o resuelva *el derecho del transmitente a enajenar la cosa mediante la tradición* por causas que no consten en el Registro. El adquirente, al amparo del artículo 34, adquiere «de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitirlo» por tradición. Si el transmitente inscrito no tiene la posesión, no hay tradición; pero no se puede demostrar que no la ha habido mediante pruebas que rechazan los artículos 32 y 34 de la Ley. No parece que se pueda dudar, por tanto, de que en las inscripciones, amparadas en la fe pública registral, se puede adquirir el derecho real sin tradición. Y, además, ese efecto se produce *inter partes*, puesto que, si no había tradición, a transmisión del derecho real no se produce hasta el instante mismo de su inscripción en el Registro. Estamos acostumbrados a considerar sólo las adquisiciones *a non domino*, siguiendo la pauta de los Derechos francés e italiano, en que *el efecto no se produce «inter partes»*, y no nos acordamos de las adquisiciones *a non possessore* o *a non possidente*, que no se dan en aquellos Derechos y en que *el efecto se produce «inter partes» principalmente*.

De modo que se llega a la misma conclusión poniendo en relación el artículo 38 con el 32, que poniendo en relación el artículo 38 con el artículo 34, siempre que no se olvide el artículo 608 del Código civil. Lo que ocurre es que el artículo 32 no dice que se adquiere el derecho real por la inscripción, por lo que hay que recurrir al artículo 1.473 del Código para completarlo; mientras que el artículo 34 de la Ley dice que «será mantenido *en su adquisición*», lo que es decir expresamente que por la inscripción se adquiere el derecho real cuando no se hubiese adquirido anteriormente, bien por no ser dueño el transmitente, bien por no haber tradición, por no ser poseedor el transmitente.

Como hemos visto, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, al exponer nuestra opinión, nos atribuyen lo siguiente: «Estando la inscripción amparada en la fe pública registral, la presunción de pertenencia no

se puede destruir en virtud de títulos no inscritos. Luego, si la inscripción produce efectos tan vigorosos, y es capaz de dejar sin efecto una anterior adquisición del derecho real hecha por tradición y no inscrita (art. 1.473), es porque ella misma produce la adquisición del Derecho real.» Nuestro punto de vista no es exactamente ése, sino el siguiente: No parece discutible que, si el titular registral vende una finca con tradición real o fingida y el comprador no inscribe, y después el mismo vendedor vuelve a vender la misma finca a otra persona, de buena fe, que inscribe en el Registro, el segundo comprador adquiere la propiedad, dejando sin efecto la adquisición anterior del que no inscribió su título en el Registro. Esto es lo que dicen los artículos 32 de la Ley y 1.473 del Código. Pero supongamos que la primera venta es la que se inscribe en el Registro sin que haya habido tradición, porque el vendedor no fuera poseedor en el momento de hacer la venta, ¿es que la segunda venta no inscrita, aunque haya obtenido la tradición, puede prevalecer sobre la primera? Entendemos que de ninguna forma. La venta no inscrita no puede perjudicar a la inscrita (art. 32 de la Ley), y la propiedad la adquiere el que ha inscrito en el Registro (art. 1.473 del Código). Los artículos 32 de la Ley y 1.473 del Código no sólo dejan sin efecto una venta anterior no inscrita, sino que impiden que una posterior pueda perjudicar al que inscribe, haya obtenido o no la tradición. Todo esto está muy claro si nos atenemos al artículo 608 del Código, que dice que para determinar los efectos de la inscripción, hay que estar a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA añaden que «ese efecto (la adquisición del Derecho real por la inscripción en el Registro), con todo lo limita el autor a las segundas inscripciones, pues en cuanto a las de inmatriculación, como no se apoyan en asiento anterior, carecen de virtud transmisiva» (22). Nosotros limitamos el efecto de la adquisición del derecho real a las inscripciones, no precisamente segundas, sino a las amparadas en la fe pública registral, que necesariamente tienen que ser segundas o posteriores; y rechazamos ese efecto para las de inmatriculación, no por no apoyarse en asiento anterior, sino por no estar amparadas en la fe pública registral, uno de cuyos requisitos es el de apoyarse en una inscripción anterior.

(22) Lug. cit., pág. 143.

Creemos que LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA no han reflexionado lo suficiente sobre nuestra opinión para poder comprender nuestro punto de vista, especialmente en relación con las adquisiciones *a non possesore* o *a non possidente*, y por eso impugnan nuestra doctrina con argumentos que no responden a nuestro pensamiento.

Hay otro argumento que demuestra que no es necesario haber obtenido la tradición para gozar de la protección del artículo 34 de la Ley y es el contenido del artículo 36 de la misma. Si, como dicen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, la tradición es una condición para la validez de la disposición sobre derechos reales inscritos y su falta no se convalida por la inscripción en el Registro, ¿a qué conduce considerar la prescripción consumada o que esté a punto de consumarse? Bastaría con demostrar que el transmitente no hizo la tradición por no ser poseedor de la cosa, para demostrar, según esa doctrina, que carecía de validez el acto o contrato inscrito al amparo del artículo 34 ¿Y para qué considerar si el adquirente inscrito conocía o no había conocido que la finca o derecho estaba poseído por persona distinta del transmitente? Bastaría con demostrar que la finca o derecho estaba poseído por persona distinta del transmitente, lo conociera o lo ignorase, puesto que la inscripción no ampara, según esa doctrina, contra el supuesto defecto del acto adquisitivo, como es la falta de tradición por no ser poseedor el transmitente. La demostración de que en la venta inscrita no hubo tradición es sencillísima en el caso de dos ventas hechas en escritura pública, puesto que, por el juego del artículo 1.462 del Código, la tradición o posesión sólo la pudo obtener el primer comprador, salvo que de la propia escritura se deduzca lo contrario. A nuestro modesto entender, este argumento deja, por sí solo, sin valor la doctrina de que la falta de tradición es un defecto para la validez del acto adquisitivo que no se convalida por la inscripción en el Registro.

Y, sobre todo, que queda en pie el principal argumento, que, reiteradamente, empleamos en nuestro trabajo anterior, al cual LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA ni aluden siquiera: El artículo 608 del Código dice que, para determinar los efectos de la inscripción hay que estar a lo que dispone la Ley Hipotecaria. El artículo 34 de ésta añade que el que adquiera en las condiciones que el mismo establece *será mantenido en su adquisición*. Entre esas condiciones no está la

tradición; luego no se necesita para obtener esa protección. El que hasta ahora se haya prescindido del artículo 608 del Código, no autoriza a seguir prescindiendo de él como si no existiera. El Juez o Tribunal a quien se alegue su existencia y se pida su aplicación, no encontrará motivo suficiente para no aplicarle el que hasta ahora se haya prescindido de él totalmente. Ese artículo está ahí regulando las relaciones entre el Código civil y la Ley Hipotecaria y no hay más remedio que tenerle en cuenta.

HIPOTESIS DE QUE NO EXISTIERA EL ARTICULO 608 DEL CODIGO CIVIL

Hasta ahora hemos estudiado el problema de la adquisición del derecho real sin tradición, partiendo del supuesto de que los artículos 16 y 608 del Código establecen una aplicación preferente de la Ley Hipotecaria sobre el Código civil. Pero hay ilustres juristas, como ROCA SASTRE y sus numerosos seguidores, que entienden que la Ley Hipotecaria y el Código civil son una misma cosa y sus preceptos deben ser interpretados como si los preceptos sustantivos de la Ley Hipotecaria figurasen en el propio Código. Con esta doctrina, los preceptos de la Ley Hipotecaria y del Código civil deben ser armonizados, de modo que no haya contradicción entre ellos. Especialmente hay que armonizar los artículos 609 y 1.095 del Código con los artículos 38, 32 y 34 de la Ley. Con esa interpretación, la tradición o una *apariencia* de ella (aunque esto último no lo digan Roca y sus seguidores) sería siempre necesaria para la adquisición de derecho real. Existiría la presunción de pertenencia del artículo 38, por lo que se presumiría que el titular registral, amparado en la fe pública registral, era el verdadero dueño del derecho inscrito a su nombre, y no se podría demostrar, por aplicación del artículo 32 de la Ley, que el transmitente no era poseedor por haber realizado anteriormente otra venta con tradición real o fingida, porque esa venta no inscrita no puede perjudicarlo. Luego también en este caso se adquiriría el derecho real sin tradición. La única diferencia sería que no se podría inscribir el título si no había una *apariencia* de tradición.

Veamos los demás supuestos de aplicación de la fe pública registral.

Dicen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA que «al tercer adquirente no tiene que preocuparle si el título inscrito a favor de su transmitente fue acompañado o no de la tradición» (23). Consideramos esto muy acertado. Según esto, si el transmitente no obtuvo en su adquisición la posesión por falta de tradición, esa falta de posesión en el transmitente no perjudica al adquirente. Luego, el adquirente, amparado en la fe pública registral, adquiere el derecho real sin tradición cuando el transmitente no sea poseedor por no haber obtenido la tradición en su adquisición. El artículo 38 de la Ley dice que quien tenga inscrito un derecho se presume que le pertenece y que es poseedor del mismo. Es una presunción *juris tantum*. Pero en tanto que los Tribunales no declaren la inexactitud de la inscripción, esas presunciones valen a todos los efectos legales, y, entre ellos, a efectos de la transmisión. Por consiguiente, si el titular registral transmite el derecho real inscrito a su nombre y el adquirente inscribe su título en el Registro al amparo de la fe pública registral, ese adquirente será mantenido en su adquisición, aunque después se demuestre que el transmitente no era el dueño o no era poseedor por causas que no constaban en el Registro. Esta doctrina no la discute nadie en cuanto al supuesto de que el transmitente no fuese dueño, pero esa misma doctrina es aplicable a la posesión y, por tanto, a la tradición. Si el transmitente no tenía la posesión, no pudo hacer la tradición. Es fácil demostrar que el transmitente no tenía la posesión, demostrando que no obtuvo la tradición en su propia adquisición. Pero esa falta de posesión del transmitente no puede perjudicar al adquirente, amparado en la fe pública registral, porque la adquisición del transmitente se anularía por causa que no constaba en el Registro. En las adquisiciones, amparadas en la fe pública registral, no se puede anular la adquisición, demostrando que el transmitente no había obtenido la posesión, porque se anularía la adquisición por causa de nulidad en la adquisición del transmitente que no constaba en el Registro, en contra del terminante precepto del artículo 34 de la Ley. Y esto lo mismo en el caso de que el transmitente no haya obtenido la

(23) Lug. cit., pág. 144.

tradición en su adquisición que en el caso de que la pierda después. No se puede anular la adquisición del adquirente, amparado en la fe pública registral, porque el transmitente haya perdido la posesión, puesto que el adquirente adquirió su derecho de la persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo y para hacer la tradición, y se resolvería ese derecho por causas que no constaban en el Registro.

No caben términos medios: Si se puede demostrar en perjuicio del adquirente, amparado en la fe pública registral, que el transmitente no era poseedor, se anularía el derecho del transmitente en perjuicio del adquirente por causas que no constaban en el Registro; y si no se puede demostrar en perjuicio del adquirente, amparado en la fe pública registral, que el transmitente no era poseedor, se adquiere el derecho real sin tradición.

En nuestro Derecho civil, para la transmisión por contrato oneroso de un derecho real, se necesita imprescindiblemente la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente y que éste tenga la posesión de la cosa o derecho real que se intenta transmitir, puesto que, si no tiene la posesión, no puede hacer su tradición. Ambos requisitos, la preexistencia y la posesión, se presumen en el titular registral en virtud del artículo 38 de la Ley; y el artículo 34 añade que el tercero que adquiriera algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, es decir, del titular registral, será mantenido en su adquisición, aunque después resulte que ese titular no era dueño o no era poseedor por causas que no constaban en el Registro.

Por consiguiente, en virtud de las presunciones de pertenencia y posesión del artículo 38, bien se relacione con el artículo 32, bien con el 34, se llega a la conclusión de que en las adquisiciones, amparadas en la fe pública registral, se adquiere el derecho real sin tradición cuando el transmitente no sea poseedor, lo mismo en el caso de que se tenga en cuenta el artículo 608 del Código, que en el de que no se le tenga en cuenta, aunque no está nunca demás el tenerle siempre muy presente al estudiar los problemas fundamentales de nuestro Derecho hipotecario.

Ahora bien, se producen algunas importantes diferencias entre seguir la opinión de Roca o la nuestra, inspirada esta última en el artículo 608 del Código, que son las siguientes: Que con la

interpretación de Roca y sus seguidores se necesita que haya tradición o apariencia de tradición para inscribir en el Registro, mientras que con nuestra interpretación no se necesita esa apariencia. Con la interpretación de Roca, el artículo 23 de la Ley es una excepción a la regla general (imperfección hipotecaria lo llama Roca), mientras que con la nuestra es una consecuencia lógica del sistema de la propia Ley. Con la interpretación de Roca en los Derechos de Cataluña y Navarra se necesitaría para inscribir en el Registro que en la escritura constase que se hacía o que se había hecho la tradición, mientras que con la nuestra no hace falta esa constancia. Pero con una o con otra interpretación de los artículos 16 y 608 del Código civil, la adquisición amparada en la fe pública registral no se puede anular porque se demuestre que no hubo tradición por no ser poseedor el transmitente.

DOS CATEGORIAS DE FORMAS DE ADQUIRIR

Hemos dicho anteriormente, que para resolver el conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro, hay que distinguir entre las inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella. Las no amparadas en la fe pública registral no producen la adquisición del derecho real si no hay tradición; y por lo contrario, las inscripciones amparadas en la fe pública registral producen la adquisición del derecho real sin necesidad de tradición, por lo que son una forma de adquirir los derechos reales sobre inmuebles. Y no sólo son una forma de adquirir, sino también una forma de adquirir de superior categoría a la tradición, por lo que, cuando se enfrentan la tradición con la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre ésta, sin excepción alguna. Esto lo hemos dicho reiteradamente, especialmente en un trabajo publicado en esta REVISTA en el año 1951 (24), y en otro publicado en la misma REVISTA en el año 1966 (25). Y, a pesar de haber sido citados reiteradamente por los comentaristas, nadie, que sepamos, ha recogido la idea de que las ins-

(24) Pág. 650.

(25) Pág. 1.501.

cripciones amparadas en la fe pública registral son una forma de adquirir de superior categoría que la tradición, ni la distinción entre inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella a efectos de la tradición, ni siquiera para impugnarlo o, simplemente, para rechazarlo. Claro está que, como los comentaristas siguen la doctrina de que la inscripción sólo produce la adquisición del derecho real en las adquisiciones *a non domino*, implícitamente queda rechazada o impugnada la doctrina de que las inscripciones amparadas en la fe pública registral son una forma de adquirir de superior categoría que la tradición y la distinción entre inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella a efectos de la tradición. Pero creemos que no sobraba que se hubiera expuesto la doctrina completa, puesto que es tan sencilla de enunciar y de comprender. Hay, sin embargo, una excepción, aunque no completa, puesto que CHICO y BONILLA recogen nuestra distinción entre inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella a efectos de las relaciones entre la tradición y la inscripción en el Registro, y dicen, citando nuestro último trabajo (26), que en las no amparadas en la fe pública registral, «ni siquiera derrochando el mayor de los optimismos, puede decirse que la inscripción venga a suplir a la tradición». Y añaden que en las inscripciones no amparadas en la fe pública registral, «el Registro no ha modificado en nada el Derecho sustantivo: la inscripción no produce la adquisición de la cosa, supliendo el modo o tradición». Y respecto a las inscripciones amparadas en la fe pública registral, por lo contrario, dicen que, reuniendo—el adquirente—los requisitos del artículo 34, su posición, que es idéntica, se ve reforzada por la fuerza que despliega la fe pública registral¹. Y añaden: «La presunción *juris tantum*, de entrega que se desprende del artículo 1.462 del Código civil, se convierte en presunción *juris et de jure*, por aplicación del artículo 34. Fuera del Registro existen débiles presunciones de justo título y de modo de adquirir. Dentro del Registro, con la inscripción, no se suple ni a aquél ni a éste; pero por obra y gracia de la fe pública, las débiles presunciones sustantivas se refuerzan notablemente, y, en consecuencia, la prescripción del Código, que sin la protección del artículo 34 sólo se vería consumada mediante el transcurso

(26) Lug cit., segunda edición, tomo I, pág. 170

del tiempo determinado por sus preceptos, se convierte en una prescripción instantánea. No se ha cambiado la forma de adquirir; se han modificado los plazos; no se ha suplido el modo o tradición; se han reforzado las presunciones. La adquisición sigue siendo por prescripción, pero sin computar los plazos civiles: la prescripción se ha producido en el acto».

No llegan a decir que la inscripción, amparada en la fe pública registral, es una forma de adquirir de categoría superior a la tradición, pero se acercan mucho a ello. Y, sobre todo, que es la primera vez que, para resolver el conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro, se acepta nuestro criterio de distinguir entre las inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella.

Aunque CHICO y BONILLA sustancialmente coinciden con nuestra opinión, tenemos, sin embargo, que hacer las siguientes observaciones:

Como hemos visto, afirman que en las inscripciones no amparadas en la fe pública registral, «ni siquiera derrochando el mayor de los optimismos, puede decirse que la inscripción venga a suplir a la tradición». Entendemos que esta afirmación la podemos hacer nosotros, pero no ellos. La razón es la siguiente: Nosotros somos contrarios a la llamada interpretación latina del artículo 32, y con esa interpretación, las inscripciones de inmatriculación, que no están amparadas en la fe pública registral, producen el efecto de inoponibilidad en contra de los títulos no inscritos. Si el titular inscrito obtuvo la tradición, no existe conflicto. Pero si la tradición la obtuvo el adquirente no inscrito, siguiendo esa doctrina el inscrito adquiere el derecho real sin tradición en las inscripciones de inmatriculación. No cabe otra solución. Tanto CHICO y BONILLA, como TIRSO CARRETERO, VILLARÉS PICO, MANUEL GÓMEZ Y GÓMEZ y AMORÓS GUARDIOLA, al estudiar el problema de la interpretación del artículo 32, no aluden para nada al problema de la tradición en relación con la inscripción en el Registro, lo cual, a nuestro modesto entender, es una importante omisión por lo íntimamente unidos que están ambos problemas, tanto más cuanto que en los Derechos francés e italiano, en que se inspiran para esa interpretación, la adquisición del derecho real se verifica por el simple contrato, sin necesidad de tradición; mientras que en el

Derecho civil español es necesaria la concurrencia de la tradición para la adquisición de los derechos reales, Pero creemos que no hay otra posibilidad de sostener la interpretación latina del artículo 32 que afirmando que la adquisición del que ha inscrito su título se verifica sin tradición, siempre que exista una enajenación anterior no inscrita que haya obtenido la tradición. Por eso, entendemos que el párrafo al principio citado es lógico desde nuestro punto de vista, pero no desde el de CHICO y BONILLA.

La segunda observación es que, a nuestro modesto entender, no existe una presunción *juris et de jure* propiamente dicha de que ha habido entrega o tradición. Lo que establece el artículo 34 es una presunción de que se ha adquirido el derecho real, puesto que dice «será mantenido en su adquisición», y esa presunción no se puede desvirtuar alegando que no ha habido tradición por no ser poseedor el transmitente en virtud de causas que no consten en el Registro. No es propiamente una presunción *juris et de jure* de que ha habido tradición, pero está implícita en la presunción del artículo 34, debidamente interpretado. Todo esto en el supuesto de que se siga a doctrina de Roca de que no hay adquisición del derecho real sin tradición o una *apariencia* de ella, añadiendo esto último a su doctrina. Pero si se sigue la opinión de RAMÓN DE LA RICA ARENAL de que la tradición no juega en el ámbito del Registro, bien se funde en el artículo 16 del Código, bien en el 608, como nosotros, no hace falta recurrir a esa doctrina, puesto que los efectos de la inscripción se producen con independencia de la tradición, y entre ellos los del artículo 34, que dice que el tercero «será mantenido en su adquisición», lo que demuestra que el derecho real se adquiere por la inscripción, cuando la adquisición no se hubiese realizado antes de la misma.

La tercera observación es que no nos parece acertada esa construcción jurídica de la prescripción. En esta, para que exista, tiene que haber posesión del prescribiente, siquiera sea instantánea, y se puede demostrar que el que inscribió, al amparo de la fe pública registral, no poseyó la cosa ni un solo momento. No hace falta, además, recurrir a la prescripción. El artículo 34 es bien claro: «será mantenido en su adquisición». Luego hay adquisición por efecto de ese precepto legal, cuando no la hubiese habido antes de la inscripción. Es una presunción de que se ha adquirido el de-

recho real, en que no se puede demostrar lo contrario por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Es una adquisición por la sola fuerza del asiento, en virtud de un precepto terminante, como es el artículo 34 de la Ley.

Por tanto, no podemos estar de acuerdo con la afirmación de que «no se ha cambiado la forma de adquirir». La adquisición, en virtud de la fe pública registral, se hace sin tradición cuando el transmitente no sea poseedor por causas que no consten en el Registro. En virtud de lo dispuesto en el artículo 608 del Código, los preceptos de la Ley Hipotecaria, que regulan los efectos de la fe pública registral, han modificado sustancialmente los artículos del Código civil, relativos a la tradición. Eso es lo que dicen, rectamente interpretados, los artículos 608 del Código y 34 de la Ley.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 32 DE LA LEY HIPOTECARIA

La interpretación de este artículo es uno de los problemas fundamentales de nuestro Derecho hipotecario. La Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944 dijo que «las dudas que, motivadas en gran parte por una exagerada exégesis, con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de *tercero*, han sido allanadas al precisar su concepto en el artículo 34». Acaso ese exceso de literatura sea mayor después de la Ley de 1944 que antes de la misma acerca de ese mismo concepto, que va implícito en la interpretación del artículo 32. Para contribuir lo menos posible a ese aumento de la literatura, exponremos nuestro punto de vista en forma casi esquemática, teniendo en cuenta que el amable lector será persona especializada y comprenderá fácilmente nuestros argumentos.

1.º Los defensores de la llamada interpretación latina del artículo 32 fundan su opinión, entre otras razones, en el origen latino del precepto y pretenden que en nuestro Derecho se le dé la misma interpretación que en Francia e Italia. Nadie discute que ese pre-

cepto es de origen latino. Lo que se discute exclusivamente es si debe aplicarse o no a las inscripciones de inmatriculación. En los Derechos francés e italiano se aplica a toda clase de inscripciones, porque en ellas no existe la distinción entre inscripciones de inmatriculación y segundas o posteriores, ni existen, propiamente dichos, el folio real, ni el principio de legalidad, ni la calificación registral de los títulos, ni el tracto sucesivo, ni el principio de legitimación, ni la fe pública registral. Producen ese efecto, porque no pueden producir otro esos sistemas. Técnicamente se asemejan a nuestra antigua Contaduría de Hipotecas. Son unos Derechos inmobiliarios primitivos y rudimentarios, y no nos pueden servir de modelo.

2.º Los más entusiastas defensores de la llamada interpretación latina del artículo 32 (TIRSO CARRETERO, MANUEL GÓMEZ Y GÓMEZ, VILLARÉS PICO y AMORÓS GUARDIOLA) hacen, en defensa de su tesis, profundos estudios históricos acerca del origen del precepto, y, entre ellos, de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, todo lo cual nos parece muy bien; pero silencian absolutamente la Exposición de Motivos de la Ley vigente de 1944. ¿Es que esa Exposición no forma parte de nuestra historia jurídica? ¿Es que se puede prescindir, para la recta interpretación de la Ley vigente, de su propia Exposición? Sin duda, ésta no les es nada favorable. Pero la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 probará, a lo sumo, la interpretación acertada del artículo 23 de la misma, pero no la del precepto de la Ley vigente.

3.º Excepcionalmente, entre los partidarios de la interpretación latina del artículo 32, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA estudian la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 y dicen lo siguiente: «Si la supresión del artículo 23 por la Ley de Reforma de 1944 se hubiera confirmado en la versión reformada de 1946, la única tutela del Registro hubiera sido la que presta conforme a la titularidad de *auctor*, tal como la describe el folio. Pero no ha sido así: el artículo 23 ha quedado *repuesto*, y con él la posibilidad adicional de protección. Adicional decimos, pues no se suprime nada de lo ya existente, y, al contrario, evita la expulsión, del círculo de los *terceros*, de los adquirentes que llevan la finca por primera vez al Registro o reanudan el tracto y aun de algunos otros. Nada de

ello contradice la Exposición de Motivos (nótese: de la Ley de 1944, que suprimió el artículo 23) o los artículos 40 ó 36-1.º» (27). A nuestro modesto entender, la Ley de 8 de febrero de 1946 no es una versión reformada de la Ley de 1944, sino un texto refundido de esta última. La Ley de 1944 fue aprobada en las Cortes y en la disposición adicional 2.ª decía que, «sin perjuicio de la vigencia de esta Ley, se autoriza al Gobierno para publicar, en el plazo de un año, una nueva redacción de la Ley Hipotecaria, en la que se procederá a armonizar los textos legales vigentes». Por Ley de 31 de diciembre de 1945 se prorroga el plazo de un año hasta el 28 de febrero, con objeto de que emita informe el Consejo de Estado «para agotar cuantos medios sean posibles para que no pueda existir la menor duda de que no han sido traspasado los límites de la autorización conferida al Gobierno». Y en la Exposición del Decreto, que aprobó esa Ley, se dice que fruto del celo de la Comisión designada al efecto «es el texto refundido que por este Decreto se aprueba». Y añade: «Ateniéndose con fidelidad a las directrices señaladas por la Ley de 1944, el nuevo texto se limita a dar cumplimiento a lo que ésta determina como normas inexcusables de su redacción». La Ley de 8 de febrero de 1946 no es una versión reformada de la Ley Hipotecaria de 1944, sino un texto refundido de la misma. En ese texto refundido se introdujo el artículo 32, tomando el precepto del artículo 606 del Código. Con ese artículo sólo en el Código civil estaba sometido al precepto del artículo 608 del mismo, que dice que, para determinar los efectos de la inscripción, hay que estar a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y habría que interpretarlo con sujeción a lo que la misma dispusiera. Pero su inclusión en el texto refundido de 1946 no puede suponer un cambio tan radical en la interpretación de la Ley, sino que hay que interpretarlo conforme a los preceptos y espíritu de la misma. Con la interpretación de los partidarios del sistema latino se habría producido un cambio importantísimo en la Ley Hipotecaria, contraviniendo la autorización dada en la Ley votada en las Cortes, en virtud de un Decreto que no tuvo intención de producir ese cambio. La Ley de 1946 sería una verdadera contrarreforma (28).

(27) *Lug. cit.*, pág. 216.

(28) En este particular son especialmente interesantes los comentarios que hizo RAMÓN DE LA RICA a la supresión en la Ley de 1944 del artículo 23 de la Ley de 1861 (*Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, pág. 25). Su acer-

4.º AMORÓS GUARDIOLA impugna nuestra opinión, contraria a la interpretación latina del artículo 32, de la siguiente forma: «¿Por qué no se va a proteger, hasta cierto punto, al titular registral del asiento de inmatriculación? De *lege data* no parece exigirse así. Y de *lege ferenda* tampoco parece razonable, teniendo en cuenta la voluntariedad de la inscripción y las muchas titularidades que aún están sin inscribir» (29). Nosotros no hemos dicho que no deba protegerse al titular registral del asiento de inmatriculación. Lo que decimos es que tiene bastante protección con la presunción de pertenencia del artículo 38 y con ser la única persona que puede otorgar actos o contratos inscribibles en el Registro, con lo que se revaloriza la finca, por el solo hecho de inmatricularla ante el posible adquirente que sabe que va a adquirir del titular registral. Dice que «de *lege data* no parece exigirse así». Eso es precisamente lo que se discute, si se exige o no se exige la previa inscripción para que tenga la protección del artículo 32. Nosotros aducíamos un argumento, que AMORÓS GUARDIOLA no intenta rebatir, pues decíamos que literalmente lo que dice el artículo 32 es que los títulos no inscritos no perjudican a tercero, y como no perjudicar a tercero es sinónimo de no producir efecto *erga omnes*, lo que ese artículo dice es que los títulos no inscritos no producen efecto *erga omnes*; luego no hay derecho real, según ese artículo, si el título respectivo no está inscrito en el Registro. No se puede afirmar, por tanto, que la interpretación latina se atiene a lo que el artículo dice. Y en cuanto a *lege ferenda*, opinamos, con VALLET DE GOYTISOLO, que, «lógica y técnicamente, debe existir una proporción inversa entre la facilidad para inmatricular y el valor de las primeras inscripciones. A mayor facilidad, menos valor y viceversa» (30). Entendemos que se han dado facilidades para la inmatriculación y que aún se deben dar más, siempre que a las inscripciones de inmatriculación no se las conceda excesivos efectos.

5.º VILLARÉS PICO entiende que nuestro Derecho hipotecario tiene por objeto principal proteger al adquirente de buena fe me-

tada crítica fue, sin duda, la causa de que se incluyera en la Ley de 1946 el artículo 606 del Código civil.

(29) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1967, pág. 1.538.

(30) «Revista de Derecho Privado», año 1947, pág. 941, nota 33.

diente título oneroso que se acoge al Registro de la Propiedad (31). Sin duda es así. Pero la Ley concede mayor o menor protección, según los casos. A todo titular registral le concede la protección del artículo 38. Por lo contrario, la protección del artículo 34 sólo la concede al que adquiere del titular registral a título oneroso y de buena fe e inscribe en el Registro. Y la protección del artículo 32 es, por lo menos, dudoso que se la conceda al inmatriculante.

6.º MANUEL GÓMEZ Y GOMEZ, impugnando la opinión de Roca, que había dicho que el artículo 32 es tan sólo una aplicación a un caso particular del superior artículo 34, dice lo siguiente: «Se nos hace lógicamente muy difícil admitir que la doctrina anterior, y que trata de regular la generalidad de los casos normales, pueda ser accesoria de la doctrina posterior y que trata de regular la minoría de los casos anormales» (32). Sin duda alguna, históricamente, es anterior el precepto del artículo 32 que el del artículo 34. Pero legalmente el precepto del artículo 32 no fue recogido en la Ley Hipotecaria de 1944 y sólo fue restablecido en la Ley en el texto refundido de 1946. Por otra parte, la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 no alude para nada al principio de inoponibilidad, que recoge el artículo 32, y centra toda la parte sustantiva de la Ley en los principios de legitimación y fe pública registral, los que están recogidos en los artículos 38 y 34, principalmente. No cabe duda de que para la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 tiene incomparablemente mayor importancia el principio de fe pública que el de inoponibilidad.

7.º CHICO y BONILLA defienden la llamada interpretación latina del artículo 32 de la siguiente forma: «Si conforme a los artículos 34, 37 y 38, el tercero queda plenamente protegido, el artículo 32 o es un complemento innecesario o expresamente se está refiriendo a otro supuesto. Nos inclinamos por esta última postura» (33). El artículo 34 protege plenamente al tercero, siempre que se interprete ampliamente, como hacen CHICO y BONILLA. Pero tiene otra interpretación, en que el tercero no está plenamente protegido sin la concurrencia del artículo 32. Si nos fijamos en la primera par-

(31) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1968, pág. 1550.

(32) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1966, pág. 380.

(33) *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, segunda edición, tomo I, página 266.

te del mismo, el tercero está plenamente protegido, pues dice: «*El tercero que... adquiera... algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo...*». Según esta primera parte, el caso de doble venta está incluido en el mismo, puesto que el vendedor, si ha hecho una primera venta no inscrita, *aparece en el Registro con facultades para transmitir el derecho*. Pero si nos atenemos a la última parte del mismo artículo, no es aplicable a la doble venta, puesto que dice, «*aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante*». En la doble venta no hay anulación ni resolución del derecho del otorgante; luego no es aplicable a la doble venta. Si no existiese el artículo 32, el 34 podría y debería interpretarse en el sentido de la primera parte del mismo, pero es mucho mejor que haya un precepto que lo diga expresamente. El artículo 32 no es, por tanto, un complemento innecesario del artículo 34.

8.º Hay otra cuestión muy importante en esta materia. Los defensores de la interpretación latina del artículo 32 no aluden para nada al problema de la tradición en relación con las inscripciones de inmatriculación. Defienden la interpretación latina del artículo 32, es decir, la francesa e italiana, sin tener en cuenta que en esos sistemas el derecho real se adquiere por el simple contrato, sin necesidad de tradición; mientras que en el Derecho civil español se necesitan contrato y tradición para adquirir por contrato oneroso los derechos reales. Si el artículo 32 es aplicable a las inscripciones de inmatriculación, en una doble venta, ¿la inscrita por inmatriculación necesita o no necesita el complemento de la tradición? Si se necesita la tradición, resultará, según acertadamente ha dicho LACRUZ BERDEJO, que, como la tradición sólo ha podido tener lugar a favor de uno de los dos compradores, la inscripción del otro siempre será ineficaz. Y si no se necesita la tradición, resulta que la inscripción suple a la tradición. Son contadísimos los comentaristas que han sostenido que la inscripción suple a la tradición. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA son especialmente contrarios a la doctrina de que la inscripción suple a la tradición, hasta el punto que entienden que a una inscripción sin tradición la es aplicable el artículo 33 de la Ley. Como hemos visto anteriormente, dan una interpretación especial al artículo 1.462 del Código; pero como ese artículo no es aplicable a Cataluña y

Navarra, subsiste el mismo problema de la tradición en relación con la aplicación del artículo 32 a las inscripciones de inmatriculación.

Nosotros hemos entendido siempre que en las inscripciones amparadas en la fe pública registral, no es necesaria la tradición para la adquisición del derecho real, puesto que entre los requisitos que el artículo 34 exige para la adquisición del derecho real no está la tradición. Claro está que se puede mantener el criterio de que la inscripción suple siempre a la tradición, pero en las inscripciones no amparadas en la fe pública registral no existe un precepto tan claro que dispense de ella como el artículo 34 de la Ley.

AMORÓS GUARDIOLA pone el siguiente ejemplo, única vez que alude a la tradición: «Pongamos el ejemplo de la doble venta... Supongamos la validez del título y que ambos se han formalizado en escritura pública con tradición instrumental presunta» (34). Entendemos que esto no es aceptable. La escritura pública no es la tradición en sí, sino una forma de tradición; y si el vendedor era poseedor, sólo pudo obtener la tradición el primer comprador, «si de la misma escritura no resultare o se dedujese claramente lo contrario» (art. 1.462 del C. c.); y, por tanto, el segundo comprador inscribe un título sin tradición.

¿La inscripción suple o no suple a la tradición en las inscripciones no amparadas en la fe pública registral? A nosotros nos parecen muy sólidas, en general, las razones de los que sostienen que la inscripción no suple a la tradición, salvo en las inscripciones amparadas en la fe pública registral por aplicación del artículo 34 de la Ley. Se podrá mantener que la inscripción suple siempre a la tradición, aunque nosotros no compartamos ese criterio, pero nos parece peor desconocer el problema de las relaciones entre la tradición y las inscripciones de inmatriculación:

9.º La diversidad de opiniones entre los defensores de la llamada interpretación latina del artículo 32 no puede ser mayor. NÚÑEZ LAGOS opina que no es necesaria ni la buena fe ni la onerosidad, pero que sólo es aplicable a las acciones confesorias e hipotecarias. BALLARÍN acepta en parte la doctrina de NÚÑEZ LAGOS, pero con dos importantes modificaciones: 1.º Que el artículo 32

(34) Lug. cit., pág. 1.546.

no puede limitarse a las acciones confesorias e hipotecarias, sino que tiene una vigencia general relativa a todo caso de preferencia entre dos títulos, y especialmente al caso de doble venta, por aplicación del artículo 1.473 del Código civil. 2.^a Entiende que la necesidad de la buena fe para la protección del tercero que inscribe en el Registro es la regla general, con alguna excepción inspirada en el Derecho francés. TIRSO CARRETERO entiende que no es necesario ni la buena fe ni la onerosidad y que es aplicable a toda clase de acciones. AMORÓS GUARDIOLA y CHICO y BONILLA creen que es necesaria la buena fe. VILLARÉS PICÓ y LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA entienden que es necesaria la buena fe y la onerosidad. ALONSO FERNÁNDEZ entiende que los efectos del artículo 1.473 del Código se producen por la inscripción de inmatriculación, aun antes de transcurrir los dos años a partir de su fecha; y, por lo contrario, rechaza la opinión de VILLARÉS PICÓ, que había opinado que «pasados los dos años de la fecha de la inscripción de inmatriculación, el derecho incrito no podrá ser controvertido por el tercero civil, a quien se podrá excepcionar, no obstante su mejor derecho, esta prescripción especial estatuida en la Ley Hipotecaria» (35). Entre tantas interpretaciones contradictorias no sabe uno a qué carta quedarse, lo cual es otro grave inconveniente para la referida doctrina.

10. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En su estudio no podremos ser tan breves como quisiéramos, por la necesidad de examinarla con cierto detenimiento.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA dicen (36) muy acertadamente lo siguiente: «La jurisprudencia no parece favorable a la interpretación que aquí damos del artículo 32. Bastantes sentencias, en su *orbiter dicta*, enumeran, entre las condiciones que debe reunir el tercero, la derivación de un asiento precedente al suyo». Y citan las sentencias de 1 de junio de 1948 y 26 de junio de 1958. Esta última dice lo siguiente: «No tiene en cuenta—el recurrente—que él nunca puede ser reputado tercero hipotecario, al no darse una inscripción anterior de las fincas de que se trata y ser la suya la primera que, en relación con las mismas, se practicó». Los

(35) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1945, pág. 315.

(36) *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 218.

mismos LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA añaden «Si bien alguna sentencia, en cambio, juzgando de casos en los cuales no han transcurrido los dos años desde la inmatriculación, indica, en hipótesis, que, de haber transcurrido, la protección registral sería plena». Y citan las sentencias de 3 de diciembre de 1962 y 22 de noviembre de 1963. Esta última dice lo siguiente: «Como en la sentencia impugnada se declara probado que la simulación productora del título de adquisición del hipotecario era conocida perfectamente por el recurrente, al extremo de que ello motivó la exigencia de tal garantía, de ahí que, con arreglo a lo declarado insistentemente por la jurisprudencia de esta Sala, dicho señor no puede gozar de la cualidad de tercero hipotecario, aparte de que estando sujeta la principal de las fincas objeto del contrato a los efectos del artículo 207 de la Ley, por haber sido inscrito conforme a lo prevenido en el artículo 205, el inscribiente no adquirió de quien, según el Registro, podía transmitírsela, como exigen los artículos 20, 38 y 69, y la esencia íntima del principio de fe pública registral, que por ello no despliega sus efectos protectores en favor del inmatriculante ni de sus sucesivos causahabientes durante los dos primeros años de la vigencia de dicho asiento en contra del verdadero dueño o titular de cualquier derecho real sobre la finca inmatriculada». A nuestro modesto entender, esta sentencia, lejos de apoyar la interpretación latina del artículo 32, es una terminante afirmación de la contraria, puesto que no se trata de una inscripción primera o de inmatriculación, sino de una segunda de hipoteca a favor de un acreedor, que hubiera quedado absolutamente garantizado si hubiera obrado de buena fe y hubiesen transcurrido los dos años desde la fecha de la inmatriculación. No hemos encontrado la sentencia de 3 de diciembre de 1962, citada por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, pero sí la de 6 del mismo mes y año, a la cual se refieren probablemente: «Si bien se trata en efecto de una doble venta, no cabe olvidar que las fincas no estaban inscritas en el Registro y fue el propio recurrente quien logró su inscripción por medio de un acta de notoriedad, que conforme a lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria no surte efectos registrales hasta transcurridos dos años desde la inmatriculación, por lo que impugnada antes de pasado dicho plazo, ni el señor C., tiene carácter de tercero hipotecario, ni el de propietario

inscrito». Esta sentencia da a entender, indudablemente, que de haber transcurrido el plazo de dos años desde la fecha de la inmatriculación, el titular inscrito tendría el carácter de tercero hipotecario. Pero entendemos que hay que tener en cuenta la acertada opinión de DÍAZ-PICAZO acerca de la interpretación de la Jurisprudencia cuando dice: «De una manera rigurosa, una sentencia del Tribunal Supremo consiste en lo que decide y en la razón inmediata de decidirlo en estrecha vinculación con el caso decidido» (37). Y añade que lo normal entre nosotros es «recoger de la sentencia una afirmación cualquiera y, abstrayéndola... generalizarla, de tal manera que esa pequeña máxima o afirmación así abstraída y generalizada, es a lo que normalmente denominamos «Jurisprudencia». Un modo de proceder semejante es totalmente arbitrario». Con arreglo a esta doctrina, la sentencia de 6 de diciembre de 1962 lo único que declara es que, conforme a lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, la inscripción no surte efectos registrales hasta transcurridos dos años desde la inmatriculación, lo cual es evidente.

La única sentencia del Tribunal Supremo favorable a la llamada interpretación latina del artículo 32 es la de 25 de mayo de 1965, citada por VILLARÉS PICO. Partiendo de la buena fe, puesto que «al que afirma la mala fe le corresponde su prueba», dice: «Tratándose de inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad a tenor del apartado 2.º, del citado artículo 1.473, como el otro adquirente es un tercero con relación al primer inscribiente de buena fe, la cosa dos o más veces enajenada pertenecerá al comprador de buena fe que antes haya inscrito en el Registro». La doctrina que sienta esta Sentencia, que coincide con la interpretación de ALONSO FERNÁNDEZ del artículo 1.473 del Código, tiene los siguientes inconvenientes: 1.º. Que prescinde del artículo 608 del Código, que establece que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. 2.º. Que prescinde de la limitación de dos años a los efectos de las inscripciones de inmatriculación del artículo 207 de la Ley. 3.º. Que no relaciona el artículo 1.473 del Código con el 32 de la Ley, del cual aquel es una simple consecuencia, limitándose a hacer una interpretación literal del mismo.

(37) *Estudios sobre Jurisprudencia Civil*, pág. 34.

Por todo ello podemos llegar a la primera parte de la opinión de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, afirmando que la Jurisprudencia no es nada favorable a la interpretación latina del artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Por nuestra parte lo celebramos mucho en beneficio de la recta administración de justicia y de la institución del Registro de la Propiedad.

LOS PRINCIPIOS DE LA FE PUBLICA REGISTRAL Y CONSENTIMIENTO

La parte sustantiva de nuestro Derecho Hipotecario no queda suficientemente explicada diciendo que las inscripciones amparadas en la fe pública registral son una forma de adquirir de superior categoría a la tradición. Hay que añadir que el que adquiere al amparo de la fe pública registral adquiere en las condiciones jurídicas que constan en el Registro, mientras que el que no adquiere al amparo de la fe pública registral adquiere, en el supuesto de que adquiriera el derecho, en condiciones jurídicas que ignora y que no tiene medios legales de conocer. Con otra particularidad muy importante y es que el que adquiere sin estar protegido por la fe pública registra¹, no hay medios legales de que sepa si realmente ha adquirido o no el derecho real ni las condiciones jurídicas en que ha adquirido; pero si, posteriormente, inscribe su título al amparo de la fe pública registral, tiene la seguridad de haber adquirido el derecho real (salvo que haya una causa de nulidad en el propio acto adquisitivo, como violencia, intimidación o dolo), y de que ha adquirido en las condiciones jurídicas que constan en el Registro.

En nuestra doctrina se ha dado, y se sigue dando, una gran importancia a la distinción entre inscripciones constitutivas y declarativas, sin tener en cuenta que distinción verdaderamente importante en nuestro Derecho Hipotecario es la de inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella, puesto que de ser de una u otra clase depende el que produzcan unos u otros efectos. Y como en nuestro Derecho no hay más inscripciones constitutivas que la hipoteca y modernamente el de-

recho de superficie, se saca la conclusión de que los demás derechos reales se adquieren por la tradición, y se admite como excepción las adquisiciones *a non domino*, y aun esto se discute por algunos autores. No se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:

1.^a En nuestro Derecho no se puede saber nunca cuándo se adquiere del verdadero dueño y cuál *a non domino*, pues, como hemos dicho en otra ocasión, ni aun teniendo el transmitente una sentencia firme a su favor, se puede tener la seguridad de que es el verdadero dueño, pues antes o después de obtener esa sentencia ha podido vender a otra persona en escritura pública, lo que no se puede saber por el secreto del protocolo notarial. En cambio, el que ha adquirido al amparo de la fe pública registral, hay la seguridad de que ha adquirido el derecho real (salvo que en su propio acto adquisitivo haya habido una causa de nulidad) y de que ha adquirido en las condiciones jurídicas que constan en el Registro.

2.^a En nuestro Derecho civil no basta adquirir del verdadero dueño. Hace falta, además, en los contratos a título oneroso, que el transmitente tenga la posesión, pues sin ella no puede haber tradición. La posesión es más palpable que el dominio, pero tampoco hay la seguridad de que el que nos quiere transmitir un derecho real sea el verdadero poseedor, puesto que puede ser, sin que podamos comprobarlo, arrendatario, depositario o precarista, o ha podido ser poseedor y haber dejado de serlo por haber hecho una venta en escritura pública, lo que tampoco podemos comprobar por el secreto del protocolo notarial.

Pero sea o no sea el transmitente el verdadero dueño, y sea o no sea el verdadero poseedor, el adquirente, al amparo de la fe pública registral, hay la seguridad de que ha adquirido el derecho real desde el momento en que su título se ha inscrito en el Registro. Todo esto es efecto del principio de fe pública registral, que está contenido principalmente en el artículo 34 de la Ley.

Este artículo tiene algunos defectos de redacción, que hemos puesto de relieve en otra ocasión; pero su doctrina es bastante clara, por lo que no podemos estar de acuerdo con la crítica que le hacen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, cuando dicen que ese artículo es «inepto para protegerle (al tercero) contra la nulidad o resolución que se produzca *antes* de la adquisición, o bien frente

a la falsedad del título o el asiento» (38). Fundan su doctrina en que el artículo 34 dice, «aunque *después* se anule o resuelva», e interpretan ese *después* en el sentido de que es necesario que la anulación o resolución se produzca después de practicada la inscripción. Aunque a través de otros artículos llegan a la interpretación acertada, lo cierto es que no es ésa la interpretación verdadera del artículo 34. La palabra *después* supone un *antes*, y ambos tiempos se refieren a un momento determinado, que está expresado por las palabras, «una vez inscrito». Por ello, en el artículo 34 se pueden dar los siguientes casos: 1.º El titular registral otorga una escritura de hipoteca, por ejemp'o, y, *antes* de inscribirse ésta, se inscribe en el Registro una resolución judicial, declarando la nulidad de su inscripción. Esa escritura de hipoteca no puede ya inscribirse. 2.º Que la resolución judicial llegue al Registro *después* de inscrita la hipoteca. En este supuesto hay que distinguir las dos siguientes hipótesis: A) Que *antes* de llegar la escritura de hipoteca al Registro se haya anotado la demanda de nulidad de la inscripción del hipotecante. En este caso, la escritura de hipoteca se inscribe en el Registro, pero el acreedor hipotecario no será mantenido en su derecho si *después* se presenta la resolución judicial, declarando la nulidad del derecho del hipotecante, porque la causa de la nulidad constaba en el Registro *antes* de la inscripción de la hipoteca. B) Que se haya inscrito la hipoteca sin que *antes* se haya anotado la demanda de nulidad. Si *después* se presenta la resolución judicial, declarando la nulidad del derecho del hipotecante, esa resolución debe inscribirse en el Registro si la finca continúa aún a nombre del hipotecante, pero no perjudica al acreedor hipotecario, porque, cuando él inscribió, la causa de la nulidad no constaba en el Registro. Creemos que esta interpretación aclara suficientemente cualquier duda que pudiera haber.

El artículo 34 es el principal que regula en nuestro Derecho la fe pública registral, pero no el único, pues hay varios artículos coincidentes para regularla. Por lo contrario, en Derecho alemán está condensado el principio de fe pública registral en un solo artículo, el 892, que dice: «En beneficio del que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, el contenido del Registro vale como exacto, a no ser que contra dicha

(38) Lug. cit., pág. 209.

exactitud esté practicado un asiento de contradicción o que la inexactitud sea conocida por el adquirente». Es muy bonito, sin duda, condensar toda una institución en un solo precepto. Por eso, LACRUZ BERDEJO, comparando este precepto con los del Derecho español, dice lo siguiente: «El sistema español, pues, ha llegado, por vía oblicua, a una protección semejante a la que presta el Derecho alemán (mayor, según se ha visto, en el aspecto de las inscripciones ilegales); sólo que, por no enunciar directamente y con una fórmula amplia la regla general de protección a la apariencia creada por la inscripción en el Registro, ha necesitado seis preceptos, que parcialmente se identifican, para, por vía de enumeración, conseguir el mismo resultado. El manto protector del Registro español, tan majestuoso visto a distancia, se nos revela, si lo contemplamos de cerca, como una vieja capa llena de pedazos» (39). No nos parecen excesivos seis artículos, y aunque fueran bastantes más, para regular una institución tan importante como el principio de fe pública registral. El Código civil dedica 93 artículos a regular la compraventa y tampoco nos parecen demasiados. Es más elegante, sin duda, condensar toda una institución en un solo precepto, como hace el Código alemán. Pero es muy expuesto a incurrir en graves errores, por afán de condensación. El precepto citado dice que, en beneficio del que adquiere por negocio jurídico, el contenido del Registro vale como exacto. Esto no es cierto. En el Registro constan las circunstancias físicas de la finca y alguna circunstancia personal del titular registral, y de eso no responde el Registro. En esa inexactitud no ha incurrido el legislador español. Ese defecto no lo es prácticamente en el Derecho alemán, porque las circunstancias de la finca están tomadas del Catastro y las del titular registral apenas si constan en el Registro. En nuestro Derecho, el defecto sería mucho mayor, porque constan en el Registro todas las circunstancias personales del titular y las de la finca no están tomadas del Catastro.

Pero el verdadero defecto del Derecho alemán está en el consentimiento abstracto. Según dice CASTRO Y BRAVO (40), desde el año 1937 esa institución está desacreditada en la propia Alemania, lo que no nos extraña, puesto que es desnaturalizar los contratos

(39) *Leciones*, pág. 257.

(40) *El Negocio Jurídico*, pág. 293.

y los negocios jurídicos el separar el consentimiento de transmitir y adquirir el derecho real, de su causa, por un lado, y, por otro, que haya dos consentimientos para una misma transmisión. Los autores del Código civil alemán se inspiraron en el Derecho romano, en que la transmisión del derecho real se hacía por tradición, y como ésta tenía cierto carácter abstracto, la regularon en forma totalmente abstracta con caracteres muy distintos a los de aquél. Sin entrar en disquisiciones históricas, lo cierto es que en Derecho romano no se necesitaban dos consentimientos, pues bastaba el de la compraventa, por ejemplo, para transmitir el derecho real (*venditio aut alia justa causa*, dice el célebre texto latino), y, además, el consentimiento no tenía forma abstracta, pues tenía la forma de compraventa u otro *contrato similar*.

Hay que rechazar, por lo menos en nuestra Patria, la doctrina que no ve en la compraventa, por ejemplo, otra cosa que un contrato obligacional. La compraventa es, ante todo y sobre todo, un contrato traslativo, y las obligaciones que produce son consecuencias del fin principal o causa del contrato, que es la transmisión de la propiedad de la cosa a cambio de un precio. La compraventa puede adoptar múltiples modalidades, pues la transmisión de la cosa puede estar sujeta a condición o plazo, entre otras, y lo mismo el precio; pero nunca se requiere un nuevo consentimiento, y si se necesitase nuevo consentimiento, el contrato celebrado no sería el de compraventa, sino uno preparatorio del mismo. El requisito de la tradición o la inscripción en el Registro no añade un ápice más de voluntad a la expresada en la compraventa. Por eso, sólo en parte podemos estar de acuerdo con CASTRO Y BRAVO, cuando dice lo siguiente: «Para el común sentir del pueblo, no se enajena o grava, no se promete o reconoce una deuda, sino que ello se considera la consecuencia de, por ejemplo, una venta, una donación, o de haber recibido un préstamo» (41). No es sólo para el común del pueblo, sino del pueblo y de los juristas, desde el más eminente hasta el más modesto. Para todos por igual, vender significa enajenar por un precio, y comprar, adquirir por un precio. Cuando decimos que vamos a vender el piso en que vivimos o el coche para comprar uno nuevo, queremos decir, unánimemente, que deseamos enajenar el piso o el coche por un precio para con él adquirir la propiedad de

(41) Lug. cit., pág. 295.

otro piso o coche. La voluntad que ponen vendedor y comprador al celebrar un contrato de compraventa en España es la misma voluntad que ponen en Francia o Italia. La diferencia consiste en que en Francia e Italia esa voluntad produce la transmisión de la propiedad, y en España no basta, pues necesita estar completada por la tradición de la cosa. Por eso, estimamos que no es acertada la definición que se suele dar de la compraventa, diciendo que es un contrato por el cual uno de los contratantes se *obliga* a entregar una cosa a cambio de un precio. No es la obligación u obligaciones que nacen de la compraventa lo que constituye la esencia de este contrato. Su esencia está en la voluntad de transmitir y de adquirir la cosa a cambio de un precio. La transmisión y adquisición de la propiedad de la cosa podrá no realizarse, y de hecho no se realiza en nuestra Patria, si no concurre la tradición, pero la voluntad de vendedor y comprador es la misma que si por su sola voluntad se produjese la transmisión de la propiedad de la cosa.

En el Derecho alemán, creyendo equivocadamente que seguían al Derecho romano, dividieron la compraventa en dos contratos: a uno le llamaron compraventa y al otro contrato abstracto. A la compraventa la privaron del consentimiento de transmitir y de adquirir, y la redujeron a un contrato meramente obligacional con precio de la transmisión, con lo cual quedó mutilada. Por otro lado, se llevaron el consentimiento de transmitir y de adquirir sin precio, con lo que hicieron un monstruo jurídico, llamado consentimiento abstracto. Y es un monstruo jurídico, porque eso no se da en la vida real. La voluntad humana no se mueve si no es por un fin. Un acto de voluntad sin fin no es posible en la vida humana, por lo que han tenido que mutilar la voluntad humana para crear el consentimiento abstracto. Creyeron que de esa forma daban seguridad a la transmisión, cuando, como dice CASTRO Y BRAVO, «la seguridad jurídica queda asegurada, sin necesidad de acudir a la abstracción, mediante las figuras de la protección del tercero de buena fe y la presunción de existencia y licitud de la causa» (42), que es el sistema español, tanto en el orden civil como en el hipotecario. Los mismos autores alemanes lo han visto, aunque, en nuestra modesta opinión, no con entera claridad. Así, MARTÍN

(42) Lug. cit., pág. 295.

WOLFF dice lo siguiente: «Es dudoso si fue feliz la idea de establecer, además, del acuerdo contenido en la «compraventa» (sobre la obligación de transmitir el derecho) otro «acuerdo» sobre la transmisión misma. En todo caso, la conciencia jurídica general y el Derecho positivo se hallan en pleno desacuerdo en cuanto a esto» (43). Únicamente tenemos que aclarar que, al menos en nuestra Patria, el acuerdo contenido en la compraventa no es un acuerdo sobre la obligación de transmitir el derecho, sino sobre la transmisión misma.

Fácilmente se comprende que no podemos estar de acuerdo con Roca Sastre, cuando, desde el punto de vista constituyente, dice lo siguiente: «Lo ideal sería abandonar la teoría del título y el modo, y en su lugar adoptar el siguiente sistema: Exigir para que la transmisión se opere que el actual contrato de finalidad traslativa fuese seguido y conectado causalmente con un acuerdo expreso de transferencia entre las partes.» «El acuerdo de transferencia, o sea, el *animus transferendi et accipiendi dominii* debería ser necesario que se formulase explícitamente en los títulos inscribibles, pues no es lógico que, a pesar de su importancia, pueda quedar en la zona de lo tácito o presunto. De este modo, en dichos títulos aparecerían en su función respectiva el negocio obligacional y el negocio de disposición.» «Conviene, pues, centrar el traspaso de bienes inmuebles en el *acuerdo real*, si bien regulado, no como negocio abstracto, sino como negocio dispositivo, fundado causalmente en el precedente contrato de finalidad traslativa. Si se adoptara este sistema, desaparecerían las dificultades que, según hemos visto, se producen al tratar de conciliar dos cosas tan dispares como son el Registro y la *traditio*, o sea, la inscripción regulado en la Ley Hipotecaria y el modo de adquirir la propiedad, según el Derecho civil.» «De no aceptar este sistema, sería preferible seguir francamente el sistema traslativo del derecho francés, que no mantener la teoría del título y el modo.» «El acuerdo real, de tipo causal, solucionarí muchas dificultades del sistema presente, a la vez que respondería a principios más científicos, sin que ello complicara la formalización de los títulos traslativos, pues es un requisito fácil de cumplir, ya que, en definitiva, se reduce a una simple cláusula

(43) *Derecho de Cosas de Martín Wolff*, traducción de PÉREZ Y ALGUER, tomo I, pág. 205.

más.» «Esta falta de realce que en nuestros títulos transmisorios tiene el consentimiento dirigido inmediatamente a la realización del traspaso patrimonial, o sea, el negocio de disposición, es característica de la legislación española, sobre todo tratándose de transmisiones derivadas de contrato tan importante como el de compraventa.» «No obstante, tratándose de títulos de transmisión constitutiva, o sea, de imposición de gravámenes, el consentimiento acerca del cambio jurídico real es lo que se destaca de una manera relevante.» «Cabe en materia de compraventa, por ejemplo, que la escritura se redacte en el sentido de autenticar el consentimiento o acuerdo transmisorio, haciendo referencia en la parte expositiva de la existencia del correspondiente contrato de compraventa, ya cerrado o concluido con anterioridad» (44). Roca defiende un sistema inspirado en el Derecho alemán, pero mejorado, puesto que rechaza el consentimiento abstracto y defiende el consentimiento causal conectado con el anterior contrato obligacional. Es decir, que defiende la concurrencia de dos contratos para una misma transferencia: el meramente obligacional, como es la compraventa, según él, y el posterior contrato traslativo causal. Inspirándose en el Derecho alemán, y siguiendo la opinión de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, cree que la compraventa es un contrato meramente obligacional, y por ello entiende que, además de ella, debe haber un contrato traslativo, en que expresamente se consienta la transmisión y adquisición del derecho real. A nuestro modesto entender, no puede haber mayor confusión acerca de lo que es la compraventa. Como hemos visto anteriormente, la esencia de la compraventa la constituye la voluntad de transmitir y de adquirir la cosa a cambio de un precio. No hace falta, por consiguiente, otro contrato traslativo cuando ha habido el de compraventa, en que expresamente se consiente la transmisión y adquisición de una cosa a cambio de un precio. La influencia del Derecho alemán no nos puede llevar hasta ignorar el significado de las palabras. El Diccionario de la Real Academia Española dice: «Comprar = Adquirir algo por dinero.» «Vender = Traspasar a otro por el precio convenido la propiedad de lo que uno posee.» Eso es lo que significan las palabras comprar

(44) *Derecho Hipotecario*, cuarta edición, tomo I, págs. 177 y sigs., y 637 y sigs.; quinta edición, tomo I, págs. 182 y sigs., y 719 y sigs.; y sexta edición, tomo I, págs. 247 y sigs., y tomo II, págs. 86 y sigs.

y vender. Y eso es lo que quieren el que compra y el que vende: el primero adquirir por un precio y el segundo enajenar por un precio. El vendedor sacrifica su propiedad de la cosa para adquirir la propiedad del dinero, y el comprador se desprende de la propiedad del dinero por conseguir la propiedad de la cosa. Esto no quiere decir que, por el simple acuerdo entre el vendedor y el comprador, se transmita la propiedad de la cosa. Pero eso es lo que ellos quieren y lo que significan esas palabras en nuestro idioma. Con la tradición no se modifica en nada la voluntad de los contratantes, aunque es el medio legal de que se cumpla, puesto que la transmisión no se produce hasta el momento de la tradición. Los contratantes emplean las expresiones «compro o he comprado» como sinónimas de «adquiero o he adquirido por un precio», y las expresiones «vendo o he vendido» como sinónimas de «enajeno o he enajenado por un precio». Y por eso ese contrato traslativo porque aboga Roca no haría más que repetir la misma voluntad expresada en la compraventa. Sería, por tanto, una redundancia inútil.

Tenemos que rechazar también la diferencia que ve Roca entre la compraventa y los contratos constitutivos de los demás derechos reales. La compraventa es la voluntad de transmitir y de adquirir la cosa totalmente, mientras que los contratos de constitución de los demás derechos reales es la voluntad de transmitirlos y de adquirirlos parcialmente. La diferencia es cuantitativa, no cualitativa. En la primera se consiente la enajenación total; en los segundos, la enajenación parcial. En ambos casos hay acuerdo expreso de voluntades para la transmisión y adquisición del derecho real.

No vemos tampoco la necesidad de eliminar la tradición en la transmisión de los derechos reales, pues cumple una función de publicidad en los bienes muebles, y también, aunque imperfecta, en los inmuebles no inscritos. Y para que desaparezcan las dificultades que se producen al tratar de coordinar la tradición con la inscripción en el Registro, basta con interpretar nuestro Derecho positivo, conforme a lo que de hecho dice, sin aferrarnos a interpretaciones, que, si, por un lado, son la interpretación general, no responden, en cambio, a lo que dicen los textos legales. Nos referimos al artículo 608 del Código, en relación con el artículo 34 de la Ley, principalmente. El primero dice que, para determinar los

titulos inscribibles y los efectos de la inscripción, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Esta no exige la tradición ni para inscribir ni para que la inscripción produzca plenos efectos. Por consiguiente, los efectos del artículo 34 se producen sin necesidad de tradición. Esto se refiere sólo a las inscripciones amparadas en la fe pública registral. No hay dificultad alguna al coordinar la tradición con la inscripción en el Registro en las inscripciones amparadas en la fe pública registral, si nos atenemos a lo que dicen los artículos 608 del Código y 34 de la Ley. Pero si seguimos manteniendo la doctrina general de que la tradición es necesaria, en todo caso, para la adquisición del Derecho real, lo que no podemos mantener sin prescindir del artículo 608 del Código, la coordinación de la tradición con la inscripción en el Registro no sólo es difícil, sino imposible, como lo demuestra el hecho de que Roca incurre en contradicción al intentarlo, conforme hemos visto en otra ocasión (45). No se puede, por tanto, pedir la supresión de la tradición, cuando está suprimida en las inscripciones amparadas en la fe pública registral por los artículos 608 del Código y 34 de la Ley.

Las dos reformas que pide Roca son, a nuestro modesto entender, por completo innecesarias, si interpretamos nuestro Derecho positivo conforme a lo que dice, no conforme a lo que se le hace decir. La primera, porque las palabras «comprar» y «vender» tienen una significación muy clara y a ella hay que atenerse. Y la segunda, porque la tradición está suprimida por los artículos 608 del Código y 34 de la Ley en las inscripciones amparadas en la fe pública registral. Por eso decíamos en otra ocasión (46) que, «antes de pedir la reforma de nuestra legislación hipotecaria, es necesario interpretarla acertadamente, pues no se puede pedir la reforma de una legislación que no se acierta a interpretar; y para ello, lo primero es atenerse a lo que claramente dispone el artículo 608 del Código civil». Y así, interpretando nuestro Derecho positivo, conforme a lo que dice, no a lo que se le ha hecho decir, nuestro sistema hipotecario es incomparablemente más perfecto de todo lo que hasta ahora se había imaginado.

MARIANO HERMIDA LINARES.

Registrador de la Propiedad de Madrid.

(45) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1966, pág. 1.442.

(46) Lug. cit., pág. 1.507.

La inscripción en el Registro de la Propiedad de los terrenos expropiados con motivo de grandes obras hidráulicas construidas por el Estado

INTRODUCCION

Queremos dejar bien claro desde el principio que no pretendemos agotar un tema sumamente difícil, sino simplemente plantearlo e indicar algunas sugerencias sobre el mismo. Admito que es materia ardua, poco elaborada por la doctrina, en la que es fácil vacilar, resbalar y desviarse, pero eso mismo espero que será un atenuante a mi audacia.

El problema que se plantea, como tantos otros, ha de ser examinado desde perspectivas distintas: desde el punto de vista del Derecho administrativo, del hipotecario, sin olvidar el punto de vista práctico, y el económico.

Creo que puede decirse sin error que la legislación hipotecaria no ha previsto como específico el problema de la inscripción de las grandes obras hidráulicas, tal vez por considerarlas del dominio público, y por eso de imposible inscripción, de acuerdo con el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947 o más bien por haberse realizado la mayor parte de las grandes obras hidráulicas con posterioridad a la entrada en vigor de la vigente legislación hipotecaria. Es verdad que el Reglamento Hipotecario,

en los artículos 60 y siguientes, del título II (Inscripción de Obras Públicas, Minas y Aguas), se refiere al problema, pero de la lectura atenta de los artículos dedicados al tema se desprende que están pensados para la inscripción de «concesiones de Obras Públicas, Minas y Aguas». Es cierto, como dice el eminente autor Roca SASTRE (1), que estas mismas normas pueden aplicarse cuando las obras son propiedad del Estado y explotadas por él, directa o indirectamente, pero pienso que su aplicación no puede tener un valor absoluto cuando es el Estado el titular directo de la obra, porque los supuestos son distintos. Tengamos en cuenta, en primer lugar, que en el Derecho hipotecario la concesión tiene una configuración específica como finca especial, y en nuestro caso no existe ninguna concesión, sino que la inscripción recae directamente sobre bienes del Estado. En segundo lugar, en el Reglamento Hipotecario se toma como modelo de inscripción de una obra pública la inscripción de ferrocarriles y la semejanza de éstos con una gran obra hidráulica es lejana. Creo, por tanto, que la regulación de las inscripciones de concesiones de obras públicas nos puede servir de base, pero sin pensar que esto nos da el problema resuelto (2).

Tampoco nos parece acertado acudir (3) a disposiciones anteriores a la vigente Ley y Reglamento Hipotecario, pues la vigencia de tan venerables disposiciones, además de ser dudosa, es de escasa utilidad. No se puede pedir a normas tan añejas que hayan previsto la gran política de construcciones hidráulicas, posterior a la que eran ajenas, pues no olvidemos que las Reales Ordenes de 26 de febrero de 1867 y 20 de diciembre de 1867 (Canal Imperial de Aragón), están dictadas en época de creencias opuestas al intervencionismo estatal, aunque todavía no se hubiese llegado al radicalismo liberal de 1868 (4).

Aun es menos admisible la idea de que «claro que esta materia no tiene la importancia que las ferroviarias, no sólo por la que es propia de los respectivos servicios, sino por la poca extensión en España del sistema de canalización». Se hace excepción, es verdad, de los abastecimientos de agua a poblaciones, pero hoy día

(1) Roca SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 307.

(2) ABEJÓN: *Inscripciones especiales en el Registro de la Propiedad*, en esta REVISTA, 1947, núm. 228, pág. 227.

(3) ABEJÓN: Obra citada, nota anterior, pág. 278.

(4) MARTÍN RETORTILLO: *Aguas públicas y Obras Hidráulicas*, pág. 25.

estas afirmaciones nos parecen hechas hace siglos (5). Lo que sí suscribimos, pero extendiéndolo a todas las grandes obras hidráulicas, no sólo a las realizadas para abastecimiento de agua a poblaciones, es que en las grandes obras hidráulicas, al intervenir elementos diversos, hay que acudir para resolver el problema de su inscripción en el Registro de la Propiedad a los principios generales de la Ley y Reglamento Hipotecario.

L—IMPORTANCIA PRÁCTICA DEL PROBLEMA.

Cada vez son más frecuentes las usurpaciones de terrenos expropiados con motivo de los embalses alentadas por la creciente revalorización de las fincas colindantes, debido al fenómeno moderno del turismo que origina una gran demanda de parcelas. Estas parcelas tienen acceso al Registro de la Propiedad, en base al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y se consuma una usurpación difícilmente atacable, mediante una acción reivindicatoria (6).

No se trata de poner un telón de acero en torno a los bienes del Estado. Preciso es reconocer que la actividad de los particulares, espoleada por el afán de lucro, consigue efectos en los terrenos que tal vez no alcanzara la propia Administración, mediante un mejor aprovechamiento, saneamiento y revalorización, en definitiva.

No se trata, repetimos, de impedir esa actividad de los particulares, sino de encauzarla. Ello, sin embargo, no es óbice para que la Administración organice la defensa jurídica de sus bienes, sin perjuicio de su posterior enajenación o concesión, pero evitando que los bienes del Estado sean fácil presa de la picaresca.

Conviene destacar para comprender mejor la necesidad de organizar la defensa jurídica (preventiva) de los bienes públicos, sean éstos de dominio público o patrimoniales, lo siguiente: la Administración Pública, en su perezoso caminar, cuando intenta reivindicar los terrenos usurpados, dado el carácter puramente civil de la acción, con la consiguiente limitación de posibilidades probatorias, se encontrara con un litigante que, carente a veces de

(5) ABEJÓN: Obra citada, pág. 291.

(6) FORNESA RIBO: *Eficacia del título hipotecario sobre parcelas de la zona marítimo-terrestre*, «Rev. Admon. Pública», núm. 46, pág. 123.

ética, utilizara medios probatorios que no están al alcance de la Administración.

Por eso conviene tener de antemano unas defensas jurídicas, constituidas, no por utópicas declaraciones de imprescriptibilidad, inalienabilidad, acción de oficio, etc., que se han mostrado inoperantes—no en vano se habla de crisis del concepto de dominio público—(7). No cabe duda que la mejor defensa jurídica es la inscripción de esos bienes en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, es preciso encontrar una fórmula jurídicamente aceptable y económicamente viable. Este último aspecto es importantísimo, pues no se puede cargar sobre los presupuestos de obras del Estado el gasto adicional que supondría una inscripción por fincas que se cuentan por millares en muchas obras hidráulicas, debido al minifundismo agrícola de muchas zonas de nuestra Patria, máxime teniendo en cuenta que muchas de ellas no estaban inscritas en el Registro de la Propiedad con anterioridad a su expropiación por el Estado y habrán de integrarse posteriormente en el dominio público del Estado, sin haber conocido la tranquilidad de la vida registral.

Además, la inscripción a nombre del Estado de esos miles de fincas carece de interés, pues no coincide con los términos que se manejan, una vez terminado el expediente de expropiación, pues se hablará de embalse, polígono, paraje, etc., sin tener para nada en cuenta cada una de esas fincas que pasan a perderse en un concepto más amplio.

De ello resulta un dilema: no inscribir las fincas procedentes de la expropiación forzosa, incumpliendo las disposiciones legales o inscribirlas de forma indiscriminada, cargando sobre el Estado unos gastos cuantiosos. Creemos que el problema es verdaderamente interesante.

(7) GONZÁLEZ BERENGUER-URRUTIA: *La crisis del concepto de dominio público*, «Revista de Administración Pública», núm. 56, págs. 151 y sigs.

II.—NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TERRENOS EXPROPIADOS UNA VEZ INCORPORADOS A UNA GRAN OBRA HIDRÁULICA.

A) *Idea general.*

Problema fundamental para conocer la posibilidad de inscribir los terrenos una vez incorporados a la obra hidráulica, es el de saber su naturaleza jurídica, pues, de acuerdo con el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario quedan exceptuados de la inscripción: «Los bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del Código civil, ya sean de uso general, ya pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de defensa del territorio.»

En principio, entiendo que no puede darse una solución categórica al problema, «en bloque». No hay duda de que muchos de los bienes afectados por una expropiación y que se integran en la obra hidráulica pasan claramente a ser de dominio público. En esto no hay posible discrepancia, pero ¿pasan todos los bienes expropiados con motivo de una obra hidráulica al dominio público? ¿Hasta donde llega el dominio público y qué criterio podemos utilizar para distinguir de entre los bienes expropiados los que se convierten al dominio público de los patrimoniales del Estado? He ahí dos grandes interrogantes que presiden nuestro dscurso.

B) *Dominio público.*

a) *Concepto.*

GARRIDO FALLA (8) considera el dominio público como: «Derecho de Propiedad que el Estado tiene sobre determinados bienes en cuanto sometido a un régimen jurídico exorbitante del civil». Es desde

(8) GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, págs. 356 y sigs., Madrid, 1962.

luego problema fundamental encontrar un criterio que sirva para deslindar los dos tipos de bienes de que el Estado es titular: bienes demaniales y bienes patrimoniales. Es cierto que esta distinción está en crisis doctrinal y legalmente; cada vez se acercan más las características de ambos tipos de bienes; puede hablarse de una influencia mutua de ambos regímenes en los bienes de que el Estado es titular. Sin embargo, sigue siendo válida, al menos desde el punto de vista legal y, concretamente, desde el punto de vista de la Legislación Hipotecaria, la distinción entre bienes patrimoniales del Estado y bienes demaniales.

La Legislación española (art. 339 del Código civil) no establece que haya de entenderse por bienes de dominio público, sino que enumera una serie de bienes de dominio público que, según todos los autores no tiene carácter exhaustivo. De ahí la búsqueda de un criterio que permita distinguir los bienes demaniales y patrimoniales (aparte de los bienes calificados legalmente como bienes de dominio público).

Las doctrinas fundamentales son:

- a) Dominio público por naturaleza.
- b) Dominio público por afección.

La crítica de la doctrina del dominio público por naturaleza se basa, en que si bien las carreteras en su conjunto, los ríos, etcétera, no pueden ser poseídos por particulares, si pueden estos poseer pequeñas parcelas. Además, en definitiva, no hay bienes de dominio público que *per se* no sean de apropiación privada.

Según la teoría de la afectación, dominio público, es aquella parte del dominio del Estado afectada al uso de todos, o al funcionamiento de los servicios públicos y en consecuencia, sujeta a un régimen jurídico especial.

Pero este criterio de la afectación, si bien es necesario, no es suficiente, pues por una parte existen bienes patrimoniales del Estado que éste afecta a servicios públicos, sin que por ello sean considerados bienes de dominio público. La propia Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, en su artículo 72 dice: «La disposición que autorice la permuta llevará implícita en su caso la desafectación del inmueble de que se trate y su declaración de alienabilidad». También del Reglamento Hipotecario se puede de-

ducir que la afectación por sí sola no es suficiente para calificar un bien como de dominio público, como veremos más adelante.

Este concepto peca en definitiva de excesiva generalidad, pues elevado a sus últimas consecuencias, nos llevaría a la conclusión de que «el modesto tintero que utiliza el empleado de un Ayuntamiento puede convertirse en un bien de dominio público» (9).

De ahí que hayan surgido una serie de doctrinas restrictivas que exigen que el bien en cuestión desempeñe un papel preponderante en la obra pública a la que esté afectado, bien que sea irremplazable o la existencia de una inmediatividad. Otros hablan de que la afectación sea evidente. Este último criterio puede ser interesante desde el punto de vista hipotecario y a él nos referiremos más tarde.

De lo que no cabe duda es de que el criterio de la afectación ha de entenderse restrictivamente y que solamente han de considerarse de dominio público aquellos bienes que están especialmente vinculados al servicio público.

Tampoco creo que los criterios restrictivos que acabamos de apuntar sean excluyentes, antes bien pienso, que pasando la afectación de un bien a un servicio público por el tamiz de uno o varios criterios restrictivos podemos llegar a una idea suficientemente clara de si estamos ante un bien demanial del Estado o patrimonial.

b) *El problema en el derecho positivo.*

El artículo 339 del Código civil recoge la tesis de la afectación. Dice así:

«Son bienes de dominio público:

1.º Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos.

2.º Los que pertenecen privativamente al Estado sin ser de uso común y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional; como las murallas, fortalezas y demás obras

(9) GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 394.

de defensa del territorio y las minas mientras que no se otorgue su concesión.»

En ambos supuestos se trata de bienes afectados a una utilidad pública.

El Código civil no habla de bienes de «dominio público por naturaleza», sin embargo, hay determinados tipos de bienes destinados al uso público afectados al dominio público por naturaleza (zona marítimo-terrestre, minas, etc.)

En estos casos basta que la Ley declare el carácter de dominio público de los bienes de determinada naturaleza para que todos los que participen de ella vengan a integrarse en el dominio público.

La naturaleza jurídica de los bienes expropiados con motivo de la construcción de embalses, ya hemos dicho que comprenden a veces Municipios enteros, no puede darse por resuelta con la simple lectura del artículo 339 del Código civil en el cual se dice que los canales son de dominio público.

A nuestro juicio, y sin pretensión ninguna de tecnicismo, podemos distinguir tres zonas de terrenos expropiados: los terrenos afectados inmediatamente por las obras principales, una zona de protección circundante cuya extensión puede variar, los terrenos ocupados por obras auxiliares (poblados construidos para alojamiento del personal durante las obras, por ejemplo), y una zona exterior expropiada muchas veces a petición de los propietarios afectados, que al serles ocupado lo mejor de sus tierras, les resulta antieconómica e imposible la explotación del resto.

Creo que no es lógico pronunciarse, como se hace siempre con una visión simplista por el carácter demanial de todos los terrenos expropiados con motivo de los embalses.

El artículo 34 de la Ley de Aguas en su párrafo 2.º considera de dominio público los álveos o cauces naturales de los ríos en la extensión que cubren sus aguas en las mayores avenidas ordinarias. Su aplicación a los embalses tampoco puede ser literal, puesto que no se trata de cauces naturales, sino analógica.

El artículo 408, 5.º del Código civil, puede servirnos para precisar más, pues al considerar que «en toda acequia o acueducto, el agua, el cauce, los cajeros y los márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio», por lo que en nues-

tro caso no cabe duda que son de dominio público como la obra a que pertenecen.

El artículo 407, 2, insiste en la idea de que los cauces por donde corren las aguas públicas son de dominio público.

El Decreto de 7 de enero de 1927, en su artículo 1.º, dice que pueden ser objeto de concesión: «Los terrenos de dominio público necesarios para las obras de toma, conducción y distribución del agua y los invadidos por el remanso en los embalses necesarios para cualquier clase de aprovechamientos».

«Los terrenos de dominio público necesarios para la instalación de fábricas o artefactos en que haya de utilizarse el agua concedida o para el canal o canales de desagüe y obras accesorias y complementarias de toda clase de aprovechamientos».

De este último párrafo no podemos sacar una conclusión decisiva de que los terrenos sobre los que se hallen las fábricas, artefactos o sobre los que existan obras accesorias o complementarias sean de dominio público, pues lo único que dice el párrafo citado es que cuando sea preciso instalarlas sobre bienes de dominio público, la concesión de aguas se extenderá a estos terrenos. Pero el problema está precisamente en saber *cuando* esos terrenos son de dominio público, pues solamente en este caso puede hablarse técnicamente de concesión. Por tanto, este apartado tercero no arroja luz ninguna sobre nuestro problema.

c) *El problema en la Jurisprudencia.*

La Jurisprudencia moderna no ha tenido ocasión, que sepamos, de pronunciarse con frecuencia sobre estos problemas, pero como excepción citamos la sentencia de 19 de noviembre de 1953:

«Que al tener por tanto como cierto y probado que por el barranco en cuestión—que, según se dice se halla cubierto en gran parte y convertido en una verdadera cloaca—se dá salida al mar de las expresadas aguas pluviales y residuales sin que durante su tránsito por el mismo se aprovechen en forma alguna por nadie, no puede dudarse de que se han calificado con acierto, de dominio público, las aguas y el barranco que les sirve de cauce interpretando y aplicando el Tribunal *a quo* debidamente el número 9 del artículo 407 del Código civil y el 2.º y 30 de la Ley de Aguas de 13 de

junio de 1879, en el primero de los cuales se ennumeran entre las aguas de dominio público los sobrantes de las cloacas, y en los otros se califican de públicas las pluviales que discurren por barrancos o ramblas cuyos cauces son de ese dominio público; se establece que al mismo corresponden los cauces que no pertenecen a la propiedad privada, y en su consecuencia no se ha cometido por el fallo de la Audiencia, ninguna de las infracciones que en este Recurso se le imputan». En el mismo sentido la Sentencia de 30 de enero de 1954.

Más interés tiene en relación con el problema que aquí tratamos, la Sentencia de 30 de noviembre de 1965, en donde se profundiza en la naturaleza jurídica del dominio público, aceptando desde luego la tesis de la afectación y haciendo gala de una depurada técnica jurídica.

«...Por obra de la condición de estos bienes en poder del Estado como necesarios para la defensa nacional, tienen el carácter de dominio público adscrito a aquella necesidad y a favor de su actual propietario, lo que le atribuye un derecho de los llamados demaniales, en el sentido teleológico de la actividad de la Administración, como operativa fundamental para la consecución de sus fines, utilizando para ello el servicio de un Patrimonio, concepto novísimo éste, en que la originalidad a través del vocablo *Domäne* aparece primero en los tratadistas alemanes antes que en los italianos, y se refleja como nomenclatura legal por primera vez en el Código civil italiano de 1942 al expresar los bienes que forman parte del *demanio pubblico*, como inherente a la función de su atributo que es lo que constituyen su especialísima condición jurídica y refieren su tutela a la Administración, determinándose su posesión como una de aquellas cosas fuera del comercio en todo caso y en las que cabe la concesión de parte del goce sin perturbación esencial de la naturaleza como bienes de patrimonio indispensable por la esencialidad de su adscripción funcional más que de su destino; concepto aportado al Derecho Español en la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y que se utiliza en su artículo 5.º referido a la «naturaleza demanial» de los bienes y en el Reglamento de la Ley citada, dictada el 5 de noviembre de 1964, si bien ambas disposiciones sólo cabrá estimarlas con criterio de orientación doctrinal respecto al concepto de «bienes del

Estado», dada la fecha de promulgación de ambas disposiciones. «...y que en definitiva, según el artículo 23 de dicha Ley del Patrimonio harán que se rijan por las mismas normas de la Ley de Expropiación forzosa, las adquisiciones que provengan de expropiación, con lo que se revierte el examen al análisis de la Legislación aplicable, según el contenido de la propia Ley».

d) *Titularidad del dominio público.*

Sólo las entidades públicas pueden ser titulares del dominio público, nunca las personas privadas. El Código civil en su artículo 339, sólo se refiere al dominio público del Estado, a las provincias y a los pueblos (343 y 344). En los artículos citados se habla exclusivamente de entidades públicas de carácter territorial, por lo que se plantea el problema de si las entidades públicas de carácter institucional pueden ser titulares del dominio público.

Existe quien lo niega, pero es el caso que existen administraciones institucionales creadas con el fin exclusivo de mantener la titularidad de un sector del dominio público. GENDÍN (10), cita las Confederaciones Hidrográficas y Juntas de Obras del Puerto.

El caso podría explicarse diciendo que actúan por cuenta del Estado. Quizá sea esta la explicación al hecho de que el Derecho Positivo sólo habla de bienes patrimoniales en relación con los entes institucionales. Así el artículo 10 de la Ley de E. E. A., de 26 de octubre de 1958, dice: «Los bienes que el Estado adscriba a los Organismos Autónomos, conservarán su calificación jurídica originaria, los Organismos que los reciban no adquieren su propiedad y los habrán de utilizar exclusivamente para el cumplimiento de sus fines, bien en forma directa, bien mediante la percepción de sus rentas o fines».

Pero el hecho es, dice GARRIDO FALLA, que Entidades de este tipo, pueden darse. Es el caso de la RENFE o el caso hipotético de una entidad que se crease para la conservación de carreteras.

La Ley del Patrimonio del Estado (art. 80, 2), continúa en la misma idea: «Las Entidades que reciban dichos bienes no adquieren la propiedad y habrán de utilizarlos exclusivamente para el cumplimiento de los fines que determine la adscripción, bien sea

(10) GENDÍN: *El dominio público*, pág. 39.

en forma directa, bien mediante la percepción de sus *rentas o frutos*.

En cuanto a los bienes de dominio público, la Ley del Patrimonio del Estado, Tit. IV, cap. 1.º, establece que las competencias que el Estado tiene sobre ellos se ejercitan a través del Ministerio de Hacienda (arts. 113 a 123), sin embargo, admite (art. 121) como caso normal que los bienes de dominio público están «bajo la Administración y custodia» de otros Departamentos y que estos mismos Departamentos (art. 126) *pueden dar autorizaciones o concesiones* de utilización del dominio público en las que se incluirá el plazo de duración que no puede ser superior a noventa y nueve años, guardando el Ministerio de Hacienda el control de esas condiciones y autorizaciones a través del conocimiento e informe del clausulado general de cada tipo de concesión o autorización.

e) *Afectación de los bienes de dominio público.*

La Ley del Patrimonio del Estado dedica al tema el Cap. I del Título IV (afectación al dominio público).

En los artículos dedicados al problema (art. 116, por ejemplo), sólo se habla de una afectación expresa: «La afectación de los bienes patrimoniales se hará por orden expresa del Ministerio de Hacienda», aunque también se admite la afectación implícita.

¿Quiere esto decir que no existen otras formas de afectación? Entendemos que no. Hay determinados bienes declarados legalmente y con carácter general de dominio público (los enumerados en el art. 339 del Código civil) para los que no es necesario un acto administrativo de afectación expresa ni tácita, ya que todos los bienes de igual naturaleza a los enumerados en el Código civil, han de considerarse afectados al dominio público por declaración legal.

Por eso, el artículo 116 de la Ley del Patrimonio del Estado ha de interpretarse lógicamente referido a aquellos bienes que no estén declarados legalmente de dominio público.

En cuanto a los bienes no declarados legalmente de dominio público, entendemos que puede haber una afectación implícita en los actos administrativos de contenido diverso e incluso entiendo que puede haber una afectación de hecho o tácita derivada de ac-

tos materiales de la Administración, pues, en definitiva lo que importa, es la afectación real de un bien al uso público o a un servicio público.

En este sentido es claro el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955 en su artículo 4.º: «Se entenderá además, producida la afectación de bienes a un uso o servicio público o comunal sin necesidad de acto formal cuando:

... b) Se utilizaren durante veinticinco años bienes de propios en uso o servicio público o comunal.»

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la presunción es favorable a la patrimonialidad de los bienes. En su consecuencia no tratándose de bienes declarados formalmente de dominio público, bien por una Ley o por un acto administrativo habrá de estarse a su patrimonialidad mientras no conste claramente su afectación al dominio público.

En cuanto a los bienes de Organismos Autónomos, la Ley del Patrimonio del Estado, eco en este caso de la L. E. E. A., declara solemnemente que no perderán su condición jurídica original los bienes encomendados a los Organismos Autónomos (art. 80, 2), pero en el artículo 84 (Secc. 7, Bienes inmuebles propiedad de Organismos Autónomos) parece a simple vista contradecirse, pues habla de «Los bienes inmuebles propiedad de los Organismos Autónomos» y añade «integrados por ende en sus respectivos patrimonios» sin restricción alguna. ¿Cómo se salva esta antinomia?

Creemos que no a base de disquisiciones formalistas, sino considerando que la regla general es que los Organismos Autónomos no son propietarios de los bienes a ellos encomendados, a menos que en su propia Ley constitutiva les atribuya en propiedad unos bienes (que pueden ser de dominio público) para el cumplimiento de sus fines.

III.—OBLIGATORIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN DE LOS BIENES DEL ESTADO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

El artículo 42 de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 establece que «el Ministerio de Hacienda, por medio de sus servicios patrimoniales, inscribirá en los correspondientes Regis-

tros, a nombre del Estado, los bienes y derechos de éste que sean susceptibles de inscripción», y en el 47 añade: «Los Registradores de la Propiedad, cuando conocieren la existencia de bienes de los enumerados en el artículo 42 no inscritos debidamente, lo pondrá en conocimiento del Ministerio de Hacienda para que provea.» La obligación se refiere a los bienes patrimoniales.

La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 establece ya, en las actuaciones preliminares del expediente (art. 3), la obligación de acudir al Registro de la Propiedad y entender los sucesivos trámites con los titulares registrales. Una vez u'timado el expediente, con el Acta de Pago y de Ocupación definitiva (artículo 53), dice que estos documentos serán: «Título bastante para que en el Registro de la Propiedad y en los demás Registros públicos se inscriba o tome razón de la transmisión de dominio.»

Y en el artículo 60 del Reglamento, para aplicación de la Ley de Expropiación Forzosa, de 26 de abril de 1957:

«1. Cuando los bienes objeto de la expropiación sean inscribibles en algún Registro público, el expropiante o beneficiario solicitarán la inscripción en el mismo de la transmisión, constitución o extinción de los derechos que hayan tenido lugar para la expropiación forzosa.

De la atenta lectura, tanto de la Ley como del Reglamento, se deduce la existencia de dos tipos de bienes: unos inscribibles y otros no inscribibles, dentro de los expropiados.

En definitiva, la Ley de Expropiación Forzosa, cosa por otra parte lógica, no aborda el problema, sino que lo remite a la legislación hipotecaria, pues el Reglamento de Expropiación Forzosa sólo dice «cuando sean inscribibles». Ahí está nuestro problema, saber cuándo son inscribibles. Esto depende de la naturaleza jurídica de los bienes y de la nueva que vayan a adquirir, pues se presentan varias hipótesis: bienes que ya son de dominio público y en los que lo único que varía es el tipo de afectación (mutación demanial), bienes que son privados y pasan al dominio público, y bienes que son de particulares y pasan al dominio privado del Estado (patrimoniales). Y aun se complica más el problema, pues de esos bienes expropiados, unos están inscritos y otros no, en el Registro.

Llegados a este punto debemos notar que la Ley del Patrimonio del Estado, en el artículo 219 del título IV, capítulo I (afectación

al dominio público), dice: «Con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, las adquisiciones de bienes que se realicen en virtud de expropiación forzosa, la afectación se entenderá implícita en la misma.» Como se desprende del propio sentido literal, no se refiere a los bienes expropiados en virtud de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954. Por tanto, no hace falta insistir en este punto; el hecho de que la adquisición de unos bienes se haga en virtud de expediente de expropiación, caso normal en los terrenos adquiridos con motivo de los embalses, no prejuzga su carácter de *patrimoniales* o *demaniales* de los bienes.

IV.—LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

a) *Idea general.*

Tradicionalmente se han considerado como notas del dominio público: la imprescriptibilidad (duración indefinida de la acción para recuperar los bienes), inalienabilidad (imposibilidad de vender estos bienes mientras no fueran desafectados), acción de oficio para recuperarlos, deslinde administrativo, publicidad posesoria que se traduce en la imposibilidad de inscribir tales bienes en el Registro de la Propiedad. Hoy todas estas notas están en crisis (11).

Aquí nos vamos a referir exclusivamente a una de ellas, la publicidad posesoria de los bienes de dominio público.

La publicidad posesoria de los bienes de dominio público significa que el ente titular del dominio público no necesita utilizar el sistema de garantías que supone la inscripción en el Registro de la Propiedad; que la posesión administrativa y el propio carácter demanial son suficientes (12).

Es cierto que el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario excluye de la inscripción en el Registro de la Propiedad los bienes de uso público y servicio público estatal. Pero este principio quiebra en algunos casos:

(11) GONZÁLEZ BERENGUER. *Sobre la crisis del concepto de dominio público*, «Revista de Administración Pública», núm. 56, págs. 191 y sigs.

(12) Ver polémica suscitada en la materia. MORENO-PÁEZ. *En torno a la inscripción de los bienes municipales*, en esta REVISTA, núms. 328-329, 1955, página 563

— El artículo 11 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 ordena que los montes considerados como de utilidad pública han de inscribirse en el Registro de la Propiedad. Claro que esto no es un argumento definitivo, pues esto supone dar por sentado que esos montes son de dominio público sin más, cosa que no todos admiten.

— El artículo 35 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales ordena la inscripción de los bienes de las Corporaciones Locales, sin distinción de la naturaleza jurídica de estos bienes.

Cabe preguntarse si en estos casos estamos en un supuesto de imposibilidad de inscripción o se trata simplemente de que su inscripción no es obligatoria. De acuerdo con el sentido literal del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario, no cabe duda que no son inscribibles los bienes de dominio público, ya estén destinados al uso público o a un servicio público. Sin embargo, es frecuente la inscripción de bienes de este segundo grupo (13), y el artículo 303 del Reglamento Hipotecario presupone su inscripción, pues entre los requisitos que deben expresarse en las certificaciones de dominio a los efectos de inmatriculación de bienes de entes públicos figura «el servicio público u objeto a que estuviere destinada la finca». De donde, además, se deduce que la afectación no es nota exclusiva de los bienes de dominio público.

Además, el artículo 16 no distingue entre bienes demaniales y patrimoniales, sino que habla de las dependencias a cuyo cargo estén los bienes expresados.

La Ley de Expropiación Forzosa y la del Patrimonio no resuelven el problema tampoco, pues hablan de que se inscribirán «en su caso» (Ley del Patrimonio) (cuando sean inscribibles» (Ley de Expropiación Forzosa).

Por eso suscribimos completamente la afirmación de GARRIDO FALLA de que no puede hacerse en esta materia una aseveración en bloque sin distinguir matices, pues mientras que los bienes de dominio público por su naturaleza no son inscribibles, los bienes, cuya cualidad de demaniales depende de su afectación o al menos, añadimos nosotros, cuando ésta «no salta a la vista», creemos que es potestativa su inscripción y resulta muy conveniente para evitar

(13) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, vol. III, pág. 211.

las usurpaciones de que son objeto precisamente a través del Registro. De este modo combatiríamos el mal en su raíz.

En cuanto a la posibilidad de inscribir los bienes patrimoniales, no puede haber duda alguna, no sólo la posibilidad, sino la obligación de inscribirlos, de acuerdo con el artículo 2.º del Reglamento Hipotecario y artículo 42 de la Ley del Patrimonio del Estado, entre otros.

Como resumen, podemos decir que los terrenos expropiados pueden pasar al dominio público del Estado o a ser bienes patrimoniales del mismo, afectados, en cierto sentido, a la obra pública, pero con una menor intensidad.

Los primeros, es decir, los terrenos de propiedad privada que pasan a integrarse en el dominio público, pueden presentarse bajo dos hipótesis: terrenos inscritos en el Registro de la Propiedad, con anterioridad a la expropiación, o, caso muy frecuente, que no estuvieren inscritos. En el primer caso, a fin de que el Registro esté acorde con la realidad, debe constatarse en el Registro la circunstancia de haber pasado a integrar el dominio público. En el segundo, es decir, cuando se trata de fincas que nunca estuvieron inscritas en el Registro de la Propiedad y que pasan a formar claramente parte del dominio público y cuya afectación «hiere los sentidos», es el caso de fincas cubiertas permanentemente por las aguas de un embalse, creo que no deben inscribirse, pues, aparte de ser una operación carente de utilidad, ninguna razón puede justificar su acceso al Registro, cuya entrada les está prohibida por el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario, y, en realidad, el Registro no puede añadir un ápice a su publicidad posesoria. Finalmente, los terrenos, cuya afectación al dominio público puede ser dudosa o claramente no están afectos al dominio público, han de inscribirse.

b) *El problema en los grandes embalses.*

Los principios anteriores, al aplicarlos a un caso concreto de inscripción de un gran embalse, pueden presentar serias dificultades. Nosotros vamos a intentar proponer una solución, arriesgándonos a equivocarnos en una materia huérfana de regulación específica, pero damos por bien empleados todos los riesgos, si esto

sirve para que otras plumas más especializadas nos rectifiquen.

Los terrenos expropiados con motivo de un embalse se destinan a grandes rasgos, y sin pretensión técnica alguna, de las siguiente forma: unos a servir de soporte a las obras de fábrica o a ser cubiertos constantemente por las aguas; una segunda zona es la que normalmente puede ser cubierta por el agua (cota de máximo embalse normal); otra zona de protección mínima para caso de grandes avenidas, y una zona exterior destinada normalmente a repoblación forestal para prevenir la erosión y los aterramientos de los embalses. Finalmente, hay que tener en cuenta los terrenos ocupados por obras auxiliares y estas mismas obras, tales como caminos, líneas eléctricas, de teléfonos, edificios para alojar al personal encargado de la construcción del embalse y posteriormente de su conservación y explotación, etc.

El dominio público sobre los terrenos inundados hasta la cota de máximo embalse es claro, incluso la zona de protección mínima que puede ser afectada por el oleaje o por alguna riada extraordinaria a embalse lleno es claramente de dominio público, pues a ambas zonas puede aplicárseles por analogía el artículo 34 de la Ley de Aguas, que dispone: «Son de dominio público...» «2.º Los álveos cauces naturales de los ríos en la extensión que cubren sus aguas en las mayores crecidas ordinarias.»

c) *Formas de inscribir las grandes obras hidráulicas.*

Teóricamente caben dos soluciones: considerar la totalidad de la obra hidráulica como un todo, sin parar en la heterogeneidad de los elementos que la componen, aplicando para la inscripción las normas que el Reglamento Hipotecario (arts. 60 y sigs.) prevén para la inscripción de concesiones de ferrocarriles y demás obras públicas; considerar a la totalidad de la obra hidráulica como finca especial (14); aun cabe una tercera solución que es distinguir la diversa naturaleza jurídica de los bienes afectados a una gran obra hidráulica y su situación registral anterior a la expropiación. Creo que este último sistema es el más aconsejable, si se quiere que el Registro cump'a con sus fines fundamentales

(14) DÍE LAMANA: *Un caso de propiedad compleja: el agua*, en esta REVISTA, número 455, pág. 929.

de protección del tráfico jurídico, información, etc., pues la complejidad de las fincas y obras a inscribir, su diversa naturaleza jurídica, situación, etc., es tal, que si se quiere que el Registro de la Propiedad no pierda el compás de la actuación administrativa posterior a la expropiación, ha de nacer la inscripción viable y de fácil manejo.

No cabe duda que las grandes obras hidráulicas son una entidad compleja; no se trata de una superficie deslindada, comprendida dentro de un perímetro determinado. La obra hidráulica no es una extensión de terreno, sino una *res universa*, compuesta de elementos varios, uno de los cuales es el terreno. Dentro de ella entra un conglomerado de cosas, pero no es sólo eso, la relación de esos diversos elementos con la obra pública es muy distinta. Existen, como hemos destacado, elementos cuya relación con la obra pública es fundamental, inmediata y clara, pero otras veces esta relación no es clara. Unos bienes son inscribibles; otros no, y otros cuya inscripción es simplemente facultativa. Cubrir con el manto del Registro tan diversos bienes resulta ineficaz, pues unos bienes no necesitan la protección registral; tienen una personalidad tan acusada, que se revelarán y desgarrarán ese manto artificial, no se resignarán a una vida tabular congelada.

Puesto que, a mi entender, no está resuelto el problema de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las grandes obras hidráulicas construidas por el Estado, ni legal ni reglamentariamente, y en tanto esas normas se dicten, debemos partir de la consideración de la obra hidráulica como una entidad compleja, y a la luz de la función que cada elemento desempeña en la obra pública, de su naturaleza y del fin que cumple el Registro de la Propiedad, plantearse el problema.

V.—LA EXPROPIACIÓN FORZOSA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

a) *Idea general.*

La expropiación forzosa muy bien puede ser definida como «instituto de Derecho público, que consiste en la transferencia coactiva de la propiedad de un particular a una Administración

pública o a otro particular, por razón de interés público y previo pago de su valor económico» (15).

La expropiación forzosa da lugar a una transmisión de dominio a favor del expropiante o beneficiario. No implica una compraventa forzosa, pues no es un negocio jurídico de transmisión de propiedad, no se produce una verdadera transmisión de propiedad (sucesión), sino más bien una adquisición originaria (16). Se trata de una especie de «transustanciación» ejercida por un acto de soberanía del Estado, que convierte el derecho de propiedad en un derecho sobre el precio. Esto tiene gran trascendencia, pues en caso de una doble inmatriculación de una misma finca, la pugna entre los dos titulares de hojas registrales se convierte en pugna sobre el precio. Pero pese a las peculiaridades que presenta la expropiación, en definitiva se realiza a través de ella una transmisión de dominio, bien que *sui generis*, y es, por tanto un acto en sí registrable.

Desde el punto de vista hipotecario, la expropiación forzosa presenta los siguientes problemas:

b) *Modo de hacer constar en el Registro de la Propiedad la expropiación.*

La expropiación, al provocar un traspaso de propiedad, habrá de hacerse constar en el Registro de la Propiedad mediante un asiento de inscripción, pues claramente lo expresa el artículo 32 del Reglamento Hipotecario, al decir que «las hojas de valoración y las actas de ocupación contendrán las circunstancias necesarias para la inscripción».

La expropiación forzosa se hará constar registralmente por medio de nota marginal cuando, por consecuencia de la misma, un inmueble inmatriculado pase en todo o en parte de bien de dominio privado a bien de dominio público de los exceptuados de inscripción, según el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario. Así lo indica claramente el artículo 6.º del propio Reglamento Hipotecario: «Si un inmueble de propiedad privada o parte del mismo adquiere la naturaleza de alguno de los enumerados en el

(15) GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 226.

(16) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo III, págs. 231 y sigs.

artículo anterior, se hará constar esta circunstancia por nota marginal.»

c) *Título inscribible.*

Según el artículo 53 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954: «El acta de pago y la de ocupación que se extenderá a continuación de aquélla será título bastante para que en el Registro de la Propiedad y en los demás Registros Públicos se inscriba o tome razón de la transmisión de dominio y se verifique, en su caso, la cancelación de las cargas, gravámenes y derechos reales de toda clase a que estuvieren afectos las cosas expropiadas.» En parecidos términos, aunque con técnica más deficiente, se expresa el artículo 32 del Reglamento Hipotecario.

Esta forma de inscribir las fincas expropiadas en base al Acta de pago y de ocupación que se extiende por cada finca, plantea algunos problemas, pues ya hemos dicho que la inscripción de miles de fincas, a veces minúsculas, a veces expropiadas parcialmente, plantea el problema, prescindiendo del económico, de su escasa utilidad. Es verdad que puede luego realizarse la agrupación de estas fincas en una sola o en varias de mayores dimensiones, de acuerdo con el artículo 44 del Reglamento Hipotecario, y ello aun cuando las fincas no sean colindantes entre sí, puesto que existe entre ellas una unidad económica y orgánica, pero sería de desear de *lege ferenda* una mayor simplificación.

Esta agrupación de fincas se realiza normalmente, de acuerdo con el Reglamento Hipotecario (art. 50), por Escritura Notarial, pero la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 prevé, en el artículo 43, que: «Las operaciones de agrupación, división y segregación de fincas del Estado, se practicarán mediante el traslado de la disposición administrativa en cuya virtud se verifiquen.» No se dice a qué disposición administrativa se refiere, pero pienso que muy bien puede servir una certificación de dominio expedida al efecto.

d) *Circunstancias de los asientos.*

Cuando la expropiación dé lugar a una inscripción, las circunstancias serán las generales que establece el artículo 9.º de la

Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. En la misma inscripción, por medio de notas marginales, podrá hacerse constar la cancelación de cargas, con referencia a las fincas en que figuran inscritas.

Cuando la expropiación dé lugar a una nota marginal a la finca expropiada, estas notas deberán contener la expresión de haber sido expropiada, total o parcialmente, la finca, clase de documento, lugar y fecha de su otorgamiento y funcionario autorizante.

Es muy importante que la documentación del expediente expropiatorio que ha de servir para inscribir las fincas expropiadas tenga todos los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria. En cuanto a las obras hidráulicas a cargo de las Confederaciones Hidrográficas, la Instrucción, aprobada por Decreto de 23 de marzo de 1928, ordena, en el artículo 90, redactar para cada finca un acta, «en la que se tengan en cuenta todos los requisitos de la Ley Hipotecaria» a los efectos, añade en el artículo 91 de que «pueda procederse a inscribir a *nombre de la Confederación* todas las fincas ocupadas».

e) *Cargas y gravámenes.*

La expropiación transmite la finca al expropiante o beneficiario, libre de toda carga o gravamen en un sentido absoluto. Así lo dispone el artículo 8.º de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, pero esa prerrogativa lleva como aneja la obligación de entender las actuaciones del expediente (art. 3.º de la Ley de Expropiación Forzosa) con los titulares registrales.

Esta doctrina coincide, por lo demás, con la que inspira el artículo 32 del Reglamento Hipotecario, pues exige para inscribir la finca expropiada «que los interesados, según el Registro, han concurrido al pago de la indemnización y consienten que se cancelen los respectivos derechos».

Con frecuencia, por seguirse las expropiaciones sin contar con el Registro de la Propiedad el organismo expropiante o beneficiario de la expropiación, se encuentra, al pretender inscribir la finca a su favor, con la sorpresa de que el titular a quien se ha pagado el justiprecio no es el titular registral de la finca o que no se han

citado en el expediente de expropiación a los titulares de derechos reales sobre la finca expropiada. En ambos casos, el Registrador ha de denegar la inscripción de la finca expropiada, a nuestro entender.

f) Posibilidad de inscribir las fincas expropiadas por medio de certificación de dominio.

El artículo 206 de la Ley Hipotecaria dice: «El Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho público o servicios organizados que forman parte de la estructura política las de aquél, y de la Iglesia Católica, cuando carezcan de título escrito de dominio, podrán inscribir el de los bienes inmuebles que les pertenezcan mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos, en la que se expresará el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos».

La propia Ley del Patrimonio del Estado insiste: «Cuando el Estado carezca de títulos de dominio, los particulares podrán exigir que inmatricule los bienes antes de su enajenación por el procedimiento establecido en el artículo 206 de la misma Ley» (Ley Hipotecaria, que se refiere a la certificación de dominio).

La Dirección General de Registros y del Notariado, en Resoluciones de 12 de diciembre de 1953, 19 de octubre de 1955 y 24 de noviembre de 1960, ha declarado que, «por lo excepcional de este procedimiento inmatriculador, es necesario que conste de una manera clara y terminante la formal afirmación de no existir título de dominio inscrito o inscribible».

Es decir, que, cuando existe Acta de ocupación y pago por cada una de las fincas, esos serán los únicos y suficientes documentos para inscribir las fincas a nombre del Estado, y una vez inscritas las fincas, podrán agruparse en base a una certificación de dominio, de acuerdo con el artículo 42 de la Ley del Patrimonio del Estado.

Pero ¿qué ocurre si falta alguno de esos documentos o carecen de los requisitos fundamentales? Este caso, contra lo que pudiera parecer, no es muy raro en la práctica.

El artículo 206 de la Ley Hipotecaria habla de que cuando el

Estado «carezca de título escrito de dominio», pero el artículo 303 del Reglamento Hipotecario emplea la frase de que «no exista título inscribible». Este creemos que es el verdadero supuesto; es decir, aquel en que no existe título inscribible.

Sin embargo, este requisito depende en su cumplimiento de la autoridad o funcionario que expide la certificación, pues en ninguno de los párrafos del artículo 303 se exige hacer la manifestación de que no existe título inscribible, ya que el párrafo 4.º del artículo 303 sólo obliga a hacer constar «el título de adquisición o el modo cómo fueron adquiridos».

En estos casos, y a fin de que a través de la certificación de dominio no se filtre una doble inmatriculación, conviene acompañar como documentos complementarios de la certificación algún documento del expediente de expropiación: *Actas previas* a la ocupación (en los expedientes tramitados por el procedimiento de urgencia), *Hojas de Justiprecio*, etc., y plano parcelario para lograr una perfecta identificación de la finca. En definitiva, si surgiera algún problema (17), podría solucionarse acudiendo por analogía al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, es decir, oyendo a los titulares registrales.

1) *Circunstancias que deben expresar las certificaciones de dominio.*

Las circunstancias que deben consignarse en las certificaciones de dominio son las expresadas en el artículo 303 del Reglamento Hipotecario:

1.º Naturaleza, situación, medida, superficie, linderos, denominación y cargas reales de la finca que se trate de inscribir.

2.º Naturaleza, valor, condiciones y cargas del Derecho real de que se trate y la naturaleza, situación, linderos, nombre y número, en su caso, de la finca sobre la cual estuviere aquel impuesto.

3.º El nombre de la persona o corporación de quien se hubiere adquirido el inmueble o derecho cuando constare.

(17) SERRERA CONTRERAS: en esta REVISTA, núms. 402-403. *Certificación Administrativa de Dominio*, pág. 1.101.

4.º El título de adquisición o modo cómo fueron adquiridos.

5.º El servicio público u objeto a que estuvieren destinados.

Si no pudiere certificarse sobre alguna de estas circunstancias, se hará constar así.

2) *Requisitos formales* (18).

La certificación se extenderá por duplicado y habrá de constar en el documento la liquidación o exención tributaria correspondiente de la Abogacía del Estado de la provincia.

En caso de que la nueva finca que se pretenda inscribir se constituya de la agrupación de otras, se hará constar que la certificación se expide también a los efectos del artículo 43 de la Ley del Patrimonio del Estado.

Finalmente, no hace falta decir que la certificación se presentará en el Registro de la Propiedad correspondiente, solicitando la inscripción.

CONCLUSIONES

Voy a terminar por donde debía haber empezado mi trabajo, pero entonces podía sonar a falsa humildad o refinada soberbia: A la sencillez con que hay que afrontar todo trabajo intelectual, se suma, en este caso, la dificultad del problema que el lector habrá podido comprobar por sí mismo a lo largo del artículo y el haber invadido el autor un campo que no es de los normalmente cultivados por él. Por eso quiero hacer constar que no pretendo sentar cátedra sobre ninguna de las afirmaciones vertidas, sino emitir una opinión teórica y hacer propuestas que espero serán de alguna utilidad práctica.

También quiero destacar que las conclusiones que siguen no intentan eludir, sino, al contrario, ponderar la necesidad de dictar una norma legal adecuada para resolver el problema jurídico y económico que hoy día plantea la inscripción de las grandes obras hidráulicas construidas por el Estado.

(18) GONZÁLEZ PÉREZ: *La inscripción de los bienes municipales*, en esta REVISTA, núm. 276, pág. 369.

Hechas estas salvedades, y como resumen de lo expuesto, éstas son las conclusiones:

1.^a Deben distinguirse, a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad de terrenos expropiados con motivo de obras hidráulicas (embalses), las siguientes zonas: una zona primera que se extiende hasta la cota de máximo embalse normal; una segunda zona exterior hasta el final de la expropiación, y una tercera zona ocupada por las obras auxiliares de la obra fundamental (caminos, líneas eléctricas y telefónicas, edificios, etc.). Dentro de la zona que hemos llamado convencionalmente exterior, aún podíamos distinguir la zona de protección mínima que separa la cota de máximo embalse normal del resto de los terrenos expropiados.

2.^a En la zona primera, hasta la cota del máximo embalse normal, los terrenos y obras están afectados directa y visiblemente la obra pública por tanto, es innecesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad. Unicamente cabe, en el caso de que se trate de fincas inscritas con anterioridad a la expropiación, hacer constar por nota marginal su incorporación al dominio público.

3.^a En la zona que hemos llamado exterior (desde la cota de máximo embalse normal hasta el final de la expropiación), con la excepción de la zona de protección mínima de que hemos hablado, los terrenos expropiados pasan a ser bienes patrimoniales del Estado y deben inscribirse en el Registro de la Propiedad, bien formando una finca única, bien formando grandes fincas, haciéndolas coincidir con parajes, polígonos de repoblación, etc., según resulte más fácil su identificación en el Registro.

La zona de protección mínima es de dominio público, como hemos dicho. pero su afectación al mismo no es clara en muchos casos, sobre todo en situación de embalse bajo y, por tanto, es conveniente su inscripción en el Registro (aunque sea facultativa). En resumen, debe inscribirse la totalidad de la zona exterior.

4.^a La zona ocupada por obras auxiliares se registrará en cuanto a la inscripción por la naturaleza propia de cada uno de los bienes auxiliares. No hay que pensar que son bienes patrimoniales del Estado, por el hecho de ser auxiliares, pueden ser auxiliares de la obra principal, pero por su naturaleza de dominio público, pues

la consideración de auxiliares es una clasificación técnica que no tiene trascendencia hipotecaria alguna.

5.ª Titulos para inscribir los terrenos expropiados. Serán el Acta de ocupación y de pago, y, en caso de que alguna de éstas no exista o tenga algún defecto fundamental, la certificación de dominio, complementada con otros documentos del expediente, si fuere posible tales, como Actas previas a la ocupación en el procedimiento de urgencia, hojas de justiprecio, plano parcelario, etc.

En todo caso, consideramos que, de acuerdo con la Ley del Patrimonio del Estado, la certificación de dominio es título suficiente para realizar la agrupación de parcelas en una finca única o en varias por polígonos, parajes, etc., según resulte más fácil su ulterior identificación y desenvolvimiento jurídico.

MANUEL ALVAREZ RICO,

Doctor en Derecho
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados
de Madrid.

NOTAS

Un comentario desde el punto de vista español al Convenio de La Haya de 1964 sobre adopción

Superada la época de decadencia de la adopción en el pasado siglo, contemporáneamente ha cobrado un papel cada vez más preponderante. Los ejemplos de su admisión en Holanda y Portugal, durante tanto tiempo reacias a ello, son bien significativos. Hoy puede decirse que sólo es desconocida la adopción en el Derecho musulmán y en algunas legislaciones orientales, y aun en algunas de ellas podría apreciarse una adopción *de facto* (1). Y además cada vez se tiende mayormente a reconocer a la adopción efectos máximos, situándola a la altura de la filiación.

Todo ello ha determinado la abundancia de casos de adopción, no sólo dentro de la cada legislación, sino también internacionalmente, esto es, con puntos de contacto con distintos Ordenamientos jurídicos. De ahí el interés despertado en las labores de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, singularmente a partir de 1960, en que se acometió la preparación de un instrumento unificador. Fue la misma cuidada y laboriosa, con intervención de distintos especialistas y Gobiernos interesados y del «Servicio Social Internacional», *International Law Assotiation* y Comité Social del Consejo de Europa. Llegóse con ello a las sesiones de trabajo de la Conferencia, desarrolladas en octubre de 1964 (10.ª sesión).

(1) *Estudio sobre la discriminación de las personas nacidas fuera de matrimonio*, Ponencia de VIENO VORTTO SAARIO en la Subcomisión de prevención de Discriminaciones, Naciones Unidas, Nueva York, 1967, cap. IX, pág. 169.

Las deliberaciones corrieron a cargo de juristas de una talla extraordinaria. Presidia el austriaco SCHWIND y ostentaba la vicepresidencia el italiano DE NOVA (2), actuando como Ponente MAUL, Magistrado del Tribunal Supremo de Luxemburgo. Miembros destacados eran los alemanes FICKER y MASSFELLER; los austriacos, SCHIMA, HOYER y ELDBACHER; los belgas, LANGENAEKEN y DE BATSDENIS; el danés BORUM; el español POCH y GUTIÉRREZ DE CAVIEDES; los norteamericanos BARRETT y REESE; el finlandés HAKULINEN; los franceses, JULLIOT DE LA MORANDIERE, HOLLEAUX, LOUSSOUARN, BELLET y LAGARDE; los griegos FRANCESCakis; y EVRIGENIS; el israelita ELTES; el italiano, FLORE; los japoneses, EGAWA e HIRAGA; el noruego, BAHR; los holandeses, OFFERHAUS, DE WINTER y MULDER; el portugués, TABORDA FERREIRA; el egipcio, BALBAA; los ingleses, GRAVESON (3), WOLLASTON y RICHARDSON; los suecos, DENNEMARK, WELAMSON y HELLNERS; los suizos PANCHAUD y STEIGER; el turco SEVIG y el yugoslavo, PUHAM, y el Secretario General de la Conferencia, OVERBECK.

El Convenio que se obtuvo (4), denominado «sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción», ha sido realmente un logro importante. La experiencia de las nueve sesiones anteriores ha llevado a una técnica depurada a todos los trabajos de la Conferencia, acorde siempre con las exigencias de la práctica.

Respondiendo a las más recientes tendencias del Derecho Internacional Privado que consideran estrechamente ligadas las cuestiones de la determinación de la Ley aplicable y de la competencia judicial internacional, trata el Convenio conjuntamente de ambas. Y además, aunque ha procurado limitarlo para no crear dificultades adicionales en su aceptación, no solo contiene normas indirectas o de remisión, sino también algunas materiales.

(2) Gran especialista en la materia. Citemos su *Adoption in Comparative Private International Law*, en «Recueil des Cours de l'Académie Internationale de La Haye», vol. 104, 1961-III, págs. 75-153; y *Considerazioni comparative sull'adozione in Diritto internazionale privato*, en «Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht», 1958, págs. 730-850.

(3) Es importante su trabajo *La récente législation anglaise en matière d'adoption et de filiation légitime et le Droit international privé*, en «Revue Critique de Droit international privé», 1959, págs. 651-660.

(4) Abierto a la firma desde el 15 de noviembre de 1965. Aún no entrado en vigor.

Una preocupación esencial domina toda la obra: la protección de los adoptados, de los menores que puedan beneficiarse de la adopción. En este sentido puede afirmarse que se encuadra en una «jurisprudencia de intereses» (tendencia ésta de protección del adoptado que también se esboza en nuestra Ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958).

El artículo 1 configura las dos partes en la relación adoptional: adoptante y adoptado. Es adoptante a efectos del Convenio aquella persona que ostente la nacionalidad y que tenga su residencia habitual en uno de los Estados contratantes; de ser adoptantes dos esposos—recordemos que es el supuesto normal en la legislación española—, se precisarán dichos requisitos en cada uno de ambos cónyuges. (En España no se daría el problema dada la unidad familiar de nacionalidad y de domicilio). Por adoptado se entenderá el menor de dieciocho años cumplidos en el día de la solicitud de adopción, soltero y con nacionalidad y residencia en uno de los Estados partes en el Convenio. La adopción sólo aparece, pues, considerada cuando se refiere a menores que carezcan de valimiento, faceta ésta que aparece muy destacada en las legislaciones modernas. Por otro lado, temíase el riesgo de que la adopción de mayores constituyera una institución desconocida en algunos ordenamientos. (Todo ello parece compaginarse bien, salvo en la cuestión del límite de edad a que luego aludiremos, con la adopción plena española).

Por consiguiente, —artículo 2—, el Convenio no es aplicable si los adoptantes no tienen la misma nacionalidad y residencia, o si el adoptado no reúne idénticos caracteres exigidos; e igualmente, si no ha intervenido una de las autoridades competentes determinadas en el Convenio. Son éstas, artículo 3, las del Estado de la nacionalidad o las del de la residencia habitual del adoptante (o las de uno y otro de ambos cónyuges de tratarse de un matrimonio); reuniendo tal condición no sólo en el momento en que comienzan a conocer del asunto, sino también en el de la decisión.

El Ponente ROGER MAUL explica los fundamentos de tal norma. Son las autoridades del Estado del adoptante las que mejor pueden conocer el ambiente en que el menor se verá situado y la condición de los padres adoptivos. Es además la solución más cómoda para los interesados. Asimismo, se ha velado por el criterio de uni-

dad de competencias, de modo que la autoridad competente lo es para toda cuestión incidental que pueda surgir (5).

El Derecho español resulta perfectamente compatible, ya que el artículo 63, 16.º Ley Enj. Civ., establece como Juez competente en los expedientes de adopción el del domicilio del adoptante.

Intimamente ligada a la cuestión anterior se ofrece la de determinación de la Ley aplicable—Art. 4—, que por su mayor complejidad comentaremos después en relación a España. Las autoridades competentes—se dice—aplicarán su propia ley interna (o sea, la del adoptante) a las condiciones de la adopción, y respetando toda prohibición de adoptar consagrada por la Ley nacional del adoptante, habiéndolo manifestado oportunamente los Estados interesados. Como expresa MAUL, se establece el principio *unum forum et ius*.

Por excepción—artículo 5—, las autoridades competentes aplicarán la ley nacional del menor al consentimiento o consultas que no sean los del adoptante, cónyuge o su familia. Y si, según la ley nacional del menor, éste o algún miembro de su familia debe comparecer ante la autoridad competente, podrá procederse por medio de comisión rogatoria (exhorto) cuando tal persona resida en otro lugar. De esta forma, es posible rendir la declaración en el propio país sin necesidad de desplazarse a otro. Corresponderá también a la ley nacional determinar cuáles serán tales personas de la familia de origen.

Este punto fue introducido a petición holandesa, teniendo también importancia en el Derecho español, por pedir el artículo 176 del Código civil en diversos casos el consentimiento del adoptado, su cónyuge, familiares o encargados. (Véase también en materia de consentimiento o pareceres que debe tener presentes la autoridad judicial los artículos 1.833 a 1.840 L. E. C.).

Claro indicio de la finalidad de todo el Convenio es el principio enunciado en el artículo 6; no se decretará la adopción si no es conforme con el interés del menor. (Principio también muy patente en la legislación española). Las autoridades competentes procederán previamente con el auxilio de las autoridades locales a una consulta sobre los adoptantes, el adoptado y su familia. Se

(5) Rapport de M. MAUL: *Actes et Documents de la Conférence*, páginas 410-411.

estará para ello en colaboración con Organismos públicos o privados calificados internacionalmente. Establécese un auxilio eficaz entre las autoridades de los distintos Estados interesados.

La difícil cuestión de la anulación o revocación de la adopción es abordada en el artículo 7. (Recordemos que en el Código civil español el artículo 174 establece que los derechos del adoptado en la herencia del adoptante son irrevocables, y que el principio general de irrevocabilidad figura en el artículo 175, si bien el propio adoptado o sus padres naturales pueden pedir en ciertos casos que se declare extinguida la adopción).

Como ha señalado la doctrina, es ésta, una de las materias en que puede entrar la noción de orden público, al encontrarse dos legislaciones que regulen opuestamente la posibilidad de revocación.

Según el Convenio, son competentes para anular o revocar una adopción: las autoridades del Estado contratante en que el adoptado tiene su residencia habitual en el momento de presentación de la demanda; las de la residencia habitual del o de los adoptantes; y las del Estado en que fue decretada la adopción. Se aplicará, bien la ley interna de la autoridad decretante de la adopción, bien la ley nacional del adoptante en el momento en que se decretó la adopción en caso de nulidad por violación de las prohibiciones del artículo 4, o bien finalmente la ley nacional del adoptado cuando la nulidad se deba a vicio o ausencia de consentimiento requerido por tal ley. Añádese también que una adopción puede ser revocada en aplicación de la ley interna de la autoridad u órgano llamado a decidir.

La competencia que se establece es, pues, alternativa.

Lo mismo que sucedió en España en que también años antes de 1958 se discutió ampliamente si la adopción debía ser irrevocable o no (recordemos los pareceres de PIÑAR, CASTÁN, CONDOMINES, etcétera), ocurrió en la fase de preparación y elaboración del Convenio. El problema estriba en si, *de lege ferenda*, la revocación se ofrecerá o no como más favorable al interés del adoptado. A lo que parece, una buena parte de la doctrina y de las legislaciones lo entiende hoy afirmativamente. Sea como fuere, la concepción española opuesta a tal posibilidad, como acertadamente ha subrayado PÉREZ VOITURIEZ, profesor adjunto de la Facultad de Derecho

de La Laguna (6), parece referirse especialmente a la llamada «revocación contractual» y no a la judicial o legal, de las que existen supuestos en el propio artículo 175 del Código civil. No existe por tanto una radical discrepancia con el Convenio hasta el punto de impedir la participación española. E igualmente, desde el momento que existen atisbos de la misma en el Derecho español no puede estimarse la revocabilidad como contraria al orden público en caso de contacto con otra legislación extranjera; estamos tan sólo ante una norma imperativa interna.

El artículo 8 hace referencia no ya a un problema de conflicto de leyes respecto a una adopción que va a constituirse, sino al reconocimiento de una adopción ya establecida. Propiamente es, pues, un problema de reconocimiento de decisiones extranjeras. Dícese en el Convenio que cuando la haya pronunciado una de las autoridades competentes del artículo 3, todos los Estados contratantes la reconocerán de pleno derecho. Igualmente se verán plenamente reconocidas las decisiones sobre anulación o revocación en conformidad con el artículo 7.

De surgir algún problema en un Estado parte sobre el reconocimiento de tales decisiones, sus órganos competentes, al apreciar la posible competencia extranjera, deberán atenerse a las circunstancias de hecho en que la misma se fundó. Se trata con ello de evitar al máximo las discusiones.

En el artículo 9 se establece un sistema de información recíproca, tanto entre las autoridades competentes para decretar una adopción, como las que lo son para revocarla o anularla.

También se informará a los órganos del Estado de origen o de la nacionalidad actual del menor. Búscase también aquí proteger los intereses de los menores.

En el artículo 10 se resuelve el problema de la apatridia. El adoptante o adoptado apátrida o de nacionalidad desconocida será tenido como nacional del Estado de su residencia habitual.

El artículo 11 es de interés por referirse al supuesto de Estados con sistemas jurídicos compuestos. En tal caso, la referencia a la ley nacional interna y a las autoridades competentes se entenderán hechas a las designadas por las normas especiales del Estado

(6) *La Adopción en Derecho Internacional Privado*, Separata de «Anales de la Universidad de La Laguna», 1964-65, núm. 2, págs. 57 y sígs. Esp. 105-108.

en cuestión (Derecho interregional); en su defecto se entenderán designadas aquéllas con las que el interesado tuviera una conexión más marcada. Introducido el precepto por especial deseo de Gran Bretaña, también podría tener aplicación en el caso de España en la determinación de la norma aplicable (Recordemos que la Compilación de Derecho Foral de Cataluña regula en su artículo 6 la adopción).

El artículo 12 declara que el Convenio no invalida disposiciones de otros Tratados que, al entrar el mismo en vigor, rijan en los Estados contratantes. No hay pues pretensión de exclusividad. Principalmente esto se debió al deseo de preservar el Convenio nórdico sobre Derecho de Familia de 1931.

Con el artículo 13 llegamos a un extremo de gran interés y trascendencia. Bien sabido es que el gran obstáculo para lograr una reglamentación internacional de la adopción ha sido la acentuada intervención del orden público de los distintos países en la regulación de la misma. Como en las distintas instituciones del Derecho de Familia, se ha entendido que la configuración de la adopción respondía a las peculiares convicciones personales y éticas del país, que debían protegerse frente a elementos extraños. Concretamente, la exigencia de unos requisitos rigurosos y la presencia de distintas prohibiciones de adoptar ha sido siempre el gran obstáculo para la aproximación de las legislaciones. Hoy, sin embargo, muchas dificultades han desaparecido por imperar por doquier la finalidad de protección de los menores; los requisitos y prohibiciones se van suavizando, para ampliar la aplicación de una institución beneficiosa. Y además, aunque en el ámbito interno constituyan normas imperativas, no todas pueden estimarse tan trascendentales para la vida jurídica del país que requieran su cobertura por la noción de orden público internacional. Dicho de otro modo: puede no quedar descartada automáticamente una norma extranjera (o convencional) que, en contacto con el Derecho del foro, prevea una regulación diferente para el caso en cuestión.

La Conferencia de La Haya quiso por todo ello mostrarse realista. Si por el momento ciertos Estados consideraban aún que las prohibiciones y requisitos de su ley interna eran tan importantes que requerían protección en todo caso, había de quedar abierto un cauce que les permitiera incorporarse al Convenio salvaguardando

tales aspectos. Un instrumento clásico en el Derecho de Tratados se ofrecía entonces: el de las reservas al Convenio. Los Estados firmarían o ratificarían con la salvedad de que no aceptaban determinadas disposiciones o las excluían en determinados casos. Mas se consideró que tal sistema era demasiado formalista o riguroso, ofreciendo el peligro de que los Estados, al haber manifestado tan solemnemente las modalidades de su aceptación, no fueran propicios luego a retirarlas fácilmente, a pesar de que la evolución de su legislación interna posibilitara la renuncia de ciertas exigencias. Ante ello se buscó un sistema similar, pero más flexible y simplificado, denominado *de las declaraciones*. Puede decirse que constituyen como un recordatorio dirigido a los órganos de terceros Estados acerca de las prohibiciones y requisitos que deben respetar en un caso relacionado con la legislación del Estado contratante en cuestión. De tal manera que, según la intención de los autores del Convenio, si tal extremo resulta derogado o simplificado en la dicha legislación, automáticamente podrá no ser tenido en cuenta por las autoridades de los demás Estados, sin necesidad de complicados procedimientos de revisión de la anterior aceptación convencional.

Dice, en efecto, el artículo, que todo Estado, al firmar, ratificar o adherirse al Convenio, podrá hacer una declaración especificativa de las prohibiciones de adoptar que existan en su ley interna, cuando éstas se funden en siete supuestos que a continuación se exponen; supuestos que se han estimado los más habituales en el Derecho comparado.

En primer lugar tenemos «la existencia de descendientes del o de los adoptantes». Es ésta una prohibición muy generalizada entre las legislaciones. El artículo 174, 2.º, Código civil español, prohíbe la adopción «a los que tengan hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos». (Tal prohibición no existe, sin embargo, en el Derecho Foral catalán). Con carácter amplio como en España, aparece también en los Derechos de Costa de Marfil, El Salvador, Filipinas, Perú, Suiza. En los Derechos de Cuba, Italia, Libano, San Marino, Turquía, aparece referida a los hijos nacidos de matrimonio. En la India, la existencia de un hijo varón impide la adopción de un varón, y la de una hija, la de una niña. Muchos Derechos hay, sin embargo, que desconocen tales prohibiciones.

La segunda prohibición puede basarse en "el hecho de que la adopción sea pedida por una sola persona". En muchos Derechos, en efecto, sólo los matrimonios, esto es, ambos cónyuges, pueden adoptar. En España, el artículo 178 del Código civil lo impone así respecto a la adopción plena, salvo el caso de tratarse de persona viuda. [En la adopción menos plena se exige el consentimiento del otro cónyuge (art. 173-4.º del C. c.)].

La tercera posibilidad se refiere a la existencia de un vínculo de consanguinidad entre adoptante y adoptado. En Derecho español, como repetidamente señala la doctrina privatista, no es posible adoptar al hijo natural, pues de intentarse lo que se daría es su reconocimiento, institución específica para tal caso. Respecto a los ilegítimos no naturales, la mayoría se inclina por la posibilidad. Y en cuanto a la adopción de hermanos, supuesto excluido en otras legislaciones, no existe prohibición en la Ley española. Recordemos complementariamente que el tutor está excuido de la adopción del pupilo hasta la aprobación de las cuentas de la tutela (artículo 173-3.º), y que en muchos casos se tratará de un pariente consanguíneo.

La adopción de hijos naturales es, sin embargo, posible en Austria, Australia, Canadá (Quebec), Finlandia, Israel, Irlanda, Malasia, Nueva Zelanda, Gran Bretaña, Tanzania, Sudáfrica. La prohibición de adopción de todo hijo ilegítimo se consagra en Bulgaria, El Salvador, Perú, Noruega, Holanda, Yugoslavia; supuesto que en los tres primeros países se amplía a la adopción de hermanos.

La cuarta posibilidad se basa en la existencia de una adopción anterior del menor por otras personas. Es cosa natural y consagrada por casi todas las legislaciones, incluida, claro es, la española.

La quinta habla de la exigencia de una diferencia de edad entre el o los adoptantes y el adoptado. El actual artículo 173 del Código civil español, siguiendo la tradición romanista (*adoptio naturam imitatur*), fija la diferencia en dieciocho años. Este requisito es muy repetido en el Derecho comparado, oscilando entre quince y veinticinco años (Bulgaria, Canadá, Ceylán, Costa de Marfil, Cuba, China, El Salvador, Israel, Italia, Nueva Zelanda, Perú, Vietnam, Alemania, Tailandia, Turquía, U. R. S. S.).

La sexta posibilidad de que habla el Convenio se refiere a las condiciones de edad de adoptantes y adoptado. Recordemos que el

Derecho español exige para el adoptante (actual art. 173) la edad de treinta y cinco años. Y en cuanto el adoptado, la adopción plena la limita el artículo 178 a los abandonados o expósitos menores de catorce años, salvo el caso de que hubieran sido prohijados ya con anterioridad a dicha edad. En el Derecho comparado, la edad del adoptante oscila entre veinticinco años (Ceylán, Dinamarca, Finlandia, Malasia, Noruega, Nueva Zelanda, Sudáfrica), treinta (Thailandia), treinta y cinco (Costa de Marfil, El Salvador), cuarenta (Libano, Suiza) y cincuenta años (República Federal Alemana). A veces se le fija un límite máximo de edad (Italia y Perú, cincuenta años). No suele fijarse, en cambio, una edad mínima para ser adoptado, aunque sí una máxima (sólo los menores de edad: Bulgaria, Hungría, India y U. R. S. S.; o sólo los menores de quince o dieciocho años) .

Por último, también puede ser supuesto de prohibición y consiguiente exclusión del ámbito del Convenio el que el menor no resida junto con los adoptantes. Fue ello introducido tras larga discusión, a petición de Holanda, por figurar en su Código civil. Aunque este extremo no aparece en nuestro Derecho, podría en algún caso tenerse en cuenta, a tenor del espíritu del mismo, de considerar el Juez que la adopción no iba a ser de utilidad para el adoptado (véase art. 1.831 de la L. E. C.).

Todas las declaraciones—termina el precepto comentado—podrán retirarse por los Estados en todo momento, sin necesidad de formalidades adicionales.

Hemos visto, pues, que todas las exigencias de la Ley española podrían quedar, de estimarse necesario, debidamente garantizadas con estas posibilidades que ofrece el Convenio para quienes deseen suscribirlo. Salvo quizá en un punto: el del artículo 173-1.º del Código civil, que prohíbe la adopción a los eclesiásticos. Este punto fue ampliamente debatido por la doctrina, acerca de la conveniencia de su mantenimiento o no. Desde luego, su silencio en el Convenio está en consonancia con las tendencias de la Conferencia de La Haya de no elevar a determinantes los factores religiosos. Precisamente hubo en 1964 una tentativa irlandesa, secundada por Israel, para que se incluyera la diferencia de religión entre adoptante y adoptado en el cuadro de prohibiciones, siendo rechazada por tal motivo.

De todos modos, nunca puede pretenderse de un Convenio internacional una total exhaustividad. Precisamente otro intento francés de que se incluyera entre las salvedades una institución para dicho país tan importante como la legitimación adoptiva no tuvo aceptación, sin que por ello se crearan graves dificultades.

¿Facilitarán, efectivamente, estas previsiones una posible participación española? Objetivamente parece que es posible afirmarlo, si bien la conducta de nuestra legislación en la Conferencia parece indicar una preferencia por el sistema clásico de las reservas frente a esta nueva variante de las declaraciones.

Mas como antes apuntábamos, lo verdaderamente interesante estriba en saber si los diferentes puntos aludidos tienen tal importancia para nuestro Derecho, que requieran la protección de la noción de orden público internacional, o basta con su carácter imperativo en el ámbito interno.

W. GOLDSCHMIDT (7) y VERPLAETSE (8) estimaron en su día de orden público las prohibiciones del antiguo artículo 174 del Código civil (hoy 173). Actualmente, parece haber base para rectificar esta posición. Con respecto a la prohibición dirigida a los eclesiásticos, PÉREZ VOITURIEZ defiende con acierto su no inclusión en el orden público internacional, pues el que se juzgue conveniente que tales adopciones no se lleven a efecto en España, no lleva al extremo de no reconocer los efectos de las pronunciadas en el exterior. y acerca del 173-2.º—prohibición dirigida a los que tengan hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos—, no parece defendible la intervención del orden público desde el momento que no es seguida en el Derecho foral (9); además, como subraya PÉREZ VOITURIEZ, se admite que el nacimiento posterior de hijos legítimos no afecta a la validez de la adopción anterior; luego no hay tan radical incompatibilidad entre ambas figuras jurídicas (10). Así, pues, en los dos restantes números del artículo es donde la cuestión podría presentarse con más fundamento.

En un sentido similar al precepto del Convenio que hemos comentado, su artículo 14 faculta a todo Estado para hacer una de-

(7) *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, II. Buenos Aires, 1954, pág. 328.

(8) *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1954, pág. 426.

(9) *Compilación de Cataluña*, art. 6.

(10) P. VOITURIEZ, art. cit., pág. 99 a 102.

claración en que especifique las personas que deben ser consideradas nacionales suyos, a efectos del Convenio. Fue ello introducido a petición británica para fijar la situación de los ciudadanos de ciertas dependencias del Reino Unido.

El artículo 15, para mayor garantía, contiene una cláusula de orden público: las disposiciones del Convenio sólo podrán descartarse en caso de "*manifiesta incompatibilidad*" con aquél. Como señala el ponente MAUL, se ha seguido en su redacción la línea habitual de las últimas reuniones de la Conferencia de La Haya. A petición italiana se ha hecho constar en el Comentario que este artículo no puede ser invocado frente a las prohibiciones de adoptar, que tienen ya su propia garantía.

El artículo 16 expresa que cada Estado designará las autoridades y órganos competentes para realizar las funciones fijadas en el Convenio. Y el 17 prevé la comunicación de las prescripciones de las respectivas Leyes internas.

Los restantes artículos son procedimentales (art. 18, firma y ratificación del Convenio; 19, entrada en vigor; 20, adhesión de terceros Estados no participantes en la Conferencia). Finalmente, el artículo 21 admite la posibilidad de una vigencia limitada a algunos territorios del Estado. El 22 establece la posibilidad de ratificación o adhesión de un Estado bajo reserva de no reconocer las adopciones decretadas por autoridades de la nacionalidad del adoptante, cuando en el momento de solicitarse la adopción tuviese el adoptado su residencia habitual en su territorio y no ostentase la misma nacionalidad de las autoridades decretantes; ello fue solicitado por Dinamarca y Noruega en defensa de su principio de territorialidad. No se permitirá ninguna otra reserva ni salvedad. El artículo 23 refiérese a la duración, prórroga, tácita y denuncia del Convenio. Y el 24, a las funciones de depositario, que se encomiendan al Ministerio de Asuntos Exteriores de Holanda.

El Convenio no ha entrado, pues, a ocuparse de las legislaciones que—como en el caso de España, por lo demás muy frecuente bajo una u otra denominación—contienen distintos tipos de adopción (11). Tampoco se ha entrado en la cuestión de los efectos de la

(11) Casos, por ejemplo de Yugoslavia y Perú. También podría hablarse de Francia y Luxemburgo, que junto a la adopción conocen la ya mencionada «legitimación adoptiva». Y en cierto modo, de la «affiliazione» italiana

adopción, ante la imposibilidad señalada en el Comentario de llegar a un acuerdo general y satisfactorio. La regulación de los efectos se deja, pues, al sistema de Derecho internacional privado de cada país.

No se alude, asimismo, a la cuestión del fraude a la Ley, por entenderse su finalidad suficientemente cubierta por el orden público.

* * *

Por todo lo antedicho, no parecen presentarse graves inconvenientes para que España, en el Estado actual de su legislación, pueda prestar su adhesión al convenio. Esto parece, además, sumamente interesante por no existir (mientras no se complete su sistema de Derecho internacional privado, sea o no en una reforma del Título Preliminar del Código civil) norma conflictual referente a la adopción, legislativa ni jurisprudencial. Unicamente la Dirección General de los Registros y del Notariado ha elaborado una doctrina sobre la cuestión, que, dentro de las limitaciones que supone la aplicación al caso y al aspecto concreto, se ha mostrado siempre flexible y coherente. Partiendo de los principios contenidos en los artículos 9.º y 11 del Código civil (Ley nacional en los derechos y deberes de familia y regla *locus regit actum* en los aspectos de forma), la Dirección ha sostenido la aplicación de las respectivas Leyes nacionales en materia de capacidad del adoptante y del adoptado, y la regulación de la constitución y efectos de la adopción por la Ley nacional del adoptante; aplicación de la *lex loci actus* en cuanto a las formalidades de la adopción, sin necesidad de *exequatur* en el reconocimiento de decisiones extranjeras así pronunciadas; y escasa reserva de aspectos que pudieran interesar al orden público español.

Entre la teoría de Resoluciones, citemos las de 19 de junio de 1943, 11 de mayo de 1946, 23 de octubre de 1947, 7 de diciembre de 1949, 7 de abril de 1952, 28 de febrero de 1955, 23 de mayo y 21 de junio de 1958, 5 y 29 de octubre de 1960, 18 de enero de 1964 y 6 de junio de 1964. Particularmente interesantes son la últimas, por haberse producido tras las reformas de 1958.

(Recordemos que los Proyectos de reforma del Título Preliminar del Código civil, siguiendo estas orientaciones, también se han in-

clinado por la predominante aplicación de la Ley nacional del adoptante.)

Estas soluciones, que son apoyadas por un importante sector doctrinal (citemos, entre los más recientes que se han ocupado de la cuestión, los nombres de MIAJA, GAMBÓN ALIX, FERNÁNDEZ FLORES, PECOURT GARCÍA (12), aparte del ya nombrado PÉREZ VOITURIEZ), se muestran, en general, acordes con los principios del Convenio que hemos examinado, pues en ambos casos se busca una aplicación predominante de la Ley del adoptante (sea la nacional o la de la residencia habitual), con algunas excepciones en cuanto a capacidad y en cuanto a los intereses del menor, en que se sigue la Ley del adoptado, y con aplicación de la *lex fori* al procedimiento y formalidades, y con reconocimiento automático de las decisiones pronunciadas en el exterior. La identidad parece, pues, manifiesta.

PEDRO ANTONIO FERRER SANCHÍS,

Doctor en Derecho.
Profesor de la Facultad de Derecho
de Valencia.

(12) *Derecho Internacional Privado*, II, parte especial, Madrid, Atlas, 1967, páginas 294-297.—*Conflictos de leyes en materia de adopción*, en «Revista Española de Derecho Internacional», 1958, págs. 511-540. Y *La Adopción*, Barcelona, Bosch, 1960.—*Sobre la adopción internacional*. Revista citada, 1963, páginas 525-549.—*Crónica de jurisprudencia española en materia de Derecho Internacional Privado (IX)*, en Revista citada, 1965, págs. 590-592; respectivamente.

VIDA JURIDICA

4

PEQUEÑA JURISPRUDENCIA

Responsabilidad civil de Registrador de Propiedad con motivo de una certificación expedida para que surtiera efectos en un Concurso de Acreedores. Certificó, en relación, de un asiento de hipoteca omitiendo pactos referentes a intereses moratorios, no cubiertos por la responsabilidad asignada a la finca hipotecada. Fue absuelto en ambas instancias, sin expresa condena en costas.

Juzgamos de interés la publicación resumida de esta litis, que ha terminado en la Audiencia Territorial. Por la cuantía, no se da el Recurso de Casación.

La demanda, seguida por los trámites del juicio de menor cuantía, decía, en síntesis:

HECHOS :

Primero.—El día 6 de diciembre de 1966, en subasta pública que tuvo lugar en ese mismo Juzgado como trámite del concurso necesario de acreedores de don R. F., el señor C. L., único postor, se adjudicó la finca rústica en este término “Dehesa del Prado”, más conocida por “Las Animas”. El remate fue elevado a instrumento público el 28 de junio del corriente año ante el Notario de esta ciudad, don ... Se aporta primera copia de esta escritura (núm. 2 de los documentos).

Segundo.—En relación con ciertas hipotecas que pesaban sobre la finca objeto de licitación, los edictos anunciadores de la subasta habían advertido: “... continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante las acepta y quedará subrogado en la responsabilidad de las mismas, sin destinar a su extinción el precio del remate”. Es decir, que se aplicaba el sistema llamado

de subsistencia de cargas, con la aceptación del actor, quien antes, naturalmente, había echado sus cuentas, tras consultar la certificación registral de gravámenes existente en el juicio universal. Prácticamente, al señor C. le fue presentado el precio en estado de liquidez, porque sabido es que intereses, derechos reales y demás gastos de cancelación de una hipoteca, máxime con un tercer poseedor por medio, son “habas casi contadas”.

Tercero.—Desde un principio anduvo esta adjudicación padeciendo complicaciones tan imprevisibles como enojosas. El primero en incordiar fue el concursado, cuya representación jurídica se obstinó en cargar al señor C. L. todos los créditos personales que habían originado embargos con anotación preventiva sobre “Las Animas”, cuando sus titulares tenían que cobrar precisamente el dinero obtenido en la realización del patrimonio concursal. Este ignominioso intento desconcertó a mi representado, quien decidió suspender todo acto derivado y, por tanto, consolidatorio de su adjudicación, hasta ver cómo se pronunciaba la Audiencia Territorial (el Juzgado al que tengo el honor de dirigirme tardó bien poco en hacerlo). Y consiguió de la Caja de Ahorros San Fernando, de Sevilla, y Banco Hispano Americano, las dos entidades bancarias titulares de sendos créditos con garantía hipotecaria sobre “Las Animas” que le aguardasen hasta el momento de la resolución firme de tan ingrato conflicto. Por fin, el 12 de marzo del corriente año pudo respirar tranquilo el señor C. L. con la publicación del fallo confirmatorio. Y no es otra la razón de que la escritura pública del remate se otorgase con tanto retraso sobre la fecha de la subasta.

Cuarto.—Separada ya la primera tribulación, acudió mi mandante a la Caja de Ahorros de ... en solicitud de liquidación conducente a la cancelación de la hipoteca a favor de esta entidad. Y cuál no sería su sorpresa al comprobar que se le exigían unos “intereses moratorios” por importe de 251.193 pesetas, cuando en la certificación de cargas obrante en el concurso y puesta por los edictos a disposición de los licitadores precisamente para su información (“Que la certificación de cargas se encuentra en la Secretaría de este Juzgado, donde puede ser examinada por los licitadores...”) se omitía toda alusión a este tipo de intere-

ses. Nuevo aplazamiento del pago por unos días (la afectó a cinco inmuebles más, habiendo sido debidamente distribuida la responsabilidad).

No se comprende cómo el señor Registrador, al determinar el alcance de la seguridad hipotecaria en cuanto al crédito garantido, prescindió del interés convenido para caso de mora, tan amparado como el otro por la garantía real y de indudable licitud substantiva. Pero es que aún hay más, ilustrísimo señor. Si la entidad acreedora hubiese realizado a causa de la negligencia de los deudores ciertos gastos previstos en la escritura, el consiguiente reembolso también habría desbordado los límites del *quantum* asegurado producto del rutinario criterio del Registrador demandado, porque la póliza lo incluye con claridad meridiana en la protección hipotecaria (... se considerarán protegidos por la hipoteca y se hará efectivo su reintegro con cargo a la misma"). Digamos que se ha certificado con mentalidad de subalterno.

Dejamos designados los archivos del Juzgado al que me dirijo y de este Registro de la Propiedad, así como el protocolo de la Notaría de esta ciudad, por si la negación por el demandado de algún punto de nuestra relación de hechos nos obligase a interesar en fase de prueba la aportación a los autos de algún testimonio fidedigno.

Quinto.—Antes de presentar esta demanda se han tenido conversaciones con el Registrador. Lo natural. Mas no hubo forma de eludir la contienda judicial. Que más hubiera querido el actor. Porque lo más patente de todo es que este litigio, no siendo agradable para nadie, es al señor C. L. a quien menos complace. Pero no hay camino más dulce para recuperar cincuenta mil duros salidos tan injustamente de un patrimonio. Como no hubo manera de evitar que salieran.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.º “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: ...5.º 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 término señalado en esta Ley." Artículo 296 de la Ley Hipotecaria.

2.º "Cuando las certificaciones no fueran conformes con entidad acreedora (lógicamente, ya daba por agotadas sus concesiones) y obligada consulta con los libros del Registro, para ver que, efectivamente y por desgracia para el actor, los 'moratorios' están allí, en plena cobertura hipotecaria. No había, pues, más remedio que abonarlos, tras convencernos muy bien de su inexorable exigibilidad contra tercer poseedor, y así lo hizo el señor C., en auténtico y comprensible paroxismo." Se acompaña el recibo que justifica este pago, señalado con el número 3 de los documentos.

Presentamos copias fehacientes de la inscripción hipotecaria (documento núm. 4) y de lo certificado en su relación por el Registrador demandado para el concurso de acreedores (documento núm. 5). Con estas reproducciones literales por delante, no es difícil percatarse de que el demandado funcionó con evidente torpeza profesional al omitir en su certificación una prestación de contenido económico y cubierta por la garantía hipotecaria, cual es la de los intereses moratorios. Porque, ¿qué pasaje del asiento permite negar la protección de estos intereses? Los que rozan la materia son los tres que a continuación se transcriben:

"...el capital prestado devengará unos intereses del siete por ciento anual, más un uno por ciento de comisión, también anual..."

"...en garantía de la devolución del capital del préstamo, ascendente a un millón quinientas mil pesetas, pago de sus intereses conforme a la ley, y de trescientas mil pesetas que se fijan para costas y gastos..."

"...respondiendo esta finca de novecientas veinticinco mil pesetas de capital, de sus intereses correspondientes y de ciento ochenta y cinco mil pesetas para costas y gastos."

Pues bien: ninguna de estas tres expresiones desvirtúa nuestra aseveración. La primera se refiere al interés que pudiéramos

llamar normal, en contraposición, aquí al moratorio, pero sin denotar la menor incompatibilidad entre ambos; uno es el precio del disfrute de un dinero ajeno que hay en todo crédito fructífero y el otro, un módulo indemnizatorio previsto para el caso de incumplimiento por los prestatarios de sus obligaciones. La segunda no es sino una sumisión expresa al límite *temporal* del artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Y en cuanto a la tercera, sin duda los "intereses correspondientes" son los proporcionales, los que corresponden a la parte del capital asegurado con "Las Animas", porque no podemos olvidar que la hipoteca se hizo por más dinero y que los asientos de su referencia se estará a lo que de éstos resulte, salvo la acción del perjudicado por ellas para exigir la indemnización correspondiente del Registrador que haya cometido la falta." Artículo 226 de la misma Ley Hipotecaria.

3.º Traemos a la fundamentación jurídica de esta demanda el Capítulo IV del Título II, libro cuarto del Código civil, que trata de la interpretación de los contratos. Aunque es la verdad que en nuestro caso hacen poca falta las normas interpretativas, por aquello de que *in claris non fit interpretatio*.

4.º La concreción de los perjuicios recibidos por el señor C., al menos de los prácticamente exigibles, no presenta dificultades. El daño sufrido por el actor lo fijamos en la cantidad que se ha visto obligado a pagar por "Las Animas" (al fin y al cabo, lo invertido en cancelar hipotecas no deja de ser verdadero precio de la finca) sobre la obtenida de la certificación de cargas del concurso, o sea, en el importe del interés moratorio. Pero ya supondrá el Juzgador que el señor C. no podrá salir indemne de tan funesto percance...

5.º Invocamos también los artículos 312 de la Ley Hipotecaria y 583 de su Reglamento, preceptos que, aunque no nos exigen instancia, supone esta parte que la efectividad de su contenido servirá al aseguramiento de las resultas de estas actuaciones.

6.º El artículo 303, también de la Ley Hipotecaria en materia de competencia territorial.

7.º Artículo 460, 5.º, de la Ley de E. C.

8.º El trámite aplicable a esta pretensión no puede ser otro que el establecido para el juicio declarativo de menor cuantía.

Y en virtud de todo lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO que, por presentada esta demanda, la admita y mande sustanciar, teniéndome en cuenta por parte en nombre de quien comparezco, para, en definitiva y previo el enjuiciamiento señalado, dictar sentencia por la que, al estimar íntegramente la demanda, condene a don (Registrador de la Propiedad) a pagar a don J. C. L. la cantidad de 251.193 pesetas, con expresa imposición de las costas al demandado.

La Contestación expuso:

HECHOS :

Primero.—Conformes con el de este número de la demanda, según viene respaldado con la copia de la escritura a que en el mismo se alude.

Segundo.—Tampoco tenemos nada que oponer al correlativo de la misma demanda, si bien, según hemos de ver en la fundamentación legal de esta contestación, el demandado, pese a tener ante sus ojos “habas casi contadas”, no supo, ni él ni sus asesores, contarlas, y pagó, según nos dice, más habas de las que efectivamente había o le correspondía pagar.

Tercero.—En cuanto, en el de este número del escrito inicial, se limita el actor a contarnos unas cuitas e “incordios” ajenos a la cuestión aquí debatida, tampoco tenemos nada que objetar. Conformes, si tiene el actor interés en ello, con su relato.

Cuarto.—En cuanto, en el correlativo, se habla de los edictos publicados por el Juzgado, de la certificación de cargas expedida por mi representado, a que se remitían dichos edictos, y a que en dicha certificación se omitía toda alusión a intereses moratorios—no asegurados con hipoteca, según hemos de ver en su lugar—lo aceptamos como absolutamente cierto. Tampoco tenemos inconveniente en admitir, como efectivamente llevada a ca-

bo, la "obligada consulta a los libros del Registro", pero no admitimos que el consultante se enterara de su contenido, ya que —y ello es cuestión de derecho, de interpretación, que hemos de examinar en los fundamentos legales de esta contestación sin que para ello sea necesaria ninguna actividad probatoria, porque una cosa es el hecho, que admitimos, y otra el alcance, contenido y consecuencias legales del hecho, que es en lo que discrepamos—si así hubiera sido, es seguro que no se hubiera permitido afirmar que tales intereses, los moratorios, "están allí: en plena cobertura hipotecaria". Esto y la "inexorable exigibilidad contra tercer poseedor", no puede ser más que consecuencia de un examen muy somero y superficial de la "cobertura hipotecaria" y de la supuesta trascendencia real de un pacto que es puramente obligacional, según veremos en su lugar, al hacer la interpretación en derecho de los documentos, que aceptamos como auténticos, a que este hecho de la demanda se refiere.

El resto de las consideraciones que el actor hace en este hecho cuarto de su demanda, más que de hecho, son de derecho, y a ellas responderemos en el sitio adecuado de esta contestación. Destaquemos únicamente el mal humor, el tono agresivo, incluso injurioso—contra el que mi representado hace reserva expresa de acciones— y, en el mejor de los casos, irrespetuoso para el demandado, que se utiliza en la demanda: "evidente torpeza profesional", "rutinario criterio del Registrador demandado", "mentalidad de subalterno", que creemos sinceramente que, en aras al menos del buen gusto, debió haber sido suprimido, tanto por innecesario a los fines del actor—que nada agrega con ello a la viabilidad de su pretensión—como por respeto, si no a la persona del señor..., que, desde luego, lo merece, si al cargo que ostenta y al Cuerpo prestigioso a que pertenece, los que no quedan libres del ataque con tanta ligereza llevado a cabo.

Quinto.—Ciertamente el correlativo. Ha habido conversaciones. Mi representado no se avino ni puede avenirse a aceptar responsabilidad alguna por la certificación de cargas que expidió. Que carguen con ella y la acepten, como deben, los que no supieron interpretar los libros del Registro, tanto a la vista de su letra, que bien clara estaba y está, como en relación con elementales principios hipotecarios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

La cuestión aquí planteada requiere una previa puntualización de conceptos y principios jurídicos y, más concretamente, hipotecarios, atinentes al caso, de los que se olvida incomprensiblemente el redactor de la demanda, contra el que en modo alguno y para no seguir su camino, aunque la reacción sería legítima o humanamente legítima, quiere el señor (Registrador) utilizar los calificativos de que éste ha sido objeto de modo tan injusto. Pero, claro es, si tenemos que poner de manifiesto los desvíos que padece, a fin de dejar las cosas jurídicamente en su punto y obtener la conclusión—que esperamos comparta el Juzgado—de la absoluta falta de fundamentación legal de la demanda que ésta sitúa, más que en la parte que debe ser destinada a este fin (fundamentos de derecho), en comentarios que va haciendo al ir sentando los hechos. Por ello, ya hemos dejado advertido que en este pasaje de esta contestación hemos de responder de modo unificado a lo que en la demanda se sitúa entre las alegaciones de hecho sin tener este carácter.

II

Como primer antecedente, hemos de sentar que la redacción de la demanda no distingue, como era lo obligado, entre el aspecto personal y el real de la cuestión debatida, al último de los cuales—al real—tenía que concretarse la certificación expedida por el Registrador demandado para el concurso de acreedores (documento núm. 5 de los unidos a la demanda, que reconocemos como auténtico) y que todo lo concerniente al primero—al personal—quedaba y está al margen del Registro, en cuanto no estuviese, como no lo está, especialmente asegurado—art. 98 de la Ley Hipotecaria—y, consiguientemente, ni se extendían a él los

efectos protectores de la inscripción ni a sus pronunciamientos, aunque los hubiere, la fe pública registral.

III

Sobre esta base, puede afirmarse que la hipoteca no surge, con efectos registrales propios, en tanto no entra en juego la figura del tercero, pues aunque desde su origen sujete el objeto de la misma al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyó o se constituya—art. 104 de la ley—, no existiendo tercer adquirente del dominio o derecho real sobre la finca, la hipoteca no es más que una concreción específica del principio de responsabilidad general y total consagrado en el artículo 1.911 del Código civil. Sólo, pues, cuando entra en juego la figura del tercero, cobra la hipoteca su misión específica de ser vehículo o cauce jurídico de la expansión del crédito territorial, que requiere unas condiciones de seguridad y firmeza en las transacciones que mal pueden avenirse con las indeterminaciones propias de un sistema de clandestinidad. En este sentido, dice Roca Sastre—*Derecho Hipotecario*, tomo IV, pág. 31—que es necesario se fije el *importe* de la obligación garantizada (artículo 12 de la Ley Hipotecaria) o la *cantidad máxima* de que responda la finca. (El art. 153 de la misma ley, dictado para el caso de hipoteca en garantía de cuentas corrientes, cuyo saldo, por la propia naturaleza de estas cuentas, no es posible fijar exactamente *ab initio*, es una aplicación de este principio general que no es otro que el de especialidad o determinación, y es extensible, como es lógico, a todos los supuestos en que, inicialmente, sea desconocida la cuantía exacta de la responsabilidad.) Y tratándose de crédito que devengue interés, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria establece que la hipoteca no asegurará, *con perjuicio de tercero*, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente (salvo pacto en contrario y siempre con máximo legal permitido de cinco anualidades de intereses). Es evidente, según la autorizadísima opinión de Roca Sastre—obra citada, página 273, último párrafo—, que la extensión de la garantía hipo-

tecara a los intereses "no comprende los intereses de los intereses", pues bien claro lo dispone—continúa dicho autor—el artículo 114 de la ley al hablar solamente de los intereses del crédito capital. Y mucho menos—añadimos nosotros—podría comprender los intereses moratorios de las anualidades de amortización no satisfechas a su debido tiempo (nos referimos a las anualidades de 300.000 pesetas de capital, no de intereses, tal como aparecen pactadas en la hipoteca objeto de este litigio) que parece, es seguro, que, en buena doctrina, deben sustituir a los primeramente pactados para el capital, ya que esas anualidades son capital, quinta parte del capital, y no otra cosa. Ni aun cabe que estos intereses puedan sumarse al capital a menos que en tiempo y forma se hubiese exigido una nueva hipoteca o ampliado la existente, haciendo extensiva a los intereses moratorios la facultad que otorga al acreedor el artículo 115 de la ley, ya que, en otro caso, se alteraría, en perjuicio de tercero, el importe de la obligación asegurada por capital, en contra de la ley y principios bien conocidos.

IV

Examinando la inscripción de que se certificó—y de la que obra en autos certificación literal aportada con la demanda—no aparece por ninguna parte el pacto que pudiera enmarcar los intereses moratorios en el ámbito de la hipoteca y de la protección registral. Bueno será para ello ir transcribiendo los pasajes de la inscripción literal de la hipoteca interesantes a este respecto, tomados de la certificación acompañada a la demanda. Y tenemos que, después de darse por los deudores por recibido al préstamo (1.500.000 pesetas) y de fijar el plazo de duración de cinco años, forzosos para la entidad prestamista y voluntarios para los deudores, se dice textualmente:

"El capital prestado devengará un *interés* del 7 por 100 anual, más un 1 por 100 de comisión, también anual, a satisfacer por anualidades vencidas. El pago del capital e intereses habrá de hacerse precisamente en el domicilio de

la entidad acreedora y en efectivo el día del vencimiento da cada una de las anualidades. Además de la obligación personal solidaria de los deudores para el cumplimiento de este contrato, en garantía (esta es la cláusula hipotecaria y a ella y a su tenor literal, sin posible extensión y menos en perjuicio de tercero, hay que atenerse y concretarse la responsabilidad de la finca adquirida por el demandante) de la *devolución del capital* del préstamo ascendente a pesetas un millón quinientas mil, pago de sus *intereses conforme a ley* (no conforme a pacto, que aquí no ha servido más que para fijar el tipo de los del capital) y de trescientas mil pesetas que se fijan para *costas y gastos*, en caso de ejecución, el señor... constituye hipoteca voluntaria a favor de la Caja de Ahorros..., *respondiendo esta finca de novecientas veinticinco mil pesetas de principal*, de sus *intereses correspondientes* y de *ciento ochenta y cinco mil pesetas para costas y gastos*. Rectificamos esta transcripción en el solo punto de que donde se dice o se transcribe novecientas veinticinco mil pesetas 'de principal', debe entenderse transcrito 'de capital'."

De lo transcrito, aparece ciertamente una garantía hipotecaria en toda regla y que ella, en cuanto a la finca adquirida por el actor, alcanza:

a) A 925.000 pesetas, que, en virtud del obligado principio de distribución, cuando se hipotecan varias fincas, y como parte del capital, se fijaron como responsabilidad a este predio.

b) A sus intereses correspondientes con arreglo a ley, o sea, aceptando el límite, digo el principio del límite temporal del artículo 114 de la Ley Hipotecaria y el tipo pactado del 7 por 100 anual, *sin aludir no garantizar intereses alguno de demora*.

c) Y a 185.000 pesetas para costas y gastos, en el supuesto, que no se ha dado, de ejecución.

Y *no alcanza*, insistimos, ni a intereses moratorios ni aun siquiera a la comisión del 1 por 100 pactada, que no es interés y que no se menciona en la garantía y que el actor no tenía ni tiene por qué pagar al no alcanzarle, como tercero, esa responsabilidad, que es personal de los prestatarios.

Después del préstamo y su garantía hipotecaria en los términos transcritos y puntualizados en su alcance, siguen otras cláusulas, ya de tipo personal: cuidar de la finca hipotecada; pago puntual de contribuciones; presentación al acreedor de los correspondientes recibos; y prohibición de gravar ni enajenar, con las consecuencias que el incumplimiento de todo ello puede originar. Y, por último, ya desconectado de todo lo anterior, se dice:

“Todos los *gastos* que hiciese la entidad acreedora por cuenta y a causa de la negligencia de los deudores, ya sean de los incluidos en la presente cláusula, ya correspondan a las obligaciones comprendidas en la cláusula séptima de la escritura que se inscribe o se refieran a cualquier otro concepto, se considerarán protegidos por la hipoteca y se hará efectivo su reintegro con cargo a la misma. Las cantidades mencionadas en la cláusula anterior producirán intereses moratorios a favor de la entidad acreedora, desde el día en que éstas las satisfaga hasta que los prestatarios las abonen.”

Estos gastos (no los intereses moratorios que devenguen los mismos), pese a que se dice están protegidos por la hipoteca, ¿gozan realmente de garantía hipotecaria?, ¿se ha constituido realmente hipoteca para garantizarlos? Sinceramente creemos que no. Y nuestras razones son:

1.^a Es de esencia en la hipoteca, como en todos los derechos reales limitativos, la *determinación de su extensión*, sin la cual se llevaría la inseguridad al comercio jurídico y se haría poco menos que inútil la institución del Registro, al carecer de base firme en que apoyarse la contratación de inmuebles. En este sentido, establece la Dirección General de los Registros y del Notariado, resolución de 31 de marzo de 1910, que adolece de *vicio sustancial* la hipoteca que no determine la extensión de tal derecho. Estos gastos, que se dicen asegurados, protegidos por la hipoteca, lo son sin fijar su cuantía, sin determinar su importe, única forma de que el tercero sepa a qué atenerse, ni—puesto que reconocemos que dichos gastos podrán o no hacerse y que su cuantía no puede determinarse *a priori*, sino después de hechos—siquiera la cantidad máxima de que, por ellos, habría de garanti-

zar la hipoteca, todo en abierta contradicción con los artículos 12 y 153 de la Ley Hipotecaria antes invocados.

2.^a Es también de esencia en la hipoteca constituida sobre varias fincas, como fue la que estamos discutiendo, la determinación de la *cantidad o parte del gravamen* de que cada una deba responder—art. 119 de la Ley—, sin que sea posible en nuestro Derecho, al menos *ab initio*, la hipoteca solidaria sobre varias fincas—artículo 120—, hipótesis sólo admisible en el caso de división de finca *ya hipotecada*, no existiendo convenio entre acreedor y deudor para la distribución del crédito—art. 123—y dejando a salvo los casos especiales previstos en los 217 y 218 del Reglamento Hipotecario. Es indiferente para esta determinación la forma de distribución del crédito total, con tal de que ésta tenga lugar. En concreto, y refiriéndonos a los gastos sobre los que estamos razonando, ni se ha expresado cuantía exacta ni cantidad máxima, ni, ante tal omisión, resulta distribuida la responsabilidad hipotecaria por ellos, imposible sin la premisa de previa determinación total, todo en oposición a la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935, según las cuales *debe determinarse específicamente* la cantidad a que alcance tal responsabilidad.

3.^a Y como corolario, como consecuencia ineludible de lo argumentado en los dos apartados anteriores, al no alcanzar la protección hipotecaria a los gastos, mejor dicho, a tales gastos, que, aunque sin determinar ni distribuir (esencia misma de la hipoteca), resultan aludidos en el pacto sobre el que razonamos, con muchísima mayor razón no puede alcanzar a los intereses de esos gastos indeterminados y sin distribución, intereses que tampoco pueden resultar determinados y distribuidos, y ello dejando aparte que así como, en cuanto a gastos, aunque sin concreción, se habla de responsabilidad hipotecaria, ésta no puede alcanzar a intereses moratorios, sobre los que hay, sí, pacto en cuanto a producción, en su caso, *pero no* en cuanto a garantía hipotecaria, quedando todo, gastos e intereses, en tanto no se determinasen (por lo digo, por la Entidad acreedora y los que recibieron el préstamo; pero *antes*, no después, de pasar la finca a tercero), relegado a una simple mención, que ni podía perjudicar a tercero, resolvién-

dose en una simple relación personal, ni le alcanzaba la fe pública del Registro, conforme al artículo 29 de la Ley, razón por la que el Registrador certificante no extendió a ello ni habló de ello en la certificación de la que quiere derivarse responsabilidad contra él.

Y, por último, en párrafo aparte, continúa la inscripción:

“Igualmente producirán intereses moratorios las anualidades de amortización, de intereses y gastos de administración que no sean satisfechos el día que corresponda.” Y fija como tipo de estos intereses el dos por diez mil diario; o sea, como el año tiene trescientos sesenta y cinco días (no sabemos si se habrá olvidado algún bisiestro), el siete enteros con treinta centésimas por ciento anual.

Y volvemos a preguntar. ¿Puede creerse que estos intereses de amortización, digo moratorios de las anualidades de amortización, de intereses (deben ser los vencidos) y gastos de administración están incluidos en la garantía hipotecaria y debió extenderse a todo ello la certificación origen de la responsabilidad que se reclama al Registrador? Rotundamente, no. Por las siguientes razones:

1.^a Ni en esta cláusula ni en pasaje alguno de la inscripción se hace referencia a garantía hipotecaria, ni aún indeterminada (la cosa queda en terreno puramente obligacional *inter partes*) por dichos conceptos, sin que quepa interpretación más allá de la letra de la propia inscripción, y menos en perjuicio de tercero.

2.^a Se engloban tres conceptos, sin determinar (ni, por consiguiente, distribuir entre ellos) la cifra de tales conceptos, ni siquiera el máximo que por ellos se garantizaría con la hipoteca, aun en el caso de que se hubiera pensado en esa garantía—y así se hubiera expresado—y no en la puramente personal.

3.^a No cabe aplicar, en cuanto a intereses moratorios, el criterio que, con respecto a los principales o de capital, sustenta el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, al señalar, como consecuencia natural de la hipoteca en garantía de un crédito que devengue interés, la extensión de ésta a los de las dos últimas anualidades y la parte vencida de la corriente. Ello es, re-

petimos, cuando se trata de intereses del crédito capital, no de los moratorios. Estos, si quieren asegurarse con hipoteca, además de decirlo expresamente, han de ser objeto de puntualización, *determinación*, fijando a cuántas anualidades se extiende la garantía o la cifra máxima garantizada por este concepto. La Ley dictada para un supuesto no puede aplicarse ni suplir con ella el silencio de las partes en supuesto distinto. Y todo ello, aun supuesta la licitud—que después veremos que no aceptamos—de la coexistencia de los intereses inicialmente previstos para el capital y los intereses moratorios de las anualidades de amortización del mismo capital, que son las anualidades, y siguen siendo también capital.

4.ª Tampoco se hace distribución de esta responsabilidad, en la que, como hemos dicho, se engloban tres conceptos, entre las distintas fincas hipotecadas.

5.ª No produce intereses moratorios, por no estar el concepto incluido en la cláusula que comentamos, la falta de pago o la demora en el pago de la comisión anual del 1 por 100, intereses que carecen de garantía, y que sería absurdo la tuvieran, al no gozar de ella el mismo principal de la referida comisión, según hemos visto anteriormente.

6.ª Resumiendo, y al darse los mismos defectos que los denunciados en apartado o pasaje anterior de este fundamento legal en cuanto a gastos reintegrables (agravados, con que para nada se alude a hipoteca en cuanto a intereses moratorios), estamos ante el caso de un simple derecho personal, que ni aún siquiera debió tener acceso al Registro (art. 1.º de la Ley Hipotecaria), en tanto careciere, como carece, de cobertura hipotecaria. No puede, en fin, pensarse, en modo alguno, en garantía hipotecaria que no resulta expresamente constituida.

V

Demostrada ya la falta de garantía hipotecaria, tanto en cuanto a gastos como a intereses moratorios, cualquiera que sea el origen de éstos, y concretando la cuestión a la responsabilidad específica

por qué se demanda al Registrador, intereses moratorios de la clase y cuantía reclamadas (después veremos la forma anormal con que ésta se ha abultado frente a principios de usual respeto), creemos ya suficientemente justificado que no alcanza a ellos la cobertura hipotecaria de la finca "Dehesa del Prado" o "Las Animas", y, por tanto, no pudo existir en la certificación de cargas de la misma que expidió dicho señor Registrador la omisión que se imputa a éste, por lo que, teniendo el demandante el carácter de tercer adquirente, no era ni podía ser con este carácter deudor de tales intereses, que, en todo caso, como obligación personal—sin transcendencia real alguna—de los prestatarios, serán éstos, o sus herederos (artículo 1.257 del Código civil), los obligados a cumplirlas. Y si el actor los pagó—mal informado o mal aconsejado o asesorado—, lo único que, en tal caso, haría o hizo fue asumir, sin obligación, una deuda ajena, y en estas condiciones no puede pretender, en forma alguna, que sea el demandado quien sufra las consecuencias de un defecto de información, consejo o asesoramiento. Esto, sin contar con la cantidad desorbitada, exageradísima y abusiva que, entre la Caja de Ahorros, exigiéndola, y los asesores, aconsejando el pago indebidamente, se ha visto, según la demanda, compelido a pagar, según hemos de ver después. Si el Letrado asesor del concurso y del demandado no tuvo en cuenta que estos intereses moratorios carecían de cobertura hipotecaria, y que, según la demanda, se ha cobrado una cantidad astronómica por tal concepto, olvidando que ese crédito, no exigible por acción real hipotecaria, sólo podría ser reclamado del obligado (los primitivos deudores) por la personal, siendo considerado, en caso de concurso, el prestamista como acreedor escriturario (art. 147 de la Ley Hipotecaria), tampoco ello—dice justamente el señor Registrador—puede acarrear la responsabilidad del Registrador demandado. Que cada palo aguante su vela. El Registrador ha interpretado y aplicado—no así los demás—los preceptos legales con evidente ortodoxia hipotecaria, sin la "torpeza profesional" ni el "criterio rutinario" que se le imputan, ni la "mentalidad de subalterno" que también se le atribuye, siendo de advertir, dado el sentido peyorativo y de menosprecio con que tales expresiones, y concretamente la última, resultan utilizadas, que, en defensa, justa defensa de los subalternos—personas dignísimas, mientras

no se demuestre lo contrario, y que, como todos nosotros, tienen su puesto adecuado y honroso en la vida—que no es infrecuente encontrar en ellos un criterio jurídico acertado y que para nosotros quisiéramos más de un profesional.

VI

Demostrado ha quedado que resultan de absoluta inaplicación los preceptos que, bajo los ordinales 1.º y 2.º, se invocan en los fundamentos de derecho de la demanda, y que ningún perjuicio ha sufrido el demandante derivado de la certificación expedida para el concurso por el Registrador demandado, por lo que resultan de igual modo inaplicables los de los números 4.º y 5.º de los mismos fundamentos de derecho; demostración a la que también ha contribuido la utilización de las reglas sobre interpretación de contratos—si se estiman ellas también extensivas a la interpretación de inscripciones—, partiendo del tenor literal de la que ha sido objeto de estudio, recogido de la escritura que se inscribió, sin que se haya advertido contradicción alguna entre dicho tenor y la intención de los contratantes del préstamo (artículo 1.281 del Código civil). Y si alguna oscuridad fuese de apreciar en las cláusulas que, unas con otras, hemos interpretado, ello nunca puede ni debe favorecer a la parte que la hubiese ocasionado (art. 1.288 del mismo Código), parte que, en este caso, no puede ser otra que la Entidad prestamista, que es la que en estos contratos, ciertamente de adhesión, impone, fija y lleva redactadas, y a veces impresas, como las pólizas de seguro, las correspondientes estipulaciones, sin que el deudor, adherido, tenga la menor intervención en ello, lo que hace, según conocida jurisprudencia, que no pueda resolverse en su contra una oscuridad en la que no intervino. Pero es que, aun prescindiendo del carácter hipotecario de la cuestión y de que el actor sea o no tercero, y analizándola desde el punto de vista puramente obligacional y civil, ¿son exigibles la totalidad de las cantidades satisfechas por don J. C. L. a cuenta de la deuda contraída por el concursado, don R. F. P. con la Caja de Ahorros y cifradas en el documento número 3 de los unidos a la demanda, por un total de 1.000.000 de pe-

setas? Partimos de la base—y este punto debe quedar aclarado previamente—de que la hipoteca, derecho accesorio, asegura obligaciones válidas, lícitas, exigibles, de tal forma que, ante una obligación que carezca de estas cualidades, no cabe hipoteca para asegurarla, ya que el Registro, la Ley Hipotecaria, si bien fija los requisitos que deben concurrir para que este derecho real tenga acceso a sus libros, no purga por ello de defectos a la obligación principal, ni convierte en eficaz y lícita la que nació ineficaz o ilícita. Y como en esta ineficacia, sobre la que vamos a razonar, tomó parte, no es ajena a ella, la propia Entidad acreedora, que, como interviniente en el contrato, no puede resultar tercero, a esta Entidad tienen necesariamente que alcanzar sus consecuencias. Y con estas premisas estamos ya en condiciones de contestar al interrogante formulado, lo que hacemos en forma negativa y razonamos del siguiente modo:

a) *Procedimiento seguido por la Caja de Ahorros, acreedora para el cómputo de los intereses de demora, cifrados en el recibo extendido por la misma en un total de doscientas cincuenta y una mil ciento noventa y tres pesetas.*—Sobre la base genérica del capital de novecientas veinticinco mil pesetas, de que responde determinadamente la finca, e intereses moratorios de siete enteros treinta centésimas anuales (dos por diez mil diario, a razón, cada año, de trescientos sesenta y cinco días) durante tres años, se han cifrado así los intereses de demora: En cuanto a las totales anualidades de amortización, o sea el total principal de doscientas dos mil quinientas setenta y cinco pesetas (202.575,00).

En cuanto a la comisión pactada del uno por ciento anual (nueve mil doscientas cincuenta pesetas por año) y plazo de tres años, en seis mil setenta y siete con veinticinco pesetas (6.077,25).

Y en cuanto a los intereses normales del siete por ciento anual (sesenta y cuatro mil setecientas cincuenta pesetas por año), que, durante tres años, suman ciento noventa y cuatro mil doscientas cincuenta pesetas, en cuarenta y dos mil quinientas cuarenta con setenta y cinco pesetas (42.540,75).

En total, doscientas cincuenta y una mil ciento noventa y tres pesetas (251.193,00) cobradas por la Caja, bajo el concepto genérico de “demora”.

b) *Determinación del tanto por ciento que supone sobre el capital de novecientas veinticinco mil pesetas los intereses cobrados por la Caja a don J. C. L.*—Prescindiendo del concepto comisión, que la Caja configura como elemento independiente de los intereses, pero que lo cobra, y es un producto más que, con otro nombre, obtiene de su dinero—y, naturalmente, de los intereses de demora correspondientes a dicha comisión, que también los cobra y es un producto más que igualmente obtiene—queda, como *intereses del capital* propiamente dichos, los normales del *siete por ciento anual* y plazo de tres años sobre las novecientas veinticinco mil pesetas de capital, cifrados en el recibo en la suma de ciento noventa y cuatro mil doscientas cincuenta pesetas (194.250,00), y los intereses moratorios, *al siete enteros con treinta centésimas* anual y plazo de los mismos tres años, sobre *las mismas novecientas veinticinco mil pesetas de capital*, cuyas anualidades de amortización no fueron satisfechas a su vencimiento, cifrados en el anterior epígrafe a) en doscientas dos mil quinientas setenta y cinco pesetas (202.575,00), sumando ambas partidas *de intereses*, trescientas noventa y seis mil ochocientas veinticinco pesetas (396.825,00), *equivalentes al catorce enteros con treinta centésimas anual, y plazo de tres años*—o sea, entre los tres años, el cuarenta y dos enteros con noventa centésimas—del principal de novecientas veinticinco mil pesetas.

Como un medio más de comprobar que esto es lo hecho por la Caja, a la vista del recibo que estamos analizando, haremos el siguiente cálculo:

Cantidad total cobrada, un millón de pesetas (1.000.000,00).

Cobrado por intereses de capital, según acabamos de puntualizar, trescientas noventa y seis mil ochocientas veinticinco pesetas (396.825,00).

Resto o diferencia, seiscientos tres mil ciento setenta y cinco pesetas (603.175,00), que se imputan así:

Parte del Capital del Crédito cobrado a cuenta ...	526.807,00
Comisión	27.750,00
Intereses moratorios de la comisión	6.077,25
Intereses moratorios de intereses	42.540,75
Total, igual al mencionado resto o diferencia	603.175,00

Lo hecho por la Caja—al final de este fundamento legal veremos cuál, en todo caso, hubiese sido la cantidad como máximo debida—, acumulando, y cobrando intereses normales del capital con intereses moratorios del mismo capital, está en contradicción:

1. Con la estipulación sobre pacto de intereses moratorios, en la que si bien se dice que, caso de mora en el pago de las anualidades de capital, se abonará un interés moratorio del 7,30 por 100 (2 por 10.000 diario) de la anualidad o anualidades demoradas, no se dice que estos intereses moratorios se cobrarán juntamente y, además, de los normales del capital, sin que tal silencio pueda suplirse en el sentido de considerar concedida a la Entidad prestamista autorización para poder hacerlo así, desequilibrando la reciprocidad de prestaciones con tan desmesurada facultad. A lo más que podría llegarse sería a la sustitución del interés normal (7 por 100), por el de demora (7,30 por 100), nunca a la acumulación de ambos, llegando al 14,30 por 100, y convirtiendo el préstamo en algo fuera de lo natural. La verdadera letra, intención y alcance de este pacto—con arreglo a elementales reglas legales y morales—es que esos intereses moratorios quedaron previstos para caso de mora en intereses normales y comisión también pactada, con el fin de que, sin necesidad de reclamación judicial, ambos conceptos, desde su vencimiento, comenzaran, a su vez, a producir intereses moratorios, pero en cuanto a capital, que ya tenía sus intereses y que, en caso de mora, seguiría produciéndolos.

2. Con el artículo 1.108 del Código civil, precepto que, en caso de mora, y en deudas dinerarias, prevé indemnización y la determina, para el caso de que no devenguen intereses, y no autoriza ni consienten que la mora, cuando se produzca, otorgue intereses dobles, los pactados y los moratorios.

3.º Con la propia naturaleza de la indemnización de perjuicios—“módulo indemnizatorio” llama la demanda, hecho cuarto, a los intereses moratorios—que no son indemnizables más que en el caso, que aquí no se da ni puede darse, de que se demuestre su existencia, según reiterada y conocida jurisprudencia. Y tal perjuicio, si bien puede darse en cuanto a los intereses moratorios de

la comisión pactada y a los intereses moratorios de los intereses principales también pactados, en cuyo impago existe lucro cesante, o sea, daño o perjuicio para la Entidad acreedora, que, de haber percibido a su tiempo las cantidades correspondientes, hubiera podido invertirlas en otras operaciones crediticias, con el consiguiente devengo, *no existe tal daño o perjuicio en el impago del capital del préstamo, que continúa devengando interés.*

c) *Determinación correcta de intereses moratorios y partidas afectadas por ellos.*—En vista de cuanto antecede, decimos y repetimos que hubiesen sido exigibles a los primitivos deudores—no a quien, como el actor, no es en este punto deudor de ellos, al no alcanzarle responsabilidad por vía real ni ser continuador personal por ningún título de los primitivos deudores—los intereses moratorios de la comisión y los intereses moratorios de los intereses vencidos; y, en cuanto a los moratorios por anualidades de capital, o se estima que no pueden tener existencia desde el momento en que el capital sigue devengando su interés normal, o se considera que, llegado el vencimiento de las anualidades, dejan de percibirse o devengarse los intereses normales primeramente pactados y son sustituidos por los moratorios, nunca que pueden coexistir los dos conceptos, lo que sería, como a simple vista se aprecia, altamente ilícito.

VII

Creemos que la responsabilidad que se exige al Registrador demandado es la extracontractual, por emisión, que regula el artículo 1.902 del Código civil, en relación con los de la Ley Hipotecaria, que se invocan bajo los números 1.º y 2.º de los fundamentos de derecho de la demanda. Y, sobre ello, tenemos que decir, con arreglo a conocida doctrina y jurisprudencia, que para la existencia y exigibilidad de tal responsabilidad es necesario:

a) Una acción u omisión—en este caso, omisión—culpable o negligente. No existe en el supuesto que contemplamos. El Registrador demandado fue en todo momento correcto y diligente en su proceder. Certificó de lo que en el Registro había con trascendencia real, y omitió lo demás, por innecesario y por no poder

ello afectar a tercer adquirente. "Los derechos *personales no asegurados especialmente... no tendrán la consideración de gravámenes* a los efectos de esta Ley...", dice el artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

b) Un perjuicio. En la forma en que el actor nos dice, nunca pudo existir tal perjuicio. Lo que concurre es un "*autoperjuicio*", al haber pagado lo que no tenía obligación de pagar ni podía exigírsele. Y los perjuicios que a sí propio se causa el perjudicado, no tienen la consideración de perjuicios a los efectos que estamos comentando.

c) Una relación de causa a efecto entre la omisión y el perjuicio. Si no hay omisión, como hemos visto no la hay, no existe causa. Y si no hay perjuicio, como hemos visto también que no hay, no existe efecto. Y no puede haber omisión, lo decimos una vez más, en la no determinación de unos intereses de demora, ya sea por principal, ya sea por los intereses primeramente deven-gados, ya sea por comisión, cuando estos intereses resultan pactados sin cobertura hipotecaria alguna, o sea, en el ámbito del derecho personal, que, en principio, ajeno al Registro (art. 1.º de la Ley), sólo por esa cobertura podrían haber adquirido el rango de derecho real de garantía, y, por otra parte, nadie puede pensar en un 14,30 por 100 de interés, más comisión, más interés moratorio de la comisión, ni mucho menos la Caja, entidad benéfica, que buenas pruebas tiene dadas del honor que hace a esta cualidad, que dejaría en muy mal lugar en otro caso...

VIII

Conformes con los preceptos invocados en el resto de la fundamentación de derecho de la demanda, en cuanto resulten aplicables a este caso...

IX

En cuanto a costas, deben ser, y así lo esperamos, impuestas al actor, tanto por aplicación del artículo 1.902 del Código civil como por el del principio de temeridad, al haber promovido tan

ligeramente y sin la más mínima meditación una reclamación tan falta de viabilidad, apoyándola en razones que, a simple vista, se aprecia carecen de toda consistencia y obligando al demandado a venir y soportar los gastos de este pleito, todo debido a la negligencia del actor, quien, con todo ello, ha incurrido en temeridad, según resulta apreciada, entre otras, en la sentencia de 21 de abril de 1950.

X

Y como esta parte ha prestado su conformidad a todos los hechos de la demanda—su discrepancia estriba en cuanto a la interpretación en derecho y consecuencias jurídicas a deducir—queda este litigio reducido a un punto o puntos de derecho, mejor, a la discusión de dichos punto o puntos, lo que hace que, por aplicación del artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sin recibimiento a prueba, que no resulta preciso, se dé cumplimiento a lo ordenado en dicho precepto, lo que no quiere decir, si otra fuera la opinión del Juzgado, que esta parte, en tal supuesto, renuncia a su derecho de proposición y práctica, en cuanto lo estime conveniente.

En su virtud, suplico al Juzgado tenga por presentado este escrito con su copia y por evacuado en tiempo y forma el trámite de contestación a la demanda; ordene el ulterior curso de este proceso, sin necesidad de recibirlo a prueba, y, en definitiva, dicte sentencia que absuelva al demandado de las pretensiones en su contra deducidas en la demanda e imponga las costas al actor, pues así procede todo en justicia que respetuosamente pido en ...

El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó la demanda, en base de los siguientes Considerandos:

Considerando: Que son requisitos fundamentales en la inscripción de hipoteca, cuando ésta afecta a varias fincas, por imperativo del principio de especialidad, trascendental en nuestro sistema registral y conforme a los artículos 12, 153 y 119 de la vigente Ley Hipotecaria, en relación con el 105 de la misma Ley y el artículo 1.861 del Código civil, los dos siguientes: primero,

que se fije "el importe de la obligación garantizada" o se determine "la cantidad máxima de que responde la finca", y segundo, que se determine la cantidad o parte de gravamen de que cada una debe responder; requisitos a los que podría añadirse un tercero, en virtud de lo dispuesto en los artículos 29 y 98 de la citada Ley Hipotecaria; que tratándose de derechos personales se aseguren especialmente, para que tengan la consideración de gravámenes a los efectos de la Ley Hipotecaria y se encuentren amparados por la fe pública registral y puedan afectar a terceros.

Considerando: Que sobre esta base es preciso determinar si en las cláusulas que se dicen omitidas en la certificación expedida por el que fue Registrador de la Propiedad de este partido don ..., hoy demandado, y que en su día se unió al concurso de acreedores de don R. F. P. y en el cual concurso el hoy actor adquirió la finca hipotecada, aparecen tales requisitos, y si en consecuencia tienen trascendencia real que pudieran afectar al actor y al no haberse certificado respecto a ellas se le ocasionaría el perjuicio en base al cual reclama.

Considerando: Que en la certificación literal de la inscripción de la finca "Dehesa del Prado" o "Las Animas", aportada con la demanda aparece la cláusula, digo, aparece en primer lugar la cláusula hipotecaria verdadera, amparada por la fe pública registral y con trascendencia respecto de tercero: "respondiendo esta finca (se refiere a 'Las Animas' o 'Dehesa del Prado') de novecientas veinticinco mil pesetas de principal, de sus intereses correspondientes y de ciento ochenta y cinco mil pesetas para costas y gastos", cumpliéndose todos los requisitos establecidos en el primer Considerando de esta resolución: afección, determinación y distribución, en definitiva el principio de especialidad. Pero a continuación aparecen otras dos cláusulas, que son las que el actor considera omitidas, una, la primera, relativa a gastos que hiciera la entidad actora y que no le afectan por no haber sido hechos y otra que establece los intereses moratorios y que constituyen el caballo de batalla de esta litis y en virtud de la cual el actor ha satisfecho la cantidad que en este pleito reclama: "igualmente producirán intereses moratorios las anualidades de amortización, de intereses y gastos de administración que no sean satisfechos el día que correspondan. Estos intereses moratorios serán el dos

por diez mil diario de las respectivas cantidades", cláusula en la que ni se afecta especialmente la finca (como en la de los gastos que hiciera la entidad prestamista, en la que al menos se dice que se considerarán protegidos por la hipoteca, aunque no se cumple luego los otros dos requisitos) ni se cumplen los otros dos requisitos, infringiéndose con ello el principio de especialidad, englobándose tres conceptos diferentes que si bien permitirían respecto a alguno de ellos la determinación de su cuantía, aplicando el precepto del artículo 114 no respecto a otros conceptos, por lo que en todo caso debió fijarse la cantidad máxima y además determinar cuál fuese, respecto de esa cantidad, la de que respondiese la finca "Las Animas", quedando en definitiva reducidas esas cláusulas a la de simple mención de derecho personal, como sostiene el demandado, no asegurado especialmente ni amparado por la fe pública registral (artículo 29 de la Ley Hipotecaria) y no pudiendo perjudicar a terceros; aunque hubiesen tenido acceso al Registro, no tiene el Registrador por qué certificar respecto de ello, por tratarse de una relación estrictamente personal entre acreedor y deudor primitivo, sin eficacia respecto al comprador de la finca, que pagó lo que no debía.

Considerando: Que no siendo de apreciar temeridad ni mala fe no es procedente hacer expresa imposición de las costas.

La Audiencia Territorial de Sevilla confirmó el fallo del Juzgado. Razonó así:

Considerando: Que tanto la Ley como la concepción doctrinal e institucional configuran la hipoteca como derecho real asignándole las características de inmediatividad y absolutividad, vinculando la cosa a la seguridad del crédito y atribuyendo, en su caso, al acreedor la facultad de realizar el valor mediante su enajenación, constituyendo un derecho de garantía que no se concibe sin la existencia de un derecho a asegurar, estatuyendo el artículo 104 de la Ley Hipotecaria que la sujeción de bienes que la hipoteca lleva consigo es para el cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida. De la exposición de estas características, que perfilan y cualifican la institución, puede derivarse la consecuencia de que se trata de un derecho excepcional que tanto en atención a su constitución como en

cuanto a su extensión, con relación no a la cosa, sino al crédito garantido, ha de ser mirada restrictivamente sin poder asignarse otro alcance sino el que claramente resulta de la escritura creacional, tanto con más rigor cuando aparezcan en juego intereses de terceros adquirentes a los que puede perjudicar la incorrecta amplitud o interpretación de conceptos que para comprenderse en la cobertura han de aparecer señalados con toda claridad en su garantía.

Considerando: Que a tenor de la escritura y con vistas a su inscripción registral, para garantizar el préstamo realizado para la Caja de Ahorros de ..., de esta capital, se constituyó por el matrimonio deudor hipoteca voluntaria a favor de la entidad prestamista sobre la finca, después adquirido por el actor aquí reclamante, y cinco más, toda propiedad de los deudores, y alcanzando la garantía hipotecaria, como con claridad y precisión se condensa en la escritura, "a la devolución del capital del prestado, ascendente a un millón quinientas mil pesetas, pago de sus intereses conforme a la Ley y trescientas mil pesetas que se fijan para costas y gastos en caso de ejecución", y a virtud de la obligación distribución hipotecaria por mandato del artículo 119 de la Ley, cuando se trata de varias fincas, a la que es objeto del pleito se le asignó una responsabilidad por el valor de "novecientas veinticinco mil pesetas de capital, de sus intereses correspondientes y de ciento ochenta y cinco mil pesetas para costas y gastos".

Considerando: Que como pueda fácilmente entenderse, acogiendo a la literalidad en que la garantía ha sido concebida, no puede comprenderse dentro de la misma más que la devolución del capital asignado a la finca; la de los intereses a aquél correspondientes conforme a la Ley y a la cantidad consignada para costas y gastos. Por ello no resulta lícito pretender incardinar en los intereses de *capital*, únicos garantizados, los intereses *moratorios* que pudieran corresponder "a las anualidades de amortización, de intereses y gastos de administración y que no sean satisfechos el día que corresponda", y a los que se alude al final de la escritura y después de establecer una serie de obligaciones de tipo personal, en conjunción con los también moratorios que produzcan los gastos que hiciere la entidad acreedora por cuantía y a causa de la negligencia de los deudores, pues aparte de que

para comprenderse en la cobertura de garantía tenía que haberse expresamente determinado, sin que quepa confundirlos o identificarlos con los del capital, tampoco son objeto de la obligada determinación—art. 12 de la Ley Hipotecaria—sin señalarse ni cifra máxima a que responde la garantía ni anualidades a que la misma puede comprender, no apareciendo tampoco distribuida la supuesta responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas gravadas como necesariamente tenía que producirse para que, en su caso, pudiera tener virtualidad la exigencia, habiendo de concluirse afirmando el carácter eminentemente personal del pacto moratorio origen de este pleito, que a tenor del artículo 98 de la propia Ley Hipotecaria no tiene la consideración de gravamen a efectos de ella, razones que, unidas a las examinadas por el Juez de 1.ª instancia, aconsejan confirmar la sentencia que, al resolver el litigio, procedió conforme a Derecho.

Considerando: Que dada la forma como la controversia se ha desarrollado y teniendo en cuenta la modificación producida en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la de 8 de julio de 1963, no es necesario hacer expresa condena de las costas irrogadas en esta alzada, para ninguno de los contendientes.

BARTOLOMÉ MENCHÉN.

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 CABALETRO.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

9. BIENES RESERVABLES. REQUISITOS Y DOCUMENTOS NECESARIOS PARA INSCRIBIRLOS A FAVOR DEL RESERVATORIO.—EL «JUS TRANSMISSIONIS» EN EL DERECHO HEREDITARIO DEL RESERVATARIO.

Ante las discusiones doctrinales y la jurisprudencia contradictoria sobre el derecho de transmisión en los derechos del reservatario del artículo 811 del Código civil, esta materia ha de desenvolverse con prudencia, de la que es reflejo la Ley Hipotecaria (artículos 185 a 188) y el artículo 265 de su Reglamento, por lo que, no apareciendo firmemente acreditado, en los documentos presentados, el derecho del solicitante de la inscripción, debe suspenderse ésta, hasta tanto no presten su consentimiento las posibles personas interesadas o, en su defecto, se presente la resolución judicial correspondiente.

Resolución de 19 de febrero de 1969.

A) *Antecedentes de hecho.*—Don José Jiménez Crespo, a cuyo favor se inscribió en el Registro un olivar por adjudicación en la partición de la herencia de su abuelo materno, don José Crespo Castro, falleció soltero en 1936, siendo declarado único heredero del mismo su padre, don Antonio Jiménez Jiménez, en auto del Juzgado competente. El olivar resulta por ello afecto a la reserva del artículo 811 del Código civil en favor de la línea materna de donde procede. Fallecido el reservista, don Antonio, en 1942 quedó como único reservatario un hermano de la madre del descendiente, causante de la reserva, llamado don Félix Crespo Jiménez, que, sin haber reclamado la finca, falleció en 1951, bajo testamento otorgado en 1949 en el que instituyó único heredero a su sobrino don Enrique Crespo Alba. Este otorgó el 8 de febrero de 1951, ante el Notario de Málrena, don Manuel Reboul Blanco, una escritura de aceptación y manifestación de la herencia de su tío, y el 8 de mayo de 1967 otra, autorizada por el Notario de Viso del Alcor, don Fernando Ruiz de Huidobro y de León, de aceptación de la herencia reservable que su mismo tío adquirió por defunción de don José Jiménez Crespo, adicionando el inventario de la primera con el olivar, objeto del recurso que se adjudicó en pago de su derecho hereditario.

Presentada en el Registro de Alcalá de Guadaira la segunda escritura con otros documentos complementarios, fue calificada con la siguiente nota: "Hecha la inscripción con vistas del auto de declaración de herederos de don José Jiménez Crespo a favor de don Antonio Jiménez Jiménez, de la finca a que se refiere el precedente documento. Pero en cuanto a la adjudicación como reservable a favor de don Félix Crespo Jiménez y posterior adjudicación a su heredero, don Enrique Crespo Alba, suspendo la inscripción solicitada en tanto no se declare judicialmente el carácter reservable de esta finca a favor de don Félix Crespo Jiménez, ya que a tenor de lo que dispone el párrafo segundo del artículo 265 del Reglamento Hipotecario, el Registrador se abstendrá de asignarles el carácter de reservable a los bienes si los reservistas no lo hicieran constar expresamente, sin ser además suficiente para reputarlos de tales los datos e indicaciones que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones. Y a petición del presentante tomo anotación de suspensión por el plazo legal al folio..., inscripción segunda y anotación letra B."

Don Enrique Crespo Alba interpuso recurso contra la calificación con alegaciones que pueden sintetizarse así: que es incongruente la cita del artículo 265 del Reglamento, que se refiere a la forma de hacer constar la reserva en el Registro, cuando lo que se solicita es la inscripción pura y simple a favor del reservatario una vez consumada la reserva; que desde la muerte del reservista no puede hablarse de bienes reservables; que el artículo 811 del Código no determina el título con el que se ha de acreditar quiénes son los reservatarios; que la Resolución de 27 de junio de 1906, para supuestos normales declaró que la determinación de los reservatarios, fallecido el reservista, debe hacerse judicialmente como en toda sucesión legítima; pero para supuestos especiales las Resoluciones de 20 de marzo de 1905, 12 de junio de 1930 y 16 de septiembre de 1947 consideran innecesaria la aludida declaración cuando de los documentos presentados resulte evidente quién sea el reservatario que ha heredado los bienes reservables; y que para demostrar lo expuesto acompaña los documentos pertinentes y el árbol genealógico que facilita la determinación de los grados de parentesco del descendiente y sus ascendientes y colaterales.

El Registrador informó: que la reserva del artículo 811 constituye una excepción en el juego normal del derecho sucesorio que debe ser interpretada restrictivamente, lo que también resulta del artículo 265 del Reglamento Hipotecario, que establece limitaciones para hacer constar en el Registro el carácter reservable de los bienes; que "estas circunstancias son más de tener en cuenta en el presente caso en que existe anotado un título sucesorio referente a los mismos bienes, contradictorio, por tanto, a la reserva que se pretende" (1); que la Sentencia de 2 de enero de 1929 estableció que los herederos del reservatario pueden pedir los bienes reclamados por éste aunque no como reservatarios, sino como continuadores de la personalidad del causante y en cuanto a bienes reclamados por éste, añadiendo dicha Sentencia que el derecho del reservatario es personalísimo y no puede transmitirse a personas que no estén dentro del tercer grado, con lo que se pretende evitar que quienes no reúnan los requisitos exigidos por el precepto puedan obtener los bienes reservables, si bien una vez pedidos por quien a ellos tenga derecho pueden hacerlos efectivos sus herederos o continuadores; que abunda en la misma necesidad de previa petición la sentencia de 14 del junio de 1945 al admitir que el inmediato sucesor del reservatario adquiera los bienes reservables que estuviesen bajo el dominio del causante; y que, por ello, cuando se pretende ejercitar por representación o poco menos, un derecho de reservatario que quien lo tenía no reclamó en nueve años que sobrevivió al reservista, considera imprescindible para inscribir, como pretende el recurrente, la declaración judicial a su favor como titular de un derecho que no ejercitó a su debido tiempo.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas e interpuesta apelación la Dirección General acordó confirmar el auto apelado y la nota del Registrador (2) en base a la siguiente doctrina:

B) Doctrina de la dirección.—Fallecido don Félix Crespo, reservatario que no era heredero del reservista, don Antonio Jiménez, sin haber reclamado la finca reservable, la cuestión que plantea este expediente es la de si podrá inscribirla en el Registro de la Propiedad a su nombre

(1) De esta frase del informe del Registrador y de la reseña del asiento o asientos (inscripción 2.^a y anotación B) que la titulación presentada por don Enrique Crespo causó, según la nota de calificación, cabe deducir que anteriormente se había presentado y anotado un documento de adjudicación a favor de los herederos del supuesto reservista don Antonio Jiménez Jiménez. Por ningún otro lugar de la Resolución se hace referencia a esta colisión de títulos, y, sin embargo, creemos que esta circunstancia ha tenido una influencia decisiva en las actitudes, acaso excesivamente inhibitorias, adoptadas por el Registrador y por la Dirección, y también en la forma en que se han involucrado en el recurso los dos problemas diferentes que el caso planteaba y de los cuales trataremos en el Comentario.

(2) La Resolución enumera como «Vistos»:

Los artículos 659, 811, 1.006 y 1.112 del Código civil

Los artículos 185 a 188 de la Ley Hipotecaria y el 265 de su Reglamento.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1901, 27 de enero de 1909, 30 de diciembre de 1912; 11 de marzo de 1927; 2 de enero de 1929, y 14 de junio de 1945

Y la Resolución de la Dirección de 16 de septiembre de 1947.

Aún no citadas en el «Vistos» si lo fueron por el recurrente y, sin duda cuidadosamente analizadas al dictar la Resolución las de 20 de marzo de 1905, 27 de junio de 1906 y 12 de junio de 1930.

Para el problema del «jus transmissionis» es también de gran interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1906.

don Enrique Crespo Alba, heredero testamentario del reservatario, el mencionado don Félix, en base a la adjudicación hecha como consecuencia de la aplicación del "jus transmissionis" en la escritura de adición de operaciones de aceptación de herencia calificada:

Es de especial interés resaltar las circunstancias especiales que concurren en el caso discutido que son los siguientes:

1. Al fallecer en 19 de octubre de 1936 don José Jiménez Castro en estado soltero adquiere por sucesión intestada su padre don Antonio Jiménez la finca que el primero heredó de su abuelo materno y nace la obligación de reservar.

2. Hasta la muerte del reservista en 8 de enero de 1942 fallecen todos los parientes con derecho a la reserva, con excepción de un hermano de la madre, don Félix Castro Jiménez, lo que podría plantear la cuestión de si cabría el derecho de representación en favor de sus descendientes.

3. En vida del reservatario éste no ejercita el derecho de reversión de la finca sujeta a reserva, lo que suscita el problema de si la reserva se ha extinguido o cabe el "jus transmissionis".

4. El carácter de reservable del inmueble no consta en el Registro de la Propiedad.

5. Don Enrique Crespo Alba, único heredero del reservatario don Félix, en escritura de adición a la partición de bienes de su tío, incluye la finca discutida y solicita se inscriba a su nombre al dar por supuesto que el "jus transmissionis" ha tenido lugar:

Como uno más de los problemas derivados de la aplicación del artículo 811 del Código civil, se encuentra el de si cabe el "jus transmissionis" del derecho de los reservatarios, que mantiene dividida a la doctrina patria, pues mientras unos autores se inclinan por la postura afirmativa en base fundamentalmente al artículo 1.112 del Código que establece la regla general de transmisibilidad de los derechos, y a que el reservatario adquiere el dominio de los bienes sujetos a reserva en el momento del fallecimiento del reservista, por lo que se encuentran dentro de su patrimonio, o al menos lo está su derecho a aceptar o repudiar esa sucesión, que se transmitirá a sus herederos de conformidad con el artículo 1.006 del mismo Código civil, otros autores sostienen que no es posible la aplicación del "jus transmissionis", dado el carácter personalísimo que tiene el derecho a la reserva, por lo que si el reservatario fallece sin haber reclamado los bienes, nada transmite a sus herederos, porque no aparece consumada la misma.

Una postura intermedia mantiene la aplicación del "jus transmissionis" en todos aquellos casos en que la reserva se hubiese cumplido voluntariamente por el reservista, tanto en acto *inter vivos* como *mortis-causa* o resultare cumplida, en su defecto, de la aplicación de las reglas de la sucesión *ab intestato*—lo que no es el caso contemplado en el supuesto—, pero no tendrá lugar dicho "jus transmissionis" cuando al no ser heredero por título alguno el reservatario del reservista no haya ejercitado el primero su derecho a reclamar los bienes reservables, todo ello debido al carácter personalísimo del mismo.

Con excepción de la sentencia de 14 de junio de 1945, que incidentalmente declara la transmisión al sucesor del derecho a la reserva no ejercitado, el Tribunal Supremo mantiene reiteradamente la postura negativa, dado que el derecho a la reserva de bienes del artículo 811 del Código civil es de carácter personalísimo y sólo cabe su ejercicio por la persona que reúna las circunstancias previstas en la Ley, sin que pueda transmitirse a otras que no estén dentro del tercer grado, ya que

debido a aquel carácter la acción quedó extinguida si no la ejercitó el reservatario, y solamente si éste fallece después de haber hecho la reclamación, sus herederos podrán pedir los bienes reservables, pero no porque se les haya transmitido su derecho a la reserva, sino como continuadores de la personalidad del causante y haber éste manifestado su voluntad de adquirirlos.

Lo expuesto revela la prudencia en que ha de desenvolverse esta materia en la que tantos interesados pueda haber, y de la que es fiel reflejo la propia Ley Hipotecaria en los artículos 185 a 188, en donde se establece que los reservistas podrán, sin el concurso de los reservatarios o sus representantes legales, hacer constar en el Registro la calidad de reservables de los inmuebles, dado que sobre ellos pesa la obligación de dar cumplimiento a la reserva, pero si no sucede así, según ordena el artículo 265 del Reglamento Hipotecario, los Registradores se abstendrán de asignarles este carácter al practicar los correspondientes asientos cuando no sean estos reservistas quienes lo pidan, incluso aunque de los datos o indicaciones que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones pudiera parecer que se trataba de una reserva.

De todo lo expuesto resulta que no aparece firmemente acreditado en los documentos presentados el derecho del solicitante, supuesto necesario para que pueda tener lugar la inscripción pedida, tal como declaró este Centro con relación a un supuesto de bienes reservables en la Resolución de 16 de septiembre de 1947, sino que por el contrario, de la exposición de los hechos acaecidos realizada por el Notario, es posible que puedan aparecer otras personas interesadas, circunstancia esta última que basta para entender justificada la posición del Registrador hasta tanto no presten aquéllas el debido consentimiento al acto o en su defecto, se presente la resolución judicial correspondiente, caso de que la cuestión se haya ventilado ante los Tribunales, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley.

C) *Comentario.*—El caso planteado ante el Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaira contenía dos problemas fundamentales distintos: Uno sustantivo-civil, consistente en si procede o no el «jus transmissionis» a favor de los herederos del reservatario del artículo 811 del Código; y otro adjetivo-hipotecario referente al título necesario para la inscripción registral a favor de dicho reservatario. De resolverse en sentido afirmativo la pregunta primera, surge entonces la cuestión de si presenta alguna particularidad la titulación necesaria para inscribir a favor del heredero del reservatario por «jus transmissionis». La constancia del carácter reservable de bienes concretos y determinados en las inscripciones registrales de los reservistas es cuestión independiente aunque íntimamente conectada con el segundo de los problemas.

En el recurso comentado todas estas cuestiones diversas se han involucrado excesivamente y la propia Resolución, aunque los distingue, se resiente del impreciso planteamiento del caso en la nota de calificación, en las alegaciones del recurrente y en el informe del Registrador.

La nota centra el defecto en el segundo de los problemas enunciados, dando como motivo de la suspensión la falta de declaración judicial del carácter reservable de la finca a favor de don Félix Crespo Jiménez. La cita del párrafo segundo, del artículo 265 no es improcedente, dado el importante papel que la constancia de la reserva en el asiento del reservista juega en la justificación al Registrador del derecho del reservatario; pero tal cita no se hace en forma precisa concretando las consecuencias que en tal justificación implica la falta de

constancia registral de la reserva y que, desde luego no será la imposibilidad de esa justificación. La nota no aclara la naturaleza ni el contenido de la resolución judicial que se estima necesaria. Puesto el acento de la nota en la falta de título sucesorio judicial acreditativo del derecho del reservatario a la finca, se elude el problema del derecho de transmisión, acaso dando por supuesto que la resolución judicial habría de resolverle.

El recurrente considera improcedente la cita del artículo 265 del Reglamento, lo cual sólo en parte es verdad, en nuestra opinión: El Registrador podrá exigir una justificación más completa del derecho del reservatario, si no hay constancia registral de la reserva; pero la norma reglamentaria no podrá ser obstáculo para calificar favorablemente la justificación documental del derecho sucesorio del reservatario, y tiene razón el recurrente en el sentido de que el supuesto contemplado por el párrafo 2.º del artículo 265 sólo indirectamente afecta para inscribir a favor del reservatario. Pero la alegación más interesante del recurrente es la de Resoluciones del Centro Directivo, que no han estimado necesaria la declaración judicial para la determinación del reservatario ni de los bienes reservables.

El Registrador, en su Informe, advirtiendo que el problema del «jus transmissionis» no se había destacado suficientemente en la nota, centra la cuestión en éste y tiende a convencer de que no ha lugar a tal derecho, aunque, naturalmente, acataría una resolución judicial, declarando el derecho de don Enrique al olivar. La rectificación de puntería es notable; el beneficiario de la Resolución judicial debe ser ahora don Enrique y no don Félix, y entrelineas cabe leer que se pretende sea dictada en vía contenciosa.

La Dirección encuentra difícil separar las dos cuestiones que le llegan tan mezcladas, y probablemente por entender que el caso era ya litigioso en el fondo por razón de la cuestión sustantiva (3), la Resolución, después de centrar muy claramente el caso y de exponer las vacilaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre dicha cuestión, da la razón al Registrador para dejar el camino libre a la contienda judicial entre herederos de reservista y reservatario, estimando no justificado el derecho del solicitante de la inscripción.

Aquí debemos analizar por separado las distintas cuestiones planteadas:

A) El «jus transmissionis» en la reserva troncal.

Nos remitimos a los Considerandos transcritos de la Resolución para una breve exposición de los términos en que está planteada en la doctrina, la discusión de si este derecho de transmisión juega o no en la reserva del artículo 811.

Es imposible negar la enorme influencia que en el texto de los Considerandos han tenido los magníficos trabajos de VALLET DE GOITISOLO sobre la reserva del artículo 811 (4). La posición que califica de inter-

(3) Ver nota (1) al pie de los Antecedentes de hecho.

(4) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el art. 811 del Código civil. Anuario de Derecho Civil: X-II, III y IV; XI-III.

Interpretación, localización sistemática e integración de la reserva del art. 811 del Código civil.

Revista de Derecho Privado. Abril y mayo de 1959 (págs. 275 y sigs. y 375 y siguientes).

Hipótesis y tesis del art. 811 del Código civil.

Revista de Derecho Privado. Noviembre y diciembre de 1961 (págs. 891 y 1020 y sigs. Febrero 1962 (pág. 95).

media es pura, y simplemente la de VALLET, casi expuesta en los términos literales. Al hacerla objeto de un Considerando separado demuestra que la considera al menos muy estimable. Pero de ello no cabe deducir que la Dirección General ha sentado doctrina a favor de esta posición. Claro está que aún menos cabe deducir que se inclina a la posición afirmativa del «jus transmissionis», como deduce BUENAVENTURA CAMY. Para mi modesta opinión, la Dirección se ha inhibido, ha dejado intencionadamente el problema sin resolver, por no estimarlo necesario ni conveniente.

El contexto general de los Considerandos, dedicados a esta cuestión, muestran indicios de cierta inclinación hacia la postura de VALLET; pero de ahí no podemos pasar. La misma inclinación sentimos nosotros y todos cuantos contemplan la colosal tarea de VALLET en torno al 811; pero no podemos dejar de hacer constar:

a) Que su postura es, en el fondo, la negativa, pues los supuestos en los que admite el derecho de transmisión son, en realidad, casos de no actuación de la reserva (5).

b) Que la mayoría de los autores se pronuncian, al parecer, por la solución afirmativa, según resulta de las mismas citas de VALLET y de la afirmación que hace PUIG PEÑA (6).

c) Que el único apoyo jurisprudencial firme de la postura negativa es la Sentencia de 16 de enero de 1901, y la Memoria del Presidente del Tribunal Supremo, que la explicó y justificó, aunque reconociendo lo dudoso de la cuestión. Las restantes Sentencias, que reseñamos en la nota dedicada a «Vistos» y que VALLET considera favorables a la negativa, en realidad, se refieren a supuestos distintos o especiales (7). La Sentencia de 1945 no dio lugar a la reserva a favor del heredero de la reservataria, porque apreció, entre otras cosas, la renuncia de ésta, que, naturalmente, corta el «jus transmissionis»; pero en un Considerando admite este derecho aplicable claramente. La franca postura afirmativa de esta Sentencia no resulta sólo de su claro Considerando, que VALLET estima «obiter dictum», sin nada que ver con la cuestión ni su «ratio decidendi», sino también de situar el juego del «jus transmissionis» en su auténtico campo delimitado por el artículo 1.006: muerte del heredero (reservatario), sin aceptar (la reclamación de los bienes es precisamente el «plus» sobre la acepta-

(5) El cumplimiento voluntario del reservista por acto *inter vivos* con la entrega de los bienes reservables al reservatario extingue anticipadamente la reserva y entre los problemas que pueden surgir no está el de si actúa el «jus transmissionis». Si el reservatario es heredero testamentario o *ab intestato* del reservista, en tanto en cuanto se superpongan y confluyan ambas cualidades, la reserva deja de actuar y el heredero del reservatario ejercitará un «jus transmissionis» normal como heredero de heredero.

(6) Este autor dice que, aunque la doctrina discute, la generalidad de los autores se pronuncia por una solución afirmativa y añade que no existe problema si el reservatario muere después de iniciado el juicio reclamatorio por estar resuelto por la S. de 2-1-29. En cambio, las sentencias de 1927 y 1945 las refiere Puig Peña exclusivamente al derecho de representación del reservatario lineal. (Tratado de Derecho civil español. Tomo V. Volumen II, páginas 540, 541).

(7) La Sentencia de 1.909 contemplaba el caso de una reclamación contra un comprador de los bienes reservables; la de 1902 el de una reserva aún pendiente; la de 1927 encaja mejor en el supuesto de derecho de representación; la de 1929 en un auténtico supuesto de derecho de transmisión lo admite y al parecer no sólo porque la reservataria había interpuesto acto de conciliación antes de morir, pues afirma la Sentencia que desde el fallecimiento del reservista nació «ipso facto» el derecho de la reservataria a los bienes.

ción que está en discusión) ni repudiar (que es lo que en el caso había hecho la reservataria).

d) *Que el argumento de autoridad de BALDO, etc. (a través de SANZ MARQUECHO y FEBRERO) no es concluyente por referirse a la queja de los hijos a las segundas nupcias de la madre, conociéndolas. Y se vuelve en contra, porque el «jus transmissionis», moderno o general, se ha consolidado, contemplando el caso de ignorancia del «jus delationis» y comprendiendo que pide tratamiento similar al de muertes cercanas en el tiempo de causante y heredero. (La «transmissio justinianea» se da cuando el heredero muere antes de transcurrido el año, desde que tuvo noticia de la delación.)*

No estimamos conveniente aquí profundizar más en la discusión de argumentos en favor y en contra del «jus transmissionis» a favor del reservatario. El argumento del derecho personalísimo se ha manejado por la Jurisprudencia un tanto indiscriminadamente, la integración de la norma del artículo 811 no puede hacerse con una obsesión restrictiva, sin demostrar antes que la futura uniformidad legislativa debe y puede acabar con toda concesión al sistema de líneas y troncalidad sucesoria. El derecho del reservatario tiene indudable naturaleza sucesoria, y conviene analizar bien dónde y por qué la limitación de grados en los llamamientos debe excluir, no sólo el derecho de representación, sino el de transmisión, en el que la posible situación de ignorancia del heredero hace peligrosa toda admisión de renuncia presunta.

Únicamente queremos insistir en que la Resolución comentada no ha sentado la doctrina sobre la cuestión. La Jurisprudencia sigue contradictoria; la doctrina dominante, favorable a la postura afirmativa; el trabajo de VALLET, fundamental e imprescindible, para todos los temas en torno al artículo 811; el puente de este artículo, entre sucesión personal y troncal, sin terminar de construir y originando continuas dificultades.

BUENAVENTURA CAMV (8) cree que la Resolución es favorable al «jus transmissionis» del heredero del reservatario al no haber dicho que a don Enrique Crespo le faltaba capacidad adquisitiva para la escritura de aceptación del bien reservable, sino otras faltas en el documento presentado, que no tendría derecho a realizar, si no se apreciase previamente la validez del derecho de transmisión en los bienes reservables. No estamos conformes con CAMV, aun reconociéndole su parte de razón. Para mí está claro que la Dirección no consideró conveniente ni necesario entrar en la cuestión sustantiva, en cuanto estimó necesario, en el caso concreto, una resolución judicial a favor del solicitante de la inscripción. No es posible llevar la Resolución a la posición afirmativa, aplicando la doctrina del silencio después de leer sus Considerandos. Ya es bastante el demostrar que se ha mantenido en posición de imparcialidad en la polémica.

B) Título inscribible del reservatario.

A la cuestión relativa al título o documento necesario para practicar la inscripción a favor del reservatario dedica la Resolución solamente el último Considerando. En este punto sí cabe preguntarse si la Resolución debió ser más explícita; pero, repetimos, que posiblemente entendió que no eran necesarias cavilaciones ni afirmaciones de valor general para un caso litigioso, desde luego. Bastaba declarar

(8) En su Comentario a esta Resolución en Revista de Derecho Privado. Abril 1969. págs. 319 y 321.

necesaria la resolución judicial para la práctica de la inscripción, sin comentario ni aclaración sobre la alegación del recurrente de Resoluciones contradictorias de la Jurisprudencia registral.

El recurrente separa las Resoluciones de la Dirección sobre el particular en dos grupos: uno, constituido con las que él considera referentes a los supuestos normales, en los que se precisa Resolución judicial (cita, por todas, las de 1906); y el otro, formado por las dictadas para casos especiales en los que no es necesaria, por resultar evidente de los documentados presentados quienes sean los reservatarios que han heredado los bienes sujetos a reserva (Resoluciones de 1905, 1930 y 1947).

Veamos hasta que punto la exigencia de Resolución judicial puede considerarse regla general, analizando brevemente los casos de estas Resoluciones:

En la Resolución de 20 de marzo de 1905 (9), la Dirección consideró que de los documentos presentados resultaba que don M. (adjudicatario-reservatario) era el único hermano sobreviviente del menor don E. (de quien el abuelo reservista había heredado los bienes), lo que excusaba la necesidad de la declaración judicial, tampoco necesaria para justificar que no existen otros interesados con igual derecho, porque las Leyes no tienen establecidos procedimientos para justificar estas circunstancias negativas. No aclara la Resolución cuáles otros documentos se habían aportado, además del testamento del abuelo, legando e instituyendo solamente a su hija A. y a sus nietos M. y E. El Registrador pretendía declaración judicial de herederos, conforme a los artículos 977 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, y aun mejor, la dictada en el procedimiento de adjudicación de bienes a que estén llamadas varias personas sin designación de nombres (arts. 1.101 y sigs. de la misma). Es interesante observar que en el recurso se interfería un problema de Derecho sustantivo: si en la reserva del artículo 811 juega o no el principio de proximidad de grado. Este hizo que quedara un tanto postergado y soslayado el de los documentos idóneos como título sucesorio del reservatario.

En la Resolución de 27 de junio de 1906 (10), el Registrador no admite la inscripción, y en el informe pretende la Resolución judicial de los citados artículos 1.101 y 1.102. El Juez Delegado y el Presidente de la Audiencia no estiman necesaria la resolución judicial, acomodándose a los argumentos de la Resolución de 1905, por resultar de documentos ya inscritos en el Registro el mejor derecho a los reservables de los que pretenden la inscripción, ya que toda resolución judicial no haría más que repetir el fallo del Auto de declaración de herederos del padre de los reservatarios (hermanos del descendiente, de quien los abuelos reservistas heredaron). Pero la Dirección estima el caso distinto al resuelto de 1905, confirma la nota del Registrador y afirma que corresponde al Juez determinar la clase de procedimiento en que se deba hacer la declaración del derecho de los reservatarios.

En la Resolución de 12 de junio de 1930 (11), también se mezclan varias cuestiones sustantivas, y en la referente al documento sucesorio del reservatario, el Registrador, en la nota de calificación, había denunciado que no se presenta «la declaración del Juzgado competente, determinando los herederos de dichos bienes reservables o los documentos justificativos de los que resulten los parientes a quienes dichos bienes correspondan por fallecimiento del reservista». Vemos, pues, qué duda. El Ministerio Fiscal estima precisa la declaración de

(9) Ver Anuario del mismo año, pág. 175.

(10) Anuario del mismo año, pág. 383.

(11) Anuario del mismo año, pág. 229.

herederos, conforme a la Resolución de 1906; el Presidente de la Audiencia resuelve en sentido contrario, por entender análogo el caso de la Resolución de 1905, y la Dirección, aunque estima otros motivos de la nota, dice que por no existir en el Código ni en la Ley de Enjuiciamiento procedimiento adecuado para determinar las personas llamadas a la reserva, fijar la cuantía de los bienes reservables y hacer las oportunas adjudicaciones, ha de partirse, cuando del Registro no aparezcan protegidas terceras personas, de la presunción que atribuye a los herederos autorizados para disponer de la masa relicta, la facultad de señalar los reservatarios y de especificar los bienes reservables, siempre que no contradigan abiertamente los preceptos que regulan la materia y no sean aquellos impugnados ante los Tribunales por los presuntos perjudicados.

En la Resolución de 16 de septiembre de 1947 (12), el caso es sencillísimo: Muere don X, con testamento a favor de sus tres hijos; muere luego intestado uno de ellos, siendo declarada heredera su madre, con la reserva del artículo 811; muere la madre, con testamento a favor de los dos hijos sobrevivientes; uno de ellos renuncia a las tres herencias y el otro se adjudica el único bien de naturaleza ganancial de X y su esposu. Y la Dirección da por suficientemente acreditados los requisitos personales de la reserva, con los testamentos y partidas de defunción de los padres, y declara que, si bien la Jurisprudencia exige la correspondiente declaración judicial para determinar los reservatarios al tiempo de extinguirse la reserva, este Centro Directivo ha reconocido que aquélla no es necesaria cuando de los documentos aportados resulta con evidencia quiénes sean las personas favorecidas con la reserva, sin que tampoco sea necesaria para demostrar que no existen otras personas con igual derecho, porque las Leyes no requieren prueba de las circunstancias negativas.

Hemos considerado conveniente alargarnos algo con estos detalles de las Resoluciones anteriores sobre lo mismo para intentar descubrir, a través de los casos debatidos, todas las posibles circunstancias que deben tener influencia en la clase y contenido del documento justificativo del derecho de los reservatarios. Sólo en un caso contra tres se erigió la resolución judicial; contando la comentada nos encontramos con una contradicción jurisprudencial de tres a dos a favor de la no exigencia de resolución judicial, por lo que es dudoso que se deba exigir la resolución judicial en general y sólo pueda dispensarse de ella en casos especiales o excepcionales de evidencia.

Pero no interesa obtener una solución prevalente a favor o en contra de la resolución judicial, sino orientarnos entre las complicaciones que han llevado a ésta, aparentemente contradictoria jurisprudencia.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que las vacilaciones sobre si la resolución judicial puede ser suficientemente suplida por otro tipo de documento es, en este caso de la reserva troncal, un mero reflejo de las vacilaciones sobre el título sucesorio, a los efectos del Registro en la sucesión «mortis causa» legal o «ab intestato» en general, antes y después de la redacción dada al artículo 14 de la Ley. Por detrás o por debajo de las líneas neoclásicas del párrafo 1.º del nuevo artículo 14 siguen viéndose y vigentes las barrocas del intocado 16, único dedicado antes a los títulos sucesorios universales y en el que no aparece el calificativo judicial.

En segundo lugar, encontramos que la justificación del derecho a una sucesión troncal debe contener elementos que no intervienen en una sucesión «mortis causa» puramente subjetiva o personal, en la que

la procedencia, más o menos remota de los bienes relictos, no influye. Pero de la circunstancia de que la justificación del derecho sucesorio troncal deba extenderse a las transmisiones anteriores, a la trayectoria de los bienes troncales o reservables, no se deduce necesariamente que esta justificación deba ser judicial, sino solamente que ha de abarcar unos requisitos personales (parentescos) y otros reales (trayectoria anterior de cada una de las masas patrimoniales en que ha de fraccionarse el patrimonio del causante). En la justificación de estos requisitos reales debe jugar, sin duda, la presunción de exactitud registral en todo caso, y con especial energía la expresa constancia del carácter reservable de fincas determinadas en las inscripciones registrales a favor del reservista.

Especial relevancia, en orden a la naturaleza del título sucesorio inscribible de los reservatarios, ha de tener la intervención de los herederos del reservista en los documentos de adjudicación a los reservatarios. Acaso la Resolución de 1930 se excedió un tanto al calibrar la relevancia de esta intervención; pero es indudable que es muy importante.

En tercer lugar, conviene percatarse de que la especial contextura del artículo 811 del Código civil, como norma legal juega un papel especial en las vacilaciones de los Registradores en cuanto a la justificación del derecho de los reservatarios. Cabeza de puente de la sucesión troncal en un sistema subjetivo o personal, el artículo 811 tenía que estar plagado de lagunas difícilmente salvables por encontrarse en la zona de fricción de principios contradictorios. En todos los recursos planteados sobre el título sucesorio hay otra u otras cuestiones sustantivas; referentes a dudas de interpretación del precepto. Por eso hay que distinguir dos tipos de evidencia del derecho de los reservatarios que, en el sentir del Centro Directivo, puede hacer innecesaria la resolución judicial:

a) Una evidencia «facti», consistente en que no ofrece dudas la preferencia, excluyente de cualquier otro, de las personas que pretenden la inscripción, por razón de los parentescos y de la trayectoria de los bienes.

b) Una evidencia «juris», consistente en que el supuesto no roza ninguna razonable duda de interpretación del artículo 811. Evidencia difícil, porque el precepto es un avispero de dudas.

Cabe discutir si el silencio, obscuridad o insuficiencia de la Ley, debe conducir al Registrador hacia la inscripción o hacia la denegación, y personalmente opino que es improcedente plantear la cuestión en estos términos. Lo que me parece, desde luego, menos discutible es:

1. Que el Registrador en sus calificaciones está continuamente interpretando las Leyes con toda la libertad que su sumisión a la Jurisprudencia le permite. Y no debe pretender que toda duda de interpretación la tenga a solucionar una resolución judicial, previa a la inscripción. El artículo 811 no debe ser una excepción.

2. Que no obstante, no cabe desconocer que en el deslinde de los supuestos en que se debe exigir resolución judicial como título inscribible de los reservatarios, con los supuestos en que no es necesaria, puede observarse una decisiva inclinación del Centro Directivo a dar especial relevancia a la falta de evidencia «juris» en el derecho de quien pretende la inscripción, de tal manera que con la exigencia de resolución judicial se desea obtener, más una interpretación judicial del artículo 811, que el título sucesorio judicial dictado en

via de jurisdicción voluntaria meramente acreditativo de los requisitos personales y reales, base del derecho que se pretende inscribir.

En resumen, creemos que en el segundo problema adjetivo-hipotecario que el recurso planteaba la Dirección ha seguido la doctrina anterior, consistente en exigir unas veces resolución judicial y otras no; ha destacado el prevalente papel que la expresa constancia del carácter reservable de los bienes en las inscripciones registrales, tiene en orden a la exigencia de resolución judicial, y al contenido de esta resolución judicial exigida, y, por último, impone la resolución judicial, en razón a la duda jurisprudencial y doctrinal, sobre la cuestión sustantiva del «jus transmissionis», y suponemos que por extensión, en todo caso, de razonable duda «juris» en torno al artículo 811.

«A sensu contrario»: no impone la resolución judicial siempre; no excluye la justificación de que determinados bienes componen la herencia reservable, aunque en las inscripciones registrales no conste expresamente esta cualidad ni tampoco se aporte resolución judicial (13), y, por último, tampoco obliga al Registrador a dudar siempre de la evidencia «factis» ni de la evidencia «juris» de los derechos del reservatario solicitante que resulte de documentos fehacientes no judiciales la primera, y de interpretaciones razonables del artículo 811, la segunda.

Esperemos a ver si el valor del olivar discutido da margen a que el Tribunal Supremo aclare del todo los derechos de representación y de transmisión en la reserva del artículo 811. No sería extraño que ambas partes interesadas hubieran preferido una decisión del Registrador o de la Dirección sobre el problema sustantivo fundamental que juega en el caso.

C) El título inscribible a favor del heredero del reservatario, si se estima que es procedente el «jus transmissionis». Llegamos antes a la conclusión de que allí donde hay un punto de interpretación del artículo 811, notoriamente dudoso, como, sin duda, es el de la aplicación del «jus transmissionis», y especialmente cuando la duda conduce al enfrentamiento de reservatarios (o herederos de los reservatarios) y herederos del reservista, el Centro Directivo exige, o el consentimiento de éstos o resolución judicial. Parece dejar libre el juego de los artículos 1.813 y 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento, y, por ello, la resolución judicial podrá ser tanto en la vía contenciosa iniciada en base al segundo, como en la vía de jurisdicción voluntaria por consecuencia de no estimar el Juez necesaria la audiencia de los herederos del reservista en base al primero o por no promover oposición éstos.

En lo demás, la inscripción a favor de los herederos de reservatarios por derecho de transmisión no presenta particularidad. Unidos o conjuntos los documentos justificativos del derecho del reservatario y los justificativos del derecho sucesorio de sus herederos, se practicará la inscripción a favor de éstos, con suficiente constancia de la actuación del «jus transmissionis».

T C. G.

(13) BUENAVENTURA CAMY (trabajo citado, pág. 321), partiendo del artículo 16 de la Ley Hipotecaria, da, en mi opinión, excesiva importancia a la constancia en el Registro de la cualidad de reservables de las fincas. Si hay esa constancia, el Registro es la mejor justificación de que los bienes se hallan comprendidos en el título universal de adquisición del reservatario: si no la hay, esa determinación no corresponde al Registrador. Mi opinión es distinta: Esa constancia expresa, que va directamente dirigida a coartar disposiciones por el reservista, facilita la justificación del derecho sucesorio del reservatario; pero esta justificación (incluso no judicial) no queda excluida siempre por faltar aquélla.

16. DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA: PARA INSCRIBIR UNA OBRA NUEVA SOBRE SOLAR PERTENECIENTE A VARIOS DUEÑOS «PROINDIVISO», SE REQUIERE QUE SEAN TODOS LOS COPROPIETARIOS DEL SOLAR QUIENES COMPAREZCAN EN LA ESCRITURA Y DESCRIBAN LA OBRA NUEVA REALIZADA, CON EL FIN DE QUE ASÍ RESULTEN CLARAMENTE DETERMINADOS LOS DERECHOS QUE A CADA COPROPIETARIO CORRESPONDEN Y QUE EL REGISTRO PUBLICARÁ PARA CONOCIMIENTO DE LOS INTERESADOS Y TERCEROS.

Resolución de 20 de febrero de 1969 («B. O.» de 11 de marzo).

A) *Antecedentes de hecho.*—En escritura autorizada el 17 de diciembre de 1966, por el Notario de Vigo, don Luis Solano Aza, el compareciente don Salvador Barreras Massó expuso que “él y sus hermanos, don Rafael, doña Julita, doña Margarita y don Alfonso Barreras, cuyas circunstancias personales constan en la inscripción de la finca que seguidamente se describirá, y que no han sufrido variación, son dueños *proindiviso* por quintas e iguales partes de la misma”, manifestando a continuación que sobre este solar, sito en Vigo, “los copropietarios han construido sobre él un edificio de varias plantas con viviendas y locales comerciales”; en el otorgamiento, el compareciente “da por hecha la declaración de obra nueva de la casa descrita, solicitando su inscripción por quintas e iguales partes a nombre de los copropietarios del solar de referencia”, conforme al artículo 308 de la Ley Hipotecaria y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de diciembre de 1917.

Presentada en el Registro primera copia del anterior documento, fue calificada con la siguiente nota: “Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos subsanables: 1.º No se consignan las circunstancias personales de los cuatro comuneros que no comparecen en la escritura, a cuyo favor también se solicita la inscripción, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 21 y 9 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 51 y 98 de su Reglamento y el 173 del Reglamento Notarial. 2.º No consta el consentimiento de los indicados condueños para la declaración de la obra nueva, por quintas partes indivisas, solicitada solamente por el partícipe compareciente en esta escritura. No se ha solicitado anotación preventiva”.

Interpuesto recurso gubernativo contra la anterior calificación, por el Notario autorizante, sólo a efectos doctrinales, alegando, entre otras, las siguientes razones: Que en cuanto al primer defecto hay que distinguir entre las inscripciones normales y las especiales, y como estas últimas se refieren de manera exclusiva a circunstancias físicas de la finca, no necesitan contener todas las exigencias de aquéllas; que en la registración de la obra nueva no se produce ningún cambio en el dominio del solar inscrito, limitándose la inscripción a un simple detalle descriptivo, por lo que parece superfluo exigir todas las circunstancias personales de los condueños no comparecientes, que además constan en la inscripción de la finca y no han sufrido variación, como se dice en la escritura; y que en cuanto al segundo defecto, de no

constar el consentimiento de los demás copropietarios, sobre todo, argumento polémico, dado lo infundado de tal necesidad, según declaró la Resolución citada de 1917 y el texto terminante de los artículos 359 del Código civil y 38 de la Ley Hipotecaria; el Presidente de la Audiencia revoca la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente.

Alzado el funcionario calificador de la decisión presidencial, la Dirección revoca el auto apelado y confirma la nota del Registrador, en virtud de la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros*.—Vistos los artículos 358, 359, 361, 397 y 1404 del Código civil; 9, 21, 38 y 208 de la Ley Hipotecaria, 51 y 308 del Reglamento para su ejecución; 173 del Reglamento Notarial; la sentencia de 8 de noviembre de 1958 y las Resoluciones de 22 y 31 de agosto de 1863, 20 de mayo de 1895, 21 de junio y 19 de diciembre de 1917:

Considerando que en este expediente se plantea como principal cuestión la de resolver si para inscribir una obra nueva sobre solar perteneciente a varios dueños *proindiviso* basta que sea hecha la declaración por uno cualquiera de los copropietarios o se requerirá que en la escritura correspondiente comparezcan todos ellos.

Considerando. Que en un principio a las declaraciones de obra nueva no se les concedió por la legislación hipotecaria la importancia que hoy día deben merecer, por entender que se trataba de hacer constar en el Registro una circunstancia meramente descriptiva, no protegida por la fe pública registral, lo que motivó que fueran vistas con disfavor por este Centro, que en varias de sus Resoluciones declaró la no necesidad de estas inscripciones, ya que al estar inscrito lo principal—el solar—o estaba también lo accesorio, o como en la de 20 de mayo de 1895, que, aunque no hubiera razón para oponer al propietario que tuviese la voluntad o capricho de registrar a su nombre el edificio construido, sería acertado acabar con la práctica de inscribir las edificaciones desligadas de todo contrato o relación de derecho.

Considerando que no obstante lo expuesto, las declaraciones de obra nueva siguen ingresando en el Registro, al amparo de las disposiciones entonces vigentes, y en virtud de una práctica sancionada por este Centro, hasta desembocar en la actual legislación contenida en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento, en donde no se contempla en concreto el supuesto de una comunidad de propietarios sobre el solar, y por eso es insuficiente para resolver el caso objeto de este recurso.

Considerando que si, según el artículo 397 del Código civil, "ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ello pudieran resultar ventajas para todos", parece que tampoco uno solo de los comuneros podrá exigir la constancia registral de las alteraciones realizadas, bien por él mismo, bien por todos los comuneros o por alguno de ellos, y que se requiera que sean todos los copropietarios del solar quienes comparezcan en la escritura y describan la obra nueva realizada.

Considerando que la construcción de un edificio puede acarrear alteraciones sustantivas en la titularidad dominical del solar sobre el que aquél se asienta, según resulta, por ejemplo, en los supuestos de los artículos 361 y 1404 del Código civil, o incluso en el de que, por no haber concurrido los comuneros a los gastos de la edificación en la misma proporción en que son dueños del solar, hubiesen decidido al-

terar su participación en el edificio ya construido, posibilidades todas ellas que refuerzan la conveniencia de seguir la tesis que exige la unanimidad, a fin de que así resulten claramente determinados los derechos que a cada copropietario corresponden y el Registro publicará para conocimiento de los interesados y terceros.

Considerando que no es necesario, en consecuencia, entrar en el examen del defecto señalado con el número 1 de la nota, dado que, al tener que comparecer todos los comuneros, será necesario, conforme al artículo 173 del Reglamento Notarial, reseñar todas las circunstancias personales de los mismos que el referido precepto exige.

C) Comentario.—El principal problema que plantea este recurso consiste en resolver si «para inscribir una obra nueva sobre solar perteneciente a varios dueños proindiviso basta que sea hecha la declaración por uno cualquiera de los copropietarios o se requerirá que en la escritura correspondiente comparezcan todos ellos». Esta cuestión, aparentemente muy simple, va adquiriendo complejidad a medida que en ella se profundiza. En principio, la solución del problema depende de si habrá de considerarse o no, aplicable al mismo, el artículo 397 del Código civil, que exige «el consentimiento de todos los condueños para que alguno de ellos pueda realizar alteraciones en la cosa común». O, lo que es igual, se deriva de la calificación jurídica que haya de atribuirse a la obra nueva; es decir, si ésta habrá de reputarse como una verdadera alteración de la cosa común—en cuyo caso será indispensable el consentimiento de todos los participantes, según el citado artículo 397—, o si, por el contrario, supone tan sólo una modificación en la descripción de las circunstancias materiales de la finca.

En rigor, hay que reconocer que si bien la obra nueva consiste en una declaración de voluntad del o de los titulares registrales, que son los únicos legitimados para solicitarla con arreglo al principio del tracto sucesivo, tal declaración no constituye realmente un negocio jurídico ni supone tampoco, según señala LA RICA (1), una modificación jurídica del derecho sobre el suelo, que es lo esencial, ello prescindiendo de que, en nuestro sistema de Registro, la falta de un buen catastro hace que la inscripción no garantice ni legitime las circunstancias físicas de las fincas inscritas.

De lo anterior se desprende que si la obra nueva supone una simple modificación de las circunstancias materiales de la finca, que acredita, según precisa la Resolución de la Dirección General de los Registros de 19 de diciembre de 1917, más bien modalidades del objeto que un nuevo derecho de los titulares, parece abrirse camino, el criterio de aceptar en los supuestos de comunidad que tal declaración sea registrable, aun cuando no provenga la solicitud de todos los copropietarios.

Sin embargo, la declaración de obra nueva no queda simplemente circunscrita a ser una modificación de mayor o menor trascendencia en la entidad registral afectada, ya que de la misma y de su constancia en el Registro pueden derivarse una serie de efectos jurídicos, como ocurrirá en los supuestos de los artículos 361 y 1404, entre otros, de nuestro Código civil. Por ello, y ante la insuficiencia de los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento, que no contemplan el supuesto de una Comunidad de propietarios sobre el

(1) Comentarios al Nuevo Reglamento Hipotecario, tomo 1.º, pág. 320, Madrid, 1948.

solar, a los efectos de la formulación de la consiguiente declaración de obra, habrá de acudirse a la legislación civil, y con arreglo a ella tratar de resolver las siguientes situaciones en que pueden encontrarse los copropietarios de la finca sobre la que materialmente se ha construido un edificio, a los efectos de formular la solicitud de su inscripción:

— Que la declaración de ejecución de obra se formalice con el consentimiento y asistencia de todos los copropietarios.

— Que tal declaración la realice uno solo de ellos, atribuyendo el declarante a los restantes condueños distinta participación en la propiedad del edificio que aquélla con la que figuraban en la inscripción del solar.

— Que la declaración de obra se realice por uno solo de los copropietarios, atribuyendo en la propiedad del edificio análoga participación a los condueños que aquélla con la que figuran en la inscripción del solar.

En el primer caso no se plantea problema alguno. En el segundo no podrá procederse a la inscripción, ya que se trata de una materia que cae fuera de la competencia del Registrador y entrará de lleno, en defecto de acuerdo de los interesados, en el ámbito judicial. La tercera, que es precisamente la que se plantea en este recurso, entendemos que tampoco puede tener acceso al Registro, ya que si partimos de la base de que la declaración de ejecución de obra no es un acto dispositivo, sino puramente administrativo, habrá de entrar en juego, no el artículo 397 del Código civil, sino el artículo 398 del mismo, que exige «para la administración de la cosa común el acuerdo de la mayoría de los partícipes»—exigencia que no se produce en el presente caso, donde sólo comparece uno de los cinco copropietarios del solar—.

Por consiguiente, si existe tal acuerdo mayoritario y éste se refleja en la comparecencia, puede admitirse que la declaración de obra tenga acceso al Registro, aun cuando no concurren la totalidad de los condueños.

Cuestión aparte es la de si los comuneros no hubieran contribuido a los gastos de la edificación realizada en la misma proporción en que son dueños del solar; también en este punto es lógico suponer que tales diferencias contributivas a los gastos de edificación no afectan a la registración de la obra nueva, sino que propiamente repercutirán y serán objeto de ajuste en una fase posterior, cuando procedan todos los copropietarios, mediante su unánime consentimiento, a otorgar la escritura pública de división horizontal y, en consecuencia, a la adjudicación recíproca de los pisos y a la determinación de las cuotas que a cada uno correspondan en el edificio construido.

El segundo defecto advertido en la nota calificadora tiene una clara fundamentación, pues no siendo suficiente en los supuestos de comunidad la solicitud de uno solo de los condueños para la registración de la obra nueva, será indispensable reseñar las circunstancias personales de los comuneros que hayan de comparecer, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 173 del Reglamento Notarial.

11. **DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA:** PARA INSCRIBIR UNA OBRA NUEVA SOBRE SOLAR PERTENECIENTE A VARIOS DUEÑOS «PROINDIVISO», SE REQUIERE QUE SEAN TODOS LOS COPROPIETARIOS DEL SOLAR QUIENES COMPAREZCAN EN LA ESCRITURA Y DESCRIBAN LA OBRA NUEVA REALIZADA, CON EL FIN DE QUE ASÍ RESULTEN CLARAMENTE DETERMINADOS LOS DERECHOS QUE A CADA COPROPIETARIO CORRESPONDEN Y QUE EL REGISTRO PUBLICARÁ PARA CONOCIMIENTO DE LOS INTERESADOS Y TERCEROS.

Resolución de 21 de febrero de 1969 («B. O.» de 12 de marzo).

A) *Antecedentes de hecho.*—En escritura autorizada el 18 de abril de 1967, por el Notario de Vigo, don Luis Solano Aza, los comparecientes, don Emilio Paradela Domínguez y don Crisanto Carballeda Paradela, éste en representación de doña Josefa Carballeda Camba, hicieron constar que habían construido una casa sobre un solar que pertenecía a ellos, y a don Jesús Carballeda Camba, que no comparecía, en la siguiente proporción: A don Emilio Paradela Domínguez, la mitad; a doña Josefa Carballeda Camba, la cuarta parte, y a don Jesús Carballeda Camba, la cuarta parte, solicitando su inscripción en la proporción indicada.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos subsanables: 1.º, no constar las circunstancias personales del comunero no compareciente en la escritura, don Jesús Carballeda Camba, a cuyo favor también se solicita la inscripción, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 51 y 98 de su Reglamento y en el 173 del Reglamento Notarial, y 2.º, no constar el consentimiento del citado condómino para la transformación del solar común en un edificio, como ordena el artículo 397 del Código civil, ni para las adjudicaciones de la obra nueva por cuotas indivisas, como se hace en la misma escritura, con infracción de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 1.261 del Código civil. No se ha solicitado anotación preventiva".

Interpuesto recurso gubernativo por el Notario autorizante contra la anterior calificación, el Presidente de la Audiencia revoca la nota del Registrador.

Alzado el funcionario calificador de la decisión presidencial, la Dirección revoca el auto apelado y confirma la nota del Registrador, en virtud de la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 358, 359, 361, 397 y 1.404 del Código civil; 9, 21, 38 y 208 de la Ley Hipotecaria; 51 y 308 del Reglamento para su ejecución; 173 del Reglamento Notarial; la sentencia de 8 de noviembre de 1958 y las Resoluciones de 22 y 31 de agosto de 1863, 20 de mayo de 1895, 21 de junio y 19 de diciembre de 1917 y 20 de febrero de 1969:

Considerando que en este recurso se debate entre los mismos funcionarios idéntica cuestión a la resuelta por la Resolución de 20 de

febrero de 1969, a saber: si para inscribir una declaración de obra nueva sobre un solar que pertenece a varios dueños *proindiviso* se requiere que en la escritura correspondiente comparezcan todos los copropietarios o basta con que lo hagan sólo dos de los tres condueños.

Considerando que tal como se declaró en la expresada Resolución, en base al artículo 397 del Código civil, que exige el consentimiento de todos los comuneros para hacer alteraciones en la cosa común y, además, a que la construcción de un edificio puede originar modificaciones substantivas en la titularidad dominical del solar, como resulta en los casos de los artículos 361 y 1.404 del Código civil, o cuando los copropietarios no concurren a los gastos de edificación en la misma proporción en que son dueños del solar, aconsejan decidir que unánimemente comparezcan todos los condueños en la escritura, en la que se describe la obra realizada para que resulten claramente determinados los derechos que a cada titular corresponden y puedan los libros registrales publicarlos para conocimiento de los interesados y terceros.

Considerando por último, que, al tener que comparecer todos los comuneros, será necesario, conforme al artículo 173 del Reglamento Notarial, reseñar todas las circunstancias personales de los mismos que la referida legislación exige.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS,
VICENTE LUIS MONTÉS,
ELÍAS IZGUIERDO MONTORO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI.

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD INDUSTRIAL

PRIORIDAD DE MARCA. *Tiene prioridad el uso de una marca aún no registrada, sobre la registrada posteriormente, si el usuario de la primera ejercita su acción antes de tres años de haberse realizado la inscripción de la segunda* (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1966).

Considerando: Que... la Jurisprudencia tiene declarado: a) que la prioridad de invención o uso es uno de los modos de adquirir el derecho a la marca, cuya concesión se otorga sin perjuicio de tercero, por lo que la inscripción a favor de otra persona, de la marca poseída por su dueño, puede ser anulada a instancia de ese tercero que justifique su dominio o posesión, si ejercita su acción antes de los tres años de haberse realizado aquella inscripción (sentencia de 25 de febrero de 1941); y b) que el Decreto de 3 de febrero de 1945, que modificó el artículo 120 del Estatuto, en el sentido de declarar obligatorio el registro de todas las marcas, «no excluye la posibilidad de que el Certificado de título de inscripción de una marca industrial concedido a persona o Entidad determinada que lo solicite pueda ser impugnado por un tercero, puesto que, según el artículo 12 del Estatuto, se otorgará sin su perjuicio, y la presunción *iuris tantum* de su propiedad, que el inscribiente tenga a su favor, mientras no consolide el dominio por el transcurso de los tres años siguientes a su inscripción, es impugnable e invalidable a instancia de quien se crea con derecho a tal distintivo y pruebe, de manera eficaz y conveniente, el uso extrarregistral por su parte» (sentencia de 8 de mayo de 1956).

OBJETO DE PATENTE. *Para determinar lo que pueda ser objeto de patente, el legislador atiende, más, que al resultado o producto, al procedimiento para obtenerlos* (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1966).

USO DEL APELLIDO COMO MARCA O NOMBRE COMERCIAL (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1967).

Considerando: Que .. es doctrina constante de esta Sala, que culmina en la sentencia de 13 de noviembre de 1965, que compendia y resume las anteriores, la de que nadie puede ser privado de su nombre propio o de sus apellidos en la designación de su ejercicio comercial, de sus marcas o del rótulo de su establecimiento en uso y disfrute del inalienable derecho a su filiación, si bien se ha declarado también (sentencia de 13 de diciembre de 1963) que ese derecho no es tan absoluto que cuando un nombre propio está ya registrado en el de la Propiedad Industrial a favor de determinada persona, pueda utilizarlo libremente, pero sí unido a otras palabras de fantasía que le hagan distinguirse lo suficientemente para evitar toda confusión y que no se produzca competencia ilícita con quien logró el acceso al Registro.

Nota.—Los Considerandos de la sentencia de 13 de noviembre de 1965, a que alude la que ahora insertamos, fueron recogidos en la página 1.597 del número 457 (correspondiente a noviembre-diciembre de 1966) de esta REVISTA, por entender que su doctrina es de verdadero interés.

CONSOLIDACION DE MARCA. *El dominio de una marca se consolida transcurridos tres años desde su uso, quieto y pacíficamente y sin protesta alguna, conforme determina el artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial, que no exige los requisitos de buena fe y justo título cuando concurra la consolidación, dado que en su redacción interpone la disyuntiva «o» entre ambas formas de adquirir el dominio de una marca, que equivale a determinar que una sola de ellas es suficiente para consolidar la propiedad* (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1967).

NOMBRE COMERCIAL; SU ADQUISICION. VOLUNTARIEDAD DE SU REGISTRACION. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1967).

Considerando: Que. la posibilidad de obtener de los Tribunales ordinarios la declaración de propiedad de un nombre comercial, no depende en nuestro Ordenamiento jurídico de la circunstancia de que el demandante haya aportado o no a las actuaciones el Certificado a que alude el párrafo 2º del artículo 14 del Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929, porque su concesión, cuyos efectos reseñan las sentencias de esta Sala de 23 de marzo de 1945 y 26 de mayo y 17 de diciembre de 1956, únicamente provoca, en lo que atañe a las facultades dominicales y durante los tres primeros años de su vigencia, el resultado de crear una presunción *iuris tantum* de propiedad sobre la modalidad inscrita que, al poder ser destruida por cualquiera de los medios de prueba admitidos por el artículo 1.215 del Código civil y disposiciones concordantes, no enerva ni anula los derechos del mismo orden adquiridos

por personas extrañas a través de la prioridad de su uso (art. 1.º, párrafo 2.º) o de la usucapción (sentencias de 6 de mayo de 1955 y 8 de mayo de 1956) que, por consiguiente, pueden hacerse valer en juicio, incluso frente a futuros titulares registrales (sentencias de 5 de mayo de 1930 y 5 de junio de 1933), mediante la oportuna acción reivindicatoria ejercitable en el juicio declarativo que corresponda a su cuantía (artículos 13 y 267 y sentencias de 23 de septiembre de 1932 y 18 de marzo de 1960).

Considerando: Que la obligación de registrar las marcas impuestas por el párrafo 1.º del artículo 120 del repetido Decreto, modificado por el de 3 de febrero de 1945, no es aplicable cuando se trata de marcas, sino de nombres comerciales comprendidos en el 196 y siguientes, según expresamente se acordó en el artículo 8 del Convenio de París de 20 de marzo de 1883, revisado en La Haya en 1925, y se proclamó, en concordancia con tal precepto, por el párrafo 1.º del artículo 199 del Estatuto de la Propiedad Industrial (sentencia de 21 de noviembre de 1958), y porque aun cuando se entendiera otra cosa, la omisión de semejante requisito no afectaría a la virtualidad del derecho que hubiese sido adquirido al margen de la oficina registral, puesto que, a lo sumo, daría lugar a la imposición del correctivo previsto en el artículo 137 de la Ley de 16 de mayo de 1902, como con claridad expresa el párrafo 2.º del indicado artículo 120, y hace resaltar la sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1956.

EFFECTOS DE LAS PATENTES CADUCADAS. En caso de patentes idénticas sucesivas a favor de la misma persona, la caducidad de la primeramente inscrita, con su consiguiente entrada en el dominio público, determina la nulidad de las posteriores. El artículo 162 del Estatuto de la Propiedad Industrial se refiere única y exclusivamente a las «marcas», y los «elementos» a que alude son aquellos que se consignan en los artículos 118 y 119, sin posibilidad, por la propia naturaleza e índole de los mismos de aplicarse, por extensión o analogía, a las «patentes» (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1968).

CUALQUIER PERFECCIONAMIENTO NO ES OBJETO DE PATENTE. La obtención de cualquier perfeccionamiento sobre lo ya conocido no es bastante para la consecución de una patente, según interpreta la jurisprudencia los artículos 115, número 1.º; 46 y 48, número 3.º, del Estatuto de la Propiedad Industrial (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1968).

INTERPRETACION DEL PARRAFO 1.º DEL ARTICULO 180 DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1968).

Considerando: Que... la interpretación que debe prevalecer es la de que basta una de ambas circunstancias (no ser conocido, no ser practicado) para ser considerados nulos los modelos de utilidad, ya que, por la simple lectura del precepto, es de ver que la frase «no haberse conocido o practicado en España» se emplea con estricta referencia a la declaración que, a efectos administrativos, ha de hacer ante el Registro, quien pretenda la inscripción del modelo, cuya posterior anulación se inste, pero no

trata de condicionar con una doble exigencia la carga probatoria que pesa sobre quien solicitó aquélla; y basta para convencerse lo dispuesto en el artículo 174 del propio Estatuto, en el que se dice que no podrá ser objeto de utilidad todo aquello que esté incluido en las prohibiciones de los casos 3.º, 4.º y 5.º del artículo 48, relativas a las patentes de invención y los que *sean divulgados o hayan sido practicados en España*, pues la conjunción disyuntiva que al final se emplea es evidentemente demostrativa de que basta que los modelos de utilidad hayan sido divulgados o practicados en España, para que la inscripción de otros iguales lo sea «contra legem», y, por tanto, susceptible de ser declarada su nulidad, al ampro del número 1.º del artículo 180 del Estatuto, en relación con el precepto genérico del artículo 4.º del Código civil.

CONCEPTO DE «NOVEDAD» A LOS EFECTOS DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. ¿ES CUESTION DE HECHO O DE DERECHO? (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1968).

Considerando: Que... los problemas que se suscitan en estos procedimientos acerca de la novedad de las distintas modalidades comprendidas en aquel Cuerpo legal (el Estatuto de la Propiedad Industrial), entre las que figuran las relacionadas con el artículo 171 (sentencia de 23 de febrero de 1966) entrañan una cuestión de hecho (sentencias de 20 de octubre de 1965 y 30 de junio de 1966), por estar atribuida a la libre apreciación de los Tribunales de instancia, únicamente pueden censurarse en casación por el cauce señalado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencias de 13 de febrero de 1960 y 14 de abril de 1961)... De acuerdo con el número 3.º del artículo 48 del mismo Decreto-Ley y sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1958, no obsta a la protegibilidad de tales innovaciones la circunstancia de que en su obtención se hayan empleado medios conocidos, puesto que, de aceptarse otra tesis, se desembocaría en el estancamiento de todo progreso industrial; y porque el perfeccionamiento perseguido con el modelo de utilidad que se discute constituye un esfuerzo intelectual, dirigido a mejorar una actividad anterior (sentencia de 25 de febrero de 1957), perfectamente encajable entre los requisitos que, para la aplicación del precepto indicado, se exige por la jurisprudencia de esta Sala, en sus sentencias de 25 de enero de 1965 y 23 de febrero de 1966.

Nota.—También la sentencia, anteriormente reseñada de 26 de abril de 1968, reitera que el concepto de novedad es cuestión de hecho.

LEGITIMACION PARA COMBATIR UNA MARCA REGISTRADA EL APELLIDO COMO MARCA (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1968).

Considerando: Que..., en lo referente a la legitimación activa, es preciso advertir: A) Que no puede aceptarse—al menos con el carácter radical con que se expresa—la tesis de la Sala sentenciadora, limitando la legitimación activa, para demandar, con apoyo en los preceptos especiales del Estatuto de la Propiedad Industrial, a quienes sean titulares de una modalidad, de dicha propiedad, con anterioridad a la inscripción de la que pretenda anularse, pues aunque de ordinario se accione al amparo de esa inscripción registral anterior, no cabe desconocer la posibilidad de que así

no ocurra, desde que el artículo 1.º de la Ley proclama que la propiedad industrial la adquieren, por sí mismos, los inventores y descubridores, con la creación o descubrimiento de cualquier invento relacionado con la industria y el productor, fabricante o comerciante, con la creación de signos especiales con los que aspira a distinguir de los similares los resultados de su trabajo y añade que la Ley no crea, por tanto, la propiedad industrial, limitando su función a reconocer, regular y reglamentar, mediante el cumplimiento de las formalidades que en la Ley especial se fijan, el derecho que, por sí mismos, hayan adquirido los interesados, por el hecho de la prioridad de la «invención», del «uso» o del «registro», según los casos; o sea, que no es el Registro quien únicamente confiere la calidad de propietario, ni él solo, motivo en que cabe apoyar una legitimación activa que puede derivarse algún otro título (invención o uso), a los que la Ley también adscribe la adquisición de la propiedad; de aquí que tampoco pueda aceptarse, con la generalidad que se expone, el punto de vista de que, al no haber inscripción anterior, no cabe accionar dentro del procedimiento especial, que se establece en los artículos 268 y 270 del Estatuto, ya que éste atiende, no a la «causa» de pedir, sino a la «finalidad» de la petición, y basta con que en juicio se solicite la nulidad de registro de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial, para que el proceso haya de acomodarse a las reglas establecidas en el artículo 270, si bien excluyendo del ámbito del juicio otras cuestiones, como las referentes a resarcimiento o indemnización de daños y perjuicios que han de ser sometidos al juicio ordinario, según ya dijo la sentencia de 6 de abril de 1945 y la jurisprudencia posterior. B) Que, por ello, la sentencia de 16 de abril de 1966 proclama que es evidente que el ejercicio de la acción de nulidad no exige hallarse en las condiciones que determina el artículo 167 del Estatuto, sino la simple calidad de «perjudicado», con la extensión que, para las patentes, reconoce el artículo 115, el que debe ser interpretado, como lo hace la sentencia de 17 de diciembre de 1956, seguida por la de 7 de diciembre de 1964, en el sentido de que, si bien no se concede una verdadera acción popular al respecto, tampoco se exige, para deducir la impugnación, la prueba de un perjuicio real y efectivo, bastando con la existencia de algún daño o menoscabo, presente y futuramente previsible, en el orden normal de las circunstancias de las cosas, lo que se ofrecerá en caso de que el demandante ejerza una industria en la que puedan utilizarse los productos resultados de la modalidad inscrita, en sus variadas aplicaciones. C) Que, al centrar la cuestión en torno al caso concreto de autos, en el que falta el ejercicio de esa industria que pudiera ser objeto de lesión, al tener que referir ésta al simple uso de un apellido igual a la denominación de la marca inscrita, hay que examinar las circunstancias concurrentes, tanto en la petición de inscripción como en la persona del impugnante..., destacando, por consiguiente: Primero: Que el inscribiente no pretendió registrar como marca, ni su propio apellido (que no era el de la denominación inscrita), ni el de ninguna otra persona, explicándose la coincidencia por un hecho fortuito... Segundo: Que el demandante, por su profesión habitual, incompatible con el ejercicio del comercio y de la industria (1), aunque se considere perju-

(1) El demandante es Registrador de la Propiedad; pero a pesar de lo que dice el Tribunal Supremo, siquiera sea de pasada, no encontramos precepto alguno que prohíba, en nuestra legislación, a los Registradores de la Propiedad, el ejercicio del Comercio e Industria.

dicado, no acredita razonablemente la existencia, ni aún la probabilidad, del perjuicio, no siendo para ello suficiente la alegación de que, en un futuro imprevisible, pudiera ser obstáculo la inscripción de la marca, para utilizar como tal su propio apellido, si el mismo o sus descendientes quisieran ejercer el comercio, pues... la reforma introducida en el artículo 124 del Estatuto, por el Decreto de 26 de diciembre de 1947, hace que los apellidos pierdan su carácter, al solicitarse como distintivo de marca, quedando sujetos como otra denominación comparativa cualquiera, al respecto, a la semejanza fonética o gráfica, con otros distintivos ya registrados, y, en el caso de autos, tal semejanza se desvirtúa, no sólo porque la marca está completada por una etiqueta en colores que, naturalmente, no existe en el caso del apellido del demandante, sino porque si tal semejanza existe con la palabra..., aisladamente considerada, no se da si al primer apellido se añade el segundo del demandante, ya que es evidente que existen multitud de personas que ostentan el mismo apellido como primero, y por ello, para individualizarse, han de acudir a emplear un segundo que delimita la completa denominación de la persona de que se trate.

REQUISITOS PARA LA CONSOLIDACION DE MARCA (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1968).

Considerando: Que... la inscripción, unida al transcurso de tres años, no basta para consolidar el dominio de la marca, dado que dichos requisitos han de ir acompañados de la explotación no interrumpida de la misma o de su quieta posesión, con buena fe y justo título, necesarios para que la presunción *iuris tantum*, de propiedad concedida al titular por el hecho de la inscripción, se convierta *iuris et de iure*, haciéndose inatacable.

Nota.—Es de tener en cuenta la sentencia de 14 de febrero de 1969, que se reseña seguidamente.

CONSOLIDACION DEL DOMINIO DE UNA MARCA (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1969).

Considerando: Que la casi constante jurisprudencia de esta Sala viene declarando que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial, el transcurso de tres años, a partir de la publicación de la inscripción en el Registro de una marca, consolida su dominio, y deja a sus titulares inmunizados contra las acciones impugnatorias que los terceros puedan deducir contra ella, siempre que su titular no haya sido inquietado durante ese plazo y posea con buena fe y justo título, aunque la causa de nulidad esgrimida, sea alguna de las que, como prohibiciones para la inscripción, señala el artículo 124, ya que aquel precepto no hace distinción respecto a la causa de nulidad que sea invocada (sentencias de 26 de septiembre de 1963, 13 de mayo y 10 de diciembre de 1965, 21 de abril de 1966), entre otras.

Nota.—Recuérdese la sentencia de 29 de noviembre de 1968, anteriormente reseñada.

RECONSTRUCCION DE MURO MEDIANERO. Obligación legal ex. art. 576 del Código civil. Aplicación del art. 1902, carácter de la responsabilidad. Ybarra C. Pérez de Vera (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1968).

Resulta de la demanda que la actora es propietaria de una casa, lindante con otra de la demandada, separadas ambas por un muro divisorio medianero. El edificio de la demandada fue demolido y adaptado el solar a cinematógrafo de verano, mediante las oportunas obras de nivelación; como consecuencia de la demolición y de no haberse tomado las medidas técnicas pertinentes, el muro divisorio se halla en estado ruinoso, repercutiendo sobre las construcciones en el mismo apoyadas (edificio de la actora). Se había requerido a la demandada para que efectuara las obras necesarias de reparación; la demandada no adoptó ni en la demolición ni en la nivelación las medidas mínimas necesarias, dando lugar a la actual situación: se teme el desprendimiento y se han producido daños de entidad.

Se pide la condena de la demandada a efectuar las obras de reconstrucción y reparación necesarias en el muro y a abonar el importe de los daños originados en el inmueble propiedad de la actora, más daños y perjuicios a fijar en ejecución de sentencia.

Se contestó a la demanda que la casa citada fue demolida en virtud de su estado de ruina y porque así convenía a la demandada con todos los requisitos administrativos, técnicos y legales siete años atrás; que no se realizaron daños ni en el relleno (porque la pendiente de la calle es suficiente para verter las aguas ni en la demolición, como lo prueba la falta de protesta durante siete años; que, habiéndose efectuado las obras de demolición de acuerdo con los usos y costumbres y con toda clase de precauciones, los hechos no le eran imputables. Se pidió la absolución de la demanda.

En 1.ª Instancia se estima en parte la demanda, condenando a la demandada a efectuar obras de reparación y reconstrucción del muro medianero y a indemnizar los daños y perjuicios producidos en la casa de la actora, pero sólo en las habitaciones contiguas al muro (planta baja y primera).

En Apelación dicha sentencia fue íntegramente confirmada.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, con apoyo en los siguientes motivos:

1.º Infracción, por violación, de la norma del art. 1.968 del Código civil. El Tribunal de Instancia considera que se trata de una acción dirigida a exigir el cumplimiento de una obligación legal (art. 576) y nos hallamos fuera del supuesto del art. 1.902 y, por tanto, el plazo prescriptivo es el general de 15 años que la Ley señala a las acciones personales sin plazo especial. Dicho punto de vista es erróneo: no se acciona aquí el cumplimiento de la obligación legal del art. 576 del Código civil, sino que se parte de la base de ese incumplimiento para pedir la indemnización de daños y perjuicios, que se traduce en la condena a realizar ciertas obras (indemnización específica) y la de abonar en metálico ciertas cantidades. Pero siendo aquí inaplicable el art. 576 del Código civil (que se refiere a un supuesto diferente), hay que atenerse a la general doctrina que rige la responsabilidad extracontractual o aquiliana, y no encontrándose aquí ante un pleito en que se reclame el cumplimiento de una obligación contractual o legal, sino tan sólo el resarcimiento de unos supuestos daños y perjuicios, la acción que se ejercita no puede ser otra que

la de indemnización del 1.902, prescrita por imperativo del 1.968 del Código civil.

2.º Infracción, por aplicación indebida, del art. 576 del Código civil.

Tal artículo no es aplicable porque, no ha habido en el presente caso renuncia a la medianería. Y, además, se da por probado que el derribo se efectuó siete años antes que la demanda; que la pared es medianera hasta determinada altura y propia de la finca colindante desde el segundo piso y que los daños no han sido consecuencia directa del derribo, sino de filtraciones (causas posteriores). Siendo el muro medianero sólo en parte, su régimen no puede ser determinado sólo por las reglas de la medianería; la renuncia a la medianería no responsabiliza más que por los daños que el derribo suponga por el hecho del derribo... y que existe una notoria contradicción al afirmar que la pared no es medianera y condenar a reconstruirla.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso con base en los siguientes Considerandos:

(Que el primer motivo no puede prosperar) porque ni la demanda inicial del pleito ni las decisiones de los juzgadores de instancia apoyan sus decisiones (en las obligaciones derivadas de culpa o negligencia del artículo 1.902), sino que tanto aquellas como éstas están puestas en directa e íntima relación con el incumplimiento de la obligación legal impuesta a los medianeros en el artículo 576 Código civil. regulada (además), por las disposiciones contenidas en el libro IV del mismo Código civil... entre las que se encuentra la sancionada en el artículo 1.101, que no está sometida al régimen de la responsabilidad aquiliana del 1.902... y está sometida al específico (plazo prescriptivo) del artículo 1.964...

Que se trata de un supuesto que es consecuencia de la obligación impuesta legalmente al medianero que renuncia a la medianería en el artículo 576 Código civil..., habiéndose declarado probado con una declaración que es firme a todos los efectos..., que dicha parte renunció a la medianería un tiempo existente, derribando el edificio de su propiedad, colindante y medianero con el de la actora y hoy recurrida, quien sufrió una serie de daños que son el resultado directo o indirecto de aquel derribo, base suficiente, según la Ley para obligar a la reparación, sin que esta obligación pueda quedar enervada por el hecho de que la demolición se efectuase siete años antes de que se reclamase, si como aquí sucedió, está acreditado que reside en la misma la causa de los referidos daños que paulatina e insensiblemente han podido ir acrecentándose hasta motivar el ejercicio de la acción y sin que el término «por aquella vez solamente» que utiliza el legislador pueda significar otra cosa que la referencia expresa a que los daños que se causan, al margen del tiempo que transcurra desde su producción, tendrán que ser reparados por una sola vez.

V. L. M.

DECLARACION DE PROPIEDAD DE FINCA RUSTICA. Presupuestos para el ejercicio de la acción reivindicatoria. Doble titularidad registral: dominical y posesoria. Cuestión nueva que no puede tener acceso a la casación. Abono de los frutos percibidos o por percibir, derivado de la entrega de la cosa reivindicada.—A. C. S. contra el Ayuntamiento de V.. Ponente: don José Beltrán de Heredia Castaño (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1967).

Demanda.—Don A. C. S. era dueño de la finca rústica sita en término municipal de Barchín del Hoyo y denominada «Dehesa del Sabinar», dándose de-

talladamente su cabida, accidentes topográficos, linderos, según la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad y título de adquisición de la misma. Reseña para mejor conocimiento las sucesivas enajenaciones sufridas por la finca.

El 16 de junio de 1909 se verificó por personal de la Dirección General del Instituto Geográfico y Catastral la operación de deslindar y amojonar los términos municipales de Barchin y Valverdejo, a cuyo acto acudieron representantes de ambos Ayuntamientos, reconociendo los mojones uno al octavo, ambos inclusive, y las líneas de unión entre los siete primeros, pero no entre el 7.º y 8.º, en que no hubo conformidad.

Los días 16 y 17 de marzo de 1943 se practicaron nuevas operaciones de reconocimiento de la línea de separación entre ambos términos, con asistencia de representantes de ambos Ayuntamientos y un funcionario de la Dirección General, reconociéndose los mojones 1.º al 7.º y desde el 18 con la disconformidad del Ayuntamiento de Valverdejo.

En el año 1940, el citado Ayuntamiento, sin títulos que justificasen su conducta, perturbó al demandante en el pacífico disfrute de su propiedad, ordenó su detención por talar pinos y contrató con la U. R. E., S. A. la resinación de 2.664 pinos del Sabinar, por un período de cinco años, por cuyo hecho se formuló por el demandante la correspondiente protesta que no surtió efecto alguno. El Ayuntamiento en 1941 cortó algunos pinos que se vendieron en pública subasta. Desde 1940 ha arrendado los pastos de parte de la finca «El Sabinar».

Aunque todos los propietarios de la finca disfrutaron sin interrupción del «Sabinar», desde que se adquirió en pública subasta hasta 1940, el Ayuntamiento de Valverdejo «no cesó de realizar actos atentatorios contra el derecho de propiedad del demandante». La denuncia por corta de pinos se sobreesayó provisionalmente, por entender que se trataba de una cuestión a dirimir en un procedimiento civil.

Pese a lo expuesto, la posesión total por el Ayuntamiento no ha sido hasta época reciente, aunque el demandado ha aprovechado labores de siembra, recogida de cosechas y pastoreo en los términos de litigio y pensando que don A. C. defendería sus derechos puso en juego el único procedimiento utilizable e inscribió la posesión de la tierra, que le brindaba el art. 26 del Registro Hipotecario entonces vigente, a virtud de certificación expedida por el propio secretario y con este procedimiento tan sencillo el Ayuntamiento se hacía poseedor registral de una finca cuya inscripción no podía rechazar el Registrador, porque la descripción que se formulaba no estaba en contradicción con asientos no cancelados, todo ello por virtud de las diferencias de linderos entre las descripciones de ambas fincas inscritas, en especial en lo referente al lindero Sur de la finca del demandante (que en parte coincide con la línea de separación de los dos términos municipales citados).

En agosto de 1948, nuevamente el Ayuntamiento taló y vendió en pública subasta 514 pinos, ignorándose el importe de dicha venta, y posteriormente se apropió de unos árboles, no sólo en la parcela discutida, sino también en la que el demandado reconoce como de su demandante; se denunció este hecho y se constituyó en depósito unos 300 pinos, hasta tanto que se resolviera sobre su propiedad.

El demandante, además de los intentos amistosos, ha instado procedimientos judiciales. El primero, por el cauce del 41 de la Ley Hipotecaria; se desestimó la demanda por no considerar adecuado el Juzgado tal procedimiento. El segun-

do, un declarativo ordinario de mayor cuantía en que se acogió por el Juzgado la excepción alegada por el demandado, de defecto legal en el modo de proponer la demanda y se fallo sin entrar en el fondo de la cuestión. Esta sentencia fue confirmada por la Territorial, al ser recurrida por el demandante. Han fracasado todas las tentativas iniciadas por el demandante, por lo que se pone de relieve la buena fe con que actúa.

Suplico.—Sentencia declarativa de que «El Sabinar», descrita en la demanda, pertenece en pleno dominio y, en su totalidad al demandante y tiene como lindero Sur la mojonera entre los términos de Barchin y Valverdejo, reconstruyendo el deslinde del año 1943, desde los mojones 23 hasta el 38. La nulidad de la inscripción de posesión practicada en el Registro en favor del Ayuntamiento de Valverdejo. Expresa declaración de temeridad y mala fe por parte del Municipio, a causa de los actos de perturbación y aprovechamiento de productos de la finca, reseñados. Condenar al demandado a estar y pasar por las declaraciones hechas y a que en lo sucesivo se abstenga de aprovecharse o perturbar al demandante en el libre ejercicio de sus facultades dominicales. Condenar al demandado al abono de 5.994 pesetas con los intereses correspondientes, por las resinas extraídas durante los años 1940 al 1944, ambos inclusive; 5.280 por los pinos cortados en 1944 y el valor de los 514 pinos también vendidos por el Ayuntamiento en 1948, cuyo precio de venta se desconoce y el valor de los pastos aprovechados indebidamente desde el año 1940, cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia, así como decretar la entrega al demandante de los 300 pinos depositados por orden judicial.

Contestación.—Se niegan todos los hechos de la demanda que se opongan a los que por su parte se constatan. El Ayuntamiento es dueño de la finca que se describe, situada y delimitada, dando cabida y destino: producción de pinos. Desde tiempo inmemorial poseyó el Ayuntamiento esta finca a título de dueño, queta y pacíficamente. Esta finca se conocía por el nombre de los «Arenalejos».

En 1943, con ocasión del nuevo trazado de la línea divisoria entre los términos municipales, surgió en el señor C. la pretensión de hacerla suya. Dicha finca se halla perfectamente identificada, y aunque los archivos fueron destruidos en la última guerra, la situación real y documental es más que suficiente para justificar el derecho de la Corporación.

La finca descrita por el actor es totalmente distinta e independiente de los «Arenalejos» y conviene precisar que ésta es pinar y «El Sabinar», como su nombre indica, es tierra destinada solamente a pastos; las propiedades del señor C., que figuran catastradas bajo esta denominación, son de cereal, erial y leñas pajas. Las cabidas de ambas fincas son distintas y no cabe confusión. Ambas fincas son reales, con entidad y denominación distinta, teniendo los «Arenalejos» superficie en el término municipal de Barchin del Hoyo, razonándose también, en base de la situación de los respectivos rótulos de ambas fincas. La descripción de «Arenalejos» es real y moderna y con especies arbóreas distintas del «Sabinar». La «Dehesa del Sabinar» en su descripción más moderna reproduce unos límites de 1860 para lo cual ha debido hacerse «una operación quirúrgica con el primer asiento registral» y por ello, no es extraño que en la escritura de compraventa se renunciara por el señor C., expresamente, a los derechos de saneamiento y evicción, negándose, por todo lo dicho, la eficacia y validez al título esgrimido.

Es totalmente inexacto que la mojonera de 1860 coincida con el deslinde administrativo de 1943, por cuanto tal afirmación deberá probarse por quien la hace y en estos ochenta y tres años se han creado realidades patrimoniales y jurídicas que se apoyan en la realidad del deslinde de 1909 y así vino a resultar, catastralmente, punto de referencia para las propiedades privadas. Apoyado incluso en los documentos presentados de adverso adviene la inexactitud del correlativo y aporta, además, oficio dirigido por la Junta Provincial de Fomento Pecuario a la Junta Local de Valverdejo de 23 de julio de 1943.

La línea trazada entre los mojones siete a ocho ha venido siendo utilizada por el Catastro, por la Administración y por los propios particulares.

Se confunden, de adverso, datos con valoraciones personales y se manejan transcripciones parciales de los documentos.

Los actos de disposición, en relación con los «Arenalejos», son el fruto de su derecho, y el Ayuntamiento de Valverdejo no tenía que esperar el nuevo deslinde de 1943 para utilizar y disfrutar de su finca; suponiendo mucha casualidad que en todas las incidencias promovidas por el señor C. contra el Ayuntamiento, en la esfera penal, administrativa y civil, se haya dado la razón al Municipio.

El Ayuntamiento de Valverdejo ha realizado sus actos de disfrute y aprovechamiento en los «Arenalejos» y no en el «Sabinar», y «todas las entidades, autoridades y demás» entienden que los «Arenalejos» son del Ayuntamiento, salvo el señor C, a pesar de su renuncia al saneamiento y evicción, a pesar de haber comprado la finca en 1.000 pesetas, a pesar de no tener más de 39 hectáreas de extensión y a pesar de no tener pinos en sus títulos, entiende «incansable» que el «Sabinar» debe absorber a los «Arenalejos».

Se invocan, por el actor, nuevas razones, respecto a pleitos anteriores, con la pretensión de que se ha interrumpido la posesión del Ayuntamiento.

La finca del Ayuntamiento no ha variado en su descripción desde 1859 a 1960 y el problema consiste en demostrar que aquella finca de 89 hectáreas, puede en la actualidad absorber «Los Arenalejos» y duplicar su extensión. No fue trazada la línea de 1909 entre los mojones 7 y 8, pues lo cierto es que se trazó y viene siendo utilizada y respetada. La línea de 1943 es una confirmación y reconstrucción de la anterior y no coincide con el límite Sur de la «Dehesa del Sabinar» porque con tal conclusión la finca casi duplica su extensión y se convierte en pinar, estado agrícola distinto del reseñado en la escritura de adquisición en 1932. No es cierto que el lindero Norte de la finca del Ayuntamiento no existiera hasta 1909, aunque el señor C. quiera desconocer que las fincas siempre tienen cuatro linderos y también pretende ignorar la extensión de su finca.

Se pone de manifiesto la mala fe del actor, basándose en su aserto de querer justificar la buena fe y en la tenacidad con que pretendió resolver el reconocimiento de su derecho en los varios procedimientos instados a su causa.

Suplico.—No haber lugar a la demanda; se absuelva de la misma en todas y cada una de sus partes y se declare que el terreno de los «Arenalejos»—comprendido entre la línea tradicional del deslinde de 1909 y la definitiva de 1943, trazada por el Instituto Geográfico Catastral—pertenece al Ayuntamiento de Valverdejo por justo título que ostentó por prescripción ordinaria o extraordinaria en su caso, lo que se solicita por vía reconventional, con imposición de costas al actor.

Replica y duplica.—Se replicó suplicando sentencia desestimando las alegaciones del demandado, ampliando lo pedido en el número 5, absolviendo al demandante de la reconvencción y declarando no haber lugar a ella, por estimar la excepción de defecto legal en el modo de proponerla o por estimar la excepción de falta de acción del demandado-reconvigente y condenándole en las costas del procedimiento.

Se duplicó suplicando sentencia en la forma interesada en la contestación y ordenando la cancelación o modificación del asiento registral que sobre «El Sabinar» tiene el señor C. y con imposición de costas al actor.

Sentencia de primera instancia.—Estimación de la demanda y desestimación de la reconvencción. La finca denominada «El Sabinar» (descrita en el primer Resultando de esta Resolución) pertenece al actor en pleno dominio en toda su extensión y con los linderos que se describen, teniendo como lindero Sur, la línea de separación de términos entre Barchin del Hoyo y Valverdejo, reconstruida por el deslinde practicado en 1943 por el Servicio Catastral. Es nula la inscripción de posesión practicada a favor del Ayuntamiento de Valverdejo, el 19 de octubre en 1944, en base a la certificación expedida por el Secretario de dicho Ayuntamiento, y procede la inmediata cancelación del mismo. No ha lugar a la inscripción alegada por el demandado que poseyó de mala fe desde la fecha de la primera reclamación entablada por el actor.

Condenó al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a no realizar actos posesorios sobre dicha finca, debiendo abonar al actor los frutos percibidos y debidos percibir o su importe, más los intereses legales, cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia.

Apelación.—Confirma la sentencia expresada, sin expresa imposición de costas de la segunda instancia.

Casación por infracción de Ley.—Fundado en los números 1.º, 3.º y 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y amparado en los siguientes motivos:

Primer.—Amparado en el número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Tribunal *a quo* infringe por indebida aplicación el artículo 348 del Código civil, que se limita a establecer una «norma en blanco» que se rellena con la doctrina científica y, sobre todo, por la autoridad de la jurisprudencia, que, según la doctrina constante, donde verdaderamente se ha configurado la institución, considera esenciales los tres clásicos requisitos de: prueba de dominio por el actor, identificación de la finca reclamada y posesión de ésta por el demandado; citándose sentencias del Alto Tribunal al respecto. Que lo mismo que ocurre con los requisitos del artículo 1261, para la existencia de un contrato; estos tres requisitos se concatenan y cualquiera de ellos puede tomarse como básico, y, a su vez, resume a los otros dos, y sobre el actor recae la carga de la prueba, a tenor del artículo 1.214. El problema de la identificación viene aquí a convertirse en médula de todo el proceso reivindicatorio. La cosa reclamada debe fijarse inconfundiblemente en la demanda y cotejarse con la realidad física en el período probatorio. Aunque la identificación es *questio facti*, según reiterada doctrina de esta Sala, en principio entregada a la soberanía del Juzgador de instancia, es obvio que, por amplia que sea la estimativa de las probanzas, debe subordinarse a la *questio iuri* de los requisitos tipificadores de la *reivindicatio* que el Tri-

bunal *a quo* ha de respetar, sin relevar al actor de las obligaciones que le impone el 348 del Código civil, desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la demanda incumplió el actor la obligación *sine qua non* de determinar claramente el objeto de la reivindicación, y no precisa la parte que considera invadida y detenida por la Entidad demandada, para después identificarla sobre el terreno. Tan sólo de pasada, al pedir la nulidad del título del Ayuntamiento sobre la finca distinta (núm. 2 del Suplico), lo razona, diciendo que «su parte» coincide con su finca «El Sabinar», la de «Arenalejos», pero aparte de la contradicción de pedir la nulidad y cancelación del asiento registral, cuando sólo acusa colisión parcial, no fija ni delimita la parcela detenida. Ni el propio actor podía suplir esta omisión, en el periodo probatorio, ni el Juzgador de instancia podía dispensarle de tal obligación. El Juzgador de Primera Instancia pretende que las partes se hallan de acuerdo respecto a la parcela discutida, que nunca señaló el actor. En la misma dirección se mueve la sentencia de la Audiencia, como si cupiera en la acción reivindicatoria que el demandado, que niega ser detentador, vaya a hacerle al demandante, no ya la prueba de sus afirmaciones, sino la demanda clara y formal que él no hizo. Se considera inferior la titulación del demandado, por ser inmatriculación de posesión y se acepta, implícitamente, la tesis de que «Arenalejos» era una pura ficción registral, a pesar de constar en mapas y planos, bastantes anteriores al pleito, y ofrece una realidad física apreciable en el terreno, netamente diferenciada del «Sabinar», por su arbolado. Se resuelve la cuestión de la identificación, más por hipótesis y razonamientos, que por material percepción.

Segundo.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho, demostrado por: la escritura del actor, título básico de su acción; certificado registral, con la completa historia de «El Sabinar»; acta de adjudicación en subasta de «El Sabinar», por el Ayuntamiento de Barchín de Hoyo, a cuyos propios pertenecía; mapas y planos aportados; certificación del Secretario del Ayuntamiento de Valverdejo y la registral relativa a su inscripción; certificaciones catastrales aportadas «para mejor proveer». Reitera las razones expuestas en la contestación a la demanda sobre: el linde señalado, con referencia a una delimitación de términos municipales; la existencia de «Arenalejos», en mapas y planos catastrales, desde antiguo; distintos cultivos de las fincas; el absurdo de comprar en 1.000 pesetas una finca que en el siglo pasado valía 2.600 pesetas y que la acción reivindicatoria no puede consistir en la comparación de titulaciones, sino en la identificación de lo reivindicado sobre el terreno.

Tercero.—Amparado en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 359 de la misma Ley, en cuanto la sentencia de la Audiencia confirma íntegramente la de la Primera Instancia, declara la nulidad y ordena la cancelación total de la inscripción de «Arenalejos», implicando el *suplico*, la nulidad y cancelación en cuanto sea terreno comprendido en la reivindicación.

Cuarto.—Amparado en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 359, en cuanto al condenar a la entrega de frutos e intereses legales, con tal incongruencia, concede más de lo pedido y acusa los defectos formales de la Primera Instancia no corregidos en la Segunda.

Quinto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto al declarar la nulidad y ordenar la cancelación de la inscripción vigente se viola el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, especialmente en su apartado D), en relación con el 38 y los 79 y 80 de la misma Ley y con el 348 del Código civil, así como el 313 de Reglamento Hipotecario. La acción hipotecaria debe resolverse previamente a la reivindicatoria, pues en otro caso el artículo 38 seguiría siendo un obstáculo a la acción real; todo, pues, al contrario de como se pedía y se concede en la sentencia impugnada. Ni sobre el terreno, ni sobre la titulación registral se demostró jamás la existencia y determinación de una zona polémica. Como solución al problema, en el terreno civil pudo muy bien acudir al deslinde de los artículos 384 y siguientes del Código civil y en el hipotecario acudir al procedimiento del artículo 313 del Reglamento H. para demostrar la doble inmatriculación.

Sexto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 21, 24, 26, 27 y 28 del Registro Hipotecario de 6 de agosto de 1915, en relación con el 3.º y 399 de la Ley Hipotecaria de 1909, disposición transitoria 4 de la Ley vigente y artículo 206 de esta última Ley, por minimizar la importancia y valor del asiento posesorio, frente a la inscripción de dominio del actor.

Séptimo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por condenar al pago de los frutos se infringe el artículo 455 del Código civil y los artículos 433, 434 y 435 del mismo Código, así como los 1.250 y 1.251. Aparece incongruencia entre lo pedido y lo concedido. Lo menos que puede pedirse al Juzgador es que se formule claramente la mala fe en la posesión y se deduzca del aparato probatorio ofrecido, pero que no basta una «mera impresión». Se releva al actor del «onus probandi» y precisamente se usa contra el favorecido por la presunción legal del artículo 1.250 una presunción del 1.253 que nunca será admisible y que ni tiene soporte de hecho para operar el raciocinio. Se impone una mayor cautela en el caso de autos, porque la buena fe presupone una conciencia que sería difícil atribuir a una persona jurídica, que sólo obra por medio de personas físicas y dentro de las normas de Derecho público. Parece difícil admitir la mala fe de quien posee amparado por título registral (hasta que esa inscripción se declare nula por los Tribunales) y con posesión judicialmente reafirmada en base de la «demanda de contradicción» interpuesta por el cauce del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

Octavo.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al ignorar la sentencia recurrida las consecuencias de la sentencia estimatoria de la demanda de contradicción, firme por consentida por el actor inicial provocador. Infracción del artículo 1.252 del Código civil y doctrina legal correspondiente. El artículo 41 en sus causas de contradicción abre precisamente la discusión, a un tema típico de acción reivindicatoria. No es admisible someter a revisión lo ya decidido en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, porque en su fase de cognición es un verdadero juicio declarativo. No se pidió en la demanda la nulidad de tal sentencia que pudiera resultar contradictoria con la postulada en el nuevo juicio.

Considerando: Que dada la índole del defecto denunciado, debe primero examinarse el octavo motivo del recurso y se rechaza porque no se utiliza el procedimiento adecuado para alegarlo: que no es sino la vía 5.ª del artículo 1.692, habiéndose incumplido la alegación de esta razón en la primera y en la segunda instancia, por lo que supone una cuestión nueva que no puede tener acceso a

la casación, en base del número 5.º del artículo 1.729. Además, en su aspecto sustantivo, el párrafo último del artículo 41 de la Ley Hipotecaria nada tiene que ver con «interpretaciones dialécticas» a que dicho precepto no se presta.

Los demás problemas planteados en los restantes Motivos «de modo disperso», pueden sintetizarse así: 1.º, la validez del ejercicio de la acción reivindicatoria por parte del actual recurrido; 2.º, las repercusiones registrales de la misma, a causa de las dos titularidades inscritas, y 3.º, el abono de los frutos percibidos o por percibir.

Considerando: Para resolver la primer cuestión debe partirse del carácter típico de la acción reivindicatoria y de la finalidad perseguida por ella. La identificación del objeto que se reivindica constituye una pura cuestión de hecho que resultará de la prueba practicada, que en el presente caso dio un resultado positivo, según la valoración de los juzgadores de instancia, juicio valorativo que sólo podrá impugnarse por el cauce del ordinal 7.º del artículo 1.692. Se intenta así en el 2.º Motivo sin posibilidad alguna de estimación, porque ninguno de los documentos aducidos tiene carácter auténtico, a los específicos fines de la casación, en cuanto que fueron el objeto principal de la discusión entre las partes y de la posterior interpretación judicial, que valoró el conjunto de la prueba practicada, que no es posible desarticular en casación, por lo que al quedar incólume la base fáctica referente a la identificación, carece de todo fundamento la argumentación contenida en el Motivo 1.º.

Considerando: Asimismo, aparece acreditado en las presentes actuaciones el cumplimiento de los otros dos requisitos necesarios para la prosperidad de la acción reivindicatoria, que en este caso es preciso poner en relación con el funcionamiento del Registro de la Propiedad, ya que constan inscritos los títulos de ambos litigantes, de los que resulta, con toda evidencia, que el reivindicante-recurrido es un tercer adquirente, amparado por el principio de prioridad, en su doble sentido de material y registral, frente a lo cual la Corporación recurrente sólo puede alegar una inmatriculación de posesión, que, según la legislación en vigor se hacía «con reserva de mejor derecho de tercero», respecto de la cual ni se utilizó el medio permitido para convertirse en inscripción de dominio, ni se acreditó una posesión suficiente en tiempo y calidad para justificar la usucapión, declaración de los dos juzgadores de instancia que no ha sido impugnada en casación; lo que justifica que el Tribunal «a quo» no minimizó la inscripción del recurrente, sino que la valora del modo dispuesto en la Ley y obliga a la desestimación del Motivo 6.º.

Considerando: La solicitud de impugnación de la inscripción registral, por la propia esencia del sistema, no es un presupuesto del ejercicio de la acción, sino una consecuencia de ella, a los fines puramente formales de orden registral, por lo que puede hacerse previamente o a la vez, con el escrito de demanda, según se lee en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y se proclama por la doctrina de esta Sala, careciendo de base legal la exigencia de hacerlo siempre con precedencia. En consecuencia, debe desestimarse el Motivo 5.º, máxime si se considera que el artículo 40 de la Ley Hipotecaria se refiere a la rectificación de asientos registrales y no a la nulidad propiamente dicha y que el juego de los artículos 79 y 38 de la misma Ley, para nada requieren la precedencia, sin que tampoco concorra el supuesto del artículo 80, ya que aquí no se solicitó la cancelación parcial, sino la nulidad total, no pudiendo sostenerse que era parcial, porque en sentencia dictada en un caso similar se dijo que la inscripción iba contra «la limpia legalidad registral y está en contradicción con la realidad física» y al acceder, en un todo, a la misma el Tribunal «a quo» no incurrió en la incongruencia alegada en el Motivo 3.º.

Considerando: El abono de los frutos es una simple consecuencia de la restitución de la cosa al legítimo dueño y forzosamente tiene que producirse por imperativo de lo establecido en el artículo 455 del Código civil, cuando la posesión del obligado a restituir es de mala fe. Ello ha sido impugnado por el recurrente a través de un doble e inadecuado procedimiento. En el Motivo 7.º, no siendo cierto lo alegado, porque la pertinente declaración de mala fe se hace de modo categórico en el Considerando 4.º y en el fallo de la sentencia de Primera Instancia, que la recurrida acepta y confirma completamente. En el Motivo 4.º se alega que el fallo concede más de lo pedido, cuando lo cierto es que coincide en un todo con lo solicitado en el pedimento quinto del suplico de la demanda, sin que la falta de petición de los «dejados de percibir», pueda ser un obstáculo a su concesión, dados los términos imperativos del artículo 455, por lo que se desestiman ambos Motivos y con ellos el recurso en su totalidad, con los consiguientes pronunciamientos legales del artículo 1748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallo.—No haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley y condena al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido.

III. CONTRATOS

NULIDAD DE CONTRATO DE PRESTAMO CON GARANTIA HIPOTECARIA POR USURARIO. *Doctrina legal sobre la admisión de los recursos de casación y sobre la constitución de depósito previo.*—L. I. R. contra don J. R. P. Ponente: don José Beltrán de Heredia y Castaño (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1967).

Demanda.—En la imposibilidad del demandante de pagar dos hipotecas por préstamos, de 425.000 y 75.000 pesetas, respectivamente, que gravaban bienes de su propiedad se procedió judicialmente por el acreedor y para evitar la subasta se obtuvo del hoy demandado la entrega del dinero preciso para la cancelación, lo que se realizó en 12 de febrero de 1960.

Ante el temor de perder las fincas, de valor muy superior al crédito por el que respondían, se aceptó la solución propuesta por el demandado de que en la misma Notaría y en el momento de la cancelación, el demandante hiciera venta a favor del señor R. por las cantidades figuradas respectivas y en el mismo día de otorgar la figurada venta se suscribió un documento privado de promesa de compraventa, y el demandante se comprometía a comprar el piso y la parcela de terreno por 700 000 pesetas, cantidad que venía a ser el importe del préstamo concedido para la cancelación, deducido el interés del 12 por 100 más 8.400 pesetas por pago de utilidades por lo que la cantidad líquida entregada al demandante fue de 607.600 pesetas.

Por tal documento privado el demandante venía obligado a pagar la citada cantidad de 700.000 pesetas en el plazo de un año, y si no lo hacía efectivo en dicho plazo, se le brindó la solución de dejar sin efecto el contrato privado y formular una escritura de hipoteca por un supuesto préstamo de 297.000, cantidad que no recibió el actor, gravando en la misma todos los bienes que se describían en la correspondiente escritura (de 24 de abril de 1961) y suscribir en

el mismo día y acto otro documento privado de promesa de venta, del piso y parcela de terreno por precio figurado de 550.000 pesetas con la condición que se transcribía.

Al término del plazo, el demandante no pudo cumplir las condiciones leoninas y de usura impuestas, y el prestamista en su trato personal fingió una extraordinaria amabilidad hacia el actor y le convenció de que el piso, que habitaba con su familia, daría dinero mas que suficiente para amortizar lo prestado e intereses. el demandante, deseoso de solucionar el asunto, entregó las llaves al prestamista «y en ese instante la trampa quedó cerrada», porque apareciendo compradores del piso que estaban dispuestos a pagar 900 000 pesetas, el señor R. no quiso venderlo, manifestando que podía obtenerse un precio mayor, y rotas las amables relaciones con la víctima, formuló demanda de ejecución en reclamación de las figuradas como prestadas, 297 000 pesetas.

Suplico.—Declaración de nulidad del contrato por usuario y en todo caso por carecer de los requisitos señalados en el 1.261: declaración de nulidad de la escritura donde consta el susodicho contrato y de las inscripciones registrales correspondientes y condena al demandado al pago de las costas

Contestacion.—Negación de los hechos de la demanda y sólo había una cosa cierta, la existencia del préstamo hipotecario, siendo todo lo demás «producto de la imaginación y malicia del actor». Adicionaba que éste era un caso típico de pretender rechazar un juicio ejecutivo mediante estratagemas y exponiendo los hechos, tal y como sucedieron, añadió que el burlado había sido el demandado.

Suplica.—Sentencia denegatoria de los pedimentos, con imposición de las costas al actor.

Replica y duplica.—En que se mantienen las alegaciones correspondientes.

Sentencia de la Primera Instancia.—Estimatoria que declara nulo el contrato de préstamo y de hipoteca y la inscripción registral correspondiente y condena al actor a devolver la cantidad de 150.000 pesetas al demandado, con expresa imposición de costas al demandado

Apelación. Confirmatoria de la Primera Instancia, salvo en cuanto a la devolución al demandado de 150.000 pesetas, cuyo extremo revoca y sin expresa imposición de costas causadas en la Segunda Instancia.

Casación por Infracción de Ley:

Motivo único—Amparado en el número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación por aplicación indebida de la Ley de 23 de julio de 1908 y en concreto de sus artículos 1.º, párrafo 2.º y 2.º y 3.º ya que los hechos recogidos en ambas sentencias ponen de manifiesto: la existencia de una ayuda dineraria prestada por el recurrente a don L. I. y la personalidad de la presunta víctima, que es Agente de la Propiedad Inmobiliaria y por tanto hombre experimentado en operaciones de préstamo, en tanto que el recurrente es un médico; el juego de escrituras públicas, documentos privados, garantías hipotecarias, etc., han de reputarse en principio como de iniciativa de un Agente experimentado en estas lides. La Ley de 23 de julio de 1908 es una Ley excepcional, que da la máxima libertad a los Tribunales y presenta, por ello, un ac-

reso mas flexible a la casación. Se citan, al respecto su artículo 2.º y varias sentencias de esta Sala.

El Juzgado y la Audiencia han formado su convicción de anular el préstamo, con el análisis de unos antecedentes documentales dilatados y complejos y que han sido consentidos expresamente por la supuesta víctima, hoy recurrido, y la convicción se basa en un juego más o menos artificioso de estos antecedentes, porque el Juzgado y la Audiencia discrepan en el punto fundamental del contenido real de la escritura de préstamo. Para el Juzgado pese al durísimo concepto que forma del recurrente, existe una entrega real de 150.000 pesetas y condena a su devolución; para la Audiencia esa cantidad no se recibió y no se razona esa evidencia. A la vista de tal discrepancia y de la doctrina jurisprudencial que se cita, la Sala tiene plenas facultades para formar libremente su propia convicción, no se está en el caso de obligado respeto a la soberanía en la interpretación de las pruebas del Tribunal «*a quo*». El tema, pues, es replantear la cuestión ante la Sala y si no hay elementos de juicio, como postula el recurrente, para aplicar la Ley de 23 de julio de 1908, es evidente que la sentencia recurrida ha infringido los preceptos citados de tal Ley.

Considerando: En el único motivo del Recurso se alega aplicación indebida de determinados artículos de la Ley de 23 de julio de 1908, que después «ni se razona, ni siquiera se intenta justificar»; limitándose a recordar que el artículo 2.º de dicha Ley permite a los Tribunales formar libremente su convicción, facultad que se extiende al Tribunal Supremo, como proclamó la doctrina de la Sala que se cita y a la vista de la discrepancia de ambos juzgadores de instancia, el tema del Recurso es replantear la cuestión y «someterse a su apreciación», como si se tratase de una nueva instancia, olvidando la indole propia de estos recursos extraordinarios y la finalidad típica de la casación civil, correctora de infracciones legales, para cuyo examen, en esta materia de préstamos usurarios, existe indudablemente la facultad antes señalada, pero para cuyo funcionamiento se requiere de modo indispensable y previa la justificación de alguna de aquellas infracciones o la demostración de un error evidente de hecho o derecho en las apreciaciones probatorias, lo que al no hacerse aquí, conduce a desestimar el único motivo del recurso y a éste en su totalidad.

Considerando: La obligación de constituir el depósito preceptuado en el artículo 1.698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere, exclusivamente, a los casos en que ambas sentencias de instancia sean conformes de toda conformidad, lo que no ocurre aquí, por lo que procede la devolución del constituido «*ad cautelam*».

Fallo.—No haber lugar al recurso de casación y condena a la parte recurrente al pago de las costas causadas.

SEGURO DE VIDA A TERMINO FIJO, CON UN EFECTO RETROACTIVO DE TRES AÑOS Y ABONO DE LAS PRIMAS MEDIANTE ENDOSO A LA ASEGURADORA DE LETRAS DE CAMBIO DEBIDAMENTE ACEPTADAS POR LOS COMPRADORES DE LAS VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA SUBVENCIONADAS. Compañía Española de Seguros y Reaseguros «C., S. A.», contra don L. L. L. Ponente: don Francisco Bonet Ramón (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1967).

Demanda.—La Compañía Española de Seguros y Reaseguros, «C., S. A.», solicitó se decretase el embargo preventivo de don L. L. L., como propietario de

la entidad «Obras y Construcciones L.», por la suma de 2.298.365,97 pesetas, importe de diversas letras de cambio; y en 16 de noviembre de 1963 dedujo demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, dentro del término de veinte días siguientes a la práctica de dicho embargo, exponiendo: que el demandado se dedicaba a la construcción de viviendas de renta limitada subvencionadas, para la venta a particulares por pisos, incluso antes de estar terminados, suscribiendo contratos de compraventa privados y cuyo precio se abonaba por el adquiriente, generalmente de modesta situación económica, mediante entrega en el acto de una cantidad y la aceptación de letras de cambio libradas a su cargo y con vencimiento mensual; que el demandado las negociaba por medio de descuento endoso a otras personas o entidades; que un grupo de estas viviendas era el llamado poblado «Paradela», sito en . . . , que en el mes de mayo de 1961 el demandado propuso a la actora la contratación de una póliza de seguro, en la modalidad «seguro de vida a término fijo», con efecto de 23 de mayo de 1958, es decir, con efecto retroactivo, por 5.500.000 pesetas, que debía ser abonado al 27 de mayo de 1968 al titular, si viviese en aquella fecha, o a su esposa e hijos; la prima sería de 554.675 pesetas anuales, y el pago se verificaría por endoso de las letras de cambio aceptadas por los compradores de las viviendas mencionadas en el hecho anterior. Para prevenir el riesgo de insolvencia de los aceptantes, el demandado suscribió en 25 de mayo de 1961 una póliza de seguro con la Compañía «C. y C., S. A.», de la modalidad «Seguro de crédito contra el riesgo de pérdida por insolvencia» y con la misma fecha se suscribía por la misma Compañía otra póliza, complemento de la anterior, en la que se reconocía como beneficiario a la aquí demandante. Garantizaba así la posible insolvencia, el día 30 de mayo de 1961 se suscribió una póliza de seguro con el demandado a favor del mismo o de su esposa e hijos en su caso, por la que la Aseguradora se comprometía a satisfacer la suma de 5.500.000 pesetas en la indicada fecha. El pago de la prima se admitió en letras de cambio por un importe de 2.588.746,56, en las que se comprendían las anualidades del seguro de los tres años de retroactividad, la corriente y los gastos que se derivasen de la demora en la percepción de las cantidades representadas en las letras de cambio con vencimientos mensuales. El mismo día 30 de mayo el demandado remitió a «C. y C., S. A.» el detalle de la operación, para concretar el objeto del seguro y se reseñaban los nombres de los librados-aceptantes; el número de efectos a cargo de cada uno de ellos y su importe, diciendo expresamente «Resumen de las letras de cambio aceptadas por los compradores de viviendas que el asegurado entrega con esta fecha para su descuento por el beneficiario «C. y C., S. A.». Las letras estaban libradas, por «Obras y Construcciones, L. L.», como antifirma, por el propio demandado o por su hija y apoderada doña Sara L., a cargo de los compradores de las viviendas, aceptadas por ellos y endosadas a la actora, con vencimientos diversos y a razón de una por cada mes, para cada librado. Aceptado el pago de las primas en la forma expresada, con la reserva de ser abonadas por los librados a sus respectivos vencimientos, el demandado, en uso de la facultad concedida en las Condiciones de la Póliza y, en base al efecto retroactivo pactado, solicitó un anticipo el día 2 de junio de 1961 por 1.500.000 pesetas, que retiró de las cuentas corrientes de la actora en los Bancos Coca y Español de Crédito, mediante los talones números , acompañando el contrato de anticipo. Llegados los vencimientos las cambiales no se pagaron, en algunos casos porque no se les dio posesión de los pisos y aún algunos estaban sin terminar; en otros casos entregaron las cantidades comprometidas a requerimiento de los Juzgados en que se seguían procedimientos contra el hoy demandado; otros recibieron hasta tres efectos mensuales para su pago, en con-

tra del pacto de pago mensual y, al fin, otros no se hallaron en los domicilios expresados en las cambiales. Por todo ello se seguía el oportuno sumario y obligaron a la actora a protestar los efectos y requerir al demandado para que retirase los que habían sido protestados, sin conseguir más que evasivas. Por lo mismo se solicitó el embargo preventivo de los bienes del demandado, pues se tenía noticia de que estaba disponiendo de ellos y por ser un hecho notorio que el número de procedimientos instados contra él ascendía a cerca de cuarenta, aparte de los de carácter penal. Las letras de cambio protestadas por falta de pago acompañadas a las diligencias de embargo preventivo eran 2941 y sumaban un valor de 1911 108,36, habiéndose producido unos gastos de protesto y devolución que ascendían a 387 277,61. Estas cambiales y los gastos producidos por su impago constituían el objeto de esta demanda, con reserva del derecho de reclamar el importe de las que en lo sucesivo se dejaran impagadas.

Suplico.—Sentencia que, ratificando el embargo preventivo, condenase al demandado al pago a la actora, de 2 298.365,97, el interés legal devengado, desde la fecha de interpretación de la demanda y las costas cuasadas.

Contestación.—Que no era un seguro de vida lo interesado, sino un préstamo para poder continuar la edificación del citado grupo de viviendas y que los dirigentes de la actora le manifestaron que podían facilitarle dicho préstamo, simulando un contrato de seguro de vida, pagado con un paquete de letras de cambio y dándole efectos retroactivos para obtener «lo que ellos llamaban un anticipo sobre la póliza del seguro», lo que así se hizo. Que lo realmente ocurrido fue que recibió 1.500.000 pesetas y entregó para su cobro un gran paquete de letras de cambio endosadas por valor de 2.588.746,56. Que después de haber prestado solamente 1 500 000 pesetas en billetes de Banco, la actora pretendía reintegrarse de 2.298 365,97 reclamadas en la demanda, más el resto que ya tenían cobrado en las cambiales que se hicieron efectivas, más los gastos de protesto, intereses y costas. Que de lo expresado se deducía que estaba ante un contrato de préstamo simulado y de cuyo contrato había sido víctima el demandado. Que el contrato suponía recibida una cantidad mayor que la verdaderamente entregada.

Suplico.—Que se declarase que se trataba de un contrato de préstamo de pesetas 1.500.000, por el que se suponían recibidas, mediante un paquete de letras de cambio, el valor de 2.588.746,56 y que el repetido contrato era nulo, según el párrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley y que la única cantidad reintegrable era la de 1.500 000, deduciéndose de ella, el importe de las letras cobradas por la actora, del expresado paquete y ordenándosele la devolución de dicho paquete, con imposición a la actora de las costas causadas en los protestos, la nulidad de los contratos de seguro que sirvieron de base a la simulación del préstamo, y con imposición de las costas del juicio y del embargo preventivo al demandante.

Sentencia de Primera Instancia.—Condenó al demandado a pagar a la actora 2 298 365,97 y el interés legal de esa suma desde el día de la presentación de la demanda. Sin expresa imposición de costas.

Apelación.—Confirmando la apelada y además absolvió al actor de las pretensiones de la parte demandada. Sin imposición de costas de la apelación.

Casación.—Por infracción de Ley. Amparado en los números 1.º y 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Motivos:

Primero.—Amparado en el número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error de hecho en la apreciación de las pruebas. El recurrente entró en tratos con la Compañía recurrida ante la angustiosa necesidad de terminar un vasto plan de viviendas subvencionadas y buscaba un prestamista y no un asegurador, como atisba tímidamente el Considerando 2.º del Juzgador «a quo». Se vería objetivamente lo ocurrido siguiendo el hilo argumental de la propia demanda de la aseguradora-demandante. El seguro debía tener ya, de entrada, un efecto retroactivo de tres años y en la póliza se estipulaba el pago, pese a no correr la aseguradora con el riesgo de muerte del asegurado en el pseudo-período de retroactividad pactado, de la prima anual integrándola en la prima neta, más el beneficio y gastos de gestión de la aseguradora, pero excluyendo de dicha prima neta los derechos de registro e impuestos. La prima neta así diseccionada en su estructura «succiona leoninamente» una prima de reserva matemática, sin pechar con el riesgo asegurado en el período retroactivo, pero además, al recurrente se le exigirá por la actora que suscriba una póliza para asegurar el riesgo de insolvencia y se designa como beneficiaria a la propia actora. Este seguro de crédito le hará mermar al recurrente el préstamo que obtuviese de la actora, sin contar la comisión que tuvo que pagar por conseguirlo, que también debió deducirse del citado préstamo. «Así preparada la trama» se le concede al «asegurado» el préstamo sobre la póliza retroactiva, como garantía en forma de anticipo sobre el capital a pagar en su día. Este anticipo o préstamo fue de 1.500.000 pesetas al 6 por 100 de interés anual y prácticamente se redujeron a 1.000.000, si se descuentan las mermas reseñadas anteriormente. En la demanda se piden 2.298.365,96 y fueron entregadas letras de cambio por 2.588.746,56, saltaba a la vista que se han cobrado por «C., S. A.», a los aceptantes de las referidas letras la diferencia de 677.638,20, lo que se le adeudaría en todo caso a la recurrida serán 822.361,90. De aquí los dos documentos que revelan objetivamente, si bien trascritos de un modo incompleto en el apuntamiento, que lo convenido fue un préstamo con la garantía adelantada: a) Informe del Sindicato Nacional del Seguro que dice que..., de acuerdo con la póliza, el asegurado don L. L. L. tenía derecho a solicitar un anticipo contra el importe de la reserva matemática, mediante un interés sobre la cantidad anticipada, y b) Recibo de «C., S. A.», a don L. L. L., por la entrega de 1.602.423,05, como importe de la prima de los tres años retroactivos, cuyo desglose por sumandos se especifica; c) Otro recibo de abono de la prima del año real vigente, 1961, por 597.684 pesetas de prima anual, que también incluye los gastos, por derechos de registro e impuestos como el anterior y cuyo desglose se especifica. A la vista de los datos numéricos aportados puede obtenerse el aproximado importe de la prima en función de los estrictos gastos de gestión y beneficio de la Compañía, excluidos la reserva matemática y los gastos por derecho de registro e impuestos. En conclusión, si con el informe aportado por el Sindicato del Seguro, a instancia de su afiliada la aseguradora, se dice que hay que «descontar el valor del riesgo de muerte no ocurrida en dichos tres años» y al «asegurado» se le cobra esa prima neta de tales años, según la constancia del recibo más arriba reproducido, es indudable que esa póliza, ya sea un préstamo o un tipo de póliza «sui generis», pertenece a las figuras contractuales que el Derecho General, la Ley de Usura o el Derecho de Seguro tachan de nulidad por encubrir relaciones jurí-

dicas leoninas, y se ha dicho Derecho General pensando en el Derecho Penal, como que pende un procedimiento de esta índole, hasta ahora sin procesamiento, incoado contra la prestamista o aseguradora.

Segundo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no aplicación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil; manifestando que en el Motivo anterior quedó acreditado un hecho-base, para mayor objetividad con fundamento en datos numéricos e irrefutables, porque se aportó por la misma parte a quien pudiera perjudicar. Se referían a la carta de pago que acreditaba el abono a la aseguradora de las tres anualidades de primas retroactivas (de un llamado seguro de vida), corridas sin riesgo. A la vista de lo expuesto cabía razonar que, según las reglas racionales del humano pensar, las partes pensaron *ab initio* en un préstamo de intereses elevadísimos y en el que el prestamista (asegurador) quiere prestarle al prestatario, reversiblemente, lo que éste prestó antes a aquél, en letras, bajo la pseudo-cobertura de una póliza de seguro de vida. Algo de esto se intuye en la sentencia recurrida, cuando avizora la posibilidad del negocio fiduciario. Se podía objetar de adverso que la prima neta correspondía a una prima «media aritmética», pero esto no es conciliable con la naturaleza sinalagmática de la póliza y, además, si no hubiese habido únicamente mutuo, como lo hubo, se debió obtener ese valor medio de la prima entre los 10 reales o restantes siete años. La sentencia recurrida, ante la concomitancia de las fechas, intuye la posibilidad de la negociación simulada (Considerando 4.º). En conclusión si el hecho-base (pago de la prima neta de 1.486.550 pesetas, que se paga sin correr riesgo alguno, es dato indiscutible e indiscutido y se dan las concomitantes circunstancias, casi a escala de unidad de actos y tratos preliminares habidos [el 27-V-1961 se contrata la pseudo-póliza retrotraída al 27-V-1958; el 25 de mayo (dos días antes) se le hace asegurar el riesgo de insolvencia, y el 2 de junio de 1961 se le presta 1.500.000 de pesetas líquidas], el contrato «querido», hecho-deducido, no puede ser otro que un préstamo disimulado por una pseudo-póliza, que sería vedado por imperio del artículo 1.276 del Código civil, si bien atemperado por lo sancionado en el artículo 3.º de la Ley de Usura.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no aplicación de los artículos 4, párrafo 1, 1.275, 1.276, 1.895 y 1.896 del Código civil, en relación con la violación del 425, *a contrario sensu*, del Código de Comercio, y todos ellos en relación con la violación de los artículos 1.º 3, 8 y 9 de la Ley de Usura, de 23 de julio de 1908. Aunque en el presente caso se está ante una nulidad absoluta, ínsita en el artículo 4 del Código civil, y propugnada como tal en la llamada Ley de Usura, no había inconveniente en calificar su nulidad desde el punto de vista de ilicitud de la causa, a que se refiere el también infringido artículo 1.275 del Código civil. La sentencia recurrida podía decirse que centraba sus argumentos diciendo que lo que se ejercita es una acción cambiaria por vía del juicio ordinario, y que la póliza en cuestión, pese a sus retroactivos efectos, era válida. En cuanto al predominio en exclusiva de la acción cambiaria, se oponía que la noción de causa de la letra de cambio era doble y podía referirse a la causa de las singulares obligaciones cambiarias o al puro y simple contrato subyacente. En el presente caso, el contrato usurario y la propia póliza *per se*, que sanciona la retroactividad sin riesgo,

van en contra de los artículos 425 del Código de Comercio y 1.124 del Código civil, que fijan la naturaleza *do ut des* del contrato de seguro de vida y acogen la excepción de *non adimpleti contractus*. El artículo 24 del Reglamento de 2 de febrero de 1912, letra d), se refiere a la ilegalidad, ambigüedad o lesividad de las condiciones de la póliza que dañan a los que contratan con las Compañías aseguradoras. Este Alto Tribunal, en base del artículo 9 de la Ley de Usura, fundamenta sus sentencias de 22 de julio de 1922 y 13 de abril de 1925. Si la relación fundamental (subyacente) no tuviese causa o fuese ilícita los contratantes inmediatos de aquélla, quedaban vinculados entre sí, sin que quepa aplicárseles la doctrina de la abstracción de la causa en la letra de cambio. En cuanto a la validez de la póliza, era insostenible, en base al informe del Sindicato, por ir contra la naturaleza del contrato de seguro y de las cosas, al afirmar que una prima pueda pagarse sin la contraprestación de un riesgo (que es un *príus* lógico) y lo que es peor: que deban pagarse intereses sin correr el tiempo que los justifique. La póliza era nula, en suma, fuera préstamo o póliza *sui generis*, porque vista como un préstamo (ventajoso desde el principio hasta el fin para el prestamista que recibe antes el capital en letras del prestatario y reversiblemente le devuelve una «liquidez» muy inferior) implica que la suma recibida es superior en 2/3 a la prestada, lo que sugiere un interés del 75 por 100 y a fuer del artículo 3.º de la Ley de Usura y concordantes, el repetido contrato es nulo y la única cantidad que se debía era la de 1.500.000 pesetas, deduciéndose el importe de las letras ya cobradas por la Aseguradora, del repetido paquete y ordenándose la devolución (del paquete de letras) que acompañaba el actor a su demanda.

Considerando: Que como medida necesaria para combatir el extendido mal de la usura, de ordinario encubierta, con acatamiento a la valoración asignada por la Ley procesal a los medios probatorios utilizados, la Ley de 23 de julio de 1908 dispuso, en su artículo 2.º, que los Tribunales formasen libremente su convicción, en cada caso, acerca de si el contrato es usurario.

Considerando: Que si bien una reiterada jurisprudencia ha extendido el uso de la especialísima facultad de resolver en materia a la usura, formando libremente su convicción, en vista de las alegaciones de las partes, hay que armonizar esa facultad discrecional con las exigencias y limitaciones propias del recurso de casación por infracción de Ley, y para que este recurso no se convierta en una 3.ª instancia «debe aceptar los supuestos y apreciaciones de hecho fundamentales de la Audiencia, en tanto que no resulten en manifiesta disconformidad con las circunstancias procesales apreciadas por ese Tribunal de instancia», con las amplias facultades concedidas por el artículo 2.º de la Ley de 23 de julio de 1908.

Considerando. Que declarado por el Tribunal *a quo* que el demandado (hoy recurrente) suscribió un seguro de vida a término fijo y nació un contrato con obligaciones perfectamente determinadas, lo que no se aviene con el concepto de contrato simulado, y que, además, si existiese un simple préstamo simulado, no hubiera sido preciso que la actora asegurase, a su vez, la póliza o sus consecuencias en otra Compañía de Seguros. La Ley de Usura no se refiere a estas relaciones contractuales, porque el contrato, para cuyo pago de primas se entregaron las cambiales impagadas, tiene sustantividad propia y supone un riesgo para la Entidad aseguradora, perfectamente definido y del que no puede sustraerse, por lo que decae el Motivo 1.º por

no tener el carácter de auténticos los documentos invocados para fundar el error de hecho, al no hacer prueba por si mismos, de su contenido, sin interpretaciones, analogías o hipótesis, aparte de haber sido ya apreciados por el Tribunal *a quo*. La misma suerte corre el Motivo 2.º, porque la infracción del artículo 1249 del Código civil sólo puede impugnarse por el cauce del número 7 del artículo 1.692, con lo que la deducción que de los hechos probados obtiene el Juzgador es completamente lógica. La improcedencia de ambos Motivos acarrea la del 3.º, al quedar privado de la indispensable base *de facto*, y ocasiona la desestimación íntegra del Recurso.

Fallo.—No haber lugar al Recurso y condena al pago de las costas y pérdida del depósito constituido.

MODIFICACION DE PRECIOS EN LAS VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA, ADJUDICADOS. A CAUSA DE LA REVISION GENERAL DE PRECIOS DECRETADA POR EL GOBIERNO. Recuperación, sin deducción de arras, de las cantidades originalmente entregadas. Contratos provisionales suscritos sin reserva o salvedad. Entrega de las viviendas antes de la calificación definitiva, a petición de los propios beneficiarios. Abono de una cuota mensual para incrementar las aportaciones. Caja de Ahorros de Bilbao y la Entidad Constructora Benéfica la «Sagrada Familia» contra don G. G. B y otros. Ponente: don Jacinto García Monge y Martín (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1967).

Demanda.—La Entidad Constructora fue constituida bajo los auspicios de la Caja de Ahorros, con el objeto de acometer la construcción de viviendas de renta limitada para la llamada clase media, y a tal efecto la Caja de Ahorros le cedió un terreno, en Deusto, a un precio inferior a la mitad de su cotización efectiva, haciéndose el pago mediante un crédito que la Caja abrió a la Constructora. Los Estatutos se hicieron llegar a los clientes y eventuales beneficiarios

Los proyectos fueron objeto de los expedientes que se reseñaban.

Iniciadas las obras, fueron a poco afectadas por la revisión general de precios decretada por el Gobierno, a partir de 1 de noviembre de 1956

En febrero de 1958 se adjudicaron 400 viviendas y se cursó a los beneficiarios una circular que se acompañaba. Desde el primer momento se apercibió a los beneficiarios que las obras realizadas podían modificarse en el precio, pues no era posible determinar el definitivo, y consideraban necesario reiterar, ante los solicitantes, que ningún compromiso habían adquirido y en todo momento podían recuperar, sin pérdida alguna, las cantidades originariamente aportadas. Se corrigió la omisión antes padecida, especificando la forma de pago de los precios de las viviendas.

Las restantes 261 viviendas se entregaron a medida de su terminación, con envío a los beneficiarios de la Circular y el contrato provisional, también suscrito sin ninguna salvedad ni reserva. La entrega de las viviendas antes de su calificación definitiva se debió a los requerimientos de los propios beneficiarios y a los anuncios colocados por Orden del Instituto de la Vivienda, en las obras, sobre fechas de terminación y ocupación. La entrega fue un acto de plena confianza en los ocupantes.

Poco después de la entrega de la mayor parte de las viviendas se pasó una

Circular a los beneficiarios para avisarles que no conociendo el precio definitivo de las viviendas, y no habiéndose recibido del Instituto más que la mitad aproximada de su anticipo sin interés, se cobraría una cuota mensual del 1,5 por 100 de la aportación inicial, con el preciso destino de incrementar dicha aportación.

Los primeros ocupantes llevaban más de un año en los pisos adjudicados cuando los Arquitectos-directores produjeron las liquidaciones definitivas, y aprobadas por la Junta del Patronato, se comunicaron por circular a los beneficiarios.

La totalidad de los beneficiarios satisfizo el primer recibo mensual, ajustado a las cifras de la liquidación definitiva, y unos 300 beneficiarios se dirigieron por escrito a la Constructora, en donde establecían las conclusiones que exponía al detalle Reunida la Junta para tratar del referido escrito, y dolida por dudarse de la corrección de las cifras de los precios definitivos, se remitió notarialmente a los beneficiarios circular, por la que se consideraba como renunciante a la vivienda a los que no aceptasen la liquidación definitiva, dándoles un plazo para la revalidación de sus derechos con apercibimiento de tenerlos, en otro caso, por renunciante al derecho de opción de compra.

Los que no aceptaron la invitación de la Circular promovieron recurso ante la Dirección General de Vivienda, quien envió a un Inspector Nacional, que realizó una doble inspección y se resolvió el recurso en los términos que se reproducían. La resolución de la Dirección General sólo se comunicó al primero de los firmantes del recurso, y la Constructora remitió notarialmente copia de la misma a todos los reclamantes, dándoles un nuevo plazo para revalidar su derecho, lo que obtuvieron la mayoría de ellos, pero 81 de ellos persistieron en su oposición. Ante esta actitud, la Entidad Constructora, considerándola contraria a los términos del contrato provisional y con buena fe, decidió promover los oportunos juicios en reclamación del cumplimiento de la cláusula E) del repetido contrato. Conociéndolo los disidentes, tres días antes de presentarse el primer acto de conciliación, se formuló requerimiento notarial a la Entidad Constructora para que les pasase los recibos de las cuotas impagadas, lo que no se aceptó por razones obvias, y se llevaron a cabo los correspondientes actos de conciliación, a los que se opusieron los beneficiarios, con las alegaciones que estimaron procedentes.

Por el traslado de la contestación a la demanda se conoció la presentación ante el Ministro de la Vivienda de recurso contra la resolución de la Dirección General, a pesar de la reiteración con que los disidentes sostuvieron la competencia de la jurisdicción ordinaria, la Entidad Constructora se mostró parte en los dos recursos de contenciosos-administrativos en calidad de coadyuvante de la Administración. El Instituto Nacional de la Vivienda produjo la calificación definitiva de las viviendas.

Al principio, los demandados se negaban al pago de las liquidaciones definitivas de los Arquitectos-directores, pero ni las cédulas de calificación definitiva, con todo lujo de detalles de precio, aumentos y demás circunstancias, lograron convencer a los disidentes.

Los disidentes ocupaban tres años tranquilamente sus viviendas, sin pago alguno, salvo la aportación inicial, sin consignar judicialmente lo que estimaran deber, mientras que la Entidad Constructora se veía obligada a una serie de gastos y amortizaciones que le producían grave perjuicio.

Recapitulaba los hechos y los repetidos intentos de conciliación

Suplico.—Sentencia declarando que los contratos provisionales suscritos vinculan a los demandados en sus propios términos y en todas sus partes, y deben cumplirse, salvo que los firmantes desistan de la opción de compra. Deberá pagarse el precio resultante de la liquidación definitiva, conforme al sistema y distribución de pagos previsto en los contratos, o, en su defecto, los que resulten aplicables, de acuerdo con las células de calificación definitiva.

En defecto de lo anterior, procede declarar caducada la opción de tales contratos.

De no haber lugar a la declaración de caducidad, procede declarar resueltos los contratos, con todas las consecuencias derivadas de su resolución.

En su defecto: declarar la nulidad de los contratos, con las consecuencias correspondientes.

Cualquiera que sea la petición aceptada, se declare la obligación de reintegrar a la Constructora todos los pagos realizados por cuenta de los demandados.

Condenar a los demandados a estar y pasar por las declaraciones anteriores, darles cumplimiento y pagar las costas del juicio

Contestación.—Para establecer los hechos verdaderamente atinentes a las cuestiones planteadas convenía concretar la actitud de los demandados ante la iniciativa de la Constructora de señalar, sin facultades para hacerlo, el precio de las viviendas. Los demandados estaban dispuestos, sin necesidad de pleitos, a pagar las cuotas mensuales de amortización, aunque lo estimaban erróneo y contrario a la Ley, y el pago se hacía a reserva de lo que resolvieran las Autoridades competentes sobre el precio de las viviendas adquiridas.

Suplico.—Sentencia absolutoria, con expresa imposición de costas a los demandantes.

Reconvención.—Se daban por literalmente reproducidos todos los hechos consignados en la *Contestación*.

Por carta del reconviniente, de 8 de diciembre de 1961, se comunicó a la Constructora su deseo de otorgar la escritura de compraventa; pero como no eran satisfactorias las condiciones propuestas, la escritura no se otorgó, haciéndose constar la cantidad que la Constructora había reconocido entregada por el reconviniente.

No era fácil saber el precio asignado a la vivienda, porque se barajaban varias y se exponían los diferentes criterios sostenidos por la actora, pero a efectos de la demanda se elegía el precio mayor y se consignaba sobre la mesa del Juzgado la diferencia entre dicho precio y la cantidad ya entregada.

Suplico.—Entrega y plena transmisión de la propiedad del piso referenciado y la copropiedad correspondiente del terreno sobre que dicha finca está edificada y demás elementos comunes y la parte proporcional de la copropiedad del resto de los terrenos no edificados, y condenando a la Constructora a hacerse cargo de la cantidad consignada, a reserva de lo que, en definitiva, se resolviera por la Autoridad administrativa y jurisdiccional competente sobre el precio del inmueble, con expresa imposición de costas a la Construcción, si se opusiese a la demanda reconvencional.

Réplica.—Mantuvo las alegaciones de hecho y derecho de la demanda y contestó a la reconvencción. Ratifico todos los hechos de su demanda. Admitió que el señor G. B. se dirigió a la «Sagrada Familia», manifestando lo que exponía el correlativo. Rectificaba el saldo deudor manifestado por el reconviniente y se extendió en consideraciones sobre su derecho.

Suplico.—Sentencia desestimatoria de la reconvencción y con expresa imposición de costas.

Duplica.—Se mantienen las alegaciones y el suplico de la sentencia, conforme tenía interesado.

Sentencia de la Primera Instancia.—Estimación parcial de la demanda y de la reconvencción. Los contratos provisionales son vinculantes y las partes están obligadas a su cumplimiento, con las modificaciones anotadas en el segundo. Considerando de esta resolución, por lo que los demandados deben satisfacer los precios respectivos fijados en las cédulas de calificación definitiva, más el importe proporcional del anticipo del Instituto, en cuyo pago podrán subrogarse los adquirentes que lo deseen. Los demandados reintegrarán a la Entidad las cantidades entregadas por ella en beneficio y el interés legal correspondiente; la determinación de lo cual se efectuará en ejecución de sentencia. Condena a los demandados a estar y pasar por lo declarado.

Declara bien hecha la consignación realizada por el reconviniente y condena a la actora a hacerse cargo de la cantidad depositada y otorgar a su favor escritura de compraventa, a reserva de lo que se resuelva por la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto a los precios consignados en las cédulas de calificación definitiva y sin expresa imposición de costas.

Apelación.—Sin imposición de costas de la alzada confirmó la de Primera Instancia, dejando a salvo la facultad de los demandados, salvo del reconviniente, de renunciar a sus derechos y desistir del contrato si no les conviniese el precio definitivo establecido por el Tribunal competente.

Casación por infracción de Ley.—Estableciendo los siguientes *Motivos*:

Primero.—Amparado en el número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por exceso en el ejercicio de la jurisdicción por razón de materia, ya que la competencia era del Ministerio de la Vivienda y de sus Organismos, y por ello los recurrentes plantearon como incidente de pronunciamiento previo las excepciones dilatorias de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia y de litis pendencia. El Auto judicial desestimó las excepciones dilatorias, pero aceptó sustancialmente el criterio de los recurrentes y a esta doctrina del Considerando que transcribía debió atemperarse el Tribunal *a quo*, pero al condenar la sentencia al pago del precio de las viviendas, no por las verdaderas calificaciones definitivas, al decidir sobre el pago del anticipo del Instituto Nacional de la Vivienda, resuelve sobre cuestiones administrativas.

Segundo.—Amparado en el número 10.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 28 y 30 de la Ley de Viviendas de Renta Limitada de 1954 y los correspondientes de su Reglamento que debieron ser aplicados en semejante supuesto.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo único de la Ley de 2 de marzo de 1963, que no debe ser aplicado, porque las cosas son lo que son por naturaleza y no por el calificativo que se les dé. No se da el supuesto que la Ley establece para entrar en juego.

Cuarto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación indebida del artículo único de la Ley de 2 de marzo de 1963, que se limita a permitir el pacto entre el vendedor y comprador, para que éste asuma la obligación de pago o amortización del anticipo gratuito, con independencia del montante de la capitalización. La Ley no decreta la acumulación de importes de capitalización y anticipo, ni mucho menos la impone.

Quinto.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en apreciar las pruebas resultantes de documentos auténticos, porque la sentencia recurrida admite el hecho inexistente de un pacto entre la Entidad Constructora y vendedora y los adquirentes de viviendas. Las relaciones entre la vendedora y los compradores se contienen en los contratos provisionales, en cuanto no se opongan a la legislación de la vivienda y en las Cédulas de calificación definitiva y en ninguna parte se encuentra el supuesto pacto.

Sexto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del principio *pacta sunt servanda* de los artículos 1.255, 1.258 y 1.281 del Código civil. Resulta tan claro y evidente, que no ha existido el pacto de que el precio de los pisos comprados sea el de capitalización de la renta bruta al 5 por 100, más el importe del anticipo gratuito del Instituto, habiendo de correr el pago o amortización de ese anticipo de cargo de los compradores, que insistir sobre este particular es reiterativo.

Séptimo.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la anulación de las calificaciones definitivas de 3 de agosto y sustitución por las de 31 de enero de 1961, no constituye, como dice el Tribunal de Instancia, una simple rectificación de errores de hecho, materiales o matemáticos. Basta cotejar ambas calificaciones para ver que son sustancialmente distintas.

Octavo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por indebida aplicación del artículo 3.º del Reglamento de Procedimiento Administrativo. Se aplica dicho artículo por la sentencia recurrida, en base a la simple rectificación de errores de hecho en las calificaciones definitivas, por lo que, faltando tal supuesto, se aplica indebidamente tal artículo.

Noveno.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación del *pacta sunt servanda* y de los artículos 1.254, 1.255 y 1.258, respecto a la demanda reconvenional. La Constructora entiende que el objeto de la compra se circunscribe a la materialidad de las viviendas con los elementos comunes. El reconviniente añade, además, la parte proporcional del terreno no edificado que en la prueba documental demostró pertenecer a la finca hipotecaria correspondiente. La sentencia recurrida yerra por tener sólo en cuenta el contrato provisional suscrito, ya que sobre

él se aplica como derecho necesario la legislación de viviendas de renta limitada, y así ha ocurrido respecto del precio, elemento esencial de la compraventa, cuya fijación es función del Instituto Nacional de Vivienda o de las autoridades en vía administrativa o contencioso-administrativa. En las calificaciones provisionales, los presupuestos se formaron comprendiendo los terrenos de las dos manzanas y sobre este presupuesto se calculó el precio. La hipoteca se constituyó sobre la totalidad de los terrenos y es obligada consecuencia que, si se paga la parte proporcional de terreno no edificado, se le entregue, sin que pueda retenerlo la Entidad Constructora.

Décimo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, en el sentido de que las cantidades líquidas no pueden dar lugar al pago de intereses

Primer Considerando. Primer Motivo: Planteada y decidida esta excepción dilatoria, fue resuelta mediante auto, que la desestimó, el cual, recurrido en apelación, ésta desistió de la misma, quedando así firme esta inicial decisión, la cual no es, por tanto, objeto de la sentencia dictada por el Juzgado de instancia ni por la recurrida. La acción no es una cuestión sobre materia administrativa, sino que esencialmente tiene un contenido civil y la sentencia no desconoce la eficacia, en su día, de las sentencias dictadas en procedimiento contencioso-administrativo sobre la determinación de los precios definitivos de las viviendas y se limita a resolver sobre la eficacia en este momento de las cédulas de calificación, en base de los pertinentes preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativos y Contencioso-administrativo.

Segundo Considerando: El segundo Motivo debe ser desestimado, porque la sentencia recurrida contiene una salvedad respecto a la eficacia de las resoluciones que dicte la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre los recursos planteados, acerca de las valoraciones definitivas asignables a las viviendas objeto del pleito.

Tercer Considerando. Tercer Motivo: El denunciado vicio no cabría encuadrarle dentro de la aplicación indebida, porque el recurrente pretende su aplicación, atribuyendo al mismo una interpretación opuesta a la que el Juzgador le asigna.

Cuarto Considerando. Cuarto Motivo: No cabe impugnar este fundamento sin atender a los demás preceptos que en relación con el citado señala la sentencia impugnada. Además, no cabe olvidar el estrecho rigorismo formal de este extraordinario recurso en cuanto a la cita clara y precisa de la Ley o doctrina que se considere infringida y el concepto en que lo haya sido, y al no alegarlo así debe decaer el motivo.

Quinto Considerando. Quinto Motivo: Debe ser rechazado, porque lo combatido no es una declaración fáctica del Tribunal sentenciador, sino la interpretación de los contratos celebrados entre los litigantes y las cédulas de calificación definitiva efectuada por el Juzgador. Los documentos citados, como auténticos, carecen de este carácter a efectos de recurso, ya que han sido examinados y valorados en la sentencia. Lo combatido es la eficacia de dichas calificaciones, por razón de preceptos administrativos, materia extraña al preciso contenido de este motivo.

Sexto Considerando. Sexto Motivo: No se cita doctrina de la Sala referida al principio invocado. Respecto a los restantes preceptos, lo que se aduce

no es el verdadero concepto del alegado vicio de aplicación indebida, y al atacar la interpretación de los referidos contratos sólo cabe efectuarla por infracción de las normas sustantivas regidoras de la misma, de las que sólo se cita el artículo 1.281, sin precisar el vicio cometido, ni concretar a cuál de los dos extremos del artículo se refiere.

Séptimo Considerando. Séptimo Motivo: Los documentos invocados como auténticos no tienen tal carácter, han sido ponderados por la Sala sentenciadora, y su contenido no se refiere a la estricta contradicción a los hechos declarados, sino a la interpretación de las referidas calificaciones administrativas, todo ello ajeno al contenido fáctico a que debe acomodarse por este *Motivo*, que debe, por tanto, decaer.

Octavo Considerando. Octavo Motivo: Por el carácter meramente reglamentario-administrativo no es susceptible de servir de base al recurso y decae el expresado *Motivo*.

Noveno Considerando. Noveno Motivo: Al no invocar la infracción de alguna de las normas sustantivas de interpretación contractual (arts. 1.281 al 1.289 del Código civil), el *Motivo* carece de viabilidad.

Décimo Considerando. Décimo Motivo: Los términos del fallo que se ataca no pueden examinarse con abstracción del suplico y de los fundamentos del Juzgador, y así aparece en este caso que tales intereses no se solicitan en concepto de daños y perjuicios por el impago de cantidad ilíquida, conforme al artículo 1.108 del Código civil, sino que la sentencia recurrida, apartándose acertadamente de la calificación de la de Primera Instancia, sienta que la pretensión afecta al abono de los intereses devengados por el préstamo que los demandados debían pagar en concepto de amortización y no fueron satisfechos oportunamente, en base del artículo 1.106, y se decide así una pretensión fundamental, al estar dichos intereses inseparablemente unidos al préstamo, conforme a lo pactado, sin perjuicio de su determinación en período de ejecución de sentencia.

Undécimo Considerando: Desestimación del recurso, con las consecuencias del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallo.—No haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley. Condena al pago de las costas causadas en este recurso y a la pérdida del depósito constituido.

COMISION DE ENCARGO DE REDACCION DE ANTEPROYECTO, PARA LA CONSTRUCCION DE UN HOTEL DE VIAJEROS, REALIZADA POR EL APODERADO. *Amplitud de poderes y ratificación por carta, del contrato celebrado por el apoderado.* A. H. R. contra V. S. O. Ponente: don Manuel Taboada Roca (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1967).

Demanda.—El demandado, por medio de su apoderado don J. G. M., había suscrito en Zamora, el encargo de la redacción de un Anteproyecto de Hotel de viajeros, denominado «Los Jamines», de primera categoría; encargo que había sido visado por la Delegación del Colegio de Arquitectos de Zamora, según acreditaba por la presentación del oportuno documento.

Se había cumplido dicho encargo de acuerdo en todo con los datos, planos y características que obraban en el documento número 2 presentado, visado asimismo, por el Colegio de Arquitectos.

De acuerdo con los Estatutos de los Colegios de Arquitectos, el Anteproyecto debería recogerse en el Colegio de Zamora, previo pago de su importe y a pesar de la reclamación de honorarios hecha por el Colegio, el demandado no había satisfecho cantidad alguna por tales trabajos y como al parecer con aquel Anteproyecto se iba a solicitar un crédito hotelero, el actor accedió a entregar tal documento sin desembolso alguno para la tramitación del oportuno expediente. El Ministerio de Información y Turismo había ordenado algunas rectificaciones al Anteproyecto, que se llevaron a cabo por el actor, según se probaba documentalmente y se dictó resolución ministerial declarando dicho Anteproyecto de «excepcional utilidad pública» y concediéndole un crédito de 8.100.000 pesetas y el plazo de un mes para presentar el Proyecto definitivo visado.

El apoderado, del demandado, después de recibido el oficio del Ministerio, lo encargó verbalmente al actor; lo que se confirmó después por carta del demandado rogando al actor «que personalmente con su apoderado, señor G., realice la entrega del Proyecto y pago de los honorarios correspondientes», tanto al demandante como al Colegio de Arquitectos.

El arquitecto acabó el Proyecto aún antes del plazo fijado, para salvaguardar los derechos del demandado y fue presentado a la Delegación de Zamora, comunicándolo así al propietario y a su apoderado. El Colegio notificó también tal presentación y reclamó los honorarios por diversos oficios, sin que se hubiera retirado el Proyecto ni satisfecho cantidad alguna, y el letrado del actor por carta certificada le formuló amistosa reclamación. Los derechos reconocidos y concedidos por el Ministerio de Información y Turismo, no debían haber decaído, por haber solicitado plazo, como ampliación del primero, para corregir defectos de titulación de la finca sobre la que había de construirse el hotel.

El Colegio Oficial, en vista de la conducta del demandado, tomó el acuerdo de entregar la minuta al actor para que formulase la reclamación correspondiente, cuya factura y cálculo no los hace el Arquitecto, sino el propio Colegio, de acuerdo con las normas que lo regulaban y la tarifa aprobada para los Colegios Oficiales de Arquitectos, por Real Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros de 1 de diciembre de 1922, y en las que se determina que al redactar el Proyecto quedan absorbidos los honorarios del Anteproyecto.

Suplico.—Declarar la obligación de pago contraída por el demandado y condenarle al pago de la minuta girada por el Colegio Oficial, en concepto de honorarios devengados en la redacción del Proyecto y Anteproyecto correspondientes; con expresa imposición de costas al demandado.

Rebeldía.—Por contestada la demanda, se la notificó al demandado y se decretó la retención de bienes muebles y el embargo de inmuebles.

Sentencia de Primera Instancia.—Estimatoria de la petición, pero sin especial condena de las costas causadas.

Apelación.—Confirmando la sentencia dictada y sin expresa imposición de costas en ambas instancias.

Casación.—Por infracción de Ley, en base de los números 1 y 7 del 1692. Estableciendo los siguientes motivos:

Primero.—Al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por incurrir la sentencia en error de hecho en la apreciación de pruebas, resultantes de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del Juzgador y alega que su carta fechada en Olla de Alta en 3 de septiembre de 1963, se acredita en autos que es de 3 de octubre, como consta en el sobre certificado en que se contenía. Se reconoce su autenticidad en confesión por el propio recurrente y en las dos sentencias de instancia (2.º Considerando de la sentencia dictada por el Juzgado y 3.º de la sentencia recurrida). Dicha carta acusa recibo de una del Arquitecto, sobre los extremos «que ya me había informado mi apoderado y común amigo señor G., esperando de su atención que personalmente con él, realice la entrega del Proyecto y pago de los honorarios que corresponda, tanto a usted como al Colegio de Arquitectos, ajustándose a la realidad como tiene hablado, y para lo que confiero por la presente al señor G., el más amplio poder»... Acreditado el documento auténtico se ha infringido la doctrina de esta Sala contenida en numerosas sentencias..., que sancionan que hay verdadero error de hecho cuando se evidencia por el simple cotejo entre las afirmaciones de la sentencia y lo que dice el documento auténtico y cita abundante doctrina legal al respecto. Es evidente la infracción de esta doctrina legal de los preceptos del Código civil, en orden a la apreciación de la prueba y específicamente del artículo 1225. Se trataba de conseguir la concesión de los 8 100 000 pesetas autorizadas y como saben que el Proyecto no era viable por no disponer libremente de todo el polígono declarado en la memoria y planos del Anteproyecto, en la carta referenciada, dirigida al actor, advierte que se atengan a la realidad y espera un acuerdo, que es para lo único que le faculta. Lícitamente no se podrá disponer de los 8.100.000 pesetas, sin tener los 22 restantes, presupuestos para ejecutar la obra cifrada en treinta millones y se necesitaba una promoción capitalista, además de tener la titulación en regla, razón de las prórrogas solicitadas para que no caducase el plazo para la presentación del Proyecto. Lo único firmado por el recurrente es el poder a su apoderado y la carta al recurrido y no puede investigarse un consentimiento más lejos que dichos actos jurídicos tan claros y todo ello dentro de la buena fe, porque la mala excluiría toda relación contractual. Es la temida confabulación del recurrente de sentirse refraudado, o que esas sean las consecuencias de la gestión o tanteo oficial de las posibilidades crediticias de un viejo merendero-camionero para ser transformado en gran hotel turístico y moralmente el señor Arquitecto, su apoderado y al mismo tiempo técnico hotelero y el gestor, no podían ni pueden ser promotores con entusiasmo jurídico de semejante perjuicio. La redacción del Proyecto objeto de autos, era una conducta unilateral del recurrido y el documento auténtico está en abierta contradicción con la sentencia recurrida. Puede parecer que la apreciación intencional, juntamente con la material, no se ciñe al presente Motivo, pero la cuestión de hecho en la doctrina científica comprende no sólo la apreciación material, sino también la intencional, es decir la existencia y realidad del hecho, con todas sus circunstancias; a diferencia de la cuestión de derecho que es simplemente su significación y valoración jurídica; en resumen: es fundamental investigar si del documento auténtico, cotejado con la declaración judicial, existe el consentimiento para la confección y pago del Proyecto o si se condicionaba éste a esa «realidad» hablada de la que se olvida el juzgador.

En el presente recurso se hace caso omiso de la diatriba y se va al fondo del asunto con la mayor claridad y precisión, ante la dificultad de un condenado en rebeldía de llegar a una solución amistosa. El anteproyecto no cabe duda que

lo debía y su monto fue reclamado por el Arquitecto y después subsumido a la tarifa del Proyecto, por imperativo de las disposiciones pertinentes.

Segundo.—Amparado en el número 7º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con base en el artículo 1.225 y en la doctrina legal citada, ya que la cuestión relativa a la interpretación de los contratos es exclusiva de la soberanía del Tribunal «a quo» y sólo puede impugnarse en casación en la forma y con los elementos que autoriza el número 7º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea del artículo 1.281 y siguientes del Código civil, ya que la declaración de voluntad contenida en la carta designada como documento auténtico, obliga al juzgador a interpretar dicho negocio jurídico y al no existir contrato sobre el repetido Proyecto, no existe un consentimiento expreso y puro, sino condicionado a la realidad como tienen hablado; que no se trata de un contrato de mandato, sino que se condiciona la existencia de cualquier obligación a una realidad que ha sido desconocida en este pleito y que no estaba facultado en modo alguno el apoderado del recurrente para vincularse así

Cuarto.—Amparado en el número 1º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida del artículo 1.757. Quedó demostrado en la prueba de la 2ª Instancia que el recurrente nunca confirmó o ratificó el contrato que trata el actor de probar, respecto al Proyecto Los límites del mandato no eran contratar proyectos de valor superior al medio millón de pesetas las instrucciones al mandatario, simultáneas a las del Arquitecto, son llegar a un acuerdo basado en la realidad y no ratificar el pago de inmediato, al menos de un Proyecto que no podía producir los efectos queridos por todos, sin cumplir antes las condiciones necesarias respecto a la titularidad de todo el polígono y a la promoción del capital correspondiente.

Quinto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación de los artículos 1.261 y 1.262 del Código civil. La carta del recurrente dirigida al arquitecto-recurrido demuestra cuándo y cómo manifiesta la aceptación sobre la cosa; la actuación del arquitecto es un acto unilateral y el trabajo se presentó en la Delegación del Colegio de Arquitectos de Zamora, unos días después de la carta, lo que demuestra que no esperó el obligado consentimiento, sino que estaba dispuesto a realizar el Proyecto y todos los trabajos que llevaba consigo, sin la conformidad que suponía todo ello; se han infringido los preceptos citados, que no han sido tenidos en cuenta por el juzgador, y no es admisible el suplirlos en modo alguno, porque no existe ningún acto anterior ni posterior por parte del recurrente.

Considerando: Toda la tesis del presente recurso se asienta sobre la base de que del poder otorgado por el recurrente a don José G. y de la carta dirigida al actor-recurrido no puede deducirse el asentimiento necesario del poderdante para el negocio concertado, excediéndose del poder conferido.

Considerando: La carta aludida, de 3 de septiembre de 1963, que en realidad es de 3 de octubre, pues constituye la contestación a la de 26 de septiembre anterior, que le había dirigido el demandante, no constituye la comisión de un encargo a su apoderado para la construcción de un Hotel Turístico, y para que comprometa al poderdante, al pago de los honorarios devengados y con-

cierte con el Arquitecto la redacción de un Proyecto, Plano, Memoria y Presupuesto, porque no era viable tal Proyecto por no disponer el poderdante de la totalidad del terreno necesario requerido por el Ministerio, para conceder el crédito hotelero solicitado.

Considerando: En el recurso se sostiene que la carta no proclama lo que la sentencia estima y resulta evidente, una infracción de la doctrina legal y de los preceptos civiles en orden a la apreciación de la prueba, específicamente del 1225; pero aquí bajo la invocación de un supuesto error de hecho atribuido a la sentencia impugnada se esgrime una supuesta infracción de una norma valorativa de la prueba, que de existir sólo se podría argumentar como base de un error de derecho en la apreciación de la prueba, según declaración constante de esta Sala.

Considerando: La aludida carta, que hubo de ser corroborada por el oportuno dictamen pericial al negar su autenticidad el demandado, durante el pleito en el que permaneció en rebeldía no proclama clara y abiertamente nada contrario a lo admitido en la sentencia, y el juzgador ya la tuvo en cuenta precisamente para construir su sentencia condenatoria, por entender que la tal carta demuestra que el demandado tenía un perfecto conocimiento del encargo hecho por el señor G. al actor y por la misma confería a su apoderado el más amplio poder sobre el particular y para el pago de honorarios; entendiéndose que, por tal carta, el mandante ratificó el contrato concertado por el señor G., que ha de considerarse válido y eficaz «siendo evidente» que la efectividad de los honorarios no se encontraba sometida o condicionada al resultado de la gestión administrativa, que simultáneamente estaba realizando el mandatario para la obtención del préstamo. La Sala sentenciadora, en tesis de dicho recurrente, da a la repetida carta un alcance que no tiene y deduce de ella unas presunciones improcedentes, y sin embargo, se ataca esa interpretación o presunción, por la vía no adecuada del número 7.

Considerando: En el 2º Motivo se parte de la base de que la carta proclama claramente un encargo de redacción del Proyecto, condicionado a la obtención del crédito hotelero, que se destinaria al pago de la construcción y como esto no es así, sino todo lo contrario, pues la carta no establece semejante subordinación, la sentencia no infringe el precepto, sino que lo aplica correctamente.

Considerando: En el Motivo 3º por la vía adecuada combate la interpretación que la sentencia ha dado al contrato litigioso e invoca el artículo 1.281 y siguientes; sin especificar cual de las dos normas de dicho artículo se interpretaba erróneamente, a pesar de que recíprocamente son antitéticas y sin especificar cual de los «siguientes» es infringido.

Considerando: Aún salvando los insalvables defectos técnicos de formulación, para que prevaleciera la interpretación del poder y de la carta dados por el recurrente, tendría que demostrar cumplidamente que la interpretación de la Sala era ilógica, arbitraria o desusada y nada de esto pretendió probar; resultando correcta la interpretación del juzgador de instancia cuando en base de la carta y poder entiende conferido el encargo al Arquitecto, sin condicionamiento alguno, a la obtención del solicitado crédito hotelero.

Considerando: La improsperabilidad de los tres primeros Motivos impone la desestimación de los dos restantes, que se basan en tesis contraria a la admitida por la sentencia, sin demostrar que ésta era errónea. Califíquese el contrato de arrendamiento de obras o de servicios como el actor propugna en su demanda, o de mandato como la sentencia sostiene, siempre resultaría la ejecu-

ción de una obra o realización de un servicio y en ambos casos es indeclinable la obligación de retribuirlo.

Fallo.—No ha lugar al recurso y condena al pago de las costas

CALIFICACION DE SUBROGACION EN CONTRATO DE OBRA O DE TRATOS PREVIOS DE UN NUEVO CONTRATO. Pago de la parte de obra realizada. Realidad de lo acaecido y auténtica intención de las partes intervinientes, a través de la hermenéutica de los actos jurídicos contenidos en los documentos aportados por los interesados y sometidos a la apreciación judicial. M y G., S. A., contra don M. G. A. Ponente: don José Beltrán de Heredia y Castaño (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1967).

Demanda.—La empresa actora era ampliamente conocida en el ámbito nacional como dedicada, desde hacía casi un siglo a instalación de ascensores, hallándose debidamente inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, en cuya capital radicaba su domicilio.

Hallándose en construcción por la empresa V. el bloque de edificios denominado Zona Residencial «Las Mercedes», sito en Valladolid, se interesó por la entidad la redacción de presupuestos para la instalación de 26 ascensores, de diversos tipos, en los edificios antes citados.

Estudiados los presupuestos formulados se formalizó en 14 de septiembre de 1962 la instalación de los ascensores referenciados, de las características y precio enumerados en el presupuesto número 620.314.

El pedido en firme fue aceptado por la Compañía actora en su integridad, incluso la bonificación de 30.000 pesetas sobre el importe global del pedido, en el que sólo restaba determinar el número exacto de ascensores de uno y otro tipo que habrían de ser objeto de instalación por el demandante.

Por medio de carta, que se acompaña como documento, se envió plano correspondiente al Proyecto de montaje del montacargas provisional que había de instalarse con la urgencia pretendida por el constructor en la escalera de la torre del bloque.

En este estado de cosas transcurrió hasta el 14 de marzo de 1963 en que se tuvo la noticia de haber quedado resueltas las relaciones entre el promotor de la obra y la empresa constructora V., a la que por carta del 14 de marzo de dicho año se le enviaron facturas por 170.000 pesetas, importe del montacargas instalado y en funcionamiento, y por 300.040 pesetas, importe del 10 por 100 previsto como primer pago a cuenta de las obras, en la carta de pedido de 14 de septiembre de 1962.

Por parte del representante legal de V. se manifestó a la actora que el pago de las facturas concernía exclusivamente al demandado señor G. A. y por este último en carta de 25 de mayo de 1963 se manifestaba la decisión de subrogarse en el pedido formulado por V. e interesaba el envío de nuevo contrato a su nombre.

En la precitada carta, junto con la novación subjetiva formulada, como de pasada, se aludía a una pretensión, aparentemente inocente: «confío que a la mayor brevedad remitirá dicho contrato para su firma, incluyendo en el mismo las modificaciones indicadas con fecha 20 del actual», pero esto constituía la primera y capital muestra de mala fe, porque esas «modificaciones» daban lugar, nada menos, que a redactar cinco nuevos presupuestos e implicaban una

modificación tan radical de los ascensores encargados que, en el mejor de los casos, suponía una diferencia de precio que oscilaba desde las 115.400 pesetas del presupuesto inicial, a 301.800 de precio unitario, para el tipo de ascensor a que ambos presupuestos se referían.

Se respondió con fecha 12 de junio mostrando su abierta contradicción con la postura inicial. En el intermedio, entre el 20 de junio y 23 de julio de 1963, se cursaron 5 cartas que no se contestaron por el demandado hasta el día 30 de julio (del mismo año) en que lo hizo por medio de la aportada con los documentos.

En relación con el montacargas instalado en la obra se reclamó su importe al hoy demandado y éste manifestó en carta de 26 de septiembre de 1963 no haberse hecho cargo del pago de dicho aparato y recababa fuera desmontado para instalar en su lugar el correspondiente ascensor, lamentando no haber llegado a una inteligencia con la hoy actora para el montaje de los ascensores del bloque de viviendas referenciado.

Con fecha de 14 de enero de 1964 se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de «por intentado sin efecto».

Suplico.—Sentencia declarativa de la subrogación del demandado don M. G. A. en las obligaciones contraídas por V, del cumplimiento en la parte que le incumbe, por parte de la actora del contrato de arrendamiento obra, mediante la instalación y puesta en marcha del montacargas; del incumplimiento por el señor G. del contrato en que se subrogó, al no haber satisfecho el precio del montacargas instalado y de haber concedido, contravieniendo los compromisos contraídos frente a la actora, las obras de instalación de los 26 ascensores a persona ajena, de la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios cifrada en la cantidad líquida de 285.500 pesetas, importe del beneficio industrial no percibido por M y G. a consecuencia del incumplimiento contractual y por lo mismo, condenar al señor G. a: 1.º, estar y pasar por las anteriores declaraciones, 2.º, al pago del precio fijado por la instalación del montacargas; 3.º, al pago de la indemnización de daños y perjuicios cifrados a base del 10 por 100 del beneficio industrial correspondiente, y 4.º, la condena expresa en costas por su evidente temeridad y mala fe.

Contestación.—La actividad industrial del actor se hallaba gravada fiscalmente sin que se presentara con la demanda, como la Ley exige, justificante de hallarse al corriente en el pago del tributo correspondiente.

La empresa V comenzó el bloque y dicha entidad interesó de la actora los presupuestos correspondientes, que no fueron remitidos ni examinados por el demandado. El representante de V, establecía, en carta que se acompaña en la demanda, un compromiso de pago, pero contratando en nombre propio y sin aludir para nada al demandado. La aceptación de las propuestas no afectaba para nada al demandado. El plano de proyecto del montaje del montacargas era como se indicaba, textualmente, en el pedido de V. y para el servicio de esa empresa constructora, sin que figurara para nada el nombre del demandado. Toda la correspondencia lo fue con V., que debía pagar lo que había encargado.

Al señalar la gran diferencia de clase y precio entre los ascensores pedidos por V. y los que deseaba el demandado, se demostraba la alteración del objeto contractual, incompatible con una subrogación subjetiva y necesitado de un nuevo contrato.

La carta del demandado al actor, manifestaba que no le interesaban los ascensores por lo elevado de sus precios y preguntaba si los contratos suscritos con V. «cambiándolos a mi nombre siguen subsistentes con la diferencia de precios en más o menos que resulten por las variantes que puedan producirse en los mismos», lo que indica que el contrato con V. era puro y perfeccionado y el que se proyectaba era condicional, sin que por parte alguna aparezca la supuesta subrogación de que habla la demanda.

Tampoco las cartas, presentada de adverso, resolvían nada en orden a la perfección del contrato que se proyectaba.

Respecto al montacargas, en toda la correspondencia cruzada no existe ni un atisbo de que el demandado haya asumido obligación alguna de pago.

Suplico.—Sentencia desestimatoria, en su integridad, de la demanda, absolución de ella al demandado y con imposición de costas al actor.

Sentencia de Primera Instancia.—Desestimó la demanda. Sin expresa imposición de costas.

Apelación—Revocatoria en parte. Declaró que el demandado don M. G. A. está subrogado en la obligación de V., S. A., a virtud de la carta-contrato de 14 de septiembre de 1962, respecto al importe del montacargas instalado, rechazando las demás pretensiones y sin expresa condena de costas en ninguna instancia.

Casación por infracción de Ley estableciendo los siguientes Motivos:

Primero.—Amparado por el número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción indebida del artículo 1.203 del Código civil. Al tratarse de una carta de subrogación de un contrato de suministro, sólo podía tener por objeto los ascensores, parte de la misma obra, pero no el montacargas que es elemento de trabajo de la obra. Es clarísimo el Código civil en su artículo 1.204 y la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 5 de diciembre de 1912; 9 de abril de 1920; 10 de enero de 1934 y 31 de diciembre de 1941, «de considerar la carta citada como aceptación de subrogación, pudiera ser obligatoria para que el propietario tuviera que hacerse cargo de todos los suministros de la obra, ya que en la misma no se concreta más que el deseo de hacerse cargo de un contrato, pero no con unas condiciones».

Segundo.—Amparado por el número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1.257 del Código civil. El contrato, base de la demanda, nunca fue suscrito por el recurrente, que es sólo tercero y aunque intentó subrogarse, no lo aceptó el hoy demandante. En principio se intentó aceptar el contrato, pero determinado a datos y objetos concretos, de posible empleo en las obras, pero nunca a un objeto (montacargas, elevador de materiales) que sólo es útil al constructor de la obra, a lo que no se dedica el demandado. Resultan terminantes al respecto las sentencias de 15 de noviembre de 1905 y 20 de mayo de 1903.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por infracción de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil. La carta de 25 de mayo de 1963, objeto y base de la sentencia recurrida, está mal interpretada, ya que sólo se concreta a los ascensores y no al montacargas. Ello es lógico: el demandado no se dedica a la construcción y al cesar el constructor primero contrató con otro la realización de las obras y no le interesaba el montacargas. En cambio la carta se considera como «subrogación de parte de con-

trato» La sentencia recurrida ha infringido, además, la doctrina de sentencias de 13 de noviembre de 1906, 14 de diciembre de 1907 y 13 de enero de 1927.

Cuarto.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error de hecho en la apreciación de la prueba. El contrato suscrito en 26 de febrero de 1963 ante Notario es el que determina la liquidación del contrato de obra, entre las partes y se determina en cuanto a los compromisos adquiridos por suministros que serán examinados por los señores arquitectos, dando cuenta a la propiedad, y si resultasen aconsejables deberan subrogarse. La subrogación sólo será aceptada, pues, si los arquitectos primero y la propiedad, después, la aprueban. No se puede interpretar de otra forma el contrato cuando existe documento auténtico que dicta las normas oportunas y el Tribunal sentenciador ha desconocido, así, los artículos 1.203 y 1.261 «y además del Código civil».

Considerando. Toda la cuestión debatida consiste en saber si al terminar la relación jurídica primitiva entre el propietario, hoy recurrente, y la empresa V., S. A., plasmada en documento público de 26 de febrero de 1963, el referido dueño asumió o no la obligación de pagar un montacargas suministrado por la casa M. y G., S. A., para cuya solución es preciso tener en cuenta la realidad de hecho verdaderamente acaecido y averiguar la verdadera intención de las partes a través de la correspondiente operación de los actos jurídicos contenidos en los documentos aportados hermenéuticamente y sometidos a apreciación judicial.

Considerando. En el Motivo 3.º se impugna la interpretación dada por el Tribunal «a quo» de estos documentos, pero se hace de modo improcedente porque a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se deberá expresar en casación civil con precisión y claridad, no sólo el párrafo del artículo 1.692 en que se halla comprendido y la Ley o doctrina legal que se cree infringida, sino el concepto en que lo haya sido, requisito éste que aparece incumplido; lo que de acuerdo con la constante jurisprudencia de esta Sala (especialmente contenida en sentencias de 31 de diciembre de 1940; 29 de mayo de 1946, y 9 de febrero de 1960, entre otras muchas), lo hace incurrir en la causa de inadmisión del número 4 del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en el actual trámite decisorio lo es de desestimación.

Considerando: Para atacar la base de hecho en que se apoya la sentencia recurrida se formula el Motivo señalado con el número 4. El Tribunal «a quo» interpretó dicho documento dentro del conjunto de la prueba practicada. «lo que le priva del requisito de autenticidad a los fines de casación, lo presenta como insuficiente para evidenciar el error alegado y obliga a la desestimación del motivo en que la alegación se hace»

Considerando. Al quedar incólume el supuesto de hecho en que se basa la sentencia recurrida y no haber sido eficazmente impugnada la interpretación de la Sala sentenciadora, es incuestionable que ambos deben prevalecer, impidiendo la prosperabilidad de los dos primeros motivos, porque están haciendo supuesto de la cuestión, consistente el primero en la existencia o no de la subrogación y referida en el segundo a la condición de tercero o de parte de dicho recurrente; perecimiento de los dos motivos que acarrea la del recurso en su totalidad con los obligados pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallo.—No haber lugar al recurso interpuesto y condena al pago de las costas a la parte recurrente.

INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS, POR MUERTE DE UN VIAJERO EN TRANSPORTE COMBINADO. *Accidente ocurrido al cambiar de vehículo y ser atropellado por otro de la misma Compañía. Calificación de culpa contractual o extracontractual.* N. L. G. y doña I. M. R. contra M. del R. P. Ponente: don Emilio Aguado González (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1967).

Demanda—El 12 de febrero de 1964, con ocasión de un viaje efectuado por don F. L. H., esposo y padre, respectivamente, de los actores, utilizó los servicios de transporte de viajeros de la Empresa demandada y falleció en accidente de tráfico. El accidente, ocurrido en el momento en que desde un vehículo de la expresada demandada, que se estacionó en ruta frente al ramal secundario que enlaza la carretera general entre Zamora y Salamanca con el pueblo de Jambrina, para ir a ocupar otro que se hallaba estacionado dentro de este ramal (el de acceso a dicho pueblo), para lo cual era forzoso atravesar la calzada, en cuyo momento tuvo la desgracia de ser atropellado por otro vehículo de la empresa. Fueron causas del accidente el exigir a los viajeros un transbordo innecesario, pudiendo verificarse el transporte directo al pueblo; la falta de la más elemental vigilancia de prevención, ya que los viajeros tenían que atravesar la calzada para coger el segundo coche, la negligencia del operario que atendía la maniobra del vehículo y que conocía la necesidad de transbordar de los viajeros, por lo que debió aminorar la marcha limitándola al paso de un hombre e incluso estacionarse detrás del primer vehículo hasta que éste reanudase la marcha, quedando la calzada libre de obstáculos. Por el hecho referido se instruyó sumario, que fue sobreesido. La víctima contaba con setenta y nueve años de edad, hallándose en el más completo vigor físico, hasta el punto de atender personalmente al desenvolvimiento de su hogar, y a consecuencia de su muerte ha quedado en la más indigente situación la viuda, debiendo ser atendida por su hijo N.

Suplico—Sentencia condenando al demandado a satisfacer a los actores la indemnización civil en la cuantía que se fijará en este Juzgado, de modo discrecional, o, en último término, la que se determine en período de ejecución de sentencia: daños y perjuicios sobrevenidos a consecuencia de la muerte ocasionada y pago de los intereses legales y de las costas.

Contestación.—En las diligencias sumariales quedó bien patente que la víctima murió por su negligencia inexcusable, por lo que en momento alguno fue atropellado el día de autos, el primero de los autocares se detuvo al llegar al cruce con la carretera de Cazorra, para que los viajeros transbordaran a otro vehículo de la misma empresa situado en la carretera citada. Para transbordar, los viajeros debían cruzar la calzada; varios de ellos lo habían hecho ya y habían subido al vehículo que esperaba y en este momento el autocar que iba en segundo lugar, después de hacer su conductor varias veces uso de las señales acústicas y sin obstáculo que lo impidiera, efectuó el adelantamiento al autocar detenido, y cuando iba a rebasarlo, salió de la parte delantera de éste un viajero para atravesar la calzada, sin apercibirse del vehículo que adelantaba, yendo a estrellarse contra el mismo, de cuyo golpe fue despedido sobre la zona asfaltada del pavimento, resultando gravemente herido. La empresa no tuvo culpa alguna por un transbordo autorizado en la concesión y del que tenían conocimiento todos los viajeros; la víctima tenía setenta y nueve años, pero no puede admitirse que estuviera en el más

completo vigor físico, pues según el informe de la autopsia tenía deformes sus manos por un reumatismo deformante, y tampoco puede admitirse ese desamparo de que habla la demanda.

Suplico.—Sentencia que estime la excepción que se alega y desestime la demanda, absolviendo de ella al demandado y para el supuesto de entrar en el fondo del asunto, igual absolución, con imposición de costas a los actores.

Sentencia de Primera Instancia.—Por la que, desestimando la demanda, absolvió libremente de la misma al demandado, sin haecr imposición de costas

Apelación.—Por la que revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia y condenó a M. del R. P. a que pague 129.000 pesetas a doña I. M. R. y don N. L. G. en concepto de indemnización civil. Sin hacer condena de costas en ninguna de las dos instancias.

Casación por Infracción de Ley:

Unico motivo.—Fundado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto el fallo de la sentencia recurrida ha incidido en aplicación indebida de los artículos 1.101 y 1.104 del Código civil. La sentencia recurrida en su tercer considerando viene a decir que la muerte sobrevino en la ejecución de un contrato de transporte, yendo el viajero en su itinerario y sin perder contacto con el transporte, por lo que el atropello a un viajero y no a un peatón no puede enjuiciarse como culpa extracontractual. La jurisprudencia, interpretada en el artículo 1.101 del Código civil, estima necesario que en primer lugar se produzca un daño, que en este caso no cabe discutir, por haber ocurrido la muerte de una persona y el perjuicio subsiguiente en sus derechohabientes. En segundo término, es preciso que en el cumplimiento de la obligación contractual, la parte que deba ser condenada por incumplimiento haya incidido en dolo, negligencia o morosidad y, por último, que entre el daño o perjuicio y el dolo, negligencia o morosidad se dé una perfecta relación de causalidad. La sentencia recurrida entiende que es aplicable el artículo 1.101 del Código civil, al establecer en su considerando tercero que se han de indemnizar los daños y perjuicios por cuanto no se trata de un caso de culpa extracontractual, ya que el accidente sucede mientras se está ejecutando el contrato de transporte. No cabe duda que este hecho, declarado cierto por la sentencia recurrida, es intocable. Ahora bien, la calificación de culpa no es cuestión de hecho y sí es cuestión de definición jurídica. El contrato de transporte consiste en transportar desde Zamora hasta Jambrina a unas determinadas personas, y, bien de ordinario o por excepción, el día de autos se precisaba el transbordo de viajeros, al llegar al empalme, de un autobús a otro. No por ello pierde su condición de viajero en el instante de realizar el transbordo, pero lo importante es definir si se da o no dolo, negligencia o morosidad en la actividad de los transportistas y si la actividad de este viajero rompe o no la relación de causalidad. La Sala de instancia no dice, en modo alguno, que el transportista incidiese en dolo, culpa o morosidad. Y lo que es sumamente importante, que esta culpa o morosidad no se derive de la actividad del viajero, por cuanto si ésta se debe a una tercera voluntad ajena a la del transportista, automáticamente desaparecerá la responsabilidad de éste. En el caso

presente se les dice que el fallecido, F. L., fue el último en bajar; dejando el coche y pasando por la parte delantera, fue golpeado por el ómnibus propiedad de la misma empresa. La explicación del artículo 1.101 requiere una morosidad o negligencia en el cumplimiento del contrato de transporte. Se entiende que nos hallamos ante el supuesto del 1.902 de nuestro Código civil, por cuanto el supuesto del 1.101 es el supuesto general, no aplicable al caso controvertido, para darse el caso especial de los artículos 1.902 y 1.903. Por último, no se puede olvidar que el transbordo efectuado el día de autos es el reglamentario para dejar y tomar viajeros, pues la concesión administrativa no es entre Zamora y Jambrina y sí desde Empalme de Cazorra y Jambrina.

Considerando: En el único Motivo del Recurso no hay impugnación alguna de los hechos que detalla la sentencia recurrida y tales hechos se han de respetar íntegramente, no obstante, en el desarrollo del motivo el recurrente se basa en observaciones propias y no muy conformes con las que sienta la Sala sentenciadora, tanto sobre las condiciones del transporte concertado, como de las circunstancias en que el hecho luctuoso se produjo; más concretando las razones de oposición a la sentencia, expuestas en el recurso, no aclarado en el acto de la vista por no asistir el recurrente, y dado por descontado que el problema a resolver se desenvuelve dentro del ámbito de la culpa contractual, como la Audiencia entiende y el recurrente reconoce en principio al decir que tal punto es «intocable», la sustancia del recurso es obvio que se apoya en dos argumentos fundamentales: 1.º Que la sentencia recurrida no dice que el transportista incidiese en dolo, culpa o morosidad, requisito fundamental para la aplicación del artículo 1.901; pero esto es una gratuita afirmación del recurrente, porque en la relación de hechos que ofrece la Sala sentenciadora aparecen bien destacadas las condiciones del transporte, del que era una incidencia impuesta por la sola conveniencia de la Empresa, regentada por el demandado, el transbordo en ruta a otro coche; y las circunstancias del hecho, en que destaca la total ausencia de precauciones, por los servidores de la Empresa, para que el transbordo se efectuase en las mínimas condiciones de seguridad y puntualizándose como el coche que venía detrás de aquel que abandonaban los viajeros, avanzó al costado de éste al tiempo que salía el último de los viajeros y precisa con toda claridad como «debíó cerciorarse el chofer, antes de avanzar, si no quedaba ningún viajero por hacer transbordo y el cobrador u otro agente, prestar ayuda y orientación en cruce tan peligroso», por lo que no hay duda de la correcta aplicación de los preceptos legales, atendido el modo de suceder del evento dañoso, tal y como se describe en la fundamentación de la sentencia y sin impugnación de su elemento fáctico por el recurrente, y 2.º Que al aplicarse lo dispuesto en el artículo 1.903 del Código civil no cabe aplicar el 1.101, con lo que parece, pese a lo dicho, querer derivar el caso hacia la culpa extracontractual, pero el argumento no ofrece solidez, pues cualquiera que sea la calificación de la culpa, la responsabilidad alcanza a los actos propios y a los de aquellas personas de quienes se debe responder, por hechos en el cumplimiento material del contrato en las prestaciones necesarias para la consumación del mismo, lo que ocurre en el transporte colectivo de personas o cosas, con carácter habitual y profesional, como en el caso de autos.

Considerando: Todo lo dicho es suficiente para resaltar la falta de eficacia de los argumentos del recurso, por lo que se impone la desestimación del

mismo, con los pronunciamientos pertinentes, entre los que establece el artículo 1.748 de la Ley Procesal civil.

Fallo.—No haber lugar al recurso y condena a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en el recurso

EJECUCION DE CONTRATO DE OBRA. Sobre reclamación de cantidad. Para el recurrente el negocio concertado ha sido un contrato de obra por unidades de medida. La sentencia impugnada proclama que fue un contrato de obra a precio alzado y que la obra convenida no se ejecutó con arreglo a lo estipulado, ni se entregó en condiciones de recibo, ni siquiera se entregó. Pecaría de incongruente la sentencia que recogiera una petición que no se hubiera hecho de manera clara y concreta en el suplico.—(T. E. C., S. A.) contra don M. L. Y. Ponente: don Manuel Taboada Roca (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1967).

Demanda.—La actora era una Sociedad dedicada a la construcción y estaba ejecutando diversas obras en el Aaiún y con tal motivo el demandado entró en relaciones con ella, para que ésta le construyera un edificio destinado a Cinematógrafo, Bar, Cafetería y Bar-Restaurante, todo ello con arreglo a unos proyectos y presupuestos de un Arquitecto; estudiada la propuesta por los técnicos de la Sociedad recurrente y después de una subasta de tipo particular, en orden a los precios que pudieran convenir al demandado, se suscribió en 12 de marzo de 1962 un contrato de ejecución de obras, por el que la actora se comprometía con su personal y material a realizar por cuenta y a cargo del demandado el edificio referido, con arreglo a los planos, memorias y presupuestos y a las condiciones estipuladas en dicho contrato, que dichas obras se ejecutarían en el terreno que al efecto pondría el propietario a disposición de la empresa constructora; se estipulaba que se podían introducir las modificaciones que exigiera la buena marcha de la obra; la Empresa constructora llevaría la dirección técnica de los trabajos pero, además, el demandado había llevado la dirección por medio del proyecto primero y después por medio de otro Arquitecto; la ejecución se había contratado con arreglo a los precios unitarios de proyecto y presupuesto y no por tanto alzado, admitiéndose la posibilidad de introducir otros precios unitarios no comprendidos en el proyecto; en el contrato no se había fijado el precio total de la obra, lo que evidenciaba que nunca se había tratado de hacerla por una cantidad alzada, debido a los múltiples y complejos factores que las continuas alteraciones de circunstancias provocaban y a las variaciones que de las unidades de obra proyectada pudieran hacerse, que el importe total de la obra ejecutada era de 3.335.629,53 pesetas, en cuyo precio se incluían las obras concertadas posteriormente, así como otros gastos efectuados por cuenta del demandado, habiéndose pagado a la actora solamente 2.219.954,54 pesetas, debiendo el resto, que era lo reclamado en la presente litis: que dentro del plazo convenido y su prórroga, se había ejecutado tanto la obra concertada primeramente, como los locales comerciales encargados posteriormente y para los que regirían los mismos precios unitarios que los señalados para la obra primera, según se desprendía «de su simple lectura» (de la correspondencia cruzada entre demandado y actora); también se desprendía de ella el encargo de la construcción de los referidos locales, la vigencia de los precios unitarios que regían para el cine-

matógrafo y la prórroga del plazo de su construcción para efectuar antes la de los locales comerciales.

Las bases y Memoria para la construcción del edificio a que se refería el contrato, el proyecto y presupuesto, firmados por un arquitecto, se acompañaban a la demanda y se hacía constar que dichas obras estaban terminadas y entregadas al demandado, quien siempre había tenido conocimiento de la marcha de las mismas, así como de las variaciones introducidas y que estaban prevenidas en la cláusula segunda del contrato, como se acreditaba con las cartas aportadas. La Empresa constructora demandante no había ejecutado todas las obras referentes al Cinematógrafo, pero el coste de las realizadas era inferior al que figuraba en el presupuesto correspondiente, como se acreditaba documentalente. El demandado había encargado a la actora la construcción de los locales comerciales mediante proyecto y por los mismos precios unitarios que los presupuestados para el cine, se acompañaban certificaciones que evidenciaban que la actora había trabajado a los precios unitarios marcados en el Proyecto y Presupuesto, que restaba un saldo a favor de la actora de 1.115.662,99 pesetas; que las cantidades pagadas por el demandado no cubrían ni siquiera el importe de las obras del cinematógrafo, estando pendiente de liquidar éste, así como las demás ejecutadas y gastos causados con ocasión de ellas. La conducta del demandado, desde enero de 1963, «no podía ser más dolosa, ni arbitraria, incumpliendo sus obligaciones y creando una situación que no tenía más solución que plantear el presente litigio», ya que antes la actora había agotado todos los medios de llegar al cobro de lo adeudado, como la denuncia a la primera autoridad de la zona, el requerimiento notarial al demandado, que «evidenciaba la conducta dolosa» al incurrir en evidentes contradicciones, manifestando a la vez que la construcción que se había interesado se hacía por precio alzado y que los locales posteriores se harían por los precios unitarios fijados para la obra anterior; que aún admitiendo, a efectos dialecticos, que la obra se pactó a precio alzado aún no había terminado de pagar el cine, por lo que menos aún habría pagado los locales comerciales construidos; que en cuanto a lo dicho en la contestación al requerimiento de que las obras no se habían realizado con arreglo al Proyecto, se decía que habían sido inspeccionadas por el arquitecto, por lo que las modificaciones hechas, a su dirección facultativa eran debidas; que el presupuesto se concertó a precio alzado se desmentía a la simple lectura del contrato; que la obra no se había ejecutado dentro del plazo se debía a que el demandado había interesado que se construyeran preferentemente los locales comerciales, habiendo accedido a una suspensión en la construcción del cinematógrafo. El demandado había dilutado con notoria mala fe y graves perjuicios para la actora, el pago de las obras ejecutadas, alegando que no estaban realizadas con arreglo al Proyecto y que para zanjar este problema la actora accedió a la medición total de la obra realizada por un arquitecto nombrado por el demandado, verificada en 23 de septiembre de 1963 y aceptada por la actora, como se demostraba documentalente, pese a lo cual el demandado no había realizado el pago, causando graves perjuicios a la actora, por la importancia de la cantidad adeudada (más de un millón) y por las circunstancias actuales de la constante subida de precios, en materiales y salarios, que habían producido una crisis económica en las Empresas del carácter de la actora; la fijación de daños y perjuicios era difícil de hacer, pero estimaba que se condenase al demandado al pago de 150.000 pesetas por este concepto. La actora instó acto de conciliación que se había celebrado sin comparecencia del demandado.

Suplico.—Condena al demandado a pagar 1.115.672,99 pesetas, debidas por trabajos de construcción de unos edificios destinados a cinematógrafo, bar, cafetería y bar-restaurante y 5 locales comerciales anejos al cinematógrafo y a la suma de 150.000 pesetas por los daños y perjuicios causados, más los intereses de la demora y las costas causadas y que se causasen, por la conducta dolosa del demandado, quien había obrado con notoria mala fe y temeridad en el cumplimiento del vínculo contractual que le unía con la actora.

Contestación.—Negaba los hechos expuestos en cuanto no se coformasen con lo expuesto en los siguientes. Que en mayo de 1961 se le había sugerido por las Autoridades de el Aaiún la conveniencia de construir y explotar un cinematógrafo, dada la falta de medios de esparcimiento existentes. Ante la insistencia de las autoridades locales el demandado estudió la cuestión y concluyó opinando que sólo mediante una obra nueva en su totalidad y sobre un terreno que no encareciese la empresa, podía lograrse éxito: planteada la fórmula al Gobernador, la aceptó sacando a subasta un solar de 1.700 m.² con la carga de su destino de cinematógrafo, cuyo acto tuvo lugar en septiembre de 1961, siendo adjudicado al demandado, que lo aportó a una Sociedad formada por él mismo, el señor P. y el Ingeniero señor B. H., como se acreditaba documentalmente. Se encomendó la redacción del Proyecto a un Arquitecto y se presentó a la aprobación del Gobierno General del Sahara, que había promovido la empresa. Las obras se comenzaron por el señor B. H., que asumió la tarea de realizarlas, pero comprobada la necesidad de no escatimar en obra «se pensó en requerir la colaboración de una Empresa Constructora de solvencia y rápida» que realizase el Proyecto en los plazos y las calidades que fueran de desear. Se remitieron a varias firmas unos pliegos de condiciones y aunque los presupuestos recibidos «tenían pequeñas diferencias», como el Director de la Empresa actora era amigo personal de un socio del demandado se le adjudicó dicha obra. Al iniciarse el trabajo se levantó la oportuna acta de constancia de lo efectuado por el ingeniero señor B. H., documento que se acompañaba juntamente con la carta del arquitecto-proyectista que adveraba el cambio de Empresa. El demandado pagó al ingeniero todos los trabajos realizados, como se acreditaba documentalmente. De la Sociedad constituida se habían separado el señor P. y el señor B. H., quedando como único propietario el demandado, como también se acreditaba documentalmente. En septiembre de 1962, a pesar de que la obra proyectada tenía que concluir el 31 de julio anterior, se habían recibido del Arquitecto certificaciones de las primeras realizaciones y de que tanto él como sus auxiliares percibían sus honorarios puntualmente. El Arquitecto-director fue nombrado para un cargo oficial y debió designarse otro nuevo, que fue el propio de la Sociedad actora. A partir de dicha fecha se recibieron las certificaciones de obra firmadas por el Aparejador y no por el Arquitecto, por lo que el demandado se vio obligado a visitar personalmente las obras «para ver lo que estaba ocurriendo, vista la demora en la conclusión de la obra encargada». El demandado había comprobado que «la obra estaba atrasadísima, no habiendo en ella ni Arquitecto ni Aparejador, ni apenas obreros», por lo que protestó telefónicamente a la sede central de la Empresa en Madrid y se le manifestó que enviarían a un Arquitecto, que resultó ser «un simple encargado de obra». Era evidente el total abandono de la obra y su incumplimiento, sin embargo, las certificaciones se seguían pagando puntualmente, habiéndose pagado 2.371.215,39 pesetas, que era la totalidad de la obra presupuestada, con un exceso superior al 5 por 100. La obra no se había hecho en su totalidad y «lo efectuado era de deficiente calidad». Ante-

tal estado de cosas se pidió la intervención del primer Arquitecto, que propuso la solución de entregar la obra a otra Empresa, para su terminación mediante contrata, todo a costa del demandado, justificándose esto documentalmente. En vista de la catástrofe económica que se avecinaba, el demandado, en unión de colaboradores de su confianza estimó que sólo con un gran esfuerzo económico se podía acabar la obra realizada de forma «tan desastrosa y a ritmo tan lento». La actora ante el temor de que el demandado dejase de pagar por haber cumplido el presupuesto con exceso y visto su enfado, había suspendido las obras, como acreditaba documentalmente. El demandado para no verse arruinado y en la imposibilidad económica de terminar el proyecto del cine, buscó un socio que aportase más capital «cediendo así algo que tenía que haber sido sólo suyo, por la actuación de la Empresa actora». Con todo esto se llegó al mes de abril de 1963 y el demandado formuló requerimiento para concretar la actitud de la actora con respecto a la construcción del cine, y el representante de la Empresa contestó que continuaba trabajando en la obra, cuando en realidad no había ni un solo obrero, como se comprobó por el notario autorizante; se destacaba que en dicha acta nada se decía sobre pagos pendientes, por lo que de manera evidente se desprendía que en abril de 1963, el demandado estaba al corriente en ellos. Después de esta fecha no se efectuó trabajo alguno, por lo que nada podía cobrarse por este concepto. La realidad de la temeraria demanda era evitar el pago de los cuantiosos daños que, con su actitud había ocasionado al demandado. Este tuvo que acabar la obra mediante créditos y la aportación del socio citado y entonces fue requerido por la actora, contestando que estaba dispuesto a practicar una liquidación de daños, ya que había perdido los ingresos de un año por el funcionamiento del cine y había tenido que elevar el presupuesto de éste, en más de un millón, por la conducta de la actora y además tuvo que admitir un socio. Al inaugurar el local el suelo se hundió y las paredes se agrietaron, a causa de la mala construcción y expresamente se reservó la acción pertinente para exigir daños y perjuicios. En cuanto a lo manifestado, de adverso, de la mala situación financiera de la Constructora, no era de extrañar a la vista de su actuación en el negocio del demandado.

Suplico.—Absolución de los pagos citados por la actora.

Sentencia de Primera Instancia.—Absolvió al demandado Sin expresa condena en costas

Apeación.—Confirma la del Juzgado Sin expresa condena de costas.

Casación.—Por infracción de Ley, en base a los números 1.º, 3.º y 7.º del artículo 1.692, estableciendo los siguientes motivos:

Primero—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de la doctrina contenida en los artículos 1.544 y 1.546 del Código civil, en relación con el número 1 del artículo 1.555 de la misma Ley, porque la sentencia afirma que la actora se encargó de la construcción de todos los edificios a que se refiere la demanda, por un ajuste alzado y no por medidas o unidades de obra y en cambio es evidente que se está frente a dos contratos de ejecución de obra completamente diferentes: el primero suscrito el 12 de marzo de 1962, obliga a la Empresa a construir un edificio..., con arreglo a un Proyecto formulado por un Arquitecto, y el otro, de 16 de junio de 1962, encarga a la Sociedad recurrente la construcción de loca-

les comerciales anexos al cine de el Aalún, que están construyendo y en la cláusula 5.ª del primer contrato se expresa que la contrata de las obras es «a los precios que figuran en el Presupuesto», incorporado al contrato. Por ello se contrae a lo presupuestado el cinematógrafo, cafetería y bar. En cambio, los cinco locales comerciales tendrán los precios unitarios del cinematógrafo. La sentencia recurrida admite que el contrato de 12 de marzo de 1962 se hizo por unidades, pero de los actos coetáneos y posteriores de los contratantes se deduce que el contrato fue a un tanto alzado porque la adjudicación de la obra se hizo mediante concurso y que, durante la ejecución se cobró lo ejecutado mediante certificaciones a lo que se une la baja, en lo que afecta para la adjudicación. La cuestión debatida se enmarca dentro del 1599, lo que evidencia la violación de los preceptos invocados, porque ni del contrato, ni de la práctica de la construcción, se celebran actualmente contratos para realización de obra en un tanto alzado, salvo en aquellos en que la propiedad es de la Administración pública. En los dos contratos se estipula la ejecución de obra por unidades, siendo de aplicación el artículo 1592 y tal es la manera en que se contrató. Aunque en la sentencia de esta Sala de 10 de julio de 1900 se declaró no aplicable a los contratos por ajuste la doctrina del artículo 1592 en cuanto a los aumentos de precio (lo que no tiene fundamento porque las unidades parciales son simples resultados a efectos de entrega y pago y de otra suerte la garantía por vicios debiera ser también fraccionada), los contratistas corrientemente incluyen en sus contratos una cláusula de revisión de precios para ponerse a cubierto de consecuencias ruinosas, especialmente en épocas de inestabilidad económica y del mercado, como ocurre actualmente, y todo ello les veda para convenir una obra a tanto alzado. La múltiple jurisprudencia de esta Sala (7 de noviembre de 1947 y 20 de noviembre de 1959 entre otras), aplican la cláusula «*rebus sic stantibus*» y mitigan el rigor en la contratación aún a riesgo y ventura del contratista.

Segundo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de la doctrina del artículo 1.592. En íntima relación con el anterior. Se firman dos contratos diferentes, pero la sentencia recurrida incluye los locales comerciales dentro del precio que asigna el Juez de Primera Instancia como alzado, para la obra ejecutada, según el primer contrato, no teniendo más afinidad con el cinematógrafo que haberse construido sobre unos terrenos colindantes y por los mismos precios que regían para éste, pero—en modo alguno—que por el precio de una obra se construyera otra, pues de ser así, la Sociedad recurrente regalaba al recurrido 5 locales comerciales que son independientes, según consta en las certificaciones. Aceptando, a efectos dialécticos, la tesis de la sentencia recurrida, de la construcción por precio alzado, de 2230.000, del cinematógrafo y cafetería, no puede incluirse en dicho precio el importe de los locales comerciales, lo que supondría para la recurrente la pérdida de casi un millón de pesetas, precio aproximado de la construcción de dichos locales y un enriquecimiento del recurrido. En la confesión de éste se establece la distinción entre unas obras y otras. La doctrina del artículo 1.592 ha sido infringida. Las declaraciones de los testigos del recurrido manifiestan la compra de locales comerciales y que el cinematógrafo está en pleno funcionamiento y rendimiento, lo que evidencia que las obras fueron terminadas y entregadas y, de conformidad con el precepto citado, se exige el pago al recurrido, según las certificaciones obrantes en autos, habiéndose subsumido los dos contratos de ejecución de obra diferentes por uno solo, en la sentencia recurrida.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea del 1.599 del Código civil, en relación con el 1.592 y 1.591. En el primer contrato se estipula la forma de pago «mediante certificación mensual, a buena cuenta de la liquidación definitiva» y al rechazar la pretensión de la demanda resulta que procedería a liquidar dichas obras, cuando quedan pendientes de abono las cantidades reclamadas. A tenor del artículo 1.599 hay que concluir que su aplicación será cuando no exista pacto en contrario, lo que no ocurre en el caso de autos y al ser entregadas las obras, según se demostró por aplicación de la doctrina del artículo 1.592, se debe abonar lo adeudado. La obra no se halla mal ejecutada, pues de ser así, ni el cinematógrafo ni los locales comerciales hubieran tenido utilidad para el recurrido, que se está beneficiando de su explotación, con el consiguiente enriquecimiento y a costa del recurrente.

Cuarto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea del artículo 1.599. Motivo en íntima relación con los anteriores. El precepto exige taxativamente la entrega de la obra y así se hizo en debida forma y consta en autos que el cine funciona y los locales comerciales fueron vendidos. Al no aceptar la sentencia impugnada la correlación entre la entrega de la obra y el pago del precio interpreta erróneamente el precepto invocado. Es cierto que la Constructora, en un momento determinado suspendió las obras (según consta en los requerimientos obrantes en autos), pero no por las razones expuestas en la sentencia recurrida, sino por el temor racional y fundado, como el tiempo transcurrido ha demostrado, de que el propietario no pagaba la obra que se ejecutaba. La sentencia aprecia que la construcción era deficiente, pero si así fuera, los técnicos del recurrido o éste mismo, se hubieran opuesto al empleo de tales materiales o a la deficiente construcción. Lejos de ello el recurrido insistió en que se activasen las obras del cinematógrafo para inaugurarlos en 14 de abril de 1963. El Secretario General del Gobernador declara que el cine no había dejado de funcionar desde su inauguración. En la técnica de la casación está vedado analizar los hechos referidos, pero se traen a colación para evidenciar el problema jurídico que se plantea en el presente motivo, en razón a que se concluye que la obra no fue entregada y por tanto ha de rechazarse la pretensión de pago. Figura un dictamen pericial de un perito que no fue nombrado en forma legal, según se hizo constar por el recurrente en el escrito de Conclusiones y cuya apreciación no fue lo objetiva que esta prueba requiere, pero pese a ello no puede negarse que el cinematógrafo se encuentra en pleno funcionamiento.

Quinto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de la doctrina del 1.256 del Código civil en relación con el 125. (Texto Refundido de la Ley y Tarifa de los Impuestos de Derechos Reales y sobre transmisión de bienes), ya que en el primer contrato se establece el pago a cargo del recurrido y en auto del Juzgado de 30 de mayo de 1964 se acordó proceder a liquidar el documento de referencia y, aunque el pago correspondía al recurrido, se abonó por el recurrente en la Delegación de Hacienda de Madrid, en cantidad de 76.717 pesetas, según consta por la correspondiente carta de pago e interesando se incrementara la cuantía de la *litis* en dicha cantidad. Al no recoger la sentencia recurrida la condena de dicha cantidad se violó la doctrina del artículo 1.256, por cuanto se dejó al arbitrio de uno de los contratantes lo establecido en el contrato de 12

de marzo de 1962 y si la recurrente cumplió lo ordenado por el Juzgado y lo abonó fue, exclusivamente, para que continuara el procedimiento en reclamación de cantidad.

Sexto.—Amparado en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no contener la sentencia recurrida declaración alguna de las pretensiones deducidas en el pleito en el momento oportuno. La sentencia no contiene pronunciamiento respecto al pago del impuesto por cuenta y a cargo del recurrido. Al formular el escrito de réplica, en los fundamentos jurídicos se manifestó que en base al artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ampliaría el importe de la reclamación en la cantidad (desconocida entonces) que se giraría por Hacienda, con la reserva de concretarla en su momento oportuno, lo que se hizo en escrito de 4 de noviembre de 1964, por lo que se unió a autos la oportuna carta de pago.

Séptimo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del artículo 1.157 del Código civil. Se había probado el cumplimiento. Las certificaciones que figuraban en autos no habían sido pagadas y aún admitido, a efectos dialécticos, que se tratase de un contrato de ejecución de obras a tanto alzado, se concretaría al contrato de 12 de marzo de 1962, pero en modo alguno al de 16 de junio, del mismo año, referente a los 5 locales comerciales, que ejecutados por la recurrente han sido vendidos por el recurrido sin haberse pagado su importe.

Octavo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 1.101, 1.102, 1.106 y 1.269 y la doctrina de esta Sala (de 2 de noviembre de 1943, 13 de enero de 1944, 8 de enero de 1946) que establece que la no aplicación de una norma equivale a su violación. Alega los daños y perjuicios causados (al recurrente) y la conducta dolosa (del recurrido) para concertar la construcción de los 5 locales comerciales por su carta-contrato de 16 de junio de 1962. El resarcimiento comprende el daño positivo y la ganancia perdida y aunque el problema de los daños y perjuicios es uno de los más discutidos en este ordenamiento se está ante un supuesto claramente definido que no se ha tenido en cuenta por la sentencia recurrida. Para ejecutar las obras toda contrata hace grandes desembolsos pecuniarios que por la restricción de créditos, subida de salarios y materiales y crisis actual de las Empresas Constructoras les veda hacer nuevas inversiones de maquinaria, fianzas para acudir a otras obras..., problemas de tipo económico que no pueden tener un resarcimiento de igual naturaleza. La conducta del recurrido se enmarca en el concepto de *dolo*, lo que no ha sido considerado por la sentencia recurrida. El concepto de *dolo* ha sido expuesto, entre otras, en las sentencias de 18 de junio de 1955 y 20 de mayo de 1959. El *dolo* es contrario a la buena fe y supone malicia y la doctrina general exige la conjunción de 1), un incumplimiento culpable de la obligación; 2), que exista daño resarcible, y 3), la correspondiente relación causal. En la conducta del recurrido concurren los requisitos citados, tanto desde el aspecto teórico, como positivo y como afirma la sentencia de 6 de junio de 1962 es necesaria la relación de causalidad, doctrina corroborada por las de 9 de febrero de 1956, 9 de noviembre de 1930, 31 de diciembre de 1930, 16 de mayo de 1946, 27 de mayo de 1949, 10 de marzo de 1950 y 17 de febrero de 1951. La recurrente ha sufrido el daño emergente y el lucro cesante, a consecuencia del impago de las certificaciones de obra de los 5 locales comerciales y de la liquidación o resto del cine-

matógrafo, bar y cafetería-restaurant. La indemnización, como establece la sentencia de 15 de diciembre de 1950, comprende ambos conceptos porque su finalidad, proclamada en sentencias de 7 de enero de 1944 «debe tomar por base la diferencia entre el estado del patrimonio después del incumplimiento y el que sin éste presentaría» El daño causado a la recurrente ha producido un enriquecimiento en el recurrido «producido aparentemente de una manera conforme a Derecho», pero en el fondo sin causa ni justificación, cita en su apoyo las sentencias de 29 de junio de 1920 y 22 de marzo de 1946.

Noveno.—Amparado en el número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error de hecho en la apreciación del contrato de 12 de marzo de 1962 y la carta-contrato de 16 de junio de 1962, dirigida por el recurrido en respuesta a la de 10 de junio de la Administración de la Empresa recurrente. La sentencia ha considerado los 2 contratos como uno solo, al incluir dentro del precio que fija como alzado (para la obra convenida en 12 de marzo), la que se encargó después (en 16 de junio), habiendo incurrido en error de los citados documentos auténticos, que no han sido impugnados de adverso, ni en autos aparece prueba que destruya la fehaciente de los mismos.

Décimo.—Amparado en el número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de la doctrina del 1225. El recurrido en la absolución de posiciones reconoce como auténticos los documentos citados «y con ello convierte a dichos documentos en la categoría de públicos y por tanto auténticos». Son dos contratos distintos y no se ajustan a un tanto alzado, porque expresamente se estipulan unos precios unitarios, al resultado de sus mediciones, admitiendo la modificación, haciéndose la valoración por el sistema de precios contradictorios. El propio recurrido en su carta-contrato ha supuesto la realización de una obra distinta a la que se estaba ejecutando y se determina que para su construcción se aplicarán los precios unitarios fijados para el cinematógrafo, lo que no quiere decir que dentro del contrato del cine se incluían todas las obras que se encargaron como nuevas.

Considerando: Que todos los motivos del recurso se dirigen a combatir la sentencia partiendo de unas afirmaciones completamente contrarias a las que sirven de fundamento a ésta. Para la recurrente el negocio concertado ha sido un contrato de obra por unidades de medida y habiéndose ejecutado todas las unidades convenidas, con sujeción a lo estipulado y entregado al recurrido, debe ser condenado éste al pago de 1.115.672,99 pesetas. La sentencia impugnada proclama que el negocio concertado fue un contrato de obra a precio alzado, la obra no se hizo, según lo estipulado, no se entregó en condiciones de recibo; ni siquiera se concluyó ni entregó de ninguna manera, pues, incluso, se negó a desalojarlas.

Segundo considerando: Que para impugnar con éxito la calificación que la sentencia otorga a un contrato es necesario demostrar cumplidamente o que los supuestos fácticos de tal calificación no son ciertos (desvirtuándolos por la vía adecuada), o que aún siéndolo no se hallan subsumidos en la norma que contempla el juzgador, la cual resulta indebidamente aplicada, pero debiendo además puntualizar cual era la que debía ser actuada y no lo fue.

Tercer considerando: Que el recurrente sostiene insistentemente que ambos contratos lo fueron por unidades de medida y no a tanto alzado.

Cuarto considerando: Que ni los razonamientos del recurrente guardan relación con los preceptos que se dicen violados, ni estos pueden servir de apoyo al recurso de casación, ya que ambos preceptos son de contenido programático «nada tienen que ver con que el convenio que ha unido a las partes, fuera uno o fueran dos, y lo fueran a tanto alzado o por unidad de medida, o uno lo fuera de una forma y el otro de otra», por lo que en ninguno de tales supuestos se habían violado ninguno de esos preceptos.

Quinto considerando. Motivo segundo: Para que el precepto resultara efectivamente violado, tendría que haber estimado la sentencia recurrida, o demostrarse por vía adecuada, que lo contratado había sido la ejecución de una obra por piezas o medidas y que se había entregado la totalidad de las contratadas y en perfectas condiciones de recibo que son, exactamente, los supuestos contrarios a los que la sentencia proclama.

Sexto considerando. Motivo tercero: Parte también de supuestos contrarios a los admitidos por la sentencia, sin haber demostrado que éstos no eran exactos.

Séptimo considerando. Motivo cuarto: Se parte otra vez de los mismos supuestos y por si fuera poco no se ataca por la vía adecuada, las afirmaciones de la sentencia combatida respecto a que la obra ejecutada era deficiente y que no fue recibida.

Octavo considerando. Motivos quinto y sexto: Alegaciones de los mismos.

Noveno considerando: Para desestimar el quinto basta tener en cuenta que en los fundamentos de la réplica se invoca lo expuesto, para ampliar la cuantía de la reclamación, pero en la súplica no se refleja tal pretensión.

Décimo considerando: También perece el sexto porque no se invoca la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tiene carácter sustantivo y porque esa pretensión se esbozó en los fundamentos de derecho de la réplica, pero no en el Suplico, por lo que pecaría de incongruente la sentencia si la hubiera acogido.

Undécimo considerando: Explanación de lo expuesto en el Motivo séptimo.

Duodécimo considerando: Este motivo tampoco prospera porque la sentencia recurrida proclama que «la parte actora se encargó de la construcción de todos los edificios a que se refiere la demanda, por un ajuste alzado y no por medidas o unidades de obra» y además, ni las obras han sido acabadas, ni eran de recibo, ni tampoco fueron entregadas, por lo que no habían sido eficazmente desvirtuadas tales afirmaciones y calificación, no puede sostenerse la violación alegada.

Decimotercero considerando. Motivo octavo: Al no haber prosperado ninguno de los otros motivos y permanecer inalterable la calificación del contrato como de obra a tanto alzado, y la afirmación de que lo ejecutado no era de recibo ni fue entregado, cae por su base la argumentación esgrimida.

Decimocuarto considerando. Motivo noveno: Exposición de las alegaciones y reiteración de los argumentos ya esgrimidos.

Decimoquinto considerando: Con la invasión de tales documentos se pretende desvirtuar la apreciación conjunta que de la prueba hace el Juzgador de instancia (lo que no es lícito en casación) y atacar la interpretación que de esos documentos realizó la sentencia que proclama que aunque de la literalidad del documento de 12 de marzo de 1962 parece deducirse que la obra se contrató por unidades, termina por reconocer que acudiendo a los actos coetáneos y posteriores de los contratantes, que, según el artículo 1.282 es norma

de interpretación contractual, la conjunta apreciación de la prueba ., conducen a la conclusión de que la obra se convino por un precio alzado.

Decimosexto considerando. Motivo décimo: Pese al documento de 16 de junio de 1962 la Sala Sentenciadora del conjunto de pruebas practicadas y de los actos coetáneos y posteriores deduce que la contrata se convino «por un precio alzado» y esta interpretación no se ha combatido por la vía adecuada.

Decimoséptimo considerando: Aunque se hubiera logrado desvirtuar la calificación de la Sala y se proclamara que la ejecución de la obra se concertó por unidades o por medidas (tesis del recurrente), tampoco podría producir la casación de la sentencia impugnada, porque permanecen inalterables sus declaraciones relativas a que ni las unidades ejecutadas eran de recibo, ni fueron entregadas. Estas afirmaciones no fueron combatidas y no se podría condenar legalmente al pago de las mismas.

Fallo.—No haber lugar al recurso. Condena al pago de costas al recurrente y pérdida del depósito constituido.

INSCRIPCION CONJUNTA DE DOS FINCAS URBANAS CONTIGUAS. Único titular arrendatario de una de ellas. Omisión del requisito de la notificación de la transmisión de una de ellas. EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO POR EL UNICO ARRENDATARIO TITULAR. F. S. P. contra A. F. V. Ponente: don Federico Rodríguez Solano y Espín (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1967).

Demanda.—El demandante era arrendatario de la finca urbana número 96 de la calle Sepúlveda. El demandado, según informes obtenidos, figuraba como actual propietario de la expresada finca, aunque se hacía constar tal circunstancia con toda reserva, pues nada se le había comunicado en tal sentido. La noticia de la transmisión de la finca sorprendió al demandante, quien como arrendatario único del inmueble se hallaba facultado para ejercitar el tanteo y retracto señalados en la L. A. U. Llevadas a cabo las oportunas gestiones para fijar los motivos de falta de notificación, se informó de que la finca número 96 de la calle Sepúlveda, no se hallaba nominalmente inscrita en el Registro de la Propiedad, sino que lo era conjuntamente con la señalada con el número 98 de igual calle. Tal inscripción conjunta de los dos inmuebles resultaba, totalmente arbitraria por las razones que exponía detalladamente. Según lo establecido en la Ley Hipotecaria cada finca debía tener un número diferente y correlativo, por lo que dos fincas urbanas contiguas no podían ser nunca inscritas como una sola. Ni los vendedores le hicieron la notificación legal, ni el comprador la efectuó tampoco y tal omisión había sido posible merced a la anómala situación registral apuntada. Interesaba destacar que ambas fincas habían pagado por separado la contribución urbana y demás contribuciones e impuestos de tipo estatal y municipal. La presente demanda se ejercitaba a la vista del nulo resultado de los requerimientos efectuados al demandado.

Suplico.—Sentencia que declarase la existencia de dos fincas totalmente independientes la anulación de la inscripción única en el Registro de la Propiedad y la inscripción por separado, que el demandante era el único arrendatario de la finca número 96 y como tal tenía derecho de retracto en los términos legales correspondientes y que se condenase al demandado a estar y pasar por

tales pronunciamientos, notificando al demandante la adquisición de la finca número 96 de la calle de Sepúlveda, en la forma y mediante los requisitos que fija la legislación especial y con imposición de las costas al demandado.

Contestación.—Que la finca número 96 siempre había figurado bajo los números 96 y 98. El demandado era propietario de la finca 96-98, sin que le cupiera al actor reserva sobre dicho extremo, que ya conocía incluso antes de formalizarse la escritura notarial y que tan pronto como se formalizó el compromiso de compra, el administrador de los vendedores le notificó por escrito su cese como tal por cambio de propietario y según manifestó en el requerimiento que se le practicó en 1 de agosto de 1963, recibió dicha carta, por lo que ahora no puede alegar ignorancia, extendiéndose en consideraciones sobre este conocimiento y la mala fe que demuestra el afirmar que no conocía la compra verificada. Además, si tenía reservas sobre el carácter del propietario, no se comprende como le citó de conciliación como tal propietario. Que había dejado pasar el plazo para ejercitar el retracto y no podía alegarse que formulaba un declarativo, porque los plazos para ejercitar el retracto y las acciones declarativas de dicho derecho eran plazos de caducidad. El demandante no era único inquilino de la finca, como demostraba con los documentos que acompañaba. La casa número 96, de policía urbana, no tenía existencia propia, ni jurídica, ni física como finca independiente, ni la tuvo jamás, reiterando los razonamientos expuestos en hechos anteriores. Que no existía norma legal alguna que obligara al dueño de una finca a segregar la finca registral que siempre había sido una.

Suplico.—Que los números 96-98 de la calle Sepúlveda, y 99 de la calle Villadomat, constituían una sola y única finca, sin independencia alguna entre sí, que procedía confirmar la inscripción registral de ambos números como una sola finca, según aparecía en el Registro de la Propiedad desde el año 1887. Que el demandante no era el único arrendatario de la finca número 96, por no tener dicha finca existencia propia. Que el actor no había tenido derecho de retracto en la compra efectuada el día 7 de octubre de 1963 por el señor F. a los señores S. O., por lo que procedía ratificar en todo dicha adquisición y alternativa, para el improbable caso de que no fueran admitidos estos pedimentos, que se declarase que el demandante tuvo pleno conocimiento de la transmisión (a favor del demandado) en el mes de noviembre de 1963 o, en otro caso, que lo tuvo en la fecha en que se lo notificó el auto declarando contencioso el expediente de jurisdicción voluntaria iniciado por el señor S. para el ofrecimiento de rentas a los señores S. O. e ignorados propietarios de la finca número 96-98 de la calle Sepúlveda. En otro caso que el demandante fue notificado fehacientemente de la transmisión y circunstancias de precio y forma de pago, el día 20 de abril de 1964, en virtud del acto de conciliación celebrado sin avenencia. Que la demanda declarativa interpuesta el día 15 de julio de 1964 es una demanda de retracto interpuesta fuera del plazo legal y que no reúne el requisito legal de consignar el precio conocido, ni la fianza, ni la promesa de consignarlo cuando se conociere, que exige el artículo 1.618, 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil o que se declare: que siendo el arriendo del actor sobre un patio y local, no está el contrato sujeto a la legislación especial, sino a la Ley del Suelo, y no tiene el demandante derecho de retracto. Que se condene al actor a estar y pasar por lo suplicado.

Sentencia de Primera Instancia.—Admitiendo la demanda.

Apelación.—No haber lugar a ninguna de las peticiones de la demanda. Sin imposición de costas en ninguna de ambas instancias.

Casación.—Por infracción de la Ley y en base a los siguientes motivos:

Primero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida del artículo 48, párrafo 2 de la L.A.U., aprobada por Decreto de 13 de abril de 1956.

Segundo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida del artículo 48, párrafo 2 de la L.A.U., aprobada por Decreto de 13 de abril de 1956.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida del artículo 48, párrafo 2 de la L.A.U., en relación con el artículo 1.518 del Código civil.

Cuarto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del artículo 48, párrafo 1.º, en relación con el 47, párrafo 2.º, ambos de la L. A. U.

Quinto.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 1.232, 1.240, 1.218 y 1.225 del Código civil.

Sexto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del último inciso del apartado 2.º del artículo 48 de la L. A. U.

Séptimo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del artículo 4 del Código civil en relación con el artículo 8 de la Ley Hipotecaria y párrafo 1.º del artículo 8 de R. H.

Considerando: Que dirigida la demanda a obtener una declaración de reconocimiento del derecho de retracto, que el actor cree ostentar sobre la finca litigiosa y a conseguir la notificación en forma legal de la transmisión realizada a favor del demandado y rechazados ambos pedimentos en la sentencia recurrida, por entender el juzgador que había transcurrido el plazo de caducidad, establecido en el párrafo 2.º del artículo 48 de la L. A. U. y que no se consignó el precio en la forma exigida por el número 2 del 1.618 de la Ley Procesal, no puede dudarse que dicho acuerdo infringió esos preceptos en armonía con los 1.518 y 1.524 del Código civil, porque ni el cómputo del término comienza antes de la notificación fehaciente al locatorio de la enajenación efectuada (según sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 1962), ni semejante requisito puede instituirse (según pretende la resolución impugnada) por el simple conocimiento del retrayente, aunque éste lo hubiera adquirido parcialmente en la contestación obtenida a un requerimiento practicado en acto de conciliación (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1949), ni es aplicable al presente caso el número 2 del 1.618 por no tratarse de un precepto sometido a las normas enunciadas en el Título XIX del L. II de la Ley de Trámites, en relación con el artículo 126 de la Ley de 22 de diciembre de 1955, sino de un juicio ordinario de mayor cuantía, ni en todo caso deben ignorarse las pretensiones

del recurrente, después de reconocerle en la sentencia el derecho que desea hacer valer ante el Tribunal, dada la naturaleza de la finca de que es arrendatario, por lo que han de prosperar los Motivos 1.º, 2.º, 3.º y 6.º del presente recurso, sin que sea preciso entrar en el análisis de los Motivos 4.º y 5.º.

Considerando: Debe desestimarse el 7.º, porque del pedimento a que se contrae fue absuelto el otro litigante en la sentencia del Juez de Primera Instancia y como el recurrente actual no formuló recurso de apelación y dicho pronunciamiento, quedó firme, al amparo del artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede desvirtuarse en el estado actual de las actuaciones, por no admitirse en este Ordenamiento jurídico el principio de la *«reformatio in peius»*.

Fallamos.—Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso interpuesto, salvo en lo referente al Motivo 7.º que se desestima y, en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala. Sin expresa imposición de costas.

Segunda sentencia.—5 de octubre de 1967. No habiendo comparecido el demandante y recurrido.

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación que precede:

Considerando. Que por las razones expuestas en dicha sentencia y por las consignadas en la dictada por el Juez de Primera Instancia, debe confirmarse esta última en su totalidad.

Considerando: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe por parte de los litigantes, al efecto de la imposición de las costas en la segunda sentencia.

Fallamos.—Confirmando la sentencia del Juez de Primera Instancia: debemos declarar y declaramos que el inmueble número 96 de la calle Sepúlveda, constituye a los efectos aquí discutidos finca independiente, de la que es único arrendatario don F. S. P., por lo que don A. F. V. deberá notificarle la adquisición de dicha finca, en la forma legal ordenada por la L. A. U., absolviendo a éste señor de los demás pedimentos de la demanda y sin expresa condena en costas en ninguna de las instancias.

COACCION EN EL CONSENTIMIENTO PRESTADO AL CONTRATO DEBATIDO. *Presunción de la libertad del consentimiento, salvo prueba en contrario. Apreciación de los hechos ocasionantes de la coacción compete a la Sala de Instancia. No admisión de «cuestión nueva» en la casación.* Don L. Z. F. contra don S. F. V. y su esposa, doña A. T. y D. R. Ponente: don Antonio de Vicente-Tutor y de Guelbenzu (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1967).

Demanda.—En el año 1950 don L. Z. F., propietario de la granja «Capitol», de Madrid, adquirió en traspaso de don A. M. L. la granja «Neguri», de esta misma capital; adquisición que en 2 de marzo de 1951 se formalizó mediante escritura pública. Anteriormente el 1 de marzo de 1950 don L. Z. F. suscribió con la propiedad del inmueble el oportuno contrato de arrendamiento, como consta en la escritura. El importe de la adquisición fue satisfecho íntegramente por don L. Z. F., como único adquirente, a su costa se hicieron las obras necesarias en el local y a su nombre se extendió el documento relativo a la explotación del negocio por un nuevo dueño, de lo que se acompañó copia en la

demanda El actor colocó en su negocio como dependiente a su primo, el demandado-recorrido, don S. F. V., que desde 1944 estaba a su servicio en el restaurante «Capitol», señalándose la remuneración mensual correspondiente y confirándole, por razón de parentesco y confianza, la condición de encargado. En junio de 1951 don S. F. V. dispuso de algún dinero y pidió a don L. Z. F. que le colocara en el negocio 160.000 pesetas, coincidiendo esta solicitud con otra análoga del tío de ambos, don M. F. G., éste con 250.000 pesetas. Don L. Z. F. accedió a las dos pretensiones y nació así un contrato de cuentas en participación, recibiendo cada uno de los aportantes el tercio de los beneficios líquidos obtenidos. Dichas cantidades fueron devueltas por don L. Z. F. a don M. F. G. de una sola vez en 1954 y a don S. F. V. en dos veces, a razón de 80.000 pesetas cada una, con motivo de la compra de un coche.

En agosto de 1961 adquirió don L. Z. F. un local, en donde montaría luego la primera de las cafeterías de su exclusiva propiedad, que llevaría el nombre de «Manila». Para los gastos derivados de esta adquisición obtuvo del Banco Español de Crédito 750.000 pesetas mediante una póliza de crédito de 250.000 y una letra de 500.000, habiéndose admitido el aval de su tío, don M. F. G. Dicho crédito se amortizó por sus propios medios y toda la documentación se extendió exclusivamente a su nombre. En 1956 comenzó a instalar otra cafetería, también denominada «Manila», en la calle del C., para lo que obtuvo de la citada entidad bancaria un crédito de 750.000 pesetas, siendo en estos momentos cuando el recorrido don S. F. V. concibió la idea de apoderarse de la cafetería «Neguri», y el 20 de enero de 1956 comparece ante Notario para requerir a don M. F. G. sobre los siguientes extremos: a) que entre los tres montaron por partes iguales la granja «Neguri», siendo ésta su participación en los gastos y en los beneficios; b) que al apoderarse del negocio el requerido vendió su participación a los señores Z. y F., por partes iguales, quedando ambos dueños del negocio; c) que desde la fecha de instalación de «Neguri» hasta el requerimiento, la única persona que ha estado y está al frente del negocio es el requirente. d) que con los beneficios obtenidos de «Neguri» por ambos señores, Z. y F., y con el crédito de dicho establecimiento se ha montado por ambos la cafetería «Manila», de la calle S, aunque figura exclusivamente a nombre del primero; e) que para montar «Neguri», requerido y requirente aportaron, además de sus iniciativas y trabajos, dinero en efectivo, lográndose por tales aportaciones la situación floreciente que produjo beneficios para liquidar al requerido su participación y poder instalar la cafetería «Manila», de la calle de S. Don M. F. G. compareció en la Notaría acompañado del suegro del señor F. V., Letrado don G. T., manifestando ser ciertos los extremos mencionados, contestación que según manifestó el señor F. G. a presencia judicial, se ajustó en su contenido y forma a lo que dicho Letrado le dictó.

Con base en este requerimiento, en junio del mismo año, formuló don S. F. V. denuncia ante el Juzgado de Instrucción contra don L. Z. F., acusándole de no rendir cuentas de «Neguri», apropiarse de las liquidaciones y proyectar el traspaso del negocio, afirmando que lo aportado por el denunciante para la creación de dicho negocio había sido 590.000 pesetas. Por dos veces declaró en dicho sumario don M. F. G., dando por válidas las imputaciones. Igualmente, puestos de acuerdo don S. F. V. y don M. F. G., se solicitó por el primero amplia y detallada información policial sobre la conducta del denunciado y don M. F. G. suministró unos datos totalmente falsos en los que no se omitió ni una sola imputación que pudiera perjudicar en todos los aspectos a

don L. Z. F. En esta coyuntura don Luis es invitado a una entrevista con su denunciante y el suegro de éste, y se le conmina para la cesión de «Neguri», amenazándole, en caso contrario, con solicitar del Juzgado de Instrucción una información bancaria acerca de su situación económica, lo que motivaría el conocimiento por estas entidades del procedimiento criminal seguido contra él por apropiación indebida. Así, coaccionado don L. Z. F., en 4 días se ve forzado a los siguientes actos:

A) El 24 de octubre de 1956 anula el contrato de arrendamiento con la propietaria de la finca donde se hallaba la Cafetería Neguri y se otorga otro nuevo a favor de don S. F. V. B) El 25 se otorga escritura por don Luis y don Segismundo mediante la cual, «al fin de resolver las diferentes disensiones de carácter comercial e industrial, deciden practicar una liquidación completa de los negocios que tienen en común y: a) se reconoce la exclusiva propiedad de dicha Granja a favor de don Segismundo, refiriéndose después al nuevo contrato de arrendamiento de que ya se ha hecho mención y el abono a don Luis de 650.000 pesetas en la forma que se especifica como su participación de esta Cafetería; b) don Segismundo reconoce que la Cafetería «Manila» de la calle de S. es de la exclusiva propiedad de don Luis y que no ha tenido participación en ningún otro negocio ajeno a los mencionados en este documento; c) don Segismundo se obliga a dar órdenes a su Procurador para que cese en su intervención en el sumario ya referenciado. C) En la tarde del 25, cuando no se había presentado el escrito de apartamiento del sumario, don Segismundo exige a don Luis la entrega de 600 000 pesetas, so pretexto de necesitar 500 000 para seguir trabajando en «Neguri» y 100 000 para pago de la minuta de su abogado y padre político don G. T., y por las mismas razones que se otorgó la escritura don Luis accede y comparece al día siguiente 26, junto a don Segismundo, para constituir hipoteca mobiliaria, por la que don Luis presta a don Segismundo 600 000 pesetas con la garantía de «Neguri». El sumario se sobreescribió. Con fecha 2 de julio de 1958 don M. F. G. «por exclusivas razones de tranquilidad de conciencia, en aras de la verdad y de la armonía familiar», dirige a don Luis una carta manifestando las maquinaciones de su sobrino don Segismundo para despojarle de «Neguri», reconociendo que don G. T., suegro de don Segismundo, fue el autor de las contestaciones que dio al requerimiento y de las declaraciones que prestó en el sumario, todas ellas falsas, pues la única aportación de don S. F. V. en «Neguri» fue de 160.000 pesetas y no tuvo parte alguna en «Manila», y acaba su carta lamentando los graves perjuicios ocasionados, «pero no quiero que me creas responsable de ello», ya que todo es obra de otras personas que estaban decididas a apoderarse de «Neguri» «como fuera». Ante lo terminante de la cuestión don Luis promovió querrela contra el mismo por falsedad en documentos públicos, falso testimonio, amenazas y coacciones, que se amplió contra don Segismundo; en dicho sumario ratificó y aclaró cuanto había manifestado en la carta. La Sala segunda del Tribunal de Justicia casó la absolutoria de la Audiencia y condenó a don Medardo como autor de un delito de falso testimonio, a la vez que confirmó la absolución de don Segismundo.

Suplico.—Sentencia declarando nula la escritura de 25 de octubre de 1956 y ordenando, en consecuencia, la restitución de los bienes con el abono de los frutos e intereses del negocio durante el tiempo de su explotación por los demandados y para el supuesto, cuya petición se hace en forma alternativa, de que recayese sentencia condenatoria y no pudiese tener efectividad la relvin-

dicación de la titularidad dominical del «Neguri», se condene al pago de los daños y perjuicios causados, cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia y con imposición de costas al demandado por su manifiesta temeridad y mala fe

Contestación.—En la demanda se silenciaba que desde 1949 don L. Z. F. y don S. F. V pensaron en la instalación de un negocio análogo al que el primero tenía en marcha, de cafetería, en el edificio Capitol, explotado con su tío don Medardo, y en 1950, presentada la ocasión de traspaso del «Neguri», se decidió la compra y se estipuló un contrato verbal entre los tres, como condueños por terceras partes, en el negocio, don Medardo aportó 250.000, don Segismundo, 500.000, y don Luis, 200.000, quedando aplazado el resto, hasta 400.000, para su abono en años sucesivos. El importe de las obras también se abonó en plazos posteriores a la apertura del negocio y los tres socios decidieron, en prueba de confianza, que el nuevo establecimiento figurase a nombre de don Luis, publicándose anuncios en «A B C»: «L. Z. F. Cafetería Capitol-Neguri», lo que originó la primera desavenencia entre éste y don Segismundo; es en absoluto incierto la condición de dependiente y representante del actor atribuida al señor F. V. en la Cafetería «Neguri»; no se niega la relación cariñosa entre don Luis y don Segismundo propia del parentesco y correspondida por don Segismundo durante su empleo en la Cafetería «Capitol», rindiendo con celo infatigable una jornada de doce horas diarias. Don Segismundo no disponía, en la ocasión referida, de «algún dinero», sino de un capital que ascendía a dos millones de pesetas. Don Luis adquirió después otro hotel en la calle de S. para instalar la primera Cafetería «Manila» y pudo obtener los créditos aludidos, pero utilizando también la Granja «Neguri» como garantía de los mismos, disponiendo además de todos los beneficios de ese negocio de muy considerable importancia: que desde su instalación la única persona que ha estado al frente del negocio es don Segismundo; que con base en el requerimiento hecho a don Medardo, don Segismundo formuló denuncia por apropiación indebida contra don Luis, y don Medardo ratificó en el sumario sus contestaciones al requerimiento y concretó la cantidad aportada por don Segismundo que ascendió a 590.000 pesetas: que la base del sumario no estaba sólo en las manifestaciones de don Medardo, sino en otras de gran relevancia hechas por testigos con razón de ciencia irrecusable, formando un cúmulo probatorio de la más completa eficacia; que es durante la tramitación del mismo cuando surge el acuerdo entre querellante y querellado, que se concreta en la escritura de 25 de octubre de 1956, otorgada con plena libertad y justicia y con la intervención del Letrado de don Luis y sin las coacciones ni amenazas alegadas en la demanda y que ya el Tribunal de lo Criminal declaró inexistentes, y que la escritura de 26 de octubre es la ratificación de la del día anterior, el reconocimiento de la propiedad de «Neguri» en don Segismundo, pudiendo afirmarse que éste no exigió ni solicitó el préstamo referenciado en la demanda; en cuanto al episodio más asombroso del litigio, la retractación de don Medardo, uno de los testigos más veraces reveló las confidencias de don Medardo y su temor a la reacción de don Luis si no se retractaba, pudiendo llevarle a la ruina, con sólo ejecutar la sentencia obtenida contra «Bucaro SC»; que con base en la carta de dicho señor se formula querella con el resultado ya aludido en la demanda. Niega que don Segismundo piense traspasar «Neguri».

Suplico.—Sentencia desestimando la demanda en todas sus partes, la absolución de los demandados y la imposición de costas al actor.

Sentencia de la Primera Instancia.—Estimando la demanda formulada declaró nula la escritura referenciada, condenando a los demandados a la restitución de «Neguri» al actor, debiendo éste devolver a aquéllos 650.000 pesetas, con los intereses legales desde el otorgamiento de aquella escritura y quedando la referida Cafetería y las relaciones de los interesados, respecto a tal negocio, como antes de la repetida escritura Sin expresa condena en costas.

Apelación.—Revocó la apelada, excepto la determinación sobre las costas, y absolvió a los demandados; sin especial condena en costas de las dos instancias.

Casación por infracción de Ley.

Motivos:

Primero.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber incurrido la sentencia en error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de documento auténtico, consistente en el testimonio sumarial obrante en autos No se infringe la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual no son documentos auténticos para la casación civil los testimonios sumariales ni las resoluciones de la jurisprudencia criminal, porque los dos testimonios sumariales no se citan como documentos auténticos para demostrar que cuanto en ellos se consignó fuese verdadero, sino como demostración de que el sumario fue el instrumento intimidatorio empleado para conseguir la escritura de cesión de «Neguri». En este sentido la alegación del sumario, como documento auténtico, se cree perfectamente posible. Se reseñan los particulares más importantes de este sumario: 1.º Denuncia de don Segismundo, que dio origen al sumario. 2.º Escrito solicitando una completa investigación policial. 3.º Informe de la Dirección General de Seguridad, a petición del querellante, no omitiendo ni una sola imputación que pudiera cubrirle la vileza y degradación en todos los órdenes: político, moral, social, religioso y familiar. 4.º Escrito de querrela en el que se aduce como importante elemento probatorio el requerimiento notarial practicado a don Medardo 5.º Escrito apartándose de la querrela, con fecha 27 de octubre: dato muy significativo si se tiene en cuenta que el 25 anterior se otorgó la escritura de cesión de «Neguri» que se impugnaba y el 27 la de préstamo mutuo de las 600.000 pesetas que había recibido don Luis como consecuencia de la primera de tales escrituras, con la garantía hipotecaria del mismo «Neguri». 6.º Auto de 24 de enero de 1957 de sobreseimiento provisional del sumario, conforme al número 1.º del artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esto fue (aparte de la declaración de ciertos testigos, todos designados por el querellante y que también han depuesto en este litigio) el mecanismo hábilmente montado por don Segismundo para alcanzar sus propósitos. Aceptado en esta forma no hay la menor duda de que el testimonio referido es un documento auténtico en el sentido que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La Sala, en la sentencia recurrida, no desconoce la existencia del sumario referido y el nervio de su conclusión desestimatoria es la infravaloración de la amenaza y del mal que suponía Para la comprobación fáctica del carácter antijurídico de las amenazas hay que tener en cuenta: 1.º Que el sumario fue sobornado porque efectivamente no existía tal delito. 2.º Que don Medardo, principal coautor de los hechos intimidatorios, fue condenado por la Sala segunda del Tribunal Supremo, por el delito de falso testimonio en causa criminal. 3.º Que los informes sobre don Luis, solicitados en forma tendenciosa por don Segismundo y suministrados falsamente por don Medardo quedaron

totalmente desvirtuados por el expediente seguido en la Dirección General de Seguridad, a instancia de don Luis y reconociendo don Medardo la falsedad de las informaciones dadas anteriormente a instigación del hoy recurrido y de su suegro el letrado don G. T. Finalmente es obligado examinar el nexo causal correspondiente, absolutamente necesario para anular el contrato por estar basado en la intimidación; el problema puede ofrecer dificultad en el caso de la amenaza de futuro, pero se impone cuando era simultánea al contrato y por así decir de tracto sucesivo, de tal forma que una vez creada (procedimiento criminal contra don Luis) sólo podía cesar por voluntad del sujeto activo, por el mal inminente y grave (informes a los Bancos y el mismo proceso criminal iniciado sobre unos hechos totalmente falsos). La amenaza se inició con la denuncia de 29 de junio de 1956 y acabó con el escrito de apartamiento del sumario de 27 de octubre, 48 horas después de otorgada la escritura de cesión y 24 después de otorgada la de préstamo. El nexo causal queda, pues, perfectamente establecido.

Segundo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de aplicación de los artículos 1.265 y 1.267, párrafos segundo y tercero del Código Civil y doctrina legal referenciada.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea de los artículos 1.265 y 1.267, párrafos segundo y tercero del Código civil y doctrina legal ya citada. Se formula «ad cautelam» para el caso de desestimar el motivo anterior.

Considerando: Para prosperar el primer motivo sería preciso que tal error resulte de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador, o sea, de documentos que por sí mismos y sin necesidad de ser interpretados así lo acrediten, sin que sea lícito hacer un examen de los distintos elementos probatorios empleados para sacar consecuencias de ellos, que convertirían en una tercera instancia el recurso, en contra de la taxativa regulación legal a que está sometido y como quiera que el recurrente para demostrar la coacción a que fue sometido no señala ningún documento, y se limita a interpretar y sacar deducciones de determinadas diligencias sumariales y de la sentencia recaída en causa criminal seguida por el delito de falso testimonio, que ya fueron valorados por la Sala, y aun cuando se estimara que se alegan como documentos acreditativos del error denunciado, carecería de viabilidad tal motivo, al no tener dichos documentos carácter de auténticos a efectos de casación, como tiene constantemente declarado la jurisprudencia y el propio recurso reconoce.

Considerando: Que sentada la anterior doctrina parecen los otros dos articulados, ya que desaparece la sustentación fáctica en que se apoyan, máxime si se considera que la jurisprudencia de esta Sala tiene sancionado que siempre se presume la libertad del consentimiento, salvo prueba en contrario, y que la apreciación de los hechos ocasionantes de la coacción o causas que lo invalidan compete a la Sala, que negó su concurrencia en el caso de autos.

Considerando: Que tampoco puede prosperar el recurso basado en el abuso de derecho, por ser cuestión nueva, como el propio recurrente reconoce, y porque no concurre elemento alguno que acredite su existencia.

Fallo.—No haber lugar al recurso interpuesto, sobre reivindicación de titularidad dominical y otros extremos, y, condena al pago de las costas al recurrente.

E. I. M.

RETRACTO. Edificio dividido y accesorios en común. Retracto sobre los accesorios. (Comuneros-Coherederos). Peláez C Villarino y Gómez Dacal. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1968)

El actor es dueño de una parte del bajo de un edificio, adquirido por herencia de su madre, en la que se adjudicó a un hermano otra parte del bajo, el piso 2.º y el desván del mismo edificio. Este hermano vendió al demandado «todos los derechos que le correspondan en la herencia de su madre sobre el citado inmueble». De esta compraventa tuvo noticia el actor, a través de los actos de posesión del comprador, hoy demandado, quien manifestó tener derecho a una parte del bajo que se hallaba en posesión del actor, por considerarlo accesorio de su local de negocio: una carbonera y un patio con construcciones accesorias. Considera el demandante que los derechos del comprador-demandado no habiendo el testamento de la citada madre de tales elementos, comprenden la tercera parte indivisa de dichos accesorios (pues eran tres los herederos adjudicatarios de la partición del edificio). Se ejercita (dice la demanda) el derecho de retracto sobre dicha tercera parte, sin perjuicio de hacerlo sobre la totalidad, en el caso de que el comprador pretendiera haber adquirido la totalidad.

Se pedía en la demanda que se declarase su derecho a retraer el piso 2.º, el desván, y los derechos que en la herencia de su madre pudieran corresponder al vendedor, hermano del demandante, en la planta baja del inmueble, condenando a los demandados a subrogar a los demandantes en los derechos adquiridos.

En la contestación se alegó fundamentalmente que el demandante había tenido conocimiento anterior de la compraventa, puesto que todos los bienes le fueron ofrecidos por el vendedor, habiendo además comparecido el demandante a un acto de conciliación entablado por el demandado contra su hermano (vendedor), ante la posibilidad de que el demandante hubiese adquirido los bienes, ya vendidos en contrato verbal al demandado. Se rechaza que un juicio de contrato pueda ser el marco adecuado para determinar los derechos que a cada uno corresponden sobre la planta baja, ya que el retracto opera sobre bienes o hechos determinados. Y que habiéndose aceptado desde hacía tiempo la partición por los herederos, no existía ninguna situación comunitaria que hiciera viable el retracto. Alegó excepciones de falta de legitimación activa y carencia de acción, al no existir posibilidad de retracto en la propiedad horizontal y caducidad de la acción. Se pide la absolución de la demanda.

En Primera Instancia, se absolvió a los demandados, desestimando el retracto.

En Apelación, se confirmó la sentencia de Primera Instancia.

Se interpone recurso de casación por infracción de Ley, con apoyo, entre otros, en los siguientes motivos:

...Infracción, por falta de aplicación, del artículo 1067 del Código civil; infracción por falta de aplicación del artículo 396 (antes de la reforma) en relación con el artículo 3.º del Código civil; infracción por aplicación indebida del artículo 396 (antes de la reforma).

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, con base, sustancialmente, en los siguientes Considerandos:

Que el artículo 1067 del Código civil es contemplado en la resolución recurrida, que partiendo de hechos referidos a la práctica de la división de la heren-

cia de la causante, y de la aceptación de dicha partición por los herederos, llega a la consecuencia de la carencia de virtualidad del alegado fundamento, y ello determina..., que no desvirtuados los hechos afirmados por la sentencia respecto a la falta de aplicación de dicho precepto legal, ha de decaer el motivo que se examina, carente en todo caso de eficacia, puesto que al mantenerse la declaración de caducidad de la acción, habría de subsistir la resolución recurrida.

V. L. M.

V. SUCESIONES

SUCESION EN TITULOS NOBILIARIOS Artículos 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820 y 1.º de la Ley de 4 de mayo de 1949 (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1968).

Los descendientes legítimos desplazan a los legitimados por subsiguiente matrimonio, aunque éstos pertenezcan a mejor línea o grado, cuando se impone como condición sucesoria la legitimidad de origen en el Real Decreto de concesión o en escritura de fundación del mayorazgo que lo complementa.

Acreditada la existencia de un orden regular en la sucesión del título, en el que no se exige la legitimidad de origen, es preferente el descendiente legitimado por subsiguiente matrimonio que proviene de la línea masculina al descendiente legítimo por línea femenina.

Discutido el mejor derecho a la sucesión en determinados títulos nobiliarios, formulada reconvencción y apelada por ambas partes la sentencia del Juzgado número 13 de los de Madrid, el Tribunal Supremo en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, resuelve los dos recursos de casación interpuestos por ambas partes contra la sentencia de la Sala segunda de lo civil de la Audiencia Territorial de Madrid, declarando haber lugar a los mismos; y en la segunda sentencia declara el mejor derecho del actor a los títulos cuyo Real Despacho de creación o documentos complementarios contienen cláusulas de irregularidad y el preferente derecho de la demandada —legitimada por subsiguiente matrimonio— en aquellos otros títulos que carecen de tal cláusula.

Considerando: Que en el primero de los motivos de casación de los formulados por el demandante don J. G. y H., al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia el error de derecho en la apreciación de las pruebas, con infracción del artículo 340 de la misma Ley, y doctrinas legales correlativas, infracción que la hace consistir en «haber negado eficacia probatoria a los documentos traídos a los autos por acuerdo del Juzgado, como diligencias para mejor proveer, obrantes a los folios doscientos treinta y cinco a doscientos sesenta y tres de los autos», fundándose, para ello, en dicha sentencia, en supuestos motivos formales, que obligaban a que no se tomaran en cuenta tales documentos respecto a la *existencia de la irregularidad en la sucesión del Condado de L.*

Considerando: Que para la desestimación de este motivo, basta observar: Primero, que el artículo invocado como base de la infracción, contiene distintos

preceptos, y no se puntualiza cuál de éstos es el que se supone infringido, y segundo, que en el aludido artículo, no existe ningún precepto que contenga normas valorativas de pruebas, que vinculen al juzgador en determinado sentido, y por tanto, frente a las pruebas aportadas para mejor proveer, el órgano jurisdiccional goza de la misma libertad de apreciación, que frente a cualquier otra prueba aportada por la iniciativa de las partes en el momento procesal oportuno, por lo que, al invocar el recurrente un supuesto error de derecho en la apreciación de la prueba, y no señalar concretamente cual era la norma valorativa infringida, el motivo resulta deficientemente formulado, y tiene que decaer.

Considerando: Que en el motivo segundo, y también al amparo de ese número séptimo del artículo 1692 de la Ley Procesal, se ataca la sentencia recurrida, atribuyéndola error de hecho en la apreciación de la prueba, alegándose en justificación, de tal motivo, que el *Real Decreto de Concesión del Condado de L* que obra testimoniado en autos, remite expresamente las *condiciones de la sucesión*, a las contenidas en la *escritura de fundación del Mayorazgo*, en las cuales se establecía el requisito de la *legitimidad de origen* para suceder en él, y cuya exigencia, entiende la Sala sentenciadora, que por no figurar en el Real Despacho de creación de la merced, no rige en la sucesión del Condado de L.

Considerando: Que, efectivamente, y como en el motivo se sostiene, en el Real Despacho de creación del Condado de L., otorgado a don F. J. de Z., que obra por testimonio fehaciente al folio ciento sesenta y cuatro de los autos del Juzgado, se afirma terminantemente «He venido a concederos la merced de título de Castilla que solicitásteis. Por tanto, y porque por escritura que otorgásteis en la propia Ciudad de La Habana, en 24 de enero de este año ante Ignacio de Ayala, mi Escribano., ha constado tenéis hecha la mejora..., de vuestros bienes en favor de uno de vuestros hijos de primer matrimonio, en quien después de vuestros días recayere la citada merced de Título de Castilla como mayorazgo en la forma regular y con las otras condiciones contenidas en dicha escritura», y en esta escritura de 24 de enero de 1775, que obra al folio doscientos cuarenta y uno y siguientes de aquellos autos, se hace constar por el referido don F. J. de Z., que tiene «impetrado del Rey Nuestro Señor la gracia para que me confiera un título de Castilla para mí, mis herederos y sucesores..., y caso que llegue el de conseguirse, he deliberado el sustituirlo y legarlo a..., uno de mis cinco hijos varones de mi primer matrimonio..., para que desde ahora, y para siempre, después de mis días lo haya y goce a título de mayorazgo con agregación al de Castilla, en el orden, forma y condiciones siguientes: Primera, ante que el hijo sucesor en el citado título ha de tener y gozar por sus días, la referida mejora..., y después de su fallecimiento, ha de recaer la tal mejora con el mencionado título en sus hijos, herederos, sucesores legítimos..., que, según *rerum natura*, puedan venir y suceder, siendo legítimos y de legítimo matrimonio procedidos».

Considerando: Que, por tanto, cuando la Sala sentenciadora proclama que el requisito de la legitimidad de origen para suceder en el título de L. no figuraba en el Real Decreto de creación de la Merced, y no advertía esa remisión expresa y fundamental a la escritura de fundación del mayorazgo, ha incurrido en un evidente error de hecho en la apreciación de la prueba, que impone la casación de la sentencia en este particular relativo al Condado de L.

Considerando: Que en el tercer motivo de su recurso, don J. de G. H., también con amparo en el referido número 7.º del artículo 1692, imputa a

la sentencia recurrida, error de derecho en la apreciación de la prueba, al no otorgar a aquel *Real Despacho y a la escritura de mayorazgo y mejora que lo complementa*, la fuerza probatoria que les concede el artículo 1.218 del Código civil, invocado, el cual determina que los documentos públicos hacen prueba contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.

Considerando: Que lo mismo el Real Despacho referido, que la escritura de mejora que alude, son documentos públicos que condicionan la sucesión en el Condado de L., a que se posea la legitimidad de origen, o sea a que vengan de legítimo matrimonio «procedidos» y al no reconocerlo así la sentencia recurrida, ha infringido, también el artículo 1.218 párrafo 2.º del Código civil, por lo que, igualmente procede su casación, en ese particular referido al Condado de L.

Considerando: Que la sentencia recurrida, infringe también, por violación, el artículo 13, último inciso de la Ley de 11 de octubre de 1820, en relación con el artículo primero de la Ley de 4 de mayo de 1948, en cuanto establecen que el orden de suceder en los títulos nobiliarios, es el prescrito en las concesiones, escrituras de fundación y otros documentos de su procedencia, ya que tanto el título de fundación, como la escritura de mayorazgo que, expresamente la complementa, pues a ella se refiere el Rey, exigen el requisito de la legitimidad en los aspirantes a la sucesión en el Condado de L., y, consiguientemente, la sentencia recurrida, al no entenderlo así, viola aquellas normas que no condicionan los requisitos de la sucesión solamente a lo que se determina en el Real Despacho de creación del título, sino que permitan de manera explícita, establecerlos, por vía de remisión, en otras escrituras y documentos de su procedencia, y viola, igualmente, la doctrina legal invocada en el motivo 6.º del recurso por el señor de G. y H., al no aplicarla al caso debatido, en que tiene que observarse la condición de legitimidad de origen prescrita en el Real Despacho y en la escritura complementaria, que las sentencias de 31 de mayo de 1912 y 19 de enero de 1924 declararon era exigible cuando aquellos documentos la prescribían.

Considerando: Que la cuestión que en el motivo 5.º de su recurso, plantea el señor de G. y H., referente a que el Real Despacho de creación del Condado de L., concede al primer concesionario un poder, disposición del Título en favor de cualquiera de sus hijos, pues dice que se otorga «con la calidad de poder disponer de él a favor de uno de vuestros hijos, al cual, por vía de vínculo, mejoráis en cincuenta mil pesos», es la primera vez que se plantea en el proceso, y resulta extemporáneamente alegada, además de que, su examen y resolución, ya no alteraría el resultado de la casación que, por otros motivos, viene impuesta, respecto al Condado de L.

Considerando: Que el motivo 7.º del recurso formulado por don J. de G. y H., no puede prosperar, porque, para patentizar el error de interpretación de las normas legales que cita, invoca solamente una sentencia de este Supremo Tribunal, que, por ser única, no constituye doctrina legal vinculante.

Considerando: Que el primer motivo del recurso interpuesto por la demandada - reconviniendo, doña F. R. H. y D., invoca la interpretación errónea de la doctrina legal establecida por las sentencias que indica, a tenor de la cual, según dicha recurrente, los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, se consideran como legítimos a todos los efectos y tienen acceso a la sucesión de las mercedes perpetuas que ostentaron sus padres, pero dicha doctrina legal, sólo se refiere a los supuestos en los que el Real Despacho de

creación o las escrituras y documentos que legalmente lo complementan, se refieren únicamente a la descendencia legítima en general, y no a aquellos otros casos en que, como ocurre con el Condado de F., con el de L. y con el Marquesado de C. F., se impone por los medios oportunos, como condición sucesoria, la legitimidad de origen, y en los cuales los que ostentan esa cualidad, prefieren y desplazan a los que carecen de ella, aunque éstos procedan de la línea presmada o llamada en mejor lugar, o estén en grado más próximo con el primer considerando.

Considerando: Que en el segundo motivo de este recurso, se denuncia la violación de la doctrina legal que, según la recurrente, otorga preferencia al orden sucesorio impuesto por el Despacho de concesión de la Grandeza de España, sobre el que legalmente viniera establecido en la sucesión del Condado de F., al cual tal Grandeza se agregó

Considerando. Que aunque, efectivamente, la Grandeza de España constituye una merced nobiliaria de rango superior a los títulos, no por ello la concesión de ella otorgada al Condado de F. puede tener la virtualidad de alterar el orden de sucesión de este Condado, en primer lugar, porque en autos no se ha acreditado que el orden sucesorio de tal Grandeza, fuere distinto del que venía rigiendo en el Condado de F., y, en segundo lugar, porque tal Grandeza se concedió como aneja al dicho Condado, y habría de seguir el orden sucesorio de éste, si no se impuso otro.

Considerando: Que en el tercer motivo del recurso de la demandada reconviniente, se alega un supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba, que se quiere evidenciar invocando los documentos números nueve y diez acompañados a la contestación el primero de ellos, que es una fotocopia autenticada de la minuta de dictamen emitido por la Sección del Ministerio en 12 de mayo de 1819, estimando que procedía acceder a la solicitud y conceder al referido don G. de H., Conde de F., los honores de Grande, para sí, sus hijos y sucesores en su casa de Herrera», y el segundo, que es la transcripción fehaciente del asiento del Decreto, que dice: «Concesión a don G. y J. de H., Conde de F., los honores y tratamiento de Grande de España, para sí, sus hijos y sucesores en la Casa de Herrera.

Considerando: Que tales documentos, por sí solos, sin empleo de las conjeturas y deducciones que pretende hacer la recurrente, nada demuestran respecto a que se haya alterado el orden irregular de la sucesión en el Condado de F., ni a que se haya establecido un orden distinto en la sucesión de la Grandeza, que el que venía rigiendo en la Casa de Herrera, y, consiguientemente, al entenderlo de otra manera la Sala sentenciadora, no ha infringido ningún precepto valorativo de prueba respecto a los documentos invocados, ni incidió en la inaplicación de las normas que en los motivos cuarto y quinto se atribuyen por la recurrente.

Considerando: Que en el motivo 6.º, y al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncia dicha recurrente, la apreciación errónea de la prueba relativa al Marquesado de B. V., que evidencian los documentos obrantes a los folios 304, 308, 380, 397 y 399 de los autos del Juzgado, demostrativos de la existencia legal del Título y la regularidad de la sucesión en él, y denuncia también la violación, por inaplicación de los preceptos valorativos de dicha prueba documental pública.

Considerando: Que, efectivamente, y como la parte demandada-recurrente sostiene, aquellos documentos no acreditan la existencia de un orden irregular en la sucesión del Marquesado de B. V., que, por tanto, debe seguir el regu-

lar, en el cual no se exige la legitimidad de origen, y entran generalmente los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio de sus padres, y al no entenderlo así la sentencia recurrida y no proclamar la preferencia genealógica de la demandada sobre el actor, por provenir ésta de línea femenina y aquella de línea masculina, desconoce la fuerza probatoria de los invocados documentos, y vulnera, por inaplicación, las normas valorativas de la prueba, que se contienen en el artículo 1218 del Código civil

Considerando: Que en el motivo 7.º del recurso formulado por dicha demandada, se hace referencia a las peticiones tercera y cuarta de la reconvencción, relativas a la pretendida nulidad de las cesiones o renunciaciones que hubiese otorgado don J. M. H. A., padre de la demandada, o cualquier otro ascendiente de ella, sobre los Títulos y Grandeza litigados, y a la también solicitada nulidad de la cesión de derechos que, respecto al Título de conde de F. con Grandeza de España, ha hecho doña E. H. A. a favor de su hijo don J. G. y H., dicho motivo, sostiene que la sentencia recurrida, al desestimar el tercero de aquellos pedimentos incide en una inoficiosidad manifiesta, al no haber tenido realidad los supuestos alegados, con lo cual viola la doctrina legal sobre aplicación del principio de *litis consorcio pasivo necesario*, deducida de las sentencias que cita dicha recurrente, la que también entiende ha sido violada al desestimar la sentencia recurrida la pretendida nulidad de la cesión de derechos realizada por la madre del actor respecto al Condado de F., fundándose en la falta de citación a juicio de la aludida cedente

Considerando: Que la sentencia recurrida, en el último de sus razonamientos predeterminantes del fallo, proclama que no pueden prosperar las dos últimas pretensiones de la reconvencción, no por las razones que aduce el Juez de Primera Instancia, sino porque entiende que se produce una falta de *litis consorcio pasivo necesario*, cuando no son traídas a este juicio, como debieran haberlo sido, aquellas personas que hicieron la renuncia o cesión de los expresados títulos a favor de los litigantes o de sus causantes, y sin cuyo requisito formal, no es posible pronunciarse en esta Resolución con respecto a tales pedimentos, que por ello han de ser totalmente desestimados; y después de sentar esas afirmaciones que reconoce le impiden pronunciarse sobre tales pedimentos, sin embargo, concluye desestimándolos y absolviendo de ellos al actor reconvenido.

Considerando: Que el *litis consorcio pasivo necesario*, constituye un presupuesto procesal que exige que varios intervengan conjuntamente en el proceso de tal modo que la pretensión que es objeto de él, no pueda ser válidamente propuesta más que contra todos ellos a la vez, encontrándose su razón de ser, bien en una expresa que así lo establezca, o bien en el principio de que la indivisibilidad o inescindibilidad de una cierta situación jurídica procesal, no permita un tratamiento separado con relación a los diversos sujetos que en ella concurren, es decir, siempre que se puedan producir unos fallos separados contradictorios entre sí, sobre la misma relación, en todas cuyas hipótesis, el órgano jurisdiccional ha de abstenerse, no de decidir, pero sí de entrar en el fondo de lo reclamado, limitándose a pronunciarse así, o a absolver simplemente en la instancia

Considerando: Que en el caso de autos, por las razones que el Juzgado expone en el penúltimo de los fundamentos de su sentencia, no existe la falta de ese presupuesto procesal, respecto a las peticiones que se postulan; y además, en cuanto a las del Condado de F. con Grandeza, al estimarse la preferencia genealógica del actor, sobre la demandada, ya se pone de manifiesto

que ésta está desprovista de acción para impetrarla, y, con referencia a las otras cesiones a que alude el pedimento tercero de la reconvencción, al no haberse demostrado que hubieran tenido realidad, tampoco la demandada tiene acción, y su pretensión debe ser desestimada.

En la segunda sentencia se dice:

Considerando: Que con relación al Marquesado de C. F., existe cláusula de irregularidad análoga a la del Condado de L., por lo que resulta preferente el derecho genealógico del actor respecto a la demandada, a poseerlo y ostentarlo.

Considerando: Que en cuanto a los Títulos de Marqués de C. C. y Marqués de B. V., aparece, en cambio, ser preferente el derecho genealógico de la demandada, sobre el del actor, por no haberse acreditado exista cláusula irregular de sucesión ni en el Real Despacho de creación ni en los documentos que pudieran complementarlos, y por derivar el actor su derecho, de línea encabezada por una hembra, hermana del padre de la demandada.

INTERPRETACION DE TESTAMENTO. Prohibición de enajenar. Artículos 675, párrafo 1.º, y 811 del Código civil. (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1968).

Los testamentos han de interpretarse teniendo en cuenta la totalidad de la declaración de voluntad.

Discutido por las partes en sendos recursos el alcance que deba darse a la cláusula contenida en un testamento ológrafo, la cual no se transcribe y que la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona interpretó en el sentido de que el actor es heredero universal de su padre sin otra limitación que la de que los bienes raíces objeto de la herencia no podrán ser enajenados por él hasta que haya contraído matrimonio, tenga hijos legítimos y estos hayan cumplido la edad de quince años, y mientras no concurran estos hechos, la prohibición de enajenar que se declara deberá constar debidamente anotada en las inscripciones de las fincas en el Registro de la Propiedad en expectativa del principio de troncaldad y a favor de los demandados, para el caso de que falleciere el heredero sin haber ocurrido los triples hechos reseñados y sin haber dispuesto *mortis causa* de los bienes hereditarios en favor de hijos legítimos, y si llegaran a cumplirse dichos hechos quede como heredero libre, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos, en virtud de la siguiente argumentación

Considerando: Que contra la sentencia impugnada se han formulado dos diferentes recursos, siendo el primero de ellos el interpuesto por la representación de la que es parte actora en el pleito, y el segundo el formalizado por los demandados oponentes, sustentándose cada uno de esos recursos en dos motivos, estando todos amparados en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, de donde se desprende que, al no acudir ninguno de los recurrentes a la vía que ofrece el ordinal séptimo del antes mencionado precepto de la Ley Procesal, las apreciaciones probatorias y las afirmaciones o negaciones fácticas, consignientes, de la Sala sentenciadora, tienen que ser íntegramente respetadas, y, por ende, la decisión de los dos recursos ha de ceñirse a las cuestiones en los cuatro motivos planteados y al examen de las infracciones o

errores denunciados en los mismos, debiendo estudiarse, con prioridad el primero de los interpuestos.

Considerando: Que en el primero de los motivos de dicho recurso inicial se acusa la infracción, por aplicación indebida, del artículo 811 del Código civil, ya que, en tesis del primer recurrente, el mencionado precepto legal versa sobre transmisiones hereditarias que van de descendiente a ascendiente, etc., supuesto que no se produce en el caso de autos, más al respecto, debe señalarse, en primer lugar, que realmente no existen en la sucesión de que se trata herederos forzosos de clase alguna y que, admitiendo desde luego el sentido restrictivo con que ha de interpretarse siempre el mentado artículo 811, de acuerdo con reiterada y conocida doctrina de esta Sala, debe, no obstante, destacarse que el propio Tribunal *a quo* (a tenor del fundamento octavo de la sentencia recurrida), ha proclamado de manera paladina, analizando la cláusula final del testamento ológrafo otorgado por don A. D. y B., que ni se trata de una reserva ordinaria regida por los artículos 968 al 980 del Código civil, lo que es de toda evidencia, ni tampoco de la extraordinaria o troncal definida en el artículo 811 del mismo Código impuesta, precisamente (*sic*) al ascendiente que heredar de su descendiente, lo que no ocurre en el caso debatido, y, por eso, la anotación que se ordena en la parte dispositiva, en las correspondientes fincas en el Registro de la Propiedad, en expectativa del principio de troncalidad, no se basa ni apoya en una imposición del artículo 811, sino en una disposición testamentaria contenida en forma explícita en la cláusula antes aludida, es decir, no en la Ley, sino en el cumplimiento de la voluntad del testador, según la interpretación dada al testamento por la Sala sentenciadora, respondiendo con ello a un principio jurídico de tradición española, aunque éste sea esporádico en el derecho común, todo lo que explica la desestimación de este motivo, puesto que la Sala no aplica, debida ni indebidamente, el tan citado artículo del Código civil.

Considerando: Que en el segundo de los motivos del mismo primer recurso por idéntico cauce procesal que el anterior, se denuncia la infracción del artículo 675 en relación con los artículos segundo y cuarto, ambos del Código civil, preceptos que se dicen infringidos por el concepto de interpretación errónea, aduciendo en suma que si bien es verdad que es voluntad del testador dejar su herencia a su hijo ilegítimo y afectar sus bienes raíces a una posible reserva troncal, no es menos cierto, en opinión de este recurrente, que tal manifestación última y parcial de la voluntad testamentaria (*sic*) es contraria a derecho, concretamente al artículo segundo en relación con el cuarto del Código civil, ya que, sigue diciendo el impugnante, para que fuera posible dicha reserva tendría que ser el ascendiente el que heredara de su descendiente, pero este motivo segundo, que la misma parte recurrente estima ser «un corolario o submotivo del primeramente expuesto», se apoya en una tesis ya rechazada al analizar el precedente, cuando se alega la aplicación indebida del artículo 811 del mismo Código, pues dicho queda que este precepto legal ni siquiera ha sido aplicado por el Juzgador de instancia, más, por otra parte, no sólo tiene este segundo motivo un enunciado harto confuso, sino que en modo alguno se justifica la infracción del artículo segundo del Código civil, que viene a consagrar el antiguo aforismo «ignorancia *juris non excusat*», aunque dicho precepto pretende relacionarse con el artículo 675 del mismo Código, y, además, tampoco resulta apropiado el concepto alegado de «interpretación errónea» de los artículos que se mencionan como infringidos, pues tal modo de infracción supone una norma legal, que aún siendo aplicable al caso concreto, no se le ha dado su verdadero sentido, o, en otras palabras, parte de un error acerca del contenido de la norma, supuesto,

que, evidentemente, no se da en cuanto a los citados artículos segundo y cuarto del Código, pero, además, en orden al puro problema interpretativo que se plantea, tampoco ha incurrido el Tribunal *a quo* en equivocada o errónea interpretación del artículo 675 del mencionado Código, pues aún si resultase dudosa la última parte de la cláusula testamentaria a la que, con cierta vaguedad, se alude, en lo que concierne al punto debatido, el acuerdo siempre surge de la imposición testamentaria, y, conforme al citado precepto, en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el temor del mismo testamento, y eso es lo que, en definitiva, ha hecho el Tribunal *a quo* con su ponderada labor hermenéutica, sin vulnerar ninguna prohibición legal (contra lo arguido sobre este punto por la parte recurrente), armonizando la voluntad del testador con las reglas del derecho necesario y dando efecto a lo por aquel dispuesto, razones todas por las que tampoco puede prosperar este segundo motivo y, consiguientemente, debe declararse no haber lugar al primero de los recursos, sin adoptar acuerdo con relación al depósito, por no haber sido necesaria su constitución.

Considerando: Que en el segundo recurso, ostentando los recurrentes una posición antagónica a la sostenida en el formalizado por el actor, se articulan también dos motivos, amparándose el primero en igual ordinal del antes citado artículo 1692, en cuanto a la sentencia recurrida se comete infracción, por violación, de lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 665 del Código Civil, cuyo texto reproduce incluso cuando este precepto establece que en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del testamento, sosteniendo, en síntesis, los impugnantes que el Tribunal *a quo* no respeta la disposición testamentaria, al referir la condición, en tesis de los mismos, sólo a la *prohibición de enajenar*, siendo así que el testador impone esta prohibición como limitación a su hijo Augusto, a quien le prohíbe enajenar incondicionalmente, absolutamente y para siempre (no podrán ser enajenados por él) porque quiere que no salgan de la familia, del tronco de que proceden, porque son su reserva, lo suyo de hoy y la esperanza de mañana

Considerando. Que, en primer lugar, la Sala sentenciadora no desconoce la existencia y subsistencia de la norma invocada, ni yerra en la determinación de su alcance, debiendo señalarse, además, que conforme a constante y reiterada doctrina de esta Sala, corresponde a los Tribunales de instancia la facultad de fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo prevalecer su criterio sobre el del recurrente, siempre que no aparezca evidenciado el error de aquéllos en términos que contraríen la voluntad expresa del testador de modo manifiesto, pero en el presente caso, para mantener los recurrentes la interpretación que propugnan, comienzan con un minucioso examen analítico, separando con letras no los párrafos, sino las diversas frases que, en su conjunto, componen la cláusula debatida, sin buscar una interpretación sistemática, cuando muy reiteradamente tiene dicho esta Sala que *los testamentos*, así como los demás negocios jurídicos, *no se han de interpretar tomando sólo en consideración palabras o frases aisladas, sino la totalidad de la declaración de voluntad*, que es lo que hace acertadamente el Tribunal *a quo*, advirtiendo que en casos de duda, cual ya queda expuesto, debe observarse lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento, disposición ésta que el Tribunal de instancia indudablemente ha cumplido con buen sentido lógico, mas, por otra parte, justo es destacar la manera excluyente con que se produce el testador en su testamento ológrafo al decir sin otra limitación que «estos bienes raíces y en particular

la casa y Coto de Villabona no podrán ser enajenados por él...», advirtiendo que al referirse los impugnantes a la ambigua frase «posesión de su propiedad» omiten la palabra «plena», que la matiza («y no entrará en plena posesión de su propiedad hasta...»), frase íntimamente ligada con la conjunción y a la limitación de no ser enajenado por él, lo que indudablemente se contrae a una facultad dominical insita en el derecho de la propiedad, que en este caso el nombrado heredero no tendrá plenamente, es decir, con libre facultad de enajenar los bienes raíces, hasta que ocurran los acontecimientos previstos por el testador, pues es visto que la voluntad de éste en orden a la limitación sólo se orienta y proyecta sobre parte de la facultad genérica de disponer no enajenar, sin que en modo alguno se haya ordenado por el causante que tales bienes raíces permaneciesen en poder de ciertos familiares ínterin no se cumpliera lo previsto en el testamento, razones todas que derechamente conducen a la desestimación del motivo examinado.

Considerando: Que desechado ese primer motivo del mentado recurso, también decae y perece el motivo segundo, en el que se sostiene que la sentencia impugnada infringe por violación el artículo 1.114 en relación con el 691, ambos del Código Civil, pues la tesis básica en este motivo propugnada viene a asentarse en la interpretación subjetiva dada al testamento del causante por los propios recurrentes, y esa tesis ha sido rechazada al examinar y decidir el motivo anterior, por lo que falta la necesaria base para la aplicación de los preceptos que se dicen violados.

TESTAMENTO OLOGRAFO. NULIDAD. FIDEICOMISO DE RESIDUO. LEGÍTIMA. Artículos 691, 782 y 813 del Código civil (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1968).

La irregularidad procesal de no haber rubricado el Juez ni el Secretario las hojas del testamento ológrafo presentado para su protocolización no produce su invalidez.

La doctrina sobre los grados de invalidez del negocio jurídico tiene plena aplicación al testamento.

El fideicomiso de residuo no puede agravar la legítima que, como institución de orden público o derecho necesario, no puede ser derogada por la voluntad de los particulares.

Antecedentes.—Don A. J. C. murió el 23 de mayo de 1963 bajo testamento notarial de fecha 1 de diciembre de 1947 en el que, después de instituir herederos a sus dos únicos hijos, estableció en la cláusula final «que si su hijo J. J. R. fallece sin sucesión, los bienes que no hubiera enajenado o de que no hubiera dispuesto pasarán en usufructo a doña I. T. E.—nuera del testador, demandada, apelada y recurrida en este pleito—vitaliciamente y con relevación de fianza, pero sólo mientras se conserve viuda, y al fallecimiento de ella pasarán en absoluto dominio a la hija del testador, M. J. R.—actora, apelante y recurrente—y, si ésta hubiera fallecido, a sus hijos o descendientes».

Fallecido sin descendientes el hijo don J. J. R. el 30 de julio de 1964, bajo testamento ológrafo fechado el 2 de octubre de 1955 en el que instituye heredera universal a su esposa doña I. T. E., la hermana de aquél pretende frente a ésta que se declare la nulidad del testamento ológrafo por faltar en el mismo

el requisito esencial de forma de las rúbricas del Juez y Secretario, por contravenir la cláusula final del testamento paterno y por no ser autógrafo, definiéndose la herencia de don J. J. R. *abintestato* y, en cuanto corresponda, en conformidad con lo dispuesto en la repetida cláusula final del testamento paterno.

El Juzgado de Primera Instancia de Ibiza, estimando parcialmente la demanda, declaró la nulidad, salvo en cuanto dispone de bienes propios y de los integrantes de la legítima paterna, de la cláusula del testamento de don J. J. R. en cuanto contraviene la disposición final del testamento de su padre, y la validez en cuanto dispone de dichos bienes propios y de su porción legitimaria, así como de las demás cláusulas del mismo. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca confirmó la sentencia del Juzgado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y apelante en virtud de los siguientes argumentos.

Considerando: Que la doctrina sobre los grados de invalidez del negocio jurídico en general, tiene plena aplicación al testamento, con las especialidades derivadas de su naturaleza eminentemente formal, según una interpretación declarativa equidistante, por tanto, de la extensiva y de la restrictiva, como ha tenido ocasión de realizar la jurisprudencia de esta Sala, y con las peculiares consecuencias obligadas del negocio jurídico unilateral no recepticio *mortis causa*, que encarna, a diferencia del bilateral *inter vivos* insito en los contratos, con lo que serán, pues, causas de nulidad radical del testamento: la ausencia de capacidad del testador y la falta de forma prescrita como garantía de la realidad de la declaración de voluntad del causante.

Considerando: Que el apartado 1.º del artículo 4.º del Código civil se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino, como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la Ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una Ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales que puedan ser meramente accidentales con relación al acto de que se trate, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, máxime en aquellos casos en que exista una legislación especial que regule la materia, o el problema que se suscite recaiga en realidad sobre una materia que revista gran complejidad y no pueda quedar resuelta por la nuda y aislada aplicación de dicho artículo (sentencias de 19 de octubre de 1944, 28 de enero y 8 de abril de 1958, 8 de octubre de 1963, 22 de marzo y 2 de noviembre de 1965, 1 de febrero de 1966, 19 de enero de 1967 y 31 de mayo de 1968).

Considerando: Que concretamente el artículo 687 del Código civil dispone que será nulo el testamento en cuyo *otorgamiento* no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en las diversas secciones del Capítulo I del Título III del Libro III, que por lo que concierne al testamento ológrado se hallan contenidas en el artículo 688, que exigía, antes de su reforma por la Ley de 21 de julio de 1904, se extendiera en el papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento, y en la actualidad establece en el párrafo 2.º que para que sea válido este testamento, deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue, disponiendo también el artículo 689 que no será válido si no se presenta para su protocolización al Juez de Primera Instancia dentro de cinco

años contados desde el día del fallecimiento del testador, y no se obtiene ésta (caducidad).

Considerando: Que la aplicación de esta doctrina hace parecer el motivo primero del recurso, ya que ninguno de estos defectos formales se imputan al testamento ológrafo de 2 de octubre de 1955 otorgado por don J. J. R. para obtener su declaración de nulidad radical, sino el simplemente procesal de no haber rubricado el Juez ni el Secretario las hojas del documento presentado para su adveración y posterior protocolización según ordena el artículo 691, que ha de calificarse de irregularidad, que por sí misma no produce la invalidez, si, como en este caso ocurre, existió un sumario sobreseído por falsificación, y la sentencia recurrida declara probada su identidad y niega toda suplantación, afirmaciones de hecho no combatidas por el cauce adecuado con lo que han quedado firmes en casación.

Considerando: Que la legítima como institución de orden público o de derecho necesario no puede ser derogada por la voluntad de los particulares, por lo que el testador no podrá imponer sobre la legítima, gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo (artículo 813 y sentencias de 6 de marzo de 1891 y 9 de julio de 1917), no pudiendo las sustituciones fideicomisarias gravar nunca la legítima (artículo 782), procediendo análogamente en caso de fideicomiso de residuo, con lo que es visto que la sentencia recurrida no ha infringido por aplicación indebida los citados artículos ni por violación el 665, así como tampoco la doctrina legal invocada, en que pretende fundarse la argumentación del motivo segundo, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.

Comentario.—La declaración, contenida en el primer considerando, de «que la doctrina sobre los grados de invalidez del negocio jurídico en general, tiene plena aplicación al testamento, con las especialidades derivadas de su naturaleza eminentemente formal», llevaría a plantearse una serie de cuestiones doctrinales (v. gr.: posible distinción del binomio «validez-eficacia» y sus opuestos, diferenciación entre inexistencia y nulidad absoluta) que, aun siendo interesantes, no constituyen el objeto de la presente sentencia, la cual parece que apunta más bien a la distinción entre irregularidades relevantes e irrelevantes en orden a la validez de los testamentos, calificando entre estas últimas, con referencia al testamento ológrafo, la falta de rúbrica por el juez y el secretario de todas sus hojas, tal como dispone el artículo 691 del Código civil, por entender que la sanción de nulidad del artículo 687 afecta sólo a las formalidades relativas al otorgamiento, no a las posteriores (interpretación estricta). Esa declaración general de la sentencia ha de ser entendida con ciertas reservas, pues la reciente doctrina ha puesto de manifiesto las inconsecuencias en que se incide al intentar aplicar al testamento el sistema de anulabilidad (Vid. F. de CASTRO Y BRAVO: El negocio jurídico, Madrid, 1967, págs. 502-504).

Discutida la admisión y naturaleza jurídica del fideicomiso de residuo en el Código civil, frente a la regulación del mismo en la Compilación de Cataluña (artículos 210 a 215 y disposición transitoria 2ª), la presente sentencia da por descontado su posibilidad—el Código civil rige en Ibiza en este punto—y califica de tal al establecido por don A. J. C.; es de observar, sin embargo, que la disyuntiva «que no hubiera enajenado o que no hubiera dispuesto» (pues no parece posible equiparar ambas expresiones, lo que constituiría una reiteración superflua, impropia del tecnicismo de un testamento notarial), pudiera haber suministrado base para entender que en vez de un fideicomiso de residuo existía

una sustitución preventiva de residuo, en la que, a diferencia de aquél el fiduciario puede disponer no sólo por acto inter vivos, sino también por causa de muerte. Y sabido es que en materia de sustituciones fideicomisarias rige el principio in dubio, contra fideicomisso, es decir, favorable a la mayor libertad de disposición, que aunque no proclamada expresamente por el Código civil a diferencia de la Compilación catalana (artículos 165, 169), está latente en sus preceptos, como ha reconocido la jurisprudencia. Principio que, unido a lo anterior, pudiera haber llevado a una conclusión contraria a la mantenida en la sentencia, en la que, para decidir la litis debió pesar el hecho de ser el testamento ológrafo del hijo fiduciario anterior al notarial del padre fideicomitente. (Sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso de residuo y otras cuestiones relacionadas con el mismo puede verse R. C. D. I., núm. 460, páginas 881-884, en las que contiene el comentario a la Sentencia de 5 de julio de 1966)

FIDEICOMISO DE RESIDUO «SI ALIQUID SUPERERIT». PARTICION.
 Artículos 759 y 1.057, párrafo 2.º, del Código civil (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1969).

El fideicomisario de residuo no puede ostentar mayor rango que un heredero sometido a condición suspensiva que, mientras no se cumpla, sólo tiene una expectativa de derecho y no adquiere derecho alguno hasta que, fallecido el fiduciario, pueda saberse si hay o no residuo.

No es preciso observar las formalidades del artículo 1.057, párrafo 2.º del Código civil cuando alguno de los fideicomisarios de residuo sea menor de edad al tiempo de la partición.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los actores y apelados contra la sentencia de la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Estepa, conforme a los Considerandos que se transcriben, de los que los tres primeros contienen los antecedentes del caso debatido.

Considerando: Que, en realidad, la cuestión fundamental que el recurso plantea, siquiera lo haga por vía indirecta, se reduce a determinar el sentido y alcance de la cláusula 4ª del testamento abierto otorgado por doña I. C. G., el 21 de mayo de 1957, ante el Notario de Sevilla don Alberto Ballarín Marcial, en la cual la testadora, después de haber establecido varios legados en favor de distintas personas, manifiesta que «atribuye todos sus demás bienes a su esposo—don E. L. R.—para que los disfrute con la bendición de Dios y de la testadora», gravándolos a su vez con ciertos legados, que también especifica, y terminando por declarar que «dispone la testadora que su marido, si la sobrevive, pueda disponer a título oneroso de los bienes heredados, pero de todos aquellos que resten a su fallecimiento, por no haberlos enajenado por este título, o por haber ingresado en su patrimonio en sustitución de los vendidos, dispone a favor de sus sobrinos Angeles, Antonio, Carmen, Dolores, María, Macedonio, Clotilde, Claudia e Isabel, siendo el veinticinco por ciento para Macedonio y otro veinticinco por ciento para Claudia, y el restante cincuenta por ciento se repartirá, por igual, entre todos ellos, o sea, entre los nueve sobrinos que se acaban de citar.

Considerando: Que aunque las partes litigantes están conformes en la calificación que merece la institución jurídica creada por aquella cláusula, concepiéndola como un verdadero fideicomiso de residuo, discrepan, sin embargo, en el alcance de los derechos que atribuye a los llamados en segundo lugar, o sustitutos, pues mientras para los demandados y para la sentencia recurrida, lo fideicomisarios no tienen a su favor, sino una expectativa de derecho para adquirir su cualidad de herederos cuando se produzca el fallecimiento del primeramente instituido o heredero fiduciario y en el supuesto de que éste no hubiera dispuesto por actos onerosos, de todos los bienes que hubiere recibido de la testadora o fideicomitente; en cambio, para los demandantes-recurrentes, el sustituto que es llamado a una herencia en ese supuesto—fideicomisario—, es un verdadero heredero desde el momento del óbito del fideicomitente ya antes de que fallezca el fiduciario, y, por tanto, como el artículo 1.057 del Código civil no distingue entre herederos puros y condicionales, en tesis de los recurrentes, cuando cualquiera de tales herederos sea menor, deberá ser citado para la formación de inventario; de donde, concluyen, que al haberse realizado la partición de bienes litigiosa sin la citación de la entonces menor doña I. L. C.—que era una de las llamadas al fideicomiso de residuo—, debía ser declarada nula, por lo que, al no hacerlo así, la sentencia recurrida ha infringido el artículo 1.057, parágrafo 2.º, aludido.

Considerando: Que, aún prescindiendo de la confusión que parece reflejarse respecto al concepto de la infracción denunciada, que en el ingreso del motivo se afirma ser el de inaplicación de aquel precepto, y al final de él se concluye sosteniendo que no era aplicable, —confusión que ya sería bastante para hacerlo improsperable—, el problema que indirectamente viene a someter a la decisión de esta Sala es el relativo a la determinación de la verdadera cualidad que corresponde u ostenta la persona que es llamada a un fideicomiso de residuo, como simple fideicomisario; es decir, si puede calificarse de heredero desde el momento del fallecimiento del que ha creado el fideicomiso, y como tal heredero, tiene que ser citado para la formación del inventario de la herencia de dicho fideicomitente, si fuere menor de edad, para dar cumplimiento a lo que, a tal fin, dispone el artículo 1.057, invocado.

Considerando: Que sea cual sea el concepto que merezca el llamado fideicomiso de residuo, lo que no cabe duda es que en él, el fideicomisario presunto o en potencia, no puede ostentar mayor rango que el de un supuesto heredero, cuyo derecho se supedita a que se cumpla la posterior condición suspensiva a que se subordina su nacimiento, o sea, la de que el fiduciario fallezca dejando bienes procedentes del fideicomitente, de los cuales no haya dispuesto por actos onerosos; es decir, todo lo más, será un heredero sometido a condición suspensiva que, mientras no se cumpla, no tiene más que una simple expectativa de derecho, puesto que, como dispone el artículo 759 del Código civil, «el heredero o legatario que muere antes que la condición se cumpla, aunque sobreviva el testador, no transmite derecho alguno a sus herederos», sin que contra este precepto pueda prevalecer lo ordenado en el artículo 799 del mismo Cuerpo legal que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, se refiere realmente al heredero instituido a término incierto en el cual el día forzosamente ha de llegar aunque se ignore cuándo, *certus an, incertus quando*, —sentencias de 17 de marzo de 1934, 4 de marzo de 1952, 20 de octubre de 1954, 4 de diciembre de 1957, 26 de enero de 1959 y 22 de diciembre de 1961, entre otras muchas.

Considerando: Que si ello es así, se comprende que la jurisprudencia haya declarado, ya sin vacilaciones, que en el fideicomiso de residuo, los fideicomi-

sarios presuntos no adquieren derecho alguno hasta que la condición suspensiva se cumple, o sea, hasta que, fallecido el fiduciario, pueda saberse si hay o no residuo, por lo que, a la muerte del fideicomitente únicamente surge, en favor de los sustitutos, o presuntos fideicomisarios, una expectativa de derecho a adquirir el concepto de herederos cuando la condición suspensiva, a que se subordina el nacimiento de su derecho, se cumpla —sentencias de 28 de junio de 1947, 13 de noviembre de 1948, 26 de noviembre de 1951, 10 de julio de 1954, 21 de noviembre de 1967, 7 de enero de 1959, 21 de noviembre de 1960, 20 de octubre de 1962 y 31 de enero de 1963—, derecho que sólo se perfecciona cuando se extingue la vida del fiduciario o primer llamado —sentencia de 29 de enero de 1962—; doctrina ésta que admitió la Dirección General de los Registros, declarando en la resolución de 16 de septiembre de 1901, «que es obvio que la escritura de partición y adjudicación practicada por el primer instituido o fiduciario, es válida sin la concurrencia de los herederos llamados en segundo término o fideicomisarios».

Considerando: Que, en último término, si aún prescindiendo de todos esos razonamientos, se pudiera atribuir a los fideicomisarios, desde el óbito del fideicomitente, el carácter de herederos que no tienen, aún en esa hipótesis, tampoco el recurso podría prosperar; porque. a) alegado por los demandados, en su contestación, que para que la preterición de alguno de los herederos produzca la rescisión de la partición, es preciso que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados —artículo 1080 y sentencia de 5 de diciembre de 1959—; b) proclamado en la sentencia recurrida «que no aparece acreditado debidamente que, caso de existir dichas devaluaciones, se debieran a..., dolosa intención en perjuicio de los herederos demandantes», y c) no impugnadas estas apreciaciones de la sentencia, no podría tampoco declararse la rescisión de la partición litigiosa, aún en el supuesto de que la acción hubiera sido ejercitada dentro de plazo.

Considerando: Que en el motivo 2.º, los recurrentes, alegan que lo formulan «al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en el artículo 359 del mismo Cuerpo legal, por no contener la sentencia recurrida declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito», afirmándose que dicha sentencia no ha resuelto nada «sobre las pretensiones que con carácter subsidiario se formulaban en el apartado d) —sic— del escrito original de demanda», en el que se solicitaba con carácter subsidiario, la «declaración de que las operaciones particionales de los bienes relictos de doña Isabel Carrasco Corona, tienen el carácter de provisionales, careciendo su contenido de eficacia frente a los demandados», y sosteniéndose también, que en ninguno de los considerandos de tal sentencia, se estudia este problema de la provisionalidad de esas operaciones particionales.

Considerando: Que con referencia a este motivo de casación, conviene señalar: Primero. Que los recurrentes, con olvido de lo dispuesto en el artículo 1.720 de la Ley Procesal, no indican el concepto en que se supone cometida la infracción que acusan: Segundo. Que la sentencia no deja sin resolver esa pretensión de la demanda, por cuanto, en la parte dispositiva, declara que desestima «en su totalidad, la demanda originaria», de donde se desprende que las resuelve todas, aunque en sentido contrario al que postulaban los demandantes: Tercero. Que las sentencias totalmente absolutorias, son generalmente congruentes, salvo que se funden en supuestos de hecho no alegados por las partes: Cuarto. Que la incongruencia hay que referirla, también ge-

neralmente, a la parte dispositiva, o en su caso, a los Considerandos predeterminantes del fallo: Quinto. Que en el penúltimo de los razonamientos de la sentencia recurrida, se sienta la doctrina de que «desestimados los *petitum* sobre nulidad y rescisión de las operaciones particionales, es obvio, procede asimismo, desestimar los pedimentos derivados de dichas postulaciones en orden a frutos, liquidación y devolución de los mismos, *formular nueva partición...*» con cuyas alusiones, claramente se razona la desestimación de la pretendida declaración de provisionalidad de la partición impugnada.

Comentario.—Aunque pudiera entenderse que la sentencia viene a sostener, en definitiva, que el fideicomisario de residuo no es heredero hasta que se cumpla la condición de saber si existe o no remanente a la muerte del fiduciario, razón por la que el fideicomisario de residuo que sea menor al tiempo de la primera delación al fiduciario no implica que sea exigible observar en el inventario lo dispuesto en el artículo 1057, párrafo 2.º, del Código civil, no parece que lo primero deba llevarse a sus últimas consecuencias, porque:

A) la falta de necesidad de la citación e inventario conforme al artículo 1057 del Código civil puede justificarse desde otro punto de vista, consistente en que no se trata de coherederos o herederos simultáneos, como exige dicho precepto, sino de herederos que entrarán en el goce de los bienes sucesivamente; no hay concurrencia, sino separación cronológica.

B) Otra solución más radical conduciría a tener que distinguir dos momentos:

1.º Desde la muerte del fideicomitente hasta la muerte del fiduciario, en que puede saberse si hay o no residuo.

Para este momento se dice en la sentencia que el fideicomisario no es heredero. Si no es heredero, tendrá que ser legatario, cualidad que tampoco se afirma, pues *tertium non datur* (la *mortis causa capio* nada resuelve, en definitiva)

Se le califica en la sentencia de «fideicomisario presunto», lo que parece dar a entender que no es verdadero y propio fideicomisario, sin presunción alguna, hasta que, al morir el fiduciario, se sepa si hay o no residuo efectivo. Mas con ello se olvida la voluntad del testador, el cual nombra al fideicomisario para desde el momento de su muerte y no para desde la muerte del fiduciario. Precisamente porque el fideicomisario es tal, a partir de la muerte del testador, hay un fiduciario. Y ello abriría la posibilidad de poder ejercitar acciones en defensa de su eventual derecho sobre los bienes (v. gr.: impugnar la donación efectuada por el fiduciario sólo autorizado a disponer a título oneroso, sin esperar a la muerte de éste, en la que podría ser ineficaz la reclamación.)

La confusión que parece desprenderse de algunas consideraciones de la sentencia puede ser debida a involucrar lo que sólo es mero contenido cuantitativo (el hecho de que queden o no bienes al morir el fiduciario) con el llamamiento cualitativo de un ulterior sucesor, el cual es siempre llamado como tal con sus peculiares características, aunque ese llamamiento pueda no llegar a hacerse efectivo por falta de interés en el llamado al estar vacío de contenido económico cuando no existen bienes, convirtiéndose a la circunstancia cuantitativa en condicionante de la cualitativa, de cuya adquisición viene a ser determinante. Esto puede ocasionar algunas consecuencias absur-

das o, por lo menos, no justificadas. Así, ¿cómo se explica que el fideicomisario pueda accionar una vez muerto el fiduciario si inicialmente no quedan bienes y precisamente para obtenerlos frente a los actos simulados o fraudulentos del fiduciario? ¿Como admitir, no quedando inicialmente bienes, que el fideicomisario pueda satisfacer las deudas del fideicomitente—v. gr.: por respecto a su memoria—sin venir considerado como un gestor oficioso? Además no siempre será preciso esperar a la muerte del fiduciario (v. gr.: si enajena todos los bienes y consume la contraprestación, caso de actuar la subrogación).

Pese a todo esto y teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia, es muy conveniente indagar cuál sea la verdadera voluntad del testador para establecer, al redactar el testamento, la sustitución a favor de los descendientes del fideicomisario que premuera al fiduciario.

2.º A partir de la muerte del fiduciario y una vez se sepa ciertamente que hay residuo, sea éste poco o mucho, e incluso represente una ínfima parte de los bienes relictos, el fideicomisario viene ya considerado como heredero.

Frente a ello cabe decir que si el fideicomisario sucede al fideicomitente, lo que no se pone en duda, resulta anómalo hacer depender tal cualidad de la voluntad del fiduciario, quien puede a su arbitrio privar a aquél de esa cualidad sin más que enajenar todos los bienes (y consumir el equivalente si actúa la subrogación) o hacer que la conserve—salvo posible repudiación—, reservando una mínima parte de los bienes, meramente simbólica. Parece, por tanto, que deberá concluirse que el fideicomisario será heredero o legatario según la intención del testador, de acuerdo con el principio subjetivo o voluntarista de nuestro Código (Vid NÚÑEZ LAGOS, R.: Prólogo a la obra Testamentos y particiones, de M. ARMERO, t. I, Madrid, 1951, pág. XXIX) y que, en caso de duda, más bien parece que será legatario de parte alicuota (la que reste) o de una universalidad (si el fiduciario no ha dispuesto en absoluto de los bienes relictos), lo que explicaría, entre otras causas, que no fuera precisa en principio su aceptación (Cfr. en este sentido el artículo 204, párrafo 1.º, de la Compilación de Cataluña).

CAPACIDAD DEL TESTADOR *Enajenación mental. Testamento ológrafo.*
Artículos 660, 663, número 2.º; 664 y 666 del Código civil (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1968).

El testamento consiste en una manifestación de voluntad que presupone, para su eficacia, el grado de inteligencia suficiente.

La apreciación de la capacidad del testador es cuestión de hecho

Procede apreciar la incapacidad si consta en la sentencia de Primera Instancia, aceptada por la Audiencia, que de la prueba practicada resulta concluyente y categóricamente la esquizofrenia ininterrumpida de la testadora, cuya incapacidad se declaró judicialmente tres años después de la fecha del testamento ológrafo impugnado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander, conforme a la siguiente doctrina

Primer Considerando: Que, para resolver el presente recurso, es, ante todo, de tener en cuenta: A) Que, el testamento, bien se considere en su acepción romana que lo amplía, al definirlo, a cualquier disposición para después de la muerte, o en la más restringida del Código civil, que lo circunscribe a los actos de disposición de bienes, es una manifestación de voluntad que presupone, para su eficacia, el grado de inteligencia suficiente, para que se repute como un verdadero acto humano (sentencia de 11 de diciembre de 1962), y que participa de la naturaleza de todos los demás fenómenos psicológicos, que no son una «cosa» (elemento estático), sino un «proceso» (elemento dinámico), por lo que hay que referir, tal manifestación de voluntad, al momento mismo en que se formula, con los requisitos establecidos por la Ley: de ahí que en tal materia, el Código civil, disponga: a) que, no podrán otorgar testamento, los que habitual o accidentalmente, no se hallaren en su cabal juicio (número 2.º del artículo 663); b) que para apreciar la capacidad del testador, se atenderá únicamente, al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento (artículo 666 y c) como consecuencia de lo anterior que, el testamento, hecho antes de la enajenación mental, es válido (artículo 664) B) Que, la apreciación de si, en momento determinado, quien otorga testamento, reúne o no las condiciones psicológicas suficientes, para que el acto realizado, lo haya sido con la capacidad mental que la ley exige, es una cuestión de «hecho», siquiera por su especial índole, en la mayoría de los casos, requerirá conocimientos científicos para resolverla y, por tanto, la aportación pericial, aunque en otros, sean elemento valioso y hasta eficiente, los otros actos inmediata o coetáneamente realizados por el testador, en virtud del apotegma *operari sequitur esse* o la propia etiología de la enfermedad, precedente al otorgamiento; y, en todo caso, como tal problema fáctico, su resolución competirá, exclusivamente, a los juzgadores de instancia, sin más posibilidad de ser revisado en casación, que por la vía y con los requisitos que se establecen, en el número 7.º del artículo 1692 de la Ley Procesal.

Segundo Considerando: Que, en el caso de autos, tal elemento fáctico, queda en la instancia fijado así: A) La sentencia del Juzgado, cuyos considerandos se aceptan por la Sala de apelación, hace constar que, la prueba en su conjunto, de manera abrumadora, concluyente y categóricamente, acredita, de modo pleno que, la testadora, en la fecha del testamento, no se hallaba en su cabal juicio, no siendo tomadas en cuenta para hacer ésta afirmación, sólo las declaraciones testificales obrantes en autos, sino todas las actuaciones practicadas en el proceso y las del expediente de incapacidad en el que obran numerosos y competentes informes médicos, algunos de ellos coincidentes en el tiempo, con la fecha del otorgamiento y, asimismo, el examen de la testadora, hecho por la Autoridad judicial y el dictamen del Consejo de Familia, todo lo que lleva al convencimiento de que, la testadora, padeció, desde su edad juvenil, esquizofrenia, de carácter crónico, progresiva e incurable, que la incapacitaba, en absoluto, para regir su persona y administrar sus bienes, sin que se haya practicado prueba ninguna que permita suponer la existencia de algún intervalo lúcido B) La Sala sentenciadora, por su parte, añade que lo cierto y evidente es que de la prolijidad de las pruebas practicadas, resalta, sin dejar lugar a duda que, la testadora, se hallaba permanentemente y desde muchos años antes, en un estado de demencia tal, que la privaba de las facultades mentales, sin consentir intervalos de lucidez, de modo que, en el momento del otorgamiento, no sólo carecía de cabal juicio, sino que estaba afectada por la esquizofrenia que padecía y por todas las alucinaciones absurdas derivadas de su enfermedad, siendo muestra de su delirio amorio, el mismo testamento

en el que, con un trastorno completo de la afectividad, se supone casada y menciona a su inexistente esposo, con designación de nombre y apellidos, todo lo cual comporta de manera inequívoca que, el testamento, fue otorgado, bajo el completo desgoberno de la razón y del juicio.

Tercer Considerando: Que, a la vista de todo lo anterior y ante los tres motivos de que, el recurso, consta, basta con señalar: A) Que, en el primero, único que se deduce por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se denuncia error de derecho cometido en la valoración de la prueba, con infracción de lo dispuesto en los artículos 1.249 y 1.228 del Código civil, siendo así: a) que el artículo 1.249 del expresado Código, no establece norma alguna de valoración probatoria, sino de exigencia de prueba respecto al hecho de que se parte, para establecer una presunción, requiriendo que, el mismo, esté «completamente acreditado»; por ésto, si la denuncia de infracción de éste artículo, puede hacerse por el cauce del número 7.º del artículo 1.692, de la Ley de enjuiciar, como lo viene reconociendo la jurisprudencia de ésta Sala, ello requiere que se esté en el caso de que se haya utilizado, verdaderamente, la prueba de presunciones (lo que no ocurre en el actual) y de que, si se denuncia error de derecho, se cita la norma de valoración probatoria que haya sido violada, interpretada erróneamente o aplicada, de modo indebido; b) que, a tal fin, no sirve, en el caso de autos, la cita del artículo 1.228 del Código civil, pues si bien este precepto, establece la indivisibilidad probatoria, respecto a los registros, asientos y papeles privados que, si se aceptan, en lo favorable, no se pueden rechazar en lo adverso, se parte en el supuesto de que, la acción se dirija contra el que los ha escrito, lo que, evidentemente, no ocurre ni puede ocurrir en el caso de autos, ni tampoco si el error que se denuncia se quiere referir a los dictámenes periciales emitidos, como se indicó en el acto de la vista del recurso; c) que, a mayor abundamiento, no se precisa en qué concepto se ha cometido la infracción que, de los dos artículos mencionados, se denuncia, todo lo que patentiza la existencia de defectos de planteamiento o vicios formales que *per se y ab initio*, invalidan el motivo que se examina. B) Que, en el segundo motivo, se denuncia la infracción por inaplicación, del artículo 664 del Código civil, preceptivo de que, el testamento, hecho antes de enajenación mental, es válido y se apoya en la circunstancia de que, en el caso de autos, la declaración de incapacidad se hizo con marcada posterioridad, a la fecha del testamento; pero el motivo, en realidad, no sólo contradice los hechos declarados probados en la instancia y que han de ser respetados en éste trance, al no poder prosperar el único motivo que los combate, sino que, implícitamente, atribuye al artículo 664 del Código civil, lo que, éste, no dice, ya que su texto se refiere a la época anterior a la «enajenación mental» y no a la «declaración de incapacidad» que, lógicamente, ha de ser posterior a aquella, por lo que, el testamento hecho, una vez existente la deficiencia mental y antes de que, judicialmente, se declare, como ocurre en el caso de autos, es ineficaz, en aplicación, precisamente, del precepto legal que el recurrente estima inaplicado. C) Que, en el tercer motivo y por el mismo concepto, se denuncia como infringido, el artículo 660 del Código civil que manda, para fijar la capacidad del testador, atender, únicamente, al estado en que se halle al tiempo de formalizar su última voluntad, acusando que ninguna de las pruebas practicadas, se refieren a ese momento crucial, pero, en el motivo, se desconoce, también, la fuerza de los hechos, declarados probados en la instancia y no eficazmente combatidos en éste trance y se intenta sacar partido de la apreciación que hizo la Sala, al estudiar la petición deducida, sobre indignidad para suceder de uno de los demandados, extremo que quedó resuelto en la ins-

tancia, referente a que la testadora, pudiera haber obrado por su cuenta y sin obedecer a las insinuaciones, halagos o maniobras, atribuidos a aquél, lo que no quiere decir que, el Tribunal apreciase una inexistente capacidad, que desmienten todas sus afirmaciones, sino que se limitó a admitir una mera posibilidad, basada en la común observación de que la voluntad humana, sin el control de una mente normal, ofrece reacciones insospechadas, unas veces de sumisión, otras de indiferencia y no en pocas ocasiones de rebeldía, ante los estímulos y excitaciones procedentes del mundo exterior, por lo que, el motivo, carece también de base y no puede ser acogido.

Cuarto Considerando: Que al mostrarse claramente inviable, todos los motivos que integran el recurso interpuesto, procede la plena desestimación de éste con los pronunciamientos pertinentes, a tenor de lo prevenido en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Comentario.—Convenga tener en cuenta el carácter de mero obiter dictum de que «el testamento... en su acepción más restringida —que la romana— del Código civil, que lo circunscribe a los actos de disposición de bienes», sin poder ver en esta manifestación la consagración jurisprudencial del carácter exclusivamente patrimonialista del testamento, siendo de observar, además, que el testamento tiene una acepción más extensa que la romana en nuestro Derecho al no exigirse la institución de heredero para su validez, es decir, no ser acto de nombramiento de un sucesor a título universal, dándose ya desde la ley 1.ª del Título XIX del Ordenamiento de Alcalá el nombre de testamento a lo que, según el Derecho romano sería tan sólo un codicilo (disposición testamentaria singular, carente de institución de heredero), siquiera el Código civil haya desbordado el sentido de aquella ley al hacer compatibles las sucesiones universales testada e intestada.

CAPACIDAD DEL TESTADOR. *Testamento en peligro de muerte. Artículos 663, número 2.º, y 666 del Código civil (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1969).*

La apreciación de la capacidad del testador es cuestión de hecho.

Antecedentes.—Doña C. G. A. murió el 16 de noviembre de 1963 estando separada de hecho de su marido, don A. T. T., no obstante, lo cual, al saber éste el ataque de hemiplejía con evolución mortal que había sufrido aquella y a consecuencia del cual permaneció imposibilitada, privada de su inteligencia y de la facultad de hablar hasta su muerte, se presentó en el domicilio de su esposa en el que se instaló Doña C. G. A. otorgó testamento notarial abierto el 7 de febrero de 1962, a favor de unos vecinos y amigos, sin mencionar a su marido, quien dice haber otorgado su esposa a su favor un testamento ante testigos el 11 de noviembre de 1963 —cuando él ya se había instalado en la casa de ella— consiguiendo su protocolización, por lo que presentada demanda contra el marido por las personas beneficiadas por el testamento notarial, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de La Coruña declaró la nulidad del testamento hecho sólo ante testigos y la validez del notarial Confirmada esta sentencia por la de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de aquella capital, el Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, desestima el recurso interpuesto por el demandado y apelante, en mérito a las siguientes consideraciones.

Considerando: Que siendo doctrina constante de esta Sala que la apreciación de la capacidad del testador es una mera cuestión de hecho, sometida por modo exclusivo a la competencia del Tribunal de instancia, sin que quepa otra impugnación que la amparada en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es de anotar que afirmándose en el Considerando primero de la sentencia recurrida que «como respaldece del resultado que en su conjunto ofrece la prueba aportada y practicada en los autos, exhaustivamente analizada y valorada con indudable acierto en la sentencia apelada, doña María del Carmen García carecía de la necesaria capacidad para otorgar el testamento litigioso, ya que a consecuencia de un ataque cerebral sufrido en los primeros días del mes de noviembre de 1963 —hemiplejía con evolución mortal— quedó privada de la palabra y lucidez mental, falleciendo sin recobrar ambos sentidos el 16 de dicho mes», los únicos motivos que se articulan para impugnar ese hecho son el 4.º y el 7.º, pero como aquél acusa la infracción de las normas y doctrinas legales referentes a la prueba pericial por la vía inadecuada del número primero de dicho precepto, y el segundo, encausado si por la vía del referido número 7.º, denuncia la existencia de error de derecho en la apreciación de las pruebas, más no invoca ninguna norma legal sobre esta materia que reputa infringida, ambos motivos tienen que perecer.

Considerando: Que firme en casación el hecho de la incapacidad mental de la testadora, ven por su base los tres motivos iniciales del recurso: el primero, porque los juzgadores de instancia interpretan los artículos 663, número 2.º, y 666 del Código civil, así como la doctrina legal que los desarrolla, en el recto sentido derivado de sus propios términos, pues para apreciar la incapacidad de la testadora atienden, no sólo a su estado en los días anteriores, sino al de la misma al tiempo del otorgamiento de la declaración de última voluntad, y estiman que en tal momento no se hallaba, accidentalmente, en su cabal juicio; y los motivos 2.º y 3.º, porque el recurso de casación se da contra el fallo, no contra aquellos Considerandos de la sentencia que no constituyen el verdadero fundamento del mismo, razón por la cual son en un todo intrascendentes las reflexiones intercaladas en los Considerandos de la recurrida y en los de la primer grado aceptados por la impugnada, referentes a la interpretación de los artículos 773 del Código civil y de la doctrina legal concordante, así como al tema de la carga de la prueba, dado que el pronunciamiento del fallo relativo a la nulidad del testamento se apoya realmente en el hecho de la incapacidad mental de la otorgante, afirmado por los juzgadores después de apreciar en conjunto la totalidad de las pruebas practicadas en el juicio, tanto a propuesta de la parte actora como de la demandada.

Considerando: Que no mejor suerte han de correr los motivos 5.º y 6.º si se tiene en cuenta: Primero. Que, según la doctrina uniforme de esta Sala, la incongruencia hay que deducirla no de la simple y escueta comparación de la parte dispositiva de la sentencia con la pretendida digo pretensión del actor, sino con esta pretensión tal y como queda modelada y delimitada por la posición que sobre ella adoptó el demandado, por lo que si bien los accionantes solicitaron que se condenase lo convenido a que pusiera a disposición de aquéllos los bienes que se describían en el hecho 8.º del escrito de demanda y demás que viniera disfrutando a título de heredero de la testadora, con los frutos e intereses percibidos por tal concepto, no puede olvidarse que el interpelado contestó a esta petición alegando que sobre ella había que estar a lo que «en su día, y cuando proceda, resulta», visto lo cual es obvio que está desautorizado el ahora recurrente para tachar de incongruente a la sentencia que, aceptando de modo implícito su alegación y teniendo presente, además,

que al mismo le correspondía la legítima viudal sobre los bienes pretendidos, remite la entrega de éstos «y demás que proceda, a las reglas de las disposiciones testamentarias». Segundo: Que el artículo 372, número 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no tiene carácter substantivo a efectos de casación, por lo que no puede servir de base a un recurso por infracción de Ley. Tercero: Que la contradicción a que se refiere el artículo 1.692 y número 4.º, de la Ley citada es la que vicia las disposiciones del fallo, no la que, según el parcial criterio del recurrente, pueda existir entre dichas disposiciones y los Considerandos de la resolución impugnada o entre éstos y los aceptados de la sentencia apelada.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

POR RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

SOCIEDAD IRREGULAR. RESPONSABILIDAD DE LOS GESTORES POR LOS ACTOS QUE A NOMBRE DE UNA SOCIEDAD CONSTITUIDA EN ESCRITURA PÚBLICA, PERO AUN NO INSCRITA EN EL REGISTRO MERCANTIL, CELEBREN CON TERCEROS (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1969).

Antecedentes.—Convenido por el gerente de una sociedad anónima, constituida en escritura pública, pero aún no inscrita en el Registro mercantil, la redacción de proyectos de obras con el arquitecto demandante; éste, ejecutado el encargo, demandó a la Sociedad por el importe de sus honorarios profesionales, y posteriormente, contra el gestor por el mismo concepto. Acumuladas ambas demandas, el Juzgado desestimó la demanda inicial y estimó la segunda, fallo confirmado en apelación. Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo declara no haber lugar, en virtud de la siguiente doctrina:

Considerando: Que... la alegación de infracción por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, no puede prosperar, porque aún suponiendo que la proposición inicial del párrafo primero de dicho artículo describa uno de los casos de la figura conocida por la dogmática jurídica por el nombre de «invalidez o validez suspendida, pendiente, incierta o eventual», caracterizada porque en el período intermedio entre la fecha del contrato y aquella otra en que tengan realidad los demás requisitos particulares para la validez del negocio, aquel contrato no puede calificarse todavía ni de válido ni de inválido, y, por consiguiente, tampoco de válido condicionalmente, como pretende el recurrente, lo cierto es que cualquiera que pueda ser la utilidad de esta construcción conceptual para la solución de otros problemas interpretativos provocados por el mencionado artículo séptimo, párrafo primero, proposición primera, no juega, en cambio, ningún papel en la decisión del que sustancialmente fue objeto del segundo proceso y lo es del presente recurso, que gira en torno a la determinación del momento de nacimiento de la responsabilidad «ex lege» de los gestores, prevista en el inciso segundo del mismo párrafo y artículo, por cuanto que para resolverlo basta y sobra con tener presente: Primero. El texto de aquel inciso, cuya frase inicial, «en su defecto», se refiere al defecto o falta de los requisitos enunciados en la proposición primera de igual párrafo; pero teniendo en cuenta que la falta del primero, o sea, de la inscripción en el Registro mercantil, implica necesariamente la imposibilidad jurídica de la producción del segundo, llano es que el defecto de tal inscripción es suficiente para desatar la responsabilidad de los gestores, siempre que las personas con las que hubieren contratado en nombre de la sociedad reclamen, antes de practicarse aquella, el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato. Segundo. La «ratio Legis» del comentado artículo

séptimo, ya que conteniendo éste una serie de disposiciones dictadas en favor de las personas que contrataron con los gestores, lejos de encontrarse protegido, quedaría en el mayor desamparo al tercero si éste tuviese que esperar «sine die», y no sólo indefinida, sino hasta eternamente, si ello fuese hacadero, a qué acaso llegara a inscribirse la sociedad en el Registro mercantil y a que dentro del plazo de tres meses ratificara o no el contrato, para ejercitar su acción contra ella, en el primer caso, o contra los gestores o cualquiera de ellos, en el segundo, cuando por el contrario, la Ley establece la responsabilidad de los gestores precisamente para dejar a cubierto los intereses del tercero contratante del menoscabo que pudieran sufrir a causa de la falta de constitución de la sociedad en la forma prescrita por la misma Ley para sancionar con especial rigor y ejemplar severidad la inobservancia de las imperativas normas del artículo sexto de la Ley de régimen jurídico de las sociedades anónimas; por lo que, en definitiva, debe declararse que frente a las personas con las que hubieran contratado en nombre de la Sociedad, son solidariamente responsables los gestores si en el momento de consumación del contrato no está inscrita aquella en el Registro mercantil, sin perjuicio, claro es, de las acciones que frente a la Sociedad competan al gestor o gestores que hagan efectiva su responsabilidad si posteriormente llegan a realizarse los actos jurídicos a que el tan repetido artículo séptimo, párrafo primero, inciso primero, subordina la validez del contrato concluido en nombre de la Compañía antes de su inscripción.

SOCIEDADES ANONIMAS. CARACTER DEL PLAZO QUE HA DE MEDIAR ENTRE LA PRIMERA Y LA SEGUNDA CONVOCATORIA DE LA JUNTA DE ACCIONISTAS. *No ha de entenderse infringido el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas (que exige medie al menos veinticuatro horas entre la primera y la segunda reunión de la Junta general), si en la convocatoria se indicó que mediarían sólo dos horas; porque la Junta se celebró con todos los requisitos en primera convocatoria (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1969).*

III. TITULOS VALORES

LETRA DE CAMBIO. COMPETENCIA DE LAS ACCIONES DE ELLA DIMINANTES. *La acción ejecutiva que nace de las letras de cambio compete al Juez del lugar del domicilio del pagador, aunque en el contrato causal se haya pactado sumisión a otro Juzgado (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1969).*

Considerando: Que. en el caso de autos se ejercita una acción ejecutiva derivada de una letra de cambio librada a la orden del Banco P. y aceptada para su pago en el domicilio del aceptante en Ayamonte y endosada al Banco E. de dicha población lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 del Código de Comercio, supone la transferencia de la propiedad y evidencia que la letra en cuestión ha trascendido de la simple facilidad de pago directo entre librador y librado, para incorporarse al derecho cambiario, en cuyo supuesto hay que tener presente que el conocimiento de la acción ejecutiva que, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 521 del Código de comercio nace de la letra

de cambio, compete al Juez del lugar designado por el mismo librador, mediante la aceptación de aquella, o sea al del domicilio del pagador; sin que obste la circunstancia de que en el contrato originario se haya pactado sumisión, cuando la acción ejercitada fue la procedente, no de este último, sino del de cambio; doctrina reiterada sin interrupción por este Tribunal desde sentencias tan antiguas como las de 14 de diciembre de 1895, 15 de febrero de 1905 y 21 de diciembre de 1909, hasta las más modernas de 9 de julio de 1947, 28 de noviembre de 1953 y 9 de marzo de 1965, entre otras muchas que pudieran citarse (decide fallando la competencia en favor del Juzgado de Ayamonte).

IV. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

NULIDAD DEL AVAL CAMBIARIO PRESTADO POR MUJER NO COMERCIANTE EN FAVOR DE SU MARIDO COMERCIANTE, CUANDO AMBOS CONYUGES SON DE REGIONALIDAD CATALANA. PRELACION DE FUENTES EN CATALUÑA. EL DERECHO FORAL COMO SUPLETORIO DEL CODIGO DE COMERCIO, CON PREFERENCIA AL CODIGO CIVIL. INTERPRETACION DE LA EXPRESION "DERECHO COMUN" DEL ARTICULO 50 DEL CODIGO DE COMERCIO (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1968)

Antecedentes.—Como consecuencia de las operaciones mercantiles del comerciante don L., la Sociedad T. giró a su cargo unas letras de cambio que avaló la mujer de don L., doña M. (que no es comerciante). Ambos conyuges, don L. y doña M., son de regionalidad catalana. Impagados los efectos cambiarios, y en base al aval en ellos consignado por doña M., la Sociedad T. obtiene embargo de bienes, algunos de ellos anotados en el Registro de la Propiedad. Otro acreedor de don L. insta la nulidad del aval cambiario y consiguientes embargos y anotaciones preventivas; demanda que no prospera ni en primera instancia, ni en apelación.

El Tribunal Supremo accede al recurso de casación, estimando íntegramente la demanda en su segunda sentencia, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que son hechos incontrovertidos en los presentes autos: Primero. Que los cónyuges don L. y doña M. son de regionalidad catalana. Segundo. Que la esposa doña M. no es comerciante. Y tercero. Que todas las operaciones concertadas entre don L. y la Sociedad T., y por consiguiente las letras giradas para pago del precio y avaladas por la esposa, son posteriores al momento de la entrada en vigor de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 21 de julio de 1960.

Considerando: Que, asimismo, incontrovertida la naturaleza mercantil del aval cambiario, la discrepancia fundamental en cuanto a la determinación del concepto de «Derecho común» a que se remite para regular la capacidad de los contratantes el artículo 50 del Código de Comercio, que mientras la sentencia recurrida interpreta como referida al Código civil, con exclusión del Derecho civil foral o especial, la parte recurrente estima que alcanza tanto al Código civil, como al Derecho particular de las regiones, según sea el ordenamiento

civil aplicable en el caso concreto, en el actual la Compilación catalana, atendida la regionalidad de los cónyuges contratantes, reconocida expresamente en... la sentencia de la Audiencia, y específicamente el artículo 322-1, violado en consecuencia al no ser aplicado.

Considerando: Que, con arreglo al artículo 12 del Código civil, éste rige sólo como Derecho supletorio de las regiones forales, para el único efecto de suplir deficiencias y vacíos de su legislación, sin que este carácter autorice para corregir o enmendar lo que se encuentre previsto —sentencia de 8 de junio de 1904, 9 de julio de 1917 y 16 de mayo de 1918—, y, desenvolviendo este precepto, dispone el artículo primero de la Compilación catalana, que sus disposiciones rigen con preferencia al Código, y sólo en lo no previsto en aquella se aplicará dicho Código en lo que no se oponga a la citada Compilación (Disposición final segunda), de donde resulta que la prelación de fuentes legales en la Región Catalana atribuye la primacía a su Derecho civil especial contenido en su Compilación, el que es de aplicación primordial y preferente en todas las materias reguladas por la misma.

Considerando: Que al referirse el artículo 50 del Código de Comercio a las reglas generales del Derecho común, para regular la capacidad de los contratantes, es indudable que esas reglas son las constituidas por la del Código civil, que contiene los principios fundamentales de la contratación, pero al aplicarse en este caso el Derecho civil especial de Cataluña con preferencia, hay que entender que el concepto de Derecho común se refiere a la legislación que contiene dichos principios fundamentales, tanto si está en el Código civil como en el Derecho regional, y como este es el aplicable en el presente recurso, no cabe duda que ese Derecho común para los catalanes está integrado por su Compilación, y como el artículo 322-1 de la misma, decreta la nulidad de pleno derecho de la fianza prestada por la mujer casada a favor de su marido, precepto que es de régimen observancia..

Considerando: Que.. declarado por la Audiencia que la avalista doña M. es catalana y no es comerciante, a tenor del apartado primero del artículo 3 de la Compilación «los efectos de los estatutos personal, real y formal en Cataluña, y para los catalanes, así como la condición de tales en relación con los demás territorios y personas de diferente legislación civil, se regirán por las normas establecidas en el Título Preliminar del Código civil y disposiciones concordantes», con lo que la capacidad contractual de los cónyuges recurridos, debe regirse por su ley personal (artículo 14 en relación con el 9.º), que es la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña (artículo 15, apartado último), y aún cuando se interpretase como una prohibición la norma del apartado primero del artículo 322 de dicha Compilación, se llegaría al mismo resultado, relacionando el artículo 14 del Código civil con el apartado tercero del artículo 11 del propio Cuerpo legal, coincidiendo en este caso con la Ley Territorial.

Considerando: Que la aplicabilidad al caso de autos del apartado primero del artículo 322 de la Compilación hace estimables los restantes motivos del recurso, ya que de modo terminante establece dicho precepto legal que «será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido...», con lo que está proclamado, como su precedente histórico, la Auténtica. «Si qua mulier», la nulidad radical, por ministerio de la Ley de los avales controvertidos, para cuyo ejercicio se encuentra plenamente legitimado el acreedor perjudicado, procediendo por todo lo expuesto la estimación del recurso.

Comentario.—Esta sentencia, cuyo ponente es don Francisco Bonet Ramón, resuelve el problema, de indudable interés (1), de la aplicabilidad del Derecho foral en el ámbito mercantil, cuando este Ordenamiento llama al Derecho común para llenar sus lagunas, cual hace, para los contratos, el artículo 50 del Código de comercio. Entonces hay que decidir si ese «Derecho común» llamado lo es el Código civil, incluso para las regiones forales y con preferencia a las disposiciones de éstas; o si, por el contrario, deben aplicarse las normas del Derecho foral antes que el Código civil.

La primera solución parece fue adoptada por las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1898, 29 de abril de 1899 y 18 de marzo de 1911, lo que mereció la crítica de algún autor, como VICENTE Y GELLA, que estimó que el Derecho, llamado supletorio en el artículo 50 del Código de comercio, tiene que ser el Derecho foral, con preferencia al Código civil.

La sentencia que comentamos se decide, de modo claro y sin lugar a dudas, por la aplicabilidad del Derecho foral, con preferencia al Código civil, partiendo de la situación fáctica de ser ambos cónyuges de regionalidad catalana, no ser comerciante la avalista y ser todos los actos posteriores a la entrada en vigor de la Compilación catalana. Y aquí cabe preguntar, ¿hubiera seguido la misma solución el Tribunal Supremo, si todos o algunos de los actos se hubieran ejecutado antes de regir la Compilación?

Finalmente, consignemos que ese artículo 322 de la Compilación catalana, que prohíbe a la mujer casada afianzar por su marido (recogiendo la Auténtica «Si qua mulier») y base de la resolución judicial del Tribunal Supremo, así como el anterior precepto 321, que la prohíbe interceder por otro, que recogió el Senado Consulto Velezano, pudieron no haber sido regulados por la Compilación de Cataluña, como sostuvo FAUS en la «Revista Jurídica de Cataluña».

VI. QUIEBRAS Y SUSENSIONES DE PAGOS

PRIORIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSION DE PAGOS SOBRE EL DE QUIEBRA. *Declarado, mediante auto, concluido el expediente de suspensión de pagos, este procedimiento queda caducado y no se puede, con posterioridad a su fecha, demandar depuración de responsabilidad a los consejeros de la Sociedad* (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1968).

Antecedentes.—Mediante auto firme del Juzgado competente, fue declarada en estado de suspensión de pagos, con la calificación de insolvencia definitiva, a la Sociedad Anónima M. Posteriormente, el Ministerio Fiscal dedujo demanda para exigir responsabilidades a los consejeros de dicha Entidad, pretendiendo sea declarada fraudulenta dicha insolvencia. El Tribunal Supremo no accede a lo solicitado, casando la sentencia de la Audiencia, mediante la siguiente:

Doctrina.—Considerando: Que al establecer la Ley de 26 de julio de 1962 un procedimiento de prioridad de suspensión de pagos sobre el de quiebra,

(1) Así lo debieron considerar los programas de Registros de 1948 y de Notarías de 1945, que, al tratar de las fuentes del Derecho mercantil, incluían una pregunta, que decía: «Valor del Derecho foral en materia mercantil».

con el pensamiento de coordinar la depuración de las causas de la insolvencia y de ofrecer al deudor posibilidades de rehabilitación y a los acreedores medios de reparar su quebranto económico (sentencias de esta Sala de 29 de diciembre de 1927 y 8 de noviembre de 1941), bien claramente queda establecido que, si tal proceso previo llega a su consumación con el acuerdo entre el suspenso y sus acreedores, dictándose el auto de insolvencia definitiva, deberán depurarse las responsabilidades en que hayan podido incurrir el comerciante suspenso o los Consejeros o Gerentes de las Compañías Mercantiles que obtengan tal declaración, como ordena el artículo 20 de la Ley; pero si, por el contrario, no llega a tal acuerdo por alguna de las causas señaladas en su artículo 13, el Juez viene obligado a declarar legalmente concluido el expediente, alzándose la suspensión de los procedimientos pendientes contra el deudor y quedando desde ese momento en libertad los acreedores, como declaró la sentencia de 4 de marzo de 1929, para ejercitar sus acciones y poder instar el procedimiento de quiebra; consecuencia de todo lo cual es que el proceso previo de suspensión de pagos queda sobrepuesto, concluido legalmente, como dice la Ley, en todos sus extremos y derivaciones.

Considerando: Que sentada la anterior doctrina y acreditado en las actuaciones que, al no haber concurrido a la Junta de acreedores el número suficiente para tomar acuerdos, se dictó por el Juzgado el auto de 16 de enero de 1965, por el que, cumpliendo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley especial, se declaró legalmente concluido el expediente; es a todas luces evidente que el procedimiento quedó caducado y sin ulterior curso ni recurso, por lo que la demanda para la depuración de responsabilidades, de fecha posterior al auto, en 2 de junio de 1965, no podía prosperar, y la sentencia recurrida, al acogerla, aplicó indebidamente el artículo 20 de la Ley de 26 de julio de 1922.

LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE PAGOS NO PUEDE REPRODUCIRSE SUCESIVAMENTE POR EL DEUDOR EN PERJUICIO DE SUS ACREEDORES, PRETENDIENDO HACER VALER EL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY DE SUSPENSIÓN DE PAGOS (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1968).

Los antecedentes se deducen del considerando que transcribimos:

Considerando: Que el derecho que los artículos 875 y número 2.º del Código de comercio y 1.323 de la Ley de Enjuiciamiento civil, conceden a determinados acreedores para solicitar la declaración de quiebra del comerciante que total o parcialmente (sentencia de 9 de junio de 1932) hubiere sobrepuesto en el pago de sus obligaciones, si bien por imperativo de lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922, no puede ejercitarse durante el período de tiempo en que se tramite el expediente de suspensión de pagos promovido por el último al amparo de los artículos 2 de la Ley especial y 871 y 930 del expresado Código, no debe en cambio, quedar paralizado indefinida y continuamente por la circunstancia de que el deudor provocare de forma sucesiva la adopción de la medida prevista en el párrafo 2.º del artículo 13 de la mencionada Ley y el nacimiento de unas nuevas actuaciones idénticas a las anteriores: Primero, Porque la aprobación de semejante conducta por parte de los Tribunales equivaldría a proteger la realización de verdaderos actos *in fraudem legis* dirigidos a frustrar los designios del legislador

en materia de quiebras y ocasionar a los acreedores perjuicios irreparables, impidiéndoles ejercitar sus legítimos derechos en contra de la doctrina que proclama la sentencia de esta Sala de 4 de octubre de 1905; Segundo. Porque la norma contenida en el párrafo tercero del referido artículo 9 constituye un privilegio de carácter excepcional establecido en beneficio del deudor, que debe ser interpretado restrictivamente en virtud del apotegma jurídico *exceptio est strictissimae interpretationis*, dado que la regla general a que deben ajustarse estos procedimientos se caracteriza por su celeridad y por la tendencia a evitar posibles dilaciones (sentencia de 18 de abril de 1929); y Tercero. Porque la extinción del estado de suspensión de pagos por causas imputables al comerciante, lejos de servir para prolongar esa situación y eludir el cumplimiento estricto del precepto consignado en el artículo 1.131 de la Ley de trámites, en relación con el 873 del Código mercantil, implica el reconocimiento del cese en el pago de sus obligaciones, y da margen a que los acreedores puedan instar las acciones que les confieren los artículos 874 a 876 de dicho Cuerpo legal, según se desprende de las sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 1892, 3 de mayo y 26 de noviembre de 1897, 26 de octubre de 1904, 24 de marzo de 1906 y 4 de marzo de 1929.

LO ACTUADO EN EL EXPEDIENTE DE SUSPENSION DE PAGOS ES DE PREFERENTE CUMPLIMIENTO A LA PETICION DE DECLARACION DE QUIEBRA. Existiendo convenio de acreedores en la suspensión de pagos, declarado a instancia de la Entidad deudora, ésta no puede pedir por sí y obtener la declaración de quiebra, mientras no se den los supuestos que la Ley autoriza para ello, a petición de los acreedores y no del deudor. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1969).

S. de F.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

EL ARBITRIO DE PLUS VALIA Y LAS VIVIENDAS
DE PROTECCION ESTATAL

SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1969.

I. PLANEAMIENTO.

A. *La Ley de régimen local*

La Ley de régimen local, en su artículo 521, regula el régimen de bonificación tributaria que, a efectos del arbitrio de plus valia, se reconoce a la adquisición de terrenos para viviendas protegidas. A tal efecto, dispone: «1. Gozarán de una reducción equivalente al 90 por 100 de este arbitrio los terrenos ocupados por casas que hayan obtenido la calificación de protegidas y los pisos de las casas mixtas que hayan obtenido igual declaración. Esta reducción empezará desde el día en que se notifique la calificación definitiva de las respectivas casas o pisos, y durará veinte años. 2. La referida reducción se aplicará también a las transmisiones de terrenos o solares adquiridos para la construcción de viviendas protegidas, cuando en el documento público de adquisición se haga constar este destino. 3. En el caso de que se contrae el número anterior, la liquidación de este arbitrio quedará suspendida por plazo de seis meses, a fin de que los interesados puedan justificar la aprobación del terreno de que se trata por el Instituto Nacional de la Vivienda, concediéndose entonces la bonificación o reducción aludida y, si no lo hicieren, se practicará la liquidación correspondiente, exigiéndose el interés legal de demora por el aplazamiento, consecuencia de la referida suspensión.»

De este precepto, interesa destacar:

a) Que se refiere a «casas que hayan obtenido la calificación de protegidas y los pisos de las casas mixtas que hayan obtenido igual declaración».

b) Que para gozar de aquellos beneficios era requisito esencial la presentación de la correspondiente calificación dentro del plazo de seis meses durante el cual quedaba en suspenso la liquidación.

c) Que el texto del artículo 521, tal y como figuraba en el texto articulado de la Ley de régimen local de 1950, se mantuvo en el texto refundido aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955.

B. *La legislación sobre viviendas de protección estatal.*

Pero después del texto articulado de 1950, se produjeron importantes modificaciones en el régimen tributario de las viviendas de protección estatal, y, concretamente, a efectos del arbitrio de plus valia. Merecen destacarse las siguientes disposiciones:

1. *La legislación sobre viviendas de renta limitada.*

La Ley de 15 de julio de 1954, artículo 13, párrafo segundo, disponía: «La bonificación establecida en el párrafo anterior se aplicará también al arbitrio sobre incremento de valor de los terrenos en las transmisiones que de éstos se realicen con destino a la construcción de viviendas de renta limitada».

El Reglamento dictado en desarrollo de aquella Ley, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, en su artículo 31, párrafo segundo, dispone: «En virtud de esta declaración se extenderá el contrato sin el Timbre del Estado y la Oficina Liquidadora del Impuesto de Derechos reales consignará la nota de exención, que tendrá carácter provisional. Dentro del plazo de un mes, desde la fecha de calificación de las viviendas, el propietario vendrá obligado a presentar de nuevo el contrato en la Oficina Liquidadora y a justificar mediante certificación del Instituto Nacional de la Vivienda el otorgamiento de aquella calificación, a fin de que la exención provisionalmente declarada se eleve a definitiva».

Y, en el último párrafo, dice: «La bonificación del 90 por 100 en el arbitrio sobre incremento de valor de los terrenos, en las transmisiones que de éstos se realicen con destino a la construcción de 'viviendas de renta limitada', se concederá en términos análogos a los establecidos en los párrafos precedentes para el impuesto de Derechos reales por los Ayuntamientos respectivos, que podrán también exigir el pago de las diferencias cuando no hubiera tenido lugar la realización del proyecto».

2. *La legislación sobre viviendas de protección oficial.*

El Decreto 2.131/1963, de 24 de julio, aprueba el texto refundido de la legislación sobre viviendas de protección oficial, y en su artículo 14, párrafo 2.º, dispone: «La bonificación del 90 por 100 se aplicará también al arbitrio sobre incremento del valor de los terrenos en las transmisiones con destino a la construcción de viviendas de protección oficial y en la primera transmisión de éstas, así como a la tasa de equivalencia que le sustituye en cuanto a las Sociedades, en las condiciones que reglamentariamente se determinen. Para gozar de esta bonificación deberán cumplirse los mismos requisitos que se exigen en el número 1, A), apartado primero, del artículo 10».

Y el artículo 10, apartado A), párrafo 1.º, dice: «Los contratos de promesa de venta, adquisición por título oneroso, arrendamiento y cesión gratuita de los terrenos, así como los del derecho de superficie y de elevación de edificios. La existencia de construcciones que hayan de derribarse para edificar no será obstáculo para gozar de la exención. Para el reconocimiento de esta exención bastará que se consigne en el documento que el contrato se otorga con la finalidad de construir «Viviendas de Protección Oficial» y quedará sin efecto si transcurriesen tres años a partir de dicho reconocimiento sin que se obtenga la calificación provisional».

Por Decreto 2.114/1968, de 24 de julio, se aprueba el Reglamento, del que merecen destacarse los siguientes preceptos:

—El artículo 43, apartado 1.º, A, 1. que viene a reproducir el correlativo del texto refundido de la legislación (art. 10, apartado 1, párrafo 1.º).

—El artículo 47, que viene a reproducir el artículo 10 del texto refundido.

C. PLANTEAMIENTO.

Ante la disparidad de normas se plantea el problema de si la bonificación del arbitrio de plus valia a favor de las viviendas de protección estatal se rige por la Ley de régimen local o por las disposiciones sobre las respectivas viviendas.

II LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

A. *Precedentes.*

1. *Tribunal Supremo.*

El Tribunal Supremo se había ocupado del tema en algunas sentencias. Concretamente, en las siguientes:

La sentencia de 17 de mayo de 1963, que aceptó el siguiente considerando de la sentencia apelada. «Que la legislación vigente a la fecha del otorgamiento de la escritura de compra por los hermanos O. L. y C. S. del solar a que se refieren estos autos, que lo fue en 17 de enero de 1956, estaba constituida por la Ley llamada de 'viviendas de renta limitada' de 15 de julio de 1954, Reglamento para su aplicación de 24 de junio de 1955 y la Ley de Régimen local aprobada por Decreto de 24 de junio de 1955 que modificó la de 16 de diciembre de 1950, erróneamente citada y, en su virtud, habían dejado de tener aplicación a las relaciones jurídicas que desde la promulgación de estas leyes se crearon las leyes dictadas anteriormente y la terminología empleada en las leyes derogadas quedó en desuso por anacrónica, y por ello, resulta anómalo afirmar que al emplear el artículo 521 de la Ley de Régimen local la expresión 'viviendas protegidas', se quiere con ello aludir exclusivamente a las viviendas construidas o intentadas construir durante la vigencia de la Ley así denominada, cuando la realidad es que al publicarse la Ley de Régimen local, que contiene el aludido artículo 521, aquella Ley de viviendas protegidas había dejado de existir y se encontraba expresamente derogada por la posterior disposición final de la de viviendas de renta limitadas que en su 1.ª disposición transitoria regula el régimen de transición entre una y otra legislación, aparte de que el empleo de este término en el mentado artículo 521 no se hace utilizándolo como nombre propio con el que es denominado aquella Ley, sino como equivalente al término genérico de protección de viviendas, en cuyo general concepto están comprendidas las viviendas llamadas de renta limitada, y esta interpretación, que se ofrece con toda claridad tras un somero examen de la legislación citada está además reafirmada por la consideración de que ella conduce a la eficacia de los propósitos del legislador, al otorgar estos beneficios, que no son otros que los de fomentar la construcción de viviendas de carácter social de este tipo, que se verían burladas si los compradores de terrenos que gozasen de estos beneficios por el solo hecho de hacer constar en el documento de compra, su propósito de construir viviendas de renta limitada, estuvieran indefinidamente en posesión del terreno sin realizar su enunciado propósito, y por todo ello, y además, por los razonamientos y consideraciones legales expuestos por el señor Inspector Municipal del impuesto, que hizo suyo el señor Interventor y por los que aduce en su dictamen el señor Oficial Letrado del Ayuntamiento de Zamora, así como los propios fundamen-

tos de la Resolución dictada por el Tribunal Económico Administrativo Provincial, que se aceptan y dan aquí por reproducidos, y por último, por el valioso precedente jurisprudencial referente a la liquidación del impuesto de derechos reales, a cuyo tributo está equiparado el de plus valía objeto de este recurso, es forzoso llegar a la conclusión de que es de perfecta aplicación al caso debatido, el artículo 521 de la vigente Ley de Régimen local»

La sentencia de 16 de febrero de 1967: «Que antes de pasar a la confrontación del contenido de tales respectivos preceptos dispares y aún contrapuestos debe quedar sentado el triple aserto conceptual siguiente. Que, por razón de la materia y tratándose de exenciones fiscales, sean estas totales o parciales —bien exenciones propiamente dichas o bien bonificaciones o reducciones—, las disposiciones legales de tipo escuetamente fiscal, cuales la aludida al respecto como contenida en la Ley de Régimen local con leyes especiales, al lado de las referentes a la materia, en general, de la construcción de viviendas protegidas; que, en cuanto a los preceptos puestos en oposición recíproca, mientras que uno de ellos, el de las leyes de construcción de tales viviendas no específica plazo, es indeterminado, el otro, el de la Ley de Régimen local es específico, señala concretamente el plazo, y que, a los efectos del principio fundamental *lex posterior de rogat priori*, las que, como reguladoras de los beneficios tocantes a las construcciones protegibles que invocan de fechas 1944 y 1954, resultan indudablemente anteriores a la citada Ley de Régimen local, que —con todos sus precedentes inmediatos globales o parciales lo concerniente a las Haciendas locales entre estos últimos—, su texto definitivo es, en fin de cuentas, de ya 1955, posterior en suma.

Considerando: Que entrando debidamente la cuestión ésta gira, sencillamente, alrededor de la aplicabilidad y —en caso afirmativo— cumplimentación del artículo 521 de la vigente Ley de Régimen local, que, refiriéndose a las bonificaciones o reducciones del gravamen de que aquí se trata, el 'arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos', concede, si, una reducción equivalente al 90 por 100 de este arbitrio a los terrenos ocupados por casas que hayan obtenido la calificación de protegidas, e incluso a los pisos de casas mixtas igualmente calificados, y así mismo, —que sería el caso presente— a las transmisiones de terrenos o solares adquiridos para la construcción de viviendas protegidas, cuando en el documento de adquisición se haga constar este destino; pero dejando condicionado —en su número 3.º— tal beneficio fiscal local cual el inmediatamente reseñado —el del número 2.º de dicho artículo, otorgado a las transmisiones de terrenos o solares adquiridos con destino a la construcción de viviendas protegidas— a la observancia de un requisito puntualmente tasado, y que es el de que, dentro del plazo que se señala, presenten, justificada en forma, la aprobación del terreno por el Instituto Nacional de la Vivienda. A tal bonificativo fin, se advierte el precepto legal, la liquidación de este arbitrio quedará suspendida por plazo de seis meses, para dentro del mismo poder dejar presentado el documento justificativo de la aprobación oficial del terreno; entendido —termina— que, 'si —así—, dentro de ese plazo no lo hicieren, se practicará la liquidación correspondiente' incluso exigiéndose el interés legal de demora por el tiempo del aplazamiento, consecuencia de la suspensión».

2. Audiencias.

Las Salas de lo contencioso-administrativo han dictado fallos contradictorios.

Apartándose de la doctrina de las Sentencias citadas, merece destacarse una sentencia de la Audiencia de Valencia de 17 de marzo de 1964 que se publicó en extracto en la «Revista de Administración Pública», número 45 (página 343), en que se dice: «No hay incompatibilidad ni problema de derogación de las normas sobre viviendas de renta limitada por el texto refundido de Régimen Local de 24 de junio de 1955, supuesto que el citado texto, como todos los de su clase, no puede introducir derogaciones de bonificaciones fiscales, concedidas por la legislación especial, sin la correspondiente autorización legislativa, y ello no lo permitía la Ley de 3 de diciembre de 1953, de la cual es desarrollo el Decreto de 24 de junio de 1955, que se limita a repetir los mismos preceptos contenidos en la Ley de 16 de diciembre de 1950, durante cuya vigencia no hubo duda alguna respecto de la aplicabilidad de la Ley de 17 de julio de 1954 en materia de bonificaciones tributarias de esta clase de viviendas».

B. *Sentencia comentada.*

1. *Sentencia de la Audiencia.*

La Sala de lo contencioso de la Audiencia de Albacete, en sentencia de 4 de marzo de 1969, sentó la siguiente doctrina:

Considerando: Que junto a la cuestión fáctica, a la que luego se hará referencia, la argumentación jurídica del actor se reduce a impugnar la aplicación al caso del artículo 521 de la Ley de Régimen Local, aprobada por Decreto de 24 de junio de 1955 en cuanto que ésta señala un plazo de seis meses para suspender la liquidación del arbitrio sobre incremento del valor de los terrenos, entendiendo el actor que ese precepto ha quedado derogado o bien por los otros preceptos de la misma fecha y rango, cual es el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (aprobado por Decreto de la misma fecha, y que desarrolla la Ley de 15 de julio de 1954), o bien por el texto refundido de la Ley de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto de 24 de julio de 1963, con las modificaciones establecidas por el Decreto de 3 de diciembre de 1964, o por los textos contenidos en la Ley y en el Reglamento del Impuesto para los Derechos Reales de 21 de marzo de 1958 y 15 de enero de 1959, respectivamente, e incluso por el texto refundido del Impuesto sobre actos jurídicos documentados aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, todos cuyos preceptos, o no fijan plazo para obtener el beneficio tributario respecto de los terrenos destinados a la construcción de Viviendas de Protección Oficial, o si lo señalan es de tres años, muy superior al tanto de seis meses que marca el artículo 521 de la Ley de Régimen Local.

Considerando: Que la primera cuestión que debe resolverse es la del rango de cada uno de los preceptos citados, así como su aplicación al caso, y en último lugar, si nos encontramos ante un caso de conflicto de Leyes o por el contrario, es un simple caso de concurso de normas; respecto de la primera cuestión, no todos los preceptos citados por la parte actora han sido debidamente calificados, ni las consecuencias extraídas pueden ser aceptadas, siendo procedente, ante todo, fijar el rango de cada uno de los preceptos que cita, y su eficacia frente a los demás, a cuyo respecto hay que tener en cuenta que la Ley de Régimen Local, si bien fue aprobada por el Decreto de 24 de junio de 1955, tal Decreto tenía rango de Ley, ya que era aprobatorio de una Ley de

Bases aprobada a su vez por las Cortes, las cuales habían facultado al Ejecutivo para dictar la aprobación del texto articulado, delegación perfectamente válida, según resulta hoy del derecho constituido, y concretamente, del contexto de los artículos 10 (número 4) y 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, en relación con el artículo 51 de la Ley Orgánica del Estado, por lo que aunque el precepto aprobatorio revista la forma de Decreto, su verdadera categoría es la de Ley, poniéndose de manifiesto en la sentencia del T. S. de 15 de octubre de 1954 que «la producción de una Ley de Bases tiene una doble justificación: una, parlamentaria, la de evitar discusiones tediosas y prácticamente indefinidas al articulado concreto de los diversos cuerpos legales; otra, la de sentar pura y exclusivamente las líneas maestras de la futura Ley y encomendar a la Administración que la desarrolle en detalle, a través de un articulado meticuloso, encargando a los técnicos, alejados de la discusión política, la elaboración del articulado»; en cuanto a su fuerza de Ley, ya el propio T. S. en su sentencia de 13 de marzo de 1916 estableció que para modificar el Decreto que aprueba el texto articulado, es necesario una Ley, ratificando ese mismo criterio la sentencia de 17 de abril de 1953 al hablar de Leyes que se dictan en una doble fase: Ley delegante y Ley delegada.

Considerando: Que frente a los Decretos con valor de Ley, a que antes se ha hecho referencia, existen los Decretos con rango de tal, mediante los cuales el Ejecutivo ejercita su potestad reglamentaria (puesto que tal potestad está atribuida o al Consejo de Ministros o a los Ministros, y el Decreto es su norma de expresión), pudiendo distinguirse entre los Decretos mediante los cuales se desarrollan los preceptos de una Ley, llamados Decretos de ejecución, que solamente pueden dimanar del Consejo de Ministros, en virtud de lo establecido en los artículos 10 (número 6) y 13 (número 2) de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que necesitan siempre audiencia preceptiva del Consejo de Estado, Decretos que no hay que confundir a los demás que adoptando esta forma, no son de ejecución de Leyes, sino independientes, ni tampoco pueden confundirse con las simples Ordenes Ministeriales, últimas en el rango de fuentes del Derecho administrativo, según el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico, debiendo precisarse que, en todo caso, la competencia de cada uno de los Organos citados, es irrenunciable y debe ser ejercida por el mismo (art. 4 de la Ley de procedimiento administrativo), salvo caso de delegación, la cual puede existir del legislativo en el ejecutivo —como en el caso de los Decretos con rango de Ley de que antes se habló— pero que en cambio, no puede existir delegación del Consejo de Ministros de un Ministro, puesto que por aplicación de lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Régimen Jurídico, el Consejo sólo puede delegar, por unanimidad, en las Comisiones Delegadas del Consejo; por último, los textos refundidos, son simples delegaciones en el ejecutivo para agrupar en un sólo cuerpo legal la dispersa legislación que existe sobre una materia, siendo otra manifestación de legislación delegada, pero con la salvedad de que, cuando se señala un plazo para la refundición, será dudosa la eficacia del precepto dictado una vez vencido el plazo del mandato, como lo demuestra en el caso de nuestro derecho positivo el hecho de que, autorizado el Gobierno por el artículo 241 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 para dictar los textos refundidos de los diversos impuestos regulados, antes de 31 de diciembre de 1965, adaptándolos a la reforma tributaria, hubo de dictarse el Decreto-Ley de 30 de diciembre de 1965, prorrogando el plazo para la refundición hasta el 31 de diciembre de 1966; desde otro punto de vista, como mediante

los textos refundidos no pueden establecerse nuevos preceptos. ni derogarse los de las Leyes cuyo texto se reúne, cualquier innovación es susceptible de fiscalización; para finalizar esta materia, es preciso destacar la figura, mencionada en el presente caso, de la Ley necesitada de Reglamento, perfectamente admitida tanto en la doctrina como en la legislación y mencionada incluso por la Jurisprudencia de nuestro T. S., ya que, si bien es cierto que en el derecho público, toda Ley debe tener su desarrollo reglamentario, cuando es la propia Ley la que en una de sus disposiciones transitorias, condiciona su entrada en vigor a su desarrollo reglamentario, no hay duda alguna de que hasta que ese hecho no se produzca, queda en suspenso su eficacia, como dice el T. S. en su sentencia de 29 de diciembre de 1954.

Considerando: Que aplicando lo razonado hasta aquí al caso debatido, debe rechazarse la tesis del actor, según el cual, los preceptos de la Ley de régimen local, aprobados por Decreto de 24 de junio de 1955, deben ceder ante los de la más específica legislación de viviendas de protección oficial, cuyo Reglamento fue también aprobado por Decreto de la misma fecha, pero que desarrollaba la Ley de 15 de julio de 1954, mientras que la de régimen local, se basaba en los textos de 16 de diciembre de 1950 y 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953; y deben rechazarse estos argumentos, porque así como el Decreto de 24 de junio de 1955 aprobando el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial es un simple Reglamento ejecutivo o de desarrollo de la Ley de 1954, sin otro rango que el de Derecho, en cambio el Decreto de la misma fecha que aprueba el texto de la Ley de régimen local es un Decreto con rango de Ley, por ser un caso de legislación delegada, que debe prevalecer sobre cualquier otra disposición con rango inferior; igualmente, deben rechazarse los argumentos del actor mediante los cuales se intenta aplicar al caso los preceptos contenidos en la Ley de Viviendas de Protección Oficial, puesto que en el texto aprobado por Decreto de 24 de julio de 1963 la disposición transitoria primera dice que «esta Ley comenzará a regir el día de entrada en vigor del Reglamento que se dicte para su desarrollo», y este dictado con fecha de 24 de julio de 1968, estableció en su disposición final segunda que «entrará en vigor el día 1 de enero de 1969», sin que por tanto tenga posibilidad de aplicación en el momento de producirse el hecho que motiva este contencioso, y sin que pueda aplicarse, por tanto ninguno de sus preceptos, ni directamente, ni por analogía, como pretende el actor, y sin que sus preceptos puedan derogar, completar, modificar a ningún otro a la sazón vigente, ni pueda por tanto, en el caso de que fueran opuestos a otros, hablar de oposición de una Ley a algo que carecía de eficacia por hallarse esta en suspenso; por esa misma razón, no puede aplicarse al caso debatido lo dispuesto en el Decreto de 3 de diciembre de 1964, que establece modificaciones a la Ley de Viviendas de Protección Oficial, la que, como ya hemos dicho, no puede, en absoluto, aplicarse al caso debatido.

Considerando: Que por lo expuesto, no puede haber oposición entre la Ley de régimen local y los demás preceptos citados por el actor, ya que, si es por el rango, la disposición que aprueba en 1955 el texto de régimen local, tiene rango de Ley, frente al de Viviendas, que tiene rango de Decreto, y si es por fecha, la de régimen local es de 1955, y la de Viviendas es de 1954, luego es una Ley posterior, que en todo caso derogaría a la anterior, frente a cuyo argumento se encuentra, además el de que la de régimen local debe considerarse especial, en las materias que regula, frente a la general, por lo que —*generi per speciem de rogantur in totum*— debe entenderse preferente la Ley de régimen local sobre las más generales citadas por el actor en apoyo de su tesis,

y sin que por esta misma razón, pueda entenderse que existe una oposición o un conflicto de Leyes entre la de régimen local, que regula el arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos y la de Derechos Reales o su Reglamento, de 21 de marzo de 1958 y 15 de enero de 1959, respectivamente, puesto que estos preceptos se limitan a regular las exenciones de los Impuestos de Derechos Reales, reenviando, para los beneficios tributarios, a la específica reglamentación de viviendas de protección oficial, la cual, como hemos dicho, debe ceder ante la más específica, de régimen local, como ya ha declarado, además, la reiterada doctrina del Tribunal Supremo contenidas en las sentencias de 17 de mayo de 1963 y 16 de febrero de 1967.

Considerando: Que en todo caso para que pudiera hablarse propiamente de conflicto o colisión de normas, sería necesario que dos cuerpos de ellas, con una de rango de Ley en su cúspide y otras de inferior rango en la base, contemplaron idénticos supuestos de hecho regulándolos de distinta manera, lo que no ocurre con las estudiadas hasta aquí, ya que frente al artículo 521 de la Ley de régimen local, que fija un plazo de seis meses para justificar la obtención de la calificación de las viviendas, sólo pueden oponerse, o preceptos con rango inferior (como el art. 31 del Reglamento de Viviendas de 24 de junio de 1955 que habla de que la bonificación por el arbitrio de Plus Valía se concederá en los términos análogos a los establecidos para el Impuesto de Derechos Reales) o preceptos de una Ley cuya eficacia está suspendida como es la Disposición Transitoria 2.ª del Decreto de 24 de julio de 1963, o preceptos que regulan Impuestos estatales, pero no la imposición municipal; tampoco puede olvidarse que cada norma persigue un fin, que es su *ratio legis*, y en la estudiada —de régimen local— si bien está claro que el fin perseguido es bonificar los impuestos o arbitrios que graven las transmisiones de terrenos destinados a la construcción de viviendas de protección oficial como una medida más de las varias empleadas para fomentar esta actividad, de los propios preceptos interpretados se deduce que este beneficio fiscal sólo puede alcanzar a quien realmente adquiera para construir a la mayor brevedad, pero no a toda adquisición de terrenos en los que simplemente se proyecte en un futuro lejano ese destino, lo que evita el legislador cuando marca un plazo que puede o no coincidir con la calificación efectiva de los proyectos, pero que indudablemente debe ser utilizado para justificar, mediante actos coetáneos y posteriores de los adquirentes una voluntad inequívoca que no aparece en el presente caso.

Considerando: Que por tanto, siendo únicamente aplicable el artículo 521 de la Ley de régimen local, el actor, para poder obtener la bonificación tributaria, debió cumplir estrictamente las exigencias de dicho precepto, y en su consecuencia, debió justificar ante la Corporación haber obtenido la aprobación del terreno por el Instituto Nacional de la Vivienda, requisito exigido en el momento en que el precepto se redactó por la Ley de 9 de abril de 1939 (artículos 10, 11 y 12) por su Reglamento de septiembre del mismo año (arts. 3, 27, 49 y 53) y por la Ley de 25 de noviembre de 1944, pero que deben entenderse sustituidos por sus equivalentes en la actual Reglamentación de Viviendas de Protección Oficial (genéricamente, puesto que el actor dice en la escritura que propone construir Viviendas de Renta Limitada o de Protección Oficial, cuya declaración, imprecisa, no permite saber si lo que se proponía era construir las del Grupo I o las del II de esta última clase) y por tanto, quedando obligado el actor a presentar ante la Corporación Municipal el proyecto de sus viviendas aprobado y al mismo tiempo la calificación provisional (arts. 69 y 70 del Reglamento de 24 de junio de 1955) como complemento de su declaración inicial, contenida en la escritura de compraventa, de que el destino del terreno adqui-

rido era la construcción del terreno, sin que bastara realizar uno de ambos requisitos para entender cumplido el precepto, como pretende el actor.

2. Sentencia del Tribunal Supremo.

Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con fecha de 11 de octubre de 1969, dicta sentencia (de la que fue ponente MEDINA BALMASEDA), por la que desestima el recurso de apelación, estableciendo la siguiente doctrina:

«Considerando: Que al impugnarse en este recurso la liquidación que por el Arbitrio de Plus Valía practicó el Ayuntamiento de Murcia y confirmó el Tribunal económico-administrativo de aquella provincia, denegando la bonificación solicitada por los recurrentes ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Albacete en Primera Instancia, queda delimitada la *litis* al enjuiciamiento de esta liquidación a la base o fundamento sobre que descansa, para deducir de su estudio la correcta aplicación de tal base a la liquidación que por ella se ha obtenido

Considerando: Que en fundamento de tal afirmación hay que dejar sentado que esta base está constituida por el Acuerdo del Ayuntamiento exaccionante de 24 de septiembre de 1964, consignado en la propia escritura de adquisición de los terrenos y por el cual se suspendía por un plazo de seis meses la liquidación por el mencionado Arbitrio a los efectos de que los contribuyentes interesados demostrasen, con arreglo al artículo 521 de la Ley de régimen local, la aprobación de los terrenos adquiridos para la construcción bonificada que proyectaban con arreglo a la legislación entonces en vigor, Ley de 15 de julio de 1954, denominada de Viviendas de Renta Limitada.

Considerando: Que dicha base o premisa ha sido fundamental para la solución de este recurso, porque lo cierto es que el acuerdo municipal de 24 de septiembre de 1964, no fue impugnado por los futuros constructores y ello implica un soporte jurídico firme contra el que no puede irse en estas actuaciones jurisdiccionales, ya que además de constituir un hecho reconocido por los demandantes que tiene la categoría procesal de hecho probado, ha sido notificado debidamente a los mismos en la forma prevista en el párrafo 3 del artículo 311 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952, toda vez que el transcurso de los seis meses, desde que se dictó y acudieron los interesados al Tribunal económico-administrativo provincial de Murcia en 1966, sin que interesaran que se practicara una nueva notificación en forma, convalida y obliga a tener por correcta la noticia o conocimiento que tuvieron los interesados de la referida nota puesta al margen de la escritura de compraventa de los terrenos en cuestión y sobre la que se practicó —insistimos una vez más— la liquidación que se recurre.

Considerando: Que con ello queda igualmente desplazado el problema que se plantea de la incorrecta aplicación del artículo 521 de la Ley de régimen local por el Ayuntamiento de Murcia, siendo así que lo procedente es conceder esta bonificación por los preceptos reglamentarios del Reglamento de 24 de junio de 1955, que desarrolla los de la Ley de 15 de julio del año anterior, problema este de escasa consistencia jurídica en cuanto a la solución que para él propugnan los apelantes, puesto que, aparte de que nunca una disposición reglamentaria podría derogar una norma de rango legal, ni posterior ni anterior a ella, es lo cierto que el criterio de esta Sala reflejado en dos sentencias de

indudable analogía con el supuesto de autos, la de 17 de mayo de 1963 y la de 16 de febrero de 1967, establecen de consumo la indudable vigencia del artículo 521 de la Ley de régimen local para alcanzar los beneficios o bonificaciones fiscales del Arbitrio sobre incremento del valor de los terrenos, respetando y manteniendo el plazo de los seis meses que dicho precepto establece para no frustrar los fines sociales del legislador en una materia de indiscutible matiz proteccionista dejar a la omnimoda voluntad de los particulares el comienzo o iniciación de las viviendas que se protegen y amparan con una actividad administrativa de fomento que ha de dispensarse muy escrupulosamente y minuciosamente.

Considerando: Que, por otra parte, la injustificada inactividad de los recurrentes desde la fecha de adquisición del terreno a edificar hasta que en 12 de julio de 1965 instaron la construcción de 130 viviendas, no puede abonar la existencia de un criterio favorable a la bonificación que se solicita, cuando el Ayuntamiento de Murcia concedió un plazo de seis meses que acertada o desafortunadamente no se utilizó ni se impugnó si se estimó en principio improcedente e insuficiente.

Considerando: Que lo propio se advierte, según recoge la sentencia apelada, de las pruebas practicadas en Primera Instancia, la reducción de superficie del terreno en cuanto a la construcción en solo parte de él de las viviendas calificadas, lo cual nos llevaría a la conclusión de que todo el terreno no merecería la bonificación, sino a lo sumo parte del mismo.

Considerando: Que por todas estas razones se hace obligado confirmar íntegramente la sentencia apelada y desestimar este recurso de apelación que carece de base y fundamento para revocar la resolución recurrida, si bien ello no implique la necesidad procesal de un pronunciamiento expreso sobre costas».

III. CRÍTICA.

1. *El texto refundido de la Ley de régimen local de 1955.*

La previsión del texto articulado de la Ley de régimen local de revisarse cada cinco años, obedecía a una técnica legislativa irreproachable: evitar que ante las derogaciones y modificaciones parciales que se fueran produciendo, el texto articulado se convirtiese en letra muerta. La revisión permitía una actualización del texto articulado, que mantendría su vigencia, con las modificaciones o derogaciones que se fueran produciendo.

Ahora bien, la única revisión que se llevó a cabo tuvo lugar al vencer el primer período de cinco años. Y su alcance no pudo ser más limitado: en lugar de recoger cuantas modificaciones se habían producido durante este plazo, únicamente reflejó en el texto las modificaciones introducidas por la Ley de 3 de diciembre de 1953 sobre Haciendas Locales. El Decreto de 24 de junio de 1955 «aprueba el texto articulado y refundido de las Leyes de bases de régimen local, de 17 de julio de 1945, y 3 de diciembre de 1953».

Al abordarse tan defectuosamente el tema de la refundición, se han planteado no pocos problemas interpretativos. Pues, ante esa multitud de normas modificativas de la Ley de régimen local, promulgadas entre 1950 y 1955, no recogidas en el texto refundido de 1955, cabe preguntarse: ¿están o no vigentes?

La trascendencia del problema queda de manifiesto con sólo pensar en la importancia de las normas promulgadas en aquel plazo (v. gr., Ley de expropia-

ción forzosa, con la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración) (1).

Precisamente por las trascendentales innovaciones producidas en nuestro Ordenamiento jurídico-administrativo durante aquellos años y posteriormente (pensemos, a título de ejemplo, en la LJ de 1956 y en la LPA de 1958), se imponía, por un lado, mayor cuidado en la revisión llevada a cabo en 1955; por otro, haberse abordado en los momentos previstos ulteriores revisiones (2).

2. Los preceptos sobre Arbitrio de Plus Valía de la legislación sobre viviendas de protección estatal.

Por lo que se acaba de exponer acerca del limitado alcance que, deliberadamente, dio a la refundición de la Ley de régimen local de 1955 el propio Gobierno, parece incuestionable que en modo alguno podía afectar a la normativa contenida en la legislación sobre viviendas de protección estatal.

No puede afirmarse que el texto refundido de 1955 derogaba o modificaba lo dispuesto en la Ley de 15 de julio de 1954, que, a su vez, se remitía en cuanto a tramitación a lo que dispusiera el Reglamento dictado en ejecución de la misma.

En todo caso, el artículo 521 de la Ley de régimen local, únicamente podía aplicarse a las viviendas protegidas. Y así se ha interpretado por los Ayuntamientos, que, al redactar sus Ordenanzas, se han enfrentado con el distinto régimen aplicable a diversos tipos de vivienda.

Así, por ejemplo, en las Ordenanzas del Ayuntamiento de Barcelona reguladoras del Arbitrio, en su artículo 34, se refiere a las viviendas protegidas en términos análogos a lo dispuesto en el artículo 521 de la Ley de régimen local. Y, después, en su artículo 35, dispone: «Las bonificaciones establecidas por la Ley de 25 de noviembre de 1944, Decretos-Leyes de 19 de noviembre de 1948 y 27 de noviembre de 1953, sobre viviendas bonificables, y Ley de 15 de julio de 1954, sobre viviendas de renta limitada, por lo que respecta al arbitrio de plus valía, se concederán por acuerdo de la Comisión Municipal ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en los expresados textos legales y sus disposiciones complementarias.»

En análogo sentido, el Ayuntamiento de Bilbao, en su artículo 39, párrafo último, dispone: «Cuando se trate de viviendas de renta limitada se presentará el contrato de adquisición en el Negociado 2º de la Sección de Hacienda, donde se aplicará la bonificación con carácter provisional, consignándose por nota en el expediente y documentos; y dentro del plazo de un mes, desde la fecha de la calificación definitiva de las viviendas, el propietario vendrá obligado a presentar de nuevo el contrato en aquel Negociado y a justificar mediante certificación del Ministerio de la Vivienda (Dirección General de la Vivienda) el otorgamiento de aquella calificación, a fin de que la exención provisionalmente declarada se eleve a definitiva.»

J. G. P.

(1) Planteado el problema, la doctrina no dudó en considerar vigente la Ley de expropiación forzosa. Así, ROYO-VILLANOVA (S) *La responsabilidad de la Administración Pública*, RAP, núm. 19, pág. 13. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, pág. 561.

(2) Por nuestra parte, así lo defendimos en *La reforma administrativa en el régimen local*, en *Problemas políticos de la Vida Local*, I, Madrid, 1961, págs. 127 y sigs., y en *Sistema de recursos y autonomía local*, en *Problemas Políticos de la Vida Local*, III, Madrid, 1963, págs. 50-51.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

(SECCION QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS)

POR FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS

16. *SEGURO DIFERIDO CON REEMBOLSO DE PRIMAS: No constituye seguro mixto y en consecuencia, el reembolso de aquéllas implica la realización de un crédito que está sujeta al impuesto.* (RESOLUCIÓN DE 30 DE ENERO DE 1969.)

A) *Hechos.*—Don V. concertó con «La Unión y el Fénix Español» una póliza de seguro de capital diferido con reembolso de primas por la que se comprometía a satisfacer una determinada cantidad anual durante seis años. La compañía se obligaba a pagarle un capital de dieciséis millones de pesetas si vivía el día fijado en la póliza, y caso de haber fallecido, a reembolsar a su viuda el total de las primas percibidas.

Fallecido don V. con anterioridad a la fecha pactada, fue presentada en la Abogacía del Estado una certificación de la entidad aseguradora, acreditativa de que debía abonar a la reclamante las primas hasta entonces satisfechas, que motivó a cargo de la misma una liquidación por el concepto de «Adquisiciones Mortis-causa» (núm. 1 de la Tarifa) al tipo del 12 por 100 sobre el total de las primas.

La recurrente alegó la aplicación de los artículos 19, número 3.º, y 20, número 1.º, del texto refundido del Impuesto de Sucesiones y, en consecuencia, la exención de las primeras 500 000 pesetas recibidas de la Compañía y una reducción del 90 por 100 en el resto de la base imponible.

El Tribunal Central rechaza la reclamación en base a la doctrina siguiente:

B) *Doctrina.*—Que el contrato concertado no constituye un seguro «sobre la vida», como requieren los artículos antes citados, sino un seguro en caso de vida por el cual la entidad aseguradora, a cambio de la percepción de un capital o de primas periódicas, se compromete a satisfacer el capital pactado, al contratante del seguro o a un tercero, si se cumple la condición de sobrevivencia impuesta, pues en caso contrario el capital del seguro no se en-

trega y el asegurador hace suyas las primas satisfechas, a no ser que expresamente se haya convenido su reembolso, en cuyo caso las cantidades reembolsadas no se perciben como consecuencia de la efectividad y cumplimiento de un contrato de seguro sobre la vida, sino por vía de pacto.

Que la tesis de que el seguro de capital diferido y reembolso de primas constituye una figura compleja de seguro para caso de vida si el asegurado sobrevive a la fecha pactada, y de seguro sobre la vida o para caso de muerte si fallece antes, no es admisible, ya que esa figura compleja es la del seguro mixto, en el que el capital se hace efectivo en cualquiera de los supuestos y, por el contrario, el reembolso de primas implica la realización de un crédito, que aunque en la doctrina se califique de contra-seguro no puede equipararse sustantivamente al seguro sobre la vida, ni en el derecho fiscal obtener las exenciones literalmente concedidas para éste con previsora omisión de otras modalidades que podrían constituir fórmula de hipotéticas evasiones fiscales.

El número 3 del artículo 19 y el número 1 del artículo 20, ambos del texto refundido del Impuesto, al regular las exenciones y bonificaciones aplicables a las cantidades percibidas por los beneficiarios se refieren expresamente a SEGUROS SOBRE LA VIDA. Tal modalidad de seguro tiene, según la doctrina mercantil (1), tres variantes principales: seguro para caso de muerte, para caso de vida (según el evento que determina la prestación del asegurador) y mixto. En este último, el asegurador se compromete a pagar el capital asegurado, tanto en caso de fallecimiento como de longevidad. Es evidente que don V. concertó un seguro para caso de vida que no tuvo efectividad al no producirse el evento incierto, y es precisamente esta efectividad requisito inexcusable para que puedan entrar en juego los preceptos invocados por el recurrente. La adición de un pacto de reembolso de primas no da al contrato carácter mixto, sencillamente porque la suma de éstas no puede conceptuarse como capital asegurado, y así lo entiende el Tribunal Central cuando dice que este reembolso implica la "realización de un crédito", sin plantearse el problema de su naturaleza. Ahora bien, supongamos que esas primas se pagaron con cargo a la sociedad de gananciales (y así hay que presumirlo mientras no se demuestre lo contrario); en este caso el crédito será ganancial y para determinar la base entendemos que debió tomarse únicamente la mitad de lo rescatado, pues sólo esa mitad constituye, a efectos fiscales, herencia del causante y es lo que realmente se transmite. La Resolución de 11 de noviembre de 1952, en un caso que tiene cierta conexión con el que comentamos, mantuvo este mismo criterio y quizá con menos argumentos que ahora, pues entonces se trataba de la entrega del capital asegurado y no de la simple devolución de primas desembolsadas.

17. **CONTRATO DE OBRAS:** Para que exista es necesario que una persona ejecute en beneficio de otra y mediante precio una obra, requisitos que no concurren cuando el propietario de la obra es asimismo el contratista y la sufra en su mayor parte. (RESOLUCIÓN DE 6 DE FEBRERO DE 1969.)

A) **Hechos.**—La Dirección General de Obras Hidráulicas adjudicó al Sindicato de Aguas de la Comunidad de Regantes de Uldecona las obras de los canales de la Zona Regable del embalse del mismo nombre y sus Saltos Hi-

(1) V. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, pág. 383.

droeléctricos, por escritura pública que, presentada en la Abogacía del Estado, dio lugar a una liquidación por Derechos Reales (concepto de «contratos Mixtos», núm. 22 de la Tarifa al 2,25 por 100), recurrida en base a que las obras se realizaron por la propia Comunidad, que quedó propietaria de las mismas, no concurriendo, por tanto, los requisitos que exigen los artículos 1.544 y 1.546 del Código civil y los 16, 18 y 25 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales para la existencia de contrato mixto.

B) *Doctrina*.—Que el contrato de obras, según los citados preceptos del Reglamento fiscal, implica necesariamente el que una persona ejecute para otra, mediante precio cierto, un servicio u obra creando, modificando o transformando bienes propios de quien pague el precio, requisitos que no concurren cuando el propietario de las cosas objeto de las obras es, al mismo tiempo, contratista, al no existir en este caso contraprestaciones por servicios, trabajos y suministros que son precisamente los factores determinantes de la obligación tributaria, sin que contradiga esta conclusión la circunstancia meramente formal de que el Estado, por motivos de interés general, sufrague parte de aquéllas.

18. *INDICE DE PRECIOS MEDIOS. APLICACION*: Cuando los datos del catastro no coincidan, para las fincas comprobadas, con aquellos que se desprendan del Índice de Precios Medios de Venta de los respectivos Municipios, es procedente utilizar el procedimiento matemático de dividir el número de las distintas calidades catastrales de terrenos de las fincas del mismo cultivo por el número de las existentes en el Índice, y en el supuesto de que la división no sea exacta, considerar el residuo como de la última calidad de las reflejadas en el Índice del Municipio. (RESOLUCIÓN DE 13 DE FEBRERO DE 1969 EN RELACIÓN CON LA DE 5 DE ABRIL DE 1967.)

19. *APROVECHAMIENTOS FORESTALES*: Tributan en todo caso como arrendamiento de inmuebles cuando se refieren a montes catalogados y sujetos a un plan de ordenación. (RESOLUCIÓN DE 13 DE FEBRERO DE 1969.)

A) *Hechos*.—La Oficina Liquidadora de Jaca giró a cargo de la sociedad «Industrias Forestales de Ansó, S. A.», liquidación por el concepto de «Arrendamientos», número 20 de la Tarifa, al 1,40 por 100, en base a una escritura por la que la Mancomunidad Forestal del Valle de Ansó cedió a dicha Sociedad en arriendo durante tres años el aprovechamiento forestal de diversos montes.

La representación de la Sociedad interpuso reclamación alegando la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por implicar el arrendamiento concertado un acto de tráfico al que se dedica habitualmente la Sociedad reclamante conforme a los términos del artículo 145 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario, sujeto, por tanto, al Impuesto de Tráfico de Empresas. Se desestimó el recurso en base a la doctrina que extractamos.

B) *Doctrina*.—Que de los términos de la escritura presentada a liquidación claramente se advierte que su objeto lo constituye la cesión de aprovechamientos maderables de montes que tienen la condición de Catalogados y Ordenados, o sea, sujetos a un plan de ordenación técnica, llevándose a cabo el

aprovechamiento cedido con arreglo a un Pliego de condiciones facultativas especiales formulado por el Distrito Forestal que interviene y controla directamente la realización de tal aprovechamiento, circunstancias que llevan a calificar tal contrato como de arrendamiento de tales montes.

Que esto admitido, la cuestión planteada se resuelve por la simple lectura y aplicación del artículo 145 de la Ley de Reforma Tributaria, que al declarar no sujetas al pago del Impuesto las transmisiones que constituyan actos habituales de tráfico, excluye expresamente los arrendamientos sobre bienes inmuebles, aunque en ellos concurren las indicadas condiciones de habitualidad..., y por otra parte, el artículo 62 del texto refundido de 6 de abril de 1967 aplicable a los contratos celebrados a partir de 1 de julio de 1964, según su primera Disposición Transitoria, exige la condición de habitualidad excluyente de las empresas o explotaciones transmitentes condición que en el presente caso no aparece cumplida por la entidad arrendadora.

Es bastante copiosa la jurisprudencia fiscal sobre aprovechamientos forestales (2), y ello demuestra que la aplicación práctica de las normas que regulan esta materia no deja de ofrecer dificultades. El Reglamento de 1947 establecía que los contratos de aprovechamientos forestales debían liquidarse como arrendamientos, aunque en ellos se comprenda la corta de árboles, si responden a un plan de aprovechamiento, y en caso contrario, como transmisión de bienes muebles. El mismo criterio observamos en el Reglamento de 1959 cuando dice que estos contratos "otorgados por el Estado, Corporaciones, Sociedades o particulares" satisfarán el 0,75 por 100 (tipo fijado a los arrendamientos por el núm. 6 de la antigua Tarifa), "siempre que se justifique con certificación de la Jefatura del Servicio Forestal que responden a un plan de ordenación del monte". Por tanto, el criterio para calificar el acto y determinar el tipo aplicable radica en la existencia o inexistencia de un plan de ordenación; en el primer caso estaremos ante un arrendamiento y en el segundo ante una transmisión de bienes muebles. Pero hay un segundo tema que es base de la Resolución comentada y se refiere a la incidencia que puede tener en este tipo de contratos el Impuesto de Tráfico de Empresas cuando en el transmitente o cedente concurre el requisito de habitualidad (art. 4.º de la Ley reguladora de este Impuesto). En este caso se precisa delimitar el ámbito objetivo de aplicación de ambos tributos y así lo hace el artículo 62 del actual texto refundido (como antes el art. 145 de la Ley de Reforma Tributaria), cuando sujeta en todo caso al Impuesto de Transmisiones, aunque constituyan "actos habituales de las empresas o explotaciones transmitentes", a los arrendamientos que se constituyan sobre bienes inmuebles. Quedaba por aclarar si los aprovechamientos forestales, a efectos fiscales, deben merecer esta calificación, y por eso la Orden ministerial de 4 de abril de 1968 declaró textualmente que "están sujetos al Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por el número 20 de su Tarifa, los contratos de aprovechamientos forestales de todas clases, cuando tales aprovechamientos se realicen con sujeción a cualquiera de los planes previstos en la legislación de Montes, bien sean éstos de ordenación en sentido estricto o técnicos, facultativos o de explotación racional". Después de esto, lo que no comprendemos es la coletilla añadida al segundo Considerando trans-

(2) Véanse Resoluciones de 25 de junio de 1946, 5 de abril, 31 de mayo y 28 de junio de 1949 y 15 de diciembre de 1953, entre otras

crítico, pues si el razonamiento expuesto vale, huelga toda referencia a si concurría o no la condición de habitualidad en la entidad arrendadora.

20. ADICION DE BIENES: *La adjudicación hecha a un heredero de una finca concreta que se estimó de valor igual a su cuota, no le exime de pagar sobre el incremento que resulte de la comprobación administrativa en el total caudal hereditario, por adición de bienes no incluidos en el título particional (RESOLUCIÓN DE 20 DE FEBRERO DE 1969)*

A) *Hechos*—Don A. falleció en Sevilla, bajo testamento, en una de cuyas cláusulas instituyó heredero en pleno dominio del tercio de libre disposición de todos sus bienes, derechos y acciones a don B., asignándole en pago o parte de pago de su haber la casa número 17 de la calle García Fernández de aquella capital con todo su contenido. En el remanente de su patrimonio instituyó a sus cinco hijos

Liquidada la sociedad conyugal y realizada la participación de la herencia resultó que el caudal de ésta ascendía a 75.000 pesetas y el tercio de libre disposición a 25.000, en cuyo pago se adjudicó a don B. la mencionada finca urbana, según se disponía en el testamento.

Instruido expediente de comprobación de valores se adicionó a los bienes inventariados en la escritura, 63.865 pesetas de saldos bancarios no declarados y 400.000 pesetas en que fue tasado un negocio mercantil propiedad del causante, que tampoco fue declarado, siendo aprobado el expediente con una total base liquidable de 1.398.929 pesetas, de las que 255.536 correspondían al tercio de libre disposición y 766.600 al resto de la herencia.

Giradas y notificadas las oportunas liquidaciones con la multa procedente, se interpuso reclamación económico-administrativa fundada en los siguientes motivos: 1.º Que a don B. sólo se le adjudicó en las operaciones particionales la casa referida sobre cuyo exclusivo valor debe recaer el impuesto, pues si otros herederos recibieron excesos de adjudicación es a ellos a quienes corresponde soportar la carga fiscal. 2.º Que, según la Oficina gestora, como el reclamante estaba llamado por el testador a percibir el tercio de libre disposición, la base para la liquidación a su cargo ha de ser el valor comprobado de la tercera parte de la herencia, pero tal criterio carece de fundamento legal, pues según el artículo 1.068 del Código civil ha de estarse a lo realmente adjudicado.

El Tribunal Central desestima el recurso en base a la doctrina siguiente.

B) *Doctrina*.—Que el argumento del recurso de que el aumento originado por el descubrimiento de bienes y derechos no puede afectar al reclamante porque a él sólo se adjudicó la casa número 17 de la calle de García-Fernández, carece de eficacia desde el punto de vista del Derecho común, pues si bien el artículo 1.068 del Código civil, que se invoca en las alegaciones, preceptúa que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, no es dable olvidar que el artículo 1.079 determina que la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda por lesión la partición ya realizada, sino a que se complete o adicione con lo omitido, por lo que comprendiendo la herencia según el artículo 659, todos los bienes, derechos y acciones que no se extingan por la muerte, siendo uno de los medios de deferirla el testamento, y habiendo sido instituido don B. en el tercio de los

bienes, es obvio que su participación en la herencia no se reduce a la casa tan repetida, sino que comprende el valor representativo de la tercera parte del total caudal relicto.

Que la cuestión planteada también se halla claramente resuelta conforme a las normas específicas fiscales, pues el artículo 31 del texto refundido de 6 de abril de 1967 preceptua que «en las sucesiones hereditarias, cualesquiera que sean las participaciones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerará para los efectos del Impuesto como si se hubiesen hecho con estricta igualdad..., y en consecuencia, cualquier aumento que en la comprobación de aquello resulte..., se prorratará entre los distintos adquirentes o herederos», lo que incluso ya estaba previsto en la propia escritura particional, en cuya estipulación final se decía que «si en lo sucesivo apareciesen algunos bienes no consignados en las presentes operaciones, propiedad del causante, los interesados habrán de distribuirlos entre ellos con sujeción a las bases establecidas en el cuaderno particional», de lo que se deduce que si el inmueble adjudicado a don B. no absorbe la totalidad de su haber, podrá ejercitar para completarlo las acciones pertinentes, pero no escudarse en ello para que no se le gire el impuesto, pues incluso si a los coherederos se les adjudicó más de lo que por su derecho les correspondía, también procedería la liquidación impugnada, sin perjuicio de las pertinentes por excesos de adjudicación, a cargo de aquéllos, según dispone el artículo 43 del mismo texto refundido.

21. *COMPROBACION DE VALORES: El artículo 117 del vigente Texto Refundido del Impuesto autoriza a la Oficina de gestión para utilizar, junto a los datos de los Registros fiscales o trabajos catastrales, cualquier otro de los medios ordinarios que enumera* (RESOLUCIÓN DE 20 DE FEBRERO DE 1969.)

A) *Hechos*.—Presentado a liquidación un documento privado de inventario, avalúo y partición de varias fincas, entre las que se incluía una calificada por el propio recurrente como urbana, la Abogacía del Estado, aunque entre los documentos aportados a efectos de comprobación figuraba certificación del líquido imponible, solicitó informe al Arquitecto del Servicio de Valoración Urbana, y en base al mismo se fijó a la finca un valor comprobado muy superior al que hubiera resultado de capitalizar dicho líquido.

Se entabló recurso por estimarse no ajustado a derecho el medio de comprobación utilizado, pues la finca en cuestión, según manifestación de los propios interesados, «es simplemente un corral cercado y dentro de él existen unas pequeñas chabolas de construcción rudimentaria y provisional, paraje que no está en el casco urbano de la población», habiendo presentado certificación del Ayuntamiento en la que se decía que en el expediente obrante en la Secretaría existe informe del Arquitecto Municipal, según el cual la finca se halla enclavada en futura zona verde del Plan General de Ordenación Urbana y pendiente de valoración.

B) *Doctrina*.—Que la condición de finca urbana de la parcela resulta bien clara, pues aparte de que como tal la inventariaron los propios interesados en el documento liquidable, está tributando por contribución territorial urbana según justifica la certificación que también ellos presentaron, calificación

que se deduce igualmente por la simple lectura de su descripción en el documento.

Que si bien conforme al artículo 117 del vigente Texto Refundido del Impuesto es medio ordinario de comprobación los datos de los Registros fiscales o trabajos catastrales debidamente aprobados, no es dable olvidar que aquel precepto autoriza a la Oficina de gestión para emplear, además, cualquiera otro de los medios ordinarios que en número de 16 enuncia, entre los que figura el escogido por la Abogacía del Estado como representativo del verdadero valor, por lo que sólo podría prevalecer contra él lo que resultase de la tasación pericial contradictoria solicitada por los interesados al amparo del artículo 119, 4.º del mismo texto.

22. *COMPROBACION DE VALORES. NOTIFICACION: La aprobación de la comprobación de valores constituye acto administrativo reclamable ante la jurisdicción económico-administrativa y debe ser notificada al interesado con independencia de la posterior liquidación. Su omisión, en cuanto puede ocasionar la indefensión del sujeto pasivo de la deuda tributaria, es de la suficiente entidad como para fundamentar la nulidad de lo actuado.* (RESOLUCIÓN DE 20 DE FEBRERO DE 1969.)

F. M. C.

LIBROS

ALBALADEJO, MANUEL: *El Albaceazgo en el Derecho español (Común y catalán)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, 740 págs.

1) *El autor y su obra*.—Parece ciertamente fuera de lugar el que aquí me refiera a la persona del autor, sobradamente conocido en todos los ambientes jurídicos españoles y extranjeros; una prueba evidente de lo último nos la ofrece el que en reciente monografía italiana (1) tan sólo el nombre de ALBALADEJO figura entre los españoles citados, en un particular aspecto del tema desarrollado.

Conocidas son, además, las peculiares dotes investigadoras del profesor ALBALADEJO y su especial manera de enfocar el tema tratado, tanto en extensión como en intensidad, y a la luz de nuestra Jurisprudencia y nuestra legislación. Condiciones éstas puestas especialmente de relieve en la obra que voy a comentar.

La ya numerosa producción intelectual del autor en todos los ámbitos del Derecho Privado patrio, bien en la forma clásica de "tratado" (que el autor modestamente califica de "Instituciones"), bien en la forma especializada de "Estudios" o monografías, culmina en esta grandiosa monografía dedicada a un tema tan interesante, práctico y polémico.

2) *El porqué de la obra*.—Después del tratamiento de la institución del albaceazgo en los Manuales y Tratados de nuestros civilistas y en comentarios a sentencias y en monografías (entre éstas, la muy importante de GÓMEZ YSABEL), parecía que ya estaba casi todo dicho. De una posición tal viene a sacarnos la aportación—ya fundamental desde ahora—del profesor ALBALADEJO, demostrando que lo que ocurría es que estaba todo por decir.

El autor, exclusivamente por sí mismo, se ha dedicado—nos cuenta en el *Prólogo*—"a la ingente tarea de leer, fichar y clasificar toda la jurisprudencia sobre el tema, tanto de la Sala Primera del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y Notariado, desde la publicación del Código Civil hasta hoy". Tarea en verdad ardua, como puede comprobar todo aquel que dedique algún tiempo al estudio de la jurisprudencia.

Nos dice también el autor que "la lectura íntegra de sentencias y resoluciones fue causa de que se plantease numerosos problemas sobre abundantes extremos de la figura en cuestión. En ella, en especial el carecer de regulación legal específica de muchos aspectos (unos ni siquiera aludidos en los textos positivos y otros sólo mencionados), da lugar de sobra a que el fenómeno se produzca". Finalmente, y como una muestra más de la importancia práctica del instituto, nos dice que "en el tema hay lo que podrían llamarse *ángulos muertos* de realidad

(1) Me refiero a la obra *Sul contenuto del contratto*, de A. CATAUDELLA, cuya recensión con mis comentarios, publicará en breve esta REVISTA.

práctica, pero globalmente considerado presenta interés desde el punto de vista del Derecho vivo. No en balde casi todos los testamentos que se otorgan, o por lo menos una gran mayoría, contienen nombramiento de albaceas".

3) *Contenido de la obra.*—Está compuesta por trece capítulos, que tratan de los puntos siguientes: Concepto y función del albaceazgo; Clases de albaceas; Constitución del albaceazgo; Capacidad para ser albacea; Facultades y deberes de los albaceas; Delegabilidad del albaceazgo; Responsabilidad del albacea; Resarcimiento de daños y perjuicios; Remuneración del albacea; Extinción del albaceazgo; Rendición de cuentas; Invalidez; Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional. Incluye un Apéndice final, con una completísima bibliografía.

Como puede fácilmente deducirse de la exposición del *Sumario* de la obra, no es posible en unas breves líneas hacer un resumen del contenido de la obra, que necesariamente ha de limitarse a los puntos más importantes desarrollados. En cuanto a la *sistemática* utilizada por el autor, es en verdad muy personal y no encaja en los esquemas de ordinario empleados en el instituto; quizá cabría discutirle la colocación de los puntos relativos a la Responsabilidad, Remuneración o Rendición de cuentas, pero hay que reconocer que su inserción en otros lugares se prestaría también a polémica.

Nos dice el autor que «*se advierten* dos cosas: (en la obra): por un lado, el manejo señaladamente intenso de la jurisprudencia, recogiendo de modo completo cada sentencia o resolución y analizándola hasta sus últimas consecuencias, seguidas de la correspondiente crítica y de la exposición razonada de la solución que el autor cree preferible; y, por otro, el abundante uso de la doctrina española y parco de la extranjera, por una especie de reacción instintiva en pro de lo que podría calificarse de *descolonización* jurídica".

Siguiendo el mismo orden en que en la obra aparecen tratadas, paso a ocuparme de aquellas cuestiones que me han parecido de mayor relieve:

— *Concepto y función del albaceazgo* (Cap. I).—Lo define como "el ejecutor de su última voluntad nombrado por el causante". La *misión* del albacea es *dar cumplimiento a la sucesión*, aunque usualmente se hable de que ejecuta la última voluntad del causante; además, no sólo ejecuta en sentido estricto, sino que *en general* vigila, promueve, etc., lo relativo a la sucesión, o sea, ejecuta en sentido amplio.

Mantiene ALBALADEJO que la distinción entre albacea y administrador de la herencia *no vale* para nuestro Derecho positivo (sólo es exacta en cuanto a los albaceas particulares).

El albacea debe desarrollar su misión según el espíritu que encierran las disposiciones del causante: conforme a las reglas generales de interpretación sucesoria.

En orden al *problema* de si los interesados, de común acuerdo (unánime), pueden prescindir de la ejecución del albacea y llevar ellos a cabo la que prefieran, se inclina por la posición afirmativa, tras una sólida argumentación.

Examina la discutida naturaleza jurídica del albaceazgo, sin exponer las numerosas teorías por estimarlo trabajo perdido: "Lo que importa —nos dice— es sólo averiguar qué reglas se le aplican en defecto de suyas propias". En el mismo sentido, PURG BRUTAU: "Fundamentos de Derecho Civil", V. 1, pág. 440.

También en el mismo sentido que el expuesto, para un tema rela-

tivo a Instituto carente de regulación legal, me he expresado en otro lugar (2).

La averiguación de qué reglas deben aplicarse al albacea se consigue, según el autor, observando la semejanza del punto huérfano de regla en el albaceazgo con otros de materias diferentes y aplicando a aquél la regulación del albaceazgo, pero aplicándola lo mismo si la figura de que la regulación se toma es o no de naturaleza "homogénea" con el albaceazgo, pues *lo que se necesita* es la analogía no del todo, sino del punto cuya regulación se precisa.

Hace un rápido repaso de lo que la jurisprudencia ha dicho sobre la naturaleza del albaceazgo, *viendo por qué lo ha dicho*. Deduce que al T. S. no le hacía falta ni haber afirmado ni haber negado que era un mandato. Finaliza concluyendo que sólo se puede decir que sea un mandato o representación del testador en el sentido puramente *aproximativo* de que es "un encargo" de confianza que recibe del causante, encargo consistente en que desempeñe un "oficio" o función de Derecho privado. La exposición que efectúa del instituto la hace por el *orden* en que, para el autor, resulta a la vez más rigurosa y comprensible.

— *Clases de albaceas* (Cap II). *Albaceas sustitutos y sucesivos*.— En los supuestos en que el causante dispone la sustitución de un albacea por otro sólo para ciertos casos, se cuestiona qué regulación se aplicará en lo que la voluntad del causante falte o sea dudosa: cree ALBALADEJO que no se puede decir, como regla, que *los casos no nombrados* queden incluidos o excluidos, ya que ello dependerá de la voluntad del causante y ésta habrá de buscarse por cualquier procedimiento; habrá que ver si el nombramiento de sustituto se hizo para un *caso normal* (premorienza) de no serlo el titular, o si fue para un *caso más raro*. Con el mismo canon hermeneutico cree que deberá resolverse la cuestión de si nombrado un sustituto—cuando designó varios albaceas titulares—aquél sólo se entenderá querido para cuando falten *todos* éstos, o si lo será cuando falte *alguno*; caso de duda, lo primero.

Albaceas universales y particulares.—Parece seguro que el criterio distintivo entre ambas clases no depende de cómo se les denomina, sino del tipo de encargo conferido, según caiga o no dentro de la misión que la ley configura como propia de una u otra clase de albaceas. Pero la *universalidad* de la ejecución del testamento no impide que, junto al albacea universal, coexistan otro u otros particulares, y no excluye que pueda haber a la vez varios albaceas universales, cada uno respecto a un sector de la sucesión (bienes sitos en España o en América, etc.). Es, pues, una "quaestio voluntatis", en la que prevalece la intención sobre las palabras utilizadas; en principio, si el causante se limita a nombrar albaceas, sin señalarles facultades, debe entenderse que tienen las legales y son, pues, albaceas particulares.

Albaceas mancomunados y solidarios.—Nombrados varios albaceas en forma simultánea, sin división de atribuciones, se plantea un grave problema. El artículo 897 no solamente revela que en la duda se opta por la simultaneidad en vez de por la sucesividad, sino también—a juicio de ALBALADEJO—que se opta por la mancomunidad en vez de por la solidaridad, de modo que los varios albaceas son designados *todos* para la *totalidad*.

(2) Así, respecto del legado de parte alicuota, en esta misma REVISTA, número 469, página 1.618.

Parece que la diferencia entre nombramiento mancomunado y solidario, para el autor, estaría en ser precisa, en principio, la actuación conjunta de los *mancomunados*, mientras que los *solidarios* podrían actuar todos juntos o cada uno por sí solo.

Estima el profesor ALBALADEJO que la labor realizada por GÓMEZ YSABEL ha sido muy completa, en este punto, aunque no coincida con él en la conclusión.

Examina el autor con detalle la jurisprudencia y la doctrina respecto al problema de la *concentración* en los albaceas que queden de las facultades de los que falten, en cuanto a los albaceas *mancomunados*.

Albaceas testamentarios, legítimos y dativos.—En principio, dice ALBALADEJO, no hay más albaceas que los nombrados por el causante. Los llamados *albaceas legítimos* ni son albaceas ni es conveniente llamarlos así. Pero lo importante no es la cuestión terminológica, sino el *problema de si* a los legítimos y dativos *les son aplicables* las reglas de los albaceas testamentarios: lo útil, nos dice, es ver la aplicabilidad o no, en cada uno de los casos concretos, de tales reglas.

Constitución del albaceazgo (cap. III).—El nombramiento de albacea debe hacerse en testamento, o sea, en forma testamentaria. Huelga la cuestión de si se requiere testamento *en sentido material*, ya que el nombramiento de albacea es una disposición *mortis causa* que *por sí sola* debe hacer testamento en sentido material al acto que la contenga.

Parece obvio que, respecto de los nombramientos de *albaceas condicionales o a término* les deben ser aplicables las normas dictadas en ambos casos para la institución de heredero o de legatario. Con la peculiaridad de que en el albaceazgo *no* hay efectos retroactivos en la condición. Estudia el problema de las *condiciones inmorales o ilícitas*, en conexión con la disposición del testador de una liberalidad o remuneración a favor de quien sea albacea.

Especial interés tiene el estudio realizado por el autor de la *cuestión* relativa a si el nombramiento de albacea *puede dejarse al arbitrio de un tercero*: se inclina por la afirmativa, tanto para el Derecho Común como para el Catalán, pudiendo dejarse al arbitrio de tercero lo mismo la existencia del albaceazgo que el sujeto llamado a desempeñarlo.

El nombramiento de albacea tiene por consecuencia “*ex intervallo*” el *llamamiento o delación* al albaceazgo: se produce el llamamiento a la muerte del testador o cuando se declara su fallecimiento, si el nombramiento fue puro o bajo condición resolutoria o a término; cuando se cumple la condición, si bajo condición suspensiva; y desde que el tercero lo nombra debidamente, si se deja el nombramiento al arbitrio de tercero.

El llamamiento confiere “*ipso iure*” al llamado el *poder* de aceptar-lo o no, poder personalísimo y no patrimonial; este poder se extingue lo mismo por aceptación que por repudiación. El poder de elegir se tiene—aun ignorándolo—desde que se es llamado; pero el plazo de seis días del 898 Código Civil *se cuenta a partir* de que el interesado se sabe llamado. El *límite* al poder de elegir debe contarse—según el autor—a partir de que nace: se extingue por el transcurso de quince años.

La *Aceptación* y la *Repudiación* son declaraciones unilaterales de voluntad, *inter vivos* no recepticias, no formales, irrevocables, legítimas, puras e indivisibles. Caso de oposición de condición el autor se inclina por la invalidez de la declaración en vez de considerar no puesta la condición.

Capacidad para ser albacea (cap. IV).—Dice justamente ALBALADEJO que la regla general del 893 Código Civil, clara en sí misma, no lo es del todo en su alcance, planteando numerosas dudas. En opinión del autor, *el espíritu de esta norma es exigir* para ser albacea plena capacidad de obligarse. Por tanto, no cabe buscar apoyo en el principio de interpretación restrictiva de normas sobre incapacidad, sino que debe sostenerse que aquellos incapaces no citados en los párrafos 2 y 3 del precepto no pueden ser albaceas en cuanto alcanzados por el párrafo 1 en su interpretación correcta; de modo que, para el autor, los párrafos 2 y 3 no son sino aplicaciones particulares del párrafo 1, que prueban su rígido espíritu y la exclusión del albaceazgo de los incapaces no mencionados.

Con este punto de partida de exigir rigurosa capacidad plena, examina ALBALADEJO los supuestos de: ausencia, los que no pueden serlo (imposibilitados para el desempeño del cargo, locos y sordomudos, interdictos, pródigos, concursados y quebrados), mujeres casadas, menores, personas jurídicas y otros supuestos (sucesores del testador, incapaces de suceder por testamento, indignos, prófugos, rebeldes e impedidos para administrar, y extranjeros).

Es interesante el estudio del supuesto de imposibilidad para desempeñar el cargo, relativo no a quien puede ser y no quiere ser albacea, *sino a quien no puede* por algún impedimento prácticamente insalvable: v. gr. los casos de ausencia, desaparición o impedido para administrar.

Estima, en cuanto a la *mujer casada*, que no será necesaria la licencia marital en casos análogos a los de separación legal—a los que se aplicará el 893-2 por analogía—, como son los de: locura o interdicción del marido, prófugo, ausente, etc. La relevación de la licencia marital implica también relevación de la autorización judicial supletoria.

Respecto de los *incapaces de suceder por testamento*, estudia el caso de si pueden recibir *algo (remuneración)* como albacea; es contrario el autor a que puedan recibir *más de lo que valga* el trabajo o servicios que presten.

En orden al *momento de ser capaz*, entiende que debe ser aquel en que llegue a ser albacea. La exclusión por incapacidad es definitiva.

Facultades y deberes de los albaceas (cap. V).—Es este capítulo el nervio medular de la obra, no sólo en cuanto a extensión, sino también por la profundidad del estudio que el autor realiza en los distintos casos. La enorme dificultad que supone sistematizar toda esta materia con criterios que puedan resultar válidos, eficaces y genéricos, es obviada por el profesor ALBALADEJO, descomponiendo el estudio de las facultades en: una primera parte, dedicada a los distintos supuestos que pueden presentarse (albaceas universales en el Código civil, albaceas particulares con facultades concedidas por el causante, albaceas particulares con facultades legales, y albaceas universales en la Compilación Catalana); y una segunda parte, dedicada al estudio especial de determinadas facultades (de interpretar el testamento, de arbitraje, de poseer los bienes hereditarios, de enajenar los bienes hereditarios, de contar y partir, de representar a la herencia, etc.). Con este tratamiento del tema, el autor deslinda perfectamente cuestiones que no siempre han venido consideradas con la debida claridad por la doctrina. En esta recensión no puedo dar una visión general de dicho tratamiento y me limito a recoger aquellos aspectos más relevantes de la exposición.

En cuanto a los *albaceas universales en el Código civil*, en princi-

pio les correspondien *todas* las facultades de *ejecución* del testamento en sentido amplio (gestión de bienes, representación de la herencia, etcétera). Si el testador nombra albacea sin precisar qué clase de albaceazgo le confiere, o qué facultades le otorga, la ley los considera albaceas particulares y con las facultades "legales" del art. 902 Código civil.

En cuanto a las *facultades concedidas por el causante a los albaceas particulares*, no cabe sentar reglas generales, ya que pueden ser las que quiera. Será una "quaestio voluntatis" ver si se trata de otorgarlas para *en vez* de las legales o si *además* de ésta.

Respecto de las *facultades legales de los albaceas particulares*, analiza ALBALADEJO cuidadosamente el art. 902 del Código civil, a la luz de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales: es de notar la determinada contemplación de la facultad de defender el testamento que el autor hace.

La *facultad de interpretar el testamento* es una de las facultades llamadas por el autor "secundarias o instrumentales", implicada por la principal de ejecutar el testamento y velar por su ejecución. Conforme a las reglas aplicables en esta materia, con la interpretación que el albacea realiza pueden ocurrir: o que sea la correcta y única posible, o que sea inadmisibles, o que sea una de las varias posibles. Todas estas variantes las estudia detenidamente el autor.

Estudia, en orden a la *facultad de arbitraje*, los casos de arbitraje confiado por el testador al albacea y los de arbitraje confiado por el albacea a terceros, decidiéndose, en general y en ambos casos, por la negativa.

La *facultad de poseer los bienes hereditarios*, implica una posesión *en concepto, de no titular* de lo poseído, justificada en cada momento sólo por el encargo recibido, por lo que debe cesar cuando el encargo ya no la requiera. La posesión *se adquiere* cuando se toma, pero *no civilísimamente*: esto, en principio, aunque ALBALADEJO, siguiendo a VALLET, cree que no hay inconveniente para que el testador pueda *desviar* la "successio in possessionem" del art. 440 del Código civil.

— La *facultad de enajenar bienes hereditarios* la estudia el autor con notable amplitud y precisando en cada caso si se trata de albacea universal en Cataluña o en el Código Civil, o de albaceas particulares. Respecto de los *albaceas universales en Cataluña*, tienen—a juicio del autor—las máximas facultades posibles, tanto los "de realización" como los "de entrega". Algunas dudas plantea el supuesto especial de la facultad de *transigir*. En orden a los *albaceas universales en el C. c.*, habrá que atenerse a lo específicamente dispuesto por el testador; si éste le nombra simplemente albacea universal *sin* especificar la facultad de enajenar, parece que, en principio, tendrá esta facultad con la extensión y en las condiciones señaladas (por el autor) para los albaceas particulares con facultades otorgadas por el testador.

En cuanto a *estos últimos*, conocida la polémica que divide a la doctrina sobre el particular sobre si hará falta o no la intervención de los herederos para la enajenación—cuestión que surge ya en los casos de albaceas con facultades legales (902 y 903 C. c.)—, ALBALADEJO cree aplicable tanto para el caso de facultades testamentarias como para las legales la misma solución: necesidad de tal intervención de los herederos. Dice el autor que quien vende realmente es el albacea

— En orden a la *facultad de contar y partir*, ALBALADEJO entiende que el usualmente llamado "contador-partidor" no es sino un albacea particular con la misión concreta de contar y partir. Y aunque no se

opine lo mismo que el autor, es ya tópico que a los contadores-partidores se les aplican las reglas dictadas para los albaceas en general. Entiende que si a un albacea designado se encomienda, *además*, la función de contar y partir, el que recibe ambas misiones no ostenta dos cargos, sino uno sólo con un campo más amplio.

— *Delegabilidad del albaceazgo* (Cap. VI).—A diferencia del mandato, en el albaceazgo la regla general es la no posibilidad de sustitución, salvo autorización del causante. De las *tres expresiones* utilizadas—"delegar el cargo", "designar sustitutos", "delegar sus funciones"—, la primera es la que usa el C. c. y las otras dos la Compilación Catalana; para ALBALADEJO, la de "delegar el cargo" permite cualquier tipo de delegación, y las dos de la Compilación son cada una diferente de la otra. Examina con detalle las distintas *situaciones que pueden presentarse*, según que el albacea: poniendo fin a su desempeño del cargo, sale de éste, entrando otro en él—sustituto o delegado, que pasa a ser el único albacea—; o bien, sin dejar de ser albacea, encomienda sus funciones a un tercero; o bien conserva el cargo, pero desglosando *parte de él*, que entrega a otro para su cumplimiento; o bien está autorizado para designar a otros albaceas para que, solidaria o mancomunadamente, ejerzan el cargo junto a él. Para ALBALADEJO no es preciso que sea solemne la forma de realizar la delegación.

— *Responsabilidad del albacea* (Cap. VII).—Conforme al art. 899 del Código civil se contrae por el albacea—con la aceptación—una obligación de "hacer": la de dar cumplimiento a la misión que el causante le encargó. Por lo que responde de no hacerlo o de hacerlo sin guardar al menos la diligencia media; también responde por no ejercerlo, o por ejercerlo dolosa o negligentemente, o por concluir lo sin haber dado por su culpa cumplimiento al encargo. Para ALBALADEJO la responsabilidad contraída es "obligacional"—la que suele llamarse "contractual"—, ya que suele llamarse "contractual" a la culpa en el cumplimiento de obligaciones no nacidas de contrato, como es el caso del albaceazgo.

Estudia el autor los distintos supuestos de responsabilidad: en caso de dolo; en caso de culpa, que supone culpa "in abstracto"; caso de ser retribuido el albaceazgo; casos de exención, agravación u otras modificaciones de la responsabilidad; pluralidad de albaceas (problema importante que estudia es de si la responsabilidad total es exigible íntegramente a cualquiera de los albaceas o no, o si es que es exigible íntegramente cuando son solidarios y no si son mancomunados).

Examina además con especial cuidado una serie de supuestos concretos—sentencias del Tribunal Supremo—en que el albacea incurre en responsabilidad.

Entiende *transmisible «mortis causa»* la responsabilidad del albacea (3).

La *acción para exigir* la responsabilidad tiene un plazo de vida de quince años en el Derecho Común (treinta en Derecho Catalán: artículo 344 Comp.) y el cómputo se hace *a partir* de la rendición de cuentas.

— *Resarcimiento de gastos y daños* (Cap. VIII).—El derecho del albacea al abono de los gastos y daños en el desempeño del cargo es totalmente independiente de la remuneración o retribución que deba

(3) Para un caso no citado por el autor, en el supuesto que originó la sentencia de 16-X-1940, y en el sentido expresado en la obra: véase mi comentario a dicha sentencia en esta REVISTA, número 469, pág. 1.608.

percibir el albacea. Derecho que no fija específicamente el C. c., pero que se apoya por analogía en lo establecido para el mandato en artículo 1728-1.

Para que los gastos sean reembolsables deben reunir los *requisitos* de: hechos en ejecución del albaceazgo y durante él, dentro de las atribuciones del albacea tanto por caer bajo sus facultades el asunto en que se gastó como por caer el propio gasto de que se trata, y que el gasto sea adecuado según las circunstancias a tenor al menos de una diligencia media.

Estudia también el autor otra serie de puntos, cuales son los de: intereses de la cantidad anticipada; indemnización por daños (poco frecuente); prueba del gasto o daño; cargo del reembolso o indemnización; si puede mermar la legítima; tiempo de reclamación; si hay o no derecho de retención de los bienes hereditarios hasta el pago; compensación entre lo debido al albacea y lo que éste deba entregar.

— *Remuneración del albacea* (Cap. IX).—Distingue agudamente ALBALADEJO las siguientes formas de recompensar el testador al albacea: instituirle sucesor en bienes, señalarle una retribución por el encargo, o autorizarle al cobro de honorarios por sus servicios profesionales. A estos tres procedimientos de retribución o remuneración llama el autor, respectivamente: remuneración, retribución, honorarios.

Examina los interesantes problemas de: si la retribución merece el concepto de legada; si lo dejado al albacea con independencia de su nombramiento es o no dependiente del albaceazgo; si una recompensa absorbe o no a las otras; cuándo tiene el albacea derecho a percepción de honorarios; fijación de la cuantía de la remuneración o retribución, y de los honorarios; pérdida de la recompensa; pago de recompensas.

— *Extinción del albaceazgo* (Cap. X).—Este capítulo es el segundo en importancia en la obra, por el tratamiento a que le somete el autor. Juntamente con el capítulo V forman las dos piezas claves de la obra; y no porque los testantes desmerezcan, sino por la escasa atención doctrinal y el confusiónismo existentes sobre los particulares pertinentes.

Distingue con fina precisión ALBALADEJO entre el fin del albaceazgo y la cesación en el cargo de determinado albacea, continuando aquél desempeñado por otro. Parte de la base de que el art. 910 C. c. *enumera* algunas causas de extinción del albaceazgo, las más importantes, pero ocurre que *además* hay otras, que o son obvias (cumplimiento del encargo) o son aplicación de reglas jurídicas válidas también para el caso.

1. *Cumplimiento del encargo*.—La estudia ALBALADEJO, en primer lugar por ser la *causa ordinaria* de acabarse el albaceazgo. Lo reconoce también la jurisprudencia reiteradamente, aunque con diversas *expresiones* que vienen a significar lo que, en cada caso contemplado por el Tribunal Supremo, se entiende que pone fin a la ejecución del testamento. La extinción del albaceazgo se produce *no sólo* en el caso de que el encargo se haya cumplido con total acierto y corrección, *sino también* en el caso de que en tal cumplimiento hayan incurrido en errores de valoración de bienes, omisiones de éstos, adjudicaciones indebidas, etc.

2. *Imposibilidad de ejecutar el testamento*.—Puede ocurrir por las más diversas causas, como, por ejemplo, *pérdida de los bienes de la herencia*. Examina con gran profundidad el problema de si no se consigue acuerdo o mayoría entre los albaceas, si éstos son mancomunados, o si siendo solidarios es preciso tal acuerdo o mayoría; para el autor no puede afirmarse dogmáticamente una cosa u otra, ya que habrá

que distinguir en cada caso si el desacuerdo radica respecto a las líneas maestras del albaceazgo o si es sólo sobre ciertos puntos concretos (partición, por ejemplo), que pueden ser resueltos de otra manera.

3. *Muerte del albacea.*—Ello, por ser cargo personalísimo y de confianza del testador. Caso de que el albacea fuere una persona jurídica, su extinción tiene los mismos efectos que la muerte de la persona física. El autor cree aplicable por analogía la regla del art. 1738 C. c. respecto del deber de notificar la extinción a los interesados.

A la muerte del albacea—dice ALBALADEJO—sus derechos y obligaciones se transmiten a sus sucesores (4).

4. *Imposibilidad del albacea.*—Para ALBALADEJO se trata tanto de la de carácter material resultante de enfermedad, demencia, ausencia, etc., como de la legal. En todo caso, debe tratarse de imposibilidad absoluta y no de circunstancias que sólo obstaculicen el desempeño del cargo.

En todos aquellos casos en que, una vez comenzado el albaceazgo, sobrevienen circunstancias que habrían hecho a dicha persona incapaz para ser albacea, se muestra dividida la doctrina: para la gran mayoría—y la jurisprudencia—se trata de causas bastantes para pedir la remoción, mientras que para ALBALADEJO son supuestos de imposibilidad legal.

5. *Renuncia.*—Recordamos aquí cómo el autor distingue entre “repudiación” y “renuncia”. El primero de los problemas es el de si sólo es posible la renuncia cuando media justa causa, o si el albaceazgo cesa en todo caso de renuncia, haya o no justa causa. Examina el autor después cuáles son las justas causas. El albaceazgo cesará, no por la presentación de la renuncia, sino por el fallo judicial que la acepta, ya que la renuncia es una declaración de voluntad recepticia dirigida al juez.

6. *Remoción.*—Es la destitución del albacea de su cargo. La enuncia el Código civil como causa de extinción, pero luego no dice nada más de ella. Para el autor, lo importante es extraer los principios generales de tal regulación en orden a: quién puede pedirla, qué procedimiento ha de seguirse para obtenerla y qué causas permiten proponerla. El verdadero campo de batalla—nos dice ALBALADEJO—en materia de remoción es el de cuáles sean las causas que permiten proponerla: no regulada la cuestión por el Código civil, doctrina y jurisprudencia se muestran divididas y la confusión es ya conocida. El autor va criticando una por una las distintas posiciones y razonando sobre aquellos aspectos válidos de cada teoría al comparar el respectivo instituto con el albaceazgo.

7. *Transcurso del plazo.*—El albaceazgo termina por el transcurso del plazo concedido al albacea: se cuestiona por la doctrina si ello se produce o no automáticamente, lo que afirma el autor. El plazo es un periodo máximo para cumplir el encargo, que no puede sobrepasarse. La duración del plazo la señala inicialmente el testador, y en su defecto la ley (en Derecho Común; en el Catalán no hay plazo legal subsidiario, sino una petición de requerimiento al albacea para que cumpla que se dirige al juez). Estudia ALBALADEJO con gran extensión los numerosos problemas que esta causa de extinción origina: plazo fijado por el testador; si éste puede conceder un plazo indeterminado, o dejar su determinación al arbitrio del albacea, de los interesados o

(4) En un caso no citado por el autor, el de la sentencia de 16-X-1940, y en el mismo sentido de la obra: véase en esta REVISTA, número 469, pág. 1609.

de un tercero; plazo marcado por la ley; prorrogabilidad del plazo, duración de las prórrogas y cómputo del plazo y de las prórrogas.

— *Rendición de cuentas* (Cap. XI).—La rendición de cuentas pesa sobre todos los albaceas *desde* que acaba su encargo. Examina el autor la curiosa distinción introducida por alguna sentencia—y seguida por Ossorio—entre obligación de “dar cuenta del encargo” y la de “rendir cuentas”, cuya identidad parece incuestionable. Solamente cabrá pensar en esta diferencia cuando no hay cuentas que rendir. De esta obligación no puede eximir el causante. Las cuentas se rinden al acabar el albaceazgo: porque la rendición de cuentas *no* es el último acto de la misión del albacea, sino una operación que se realiza *después* de acabar aquélla, y, por tanto, el albaceazgo. El plazo para pedir la rendición correrá, pues, *desde* que el albaceazgo acabó.

— *Invalidez* (Cap. XII).—ALBALADEJO distingue dos tipos de invalideces: la relativa a la ocupación del cargo de albacea siendo nulo el nombramiento, y aquella otra que puede alcanzar a los actos que, aun ocupando el cargo debidamente, el albacea realice (en ésta, se tratará del mismo tipo de invalidez que otro cualquiera por vicio del consentimiento). Trata, pues, el autor tan sólo de las invalideces propias del albaceazgo y estudia los casos de: actuación del albacea sin atenerse a las prescripciones legales o a la voluntad del testador o al interés de la sucesión; actuación por quien realmente no ocupa el cargo, o no lo ocupa debidamente, o aun ocupándolo debidamente cae fuera de sus atribuciones. Cuestiona acerca de la posibilidad de hablar del albacea “aparente”. Examina con detalle los distintos supuestos que pueden presentarse en materia de invalidez.

— *Derecho Internacional Privado e Interregional* (Cap. XIII).—Finaliza la obra con este capítulo dedicado a los problemas sobre las *normas de colisión*. Sienta como *punto de partida* la tesis de que *el albaceazgo no se regula en bloque por una sola ley*, sino que los distintos extremos del albaceazgo se regirán por leyes diferentes según el punto de que se trate. Examina las distintas posiciones doctrinales respecto a la ley que rige el albaceazgo, sentando su posición—que siempre viene fundamentada—, y analiza los numerosos casos de excepciones a la ley general.

4) *Consideraciones críticas*.—La aportación del profesor ALBALADEJO es importante y fundamental: lo primero se desprende de una somera lectura de mis comentarios precedentes; lo segundo, del tratamiento magistral a que el autor ha sometido a todos los extremos del instituto. Parece, por tanto, superfluo y atrevido por mi parte el pretender buscar defectos a una obra acabada y completa; sin embargo, considero debo hacerlo en aras de la mayor objetividad posible y de la claridad de ideas imprescindible en el mundo del derecho, máxime en tema tan práctico y polémico.

Centraré mis consideraciones acerca de aquellas cuestiones o puntos que me han parecido convenientes, y en el mismo orden en que aparecen tratados en la obra.

Lo más sorprendente, en primer lugar, es la total carencia de datos históricos acerca de la institución, datos no siempre necesarios y esclarecedores en verdad, pero que muchas veces ayudan a comprender mejor determinados perfiles de la institución o a resolver problemas de interpretación de los textos legales.

En segundo lugar, de la numerosa y selecta bibliografía sorprende también la ausencia de nombres de autores españoles—cual el de Díez

PICAZO, insustituible en determinadas materias—, si bien es cierto que ya el autor previene de ello al decir que no están todos.

En tema de *naturaleza jurídica del albaceazgo*, aunque ya dije antes que comparto en esencia la posición del autor, parece más oportuno entender—como hace Díez PICAZO (5)—que es necesario separar o delimitar varias cuestiones distintas que aquí se mezclan o confunden: a) naturaleza de la posición jurídica del albacea dentro del complejo fenómeno hereditario (idea de cargo u oficio de derecho privado); b) naturaleza de la relación jurídica que liga al albacea con las demás personas interesadas en la herencia (idea de gestión o administración de patrimonio ajeno); c) naturaleza del acto creador de esta relación jurídica y de aquella posición o situación (consecuencia de dos negocios distintos: el testamento y la aceptación del cargo).

En cuanto a la *pluralidad de albaceas*, es muy sutil el análisis que hace el autor en cuanto a la diferencia esencial entre los albaceas mancomunados y solidarios. Es también acertada su visión del art. 897 del Código civil como norma de presunción; aunque, avanzando un poco más, cabría más bien decir que es una norma de *interpretación* y que todas las normas relativas a la actuación de una pluralidad de albaceas son de derecho *dispositivo*.

La terminología del profesor ALBALADEJO distinguiendo “repudiación” y “renuncia” puede parecer algo bizantina y es *per sé* polémica. Quizá cabría llamar, con Díez PICAZO (6), a la repudiación *excusa*, con lo que tales inconvenientes quedan obviados.

La posición del autor es muy tajante en orden a considerar al *pródigo* inepto en todo caso para ser albacea; quizá parece preferible entender, con SAEZ DE SANTAMARÍA, que habrá que atender a cada caso concreto, considerando las especiales facultades señaladas por el testador y habida cuenta de las circunstancias de su nombramiento.

De las consideraciones expuestas por el autor en orden a la necesidad de licencia marital para la *mujer casada* albacea, cuyo tratamiento estimo es acertado, no se desprende qué tipo de ineficacia o de sanción afecta a la mujer albacea. Por tanto, creo se debería profundizar un poco más y analizar ¿qué es lo que puede impugnar el marido: la aceptación del cargo o los singulares actos realizados como albacea por la mujer? ¿Qué consecuencias acaecerán a la mujer?

De la posible *capacidad de los menores emancipados*—en contra de la posición negativa del autor—se muestran partidarios bastantes de nuestros mejores tratadistas, ya que tienen capacidad para obligarse, y en el mismo sentido afirmativo se expresaba la tradición jurídica catalana. Los argumentos del profesor ALBALADEJO son en verdad contundentes, aunque me parece que en algunos casos habrá que estar a la voluntad del testador y al contenido o facultades concedidas al albacea, ya que si sólo las tiene de *administración* parece duro negarle capacidad para ello.

Respecto de la *capacidad de las personas jurídicas* para ser albaceas, y con la alusión del autor al *Derecho Inglés* (Judicature Act de 1925), estimo sería conveniente profundizar en este punto: acerca de las relaciones con el “trust” o, más propiamente, si caso de ser albacea una persona jurídica el supuesto hace tránsito a una especie de “trust” (7).

Hay un punto enormemente curioso y práctico, que profesionalmente me afecta, pero que requiere de mayor experiencia que la mía para

(5) Véase *Lecciones de Derecho civil*, IV-Sucesiones, pág. 477.

(6) Véase op. cit., en nota anterior, en pág. 483.

(7) Véase, sobre todo, *El derecho inglés*, de E. JENKS, Reus, 1930, págs. 422 y sigs. en especial la 434: véase también RHEINSTEIN, *The Law of Decedent's Estates*, pág. 659; y PUIG BRUTAU, *Fundamentos Derecho civil*, V-1, pág. 447.

sentar un criterio claro, y es el de *si los Notarios en Cataluña pueden o no percibir la remuneración legal del 10 por 100* (Comp. Cat., 239). Habrá que estar a la consuetudinaria práctica catalana en este punto, práctica que desconozco. De otro lado, las razones del autor en defensa de la dignidad del Notario son estimables y, en principio, me inclinan de su parte.

De todo el estudio que ALBALADEJO realiza sobre las *facultades de los albaceas* se deduce que impera en el tema una interpretación restringida. Ello es lógico y es lógica consecuencia de la aplicación subsidiaria al albaceazgo de las reglas estrictas del negocio de apoderamiento (art. 1713 C. c.). Pero, como regla más genérica, estimo habrá que estar a la sentada en tema de interpretación del testamento en el art. 675 C. c.

El autor cree necesario—en tema de *pago de legados en metálico* (art. 902 C. c.)—que los herederos aprueben el proyecto aun en forma tácita y que no es suficiente que el heredero no se oponga; sin embargo, encuentro poca diferencia entre una postura y otra, y esta segunda posición (tesis de ROCA SASTRE) me parece más adecuada a la práctica.

En tema de *arbitraje*, entiende ALBALADEJO que “no corresponde (tal facultad) a los albaceas que carezcan de la facultad de disponer”... Pero quizá convendría aquí hacer alguna precisión: no hay que confundir la indisponibilidad de una materia con la imposibilidad de celebrar negocios jurídicos sobre ella. Así, Díez Picazo (8). Pues la “indisponibilidad” funciona como exigencia específica del negocio principal objeto del arbitrio del tercero y se refiere al negocio principal: no es una exigencia específica del arbitrio del tercero. El arbitrio del tercero *puede* llegar hasta donde alcance el poder de disposición individual, hasta donde alcance el ámbito de eficacia del negocio jurídico.

La polémica es clásica en orden a la llamada “*intervención*” de los herederos para la enajenación por el albacea. Por de pronto, aunque el autor se inclina por la posición afirmativa no está nada claro el significado de tal intervención, como ha puesto de relieve Díez Picazo (9): ¿es aprobación o es conocimiento? Nos lo prueba el art. 903-2, *fine*, que es una norma absurda y poco afortunada: si los herederos sólo tienen intervención, no parecen necesarias tantas “formalidades”. Por otra parte, la justificación de la necesidad de intervención de los herederos la suelen basar los autores que la defienden en el art. 20 L. H.: pero conviene aquí recordar que la Ley Hipotecaria de 1861 introdujo en dicho artículo, en forma sintética, el principio de tracto sucesivo: así, ROCA SASTRE (10). Fue la reforma de 1869 y las posteriores las que cambiaron profundamente el texto original; pero *sustancialmente* sigue siendo lo mismo, una norma dedicada al modo de llevar los Registros. Tampoco la argumentación de GONZÁLEZ PALOMINO (11) ha sido atacada ni desvirtuada por ALBALADEJO, cuya posición en este punto no veo todo lo firme que es en otros; sin perjuicio de que la Res. de 19 de julio de 1952 no puede ir contra la reforma de la L. H. de 1944-46, como argumenta GONZÁLEZ PALOMINO. Por mi parte, creo conveniente añadir que en este punto los autores suelen tomar implícitamente del subconsciente la semejanza del albacea con el contador-partidor (hasta el extremo de que ALBALADEJO, según vimos, dice que el contador-partidor es un albacea particular), con lo que aplican a aquél la regulación de éste, y viceversa; parece duro negar al testador la facultad de dispensar al

(8) Véase *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, pág. 226.

(9) *Lecciones...* cit., pág. 486.

(10) *Derecho Hipotecario*, BOSCH, 1954, I, pág. 814.

(11) Véase *Estudios de arte menor*, II, pág. 411.

albacea de la necesidad de intervención de los herederos, cuando es la persona de su confianza encargada de la total ejecución de su última voluntad, y parece incongruente cuando menos apoyar la argumentación negativa en un precepto hipotecario de tipo formal y no substantivo y precisamente en su redacción derogada.

Afirma tajantemente ALBALADEJO que "quien vende es el albacea"..., pues "tiene poder de disposición sobre bienes ajenos" Apoya su posición en la que entiende una "extendida" doctrina. Sin embargo, esto no es del todo exacto, o, mejor, la doctrina no es tan extendida como asegura, pues hay muchas voces discrepantes y con argumentos de mucho peso; así, GONZÁLEZ PALOMINO (12). De otra parte, cita a su favor a Roca, en *Kipp* (pág. 235); ahora bien, o la cita no es exacta o el mismo Roca se contradice, ya que éste afirma (13) "... el principio de tracto sucesivo puede dar la ilusión de que sólo el titular registral es el facultado para disponer..., pero no afecta para nada a la facultad *material* de disposición, que sólo corresponde al *verdadero* propietario" (antes había dicho que "es poco ortodoxo afirmar que la legitimación registral concede o confiere al titular registral la facultad de disponer del derecho inscrito") Estas citas de nuestro máximo hipotecarista están traídas aquí especialmente, a los efectos de poner de relieve el tema de la *legitimación*; porque *no cabe* decir que existe un poder de disposición sobre patrimonio ajeno; esta idea es ya clara después del trabajo fundamental de LADARIA (14).

La afirmación contraria implica la confusión del poder dispositivo con la legitimación para disponer; cabe que una persona esté legitimada para disponer de un derecho ajeno, pero tal legitimación no se basará en un poder de disposición, pues éste sólo puede pertenecer al titular del derecho de cuyo contenido forma aquél parte. Me parece, pues, claro que en tema de albaceas se tratará de un caso de legitimación *indirecta* por razón de un cargo u oficio.

Cuando ALBALADEJO trata del contador-partidor y se refiere al *legatario de parte alicuota*, dice que "parte de la neutralidad, razonando sobre la base de aceptarlo..."; más adelante, en tema de Remuneración del albacea, afirma "en principio, nada impide que, para recompensarle, se nombre al albacea heredero (así, se le deja una décima parte de la herencia)"; y en tema de Rendición de cuentas, sobre la base de equiparación del legatario de parte alicuota al heredero, dice que "examinando los casos en que la JURISPRUDENCIA o la doctrina hacen tal equiparación, se ve claramente que la razón de la misma concurre en el presente". Tratándose de un tema que he estudiado con cierta profundidad—el legado de parte alicuota a través de la jurisprudencia del T. S., en forma monográfica—me considero plenamente capacitado para poder opinar y argüir a ALBALADEJO que del examen detenido de los supuestos que han llegado al T. S. no se desprende tal equiparación al heredero (15). Por otro lado, dejarle a una persona la décima parte de la herencia no equivale a nombrarle heredero: dependerá de las circunstancias del testamento y de si hay o no aparte designación de heredero (16). Y en cuanto a la llamada "neutralidad" por el autor, más bien puede decirse es una actitud realista a la luz de la existencia de dicho legado desde hace cientos de años como he indicado en otro lugar (17).

(12) Véase op. cit., pág. 413

(13) Véase op. cit., págs. 252 y sigs.

(14) *Legitimación y apartencia jurídica* págs. 24 y 100.

(15) Véase en esta REVISTA, números 468 (pág. 1.261), 469 (pág. 1.571), 470 (página 99) y 471 (pág. 399).

(16) Véase en esta REVISTA, número 469, pág. 1.619.

(17) Véase en esta REVISTA, número 468, págs. 1.236 y sigs. y 1.618.

En tema de *Responsabilidad del albacea*, ya vimos cómo el autor dice que el albacea contrae una obligación de hacer; quizá convendría delimitar qué tipo de prestación contrae, si de actividad o si de resultado, pues son consecuencias distintas en cada caso. Obligado a una determinada conducta el albacea, precisamente la responsabilidad en que incurre deriva de la omisión de aquel recto comportamiento que exige la especial naturaleza de la obligación contraída.

Es bastante discutible la afirmación de ALBALADEJO—en el mismo punto sobre Responsabilidad del albacea—de que “ninguna obligación nace verdaderamente de la ley”, frente a una unánime opinión de la gran mayoría de nuestra doctrina (18).

En tema de responsabilidad, también, al precisar el autor *desde qué momento comienza el plazo para la acción de exigir la responsabilidad*; dice que los “interesados pueden esperar aun por lo que respecta a esa reclamación concreta, pues tienen también para lo relativo a ella el plazo que comienza a la rendición de cuentas o al fin del albaceazgo, aunque si lo prefieren pueden entablar dicha reclamación concreta desde que se produce el hecho que la fundamenta”. Quizá habría aquí que apuntar la muy íntima conexión del supuesto que plantea el autor con la doctrina de la “*verwirkung*”, cuya idea básica, a juicio de Díez Pícazo (19) radica en que el ejercicio de un derecho es inadmisibile cuando se realiza con un retraso objetivamente desleal y cuya eficacia es conceder al adversario una excepción.

En tema de *Renuncia del albacea*, cuando ésta se realiza sin justa causa y se produce la sanción del art. 900 del Código civil, se origina un curioso problema de revocación de propiedad que quizá sería interesante perfilar con mayor detalle.

En orden a la *Rendición de cuentas*, vimos que ALBALADEJO se muestra contrario a la posibilidad de cuentas periódicas o parciales; sin embargo, cabría apuntar que en determinados casos el negar tal posibilidad, o mejor, una negativa por parte del albacea, parece que sería contrario a la buena fe. Conviene también apuntar que si las cuentas hay que rendirlas a una pluralidad de herederos, habrá que estar a las normas sobre pluralidad—mancomunidad—de acreedores en una prestación de hacer indivisible. Así, en Díez Pícazo (20).

Respecto a la *invalidéz*, no nos aclara el autor qué tipos de invalidez se originan, por lo que quizá convendría una mayor puntualización. Aquí me remito a las consideraciones de Díez Pícazo (21).

Como resumen de estas breves consideraciones críticas cabe decir: que en la mayoría de mis observaciones o puntualizaciones se trata de materias o puntos opinables, por lo que aquello que pudiera haber de crítica se diluye en el contexto de la obra; que en orden a determinados puntos en que apunto posibilidades o conexiones, ello no supone demérito alguno para la obra en sí; que en orden a la posición del albacea en cuanto a las enajenaciones, creo que no cabe compartir las ideas del profesor ALBALADEJO, ya que está claro que el albacea tiene legitimación *indirecta* y no es él quien vende, *sin perjuicio de que quepa discutir* si actúa o no en virtud de representación y en nombre de quién; y que en cuanto al legado de parte alicuota, después de mi tratamiento casi exhaustivo de las sentencias sobre el tema, y las inevitables conexiones doctrinales, tampoco puedo compartir las afirmaciones del autor

(18) Véase CASTÁN, III, pág. 57. ESPÍN, III, pág. 121; NÚÑEZ LAGOS, en SCAEVOLA, III-I, pág. 118. PUIG BRUTAU, op. cit., I-2, pág. 67; Díez PÍCAZO, *Lecciones...*, II, pág. 216.

(19) Véase *La doctrina de los propios actos*, págs. 93 y 100; BOEHMER, *El derecho a través de la jurisprudencia*, págs. 243, 279 y 286.

(20) Véase *Lecciones...*, IV, cit., pág. 488.

(21) *La ineficacia del negocio jurídico*, en ADC 1961, págs. 820 y sigs.

5) *Comentario final*.—Me parece necesario insistir en que nos llamamos ante una obra importante y fundamental. El tratamiento del tema es original y escapa a los moldes ya clásicos de la jurisprudencia de conceptos, está lleno de un sano realismo crítico y de una constante preocupación por la adecuación a los supuestos contemplados por las numerosas sentencias sobre el tema. La obra creo que es insustituible: para el uso forense, por la enorme cantidad de sentencias y resoluciones que estudia y analiza; para el juzgador, como útil material de trabajo; para el abogado, como texto de necesaria consulta en los mil y un matices que la vida y la práctica suministran a diario, para el Notario, como texto de cabecera que aclare tantas cuestiones como suelen presentarse a la hora de redactar un testamento complicado; para el Registrador, como guía para la solución de aparentes problemas insolubles; y, en general, para el estudioso del derecho, como ejemplo evidente de una obra de investigación y de lo que puede el amor al Derecho.

En suma, una obra que consagra a su autor como a un clásico y que prestigia a la Editorial que ha publicado la obra.

JOSÉ CERDÁ GIMENO,
Notario.

ARREGUI GIL, JOSÉ: *La fidelidad viudal en el Derecho Privado de Navarra*. Biblioteca de Derecho foral, Pamplona, 1968, 280 págs.

A lo largo de esta interesante obra se da—el autor dice modestamente en la introducción “he intentado dar”—una visión completa de la fidelidad viudal, institución profundamente enraizada en el Derecho foral navarro. El tema es de interés, pues se halla implicado “comprometido—resalta el autor—en la crisis y en los avatares actuales de la vida familiar y de la institución familiar misma”. De ello resulta que, a través del estudio de una institución de Derecho foral navarro, se nos pone en contacto con una problemática que se presenta con aires de generalidad en la doctrina jurídica moderna: la protección del cónyuge superviviente, incluso algo más que esto, la continuidad de la organización económica de la familia después de la muerte de uno de los cónyuges. Por ello, el autor destina dos capítulos, el noveno y el décimo, al estudio de las soluciones que otras legislaciones, bien de nuestro país bien extranjeras, dan a tales problemas.

El primer capítulo se dedica a la fijación del concepto de fidelidad viudal. La finalidad se consigue a través del estudio previo de los fueros, la jurisprudencia y la doctrina científica. Respecto de los fueros resalta que en el de Viguera y Val de Funes la viudedad era el derecho que toda mujer infanzona podía tener en sus arras y todos los otros bienes que le dejare su marido en *fealdat*. El Fuero de Tudela concede al marido viudedad sobre las heredades dadas por el padre o la madre a la mujer, de donde resulta que la viudedad era el derecho del marido, que recíprocamente también tenía la mujer, a disfrutar los bienes aportados como arras o dote, a no ser que la mujer no quisiera otorgársela. En el Fuero de Estella se configura la fidelidad viudal como el derecho de la mujer de ser dueña y poderosa de todo el haber y del honor—extensiva por tanto a los muebles e inmuebles—mientras quisiera estar o permanecer en viudedad. En el Fuero General aparece como el derecho de los esposos infanzones a tener las heredades y demás bienes del otro,

viviendo en *jealdat*, tanto en el supuesto de que tengan descendencia como en el de que no la tengan. Las fórmulas definitorias de los Proyectos y Anteproyectos de Apéndices y Compilación del Derecho navarro son todas bastante semejantes. De entre ellas puede citarse la contenida en la Ley 212 de la "Recopilación Privada del Derecho Privado Foral de Navarra" de 1966, donde se dice que "el cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento". (Esta recopilación ha sido publicada en "Biblioteca de Derecho Foral", tomo XI, Pamplona 1967. Son autores de la misma García Granero, Aizpún Tüero, López Jacoiste, Nagore, D'Ors y Arregui Gil este último autor de las obras objeto de esta recensión). Las definiciones doctrinales, presentando cada una sus peculiaridades, coinciden en esencia con el concepto que aparece en la Recopilación últimamente citada. Otro tanto puede decirse de la fórmula que el autor extrae de algunas sentencias del Tribunal Supremo.

El autor llega a la conclusión de que de lo anteriormente examinado se desprenden tres notas características de la fidelidad viudal navarra: 1) La universalidad por lo que afecta a su extensión. 2) Efectos exclusivamente "post mortem". 3) Pérdida del usufructo si el supérstite no conserva el estado de viudedad. En consecuencia, se define la fidelidad viudal como "*el usufructo que compete al cónyuge viudo, mientras permanece en tal estado, sobre todos los bienes y derechos que en el momento del fallecimiento pertenecían al premuerto*".

El capítulo segundo se dedica al examen del origen y evolución de la institución. En cuanto al origen, después de rechazar aquellas tesis que tratan de encontrarlo en razones extrajurídicas, como la que pretende hallarlo en el espíritu caballeresco, de galantería y enaltecimiento de la mujer que floreció en la Edad Media, se examinan aquellas otras que le atribuyen una raíz rigurosamente jurídica. Se estima que no puede colegirse con rigor científico la inspiración romana como antecedente básico de la institución, ya que en la época en que nació el usufructo viudal la influencia romana no era tan marcada como lo fue a partir de la segunda mitad del siglo XIII. Se hace referencia a la tesis que defiende el origen germánico y señala los puntos de apoyo de la misma, llegándose a la conclusión de que el Derecho germánico no puede considerarse como fundamento exclusivo de la institución, aunque pudo favorecer el nacimiento y desarrollo de la misma. Finalmente se estima que, lo mismo que la institución hermana de Aragón, los primeros vestigios se encuentran en el Derecho consuetudinario. Se fundamenta tal tesis en la práctica de ampliar los derechos que por ley correspondían al cónyuge viudo y en el examen de algunos documentos cuyos textos se transcriben, de los cuales resulta claramente el carácter voluntario de los derechos de fidelidad, pareciendo evidente que, por lo menos hasta la mitad del siglo XIII, el beneficio no era legal.

En la evolución de la institución se distinguen dos fases: una, de concesión voluntaria; negocial, y la otra, de obligatoriedad o imposición legal. La primera se refleja en los Fueros de Viguera y Val de Funes, de la Novenera y Tudela. La obligatoriedad, impuesta primero por el Fuero de Estella, adquiere definitivamente carta de naturaleza para todo el reino en el Fuero General. Este Fuero sólo la concedió a los cónyuges infanzones, prohibiéndola a los villanos; pero, con la desaparición posterior de las diferencias de clases sociales, la viudedad adquirió por costumbre caracteres de generalidad. En el mismo Fuero General no siempre se extendía la viudedad a todo el patrimonio, sino que se distinguía el matrimonio que no tenía descendencia, supuesto en el que la viudedad comprendía sólo los inmuebles, y aquel otro que la tenía, única hipótesis en la que se extendía al entero patrimonio. Pa-

recé, sin embargo, que en el último caso se trataba, más que de una auténtica viudedad, de un supuesto de continuidad de la comunidad familiar. En la Novísima recopilación esta dualidad desaparece, la fidelidad viudal se configura definitivamente como usufructo a favor del cónyuge viudo, nunca como continuación de la comunidad familiar, no estableciéndose ya diferencias entre matrimonio con hijos y sin ellos.

En el capítulo III se examina la doctrina general. Respecto a la naturaleza jurídica de la institución se analiza la tesis de aquellos autores que estiman que la fidelidad viudal es un Derecho de usufructo, pero se la considera insuficiente para explicar su íntegra realidad. Mayor atención merece la doctrina que la considera como una institución de Derecho de Familia encaminada a evitar el rompimiento de la sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges. El autor, admitiendo que en esencia se trata de una institución del régimen de bienes de la familia, destaca, sin embargo, que en Navarra no se dan, en contra de lo que sucede en Aragón, dos consecuencias coherentes con tal naturaleza: el llamado derecho expectante durante el matrimonio y la aplicación a la fidelidad del estatuto personal del marido al tiempo de contraerse el matrimonio.

Después de examinar las tesis que la configuran como institución de Derecho sucesorio, llega a la conclusión de que se trata de una *institución viudal, familiar post mortem, familiar sucesoria*.

En el capítulo IV se contiene la transcripción de las disposiciones legales que regulan la institución. Así aparecen los textos correspondientes del Fuero General, Amejoramientos del rey don Felipe y del rey Carlos III el Noble, Fuero Reducido, Novísima recopilación y de los Cuadernos de las Cortes de 1765 y 1766. Se transcribe también la regulación que a la fidelidad viudal se da en la Recopilación Privada de 1966, por el interés —dice el autor— que presenta como obra científica de información.

El capítulo V se dedica al estudio de los elementos personales, reales y formales. Respecto a los elementos personales analiza en primer lugar a los nudopropietarios, es decir, a los herederos del cónyuge premuerto. A continuación se refiere al usufructuario, titular del derecho de fidelidad viudal, que es el cónyuge viudo, marido o mujer, sin limitación de clases sociales y aunque sea viudo de cónyuge binubo. Señala que se requiere que el matrimonio fuera válido y que el marido tuviera, al tiempo de la muerte de cualquiera de los cónyuges, la vecindad foral navarra. Analiza también los supuestos de cónyuges que carecen de derecho a la fidelidad viudal. En cuanto a los elementos reales se pone de manifiesto que el usufructo del cónyuge sobreviviente se extiende, en principio, a todos los bienes pertenecientes al premuerto, siendo, por tanto universal. Por excepción deben considerarse excluidos del usufructo: 1) Los bienes adquiridos por título lucrativo por el difunto con la prohibición expresa del usufructo. 2) Los bienes sobre los que tuviese el premuerto sólo un derecho de disfrute. El contenido del usufructo queda afectado cuando el cónyuge muerto deja hijos de un matrimonio anterior, en este caso, el autor recoge los criterios de la Recopilación Privada de 1966 en la que se excluyen del usufructo los bienes que debían reservarse en favor de los hijos o descendientes del matrimonio anterior, los que el binubo deba dejar en favor de los mismos hijos y descendientes con preferencia sobre los del matrimonio posterior y los que el mismo binubo hubiese adquirido por título lucrativo con llamamiento en favor de los hijos o descendientes de anterior matrimonio, si estos sobrevivieren. Como elementos formales se señalan el inventario y la fianza, respecto de la última se pone de manifiesto que no aparece establecida en ningún precepto de derecho navarro, pero que si alguna vez se dio en la vida real por costumbre, en contrario ha veni-

do a desaparecer, lo cual no significa que no puede ser impuesta por pacto en casos concretos.

En el capítulo VI se analizan los derechos del viudo usufructuario. En primer lugar se pone de relieve el carácter inalienable del usufructo, sin que ello sea obstáculo para que en determinados casos se puedan enajenar o gravar los bienes usufructuados. Tal posibilidad puede darse respecto a los inmuebles cuando los nudopropietarios y el usufructuario enajenan conjuntamente; cuando por disposición o por pacto se ha facultado al usufructuario para enajenar o gravar los bienes en caso de necesidad, siempre que el sobreviviente lo precisare para su subsistencia y no sean los nudopropietarios descendientes legítimos del premuerto; para pagar deudas del premuerto en el caso de que no hubiera dinero suficiente en la herencia. Tratándose de bienes muebles de escaso valor y fácilmente reemplazables en el mercado, el usufructuario puede enajenarlos libremente, con la obligación de responder de su importe, salvo que por necesidad los haya consumido. Si se trata de bienes muebles de notoria singularidad o mérito, como los de valor histórico o artístico, así como acciones u otra clase de valores mobiliarios, habrá que aplicar el mismo régimen que a los inmuebles. Se analizan también los derechos especiales que se le puedan conceder al viudo por disposición o por pacto; así como aquellos que le correspondan en razón de su cualidad de usufructuario: disfrutar la cosa, percibir los frutos, etc.

El tema de las obligaciones del cónyuge viudo se estudia en el capítulo VII. Para poder adquirir y gozar del usufructo de fidelidad es necesario hacer inventario de los bienes a que se extiende el usufructo. El inventario debe hacerse, sin necesidad de requerimiento ni mandato, salvo que mediara dispensa del cónyuge premuerto o sus herederos, si bien el primero no podrá otorgarla en el caso de tener hijos o descendientes de anterior matrimonio. El inventario se comenzará dentro de los cincuenta días siguientes a la fecha de la muerte o de la declaración de fallecimiento del cónyuge consorte y se terminará dentro de otros cincuenta. Tales plazos son de caducidad y si no se hace el inventario dentro de los mismos no se adquiere el usufructo de fidelidad. El superstite ha de permanecer en estado de viudedad para conservar los derechos correspondientes; no obstante, es frecuente que en los contratos matrimoniales, sobre todo de las familias labradoras navarras, se pacte la posibilidad de repetir matrimonio "a la casa y bienes del premuerto", sin perder por ello el usufructo. Tampoco puede el viudo llevar vida notoriamente licenciosa ni corromper la honestidad de los hijos. Está obligado además a criar y educar a los hijos, dotar a las hijas, pagar las cargas inherentes al usufructo, así como las deudas del premuerto. En cuanto a los legados deberá pagar los de índole piadosa, no los demás, aunque en la práctica se pagan los de pequeña cantidad. La norma general es que no hay obligación de entregar los legados mientras dura el usufructo de viudedad, pues de otro modo el derecho que concede la ley al consorte sobreviviente podría quedar burlado por el premuerto disponiendo que se distribuyeran sus bienes en legados.

El capítulo VIII se dedica al examen de las causas de extinción. La primera de ellas es la muerte del usufructuario, la cual motiva la extinción de la viudedad, aunque hubiera sido causada por el nudopropietario. También se extingue por renuncia, a causa de nuevas nupcias, por la consolidación en poder del viudo de propiedad y usufructo, pérdida de todos los bienes, prescripción y en virtud de cualquiera otra causa que hubiera sido prevista. La vida licenciosa y el incumplimiento de ciertas obligaciones por parte del viudo las considera el autor como causas de privación del usufructo, calificación que implica un trato

procesal distinto que el que se aplica a las causas de extinción, pues en el último caso los nudopropietarios pueden hacer valer directamente sus derechos a la entrega de los bienes; por el contrario, tratándose de una causa de privación deberán ejercitar la acción declarativa de privación del usufructo y además la encaminada a conseguir la entrega de los bienes.

Los capítulos IX y X se dedican al estudio del Derecho comparado interregional e internacional. Finalmente, en el capítulo XI se examinan algunas cuestiones de interés derivadas de la inexistencia del derecho expectante en la fidelidad vidual. La primera de ellas es la relativa a la facultad del marido de poder hacer perder a la mujer el derecho de fidelidad cambiando su regionalidad o nacionalidad. La segunda se refiere a la posibilidad existente de que a través de actos dispositivos se trate de impelir o mermar la fidelidad, siendo la mujer la perjudicada en la mayoría de los casos. Para hacer frente a tal peligro sugiere el autor que se exija el consentimiento del otro cónyuge para realizar los actos de disposición que puedan mermar el derecho de fidelidad e incluso propone que se conceda a la mujer una acción por fraude. Termina el capítulo proponiendo que en el futuro Código civil general se regulen los derechos del cónyuge viudo de acuerdo con la institución de la fidelidad vidual.

Las conclusiones y los apéndices donde se recoge la regulación que a la institución se le ha dado en distintos proyectos de recopilación del Derecho Foral navarro ponen fin a esta interesante obra donde, como dice el profesor SANCHO REBULLIDA en el prólogo, "el autor ha hecho de la fidelidad vidual un estudio completo y sistemático, con puntual atención a sus fines de justicia y a sus problemas prácticos; un trabajo erudito pero sobrio, histórico para el presente; con talento y con amor".

O. V. TORRALBA SORIANO.

MOHAMAD EL-GAMMAL, M.: *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, Paris 1967, 344 pág.

Casi no hace medio siglo que en la esfera de la contratación privada se mitificaba el principio de la libertad de contratación; el contrato se entendía que significaba el acuerdo y la voluntad de las partes contratantes que reglamentaban libremente a través del mismo sus intereses. La quiebra del principio se inicia a principios del siglo XIX. Los grandes poderes económicos van a prevalecer de esa libertad, abusando de la parte contractual económicamente débil. Empresarios y trabajadores, grandes empresas y consumidores se encuentran en la esfera de la contratación a niveles distintos. La libertad contractual es el instrumento para hacer valer jurídicamente una posición de privilegio. No es de extrañar, pues, la reacción; el equilibrio y la armonía en la vida económica se han roto y es preciso buscarlos a través de otros procedimientos. La libertad no puede realizar la justicia en el orden económico. Así nace la noción de orden público económico, como instrumento para remediarlo. Mientras que otros intentan remediarlo dentro de la técnica misma de los contratos, adaptándola al nuevo estado de cosas.

La literatura jurídica sobre la adaptación del contrato a las circunstancias económicas es bien abundante, sin embargo, señala el autor de la que vamos a analizar, hay pocas obras que sistematicen dando co-

herencia las diferentes manifestaciones técnicas que se han venido produciendo en materia de adaptación del contrato a las circunstancias económicas, así como las consecuencias de la evolución de su infraestructura económica y social. Esto supone en primer término prejuzgar un doble orden de cuestiones, jurídicas y económicas. Las primeras concernientes a la noción de contrato y la función en el mismo de la autonomía de la voluntad. Las segundas a la naturaleza y al alcance de las circunstancias económicas de nuestro tiempo. MOHAMAD EL-GAMMAL parte del análisis de los hechos procurando discernir lo irracional y lo inteligible para devolver al mecanismo contractual su originalidad y a las circunstancias económicas, de una parte, su unidad y su significación profunda, y de otra, su lugar en el seno de este mecanismo en sus diferentes eslabones. Estos son sus términos textuales cuando expone el método a seguir en su investigación sobre el tema.

Todavía adelanta en la introducción la equivocidad de los términos, "adaptación a las circunstancias económicas". De lo que se trata en realidad es de la modificación que puede imponer el contrato durante su vigencia en atención a las modificaciones económicas sufridas.

Por otra parte, el término "adaptación del contrato a las circunstancias económicas" parece al autor estrecho; es necesario tener en cuenta las transformaciones del conjunto de todo un sistema económico durante un largo período y la evolución "estructural" del sistema. Es preciso resaltar más que la "vida económica de un contrato individual", la de la institución de la vida económica y social, institución que se adapta a todo lo que hay en esta vida de movimiento y cambio.

Estudia las circunstancias económicas como un elemento de un sistema económico móvil en el tiempo. Se cuestiona si las transformaciones económicas no habrán destrozado las soluciones que dotaban al régimen contractual de sus características más acusadas desde su formación hasta su ejecución. La modificación del contrato en virtud de las modificaciones económicas no es sino una pieza del conjunto más sólido y coherente que rige toda la economía del contrato.

Por economía interna del contrato hay que entender, frente a economía general, la reglamentación de las relaciones pecuniarias de las partes; se toma en cuenta la desigualdad económica de las mismas. Se trata del plan individual del contrato. Se opone esta economía interna del contrato a la economía general de la colectividad, en la que importa la actividad contractual en masa; que desborda el equilibrio bipartito por reglas nuevas conectadas con la economía dirigida o la justicia social. En caso de necesidad contra el acuerdo y el interés común de los contratantes. Hace alusión al tema de la oposición entre el interés particular y el general de la comunidad, que entiende no es, sino una confusión entre el fin de la norma y su objeto.

Por otra parte hoy no puede hablarse de separación entre contrato y ley, sino de colaboración, de armonía, bien en cuanto a la determinación del contenido del mismo, bien en la sanción de las leyes que se ocupan de esta determinación.

Hoy se tiende a distinguir en el contrato un elemento económico, un elemento real o material, una equivalencia natural y a aislarlo de la esfera del juego de la voluntad creadora del contrato.

Con la transformación de la estructura económica y social, cada contrato no es más, en la mayoría de los casos, que una parte de un conjunto cuya entidad modela la estructura económica del Estado, y en un período de tiempo más extenso, la estructura de la sociedad.

Esto fuerza, dice el autor, como tarea primera a buscar el "cómo" se determina hoy el contenido del contrato, porqué será, al mismo tiempo la respuesta al "por qué".

Si bien el Ordenamiento jurídico no deja actualmente hoy el contenido del contrato al arbitrio de las partes, todavía pertenece, sin embargo, a las mismas su elemento subjetivo: la creación misma del contrato. Y a través del mismo pueden las partes desconocer el imperativo del Ordenamiento jurídico objetivo, por lo que se impone la sanción. Si bien se predica como sanción la nulidad del acto, lo cierto es que con frecuencia el legislador y la jurisprudencia optan por su "adaptación" a las exigencias de la regla legal violada. Se cuestiona: ¿Se puede dentro del sistema de sanción contractual introducir junto la nulidad y la anulabilidad del mismo una nueva categoría que se distinga de las mismas, tanto por sus efectos, como por su funcionamiento, de suerte que sea apta para responder a las exigencias del nuevo orden jurídico?

El trabajo de MUSTAPHA MOHAMAD responde a estos dos órdenes de problemas que se plantean en las dos partes del libro: I. El contenido del contrato y las circunstancias económicas. II. La suerte del contrato y las circunstancias económicas.

En primer lugar, se analizan las circunstancias económicas en cuanto que influyen en el contrato. Es interesante destacar, y el autor lo hace, el hecho de que una gran parte de la controversia sobre la relación entre el contrato y las circunstancias económicas se produce alrededor del orden monetario, hasta tal punto, que algunos autores piensan que sólo los factores monetarios influyen en el contenido del contrato. La suerte del contrato está ligada también a la de los principios que gobiernan el valor de la moneda, el principio nominalista. Radica en la fuerza reconocida a este principio la determinación, tanto de la extensión de la libertad dejada a las partes para ordenar el contenido de su contrato en función de las modificaciones económicas, cuanto la fuerza obligatoria misma del contrato, es decir, la posibilidad de modificar su contenido en razón de estas modificaciones.

Sin embargo, y pese a la importancia de las modificaciones del orden monetario, no parecen tener, a juicio de MOHAMAD, demasiada influencia en la organización del contenido del contrato. Realmente, de quien es función es, no del orden monetario, sino del económico. Es el orden económico, liberal o dirigido, el que deja o no en libertad a las partes para esta actuación.

Realmente, el estudio de los factores económicos que influyen sobre el contrato lleva al estudio de las transformaciones sufridas por el orden económico liberal, que es el nuestro, y sus repercusiones sobre la contratación.

Es preciso distinguir, pues, distintos temas dentro de esta esfera: el contrato y el orden propiamente monetario, el contrato y el orden económico, las transformaciones del orden económico liberal y sus repercusiones sobre la organización del contenido del contrato. Y esta tarea la lleva a cabo el autor en los capítulos siguientes.

El primero, contrato y orden monetario, le conduce a estudiar el principio nominalista y su extensión al contrato. Lo que importa a las partes no es el número de unidades monetarias determinadas en el contrato, sino su valor. Sin embargo, el Derecho positivo consagra el principio nominalista, lo que impide la revisión de los contratos, ya que el legislador impone de la manera más enérgica la fuerza obligatoria del contrato.

La doctrina no cuestiona el principio nominalista monetario, pero sí su fuerza de obligar: ¿es un principio imperativo que delimita el marco en el que pueden jugar las voluntades privadas o un simple principio supletorio que no juega, sino en el supuesto en el que no hayan estipulaciones contrarias? Esto le lleva a sistematizar su análisis en dos órdenes de cuestiones: el nominalismo interpretativo de la voluntad de

el contenido del contrato. Y el nominalismo imperativo y el contenido del contrato. En ellos sistematiza la materia, haciéndose eco de las doctrinas que tratan de reducir el nominalismo a un principio supletorio, lo que supone la defensa de la licitud de aquellas cláusulas encaminadas a evitar los inconvenientes que entraña una modificación de la conjuntura económica. Pero este liberalismo extremado apenas resuelve el problema de la adaptación del contrato, porque, por un lado, deja fuera todos los supuestos en los que las partes no han previsto las fluctuaciones económicas, y de otro, las exigencias de la economía nacional.

Por su parte, aceptado el principio nominalista con carácter imperativo, fundamentado en el principio de curso forzoso de la moneda, cualquier cláusula, permitiendo el pago por otro medio sustitutivo: cláusulas oro, valor oro, moneda extranjera, serán ilícitas. Analiza minuciosamente el tema de la adaptación del contrato bajo el régimen del nominalismo imperativo, especialmente tratando de intentar dentro del mismo la licitud de las denominadas cláusulas de escala móvil, en especial el análisis de la voluntad de los contratantes exprimida en las cláusulas y su proyección en el orden público.

La problemática de la autonomía del contrato, a la vista del orden económico, le lleva a distinguir entre los datos o presupuestos económicos y la separación entre orden monetario, y el contenido de la obligación monetaria y los datos jurídicos y la separación entre el orden monetario y el contenido de la obligación monetaria. Analiza dentro del primer orden de cuestiones temas, como el de la unidad monetaria y la obligación monetaria, y dentro de él, la posibilidad de hablar de una verdadera esencia de unidad monetaria y la unidad monetaria. "fórmula" de la obligación monetaria.

Pone de relieve como uno de los aspectos más interesantes de la historia de la moneda el de la desmaterialización progresiva de los medios de pago. Sus causas. Concluye que puede afirmarse que los medios de pago son símbolos o representación de las unidades monetarias que contiene la deuda.

Pero todavía hay que distinguir esta relación de representación o equivalente entre la unidad monetaria y los medios de pago de la relación de la moneda y los bienes y servicios, distinción que sirve al autor para llegar a establecer la que a su vez existe entre el problema de la entidad de la obligación monetaria y el del nominalismo monetario.

El capítulo II está dedicado al análisis del contrato y el orden económico. MOHAMAD EL-GAMMAL llega a una conclusión del análisis llevado a cabo en el tema sobre los principios monetarios: la de que, de hecho, ésta no es sino la cuestión de la función que la voluntad debe de tener en el ordenamiento de la economía del contrato. La controversia, más que en las instituciones monetarias mismas, debe situarse en una perspectiva mucho más amplia, poniéndose en tela de juicio incluso la construcción misma del Derecho privado.

El Código francés es expresión de una concepción filosófica, económica y social determinadas, consecuencia de la misma es la idea que los juristas tienen del contrato, concepción puramente subjetiva, fijada de una vez para siempre. El contrato es un acuerdo de voluntad, generador de derechos subjetivos; las leyes interpretativas o supletorias no son sino desarrollo de esa, acuerdos de voluntades. No obstante la creciente intervención del Estado en el dominio económico, y, por tanto, en las relaciones contractuales, lleva a una creciente preponderancia de lo "objetivo" sobre lo "subjetivo".

La esfera de la privilegiada libertad contractual se ve así invadida, quebrantándose sus principios tradicionales, hasta llegar a hablarse por algunos de una verdadera "crisis contractual". Es interesante a este res-

pecto la distinción que lleva a cabo entre "acuerdo de voluntades" y autonomía de la voluntad, cuando fundamenta la defensa de la pervivencia del contrato como generador de derechos e instrumentos para cumplir intereses privados.

El contenido del contrato no depende únicamente de la voluntad de los contratantes, sino también del Ordenamiento jurídico objetivo, de la Ley, según las transformaciones del medio económico en el que tiene lugar.

Todo ello le conduce a distinguir en su análisis entre la distinción entre el contrato y su contenido y la apreciación del contenido del contrato. El fundamento del contrato se encuentra, en tesis de nuestros tiempos, en su fin económico: la necesidad del cambio. No siempre la voluntad es, por sí misma, su propia Ley; en ocasiones, la determinación del contenido del contrato encuentra su fundamento en la organización económica de la Sociedad y no en el principio de la autonomía de la voluntad. El contrato es un instrumento indispensable para el cambio. Desarrolla la idea, que tiene un verdadero interés en cuanto a la justificación de la construcción y funcionamiento del mismo.

También reviste especial interés, dentro del trabajo que analizamos, el tema del contenido del contrato y la libertad contractual, igualdad de las partes contratantes, contratos forzosos contenidos del contrato y orden económico, liberal o dirigido; revisión de la teoría de la causa en relación con el tema del contenido del contrato: causa como la razón de ser económica de la obligación, etc.

De todo ello concluye cómo la evolución del orden económico no supone, en ningún caso, destrucción de la concepción del contrato, que sigue siendo la "expresión de necesidades económicas eternas".

A continuación estudia las repercusiones de la transformación del orden económico liberal sobre la organización de los contratos: equilibrio económico y libre determinación de los precios; libre determinación de los precios y crecimiento y crecimiento económico y dirigismo privado. La evolución hacia la regulación consciente de los precios. La aparición de un orden económico nuevo. El "fin económico" penetra en el jurídico y produce efectos de derecho. Aparición de la noción de "orden público económico", idea que entraña, no sólo la defensa de la libertad de contratar, sino la más amplia de defensa de la libertad económica. Economía dirigida, cuyos principios necesariamente modelan, a su vez, la economía del contrato.

La respuesta a la evolución de las circunstancias económicas da lugar a la aparición en la esfera contractual de una serie de cláusulas a través de las cuales las partes hacen variar el contenido contractual en función a las mismas.

El autor procede a un sistematizado estudio de ellas; estudia la cuestión de su validez, dentro del orden legal existente, la jurisprudencia ante las mismas. Y no sólo en el orden de las relaciones de Derecho privado interno, sino también en la esfera de las relaciones internacionales.

Pone de relieve cómo la jurisprudencia ha acertado al subrayar que el control económico de las cláusulas, previniendo las fluctuaciones, debe de ser un control económico. Una serie de normas que aparecen en Derecho francés, a partir del año 1958, lo llevan a cabo; analiza estas normas, así como la doctrina que se origina en torno al tema. Dentro de las muchas ideas interesantes que MOHAMAD EL-GAMMAL recoge en estas páginas, la de la concepción mercantil de la Sociedad, frente a la idea civil de la misma, como colaboración económica dentro de la empresa; en la esfera mercantil importa la posibilidad de hablar de una teoría de las Sociedades de Derecho económico. Y esto en orden a que la noción

de Sociedad ha tenido el mérito de poner de manifiesto los elementos objetivos del contrato

En el capítulo II se estudia la organización autoritaria del contenido contractual en respuesta a las circunstancias económicas. Comienza por adelantar que toda tentativa de otorgar a los jueces poder, en cuanto a la determinación del contenido contractual, se inspira en la noción de "imprevisión", ya que sólo en cuanto a lo que fue imprevisible para las partes juega este poder. No supone la adaptación del contrato un atentado a su fuerza obligatoria, sino precisamente su afirmación. La posibilidad judicial de adaptación se deduce de la interpretación de la voluntad de las partes, está implícita en ella. Sin embargo, repugna a una concepción típica liberal del contrato, en la que todo cambio está en principio interdicto, sino se produce en el momento en el que las voluntades son expresadas.

En realidad, el adaptar el contrato, modelándolo a las circunstancias sobrevenidas, deberá de ser obra del legislador y en oposición a la voluntad contractual. Divide el tema en: la busca de la limitación del contenido del contrato por previsión de las partes en el cuadro de las técnicas clásicas y en el de las nuevas técnicas. Todavía dentro del primer orden de ideas distingue entre que la previsión del cambio de circunstancias tenga lugar en el momento de la formación del contrato o durante su ejecución. Así como también analiza la reacción de la doctrina liberal ante la noción de imprevisión.

Se estudian las doctrinas del término extintivo tácito: en toda relación contractual de duración se entiende implícita una "cláusula *rebus sic stantibus*". La jurisprudencia ha mirado con hostilidad esta "voluntad de inestabilidad contractual". La doctrina de la limitación del contenido contractual en régimen de vicios de la voluntad; vicio del consentimiento, error. Lesión.

Durante la ejecución del contrato es especialmente relevante la situación creada por la fuerza mayor, en orden a la limitación del contenido contractual. MAZEAUD y TUNC, que se revelan contra la concepción clásica de la fuerza mayor, afirman que contenido de la obligación y fuerza mayor son nociones complementarias. Fuerza mayor, en términos de la nueva doctrina, no es siempre un suceso irresistible e imprevisible; es sencillamente el nombre que se da a un suceso que impide al acreedor obtener el resultado buscado, aunque el deudor haya empleado la diligencia debida. Una vez que ha delimitado el concepto de fuerza mayor, juega él mismo con la teoría de la imprevisibilidad y la quiebra de las condiciones económicas del contrato.

Siempre dentro de las técnicas tradicionales, la noción de la imprevisibilidad y la reacción de la doctrina liberal es tema en el que se apuntan una serie de ideas que tienen un evidente interés; para el autor del trabajo, la noción de imprevisión es el reflejo del principio de la autonomía de la voluntad y de una visión imperfecta de la naturaleza de la inestabilidad de las economías modernas.

Después estudia la organización imperativa del contenido contractual, por las nuevas técnicas, como remedio a las circunstancias excepcionales y como necesidad de una economía en crecimiento. En periodos de penuria y depresión, la intervención legislativa dicta una serie de remedios, ejemplos típicos. los regimenes excepcionales de arrendamiento de viviendas, los precios tasas, la fijación de salarios, etc.

La segunda parte del libro está dedicada a la suerte del contrato y las circunstancias económicas.

Es innegable que la interdependencia entre las circunstancias económicas de nuestros tiempos y el contrato nos trae una fisonomía nueva del mismo. No obstante, sigue siendo un acuerdo de voluntades creado

para un fin práctico Y es necesaria su adaptación a las nuevas circunstancias.

Una cuidada sistematización del tema se lleva a cabo en las páginas siguientes a través del estudio de algunos de sus aspectos fundamentales: el fenómeno de la disociación entre las sanciones tradicionales y la adaptación de los contratos. Y la adaptación misma.

El primero le lleva a analizar el fenómeno de la disociación entre la nulidad y la adaptación, partiendo de la idea principio que con carácter de dogma priva en el Derecho civil: el de la nulidad del contrato contrario a la norma de derecho. Las razones prácticas de la disociación; el círculo de teorías de la nulidad. El fundamento teórico de la disociación, la distinción entre las reglas relativas a la formación del contrato y las que hacen referencia a su contenido. Y las manifestaciones de la disociación: la sanción del contrato inadaptado desde su formación.

El análisis de materia tan erizada de dificultades se lleva a cabo con un profundo conocimiento del tema y poniendo de relieve aquellos aspectos que enlaza con su proyección en materia de adaptación del contrato. Después establece el dominio respectivo de la nulidad y la adaptación.

"La determinación de la sanción, aplicable al contrato que viola el orden público, escribe FARJAT, depende de la respuesta a dos cuestiones distintas: ¿qué es lo que es ilícito en las relaciones contractuales?, ¿qué conviene anular en el contrato?"

Finalmente, se detiene en las manifestaciones de la disociación: sanción del contrato inadaptado desde su formación. Sanción del control de las cláusulas que pretenden variar el contenido contractual en respuesta a las circunstancias económicas, sanción de las reglas organizando el contenido contractual en respuesta a las circunstancias económicas.

Muchos otros aspectos de la cuestión son objeto de este estudio exhaustivo de materia tan erizada de dificultades, con un conocimiento del tema que abarca a toda la problemática del mismo. No podemos, sin embargo, ni siquiera llevar a cabo una enumeración de los mismos. La que hemos acabado de hacer es muestra del rigor con que se trata la materia.

Para finalizar el trabajo se lleva a cabo el estudio de la adaptación en sí misma, la naturaleza jurídica de la adaptación. La adaptación es, a juicio del autor, una ejecución directa de la norma legal violada. O también una ejecución inmediata de la norma legal violada. En el primer aspecto se plantea dos supuestos: el de la adaptación y la ausencia de texto legal, que le lleva a cuestionarse si será inevitable pronunciar la nulidad o anulabilidad ante la ausencia de texto que expresamente establezca la modificación del contrato y la adaptación y el análisis de la voluntad de las partes. En cuanto al supuesto de ausencia de texto legal, decidiendo la adaptación, se han llevado a cabo tentativas doctrinales para substraer el contrato del régimen general de la nulidad; las estudia. Y por lo que respecta a la adaptación y la voluntad de las partes, es sabido que la anulación del contrato es función de la voluntad de los contratantes. ¿Es necesario proceder a la busca de la voluntad antes de optar por la ejecución directa de la norma violada? En primer lugar, analiza, para responder a la cuestión, la función de la búsqueda de la voluntad en la nulidad, la función de la voluntad en la determinación de la extensión de la nulidad. Después, la del carácter imperativo de la adaptación.

En cuanto a la adaptación como ejecución inmediata de la regla legal violada, le lleva a analizar los efectos del contrato y el principio de la supervivencia de la Ley antigua, la adaptación y la aplicación del

principio del efecto inmediato de la Ley nueva a los efectos del contrato.

Y, finalmente, hace detenida referencia a la que denomina "organización práctica de la adaptación", es decir, a las distintas modalidades de su aplicación.

El trabajo que comentamos intenta demostrar que no existe hoy una debilitación del derecho contractual como consecuencia de las circunstancias económicas de nuestros días, sino una problemática de la adaptación del contrato a dichas circunstancias. Problema tanto técnico como psicológico.

Adaptar un contrato a las circunstancias económicas no es sino buscar cómo su contenido puede ser ordenado en función del "medio" económico. La evolución de la estructura económica y social impone cada vez más la determinación racional del contenido del contrato en función de la conjuntura económica, determinación que no puede ser obra de las voluntades individuales, sino del orden jurídico objetivo.

A través de la obra de MOHAMAD EL-GAMMAL, la construcción de la doctrina de la adaptación del contrato a las circunstancias económicas sobrevenidas, buscando la pervivencia del negocio, impidiendo los efectos de la nulidad y de la anulabilidad, se nos aparece claramente sistematizada en una lógica conexión de principios y conceptos.

TERESA PUENTE MUÑOZ,
Profesor Adjunto de Derecho Civil.

MORELLO, AUGUSTO: *Indemnización del daño contractual* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967), 2 vols.; I. *Teoría general del incumplimiento*, 306 págs., y II. *Del daño en particular y su reparación*, 290 págs.

INTRODUCCIÓN.

Como dice el autor en "Palabras iniciales": "el tema... es uno de aquellos que, a pesar de su familiaridad para el hombre de Derecho, constituye, sin duda, zona peligrosa y quebradero de cabeza. El profesional, cuando se ve en la necesidad de transitar esta zona, lo hace sin una deseada seguridad".

MÉTODO.

La problemática intrincada y el carácter complejo no tolera reducciones simplistas, la solución es "ir fraccionando las numerosas dificultades" y "acercarnos, con paso firme, a las soluciones" Luego, "ordenamos los desarrollos en torno a los ingredientes constitutivos de la figura, en particular el daño resarcible, su determinación y liquidación, ajustándonos a un esquema flexible, como lo es la realidad del tráfico que debíamos aprehender. Todo ello desde las perspectivas sustancial y procesal y acompañados de una doctrina jurisprudencial muy rica y actualizada".

PROPÓSITO.

"Procurando explicar, analizar y esclarecer el heterogéneo haz de problemas que se enlazan en esta interesante parcela del Derecho de obligaciones" y "dominan sector tan importante del Derecho económico privado".

ESTRUCTURA.

Volumen I. "Teoría general del incumplimiento". Comprende XII capítulos, distribuidos en cuatro partes. La primera se refiere a la Responsabilidad contractual (I), La culpa contractual (II); y El problema de la acumulación de ambas responsabilidades (III).

La segunda se ocupa del Incumplimiento, en los capítulos IV al VII.

La tercera, de la Imputabilidad (VIII); Incumplimiento doloso y culposos de la obligación (IX); Extensión del deber de reparar en la responsabilidad contractual. Sus límites (X).

La cuarta parte comprende dos capítulos: el primero (XI), referido al Caso fortuito, y el segundo (XII), sobre Teoría de la improvisación. Onerosidad sobreviniente.

Volumen II. "Del daño en particular y su reparación". Quinta parte: Capítulos XIII y XIV, sobre el daño; la Sentencia de daños (XV y XVI) y la Indemnización como deuda de valor (XVII) Sexta parte: Capítulo XVIII, de la Prescripción de la acción de indemnización. Séptima parte: XIX a XXIII, el Proceso de daños. Visión de conjunto.

Cada uno de los volúmenes concluye con una lista de los autores citados, con referencia a la página correspondiente, y un Índice Analítico de conceptos.

El volumen II añade un Índice de Sentencias importantes, correspondientes a los dos volúmenes.

Cada uno de los capítulos de la obra acaba con una abundante referencia bibliográfica.

RESUMEN.

El autor diferencia entre culpa contractual y extracontractual, y después de tratar los casos "puros", se ocupa de los casos límites o dudosos. Se ocupa del problema de la unidad de la culpa y concluye el punto, diciendo que "la... bifurcación no es tajante. En el linde aparecen las dudas y el criterio de política necesariamente tiene que ser elástico".

"En torno a la noción de contrato, se impone una distinción fundamental, con la denominada simple relación obligatoria u obligación, en el sentido tradicional y clásico de esta palabra".

En tema de incumplimiento se trata del imputable, de la lesión al interés contractual del acreedor y del incumplimiento como acto ilícito.

El autor diferencia, en formas de inejecución, el incumplimiento total o absoluto; parcial; tardío (mora); temporario o definitivo y defectuoso o irregular.

"Caracterizado el fracaso del cumplimiento por la frustración del objeto de la prestación, es necesario además, para que surja la responsabilidad por el incumplimiento, que de él se haya seguido un daño al interés contractual del acreedor; que medie una relación de causa-

lidad entre el incumplimiento y el daño, y que tal incumplimiento repose en una causa de imputabilidad, con lo que queremos decir que es preciso que exista una acción u omisión subjetivamente atribuida al deudor y la de éste debe hacerse cargo".

Después se estudia el dolo y la culpa en la teoría del incumplimiento; los límites de la responsabilidad contractual del deudor; la problemática del caso fortuito y la teoría de la imprevisión. Este último punto se trata "a través de recientes aplicaciones jurisprudenciales y con especial referencia al tema de daños".

El daño es tratado con todo detalle: primero se estudian las nociones generales, y después, los perjuicios que deben ser resarcidos. En opinión del autor, la responsabilidad contractual se integra "con un doble y diferente contenido: 1.º El valor de la cosa prometida y frustrada por culpa del obligado. 2.º Además, el valor de los daños y perjuicios causados al acreedor a raíz del incumplimiento". Este punto se desarrolla después a través de los temas de la función del resarcimiento y del daño moral. Para el autor, "el Derecho, no sólo protege a la persona en su integridad y en su patrimonio económico, sino también en su patrimonio moral o afectivo"; por lo mismo, la indemnización por daño moral no constituye en sí misma ninguna sanción en el concepto de pena, y el resarcimiento sólo procederá, siempre que estén acreditados los presupuestos que condicione su acogimiento.

En cuanto a la sentencia de daños, "se integra en su pleno sentido condenatorio con dos categorías sucesivas de normas individuales, que recién configuran el mandato concreto (prestación de dar cantidad cierta y líquida de dinero) y cuantificado en su segundo momento". El autor se detiene en el tema de la cuantificación de la indemnización. Bajo la misma rúbrica: la sentencia de daños; se trata del resarcimiento de la deuda pecuniaria. "El responsable del daño adeuda intereses por la indemnización que debe abonar". "Conviene señalar que una constante jurisprudencia tiene consolidado el criterio de que las costas forman parte integrante de la indemnización de daños y perjuicios..., con excepción de casos muy especiales".

"El acreedor lo es de una deuda de valor, no dineraria, con todas las implicancias que se derivan de esas categorías tan notables en sus diferencias y en las repercusiones económico-jurídicas. Lo perseguido por el actor no es el cumplimiento de una obligación dineraria sujeta a la tiranía del nominalismo, sino el reintegro (o compensación) de un valor que no es susceptible de otra expresión técnica que en moneda, esto es, en unidades ideales de valor. "Aquí la moneda (representativa del valor del daño indemnizable) no juega como objeto de la obligación de resarcir, sino como unidad de medida (de valor) de aquella obligación reparatoria".

La acción personal se rige por el plazo de diez años. Cuando el cumplimiento de la obligación... se torna imposible por culpa del deudor, la obligación primitiva, sea de dar o de hacer, o no hacer, se convierte en la de pagar daños e intereses. Son cargas a satisfacer por el actor en la demanda de daños: formular con la debida discriminación los montos respectivos de los diversos rubros que comprende el total de la pretensión resarcitoria y proporcionar los datos necesarios para que la contraparte pueda aceptar o no el reclamo, produciendo en su momento la prueba que haga a su derecho.

En terreno procesal se estudia el problema de la competencia y las medidas cautelares; "es criterio que priva en la Jurisprudencia, el de que la acción por daños y perjuicios no autoriza el embargo preventivo", pero este criterio restrictivo "no es, sin embargo, unánimemente compartido".

Se trata después de la conducta de las partes, de las cuestiones que integran la relación procesal y de la admisión de la pretensión. Es muy usual formular una estimación provisional de daños en la demanda. La prueba del daño es considerada con detenimiento. Se estudia, especialmente la valoración de la prueba y la determinación de la indemnización por árbitros.

Otros temas tratados: el problema de la incidencia de la depreciación monetaria, como "hecho notorio". La reparación integral. El cómputo de la depreciación monetaria y el resarcimiento de los intereses. Momento en que se fija la indemnización. La ejecución de la sentencia y honorarios.

CONCLUSIÓN.—Acabemos con palabras del autor: "Aunque no sería juicioso depositar en los resultados obtenidos esperanzas demasiado optimistas, pensamos, sí, que el intento puede dejar algún fruto beneficioso, desde que la labor de sistematización permitirá mostrar, ante las rebeldías a enfrentar, salidas aceptables y ciertos cánones mínimos que han de ayudar a la búsqueda de las respuestas".

ELÍAS IZQUIERDO,
Abogado

VISMARD, MARCEL: *L'Adoption*, Paris, Librairies Techniques, 1968
118 págs.

Es cosa general en todos los sistemas jurídicos el aumento de interés por la institución de la adopción. A esta corriente se suma ahora el autor, presidente honorario del Tribunal de Apelación de París, comentando la evolución del Derecho francés, que ha venido a culminar en la Ley de Reforma del Código civil de 11 de julio de 1966 y disposiciones complementarias. El Derecho francés, que se encontraba en un estado inferior en este punto al de nuestra Ley de 24 de abril de 1958, ha pasado ahora a ser incluso más progresivo que el nuestro, de acuerdo con las modernas corrientes de favorecimiento de la institución. Para nosotros la cuestión es de actualidad innegable, por haberse anunciado hace poco la preparación de una nueva Ley más progresiva por la Comisión General de Codificación. Notemos también que no se limita el autor a ocuparse exclusivamente de su país, procurando ofrecer en cada punto amplios datos de Derecho Comparado, en buena parte siguiendo la pauta de ANCEL en su clásica obra *L'adoption dans les législations modernes* (1958); es de lamentar, sin embargo, que los datos posteriores no sean exhaustivos y puestos totalmente al día, cosa que ocurre con el estado actual legal y jurisprudencial de la institución en España y con la falta de mención del nuevo Código civil portugués. (En este sentido creemos que hubiera sido muy útil la consulta de la sección correspondiente de la obra de SAARIO por nosotros comentada en el número de noviembre-diciembre de la revista.)

Tras un breve apunte histórico el autor divide su estudio en las dos categorías de "Adopción plena" (que en buena parte ha venido a sustituir a la clásica "Legitimación adoptiva") y "Adopción simple" ("menos plena" en nuestra terminología). Pueden adoptar plenamente bien un matrimonio, bien una persona, con el consentimiento delcón-

yuge no separado legalmente en su caso; requiérese la edad de treinta y cinco años, la cual se rebaja a treinta cuando se trata de dos cónyuges con cinco años de matrimonio. La diferencia de edad con el adoptado será de quince años, salvo que se trate de un hijo del otro consorte, bastando entonces diez años, o bien por dispensa del presidente de la República. Siguese precisando la falta de descendientes legítimos, condición que es de orden público interno e internacional. La edad límite para ser adoptado es la de quince años, tras un periodo mínimo de acogimiento de seis meses; de ser posible, se requerirá su consentimiento. Si no es así, deben manifestarlo el padre o padres naturales o el Consejo de Familia, con un posible plazo de retractación de tres meses si el Tribunal no lo estima abusivo. No pueden pronunciarse adopciones múltiples sobre una misma persona. Fuera de lo dicho, no se conocen otras diversas prohibiciones que muchas legislaciones imponen.

La declaración de adopción es pronunciada por el "Tribunal de Gran Instancia" del domicilio del adoptante, que debe comprobar si la misma es conforme al *interés del menor*. Contra ella caben los recursos ordinarios del sistema procesal francés. La sentencia se transcribe en el Registro de Estado Civil, viniéndose a convertir en "una verdadera acta de nacimiento del adoptado". En cuanto a efectos de la adopción, confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, excepto en impedimentos matrimoniales; tiene aquél, en suma, los mismos derechos y obligaciones que cualquier hijo legítimo (nombre y apellidos, títulos nobiliarios, adquisición de nacionalidad, sometimiento a la patria potestad y a la administración legal de bienes, tutela en su caso, obligación de alimentos recíproca y derechos sucesorios). La adopción plena es irrevocable.

En cuanto a la adopción simple, su publicidad registral es distinta, pues sólo es objeto de anotación marginal. No rompe los vínculos con la familia de origen, singularmente los sucesorios. No transfiere la nacionalidad, aunque, en conformidad con el Código de la Nacionalidad, puede ser causa de una naturalización privilegiada. Las obligaciones de alimentos se extienden tanto al adoptante como a la familia de origen. El vínculo de parentesco entre adoptante y adoptado se extiende a los hijos legítimos de éste. El apellido del adoptante se añadirá al de origen del adoptado, salvo decisión del Tribunal. Pero el adoptante ejercerá la patria potestad y otorgará el consentimiento para el matrimonio. Los impedimentos matrimoniales se extienden entre adoptante, adoptado y sus respectivos cónyuges y descendientes. Desde la reforma, adoptado y descendientes legítimos se equiparan a los hijos en cuanto herederos del adoptante y de los bienes de la familia. Esta adopción puede revocarse por motivos graves apreciados soberanamente por los Tribunales, pero sin efecto retroactivo.

Respecto a los conflictos de leyes, expone el autor los dos criterios de aplicación de la ley personal del adoptante o del adoptado, si bien se muestra partidario de una aplicación cumulativa, si bien en cuanto a los efectos, deberá aplicarse la ley del adoptante en la adopción plena y la del adoptado en la menos plena, siempre a reserva del orden público francés (prohibiciones de adopción). Se destaca aquí la importancia del Convenio de 1964/65 de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (que quizá, dada la identidad de criterios con la reforma, hubiera podido comentarse más ampliamente) y del Convenio Europeo de 1967.

Los capítulos restantes nos introducen en la materia de los organismos sociales sobre adopción y protección a la infancia en el Estado francés, para terminar con las disposiciones transitorias de la Ley de

reforma (las legitimaciones adoptivas se equiparan a las adopciones plenas y las adopciones antiguas a las simples), y con unas conclusiones del autor resaltando el carácter humano de la adopción por encima de su conceptualización jurídica.

La obra de cuyo contenido hemos ofrecido una apretada relación, está escrita en un estilo muy preciso y directo, y enriquecida con abundantes notas de jurisprudencia.

PEDRO ANTONIO FERRER SANCHÍS,
Doctor en Derecho y Profesor Ayudante.
Valencia

**REVISTA DE DERECHO
FINANCIERO Y DE HACIENDA
PUBLICA**

Mayo-junio de 1969.

Las exenciones y la subjetividad tributaria, por Avv. Nicola D'Amati, págs. 433 a 458.

Las asociaciones sin personalidad jurídica del artículo 108 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, por Javier Pera Medraza, págs. 459 a 478.

Régimen fiscal de las viviendas de protección oficial, por Narciso Amorós Rica, págs. 479 a 498.

**REVISTA DE DERECHO
MERCANTIL**

Número 112, abril-junio de 1969.

El relieve jurídico de la notoriedad de la marca, por Carlos Fernández Novoa, págs. 169 a 203.

Fusión de Sociedades en régimen de acción concertada o de concentración de empresas, por Fernando Sáinz Moreno, págs. 209 a 247.

**REVISTA DE DERECHO
NOTARIAL**

Número 63, enero-marzo de 1969.

La mejora en el vigente Derecho español, por Anno Elfgen, páginas 7 a 87.

¿Superficies solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie, por Víctor Manuel Garrido Palma, págs. 89 a 164.

Variaciones sobre las legítimas, por Eduardo Menéndez - Valdés Golpe, págs. 165 a 215.

Testamento ológrafo: problemas que suscita su elevación a público y protocolización, por Francisco Rodríguez Valcárcel, páginas 217 a 229.

Constitución de servidumbre en edificio a construir: su proyección registral, por Hipólito Sánchez Velasco, págs. 231 a 255.

Las explotaciones agrícolas intermedias: su viabilidad y cauces legales, por Ezequiel Mozo Bravo, págs. 259 a 276.

**REVISTA DE DERECHO
URBANISTICO**

Julio-agosto-septiembre de 1969

La supresión parcial de permiso o licencia de construcción en Francia: notas a la Ley de 3 de enero de 1969, por Martin Bassols Coma, págs. 29 a 41.

**REVISTA DE ESTUDIOS
AGRO-SOCIALES**

Número 67, abril-junio de 1969.

La educación y las enseñanzas agrícolas en el momento actual, por Emilio Gómez Ayau, págs. 7 a 38.

La importancia de las instituciones legales en el desarrollo agrario, por José María Franco García, páginas 39 a 62.

Consideraciones en torno a la estructura agraria y su reforma,

por Leovigildo Garrido Egido, páginas 63 a 84.

**REVISTA GENERAL
DE DERECHO**

Julio-agosto de 1969.

La nueva competencia civil atribuida a las audiencias provinciales, por Gonzalo de la Concha y Pellico, págs. 610 a 618.

El domicilio en la separación conyugal, por José María Reyes Monterreal, págs. 619 a 627.

En torno a la reforma de la adopción, por José Pere y Raluy, páginas 628 a 635.

**REVISTA JURIDICA
DE CATALUÑA**

Julio-septiembre de 1969.

Responsabilidad de los bienes parafernales, por María Encarna Roca de Laqué, págs. 575 a 594.