

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLV * Enero-Febrero 1969 * Núm. 470

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 Válet 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.

S U M A R I O

	<u>Págs</u>
ESTUDIOS :	
“Personalidad jurídica de las entidades sindicales”, por JESÚS LÓPEZ MEDEL	9
“En torno al contrato de legado en la adopción”, por ANTONIO SOTO BRISQUERT	39
“La función negocial de la promesa de venta”, por ENRIQUE LALAGUNA	53
 LEGISLACION :	
“Crónica legislativa”, por FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL	87
 JURISPRUDENCIA :	
I.—Jurisprudencia monográfica:	
“El legado de parte alicuota”, por JOSÉ CERDÁ GIMENO	99
II.—Resoluciones y Sentencias:	
I.—Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA ...	149
II.—Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO, RAFAEL IZQUIERDO ASENSIO y JOSÉ CERDÁ GIMENO	167

	Págs.
2. Jurisprudencia contencioso - administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	206
III.—Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por F. M. C.	215

LIBROS :

“Iniciación a los estudios de Derecho hipotecario”, de CARMELO DÍAZ GONZÁLEZ, por LUIS Díez PICAZO	225
“La frustración del fin del contrato”, de VICENTE ESPERT SANZ, por TERESA PUENTE MUÑOZ	226
“Libro homenaje a la memoria de Goldschmidt”, por PEDRO A. FERRER SANCHÍS	231
“Transmisión del derecho arrendaticio de vivienda”, de JOAQUÍN MADRUGA MÉNDEZ, por ELÍAS IZQUIERDO	239
“Droit civil”, de GABRIEL MARTY y PIERRE REYNAUD, por J. Po- VEDA DÍAZ	249
“El deslinde de los bienes de la Administración”, de VÍCTOR MENDOZA OLIVÁN, por IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA	251

REVISTAS: por F. M. C.	257
-------------------------------	-----

ESTUDIOS

Personalidad jurídica de las entidades sindicales

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. *Riqueza asociativa de lo sindical*. 1.2. *El tema en el Derecho sindical, Ciencia de la Administración y Derecho privado*. 2. PRINCIPIOS Y PRESUPUESTOS: 2.1. *El desarrollo de lo institucional*. 2.2. *La proliferación de las personas jurídicas*. 2.3. *El orden jurídico sindical*. 2.4. *El sindicalismo como sistema y como institución*.—3. CARACTERÍSTICAS, CLASES Y PROBLEMAS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS SINDICALES: 3.1. *Características normativas*: 3.1.1. Ausencia de normativa general. 3.1.2. La Declaración XIII del Fuero del Trabajo. 3.1.3. Normas administrativas. 3.1.4. Marginación de la Ley de Asociaciones. 3.1.5. Ausencias de normas genéricas sindicales. 3.1.6. Doctrina de las «uniones sin personalidad». 3.2 *Principios de ordenación y clasificación*: 3.2.1. Estadística. 3.2.2. Momento histórico-legal. 3.2.3. Por su naturaleza. 3.2.3.1. La «Organización Sindical». 3.2.3.2. Las «Corporaciones de Derecho Público» 3.2.3.3. Las «Asociaciones». 3.2.3.4. Obras, Servicios, Instituciones, Patronatos o Fundaciones. 3.3. *Asociacionismo agrario*. 3.4. *Tendencias problemáticas*.—4 CAPACIDAD DE CONVOCATORIA ASOCIACIONISTA: 4.1. *Concentración asociativa*. 4.2. *Limitación de formalidades*.—5. SOCIALIZACIÓN O SINDICACIÓN DE INSTITUCIONES JURÍDICAS, PROCEDIMIENTOS O FORMAS INSTRUMENTALES.—6. EL HOMBRE, EL PROFESIONAL DEL DERECHO, COMO PROTAGONISTA DEL ASOCIACIONISMO.

He de comenzar (1), necesariamente, por expresar mi gratitud a la Academia Matritense del Notariado y muy especialmente a la persona de su Presidente, don Rafael NÚÑEZ LAGOS, por la invitación que me hizo para dictar una conferencia en esta Casa. Y significativo es, para aumentar más mi gratitud, el hecho de que se

(1) Este trabajo es versión taquigráfica de la conferencia, en la Academia Matritense del Notariado, y a su fecha (3-5-68) habrá de retrotraerse su contenido. Presidió el acto el maestro y ex presidente del Tribunal Supremo, don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, acompañando el presidente del Consejo de Economía Nacional, señor SANZ ORRIO, don RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, don EDUARDO LÓPEZ PALOP, con otras ilustres personalidades. Entre los asistentes, numerosos compañeros Notarios, Registradores, Magistrados y Letrados Sindicales.

aceptara con toda generosidad el tema que como respuesta a la invitación habíamos dado.

Antes de entrar en materia surgen en mí, forzosamente, dos ideas que no puedo menos de omitir: Una, el recuerdo entrañable que tengo para esta casa, el Colegio Notarial, porque en su biblioteca pasé no pocas horas de estudio y reflexión, cuando preparaba mi tesis doctoral (2). Hace ya de esto más de diez años; me hubiera gustado citar aquí a las personas que me facilitaron y me ayudaron en una labor que resultó muy grata y fructífera.

Otra idea que brota instintivamente se refiere a la sincera y natural formidable relación que ha existido siempre entre la función notarial y la Organización Sindical. No ya porque de suyo la intervención notarial sea la normal en nuestra contratación, como lo es en la titulación pública del patrimonio sindical, sino también porque no pocos Notarios han prestado su servicio y asistencia técnico-jurídica de manera muy importante. Desde aquel primer Delegado Nacional de Sindicatos, Gerardo Salvador Merino, Notario, hasta estos otros compañeros más cercanos que yo he conocido como Letrados Jurídicos Sindicales: Felipe Díaz Ortega, corredactor de la Ley de Bases de la Organización Sindical; Felipe Gómez Acebo; José Luis del Arco. Y cito a éstos por tenerlos más a mano, más cerca de mí. Con ellos, a uno de mis antecesores, Pío Cabanillas.

1. INTRODUCCIÓN.

Vayamos con el tema. Siempre en toda elección del objeto de una conferencia, cuando se ha hecho libérrimamente por quien tiene el honor de hablaros, hay o debe haber una explicación íntima, cuya circunstancia sincera, tanto en el orden humano como en el puramente intelectual, puede incluso aclarar no poco de su contenido. Y esta explicación no es otra que ésta (3).

(2) *Teoría del Registro como servicio público*, Madrid, 1959, 1.^a y 2.^a ed., prólogo de ALONSO FERNÁNDEZ.

(3) Omitimos aquí el tema de la personalidad jurídica de las entidades, organizaciones o instituciones sindicales en el plano de la negociación o *contratación laboral, a escala europea*, o para la *aplicación de las convenciones de la O. I. T.*, cuestiones éstas tratadas por el Profesor MARTUCCI, en revista «La Tutela del Labor», mayo 1965 y octubre 1968, respectivamente.

1.1. *Riqueza asociativa de lo sindical.*

Se trata de mostrar mi tremenda sorpresa cuando, al llegar en 1963 a la Organización Sindical, procedente del mundo profesional, intelectual o universitario, me encontré con una riqueza asociativa, con un mosaico inmenso de entidades sindicales, vivas, operantes, multiformes, atípicas algunas de ellas, nacidas de la base, de abajo arriba, como suele decirse, en el contraste de una legislación sindical tachada de estatal, totalitaria, oficial.

Y os podría confesar que este contraste de legislación y realidad sindical ha sido una de mis primeras experiencias juridico-sindicales. Pero, por paradoja, con efecto saludable. Porque así como, en general, el lamento del jurista o del hombre de la calle obedece a que tal contraste entre legislación y realidad es por inoperancia de las Leyes, en este caso se trata de una legislación que, denominándose básica, constituyó fermento para una dinámica sindical, en la que inciden lo económico-social, cambiante y distinto, el desarrollo autonormativo peculiar, la práctica notarial o registral creadoras, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo precisa y constructiva. Así se ha conseguido lo que ya hoy constituye todo un marco jurídico-sindical, vivo, u operante, de difícil, aparentemente, comprensión para el jurista amigo de la codificación, aunque termine por enamorarse de la riqueza de este mundo juridico-sindical, que tantas posibilidades ofrece para el Derecho.

Unos ejemplos pueden ambientar a las afirmaciones anteriores: El Decreto que reconoce plena personalidad juridico-patrimonial a la Organización Sindical con independencia cualificada de Secretaría General del Movimiento es de 28 de junio de 1965; sin embargo, al amparo de Leyes o disposiciones aisladas, y sobre todo con la práctica y criteriología notarial y registral, más de una vez confirmada por la Dirección General de Registros y del Notariado, la titulación patrimonial de la Organización Sindical era una realidad y constituyó un antecedente importante (4) para tal norma de 1965.

(4) Por ejemplo, desde las sentencias de 5 de febrero y 24 de diciembre de 1965 se ha puesto de relieve recientemente el carácter representativo de las Juntas Centrales de los Sindicatos como entes corporativos.

Cfr. nuestro trabajo *Estudio de Sociología y Derecho Sindical*, Madrid, 1966.

Un ejemplo, de otra vertiente: las normas de 1965, por las que se crea un Consejo Sindical en cada provincia, cristalización del Consejo de Empresarios y de Trabajadores, tiene su antecedente en la Ley de 1940, que habla ya de un "Consejo Sindical de la Provincia" (art. 15).

Y el tercer dato es éste: las Asociaciones de Empresarios, de Técnicos y de Trabajadores que han constituido la gran novedad de la nueva declaración XIII del Fuero del Trabajo, son en buena parte cualificación jurídica, con rango de personalidad jurídica, de unos esquemas sindicales operantes en la acción laboral, como las Secciones Sociales y Económicas que tanto juego han dado en la negociación colectiva, y una serie de Asociaciones, Grupos o Agrupaciones, creadas por la famosa Orden-Circular número 239 (13 de diciembre de 1952, *Boletín Oficial Sindical* núm. 261), para entes sindicales, con fines específicos, sin otra personalidad que la que le deviene de su propio Sindicato.

Junto a esta razón íntima que me animó al tema, estimé también que, tanto el Notario como fedatario de voluntades jurídicas como el Letrado Jurídico Sindical, somos un poco *remeros*—en frase de José Antonio, que García Conde, pasante suyo, nos recordaba el pasado 24 de abril—, somos una parte de la tripulación dentro de esa nave del nacional-sindicalismo que aspira a la realización de la justicia social, a través del propio desarrollo de la producción y del trabajo, según esquemas sometidos al Derecho.

1.2. *El tema en el Derecho sindical, Ciencia de la Administración y Derecho privado.*

El tema de la *Personalidad jurídica de los entes sindicales* no es muy frecuente, y hasta me atrevería a decir que resulta casi inédito, acaso porque exige una fina sensibilidad en el tratamiento de lo sindical, en el de las normas o esquemas jurídico-privadas, o en las directrices jurídico-públicas.

Es más, la preocupación de los tratadistas de Derecho sindical clásico suele ahondar más en las formas de coalición o coligación,

como instrumentos de hecho, acción, concordia de voluntades, pactos o convenciones, a veces provisionales, y desde luego privados, frente o ante los sectores económicos, los cuales sí que suelen tener más delimitada su organización jurídica a través de fórmulas mercantiles de Derecho privado; y las actitudes de la empresa ante o frente las coaliciones o fórmulas sindicales son de mismo rango pragmático, de hecho, y coyuntural. En definitiva, hasta que no nace el Derecho sindical asistencial, con instituciones permanentes y estables, no hay preocupaciones técnico-jurídicas (5).

Pero el administrativista apenas repara en el punto concreto de la personalidad y capacidad jurídica de los entes sindicales, porque le preocupan otros aspectos más previos y para él más fundamentales, tales como la relación de la función pública y la función sindical, o a lo sumo, como en un estudio reciente e importante del Profesor BOQUERA, y antes de los Profesores PÉREZ BOTIJA, SERRANO, NIETO y Díez DEL CORRAL (6), porque interesa señalar su naturaleza jurídica, su diferenciación con la Administración o el sometimiento o no de sus actos a jurisdicciones extra-sindicales o contencioso-administrativas. El Derecho sindical es Vida, casi cambiante; hay que estar dentro para percibir, por ejemplo, la fuerza y papel de la costumbre, cosa que tan acertadamente pone de relieve en el mundo sindical el Notario Lucas FERNÁNDEZ, en *Personalidad jurídica de los grupos sindicales de colonización* (7).

Y al tratadista del Derecho privado porque no se le hace fácil conocer y adentrarse en este mundo de lo económico-social en el que los moldes juridico-privados tradicionales no siempre encajan, ni desde luego encuentran las dosis de sedimentación de las ins-

(5) Cfr. CABANELLAS, *Derecho Sindical y Corporativo*, Buenos Aires, 1959, páginas 527 y sigs. También la reciente obra de Roberti GIOVANNI, *La legislazione del Lavoro (Teoria general ed istituzioni)*, Padova, 1968, apartados 16 y 17, páginas 28 y sigs., dedicadas al «estatuto profesional» en la Constitución italiana y a la diferencia de la legislación con la Administración.

(6) Cfr. BOQUERA OLIVER, *El aspecto jurídico-administrativo de la Organización Sindical Española*, «R. A. P.», Madrid, 52, 1967, págs. 25 a 57. Allí se cita, prácticamente, toda la bibliografía administrativa sobre el tema sindical español, a la que habría de agregarse los trabajos más recientes de NIETO, *Ayuntamientos y Hermandades en los Municipios Rurales*, en su obra «Instituciones Sindicales Agrarias», Madrid, 1965; SERRANO Y SERRANO, *El Fuero del Trabajo y el Sindicalismo*, en la obra «El Sindicato como institución jurídica», Madrid, 1966.

(7) Madrid, 1965, págs. 46, Ed. Obra Sindical de Colonización, núm. 31.

tituciones privadas, siendo así que los entes sindicales, como la Organización Sindical, antes y después de la Ley Orgánica del Estado, no era la Administración, y sus normas y sus contratos, y sus relaciones en las esferas de su vida operativa se desenvuelven según normas juridico-privadas (8), o en todo caso institucionales.

2. PRINCIPIOS Y PRESUPUESTOS.

Naturalmente nosotros, aquí y ahora, no podemos entrar en toda su inmensa problemática, sobre la mixtificación de acciones público-sociales y representativas, de un lado; y de otro sobre su operar como persona de Derecho privado. Por eso mismo señalaremos las pautas principales de esos mismos problemas, aun dentro del momento de transición en que nos encontramos.

Y, antes de tratar de ofrecer un sistema de las modalidades que como personas jurídicas ofrece la Organización Sindical, cuatro ideas básicas van a servirnos de presupuesto, casi de principio y fundamento. Son las siguientes, y que luego someramente glosaré:

1.º El *desarrollo de lo institucional* en la doctrina y en el pensamiento jurídico, como puente de unión o de coincidencias entre lo privado y lo público, incluso como concreción de una superación de sistemas sociales de convivencia, liberalismo-capitalismo y socialismo-marxismo.

2.º *El frondoso mundo de las personas jurídicas.*

Y paralelamente con aquellas otras dos formulaciones básicas, estos dos presupuestos sindicales que nos darán los puntos 3.º y 4.º

3.º Concepción de un *mundo económico-social* en sus relaciones, conflictos y decisiones, y de una Organización Sindical sujeta a Derecho.

(8) Cfr. *Acción asistencial y expropiación*, Madrid, 1695, con trabajos de SOLÍS RUIZ, CHINCHILLA RUEDA, Díez CLAVERO y LÓPEZ MEDEL. Dos trabajos de civilistas pueden destacarse modernamente. Nos referimos a los de MARÍN PÉREZ e IGLESIAS CUBRÍA, respectivamente, sobre *El Derecho Privado del Porvenir, Sindicalismo y Derecho*, y *El trabajo y su concepción jurídica actual*, Madrid, 1965. También Roberti. *La legislazione...*, ob. cit., págs. 120 y sigs., al tratar de la configuración jurídica de las asociaciones sindicales.

4.º Cualificación del Sindicalismo, además de como *sistema*, como *institución* jurídica.

Si supiera acertar en la exposición breve de estos presupuestos, creo que sería más fácil, dentro de lo complejo que es, mostrar las estructuras sindicales cuando operan a través de los entes sindicales.

2.1. *El desarrollo de lo institucional.*

La teoría de la institución nace en el pensamiento jurídico y—no me extenderé en ello—un poco como superación del positivismo de DUGUIT, el cual, sin embargo, contradictoriamente, había señalado como base del Derecho una “regla jurídica” que exigiera a todos y cada uno la realización de una plena solidaridad social. Y nace también como concreción y desarrollo del neotomismo: HAURIAU, RENARD, LE FUR. En el pensamiento hispanoamericano HÜBNER GALLO; CORTS, RUIZ GIMÉNEZ, entre nosotros (9).

Se trata, como dirá HAURIAU, de “una idea de una obra o empresa que se realiza y perdura en un medio social” (10); en definitiva, la institución representa la idea de duración en el Derecho”, o como explica RENARD (11), el fenómeno institucional, una de cuyas manifestaciones es el Estado, supone la existencia de otras instituciones que gozan de considerable autonomía e independencia frente a toda interferencia estatal y que representan un contrapeso eficaz del poder del Estado. Cada individuo—dice RENARD, después de aludir concretamente a los Sindicatos—pertenece a alguna otra institución además del Estado y la autonomía de las diversas instituciones le garantizan un cierto grado de libertad, porque ninguna institución tiene sobre él un poder ilimitado. La teoría institucional se opone

(9) En estudios filosófico-jurídicos hemos dedicado atención al tema de la teoría de la institución, y no es de este lugar insistir en ello. Cfr. nuestro trabajo *El Derecho, forma dinámica de vida social*, Madrid, 1965, 2ª ed.; y *El orden institucional sindical*, Pamplona, 1968. Como dice CUVILLIER, ¿A dónde va la Sociología Contemporánea?, Puebla, México, 1957, págs. 47 y sigs. La polémica entre Fauconnet Maus y Allport sobre si los «grupos» e «instituciones» son ilusorios esta superada.

(10) HAURIAU, en *La théorie de l'institution et de la fondation* (1925), en «La Cité Moderne et les Transformations du droit», pág. 10.

(11) En *La théorie de l'institution*, 1930, pág. 151.

al estatismo que trata de suprimir al individuo haciendo de él un mero diente de la rueda de un Estado omnipotente.

Pese a las limitaciones que BODENHEIMER recientemente encuentra a la teoría de la institución (12), por sus reparos ante un Derecho natural socializado y por la necesidad de una opción radical—según él—entre colectivismo puro y puro Derecho, para los juristas prácticos que viven el Derecho no cabe duda de que esta teoría representa una fuente creadora de vida jurídica (13), no aferrada al texto positivo, presto a ser desbordado por la realidad; y representa igualmente una manifestación del entrecruzamiento hermanado y equilibrado entre las normas privadas y las públicas, ya que—como diría ORTEGA Y GASSET—no podemos caer en la fosificación de lo jurídico, como usos sociales y rígidos, sino que es preciso partir del presupuesto de que todo derecho es forma dinámica de vida social y, por tanto, ha de tomar todo lo que de humano hay en la vida misma. Y es significativo que el salto de superación que de la teoría de la institución se está queriendo hacer, a través de la *naturaleza de la cosa*—FECHNER, MAIHOFFER, y antes RADBRUCH—se está cayendo en parecida humanización e institucionalización de lo jurídico, como puede verse en la obra de RADBRUCH, *La naturaleza de la cosa como forma jurídica de pensamiento* (14), precisamente cuando pone en relación la naturaleza de la cosa con el Derecho Social. Los iusprivatistas saben bien que los conceptos de buena o mala fe, de buen padre de familia, de los deberes morales matrimoniales y familiares, del uso de buen labrador, son, precisamente por su fuerza iusnaturalista, mucho más vivos y operantes que los requisitos para ser tutor o la regulación del censo enfiteu-

(12) En *Teoría del Derecho*, México, 1964, pág. 214

(13) Desde otro vertiente, MAX SCHELER, en *Sociología del Saber*, México, 1935, cuando planteaba la distinción integradora de *ideas* y *factores reales*, venía a incidir en un terreno más axiológico en parecidas construcciones. Otro tanto podríamos decir de MESSNER o BRUNNER.

(14) *Die Natur des Sach als juristische Denheform*, Darmstact, 1960. Versión española, Córdoba (A), 1963. Tampoco es momento éste para extenderme en la doctrina de la *naturaleza de la cosa*, a la que nos hemos referido en otros estudios.

No obstante, cabe apuntar el descubrimiento que puede hacerse de un antecedente de esta doctrina en la de la institución. Así, el propio GENY viene a identificar el Derecho natural como reglas racionales que emanan de la «naturaleza de las cosas». Cfr. GENY, *La notion d₂ droit en France*, A. F. D. S., 1931, *réims.* 1-2, pág. 19.

tico. Como la concepción del Registro de la Propiedad como institución y servicio, más y mejor que oficina o conjunto de libros, resulta creadora y trascendente (15).

2.2. *La proliferación de las personas jurídicas.*

Don Federico DE CASTRO se ocupó, con motivo del Centenario de la Ley Notarial, de este tema publicado en el volumen I, sección tercera, *Estudios jurídicos varios*, en un trabajo titulado *Formación y deformación del concepto de persona jurídica* (16). Tal formidable trabajo me excusa de toda otra consideración, porque su mismo título es expresivo y es sobrado conocido entre vosotros.

Pero a la vez que constatar tal fenómeno, aun quisiera señalar que la problemática de las personas jurídico-sindicales es un aspecto más de todo aquel planteamiento del concepto y deformación de las personas jurídicas, aspecto sindical al que no alude Federico DE CASTRO, y, por tanto, el tema de hoy sería un complemento al del ilustre Profesor.

Con una peculiaridad acaso, y es que cuando DE CASTRO trata dentro del punto III. *La persona jurídica como mito* y cuando se refiere precisamente a las *Personas jurídicas de Derecho público*, fundamentalmente sitúa el problema como de "descentralización material" del Estado y de la Administración; como cuestión pragmática y funcional que hace pensar en cierta autonomía administrativa o económica, en las Cajas, Servicios o empresas especiales y autónomas (17).

Pues bien, podríamos ya adelantar que, aun cuando buena parte de la problemática tumultuosa y pluriforme que reviste toda la realidad y aunque la "significación política" de que habla DE CASTRO en las personas jurídicas, sea cierta, hay una nota característica y diferenciadora en los entes sindicales: que esa figura embrionaria de personalidades jurídicas obedece a una fuerza asociativa creadora de abajo arriba, es decir, que surgen no de nece-

(15) Diríamos que la cuestión está dentro de los principios de una concreta institucionalización de la política, la Economía, la producción o el trabajo.

(16) Madrid, 1964. Comenta este trabajo SÁNCHEZ DE LA TORRE, en *¿Hacia una teoría de la persona jurídica?*, «Anuario Filosofía del Derecho», XII, Madrid, 1966, págs. 289-297.

(17) DE CASTRO, ob. cit., pág. 106

sidades políticas de la Organización Sindical, en su unidad, sino a la inversa, aparecen por exigencias económico-sociales, de sesgo asociativo, para fines concretos y específicos, con espontaneidad y libertad, como entidades menores sindicales al servicio de los propios intereses de los agrupados (18).

El resto de la problemática que DE CASTRO denuncia—variabilidad de normas, criterios, organismos o funcionales contrapuestos, etc—pueden reconocerse igualmente a los entes sindicales, con otra característica diferencial: el poder autóctono, propio y típico de un sindicalismo, en el que, como alude MACLVER (19), se da ese momento gestante de lo comunitario y de lo organizativo de la misma manera que en la "familia", como institución, hay un poder autóctono, peculiar y singular de normas no traducidas en artículos del Código civil o del penal. Como quiera que el mundo de lo económico-social, hoy más que nunca, es tan rico, tan frondoso, tan complejo, el pretender cosificar, como diría el Profesor GUASP, uno a uno, los entes sindicales como personas jurídicas con mentalidad codificadora del siglo XIX, sería hacer inviable la norma jurídica en el mundo sindical asociativo.

2.3. *El orden jurídico sindical.*

Otro escalón y presupuesto es la configuración de un sindicalismo sujeto a Derecho. No puedo detenerme en él, por falta de tiempo, y además porque el desarrollo de la lección dictada el año pasado en la Escuela Judicial sobre dicho tema, va a ser publicado en el volumen que la Facultad de Derecho de Navarra va a dedicar al Profesor CASTÁN TOBEÑAS, a instancias de los Catedráticos de Derecho, señores FUENMAYOR y SANCHO REBULLIDA.

(18) Un sindicalismo integrador y comunitario facilita, por coincidencia genérica en los fines, esas fuentes asociativas. DEL ARCO lo expresa así, refiriéndose al mundo cooperativo. Cfr. *Sindicalismo y Cooperación*, Madrid, 1965. Esta opinión nuestra la exponemos aquí, en la fecha de la conferencia, 3 de mayo de 1968, con anterioridad, por tanto, a los acuerdos del Congreso Sindical de Tarragona y a la futura Ley Sindical. Con posterioridad al mismo podrá verse en el trabajo *Régimen Jurídico Sindical* (pendiente de publicación por el Instituto de Estudios Sindicales, Sociales y Cooperativos) mi opinión personal a la vista de los Criterios del mencionado IV Congreso Sindical.

(19) Cfr. *Comunidad*, Buenos Aires, 1944. Este punto podrá verse completado con algunos trabajos nuestros que, bajo el título *El hombre y las comunidades sociales*, tenemos pendiente de publicación.

Pero sí que me permito indicar que acaso la gran novedad del Nacional-Sindicalismo español haya estado precisamente en la concepción de unos esquemas que reconocen la *mayoría de edad* de los hombres que participan en la producción y en el trabajo; que no se trata de un sindicalismo proscrito, prohibido, como así nacieron todos los sindicalismos, por encima y frente a la Ley de CHAPELIER o el edicto de TURGOT, que condenaron todo fenómeno de asociacionismo; es un sindicalismo que cree en el Derecho, que no tiene inconveniente en sujetarse a Derecho, tanto en los conflictos individuales de intereses, que naturalmente han y deben producirse, como en los colectivos, o como ocurre en el enfrentamiento contencioso ante la Administración—315 recursos contencioso-administrativos tienen formulados la Organización Sindical a través de sus Servicios Jurídicos—; un sindicalismo incrustado en la Constitución es institución social, nacida de una norma de rango fundamental, la Declaración XIII, y que se desarrolla en normas básicas de rango de Ley o de Decreto, tanto las del 1940 ó 1941 sobre Unidad Sindical, sobre Bases de la Organización Sindical, o sobre Clasificación de Sindicatos, como en la de 1944 sobre la Organización Sindical Agraria, o la más reciente, de 20 de diciembre de 1965, por la que se consideran los fines sindicales como de utilidad pública a los efectos de los beneficios de expropiación; un sindicalismo cuyo mundo interior se desenvuelve bajo forma de publicidad contractual y notarial, titulación patrimonial pública, asesoramiento jurídico preceptivo, sometimiento a los Tribunales ordinarios, etc.; un sindicalismo, en definitiva, que es, en expresión del título de la obra de Pedro LAMATA, *Sindicalismo, de participación* (20), pero cuya presencia y responsabilidad como institución política y no meramente social se encuentra ya en la Ley de Cortes de 1942 y en un conjunto de disposición de rango legal o de Decreto que sitúan su juego político ante la sociedad y el Estado, no como grupo de presión, no como componenda y negociación de hecho, sino con derechos y deberes regulados en las normas donde el poder sindical se configura como poder social y político.

Sin tal confesionalidad jurídica, sin tal fe en el Derecho, el Nacional-Sindicalismo no podría plantear, en consonancia, el tema

(20) Madrid, 1967.

de los entes sindicales, en una policromía múltiple, como múltiple es la acción y participación en la gestión social económica y política de la Organización Sindical.

2.4. *El sindicalismo como sistema y como institución.*

Nos queda este otro aspecto, el cual, por cierto, ha venido teniendo últimamente tratamiento y preocupación por diferentes tratadistas. Cito aquí al Profesor LEGAZ LACAMBRA, que en el reciente trabajo, *Sindicalismo y Estado* (21), ha venido a desarrollar aquel anterior *Introducción a la teoría del estado Nacional-sindicalista* (22); también los trabajos de SERRANO Y SERRANO, de HERRERO TEJEDOR, del Magistrado FERNÁNDEZ HERNANDO, de BALLARÍN, CHOZAS o de BOQUERA, y algunos míos, especialmente el titulado *El Sindicalismo como institución jurídico-positiva* (23). Dos trabajos importantes son también los de FENOLLERA VELÓN y MANTEOLA-CABEZAS (24).

Este soporte institucional de la Organización Sindical es básico para entender toda la fuerza creadora con que fue concebido por los fundadores del Nacional-Sindicalismo, ninguno de los cuales, ni por su juventud ni por su dedicación, formularon su doctrina, según experiencias propias de carácter sindical. Pero ya no se trata de que indagemos aquí si en la Organización Sindical se da la cristalización de la *idea* fundacional con la realización de una *empresa*, sino de advertir que son los textos legales y la doctrina del Tribunal Supremo los que han venido configurando nuestro sin-

(21) Madrid, 1964.

(22) Barcelona, 1940. En otros trabajos de LEGAZ, publicados con el título *Estudios de Doctrina Jurídica y Social*, Barcelona, 1940, se analiza serenamente el sentido *vertical* de los Sindicatos españoles (págs. 232 y sigs.), así como se glosan o citan los trabajos de AREILZA, *Nacional sindicalismo* (JONS, núm. 1, mayo 1933), RAMIRO LEDESMA, JOSÉ DE LA VEGA, F. CUESTA, GONZÁLEZ BUENO, AZPIAZU, ARAGÓN, PEMARTÍN, PRIETO-SANCHO-MUÑOZ, en *Corporaticismo*, Zaragoza, 1937; SOUTO VILA y otros, especialmente SERRANO Y SERRANO, en *El Fuero del Trabajo*, Valladolid, 1939.

(23) Se publica en el Cuaderno de los Servicios Jurídicos Sindicales. *El Sindicato como institución jurídica*, Madrid, 1966, donde figuran los trabajos de HERRERO TEJEDOR, SERRANO, y F. HERNANDO. El de BALLARÍN figura en la obra *Jornadas de Cooperación*, Estudios, Madrid, 1965, y *I Jornadas Técnicas de Derecho agrario*, Madrid, 1967. El de CHOZAS se publica en el núm. 4 de la «Revista Comunidades», Madrid, 1967.

(24) Cfr. FENOLLERA, *Estatutos de los Sindicatos Nacionales*; MANTEOLA, *Personalidad jurídica de los Grupos Sindicales Autónomos*, en la obra «III Jornadas Técnicas de Letrados Sindicales», Madrid, 1966.

dicalismo como algo más que sistema, sino como institución, que no es otra cosa que la instrumentación jurídica de la idea-empresa en el mundo del trabajo y de la producción sobre bases jurídicas. No es instrumento de lucha o de componendas pragmáticas (25).

Y este soporte institucional es el que da entrada, con sus defectos y con sus limitaciones, aunque también con todas las posibilidades, al entramado realista (26), de los entes sindicales, como personas jurídicas, perdurable soporte institucional que ha tenido su corroboración en la Ley Orgánica del Estado, y que ha de ser pauta indudable para el legislador de la futura Ley Sindical.

3. CARACTERÍSTICAS, CLASES Y PROBLEMAS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS SINDICALES.

En esta parte vamos a referirnos más en concreto a las personas jurídicas sindicales. Mejor que un mosaico de disposiciones, o enumeración o descripción minuciosa de los entes sindicales, vamos a referirnos específicamente a las características normativas generales, a los principios de ordenación o clases y a algunos problemas.

3.1. *Como características normativas señalaremos las siguientes:*

3.1.1. No existe una normativa única, total u homogénea para señalar los diversos supuestos de personas jurídicas sindicales. Esto representa una aparente dificultad, pero tiene la ventaja de no ceñir el fenómeno sindical que es, por esencia, dinámico y pragmático (27).

(25) Se trata de una concepción del sindicalismo, no como *modo de estar* (en la economía, en la producción, en la política), sino como *modo de ser*. Confróntese LÓPEZ MEDEL, *El Fenómeno Sindical de nuestro tiempo*, en «Humanismo y Sindicalismo», Madrid, 1964. En esta obra se publican importantes trabajos de CORTS GRAU, LEGAZ y RECASÉNS.

(26) *La realidad del Derecho*. Es el título del trabajo de LEGAZ LACAMBRA, en «Estudios Jurídicos», vol. I, Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1964, páginas 149 y sigs.

(27) El problema es comparativamente general. Cfr. *Sindicatos y Asociaciones de funcionarios públicos*, de JOSÉ R. PARADA, Madrid, 1963.

Cfr. al respecto *Resultados de la consulta-informe sobre la Ley Sindical*, número extraordinario de «Estudios Sindicales y Cooperativos», Madrid, junio 1968.

3.1.2. Sin embargo, es de significar que la fuente normativa básica está fijada en una Ley de carácter fundamental o constitucional. Ya en el punto 2.º de la Declaración XIII del Fuero (1938) se hablaba de una organización de las profesiones liberales y técnicas de manera similar a los Sindicatos, que son—según el punto 3.º—Corporaciones de Derecho Público.

Pero también en el punto 6.º se alude un tanto imprecisamente, pero con indudable valor efectivo, a la posibilidad de crear y mantener—la redacción actual es muy semejante—“organismos” de investigación, de formación moral, cultural y profesional, previsión y auxilio y demás de carácter social que interesen a los que participen en la producción. Estos objetivos socio-sindicales se cubren no sólo por Obras y Servicios, sino también por Instituciones, Patronatos, Fundaciones, Asociaciones, etc.

3.1.3. Otra característica es que no siempre la fuente normativa está en la legislación sindical; o no siempre se marca en ésta la naturaleza y alcance, sino que deviene de normas generales o de Leyes especiales. Es el caso de los Grupos Sindicales de Colonización, o de las Comunidades de Regantes, o de las Cooperativas que tienen su Ley especial, o de los Colegios Profesionales Sindicales, cuyo origen es norma de rango de Decreto aprobado en Consejo de Ministros.

3.1.4. Los entes sindicales quedan al margen, por disposición concreta, de la Ley de Asociaciones, con lo que se consigue su matiz no administrativo, su autonomía ante la Administración y su tratamiento, por tanto fuera de la jurisdicción contencioso-administrativa.

3.1.5. Se carece de una norma genérica sobre Asociaciones sindicales, ya que el desarrollo de la Declaración XIII del Fuero del Trabajo de 1938 se concretó en la Ley de Bases de la Organización Sindical, prácticamente dedicada a los Sindicatos Nacionales.

3.1.6. Los entes sindicales con personalidad jurídica propia no excluyen otras situaciones jurídicas sin personalidad, pero que de una manera u otra operan o deben de operar jurídicamente. El tema de las *uniones sin personalidad* afecta—aunque sea marginal a lo

sindical—de una manera fundamental (28). Es el caso de las Secciones Sociales o Económicas, el de los Jurados de Empresa y el de determinados Grupos o Agrupaciones Sindicales. Por eso, como luego veremos en los principios de ordenación, conviene distinguir entre el juego de las participaciones o representaciones públicas, o económico-sociales, por vía estrictamente sindical, y la personalidad jurídica referida como capacidad para obrar o de carácter patrimonial.

3.2. *Principios de ordenación y de clasificación.*

Mejor que una clasificación más o menos forzada, o una definición específica de los numerosos supuestos de entes sindicales, estimo de interés señalar unos criterios que sin ser omnicomprendivos de todos ellos nos permitirán enjuiciar mejor el fenómeno asociativo sindical.

3.2.1. *Estadística.*

Como explicación de esa policromía de supuestos, y ofreciéndolo como indicación informativa, me es grato anticipar los datos oficiales sobre entes sindicales, tal como se publicarán en la Memoria del próximo Pleno Sindical, que se celebrará en los próximos días, y que figura en los anexos 1, 2 y 3.

De los datos y enumeración estadística se puede ver una gama, una riqueza asociativa impresionante, a algunas de cuyas características aludiremos luego.

(28) Con criterio positivista, a veces más que la valoración de los hechos y de los fines (cfr. RECASÈNS, *Sociedad: su realidad y valoración*, «Rev. E. S.», y cooperativos, enero y marzo 1967), se piensa con un criterio positivista en indagar en qué precepto concreto se fundamenta una capacidad de obrar o la personalidad de tal o cuál ente.

Al corregir galeras se publican en *Ya*, días 8-9-10 de enero de 1969, unos comentarios de MUÑOZ-CAMPOS sobre el Régimen Jurídico, Secciones y Asociaciones, y otros temas con vistas a la Ley Sindical.

3.2.2. *Momento histórico legal.*

Pueden distinguirse dos fases legales: la anterior, y la posterior a la Ley Orgánica del Estado de 1967. Las notas distintas son las siguientes:

1.^a Lo que aparecía como “Organización Sindicalista del Estado”, que se concretaba luego en la figura híbrida de unos Sindicatos llamados “instrumentos al servicio del Estado” (Declaración XIII, 1938), se configura formalmente como “Organización Sindical”, cuyo carácter institucional—de que luego hablaremos—se confirma además porque en la redacción de la Ley de Cortes—también por la Ley Orgánica del Estado—la representación y participación en el poder legislativo no se da, como se decía antes, a los “representantes de los Sindicatos”, sino a los “representantes de la Organización Sindical”.

Este matiz ha supuesto la solución formal a una realidad institucional por una transformación viva de lo sindical, a través de otras normas, criterios, prácticas y doctrina del Tribunal Supremo, sobre su independencia con respecto a la Administración del Estado. Con ello la configuración de su personalidad jurídica se hace más clara, a todos los efectos, e incluso más comprensiva y típica.

2.^a Por las modificaciones de adjetivación o cualificaciones acaso necesarias en 1938, la actual Declaración XIII del Fuero del Trabajo supone igualmente una posibilidad, al menos en el orden jurídico, de una autonomía, de un desprendimiento formal, de los esquemas, organizativos del Movimiento. Porque al ser una Delegación Nacional la de Sindicatos, junto a su propia ordenación, sus propios presupuestos y recursos, su cualificación administrativa típica, no obstante, indudablemente y de manera en todo caso indirecta, quedaba afectada por las modificaciones orgánicas o estructuras de lo que era Secretaría General del Movimiento, de tal manera que incluso ha existido algún momento en el que parecía que la Secretaría General de la Organización Sindical suponía la desaparición de la misma Delegación Nacional.

Pues bien, cito esto como ejemplo y como corroboración de que esta modificación de la Ley Orgánica del Estado al descargar de Secretaría General del Movimiento sus esquemas de organización,

se facilita extraordinariamente no sólo su plena y auténtica personalidad, sino incluso su efectiva capacidad patrimonial, tanto de derecho como de obrar. Otra cosa es su vinculación institucional en los Principios del Movimiento, cuya tutela compete al Consejo Nacional, según su Ley Orgánica propia.

3.^a Y la tercera novedad de la Ley Orgánica del Estado es haber señalado constitucionalmente las Asociaciones de Empresarios, de Técnicos y de Trabajadores, nacidas en el seno de los Sindicatos, y para la participación libre y representativa en las actividades sindicales, y a través de aquéllos en las tareas comunitarias de la vida política, económica y social. Es decir, que se cubre así aquella laguna que advertíamos anteriormente, cual era la del llamamiento concreto a unas formas asociativas a las que necesariamente tendrá que prestar atención la próxima Ley Sindical, con lo que acaso se supere el marasmo de la variedad formal, o la insuficiencia de normas dispersas e incompletas.

3.2.3. *Por su naturaleza.*

Tal como se inspira la Ley Orgánica del Estado, y si se recoge la experiencia de la realidad sindical de los entes sindicales, podríamos llegar básicamente a la siguiente tipificación:

3.2.3.1. Personalidad jurídica institucional de la *Organización Sindical* sin más adjetivaciones formales—al menos en este momento—, tales como de corporación, de “federación” o de “confederación”. La naturaleza institucional ya vimos se corrobora por las modificaciones que la Ley Orgánica del Estado lleva a cabo en la Declaración XIII y en la Ley de Cortes. Acaso en aquélla falte—esto también ocurría en la redacción de 1938—una precisión técnico-jurídica que nos muestre su operar jurídico, pero esto es en buena parte comprensible porque estamos citando no Leyes jurídicas en sentido estricto, sino Leyes constitucionales, programáticas, políticas. No obstante, hay un buen antecedente en la Ley de Unidad Sindical de 26 de enero de 1940, en el artículo 1.º, cuando alude a la Organización Sindical como la “única reconocida” (29)

(29) Nadie se reconoce a sí mismo. Si la Organización Sindical fuese Estado, el Estado no hubiera *reconocido* su personalidad, porque sería reconocerse él mismo.

con personalidad suficiente por el Estado... para hacer llegar hasta él aspiraciones y las necesidades que en el orden económico y social sean sentidas por los elementos productores de la nación, y es a su vez el vehículo por el que llegan hasta éstos las directrices económicas de aquél" (30).

Este carácter de Institución de la Organización Sindical, de entrada, implica su configuración típica como sujeto de derecho, con capacidad y titulación patrimonial, con legitimación activa contenciosa, dentro de los fines generales y superiores a los entes sindicales que la integran, bien para complementar a éstos su obrar jurídico en determinados supuestos, por ejemplo en la esfera patrimonial, bien en la defensa ante los Tribunales de Justicia, aparte naturalmente de la acción económico-social o política que le deviene de las distintas Leyes.

3.2.3.2. Las *Corporaciones de Derecho Público*, que es la configuración jurídica más precisa y clara, por tener otros antecedentes comparativos. Lo corporativo afecta a los Sindicatos Nacionales, a los Provinciales; a la Hermandad Nacional de Labradores, a las Hermandades Locales y Comarcales, Cofradías de Pescadores, Cámaras Agrarias, etc. Como cosa curiosa diremos que las denominadas Secciones de Crédito Agrícola se rubrican como "Corporaciones de Derecho Privado". También están como tales Corporaciones de Derecho Público los Colegios Profesionales Sindicales de carácter Nacional, creados recientemente.

En la actual legislación hay una pequeña diferenciación de matiz: de un lado el Sindicato Nacional o el Colegio Profesional nacen en virtud de su aprobación en Consejo de Ministros (art. 11, Ley de 6 de diciembre de 1940), mientras que los Sindicatos y Hermandades Locales nacen por aprobación de sus Estatutos por la D. N. S. y la inscripción en el registro de entidades sindicales. Por lo demás se padece, como ocurre a los demás entes corporativos territoriales de la ausencia de una Ley General de Corporaciones. Por tanto, de la norma y artículo 35 del Código civil, que clasifica a las per-

(30) Es quizá una de las mejores definiciones de la Organización Sindical, que la sitúa (ya en 1940) en la configuración de un ente intermedio, según concepciones reiterativas actuales. Cfr. especialmente ELÍAS DE TEJADA, su Comunicación al I Congreso de Filosofía Jurídica y Social, publicada en *Derecho y Paz*, Madrid, 1965, con el título *Construcción de la Paz y Asociaciones intermedias* (págs. 71-97).

sonas jurídicas, se pasa, sin una Ley General de Corporaciones —como la hay de Asociaciones— a la creación sistemática de ese gran buzón de lo corporativo.

3.2.3.3. Las *Asociaciones* son otro tipo de entidades sindicales. De las que crea la Ley Orgánica del Estado ya hemos hablado y su regulación básica sin duda ocupará una buena parte de la problemática de la Ley Sindical futura.

Refiriéndonos a la situación actual, y aunque es dificultad el solo intento de su ordenación, por el carácter atípico o híbrido o mixto de su naturaleza, podemos indicar lo siguiente:

Las Entidades y Asociaciones, también llamadas Agrupaciones, Grupos, Uniones, han nacido más por el espíritu que por la letra de los fines que la Ley de Bases de la Organización Sindical de 1940 había señalado a los Sindicatos Nacionales y a los locales. Tales fines que afectaban a lo estrictamente sindical, a lo económico y a lo social, se cualificaban también en fines de cultura, profesionales, de previsión, de enseñanza, y hasta de investigación. Se trata de objetivos concretos, de carácter voluntario y personal, que quedan así facilitados y promovidos por los entes sindicales corporativos propios o por la Organización Sindical, como fruto de su acción, y que gozan de una flexibilidad formal.

Una Orden-Circular de Delegación Nacional, la 239, de 1952, viene a instrumentar todo ese movimiento asociativo voluntario peculiar, nacido por necesidades del mundo económico-social, para matizar lo genérico o de rama o sector del Sindicato, con los intereses peculiares o necesidades profesionales de determinado estamento, actuando no sólo como grupos de participación sindical en el Sindicato, sino como estructura asociativa para tales fines específicos. Son los problemas típicos, por ejemplo, del librero, del editor o del fabricante de papel en el Sindicato de Artes Gráficas; y a su vez, del distribuidor, del librero exportador y del librero importador, etc.

La nota peculiar de estas Entidades es que nacen por la aprobación de sus estatutos por la D. N. S. (31), que carecen de plena

(31) No hay aquí propiamente inscripción en el Registro Central de entidades sindicales, sino anotación en el Sindicato correspondiente, en cuyo seno, y sólo en él, tiene vida.

El mismo sistema parece seguirse con las Agrupaciones o Asociaciones Sindi-

personalidad jurídica, ya que les deviene del propio Sindicato, pero en cambio gozan de capacidad de obrar y de autonomía administrativa y, por tanto, patrimonial. Si bien por todo ello se plantean problemas jurídicos (32).

Hay un tipo no frecuente de asociaciones de las mencionadas anteriormente, cuya personalidad jurídica quedó más definida a través de un sistema que denominaríamos de *complemento de personalidad*, que ha consistido, bien al ser reconocido por Decreto u Orden de la Presidencia de Gobierno; o por Orden de Secretaría General del Movimiento, o por Orden o Decreto a propuesta de determinado Ministerio (33), con lo que se venía a convalidar la voluntad societaria sindical y darle relevancia jurídica. Vendría a ser algo así como si la personalidad jurídica que dimanaba del acto constitutivo sindical, se hiciera visible y operante con una capacidad jurídica de obrar que le deviene del acto administrativo. Esta fue la solución jurídica para el caso de la Agrupación Sindical de Caución Agraria, recientemente constituida (34).

3.2.3.4. *Obras, Servicios, Instituciones, Patronatos o Fundaciones.* La Organización Sindical actúa a través de órganos muy variados, que gozan de capacidad funcional propia, pero sin tener plena personalidad jurídica. En estos supuestos sí que podemos decir con Federico DE CASTRO que se trata más bien de supuestos de descentralización *administrativa*, e incluso económico-administrativa. El régimen *económico-administrativo de la Organización Sindical* de 1947 ha permitido, junto al Decreto citado de 1965, que reconocía plena capacidad y patrimonio a la D. N. S., ese régimen peculiar, aparentemente complicado, pero de indudable dinamismo jurídico.

Se trata de una serie de obras, de Servicios, de Instituciones, de Patronatos o de Fundaciones, también de fuente normativa muy dispersa. Así, la *Obra Sindical de Cooperación* goza de personalidad

cales que se acojan a la disposición final de la Ley de Asociaciones y de Unión de Empresas, de diciembre de 1963.

(32) Cfr. MANTEOLA, del trab. cit., *personalidad*...

(33) Esta variedad también se encuentra en los entes colegiados administrativos, que en unos casos nacen por Ley; otros por Decreto, y algunas por Orden ministerial. Cfr. *Colegios Profesionales Sindicales*, Madrid, 1964, 2.ª ed.

(34) Por Decreto del Ministerio de Hacienda de noviembre de 1967 se concede capacidad funcional de ASICA, la cual nace por vía sindical, una vez aprobados sus Estatutos y publicados en el *Boletín* de la Organización Sindical.

jurídica atribuida en la Ley de Cooperación de 1942. Otras Obras como la de 18 de Julio, la de Previsión Social, o la del Hogar, Formación Profesional, en razón de las normas administrativas general de la Seguridad Social o de la Vivienda, actúan, gestionan o contratan dentro de los fines y con las condiciones que le señala la propia Administración y las generales de la Organización Sindical. Esto hace un tanto híbrida la naturaleza del acto de que se trate, pues por un lado es sindical y se mueve en la esfera del derecho privado, y de otro lado recibe fuente normativa de carácter administrativo. Son, realmente, patrimonio adscrito a un fin sindical concreto.

Lo mismo sucede con los *Servicios*, algunos como los del Servicio de Información y Publicaciones en régimen de *descentralización* administrativa, y con tipicidad en sus fines: de prensa, radio-difusión; otros son de los Sindicatos Nacionales, algunos como el *Servicio* de Exportación del Sindicato de Frutos, de enormes dimensiones y realizaciones; algún otro como el Servicio de Seguro Turístico que, aunque nacido dentro del Sindicato, está diferenciado de él patrimonialmente y que recibió por Orden del Ministerio de Hacienda el complemento de su personalidad.

En cuanto a las *Instituciones o Patronatos*, a veces son denominaciones de meros órganos de actuación sindical, pero a veces, tanto por su origen como por sus efectos o régimen jurídico, y concretamente por *disponer de patrimonios* específicos adscritos o fines y con medios propios, funcionan de hecho como auténticas personas jurídicas. Y en cuanto a las *Fundaciones Sindicales*, por carecer de normas generales, se dan igualmente dos clases de supuestos: o con la formalización por *acta* notarial del acto fundacional sindical de que se trata, cumpliendo además las disposiciones generales, que no siempre encajan en lo sindical (35); o por una autorización en el seno de la propia Organización Sindical con publicación en su Boletín.

(35) La Fundación Sindical «Sanz Orrio», en un ejemplo de rigor jurídico: Manifestación de voluntad del fundador; homologación sindical; acta notarial de los dos extremos anteriores; sometimiento a las autorizaciones administrativas en materia de fundaciones; y publicamos en el *Boletín* de la Organización Sindical.

3.3. EL ASOCIACIONISMO AGRARIO.

Merecería la pena detenernos bastante en este grupo de entes sindicales no corporativas que tanta relación guardan con la función notarial y registral. Me refiero a las Cooperativas Agrarias y a los Grupos Sindicales, tanto los de Colonización como los de Explotación Comunitaria de la Tierra. Pero no quiero cansaros más, y además, tanto, por el *proyecto de Ley actual sobre Colonización* como el de Sociedades Agrarias, además de su posible tratamiento en la Ley General o de Bases de la Agricultura, estamos en un momento de transición, y, por tanto, de superación problemáticas. Sólo diré unas *ideas fundamentales*:

Por un lado, que las *realidades* económicas y sociales han ido mucho más lejos que la Ley de *Cooperación de 1942*, y acaso por ser los Grupos más estrictamente sindicales, han gozado de mayor flexibilidad (incluso permitió una *proliferación normativa*, variada, y acaso no sistemática, pero sin caer en el hermetismo de las normas de rango de Ley de las Cooperativas). De hecho, el Grupo sindical goza de plena personalidad jurídica por la *inscripción en el Registro de Grupos Sindicales de Colonización*, el cual por cierto ha venido estando servido por un Registrador de la Propiedad, sin que se trate de un registro administrativo. Naturalmente, hay un acto previo de constitución del Grupo y su aprobación sindical. Cumplido esto, son sus *Estatutos* y sus *finés* los que marcan o deben marcar la zona de distinción no siempre precisa de *personalidad* y de ejercicio de una *capacidad* de obrar. Porque, de otro lado, junto a su autonormativa estatutaria, se encuentran los *finés generales* que la devienen por ser llamados por la Administración de la Agricultura a cumplir fines de colonización, de regadíos, de ordenación rural, de concentración, etc., que no son *estáticos* ni exhaustivos, sino extraordinariamente dinámicos, como derivados de un fenómeno de económica, producción o desarrollo agrario. ¿Termina la capacidad jurídica de un Grupo Sindical de Colonización cuando se transforma una zona de secano o regadío, o por el contrario persiste su función cuando por voluntad de los colonos agrupados tratan de seguir asociados para la distribución de las aguas, me-

jora de los cultivos, comercialización de los productos y desarrollo de medios técnicos o de cultura que permitan lograr el objetivo inmediato de la *humanización* o integración de sus propias estructuras agrarias en estructuras humanas, dignas y progresivas?

Son sabidas las *limitaciones y a veces* recelos que la titulación patrimonial de los Grupos Sindicales ha planteado; el criterio del Centro de Estudios hipotecarios publicado en el Boletín informativo del Colegio de Magistrados de febrero de 1967 explica esta problemática y se inclina por una solución que en líneas generales es favorable a esta capacidad de obrar y al *ejercicio de derechos patrimoniales*. Las dificultades normativas no están sólo en la *legislación sindical*, que fue puntual en regular su registro, sus requisitos, etc., sino en la *legislación agraria* incluso fiscal, no sé si perezhosa o si no del todo comprensiva. Creo, sin embargo, que estamos a punto de coronar esta tarea legislativa con la doble vertiente: de un lado, el proyecto de Ley de colonización que marcarán las líneas genéricas de las asociaciones agrarias para los fines de la ley, dotándolas también genéricamente de personalidad, y otro, estableciéndose en el propio proyecto unas fórmulas de audiencia o de participación sindical para la configuración jurídica de tales asociaciones, grupos o agrupaciones, con referencia a las propias normas internas sindicales, bien las también generales y a la vez cualificadas en la *nueva Ley Sindical*, bien por las reglamentarias internas que, como el proyecto de un nuevo Reglamento para el Registro de los Grupos Sindicales, pueda hacerse más adelante (36).

(36) Como bibliografía general, pueden las obras citadas: *Instituciones Sindicales Agrarias*; *Jornadas de Cooperación* (en la 2.^a ed., 1965, se publican unas bases o criterios de superación de la normativa sindical al respecto). TEBRE, GARRO QUIROGA, *Los Grupos Sindicales en el Desarrollo Español*, «O. S. C.», núm. 32, Madrid, 1966. Hay otros trabajos inéditos de SALVADOR NIVELA y de BASANTA.

Al corregir galeras—enero 1969—podemos decir que en la Ley de Ordenación Rural de 1968, tanto en los artículos 1, 33, y disposiciones adicionales, se ha dado un paso de gigante, tras fuerte discusión en la Comisión de Agricultura, a este tema de la personalidad y capacidad del Grupo Sindical, el Reglamento General de los mismos y su registración fehaciente.

3.4. TENDENCIAS PROBLEMÁTICAS.

A lo largo de esta conferencia han quedado advertidos no pocos de los fenómenos problemáticos de los entes sindicales, unos con *personalidad jurídica* diferenciada y típica, otros como entidades que denominaremos *menores*, con fines *concretos*, atípicos y difíciles de encasillar en los moldes clásicos, tanto *del Derecho* privado como del Derecho público.

Con la observación general de que acaso estemos en *una gloriosa crisis de crecimiento* de los entes sindicales; con la afirmación por delante de que no siempre es posible el detalle en un *Derecho sindical*, puesto que ha de ser dinámico y flexible, variado y rico, como lo son nuestros esquemas sindicales, nuestra *realidad económica y social*, y nuestra geografía o *nuestro clima*. Quiero, para terminar, mencionar algunas consideraciones que acaso marquen la línea tendencial problemática y a la que haya de *prestarse atención* en el futuro no sólo por el *legislador*—por parte de la Administración y por parte del *Sindicalismo*—, sino también por los *juristas todos*, y muy especialmente por quienes, notarios y registradores, tan cerca están de los hombres y de las tierras españolas.

4. LA CAPACIDAD DE CONVOCATORIA ASOCIACIONISTA.

La Organización Sindical Española ha cumplido, quizá como el más relevante servicio—no en el sentido político estricto, sino social y humano—el cometido inestimable de haber sabido romper los *moldes individualistas* e insolidarios, muy propios del español, del propietario o del cultivador, o del empresario; y ha contribuido fuertemente a *romper* prejuicios, recelos o temores ante la acción de la Administración o ante el poder creador del asociacionismo. Hoy es un hecho la *sensación de poder sindical*, y esto se debe en gran parte al asociacionismo. Es decir, el sindicalismo ha tenido *capacidad de convocatoria* para esas fórmulas comunitarias, que son plenas cuando se las dota de resortes jurídicos operantes y vivos y, por tanto, capaces de obrar *legalmente dentro del orden*

juridico sindical institucional a que anteriormente he hecho referencia.

Esto explica la *proliferación*, variedad y confuso mosaico de criterios jurídicos, e incluso hasta ciertos aparentes *temores del legislador*—administrativo o sindical—a la hora de su perfilar en Derecho.

Pero por eso mismo—y lo está imponiendo también la realidad económica y social—se ha de tender a cubrir *dos* próximos *objetivos* con efectos configuradores jurídico-normativos:

4.1. Primero ha de *estimularse* con fórmulas ágiles y flexibles un sistema de integración, de coordinación, de fusión o de mayor rigor en los *condicionamientos constitutivos* de los entes sindicales de todo orden, una especie de concentración asociativa, como hoy se habla de concentración parcelaria o de concentración de empresas. No caigamos en el individualismo asociativo o en la parcelación de soberanías asociativas multiformes, competitivas, virreinales (37). Esta ordenación asociativa no sólo supondrá la suma de esfuerzos y de energías, sino que hará viable una más plena *configuración de su personalidad*. Es muy difícil hacerlo en grupos sindicales *constituidos por media docena* de personas; o en cooperativas casi sin aportaciones, una en cada pueblo o aldea, y un grupo en cada familia. *Uno* de los secretos del *liberalismo* y del capitalismo fué el haber acertado—a su manera—en modelar unas *sociedades mercantiles* con plena personalidad y relevancia externa. Y una de las tareas de legislador ha de ser *potencializar* jurídicamente los entes sindicales agrarios.

4.2. Y segundo, precisamente por haberse cubierto *esa fase* o tarea *psicológica* o *sociológica* de apertura de horizontes de confianza en lo asociativo y de superación de prejuicios individualistas, y también por *constituir una experiencia* y una mayoría de edad del asociacionismo sindical, creo que estamos en camino de limar o de *superar cierto tipo de limitaciones*, de formalidades o de intervenciones muchas veces más teóricas que reales o aplicables, que han sido casi una cortina de humo, pero que han he-

(37) Se limita o palia, porque se trata de entidades asociativas en el seno de los Sindicatos o Hermandades que están en un plano superior.

cho en determinados momentos artificioso el ropaje jurídico en una especie de tira y afloja que les da y les reduce personalidad.

Si se opera en aquel primer sentido de una concentración asociativa, dejando a un lado el proselitismo o propaganda estadística, y de otro se refuerzan los *esquemas jurídicos* con clasificación de *responsabilidades* derivadas de una más honda de acción en la personalidad y capacidad jurídica, siempre dentro de la órbita institucional sindical, creo que estamos en el momento psicológico para llegar a construcciones todavía más perfectas jurídicamente hablando, aun dentro del indudable valor creador e inventor del asociacionismo por vía sindical, del cual, especialmente en materia agraria, como hemos tenido ocasión de admirar en muy distintos países e instituciones comparadas.

5. SOCIALIZACIÓN O SINDICALIZACIÓN DE INSTITUCIONES JURÍDICAS BÁSICAS, DE PROCEDIMIENTOS, O FORMAS INSTRUMENTALES.

La bondad de un *sistema asociativo* sindical no radica sólo en sus propias normas ni aun tan sólo en la capacidad de convocatoria societaria que sea capaz de anidar en su seno. Es necesario una superación por vía de socialización o sindicalización de las instituciones esenciales de carácter básico o formal y procedimental. Y por tanto, a su vez, *una apertura*, una comprensión, *una nueva frontera* con respecto a ese fenómeno asociativo sindical que ha adquirido carta de naturaleza en muchos hombres de empresa y del trabajo. No digamos, como aquel, "que evolucionen ellos". Porque hay una serie de causas y de fenómenos que no están en los entes sindicales, sino que son extrasindicales, pero que inciden en la propia vida y juego jurídico de aquéllos, y a veces desnaturalizan o se hacen huidizos si no les ofrecemos instrumentos vivos, normales, en los que encajen como realidades jurídicas nuevas, auténticas, operantes. *Esto es una tarea que el jurista y el profesional del Derecho deben emprender, porque esa será la manera de ambientar al poder público y al legislador.*

Nos asusta que se pretendiera crear un Registro Fiscal de Solares, al margen del de la Propiedad, o un proyecto de Registro administrativo de grupos sindicales, un Registro de Sociedades Agra-

rias en el Ministerio de Agricultura, o la concesión de créditos no hipotecarios, o la titulación pública no notarial o registral de las fincas.

Pero es lo cierto que nos tenemos que poner en predisposición para una modificación y superación de un concepto de propiedad soberana que palía o complica soluciones que tienden a administratizarse; un Registro de la Propiedad que no se ha abierto, o se ha agilizado, o se ha mecanizado, o se ha superado para recoger o facilitar el acceso de tantos supuestos patrimoniales que no encajan en la estructura registral, incluso lo formal, del folio, finca, cuasitranscripción, caducidad, *discordancia* entre Registro y realidad, de Registro y Catastro, etc.; un Registro mercantil que no da entrada a las Sociedades Cooperativas, aunque sí lo ha hecho para las obligaciones hipotecarias que emitan; unas normas de división o parcelación *inter vivos* o sucesorias de fincas, que pueden destruir por la omnimoda voluntad individual, esfuerzos y propósitos comunitarios costosos; una *persistencia doctrinal* y positiva de la validez del consentimiento—título y modo—, dando a la voluntad fuerza constitutiva de los *negocios jurídicos*, aunque se expresen en papeles mojados, a los que el Fisco y los Tribunales pueden hacer válido (38); un desarrollo más progresivo y flexible de los textos positivos *sobre las personas jurídicas*, lo que contribuiría a evitar esa guerra por su cuenta o a facilitar el camino promotor del asociacionismo sindical...

En resumen, ha de ir en *paralelo* esa socialización o sindicalización de normas básicas o procedimentales de carácter general para que no sean *un valladar* al operar de los *entes sindicales*, que por su carácter pragmático y realista, no siempre son o serán fáciles de esquematizar en normas positivas incuestionables; y para que la *legislación general*, especialmente la inmobiliaria no sirva de espanto, o *no tenga* otras muy bondadosas soluciones *que la formidable comprensión* y generosidad del Notario o del Registrador de turno, que la tienen bien probada muchas veces, con su propia responsabilidad y su insuperable competencia.

(38) Cfr. nuestro trabajo *Modernas orientaciones del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1961.

6. EL HOMBRE, EL PROFESIONAL DEL DERECHO, COMO PROTAGONISTA DEL ASOCIACIONISMO POR VÍA JURÍDICO-SINDICAL.

Las anteriores afirmaciones implican un emplazamiento primero y un comportamiento después del legislador o del dirigente sindical. Representan no sólo unas medidas político-legales o la expresión tendencial de unos problemas asociativos concretos, sino también una actitud moral, profesional y pública ante los hombres y las estructuras. Sabemos (39) que sólo el hombre es auténticamente persona, pero que es más persona en tanto en cuanto cada cual se entregue más y, por tanto, reciba de los demás por vía de solidaridad, de comunidad, de asociación, de integración. En una serie de aspectos, de cuestiones o de realidades, como sucede en el mundo rural o agrario, es la fórmula, la única solución que puede ofrecerse con cierta viabilidad.

Pues bien, no emplacemos sólo a la *Administración* o al *Sindicalismo*, aunque está bien que lo hagamos. *Emplacémonos a nosotros* mismos, porque el hombre es el sistema. El profesional del Derecho, el Notario, el Registrador, como el Magistrado o el Letrado sindical, somos una buena parte de esta problemática, porque el presente tratamiento es mucho más humano, mucho más comunitario que algunas otras de nuestras tareas. El mundo asociativo, y particularmente el mundo de los entes sindicales, es un mundo de hombres, de personas, para multiplicar esfuerzos sin desmerecer la personalidad individual; es un mundo creador, negociador, que confiesa sus limitaciones y que es promotor de virtudes en la fe, la confianza en los demás, la esperanza en algo nuevo, que la asociación, el grupo o la cooperativa pueden representar para él.

A nuestra manera, a muy diverso nivel, quizá con mayor responsabilidad o graduación, esta tarea se nos brinda a todos los juristas. No hace falta que los Presidentes de los Grupos o los gerentes de las Cooperativas o los Alcaldes de los Municipios rurales

(39) El tema es más profundo, y su tratamiento completo corresponde a la Filosofía y Ciencia Jurídica, aunque ya adelantamos nuestra discordancia con el planteamiento arquitectónico-formal que hace Kelsen sobre la persona física y la persona jurídica en *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1963, páginas 125-130.

sean Notarios o Registradores, que los hay. Lo que si señalo es que de una manera u otra, y en esta materia más especialmente, *nosotros tenemos* un puesto de asesores, de amigos, de creadores o auspiciadores de los entes asociativos, y que esta materia no es la fría del acta notarial que dé testimonio de un documento o de un hecho o de una realidad, o de una redacción en un folio registral más o menos tranquilamente hecha, según documentos y escritos. Es una manera viva, brillante, creadora, porque es un racimo de esperanzas, de negocios jurídicos, de vida humana en definitiva.

Creo que está bien confiemos en los resortes del Estado o de la Administración y que exijamos al mundo sindical rigor, normas actuales y normas de futuro. Pero, al menos como servidores del Derecho, tenemos todos que estar compenetrados y más cerca, profesionales del Derecho privado o público, y dirigentes o juristas sindicales. A veces damos la sensación de estar perforando un mismo túnel por distintas bocas, sin que apenas nos encontremos. A veces, cuando con carácter personal lo hacemos, se nos hace fácil entendernos, y nuestro diálogo o nuestra amistad resuelven las limitaciones jurídicas que en este orden de cosas han existido y existen. Pero no podemos funcionar aislados, ni como profesionales del Derecho especializados ni como entidades o Corporaciones o Instituciones. A veces hacemos cosas estupendas, lo mismo desde un Instituto de Investigación Jurídica que desde el Colegio de Abogados o de Notarios, o de Registradores, o de los Servicios Jurídicos Sindicales. Y cito esto por tenerlos más a mano.

Pero no siempre somos comunicativos o participantes; no siempre sabemos superar el mito de las competencias mutuas o exclusividades.

No se trata de una *admonición cerebral*. Es el convencimiento de que en una temática como la que aquí hemos esbozado, por ser enormemente humana y social, una temática en la que vamos todos en la misma nave, y en la que a todos anima un mayor sentido de perfección, creo que nada mejor que esta indicación a la cooperación, a la amistad, al intercambio, de lo cual es simbolo de expresión esta mi presencia aquí. Porque si todo político debe ser respetuoso y amigo del Derecho, también, como nos dijo

José Antonio, todo jurista debe ser político, "ya que de no serlo, se le reduce a la gloriosa y humilde artesanía de manejar un sistema de normas cuya justificación no le es lícito indagar" (40). Nada más y muchas gracias.

JESÚS LÓPEZ MEDEL.

(40) En su conferencia *Derecho y Política* (inauguración Curso S. E. U., 1935).

En torno al contrato de legado en la adopción

SUMARIO: I. PROPÓSITO.—II. POSIBILIDAD.—III. NATURALEZA JURÍDICA: A) Tesis de GONZALEZ ENRÍQUEZ. B) Tesis de SOTO NIETO. C) Conclusión crítica.—IV. LAS FACULTADES DISPOSITIVAS «INTER VIVOS» DEL ADOPTANTE SOBRE LA COSA LEGADA: A) Referencia previa al contrato de institución de heredero. B) El supuesto del legado: a) Posiciones doctrinales. b) Conclusión crítica.

I.—PROPÓSITO.

El objeto de este corto estudio es muy concreto: la posibilidad del legado de cosa determinada en el pacto sucesorio en la adopción y la influencia que tal contrato de legado pueda tener en las facultades dispositivas *inter vivos* del adoptante sobre la cosa legada.

Y su motivación, la gran trascendencia práctica que todo ello puede tener, tanto respecto del adoptante como del adoptado y del tercer adquirente.

II.—POSIBILIDAD.

Que el pacto sucesorio, en general, puede tener por objeto disposiciones a título singular es algo evidente. Baste recordar, simplemente, un concepto doctrinal de autor de tanto fuste como es ROCA SASTRE (1), quien, después de distinguir entre contrato o pacto

(1) ROCA SASTRE, R. M., *La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales*, en «Estudios de Derecho Privado», Madrid, 1948, II, páginas 341 y sigs.

sucesorio—concepto amplio en el que cabe todo contrato referente a materia sucesoria, sea de institución o legado, de renuncia o sobre herencia de tercero—y sucesión contractual—concepto estricto que recoge sólo la primera de las manifestaciones expresadas, la institución o legado contractuales—define el contrato de institución o legado como “aquel en que causante y heredero (o legatario) pactan la institución de heredero (o el ordenamiento de un legado) a favor del segundo, estipulando las condiciones de la misma”.

Y si se quiere un refrendo legal muy reciente en nuestra Patria, el artículo 100 de la vigente Compilación del Derecho civil especial de Aragón afirma que “los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones *mortis causa* a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, modalidades, cargas y obligaciones que se estipulen”.

Y ya en el marco de la adopción, y en la redacción originaria del Código civil, a pesar de que el artículo 177 no resultaba demasiado explícito con su discutida “obligación de instituir heredero”, la mejor doctrina—VALLET DE GOYTISOLO (2), CÁMARA ALVAREZ (3)—entendió que no existía obstáculo para que los derechos sucesorios del adoptado pudieran serle atribuidos mediante disposiciones a título singular.

En la nueva regulación de la adopción en el Código civil, dada por la Ley de 24 de abril de 1958, tal posibilidad queda fuera de toda duda. El artículo 174, párrafos 3.º y 4.º, con carácter general para toda clase de adopción, nos dice que “los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto, aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriese en indignidad para suceder o causa de desheredación, o se declare extinguida la adopción. El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la Ley a favor de otras personas”, y el artículo 180, respecto de la adopción menos plena, reitera que “el adoptado, como tal,

(2) VALLET DE GOYTISOLO, J., *La donación «mortis causa» en el Código civil español*, A. A. M. N., V, pág. 763, sostiene el autor que entonces se trataría de una donación *mortis causa*, irrevocable por su conexión con la adopción.

(3) CÁMARA ALVAREZ, M. de la, *Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil*, «R. D. P.», 1951, pág. 97, en nota.

sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante”.

Los términos empleados—“derechos del adoptado en la herencia del adoptante”, “derechos pactados en la escritura de adopción”—son lo suficientemente amplios para que quepa incluir en ellos tanto la institución de heredero como la ordenación de legado. La coincidencia de la doctrina en este punto es absoluta y, por ello mismo, no merece la cuestión un estudio más detenido.

III.—NATURALEZA JURÍDICA.

Igualmente, existe coincidencia entre los autores en calificar *ab initio* el pacto sucesorio que en la adopción autoriza actualmente el Código civil como un verdadero y propio contrato sucesorio, como clara y fundamental excepción del principio general prohibitivo imperante en el Derecho común y que recoge el artículo 1.271 del Código civil. En las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma (4) trasluce ya la aceptación de la tesis doctrinal preponderante con relación a la antigua redacción del artículo 177 y el texto legal emplea sin tapujos la expresión *pacto sucesorio*.

Pero la coincidencia en el punto de partida desaparece cuando se trata de explicar qué es verdaderamente el contrato sucesorio, cuáles son su mecánica y sus efectos en la posición jurídica de los interesados. En aras de la brevedad, me referiré únicamente a dos posiciones contrapuestas que considero básicas: las de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ y SOTO NIETO.

(4) Dicen así: «La imprecisión legal se ponía de manifiesto especialmente en materia sucesoria, al reconocer validez a las estipulaciones contenidas en las escrituras de adopción, pero con el ambiguo carácter de 'obligación de instituir heredero', fórmula con la que, al parecer, se pretendía dejar a salvo el principio prohibitivo de los pactos sucesorios, al que, por lo demás, no es difícil encontrar excepciones dentro del propio Código civil. Que la expresión no era afortunada, lo demuestra el hecho de que la Jurisprudencia ha tenido que pronunciarse reiteradas veces sobre su verdadero alcance y contenido. La presente Ley pretende regular tan delicada materia con la deseable precisión».

A) *Tesis de González Enríquez (5).*

Partiendo de la idea de que parece imposible construir una teoría general de los pactos sucesorios en nuestra Patria, al no existir normas comunes a los supuestos excepcionalmente admitidos en nuestro Ordenamiento, lo que obliga a considerar cada uno de ellos bajo el prisma de la especial *ratio iuris* determinante de la excepción, entiende este autor que el contrato actúa aquí, en el pacto sucesorio en la escritura de adopción, como un molde negocial que contiene la disposición del causante instituyendo heredero o nombrando legatario al adoptado. Este molde negocial se diferencia del testamento por ser bilateral, ya que intervienen ambas partes, y, por tanto, vinculante, de modo que la declaración de voluntad de una parte aceptando la de la otra liga a ésta y la hace irrevocable. Pero esta bilateralidad e irrevocabilidad hacen relación solamente al contrato como molde, no al negocio en él contenido, que sigue teniendo su esencia de acto de disposición *mortis causa* rigurosamente unilateral, si bien aceptado por el instituido.

Así, pues, afirma, la diferencia entre el contrato sucesorio consagrado en el artículo 174 del Código civil y el testamento radica exclusivamente en el molde negocial y no en la esencia de los negocios en él contenidos. La razón estriba en que "la *ratio iuris* de la norma se halla exclusivamente en el deseo de hacer irrevocables las disposiciones *mortis causa* del adoptante... Siendo la irrevocabilidad consecuencia exclusiva del molde contractual, no es necesario ni conveniente apartarse en nada más del esquema general de nuestro Derecho sucesorio, que toma como base los negocios testamentarios".

Como consecuencia de lo expuesto, entiende GONZÁLEZ ENRÍQUEZ que la aceptación del adoptado no es una verdadera aceptación de la herencia que le vincule a ser heredero en su día y excluya toda necesidad de aceptación y toda posibilidad de repudiación para cuando fallezca el causante, sino que es sólo aceptación de la vinculación de éste sin que el instituido a su vez se vincule a nada.

(5) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., *La institución contractual del hijo adoptivo y las disposiciones «mortis causa» anteriores y posteriores del adoptante*, «R. D. P.», 1959, págs. 937 y sigs.

El contrato sucesorio no crea de modo directo en el instituido la cualidad de heredero, aunque diferida al momento en que fallezca el instituyente, sino sólo una vocación o llamamiento a dicha cualidad, que funcionará en la forma prevista por la Ley para las vocaciones testamentarias.

B) *Tesis de Soto Nieto (6).*

Es radicalmente opuesta a la anterior. Entiende que en el pacto sucesorio existe verdadero negocio bilateral, en cuanto intervienen dos partes, cuyos respectivos intereses se funden armónicamente en él, y en méritos de la existencia de obligaciones para ambas. La posición contraria, a su juicio, a más de pasar un tanto por alto la realidad de la entraña y desenvolvimiento del pacto sucesorio, supondría conceder al adoptado una especie de opción, lo que originaría una simple expectativa de derecho. Por el contrario, no puede desconocerse el interés del instituyente en conocer la aceptación del heredero o legatario a los fines de continuación y explotación del patrimonio familiar y para el cumplimiento de las cargas o prestaciones a las que haya ligado la institución o legado.

En consecuencia, entiende el autor que la aceptación del pacto por el adoptado equivale a la aceptación de la herencia o del legado, de forma que adquiere la cualidad o rango de heredero o legatario electo del adoptante, sin posibilidad de aceptación o repudiación al fallecimiento de éste, si bien con efectos diferidos a este momento.

C) *Conclusión crítica.*

En mi opinión, resulta más acertada la tesis de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ. Es indudable que resulta imposible aplicar al pacto sucesorio en la adopción las normas generales del contrato sucesorio desde el momento en que éste no existe en nuestra Patria, ni siquiera en las legislaciones forales, con tal carácter de generalidad (7). Creo,

(6) SOTO NIETO, F., *Derechos sucesorios del hijo adoptivo en el Código civil español*, «R. G. L. J.», 1961, t. 211, págs. 681 y sigs.

(7) En la *Compilación aragonesa*, en la que parece tener mayor generalidad, tampoco es así: véanse los límites que impone el art. 99.

no obstante, que, sin perjuicio de ello, si pueden darse unos principios generales del contrato sucesorio, pero que, por su misma generalidad, permitan su adaptación a cada caso concreto, en atención a su fundamento y a la finalidad perseguida. Es decir, como si encuadráramos el contrato sucesorio, sistemáticamente, dentro de la parte general del Derecho civil, para luego adaptar sus principios a cada supuesto especial de aplicación. Adaptación que se manifestará, fundamentalmente, en la posición jurídica de las partes y, en definitiva, en sus efectos.

En este sentido, abundando en las ideas de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, plenamente de acuerdo con las que acerca del pacto sucesorio expone BINDER en su *Derecho de sucesiones* (8) y acepta LACRUZ BERDEJO en las anotaciones al mismo, considero básicos los siguientes principios:

1. El contrato sucesorio, aun siendo contrato, es de naturaleza eminentemente sucesoria; consecuentemente, no confiere ningún derecho actual al nombrado heredero o legatario sobre los bienes a que se refiere.

2. Hasta el momento del fallecimiento del contratante-causante la situación del heredero o legatario contractual es análoga a la del testamentario en el sentido de que no tiene ningún derecho adquirido, aunque sí tiene una expectativa digna de la protección del Derecho.

3. A diferencia del testamento, que es negocio jurídico *mortis causa* y de última voluntad, el contrato sucesorio es lo primero, pero no lo segundo. Por no ser negocio de última voluntad, no le es de esencia ni de naturaleza la revocabilidad; pero por ser contrato le es de naturaleza (aunque no de esencia: siempre puede pactarse en el mismo causas de revocación) la irrevocabilidad.

4. Por ser negocio *mortis causa*, el régimen del contrato sucesorio es el de los negocios jurídicos de esta clase, y, más aún, el del negocio *mortis causa* típico: el testamento, con la excepción de la revocabilidad en atención a su naturaleza paccionada.

Pero reiterando de nuevo que estos principios generales pueden y deben ser adaptados—y consecuentemente modificadas las solu-

(8) BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, 1953, págs. 127 y sigs

ciones que de ellos emanan—a cada supuesto definido de contrato sucesorio en atención a la finalidad que con él la Ley trata de lograr.

Y ya, sobre estas bases, entramos en la cuestión principal: la posibilidad de disposición por el instituyente por acto *inter vivos* de lo que es objeto del contrato sucesorio.

IV. LAS FACULTADES DISPOSITIVAS “INTER VIVOS” DEL ADOPTANTE SOBRE LA COSA LEGADA.

A) *Referencia previa al contrato de institución de heredero.*

Cuando el pacto sucesorio en la adopción se lleva a cabo por medio de una institución de heredero, ninguna dificultad ha planteado la cuestión en la doctrina. La irrevocabilidad del pacto no priva al adoptante de disponer de sus bienes a título oneroso; la protección del adoptado en sus intereses entrará en juego cuando se trate de actos simulados o en fraude de su expectativa sucesoria, a través de las correlativas acciones de nulidad o rescisión, e incluso se ha asimilado su posición a la del heredero forzoso a los efectos del ejercicio de la correspondiente acción en caso de prodigalidad.

Respecto de las disposiciones a título gratuito, igualmente se asimila su posición a la del legitimario o se hace aplicación del artículo 655 del Código civil en su referencia al legatario de parte alicuota y se concluye que, con efectividad plena, únicamente podrá el adoptante hacer donaciones remuneratorias, usuales o módicas.

Todo ello está perfectamente de acuerdo con los más puros principios del contrato sucesorio. En tal sentido se pronuncia, con carácter general respecto del pacto sucesorio, el Código civil alemán (9), y es la solución admitida en nuestra Patria, respecto del heredamiento simple, por la Compilación de Cataluña (10); tal parece ser también la idea de la Compilación de Aragón (11).

(9) Parágrafos 2.286 y 2.287.

(10) Arts. 75 y 76.

(11) Así parece resultar del art. 102, que sólo exige el consentimiento del instituido para la disposición de ciertos bienes cuando el nombramiento de heredero se haya pactado en consideración a la conservación del patrimonio fa-

B) *El supuesto del legado.*

Pero cuando el pacto sucesorio en la adopción se concreta en un legado de cosa específica y determinada, la cuestión ya no puede decirse que sea tan diáfana.

a) *Posiciones doctrinales.*

Antes de la reforma del Código civil, CÁMARA ALVAREZ (12) se pronunciaba por la eficacia de la disposición (a título oneroso al menos) del objeto legado contractualmente, aunque éste sea irrevocable, "pues sólo lo es como tal disposición *mortis causa*". Y LA-CRUZ (13) afirmaba igualmente que los contratos sucesorios del Código civil no privan al instituyente de la disposición *inter vivos* de sus bienes, sino en cuanto los actos de disposición perjudican directamente la expectativa del heredero o legatario contractuales, unificando, pues, a estos efectos, la doctrina tanto si se trata de heredero como de legatario contractuales, y asimilando su posición a la del legitimario.

Pero después de la nueva redacción de los artículos de la adopción en el Código civil hay ya voces discordantes.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (14), después de tratar de la protección del adoptado frente a los actos del adoptante que tiendan a hacer ilusorio su derecho cuando aquél es instituido heredero o legatario de parte alicuota, inclinándose a la acción de prodigalidad y a la no inscribibilidad del pacto en el Registro de la Propiedad—pues aun modificando las facultades "futuras" del dominio de los in-

miliar y el instituyente se hubiera reservado el señorío mayor, sin referirse a los demás posibles supuestos. Lo normal, en la práctica, es que exista pacto con la exigencia de tal consentimiento para todo acto de disposición; pero si no existe, parece más lógico entender que la Compilación ha aceptado la idea de BATALLA (en «Anuario de Derecho Aragonés», 1944, págs. 353 y 354), que estimaba que sólo es necesario tal consentimiento cuando se pacta, y no la de SAPENA TOMÁS (en «R. D. P.», 1954, pág. 751), que defendía en materia de heredamientos que tal pacto no es más que un reflejo de las normas consuetudinarias reguladoras de los mismos, por lo cual, aunque no se exprese, debe reputarse implícito, a menos que claramente se excluya.

(12) Loc. cit., en nota 3.

(13) Anotaciones a la obra de BINDER, citada en la nota 8, pág. 141.

(14) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *La adopción y figuras similares ante la nueva regulación*, «R. C. D. I.», 1959, pág. 229,

muebles o derechos reales del adoptante (art. 7.º del Reglamento Hipotecario) carece del requisito de la especialidad—, entiende que si el pacto sucesorio se refiere a bienes concretos y determinados, la protección de los derechos del adoptado no podrá consistir ya en una declaración de prodigalidad, remedio tardío, pues la enajenación ya se ha verificado, no existiendo términos hábiles para poder obligar a una sustitución de los bienes, y cree que la solución del problema puede consistir:

1.º En una inscripción en el Registro de la Propiedad del pacto sucesorio en el momento de su otorgamiento, al amparo del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, por no existir aquí la inconcreción del caso de la institución de heredero o legado de parte alicuota.

2.º En que esta inscripción operará de una manera similar a la de un derecho sujeto a condición suspensiva; con lo cual no se obstaculizarán las facultades dispositivas del instituyente, si bien habrán de quedar sujetas a la amenaza de resolución que implica aquella inscripción condicional.

Por su parte, Soto Nieto (15), consecuente con su idea de que el favorecido por el pacto sucesorio ostenta un título de heredero o legatario de carácter irrevocable, firme e intangible en su real existencia, si bien sigue la tesis general cuando se trata de disposiciones realizadas por el adoptante vinculado por un pacto de institución de heredero o legado de parte alicuota, entiende que “si el derecho hereditario convenido consiste en el legado de una cosa específica y determinada, la misma no podrá ser enajenada por el adoptante, quien tiene el deber de mantenerla. Caso de desprenderse de ella, dependerá de las circunstancias que concurren en el adquirente, respecto a su buena o mala fe, y de las registrales, cuando se trate de bienes inmuebles, el que tal cosa pueda ser traída a la herencia. Cuando exista un insoslayable obstáculo jurídico para ello, la doctrina suele estimar aplicable el criterio de la ‘justa estimación’ que el artículo 861 adopta respecto del legado de cosa ajena”.

(15) Ob: cit., loc. cit., págs. 777 y sigs.

b) *Conclusión crítica.*

La tesis de CAMY puede ser criticada en cuanto envuelve, a mi entender, una petición de principio. Considerar inscribible el pacto sucesorio en la adopción cuando recae sobre bienes inmuebles específicos y determinados al amparo del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, presupone admitir que tal pacto afecta a las facultades dispositivas del adoptante, que es precisamente lo que se pone en tela de juicio.

De otra parte, el argumento del principio de especialidad no parece suficiente para negar el acceso al Registro en el caso de que el pacto contenga una institución de heredero o legado de parte alicuota; al menos no lo es para ROCA SASTRE (16) al tratar de la inscribibilidad del heredamiento simple o propiamente dicho en el Derecho catalán.

La posición de SORO NIETO puede ser objeto de idéntica crítica, en cuanto no parece tenga más justificación ese “deber de mantener” la cosa que impide su plena disponibilidad que el carácter firme e irrevocable, en su tesis, del título del adoptado; siendo así que una cosa es la irrevocabilidad del pacto sucesorio y, si se quiere, del título del adoptado, y otra el mantenimiento del contenido objetivo de aquél, cuestión esta última que escapa del concepto y del ámbito de la irrevocabilidad.

Y, consecuentemente, he de salir al paso de la posible aplicación del artículo 869 del Código civil, cuando declara sin efecto el legado si el testador dispone de derecho o de hecho de la cosa objeto del mismo, como tal supuesto de revocación tácita, ya que, como antes se ha dicho, la materia de revocación no se rige por las reglas del testamento, sino del contrato.

En mi opinión, el único obstáculo que puede oponerse a que la disposición *inter vivos* por el adoptante de la cosa objeto del pacto se rija por las mismas reglas generales aplicables al caso de la institución de heredero es que el consentimiento del adoptado ha recaído precisamente sobre esa cosa. Y ello hace tránsito al fundamento del pacto sucesorio en la adopción.

Evidentemente, no nos puede servir de apoyo para llegar a una

(16) ROCA SASTRE, R. M., *Derecho hipotecario*, 5.ª ed., III, pág. 124.

conclusión ni los precedentes históricos, dado el carácter rigurosamente nuevo del pacto sucesorio en la normativa actual de la adopción, ni el ejemplo de las legislaciones forales, no ya porque en ellas rija en este punto el Código civil, sino porque el supuesto de legado en pacto sucesorio o no se admite o si se admite no se regula. No hay, pues, más solución que penetrar en la entraña y razón de ser de este pacto sucesorio para averiguar su fundamento. Fundamento que, en mi opinión, no puede ser equiparado al del heredamiento foral.

Efectivamente. La finalidad de conservación de la unidad del patrimonio familiar que caracteriza al heredamiento de las regiones forales—y que, indudablemente, puede justificar, por tal finalidad y no por la naturaleza misma del pacto sucesorio, las limitaciones a las facultades dispositivas del heredante—no aparece en absoluto cuando del pacto sucesorio en la adopción se trata. Aquí sólo se pretende asegurar al adoptado una posición sucesoria, lo que exige, lógicamente, su irrevocabilidad.

Es decir, que, aun cuando en algún caso concreto su finalidad sea precisamente idéntica a la del heredamiento; ésta no es la que normalmente inspira el pacto ni, desde luego, la contemplada por el legislador.

El fin primario de la adopción, gráficamente expresado en la frase “dar hijos a quien no los tiene”, y las razones de orden benéfico y humanitario que la mantienen vigente, continúan siendo el fundamento de la institución, y el pacto sucesorio es sólo algo accesorio, establecido más en beneficio del adoptado que del adoptante, incentivo muchas veces para que los padres de sangre consientan la adopción en beneficio de un hijo que va a gozar de inmediato y en el futuro a cuya prevención atiende el pacto de una mejor situación que en su familia natural.

Desde luego que la concesión de derechos hereditarios ha sido, históricamente, el principal efecto de la adopción; pero no siempre ligada a la idea de conservación del patrimonio familiar, y, sobre todo, a partir de la Revolución francesa, más bien fundada en razones de justicia y equidad.

Si esto es así, es indiferente que el pacto se manifieste en institución de heredero o en legado de cosa. Si aparece de esta última

forma, no supondrá más que una concreción objetiva inicial de la expectativa del adoptado, pero nada más.

Todo ello está perfectamente de acuerdo con la tesis que antes he defendido acerca de la naturaleza jurídica del pacto sucesorio. La naturaleza *mortis causa* de tal contrato, la carencia de derecho actual por parte del adoptado sobre los bienes objeto del mismo, determinan la posibilidad de que el adoptante pueda disponer con eficacia plena por acto *inter vivos* de la cosa legada contractualmente, y, dado el fundamento expresado, no se ve ninguna razón para conceder al adoptado en este caso concreto del legado una posición especialmente fuerte que determine su vinculación a la cualidad de legatario y, correlativamente, pueda venir a determinar una limitación en las facultades dispositivas del adoptante.

En definitiva, pues, creo que en orden a la posibilidad de disposición del adoptante no existe ninguna diferencia entre el legado de cosa y la institución de heredero en el pacto sucesorio en la adopción; aunque si la existirá en su consecuencia, por la necesaria aplicación del principio de subrogación real.

O sea, en mi opinión, en el caso que nos ocupa:

1.º El adoptante no podrá disponer *inter vivos* a título gratuito de la cosa legada. Si lo hace, el adoptado podrá ejercitar la correspondiente acción de rescisión, por haberse realizado la enajenación en abuso del derecho del adoptante y en fraude de la expectativa sucesoria del adoptado.

2.º El adoptante puede disponer *inter vivos* por acto a título oneroso de la cosa legada o realizar disposiciones de hecho, aplicándose entonces el principio de subrogación real.

3.º Si el adoptante dispone a título oneroso simuladamente o con ánimo de defraudar la expectativa sucesoria del adoptado, podrá éste ejercitar las correlativas acciones de nulidad o de rescisión, de igual modo que el instituido heredero en pacto en adopción.

Conclusiones que, justo es reconocerlo, y viene a demostrar lo factible de la tesis, están sustancialmente de acuerdo con las que para el supuesto de legado contractual en general admite el Código civil alemán (17).

(17) Cfr. parágrafo 2.288.

Cuestión conexas es la de si el adoptado podrá ejercitar las acciones que han quedado dichas en vida del adoptante o sólo después de la muerte de éste. Sin tratar de generalizar soluciones, creo que el interés del adoptado que aquí se ha concretado en una cosa determinada es lo suficientemente digno de protección para que las correspondientes acciones puedan ser ejercitadas inmediatamente a la disposición por el adoptante y en vida de éste, para evitar que pueda surgir posteriormente el tercero protegido contra el que toda acción resulte inútil. Claro que si surge este tercero inatacable en su posición, la responsabilidad por el valor o precio, según los casos, de la cosa legada y enajenada será a cargo del heredero del adoptante, conforme a las reglas generales.

Por último, y como consecuencia de lo expuesto, parece debe entenderse que el pacto sucesorio en la adopción, aun teniendo por objeto una cosa inmueble específica y determinada, no debe tener acceso al Registro de la Propiedad, al no afectar de modo absoluto a las facultades dispositivas del adoptante, no siendo, por tanto, aplicable el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario. Inclina a ello también el erróneo alcance que pudiera darse a tal inscripción en el sentido de considerarla como una prohibición absoluta de disponer por parte del adoptante, a la vista de los rigurosos términos del artículo 80 del Reglamento Hipotecario, cuando habla de bienes "que hayan de adquirirse en lo futuro, en virtud de contrato sucesorio".

No obstante, si uno y otro precepto se entienden en sus justos límites, es más lógico admitir la inscribibilidad del pacto sucesorio que nos ocupa, por la innegable seguridad que proporciona a la expectativa del adoptado. En este sentido se pronuncia últimamente ROCA SASTRE (18).

ANTONIO SOTO BISQUERT,
Notario.

(18) ROCA SASTRE, R. M., *Derecho hipotecario*, 6.ª ed., IV-1.º, pág. 10.

La función negocial de la promesa de venta

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. III. EL PROPÓSITO PRÁCTICO COMO FACTOR DETERMINANTE DE SITUACIONES JURÍDICAS DE PENDENCIA SOBRE LA RELACIÓN DE COMPRAVENTA.—IV. SITUACIONES JURÍDICAS DE PENDENCIA SOBRE LA RELACIÓN DE COMPRAVENTA.—V. SITUACIONES DE EFICACIA DEL CONTRATO DEPENDIENTES DE UN HECHO JURÍDICO: 1. Término inicial y condición suspensiva. 2. Condiciones potestativas. Referencia a la venta *ad gustum*.—VI. SITUACIONES DE EFICACIA DEL CONTRATO DEPENDIENTES DE UN ACTO JURÍDICO: 1. Indicación general. 2. Pacto de arras: la facultad de desistimiento. 3. Contrato de promesa de venta: el derecho de opción. 4. Negocio de retroventa: el derecho de retracto.

I. INTRODUCCIÓN.

El contrato de promesa de venta, con éste u otro nombre, ha concitado en torno a sí muy vivas discusiones entre juristas de todos los tiempos. Este hecho es por sí solo un signo muy claro de la natural dificultad del tema, la cual se ve agravada en nuestro Derecho por dos circunstancias. Una de ellas es la indigente y oscura regulación de este contrato en el Código civil, que le dedica un solo artículo en el capítulo de disposiciones sobre naturaleza y forma de la compraventa; otra, la compleja trama de influencias dogmáticas en que se debate su estudio.

En esta perspectiva puede tener interés un análisis sobre las conexiones y límites entre la promesa de venta y otras figuras afines, en particular con el pacto de arras penitenciales y el retracto convencional. El tratamiento conjunto de estas tres figuras jurídicas responde aquí principalmente al propósito de delimitar con un perfil preciso la función del contrato de promesa de venta.

Y a este respecto, su comparación con esas otras dos figuras negociales puede ser de gran utilidad (1). De un lado, en el campo de confluencias con el pacto de arras, el tema de la promesa de venta cobra una singular significación práctica, se libera de tensiones dogmáticas, gana realismo. De otro lado, la consideración de los aspectos comunes con el retracto convencional puede contribuir a aclarar el significado de la distinción entre el contrato de promesa de venta y la compraventa ordinaria, sin que el tema se convierta necesariamente en una "cuestión sin sentido" (2).

II. ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

Para nuestro objeto no parece necesario un relato detenido de todas las posiciones mantenidas en la doctrina y jurisprudencia sobre el contrato de promesa de venta. Pero si conviene exponer muy brevemente las condiciones que determinan el planteamiento crítico más comúnmente aceptado entre nosotros.

Este planteamiento viene determinado decisivamente por la influencia de dos factores: el criterio del Código civil francés (artículo 1.589) y la teoría del precontrato (3).

La solución del Código francés, si bien no ha tenido aceptación general entre nosotros, ha ejercido un influjo de signo negativo,

(1) Tal modo de proceder, con referencia a un campo temático más amplio que el de este estudio, fue seguido por DE CASTRO y BRAVO, F., *La promesa de contrato*, "Anuario de Derecho Civil", 1950, pp. 1.133-1.186. Este estudio constituye la aportación más coherente y realista sobre el tema de la promesa de venta en nuestra doctrina científica.

(2) Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., *Anotaciones a ENNECCERUS, Derecho de obligaciones*, II, II, Barcelona, 1944, p. 26. Además de la finalidad apuntada, tal estudio comparativo puede servir de base para una aplicación analógica de algunas normas del retracto (arts. 1.507-1.520 C. c.) al contrato de promesa de venta.

(3) Entre los estudios más recientes sobre el tema se deben tener en cuenta principalmente: HENRICH, D., *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, Tübingen, 1965, con interesantes referencias de Derecho comparado y una amplia información bibliográfica (exhaustiva sólo en relación a lo publicado en alemán); RASCIO, R., *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967; NAJJAR, I., *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, París, 1967; FAUS ESTEVE, R., *La formation du contrat en droit espagnol*, en el volumen "La formation du contrat, L'avant-contrat", Perpignan, 1964, pp. 451-466; SABATIER, R., *La promesse de contrat*, en el mismo volumen, pp. 89-195; BONNEL, Y., *Le refus du promettant d'exécuter la promesse*, en el mismo volumen, páginas 357-424.

al pesar excesivamente en el enfoque del tema la confusión creada por el legislador francés entre el contrato de promesa de venta y el de simple compraventa. El deseo de evitar esta confusión explica que el estudio del contrato de promesa de venta se haya centrado en torno al problema de su autonomía frente al de compraventa. Con este enfoque quedan en la sombra los aspectos comunes a los dos tipos contractuales, se limita el contenido del contrato de promesa de venta al cuadro de efectos relativos a la promesa (los que no se dan en una compraventa simple), se olvida la correlación causal y funcional de los efectos propios de la promesa con los típicos de la relación de compraventa, a los que se ordena y a los que conduce como desenlace normal el cumplimiento de la promesa (4).

Esta actitud crítica defensiva de la autonomía de la figura encuentra condiciones favorables para su desarrollo en el clima de interés creado en nuestra doctrina por los primeros trabajos monográficos en torno a la figura del precontrato (5), cuya construcción dogmática permitirá delimitar con trazos enérgicos el contrato de promesa de venta (configurado como precontrato) y el de compraventa simple. En general se estimará que el contrato de promesa de venta tiene por objeto la celebración ulterior de un contrato de compraventa, y caso de que este contrato no llegue a celebrarse —aunque sea por la resistencia voluntaria del promitente— los efectos del contrato de promesa de venta se agotarán en una situación de incumplimiento, traducándose la obligación del promitente en indemnización de daños y perjuicios. Así se podrá afir-

(4) La influencia del Derecho francés es muy marcada en algunos comentaristas del Código civil. Cfr. MUCIUS SCAEVOLE, *Código civil*, XXIII, Madrid, 1906, pp. 327-328; CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil*, nueva edición revisada por A. DE COSSIO y A. GULLÓN, II, Madrid, 1959, p. 147. En cambio, MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, X, Madrid, 1919, 3.ª ed., pp. 68-73, distingue la promesa unilateral aceptada, que asimila al contrato de opción, y la promesa bilateral, que en su opinión se confunde con el contrato de compraventa; en parecido sentido, DE BUEN, D., *Notas a COLIN y CAPITANT, Curso elemental de Derecho civil*, IV, Madrid, 1925, pp. 66-67.

(5) ALGUER, J., *Ensayos varios sobre temas fundamentales de Derecho civil*, "Revista jurídica de Cataluña", XXXVII (1931), pp. 112-128; la tesis mantenida en este estudio de que "la utilidad de los precontratos es evidente" es rectificada por el propio autor pocos años después: *Para la crítica del concepto de precontrato*, "Revista de Derecho privado", XXII (1935), pp. 321-33, 369-384, 417-434; XXIII (1936), pp. 1-15. También MORO LEDESMA, S., *El precontrato. Notas para su estudio*, en esta REVISTA, X (1934), pp. 1-14, 81-96, 161-180, 245-259, 321-336, 401-411, 481-494, 561-574, 651-660.

mar que ambos contratos tienen finalidad distinta y régimen y efectos diferentes (6). Con ello queda salvada lógicamente la autonomía de la figura, pero, en cambio, queda privada de utilidad, ya que la situación de legitimación del incumplimiento voluntario —a que conduce su configuración como precontrato— puede lograrse con mayor simplicidad y ventaja mediante el pacto de arras penitenciales (art. 1.454 C. c.).

En la jurisprudencia, el influjo de la teoría del precontrato ha sido muy notable (7). En 1950 se produce un cambio importante de orientación (8), con el que se crean las bases de un nuevo plan-

(6) Son muy escasos los trabajos que se han sustraído en su planteamiento a la teoría del precontrato. La influencia de esta teoría se puede confrontar en una larga lista de estudios monográficos y obras generales. Sin afán exhaustivo, cabe citar: CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*, edición revisada por A. DE COSSÍO y A. GULLÓN, II, Madrid, 1959, pp. 145-149; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, IV, 9.^a ed., Madrid, 1961, pp. 24 ss.; ALBALADEJO, M., *Instituciones de Derecho civil*, I, Barcelona, 1960, pp. 701-703. Entre los numerosos estudios doctrinales y de jurisprudencia: BONNET RAMÓN, F., *La promesa bilateral de compraventa en el Derecho español*, "Revista de Derecho privado", 1944, pp. 49-53; HERNÁNDEZ GIL, A., *Promesa bilateral de compra y venta*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", LXXXIX (1944-II), pp. 331-343; ROCA SASTRE, R., *Contrato de promesa*, en "Estudios de Derecho privado", I, Madrid, 1948, pp. 323-350; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., *Naturaleza y efectos de la promesa de venta*, "Anuario de Derecho civil", 1950, pp. 1.383-1.395; CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J., *Promesa bilateral de comprar y vender: efectos que produce su incumplimiento*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", XCIX (1951-I), pp. 580-598; BORRELL Y SOLER, A., *El contrato de compraventa según el Código civil español*, Barcelona, 1952, pp. 48-58; SÁNCHEZ VELASCO, H., *Contrato de promesa y promesa de contrato*, "Anales de la Academia Matritense del Notariado", VI, 1952, pp. 489-542; CÓRDOBA GRACIA, D., *El contrato de promesa según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, "Revista de Derecho judicial", 1960, núm. 4, pp. 159-171; 1961, núm. 5, pp. 223-244; SANTOS BRIZ, J., *La contratación privada*, Madrid, 1966, pp. 105 ss.

(7) Sentencia de 11 de noviembre de 1943, donde "por vez primera vemos encuadrada la promesa de compraventa en el marco de la figura conceptual del precontrato" (GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *loc. cit.*, p. 1.386). Se indican como precedentes las sentencias de 14 de septiembre de 1927 y 9 de julio de 1940, lo cual no se puede mantener si se tiene en cuenta la diversidad de supuestos a que se refiere cada una de esas decisiones. La doctrina de la sentencia de 11-XI-1943 ha ejercido una influencia extraordinaria, verdaderamente rectora, en todo el curso de la evolución de la jurisprudencia hasta el momento actual. Cfr., principalmente, sentencias de 28-III-1944, 15-III-1945, 19-X-1946, 26-X-1946, 19-XII-1946, 5-I-1950, 19-I-1950, 13-II-1953, 6-III-1954, 18-V-1955, 31-X-1955, 21-XII-1955, 25-III-1957, 25-XI-1957, 2-II-1960, 5-X-1961, 18-XII-1962, 2-III-1965. Vid. también, por su valor crítico, la de 17-II-1966.

(8) Sentencia de 1 de julio de 1950. Con el planteamiento de esta sentencia, el contrato de promesa de venta se libera de muchas de las contradicciones latentes en la construcción del precontrato. Sobre su significado, cfr. sobre todo DE CASTRO, *La promesa de contrato*, "Anuario de Derecho civil", 1950, pp. 1.133-1.186; también, los estudios citados de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ y CALVILLO. Si esta sentencia no determinó un cambio radical de orientación, ello puede

teamiento, aunque ello no implica el abandono de las premisas que condicionan la evolución precedente (9). Este giro de la jurisprudencia es punto de partida de una nueva corriente doctrinal, según la cual el objeto de la promesa de venta no es la celebración, sino la consumación del contrato de compraventa, mediante el ejercicio, por el beneficiario de la promesa, de la facultad de exigir el cumplimiento del contrato (10).

En síntesis cabe afirmar que todavía hoy domina en nuestra doctrina y jurisprudencia la tendencia a explicar la función de la promesa de venta como resultado de una yuxtaposición de dos contratos sucesivos. El contrato de compraventa aparece siempre como término o resultado de un procesal negocial puesto en marcha por el contrato de promesa, que se presenta instrumentalmente asociado a aquél con el oficio de contrato preliminar. El contrato de promesa se agota así en un cuadro de efectos preparatorios, y en esto se cifrará principalmente su distinción con el de compraventa.

En contraste con este planteamiento y en posición muy próxima, aunque en algunos puntos divergente, a la mantenida por DE CASTRO, entiendo que el contrato de promesa de venta es un negocio jurídico con causa propia, con estructura y función diferentes al de simple compraventa, aunque con idéntica finalidad traslativa. Todo el complejo proceso negocial de la promesa de venta está gobernado por una causa única: en ese proceso no hay dos con-

quizá explicarse por el hábito de cifrar el valor de la jurisprudencia en su contenido doctrinal, olvidando que el litigio y su decisión es lo más sustancial de una sentencia (cfr. Díez-Picazo, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1966, p. 34). Con todo, el influjo de la sentencia de 1 de julio de 1950 ha sido considerable. Vid., principalmente, sentencias de 27-II-1954, 12-VII-1956, 14-IV-1956, 26-X-1956, 2-II-1959, 2-V-1959, 5-X-1961, 22-III-1965, 7-II-1966, 1-VI-1966, 17-II-1967.

(9) Por ello se ha podido hablar de una "simulación de la continuidad de nuestra jurisprudencia civil". Así, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, II, Barcelona, 1956, p. 5. Sobre este punto, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y efectos*, p. 1.390; CALVILLO, *Promesa bilateral*, p. 588.

(10) Con ocasión de la sentencia de 1 de julio de 1950, el Seminario de Derecho civil del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos dedicó varias sesiones al tema de "la eficacia de la promesa de venta, y, como cabía suponer, se suscitó en seguida la cuestión sobre la naturaleza jurídica del precontrato". El trabajo citado del profesor DE CASTRO, que sirvió de base para la discusión, constituye todavía hoy el más seguro punto de partida con que contamos en la doctrina española para el estudio del contrato de promesa de venta.

tratos, sino sólo uno (11). Con el contrato de promesa de venta o de compra, la relación jurídica creada se somete a una situación jurídica de pendencia, que se resuelve por el ejercicio o la decadencia de la facultad unilateral atribuida a uno de los contratantes para exigir el cumplimiento del contrato (12).

Así entendida, la función del contrato de promesa de venta coincide con la del llamado contrato de opción. En realidad, como indica DE CASTRO, "este nombre se ha divulgado como seudónimo, sólo porque permite seguir utilizando eficazmente a la vieja figura de la promesa de contrato, sin el lastre de las confusiones y prejuicios que se habían unido al antiguo nombre de *pactum de contrahendo*" (13). Es cierto que el contrato de opción puede aplicarse

(11) Al afirmar que el contrato de promesa de venta descansa en la existencia de una sola causa se toma posición frente a la tesis que trata de articular la función de este contrato sobre la base de una dualidad de negocios (el de promesa de venta y el de compraventa). A este respecto se debe tener en cuenta que la causa propia del contrato de promesa de venta (la que la confiere una peculiar fisonomía) puede ir coligada a la de otro contrato en un negocio mixto. En los supuestos de negocio mixto se puede hablar propiamente de unidad de la causa, la cual se refiere a la propia del negocio mixto, resultante de la síntesis constructiva de causas distintas: la propia del contrato de promesa de venta y la de otro contrato diferente. La sentencia de 1 de julio de 1950 contempla un supuesto de un contrato de promesa de venta causalmente conexo con otro de compraventa ordinaria, aunque se formalizaron en documentos diferentes; la sentencia de 2 de febrero de 1959 se refiere a un contrato de compraventa ordinaria sobre parte de una finca coligado con otro de promesa de compra del adquirente sobre el resto de la misma finca; la de 30 de abril de 1964 versa sobre compraventa ordinaria coligada con promesa de venta. Un caso de interdependencia causal muy frecuente es la promesa de venta coligada con el arrendamiento. También cabe apreciar este fenómeno en el retracto convencional, que no es otra cosa que la combinación —tipificada en el ordenamiento— de las causas correspondientes a los contratos de compraventa ordinaria y de promesa de venta. En este sentido, sentencia de 27 de febrero de 1951, Considerando IV (cfr., no obstante, JORDANO BAREA, J., *Contratos mixtos y unión de contratos*, "Anuario de Derecho civil", 1951, p. 336). Sobre la unidad causal del arrendamiento con opción de compra, además de la sentencia últimamente citada, vid. principalmente sentencias de 22-VI-1966, 27-V-1967, 7-XI-1967.

(12) El contrato de promesa de venta es el supuesto estadísticamente dominante. Los casos de promesa de compra son muy raros; cfr. sentencias de 27-III-1926, 2-II-1959. La estructura de uno y otro contrato de promesa es la misma, pero los problemas que suscita una y otra modalidad contractual son muy diversos. Cuando el promitente es el vendedor y, especialmente, cuando lo que se promete vender es una cosa específica y determinada, se plantea un buen número de problemas que de ordinario serían de menor gravedad o no se plantearían siquiera en el caso de promesa de compra; piénsese, por ejemplo, en los problemas relativos al poder de disposición, atribución del riesgo en caso de pérdida de la cosa, conflictos de adquisición entre el beneficiario de la promesa y los terceros, destino de la cosa en situaciones concursales, etc.

(13) DE CASTRO, *La promesa de contrato* (separata), p. 39; en el mismo sentido, MANRESA, *Código civil*, X, p. 69; también GAYOSO ARIAS, R., *Cuestiones sobre el contrato de compraventa*, "Revista de Derecho privado", 1927, pp. 193 ss.

en su instrumentalidad técnica a muy variados fines negociales (14); pero es sin duda en la compraventa donde tiene su más amplio campo de acción y donde de modo ejemplar se perfila su función característica. En todo caso es claro que el contrato de promesa de venta del artículo 1.451 del Código civil no es una figura distinta del de opción de compra contemplado en el artículo 14 del Reglamento hipotecario. Los términos "promesa" y "opción" no designan dos categorías contractuales diferentes, sino sólo dos posiciones jurídicas encontradas en el seno de una misma relación contractual. En la jurisprudencia se ha intentado vanamente en más de una ocasión hallar diferencias reales tras esta dualidad de términos (15). Hoy es ya frecuente utilizar como sinónimas ambas denominaciones (16).

(14) Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español*, IV, 9.^a ed., Madrid, 1961, pp. 45-52, y la bibliografía que cita. Además: HENRICH, *Vorvertrag, Optionsvertrag*, cit., pp. 225-295; SANTOS BRIZ, *La contratación privada*, pp. 119-124; GENOVESSE, A., *Il contratto d'opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, "Rivista del Diritto Commerciale", 1965, I, pp. 163-192, SÁNCHEZ FONTÁNS, J., *Naturaleza de la opción*, "Revista de Derecho español y americano", 1967, núm. 17, pp. 73-95.

(15) Cfr. sentencias de 23 de marzo de 1945 y 18 de enero de 1947, así como los comentarios de HERNÁNDEZ GIL, A., *Contrato de opción. Su diferencia con el contrato de promesa*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», XCI (1946-II), pp. 622-631, y de BONET RAMÓN, F., *Contrato de opción de compra: su distinción de la promesa recíproca de comprar y vender aceptada*, "Revista de Derecho privado", 1945, pp. 513-516. El planteamiento de la distinción en estas sentencias enlaza con la interpretación del artículo 1.451 C. c. en la jurisprudencia de la época, bajo la influencia de la teoría del precontrato. De tal modo, la distinción del contrato de promesa de venta con el contrato de opción se mantiene en base de alguna de estas premisas: a) considerando el contrato de opción como contrato incompleto; más precisamente, como oferta contractual irrevocable (cfr. HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, pp. 629-630; sentencias de 23-III-1945, 10-VII-1946, 15-I-1947, 22-VI-1966; 17-XI-1966, 7-XI-1967). b) limitando el ámbito de aplicabilidad del artículo 1.451 C. c. a la denominada promesa bilateral de compra y venta, y encuadrando en el ámbito del contrato de opción los dos supuestos de promesa de venta y promesa de compra. En este último sentido, la distinción, aparte del tono de gran inseguridad en que se enuncia, resulta en extremo artificiosa al reducir el ámbito de aplicación del artículo 1.451 a un supuesto teórico, como el de promesa bilateral de compra y venta, que se confunde prácticamente con el de compraventa ordinaria (cfr. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *loc. cit.*, pp. 1.386-1.387). En nuestra jurisprudencia, donde son frecuentes los casos de contrato de promesa de venta, y más bien raros los de promesa de compra, no hay apenas ningún ejemplo de promesa bilateral; en la sentencia de 30 de junio de 1948 (cfr. Díez-Picazo, *Estudios*, pp. 363-366), que se refiere a un supuesto de promesa doble —de venta y de compra—, cada una de las promesas tiene virtualidad en tiempos distintos, coincidiendo la exigibilidad de una y otra sólo durante un tiempo limitado y para una circunstancia eventual. Sobre la diferencia entre compraventa y promesa bilateral de compraventa, VALLET DE GOYTISOLO, J., *El contrato de compraventa a favor de persona a determinar*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», VIII, 1954, p. 560.

(16) Cfr. las sentencias citadas por DE CASTRO, *loc. cit.*, p. 39, principalmen-

III. EL PROPÓSITO PRÁCTICO COMO FACTOR DETERMINANTE DE SITUACIONES JURÍDICAS DE PENDENCIA SOBRE LA RELACIÓN DE COMPRAVENTA.

El respeto debido a la autonomía de la voluntad en la creación de las situaciones que definen el ámbito de libertad y responsabilidad de los particulares en el orden jurídico se traduce, dentro de la teoría del negocio jurídico, en lo que con muy precisa intención dogmática se ha denominado propósito práctico (17). La consideración del propósito práctico es de tal importancia que de ella depende de modo decisivo tanto la concreta significación jurídica de cada negocio como su análisis y catalogación según categorías técnicas en un plano científico. La valoración del propósito práctico como factor determinante de las situaciones jurídicas de pendencia sirve de punto de partida a este estudio (18).

El examen de las situaciones jurídicas singulares que ofrece la jurisprudencia sobre contrato de promesa de venta y retracto convencional, pone de relieve un desigual interés de la voluntad de uno y otro contratante en la relación jurídica de compraventa.

En el supuesto de promesa de venta, por ejemplo, uno de los contratantes se manifiesta dispuesto por su parte a que el contrato tenga efecto en el instante mismo de su perfección o en cualquier otro momento, dentro de un periodo de tiempo prudencial. El otro, en cambio, manifiesta una voluntad menos firme, interesada ciertamente en el contrato, pero sujeta por desconocidas motivaciones que la retraen de la vinculación actual al cumplimiento inmediato.

Este desigual interés de la voluntad de cada contratante conduce de hecho a una de estas posibilidades: a) mantener el intento negocial en el plano de los tratos preliminares hasta que pueda

te la de 7 de febrero de 1945. De acuerdo con lo afirmado en el texto, tiene especial interés la de 25 de marzo de 1947 (DÍEZ-PICAZO, *Estudios*, pp. 361-363). La de 14 de abril de 1956, que reconoce la eficacia de un contrato de opción de compra a favor del arrendatario frente a los herederos del arrendador, habla de "promesa unilateral de venta u opción de compra". En sentido coincidente con el planteamiento adoptado en este estudio. DE CASTRO, *La promesa de contrato*, pp. 35-39; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, II, pp. 34-35; VALLET, *El contrato de compraventa*, pp. 559 ss.

(17) Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 27 ss

(18) Más adelante (VI, 4), en base a la diversidad de propósitos prácticos que pueden determinar un intento contractual de compraventa, se delimita la respectiva función de las diversas figuras negociales que son objeto de este estudio.

plasmarse oportunamente en un contrato de eficacia instantánea; b) dar cauce jurídico a ese propósito negocial infirme a través de un contrato de eficacia incierta o diferida. Esta segunda posibilidad, con todas las dificultades técnicas que supone, será naturalmente preferida siempre que la voluntad infirme se muestre más atraída hacia la perspectiva de intereses que presenta el contrato que hacia una actitud de inhibición.

Cuando se quiere el contrato, pero también se quiere, a la vez, dejar abierta la posibilidad de un desistimiento legítimo, el cumplimiento es proyectado hacia el futuro, y la relación contractual queda, en situación jurídica de pendencia, detenida en un juego de efectos preliminares. El paso de la situación de pendencia a la fase de cumplimiento o producción de los efectos finales del negocio (19), requiere una nueva intervención de la voluntad de uno de los contratantes. La incierta significación de este acto de voluntad en la estructura y función del negocio es sin duda la raíz de las dificultades y el centro de todas las discusiones doctrinales en torno al contrato de promesa de venta.

Desde ahora conviene dejar apuntada una semejanza muy notable entre esta situación jurídica, creada por el contrato de promesa de venta, y la derivada del negocio condicional. Desde el punto de vista funcional la afinidad de ambas situaciones es tan marcada que desde antiguo se ha intentado configurar el acto de voluntad que desencadena el juego de los efectos finales del negocio como una especie de condición (20). El problema de la naturaleza de esta "extraña condición" no nos interesa; importa sólo llamar la atención sobre el fenómeno que se trata de explicar con tal categoría dogmática, es decir, la incidencia de la voluntad de uno de los contratantes en el ámbito de la relación contractual

(19) Sobre el concepto de efectos finales, vid. SCOGNAMIGLIO, R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1956, pp. 324-348.

(20) En nuestra jurisprudencia se ha considerado a veces el contrato de promesa de venta como una compraventa condicional. Cfr., por ejemplo, sentencia de 5 de octubre de 1961. En la doctrina, algunos autores configuran el contrato de promesa de venta como compraventa sometida a condición suspensiva o, más precisamente, como "compraventa definitiva, que sólo vincula respectivamente o al vendedor o al comprador, bajo la condición potestativa de que la parte no vinculada declare querer llevarla a efecto". Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., *Notas a ENNECCERUS, Derecho de obligaciones*, II, II, Barcelona, 1944, p. 319; ROCA SASTRE, R., *Contrato de opción*, "Estudios de Derecho privado", I, Madrid, 1948, p. 358.

con una *función similar* a la del evento de una verdadera *conditio facti*.

La influencia de la voluntad de uno de los contratantes en la situación de intereses propia de la fase de pendencia del contrato no es un fenómeno exclusivo del contrato de promesa de venta, sino que se da también en las situaciones jurídicas de pendencia que tienen su fuente en el pacto de arras y en el negocio de retroventa. ¿Qué hay de común entre todas estas situaciones? ¿Qué las distingue del negocio condicional y a término? ¿Qué características específicas las separan para poder atribuir singularmente a cada una de ellas una función negocial propia?

IV. SITUACIONES JURÍDICAS DE PENDENCIA SOBRE LA RELACIÓN DE COMPRAVENTA.

Las situaciones jurídicas indicadas tienen por común denominador el hecho de quedar sometido el cumplimiento del contrato, desde el momento de la perfección y por común acuerdo de los contratantes, a una suerte incierta. En todos ellos, el propósito negocial se define por una doble nota: a) positivamente, por una radical orientación de la voluntad negocial al cumplimiento del contrato; b) negativamente, por una cierta debilidad o moderación del propósito negocial en la dirección a los efectos finales del contrato (21).

(21) El supuesto contractual de promesa de venta queda situado fuera de la problemática de la formación del negocio jurídico. No es un "convenio imperfecto" orientado al "otorgamiento de un futuro contrato por el cual se completan los requisitos que en el primero quedaron indeterminados" (sentencias de 21-XII-1955, 2-III-1965, 7-II-1966). Tampoco puede considerarse como una "oferta contractual vinculante", aunque entre esta situación y el contrato de promesa hay una aparente analogía que lleva en ocasiones a la jurisprudencia a emplear impropriamente el término "oferta" para designar la posición jurídica del promitente. La diferencia es clara si se tiene en cuenta que las manifestaciones de voluntad que dan vida a la promesa de venta suponen ya la existencia del contrato. Y así, el beneficiario de la promesa puede transmitir su derecho a la exigibilidad del cumplimiento del contrato, cosa que no puede hacer —puesto que el contrato no existe todavía— el destinatario de una oferta vinculante; las condiciones de capacidad para contratar del beneficiario de la promesa se han de referir en todo caso al momento de perfección del contrato, con el que la promesa nace, y no a un momento ulterior, como ocurriría si se tratara de la aceptación que se une a la oferta vinculante para dar lugar —a partir de este momento— al consentimiento contractual. Sobre la impropiedad que supone considerar el contrato de promesa de venta como "convenio imperfecto", vid. Díez-Picazo, *Estudios*, p. 265.

Esta variedad de propósitos negociales que, por así decirlo, rompen la continuidad del curso normal de la relación obligatoria entre la perfección y el cumplimiento del contrato, encuentra en el ordenamiento jurídico una serie de medios de expresión técnicamente adecuados a la dirección e intensidad de las respectivas intenciones contractuales.

Antes de analizar la significación que pueda tener la voluntad unilateral en el tránsito de la fase de pendencia a la de cumplimiento o extinción del contrato, conviene subrayar la importancia de la voluntad de ambos contratantes en el origen de la incertidumbre que es característica de todas las situaciones negociales de pendencia.

La incertidumbre respecto a la producción de los efectos finales nace propiamente de esa debilidad del propósito negocial a que antes aludíamos. No se trata, por tanto, de la situación de incumplimiento —que puede sobrevenir a toda relación contractual de cierta duración— derivada de un proceder doloso o de una imposibilidad objetiva (pérdida de la cosa, situación concursal, desaparición de la base del negocio, etc.). Tal situación es, sin duda, extraña a la común voluntad de los contratantes; nace o de un comportamiento desleal a la fe contractual o de hechos extracontractuales; en todo caso, la falta de cumplimiento es adversa al *consensus* que da vida al negocio. Por el contrario, en las situaciones que aquí vamos a estudiar, es la misma voluntad común la que introduce esa sombra de inseguridad en la dirección del contrato hacia su cumplimiento. Y al ser el cumplimiento proyectado deliberadamente hacia el futuro se vienen a limitar, como es obvio, las posibilidades de su realización.

La suerte sobre los efectos finales del negocio puede ser ligada a acontecimientos futuros en los que no intervenga la voluntad de los contratantes o en los que la intervención de la voluntad no sea por sí sola suficiente para que los efectos se produzcan. Pero cabe también que los efectos finales dependan de modo decisivo de la intervención de la voluntad de ambos contratantes o de uno de ellos. Es decir, el cumplimiento del contrato se hace depender en unos casos de la producción de un *hecho jurídico*, y en otros, de la realización de un *acto jurídico* de alguno de los contratantes. En el primer grupo de supuestos se pueden incluir el término ini-

cial, la condición suspensiva y, en cierto modo, el acto voluntario de un tercero. En el segundo grupo, la promesa de venta o de compra, el pacto de arras y el retracto convencional.

V. SITUACIONES DE EFICACIA DEL CONTRATO DEPENDIENTES DE UN HECHO JURÍDICO.

1. *Término inicial y condición suspensiva.*

En la compraventa a término inicial (art. 1.125 C. c.), el cumplimiento del contrato queda pendiente de la llegada de un día que necesariamente ha de venir. Aunque en rigor no hay aquí una situación jurídica de incertidumbre sobre la eficacia del negocio, ya que en todo caso es cierto el hecho jurídico del que se hace depender (aunque pueda ser incierto el momento de su realización), se crea, sin embargo, una situación de relativa inseguridad sobre la suerte de los efectos finales al prolongar el riesgo natural que para toda relación jurídica supone, como situación humana contingente, el paso del tiempo (cfr. art. 1.129 C. c.).

De modo más sensible que en el supuesto del término inicial es afectado el cumplimiento del contrato por la nota de inseguridad cuando la producción de los efectos finales se hace depender del advenimiento de un hecho jurídico que sea incierto no sólo en cuanto al tiempo en que se puede producir, sino incierto también en cuanto a su realización. Tal es el caso del contrato de compraventa sometido a condición suspensiva (arts. 1.113 y ss. C. c.). La voluntad de los contratantes interviene aquí sólo en la creación de la cláusula que da carácter condicional al negocio, pero a partir del momento de la perfección abandona la suerte de la relación jurídica creada a la eventual realización del hecho constitutivo de la condición, renunciando a toda posibilidad de influir, positiva o negativamente, en esa realización (cfr. arts. 1.115 y 1.119 C. c.). Es precisamente esta actitud pasiva de la voluntad ante la suerte incierta de los efectos finales lo que permite afirmar con rigor que el cumplimiento del contrato sujeto a condición suspensiva depende de un hecho jurídico (22). Lo mismo se puede decir en los supues-

(22) Sobre la distinción entre hechos jurídicos y hechos no jurídicos, vid. ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, pp. 5-9; CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, Madrid, 1956, trad. de M. ALBALADEJO, pp. 3-7. Sobre la dis-

tos en que la eficacia del negocio depende de la voluntad de un tercero, ya que, con relación al negocio condicional, el arbitrio del tercero se tiene en cuenta no en su posible significación de acto jurídico, sino como una neutra realidad que se sustrae a la influencia de la voluntad de los contratantes, es decir, como hecho jurídico (23).

De tal modo resulta claro que no se puede llevar muy lejos la asimilación del contrato de promesa de venta a la compraventa condicional, puesto que lo que decide la suerte de los efectos finales en el contrato de promesa de venta es un acto jurídico, como tal dependiente de la voluntad del beneficiario de la promesa (24).

tinción entre hechos jurídicos naturales y voluntarios conviene hacer algunas precisiones: a) la relevancia jurídica de un hecho puede venir determinada no sólo por el ordenamiento jurídico, sino también por la autonomía de la voluntad (así, por ejemplo, significado o efecto jurídico de un hecho natural tomado en consideración como *conditio facti*); b) la idea de que los hechos jurídicos voluntarios son "actos jurídicos" (cfr. CARIOTA FERRARA, p. 6) no es exacta, puesto que hay actos humanos que tienen un mero significado de hecho jurídico (voluntario), sin alcanzar valor de acto jurídico, como es, por ejemplo, el comportamiento constitutivo de una condición potestativa (si subes al Capitolio, si terminas la carrera de Derecho, etc.); c) la influencia de la voluntad en el terreno de los hechos jurídicos se puede manifestar en un doble sentido: en la atribución de un significado jurídico al hecho natural, como ocurre en la *conditio facti* (hecho jurídico natural), o en la contribución activa o pasiva a la realización de un hecho voluntario, como ocurre en la condición potestativa (hecho jurídico voluntario); d) lo que en definitiva permite mantener la distinción entre el hecho jurídico voluntario y el acto jurídico es que el primero se sustrae en su realización en alguna medida al dominio de la voluntad, en tanto que el segundo depende en su realización radicalmente del poder de la voluntad. En las situaciones que son objeto de este estudio tanto los hechos jurídicos como los actos jurídicos que se tienen en cuenta inciden sobre una relación jurídica negocial. Se comprende que la distinción entre acto jurídico en sentido estricto y negocio jurídico revista un grado de interés muy elevado precisamente en el campo de relaciones jurídicas negociales aquí estudiadas. A este respecto, cfr. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 25.

(23) El artículo 1.115 C. c. equipara la obligación dependiente de la voluntad de un tercero a la que depende de la suerte. Sobre el tema, DIEZ-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, pp. 17-18. También, D'ORS, A., *En torno a la llamada obligación alternativa*, "Revista de Derecho privado", 1944, p. 20.

(24) La distinción entre promesa de venta y condición, que tantas dificultades y dudas ha suscitado, gana claridad y puede ser muy fecunda en consecuencias prácticas si se encuadra en ese esquema dogmático más amplio de la distinción entre hechos jurídicos y actos jurídicos. La distinción, así entendida, tiene un interés particular en los casos de promesa de venta condicionada. Veamos un ejemplo. La sentencia de 1 de julio de 1950 se refiere a un supuesto de promesa de venta aceptada de la parte que sobre la mitad proindivisa de una finca pertenecía al promitente en concepto de gananciales, otorgándose el contrato de promesa de venta en espera de que se realizara la partición y fijándose el precio a razón de 50.000 pesetas toda la mitad. Este contrato se ha calificado

Importa subrayar esta diferencia, ya que la configuración del contrato de promesa de venta como negocio condicional encontraría un obstáculo insalvable en la prohibición legal de las condiciones *puramente potestativas* (25).

2. *Condiciones potestativas. Referencia a la venta "ad gustum".*

La validez de las condiciones simplemente potestativas no constituye en rigor una excepción en el régimen de las *conditiones facti*. También respecto a ellas se puede afirmar que la suerte de los efectos finales es independiente de la acción de la voluntad de los contratantes.

Es obvio que en las condiciones potestativas válidas la voluntad de uno de los contratantes es en cierta medida factor determinante del hecho constitutivo de la condición, pero la intervención de la voluntad —elemento necesario pero no suficiente para la producción de los efectos finales— es tomada en consideración, aun careciendo de consistencia como acto jurídico (determinante de los efectos), por proyectarse en un comportamiento cuya significación jurídica reside más en lo que tiene de fáctico que en lo que tiene de voluntario; es decir, tal comportamiento se valora en cuanto se configura como un hecho que en alguna medida queda fuera del dominio de la voluntad.

como una *compraventa perfecta de cosa futura*, dada la "indeterminación actual de la cuota a vender" (GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y efectos*, p. 1394), y también como un contrato de *compraventa de eficacia condicionada o aplazada*, dado el valor que para la consumación de la compraventa atribuía el Tribunal Supremo en esta época al consentimiento perfeccionador del contrato de promesa (CALVILLO, *Promesa bilateral de comprar y vender*, pp. 590 y 597). A mi entender, no se trata de ninguna de estas modalidades. No es un contrato de compraventa futura —aunque en realidad se podía haber configurado así—, ya que la afectividad de la compraventa no depende sólo del resultado de la futura partición, sino también de la voluntad del beneficiario de la promesa (aspecto que olvida GONZÁLEZ ENRÍQUEZ). Tampoco se trata simplemente de una compraventa condicionada o a término, pues aunque al igual que en estos supuestos media una cierta distancia de tiempo entre la perfección y el cumplimiento eventual del contrato, lo decisivo no es sólo el *hecho jurídico* del transcurso del tiempo o del acaecimiento de la condición (práctica de la partición), sino también, sobre todo, el *acto jurídico* de la exigibilidad de cumplimiento del contrato por el beneficiario de la promesa.

(25) Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, J., *En torno a la condición potestativa*, "Revista de Derecho privado", 1963, pp. 215-226.

Esta valoración de la voluntad por su conexión con un hecho objetivo es precisamente lo que desde antiguo ha permitido establecer la línea divisoria entre las condiciones potestativas válidas, que consisten *in facto a voluntate pendenti*, y la condición potestativa pura, que anula el negocio por cuanto no constituye verdadera condición al consistir *in ipsa et mera voluntate* (26). Es también un criterio objetivo el que permite construir la venta *ad gustum* como negocio condicional: la *degustatio* no es una apreciación puramente subjetiva, que haría depender la eficacia del contrato de la mera voluntad del comprador (*si placuerit*), sino una comprobación objetiva de que la calidad de la cosa vendida corresponde ciertamente a la calidad pactada en el contrato. Si el hecho de gustar la cosa no tuviera una significación objetiva resultaría difícil comprender cómo en nuestro ordenamiento se ha dado igual tratamiento a la venta *ad gustum* y a la venta hecha a calidad de ensayo o prueba (art. 1.453 C. c.) (27).

Es claro, pues, que las condiciones potestativas son permitidas por mantenerse en juego de la voluntad dentro de los límites de las verdaderas *conditiones facti*. La acción de la voluntad, con ser importante, aunque sin alcanzar valor de acto jurídico, queda reducida en su significado a la consideración de elemento integrante del hecho objetivo puesto como condición. Por ello se puede mantener que la suerte del negocio sujeto a condición potestativa depende de un *hecho jurídico*; no es la voluntad misma, sino el hecho objetivo al que la voluntad se pliega y en el que queda implicada, lo que decide la suerte de los efectos finales del negocio.

Las condiciones puramente potestativas anulan la obligación condicional. Falta en ellas esa dimensión objetiva característica del evento propio de toda *conditio facti*, al hacerse depender el cumplimiento de la condición (y, por tanto, la existencia de la obligación) de "la exclusiva voluntad del deudor" (art. 1.115 C. c.); y en cuanto el cumplimiento de la condición depende de la mera voluntad del obligado es claro que no hay propiamente una declaración de voluntad vinculante ni siquiera verdadera obligación (28).

(26) Cfr. DE CASTRO, *La promesa de contrato*, p. 23.

(27) Sobre este punto, cfr. DE CASTRO, *La promesa de contrato*, pp. 32-33; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, II, pp. 158-159; ALBALADEJO, *Instituciones*, I, pp. 768-769.

(28) Cfr. DE CASTRO, *La promesa*, p. 26; BELTRÁN DE HEREDIA, *En torno a la condición*, p. 217.

De lo dicho se desprende: a) que la incidencia del acto de voluntad de uno de los contratantes en la relación jurídica creada por el contrato de promesa de venta no puede ser considerada como una verdadera *conditio facti*; b) que ese acto de voluntad tampoco puede considerarse como una condición puramente potestativa, porque en tal caso el contrato sería nulo por falta de consentimiento, o por falta de causa, al depender de la exclusiva voluntad del beneficiario de la promesa la existencia de una obligación recíproca a la del promitente. Trataremos de aclarar más adelante esta segunda cuestión. Por el momento queda claro que la suerte última de la relación jurídica nacida del contrato de promesa de venta no depende de un hecho jurídico (*conditio facti*), sino de un acto de voluntad, y que este acto de voluntad no puede ser considerado como condición puramente potestativa.

VI. SITUACIONES DE EFICACIA DEL CONTRATO DEPENDIENTES DE UN ACTO JURÍDICO.

1. *Indicación general.*

El cumplimiento del contrato como un resultado deliberadamente incierto se puede hacer depender no sólo de la realización de un hecho jurídico, como acabamos de ver, sino también de un acto jurídico —ulterior a la perfección del negocio— de uno de los contratantes o, indistintamente, de un acto jurídico de cualquiera de ellos. Tal situación jurídica queda fuera del terreno de las *conditiones facti*.

Los casos en que la efectividad del cumplimiento queda diferida en el tiempo y ligada a la realización de un acto jurídico responden a una situación legítima de conveniencia de los contratantes en no comprometerse innecesariamente en un negocio de firmeza inmediata y definitiva (29). Nos hallamos aquí ante un supuesto

(29) Entre las posibles motivaciones prácticas del contrato de promesa de venta, la jurisprudencia apunta la imposibilidad objetiva del cumplimiento actual (por ejemplo, sentencia de 7 de febrero de 1966, Considerando V). Contrariamente entiendo que tal situación de imposibilidad objetiva no puede ser, técnicamente hablando, determinante de un contrato de promesa de venta, ya que no se ajusta a su función negocial característica. Tal situación tiene otro planteamiento técnico más adecuado. Si la situación de imposibilidad no puede ser removida por los contratantes, estaremos ante una compraventa condicio-

muy típico de debilidad del propósito negocial. La voluntad común de los contratantes está positivamente interesada en el contrato, pero a la vez se encuentra anclada en una situación de intereses que por el momento la retraen de la vinculación actual al juego de los efectos finales. De tal modo los contratantes convienen en la vinculación actual a un cumplimiento sólo posible, dejando abierta la expectativa de un desistimiento legítimo. La posibilidad de desistimiento puede ser recíproca o unilateral. Es recíproca en el pacto de arras penitenciales. Es unilateral en la promesa de venta y en el retracto convencional.

2. El pacto de arras: la facultad de desistimiento.

Entre las varias funciones que puede cumplir el pacto de arras en el contrato de compraventa (30), importa aquí concretamente la que en más próxima relación de afinidad con el antiguo *pactum displicentiae* se denomina en nuestra jurisprudencia función penitencial (31). Con este significado la intervención de arras supone,

nal o a término, según exista o no incertidumbre sobre el hecho que haya de poner fin a tal situación. Si la situación de imposibilidad es mantenida por voluntad de alguno de los contratantes será de aplicación la doctrina de la condición incumplida voluntariamente (art. 1.119 C. c.). Si la situación de imposibilidad es radicalmente insuperable, será de aplicación el régimen de las condiciones imposibles (art. 1.116 C. c.).

(30) Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español*, IV, 9.ª ed., Madrid, 1961, pp. 86-90; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, II, pp. 154-158; ALBALADEJO, *Instituciones*, I, pp. 769-771; ROYO MARTÍNEZ, M., *Notas sobre la función de las arras en la contratación*, Sevilla, 1949; HERNÁNDEZ GIL, F., *Las arras y el contrato de compraventa*, "Revista de Derecho español y americano", 1959, pp. 1.005-1.011.

(31) Un buen número de sentencias de nuestro Tribunal Supremo tienen su motivación radical en un error, muy extendido en la práctica de la contratación, acerca de la función de las arras, que evidentemente es incompatible con la propia de la promesa de venta. Desde un punto de vista funcional, la afinidad entre los dos supuestos se reduce a que tanto la cantidad entregada "en concepto de arras" como la entregada "en concepto de prima" en el contrato de promesa de venta se computan como parte del precio en caso de que el contrato se lleve a buen fin; pero existe la diferencia radical de que las arras penitenciales permiten desligarse del cumplimiento, supliendo la cantidad entregada a la indemnización de daños y perjuicios, en tanto que la promesa vincula, sin posibilidad de que el promitente se libere de su obligación. El error apuntado acaso no se hubiese producido sin el clima de confusión crítica creado con la aplicación de la teoría del precontrato a la promesa de venta, al admitir que la resistencia del promitente a cumplir su obligación (de dar un consentimiento en el futuro) se podía traducir en indemnización de daños y perjuicios. La función de las arras penitenciales es muy distinta de la que cumple la cláusula

de un lado, cierta garantía de una voluntad rectamente dirigida al cumplimiento del contrato y, de otro lado, una previa legitimación de la situación de incumplimiento. La atribución patrimonial que, según el tenor del pacto de arras, se produce en caso de desistimiento (art. 1.454 C. c.) suple a la indemnización de daños (32).

El pacto de arras penitenciales no altera el principio de igualdad de las partes contratantes, puesto que la facultad de desistir del cumplimiento del contrato es recíproca. De todos modos, la existencia del contrato, a diferencia de la situación jurídica que presenta el negocio en formación, supone una vinculación inicial de ambas partes y una radical proclividad del acto negocial en dirección al cumplimiento, lo que explica el oficio nivelador que en caso de incumplimiento desempeñan las arras, perdiéndolas el contratante que desiste como "precio" que causalmente justifica la posición vinculante del contratante dispuesto a cumplir.

La posibilidad de un desistimiento legítimo se da también, aunque sólo a favor de uno de los contratantes, en el contrato de promesa de venta y en el retracto convencional. Aquí sí puede ofrecer algún reparo la proposición de que el cumplimiento del contrato se hace depender del acto jurídico de uno de los contratantes (beneficiario de la promesa o retrayente). La afirmación parece chocar con el principio del artículo 1.256 del C. c.: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Con esta norma se viene a excluir el juego de la condición potestativa pura en el marco de una relación contractual (33). El artículo 1.256 rechaza la posibilidad de que el cumplimiento del contrato —obra de un libre acuerdo de voluntades, vinculadas entre sí desde el momento de la perfección— venga a depender de la exclusiva voluntad "de uno de los contratantes"; abandonar la suerte del cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes significaría tanto como admitir que aquel

penal (se confunden en el laudo arbitral cuya calificación suscita el recurso resuelto por la sentencia de 18 de diciembre de 1962); la distinción se formula con claridad en la sentencia de 12 de marzo de 1965. Sobre la función penitencial de las arras y su incompatibilidad con la función de la promesa de venta, vid., respectivamente, sentencias de 7 de febrero de 1966 y 20 de mayo de 1967.

(32) Cfr. sentencias de 12 de marzo de 1965 y 20 de mayo de 1967.

(33) El artículo 1.256 reproduce sustancialmente para las obligaciones recíprocas la misma doctrina que el 1.115 formula con referencia al supuesto de obligación unilateral. Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, *En torno a la condición*, páginas 217-218.

que se reserve esta facultad no ha quedado vinculado, lo que elimina radicalmente la realidad del consentimiento contractual. De tal modo, parece a primera vista que se debiera negar lógicamente la facultad de desistimiento insita en el contrato de promesa de venta y en el retracto convencional. Intentaremos afrontar más adelante esta dificultad. Tan espinosa cuestión no se hubiera llegado a plantear si la facultad unilateral de desistir se hubiese encuadrado con precisión en una consideración unitaria de la estructura del negocio, considerando sus conexiones no sólo con el tema del consentimiento, sino también con la doctrina de la causa. El hecho de que un sector de la doctrina haya intentado configurar el acto de voluntad del beneficiario de la promesa como "condición de querer" supone ya un olvido notable del aspecto principalmente causal del problema.

El pacto de arras no presenta en este punto grave dificultad. La voluntad de uno y otro contratantes participa en la formación del consentimiento contractual con la misma intensidad, y se proyecta al cumplimiento con igual grado de vinculación. En la fase previa al cumplimiento es difícil distinguir la diversa significación del pacto en relación con el consentimiento y con la causa del contrato, puesto que, de un lado, el grado de vinculación de la voluntad de uno y otro contratantes es idéntico y, de otro lado, la recíproca facultad de desistir no altera el equilibrio de las prestaciones: la prestación accesoria de las arras tiene el mismo contenido y alcance para las dos partes contratantes. La situación de incumplimiento, en cambio, crea un fondo de contraste sobre el que se destaca con relieve la significación del pacto en el aspecto causal al aparecer diverso el contenido de las prestaciones: el mantenimiento de la disposición a cumplir una de ellas y el correlativo derecho a retener o exigir duplicadas las arras tiene como contrapunto el desistimiento unilateral y el correlativo deber de entregar duplicadas las arras o restituir las recibidas. Este diverso contenido de las prestaciones, que en la compraventa con pacto de arras queda al descubierto sólo cuando el contrato tiene su desenlace en una situación de incumplimiento, se manifiesta de modo constante, desde el momento de la perfección y en toda la fase previa al juego de los efectos finales, en el contrato de promesa de venta y en el retracto convencional.

3. *El contrato de promesa de venta: el derecho de opción.*

Diversa de la situación de equilibrio en que aparece inicialmente planteada la facultad de desistimiento propia del pacto de arras, es la situación creada por el contrato de promesa de venta, donde la voluntad de uno y otro contratante aparece inicialmente ligada al cumplimiento de los efectos finales del contrato en un grado de vinculación muy desigual: la situación de libertad para llegar o no al cumplimiento recíproco de las prestaciones típicas de la compraventa corresponde sólo a uno de los contratantes. Esa voluntad negocial indecisa del beneficiario de la promesa, que se plasma técnicamente en la facultad de opción para desistir o cumplir, supone un fuerte contraste con la integridad y firmeza del propósito negocial del promitente (34).

Valorada esta situación sólo desde el ángulo visual del consentimiento se llega lógicamente a negar la realidad del contrato. En cambio, considerada en la perspectiva más amplia que ofrece la estructura unitaria del negocio (art. 1.262, párr. 1.º, C. c.), tal situación se puede explicar correctamente si se precisa el verdadero alcance del consentimiento en relación con la causa y con el objeto del contrato.

Para los fines de este estudio no es necesario analizar toda la estructura del acto negocial. Aquí importa principalmente llamar la atención sobre la unidad esencial de los elementos del contrato, que es el único modo de salvar la contradicción aparente entre la integridad del consentimiento contractual y la existencia de una opción unilateral para desistir o cumplir.

Se ha dicho exactamente que "para calibrar la causa de cada negocio, se deberá atender a su objeto y a su contenido" (35). El

(34) Pero tal contraste, que se manifiesta en la desigual consistencia del "propósito práctico" de los contratantes, de ninguna manera se traduce en una falta de integridad del consentimiento contractual, ni significa que exista "una manifestación diferida del consentimiento" (SÁNCHEZ FONTÁNS, *La naturaleza de la opción*, p. 83) o que la vinculación se produce "de una manera sucesiva" (PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, II, pp. 51-52). Si hay manifestación diferida del consentimiento es claro que no hay contrato, sino, a lo sumo, oferta contractual irrevocable. Si falta la vinculación simultánea, tampoco hay contrato (al menos, contrato oneroso), pues ello estaría en contradicción con la norma del artículo 1.256 C. c.

(35) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 192.

contrato de promesa de venta es una figura negocial con causa propia. Y ello se manifiesta lógicamente en la existencia de un peculiar cuadro de efectos de la relación contractual, es decir, en una trama de derechos y obligaciones diferente de la que sobre el mismo objeto pudiera ofrecer la relación de simple compraventa.

A las prestaciones típicas de toda compraventa ordinaria —la entrega de la cosa y del precio— se añaden en el contrato de promesa de venta nuevas prestaciones. No interesa hacer un análisis detenido de todas ellas. Importa sólo señalar, con referencia al supuesto de promesa de venta, que el objeto de la obligación del comprador está formado principalmente por dos prestaciones: al lado de la prestación de dar el precio, propia de todo comprador, figura una prestación especial, que puede ser convenida singularmente en razón estricta de la causa propia del contrato de promesa de venta (por ejemplo, entrega de una cantidad en concepto de prima), o bien puede corresponder a una relación contractual distinta de la de promesa de venta, con la que ésta se halla causalmente coligada (así, en el arrendamiento con opción de compra, pago de la merced arrendaticia).

Esta prestación especial y la prestación de dar propia de todo comprador constituyen, anudadas en el lado pasivo del mismo vínculo jurídico, el objeto de una sola obligación, a la que se contraponen la obligación del promitente (vendedor) en el seno de la relación negocial. El contenido de esta relación es extraordinariamente complejo. La natural complejidad que lleva consigo el nexo funcional entre obligaciones correspectivas se agrava por la variedad de prestaciones que integran el objeto de cada una de las obligaciones (36).

Es habitual en la doctrina científica tratar de la facultad de opción desde un punto de vista unilateral, contemplándola sólo en su aspecto activo de poder referido al cumplimiento de la obligación prometida. De tal modo, suele pasar inadvertido el juego de influencias en que aparece inmersa la facultad de opción dentro de la compleja relación negocial creada por el contrato de promesa de venta.

Encuadrada en el marco de esta relación, la facultad de opción

(36) Cfr. Díez-PICAZO, L., *El contenido de la relación obligatoria*, "Anuario de Derecho civil", 1964, pp. 349-366.

aparece referida no sólo a la obligación del promitente, sino también, a la vez y correlativamente, a la obligación del optante. La opción no incide tan sólo sobre la obligación del promitente, sino que se proyecta sobre toda la relación negocial: el optante pone en juego con su decisión alguno de los contenidos posibles de su propio comportamiento obligatorio.

La exposición de todas las posibles repercusiones de la voluntad del optante sobre el contenido de la relación negocial excede del propósito de nuestro estudio. Aquí importa únicamente considerar el efecto de la incidencia de la voluntad del optante sobre su propia obligación.

Presenta ésta una estructura de obligación alternativa: sobre alguna de las dos prestaciones posibles que constituye su objeto recae la facultad de opción. Llevar hasta sus últimas consecuencias esta proposición podría ser materia de otro estudio. Para lo que aquí importa basta con retener que las dos prestaciones concurrentes en el objeto de la obligación del optante ofrecen una estructura de obligación alternativa (37).

En el supuesto más frecuente de contrato de promesa de venta, a la prestación típica de la entrega del precio se añade como prestación especial alternativa la entrega de una cantidad en concepto de prima. Pese a que se trata de prestaciones muy desiguales (38), el optante cumple su obligación satisfaciendo indistintamente cualquiera de ellas, aunque los efectos colaterales que por el nexo de reciprocidad se producen respecto al comportamiento obligatorio del promitente son diversos según se satisfaga una u otra.

Esta estructura de obligación alternativa se puede apreciar también cuando la opción es creada por un negocio mixto; por ejem-

(37) Se acoge aquí el concepto de obligación alternativa que expone HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, pp. 139-151, aunque las referencias que dentro de este campo temático hace el autor sobre el derecho de opción no coinciden con la posición mantenida en este estudio. Por lo demás, el reconocimiento de una estructura alternativa en la obligación contractual del beneficiario de una promesa de venta no implica necesariamente el reconocimiento de la figura dogmática de la obligación alternativa como "categoría unitaria". Sobre el tema: HERNÁNDEZ GIL, A., *Naturaleza jurídica de la obligación alternativa*, "Revista de Derecho privado", 1942, pp. 549-578; D'ORS, A., *En torno a la llamada obligación alternativa*, "Revista de Derecho privado", 1944, pp. 1-24.

(38) A este respecto dice HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, p. 140, que las diversas prestaciones posibles "pueden ser ilimitada y objetivamente heterogéneas".

plo, por un contrato de promesa de venta unido causalmente a un contrato de arrendamiento. A este respecto, se ha observado que "en ocasiones, también la relación alternativa excede del ámbito de una obligación y se extiende no sólo a diversas prestaciones, sino incluso a diversas obligaciones que a su vez integran el contenido de contratos diferentes" (39).

Con independencia del desenlace que tenga el contrato de promesa de venta, es obvio que en principio el optante queda ligado al cumplimiento de una obligación, aunque la prestación debida se halle relativamente indeterminada: en todo caso queda obligado a una de las prestaciones alternativas. Afirmada la existencia inicial de esta obligación, contrapunto de la vinculación del promitente, ninguna duda puede ya ofrecer la realidad del consentimiento contractual, que en el contrato oneroso supone siempre la existencia de obligaciones recíprocas (40).

También resulta claro que el derecho de opción se establece sin mengua del principio de igualdad de las partes contratantes.

(39) HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, p. 142. El autor cita como ejemplo el caso contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1941, en el que los términos de la alternativa aparecen constituidos por la devolución de 50.000 pesetas en ejecución de un contrato de préstamo o por la venta, en un precio determinado, de una finca de propiedad del prestatario: "aquí no hay sólo una obligación alternativa, sino además una unión alternativa de contratos".

(40) La definición de contrato del artículo 1.254 C. c. es lo suficientemente amplia para comprender tanto el de carácter bilateral como el de carácter unilateral. En el Proyecto de 1851, la definición de contrato (art. 973) se completaba con la doble distinción de los contratos en unilaterales y bilaterales (artículo 975) y onerosos y gratuitos (art. 976). Así, no ofrece duda que el consentimiento contractual puede existir aunque sólo se obligue uno de los contratantes, pero entonces se tratará de un contrato unilateral o gratuito; lo que no cabe es afirmar la realidad del consentimiento con referencia a un contrato bilateral u oneroso cuando sólo se obliga una de las partes. Al supuesto de contrato bilateral u oneroso enlaza la norma del artículo 1.256 del C. c. Vid. los precedentes romanos de esta norma que cita GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, III, pp. 10-11, en el comentario al artículo 979 del Proyecto de 1851. La realidad del consentimiento se concreta de modo tangible en el contrato bilateral en la existencia de obligaciones correspectivas, de tal manera que la falta de vinculación en uno de los contratantes delata la falta de consentimiento, y consiguientemente el convenio que deje al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento de las obligaciones recíprocas implica la inexistencia de obligación en la otra parte. Tal es el sentido del pasaje *sub hac conditione si volam nulla sit obligatio*. Todas las dificultades dogmáticas en torno al contrato de promesa de venta proceden de una actitud crítica que al dejar en la sombra la causa del contrato, clave de la unidad del negocio, no ha acertado a captar en su pleno significado la vinculación del beneficiario de la promesa (optante) como un comportamiento obligatorio alternativo que en el seno de la relación comercial se contrapone al comportamiento obligatorio del promitente.

No podrá decirse, invocando el artículo 1.256 del C. c., que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio del optante. Si el optante desiste del pago del precio —y, con ello, consiguientemente, de la compraventa—, quedará obligado al pago de la prima. En el arrendamiento con opción de compra, deberá cumplir una de las prestaciones alternativas a las que se enlaza la eficacia de alguna de las relaciones contractuales causalmente conexas. En esta situación negocial, la virtualidad del derecho de opción implica la eficacia durante cierto tiempo de la relación de arrendamiento. Y esto se traduce, desde el punto de vista del vínculo del optante, o en el cumplimiento de su obligación como arrendatario (pago de la merced arrendaticia) o en el cumplimiento de su obligación como comprador (pago del precio de la cosa). En cualquier caso, la existencia del derecho de opción habrá representado para el promitente un interés patrimonial. Cuando la compraventa no se lleve a buen fin, ese interés puede cifrarse en el mantenimiento de una relación jurídica del arrendamiento que de otro modo no se hubiera establecido (41).

4. *Negocio de retroventa: el derecho de retracto.*

En la venta a carta de gracia, al igual que en el contrato de promesa de venta, la realización de los efectos finales del contrato depende del acto jurídico de uno de los contratantes, no de un hecho jurídico, como ocurre en la compraventa condicionada con carácter suspensivo o resolutorio.

Responde el retracto convencional a un supuesto negocial más complejo en sus motivaciones que el contrato de promesa de venta o de promesa de compra. Para fijar sus conexiones y límites con el supuesto central de nuestro estudio, es conveniente situarlo dentro del marco de las varias situaciones de intereses en que puede encuadrarse un intento negocial de compraventa.

Entre las dos situaciones extremas en que se mueven el proyecto de contrato, situado en la zona imprecisa de los tratos preliminares, y el contrato de compraventa pura y simple, de eficacia instantánea, cabe distinguir tres supuestos contractuales que

(41) Cfr. JORDANO, *Contratos mixtos y unión de contratos*, p. 334.

tienen por común denominador estas notas: a), su consistente realidad de negocio jurídico —en lo que se distinguen claramente del contrato incompleto y de cualquier otra situación detenida en la problemática del proceso formativo del negocio—; b), una eficacia incierta.

La incertidumbre respecto a la eficacia final del contrato nace de cierta debilidad del propósito negocial de alguno de los contratantes. Las situaciones a que puede dar lugar esa fragilidad del propósito siguen en el orden jurídico uno de estos caminos:

a) La situación de intereses en que el intento negocial se ve frenado por la indecisión del comprador, en contraste con un propósito firme de vender, se traduce en un contrato de promesa de venta.

b) La situación de intereses que, de modo inverso a la anterior, viene determinada por una indecisión del vendedor, se traduce en un contrato de promesa de compra.

c) Por último, la situación de intereses en que un propósito firme de comprar se intenta anudar con un propósito cierto pero no definitivo de vender, encuentra su más adecuado cauce jurídico en el retracto convencional (42).

Se deja fuera de este esquema deliberadamente la posible combinación de las dos figuras simples de promesa de venta y promesa de compra, en que es firme el propósito negocial de ambos contratantes. Esta situación, a la que en teoría se ha llegado a reconocer sustantividad (la llamada promesa bilateral de compra y venta), se halla en el mismo límite de la compraventa pura y simple, y prácticamente se confunde con ella.

En la figura del retracto convencional se establece una conexión causal y funcional entre dos relaciones jurídicas que generalmente tienen el mismo objeto (43), pero cuyas posiciones contrac-

(42) Contrafigura del retracto convencional es el *pactum de retroemendo*; su consideración teórica vendría a completar el esquema de posibles situaciones de intereses a que puede responder un intento contractual de compraventa. La función práctica del *pactum de retroemendo* puede lograrse con mayor simplicidad mediante otras figuras negociales, como la venta a calidad de ensayo o prueba, o el arrendamiento con opción de compra.

(43) Tanto la cosa como el precio (artículos 1.507, 1.516, 1.518 C. c.). La identidad de la cosa se mantiene en principio como regla general pese a las modificaciones producidas en el lado activo (derecho de retracto) o pasivo (titularidad de los bienes) de la relación jurídica de retracto (artículos 1.513-

tuales aparecen intercambiadas. El propósito de comprar es firme; si el intento negocial no se traduce simplemente en un contrato de promesa de compra es porque al interés en comprar se añade un interés muy considerable en vender, aunque no tan fuerte como el que induciría al vendedor a celebrar una compraventa pura. En la venta a carta de gracia el interés en vender se concreta en una eficacia inmediata, que comporta la adquisición del dominio de la cosa por el comprador; pero la eficacia queda, sin embargo, limitada por la expectativa de readquisición de la cosa por el vendedor, semejante funcionalmente a la expectativa que representa la facultad de opción en el contrato de promesa de venta (44). El vendedor, tras la venta, conserva todavía mediante la carta de gracia un cierto interés en la cosa; y ésta, que pasa ciertamente a ser propiedad del comprador (art. 1.511 C. c.), queda, sin embargo, sometida durante algún tiempo (art. 1.508 C. c.) a la fuerza atractiva del campo de intereses del vendedor (45).

La eficacia definitiva del contrato, con la que se resuelve la alternativa entre la adquisición irrevocable de la cosa por el comprador o su readquisición por el vendedor, depende de que éste adopte una actitud inactiva, dejando transcurrir el tiempo de duración del retracto o, por el contrario, haga uso de él. Es claro, pues, que la eficacia final del contrato depende de que se realice o no un acto jurídico por parte del vendedor. Su posición en una de las relaciones jurídicas creadas por el contrato es simétrica a la del optante en la relación creada por el contrato de promesa de venta. Esto se puede apreciar con más claridad si se tiene en cuenta que el interés del vendedor retrayente en la cosa vendida

1.517 C. c.; la regla del artículo 1.517, pár. 1.º, puede ser alterada, en sentido coincidente con la general del artículo 1.257, pár. 1.º, para mantener el derecho de retracto en toda su integridad). El precio puede ser diferente; si es superior al de la venta realizada, ello no implica un acto de liberalidad del retrayente al comprador (como pretendía GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, III, p. 415).

(44) La identidad funcional entre el derecho de opción derivado del contrato de promesa de venta y el derecho de retracto convencional puede apreciarse muy claramente en el supuesto del dictamen sobre *Retracto convencional, retroventa, promesa de retroventa*, publicado en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», LXXVII (1928-I), pp. 505-523.

(45) La naturaleza real del derecho de retracto, que hoy ya no es cuestión espinosa, está muy precisamente matizada en el Código civil por las exigencias de respeto a los derechos de tercero (artículo 1.510). En términos semejantes se puede enfocar el problema de la naturaleza real del derecho de opción, en base a una interpretación lógico-sistemática.

se podría haber articulado técnicamente mediante la combinación práctica de dos negocios independientes: uno, de compraventa simple, y otro —formal y causalmente desligado del primero—, de promesa de venta del adquirente al mismo vendedor. En realidad, el retracto convencional no es otra cosa que la unión bien trabada de un contrato de compraventa y un contrato de promesa de venta. El hecho de que la conexión causal entre ambos venga tipificada por el ordenamiento y aparezca por tanto con evidencia, ha evitado que se hiciera problema del derecho de retracto como acto jurídico unilateral en el seno de una relación jurídica de carácter sinalagmático. El problema se ha planteado, en cambio, con respecto al contrato de promesa de venta, precisamente porque aquí la significación causal del acto jurídico de opción no es tan evidente.

La venta a carta de gracia es sin duda uno de los ejemplos más claros de negocio mixto en que tras la unidad de la causa se puede reconocer la tipicidad singular de cada uno de los negocios conexos (46). Esto tiene extraordinaria importancia para nuestro estudio, ya que el problematismo en que se debate el contrato de promesa de venta, debido principalmente a su deficiente y oscura regulación en nuestro ordenamiento, puede ser en buena parte eliminado con la aplicación analógica de algunas normas sobre retracto convencional en base a la coincidencia, notabilísima, entre esta relación negocial y la de promesa de venta.

Las posibilidades y límites de esta aplicación analógica obliga a establecer algunas precisiones sobre la naturaleza del negocio de retroventa.

Tradicionalmente se ha mantenido en nuestra doctrina que la venta a carta de gracia contiene una condición resolutoria potestativa. Esta tesis, expuesta llanamente por GARCÍA GOYENA (47), es acogida por la doctrina posterior al Código civil y puede considerarse hoy como opinión común (48). El Tribunal Supremo y la

(46) Cfr. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 215.

(47) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, III, pp. 416 ss., en comentario a los artículos 1.439, 1.440, 1.448. Sigue así la opinión generalmente aceptada en la doctrina francesa con la autoridad de POTHIER. Opinión que también hoy está muy extendida entre los autores franceses. Últimamente NAJJAR, I., *Le droit d'option*, París, 1967, p. 162.

(48) Cfr. MANRESA, *Comentarios*, X, 3.ª ed., pp. 307 ss.; CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones*, II, ed. cit., p. 215; CASTÁN, *Derecho civil español*, IV, 9.ª ed., p. 152; PÉREZ y ALGUER, *Notas a ENNECCERUS, Derecho de obligaciones*, II, II, Barcelona, 1944, p. 96; etc.

Dirección de los Registros, en las ocasiones en que se han ocupado de la naturaleza del retracto convencional, han aceptado esta opinión (49). De tal modo, el contrato de promesa de venta y la venta a carta de gracia vienen a ser situados en el terreno de las *conditiones facti*: el derecho de opción, nacido de aquél, se considera como una condición suspensiva que perfecciona los efectos del contrato; el derecho de retracto se explica paralelamente como una condición resolutoria que extingue los efectos producidos (50).

Frente a esta tesis cabe formular dos objeciones fundamentales: a) una se refiere al encuadramiento de la situación negocial de pendencia, creada por la venta a carta de gracia en el régimen de la condición, lo cual, de un lado, introduce una complicación dogmática innecesaria en cuestión de por sí muy intrincada, y, de otro lado, deja sin explicar la verdadera naturaleza de la facultad de elección que nace del negocio de retroventa; b) otra, relativa al carácter resolutorio atribuido a la mal llamada condición, lo que explica sólo un aspecto parcial de la eficacia del negocio al acotar como campo de acción del acto resolutorio sólo la primera relación de compraventa, olvidando el efecto que simultáneamente y en sentido inverso al mantenimiento o resolución de esta primera relación se produce respecto a la segunda.

La primera de estas objeciones se funda en las razones ya expuestas a propósito del acto de voluntad del optante en el contrato de promesa de venta. La venta a carta de gracia no es una compraventa condicional. En verdad, el retracto convencional da lugar a una situación jurídica de pendencia que desde el punto de vista meramente funcional es semejante a la creada por una *conditio facti*. La incidencia de la voluntad del retrayente sobre las dos relaciones jurídicas conexas creadas por el negocio de retroventa cumple el mismo oficio que el evento del que depende la eficacia del negocio condicional. Pero el acto jurídico en que formalmente se concreta el ejercicio del retracto no puede ser configurado como condición, ni siquiera como condición potestativa, ya que la voluntad que interviene en las condiciones potestativas válidas es tomada en consideración exclusivamente en la medida en que se

(49) Sentencias de 13-III-1913, 26-V-1951, 28-V-1957, y resolución de la Dirección de los Registros de 22-VII-1910.

(50) Cfr. SÁNCHEZ FONTÁNS, *La naturaleza del derecho de opción*, p. 82.

concreta en un comportamiento objetivo, por lo que en definitiva resulta claro que no es la voluntad pura y libre, sino el *hecho jurídico* al que la voluntad se pliega, el elemento constitutivo de la condición. Por el contrario, en el retracto convencional, al igual que en el contrato de promesa de venta, la acción de la voluntad se proyecta con soberanía sobre la eficacia alternativa de cualquiera de las dos relaciones jurídicas creadas; por ello se puede decir que la voluntad es tomada aquí en consideración no simplemente como factor de un hecho jurídico, sino por su valor de acto jurídico. La distinción entre condición y retracto es diáfana en los supuestos de retracto convencional condicionado, en los que la eficacia del negocio depende a la vez del *hecho jurídico* constitutivo de la condición y del *acto jurídico* de voluntad del retrayente.

La segunda objeción apuntada es quizá, si cabe, más grave que la anterior. Al considerar la decisión en que se concreta la voluntad de retraer como un acto de carácter resolutorio se apunta certamente a un aspecto fundamental de la eficacia del retracto, pero se deja en la sombra otro aspecto del mismo fenómeno de no menor importancia, y este aspecto es precisamente el que interesa subrayar aquí.

Según la explicación más usual en la doctrina científica, el derecho de retracto, configurado como condición resolutoria, hace incierta la eficacia de la venta realizada, la cual se resuelve si se ejercita el derecho de retraer o, por el contrario, adquiere carácter irrevocable si no se hace uso del derecho. Presentado así el retracto convencional, es innegable su semejanza con la compraventa sometida a condición resolutoria. Pero adviértase que con este enfoque se contempla sólo una de las dos relaciones jurídicas que se derivan del negocio. Se olvida que, con la relación jurídica de compraventa, coexiste, en tensión con ella y en el mismo plano de su eficacia incierta, otra relación jurídica de la misma naturaleza en que las posiciones contractuales están intercambiadas. Así resulta que: a) el ejercicio del derecho de retracto, si bien, de un lado, deja sin efecto la venta realizada, supone, de otro lado, la eficacia de la venta prometida por el adquirente al retrayente; b) si el vendedor no hace uso de su derecho de retraer, la compraventa realizada se consolida, pero la venta prometida, a la que estaba vinculado el adquirente, no se llega a realizar.

Lo característico de la situación jurídica creada por el retracto convencional es que la suerte incierta del negocio durante la fase de pendencia no se plantea simplemente como una alternativa entre eficacia o ineficacia de una relación jurídica negocial, sino, más precisamente, como una rivalidad de efectos entre dos relaciones jurídicas negociales, de modo que en todo caso será eficaz una de ellas y, correlativamente, la otra será ineficaz. La incertidumbre de esta situación jurídica negocial se despeja por la acción de la voluntad del vendedor retrayente, cuya decisión tiene siempre doble significado y efecto. El efecto que en definitiva decida la suerte de la venta realizada va acompañado indefectiblemente de un efecto de signo contrario sobre la venta prometida. Así, el ejercicio del derecho de retracto no produciría el efecto negativo de la resolución de la venta realizada si no se produjese a la vez el efecto positivo de la readquisición de la cosa por el vendedor; efecto que en su individualidad se identifica con el efecto positivo de la opción en la relación simple de promesa de venta. De modo semejante, del no uso del derecho de retracto se sigue, junto con el efecto positivo de la consolidación de la venta realizada, el efecto negativo de desistimiento de la venta prometida por el adquirente al retrayente.

La doctrina ha centrado su atención, por lo general, en el efecto del derecho de retraer sobre la compraventa realizada, olvidando la presencia de esa otra relación jurídica de promesa de venta que en conexión con aquella confiere a la venta a carta de gracia una especial significación negocial, distinta de la que corresponde a la compraventa ordinaria con condición resolutoria y a las figuras simples de promesa de venta y promesa de compra.

Quedó apuntado que la función negocial del retracto se puede lograr técnicamente de modo más simple, pero menos directo, mediante dos contratos independientes: uno de compraventa pura, y otro, en sentido contrario, de promesa de venta. De seguir este camino, la situación de incertidumbre afectaría sólo a la relación de promesa de venta; en cambio, por el negocio de retroventa, esas dos relaciones jurídicas se someten, enlazadas en enfrentada suerte, a una común situación jurídica de eficacia incierta. Dentro de esta compleja situación se puede observar claramente cómo la relación jurídica de simple compraventa sufre una importante

alteración funcional al quedar afectada por la inseguridad del negocio mixto de retroventa, en tanto que la relación de promesa de venta integrada en el mismo negocio no se modifica. Este es precisamente el aspecto que convenía destacar en sentido opuesto al modo de proceder más extendido en la doctrina. Al incidir sobre esta relación, de contrapuesta eficacia a la venta realizada, el derecho de retracto adquiere el perfil propio del derecho de opción nacido del contrato de promesa de venta. En esta simetría descansa la posible aplicación analógica de una parte importante del régimen del retracto convencional al contrato de promesa de venta.

ENRIQUE LALAGUNA

LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: *Ley sobre fusión de Sociedades Anónimas acogidas al régimen de acción concertada o que disfruten de beneficios fiscales*.—I. Su discusión en las Cortes.—II. Casos en que procede el derecho de separación y plazo para su ejercicio.—III. Derecho de los acreedores de oponerse a la fusión y plazo para su ejercicio.—IV. Precio de reembolso de las acciones: derecho de impugnación en el caso de valoración por el balance social.—V. Fraccionamiento del reembolso.—VI. Requisitos de la convocatoria de la Junta de fusión.—*Ley sobre la elevación de cuantía del capital social de las Sociedades Anónimas y de responsabilidad limitada*.—I. Motivos de la reforma.—II. Nueva cuantía fijada.

Ley sobre fusión de Sociedades Anónimas acogidas al régimen de acción concertada o que disfruten de beneficios fiscales.

I

En el *Boletín Oficial del Estado* de 7 de diciembre de 1968 se publicó la Ley expresada con el número 83/1968, de 5 de diciembre.

Defendió en las Cortes el dictamen de la Comisión el Procurador Gómez de Aranda, exponiendo los fundamentos del mismo que a continuación se extractan, y que se refieren a los siguientes temas: estructuras jurídicas, mejora de las unidades productivas, la fusión en el derecho español, el derecho de separación, la valoración de las acciones y derecho de los acreedores a oponerse a la fusión.

Como consecuencia o como condición del desarrollo económico se hacen indispensables transformaciones estructurales y, entre ellas, figuran los cambios de estructuras jurídicas, pues la regula-

ción legislativa puede quedarse anticuada o inservible o por lo menos constituir una rémora o un verdadero bloqueo del desarrollo. Además, el derecho puede y debe adelantarse a los acontecimientos dictando normas que favorezcan y estimulen aquél, removiendo obstáculos que lo dificultan y garantizando la justicia en la distribución de los resultados previstos. Esta tendencia hoy se acentúa por el carácter que ha adquirido el Estado de planificador de la sociedad, atendiendo a exigencias sociales objetivas, por requerirlas la naturaleza de las cosas y por demanda activa de los mismos individuos y grupos que concurren al movimiento social. Así, toda política económica se basa en la eficacia del derecho para transformar las estructuras económicas existentes en otras más idóneas para un determinado momento del desarrollo histórico.

Bien conocido es como tema de actualidad el *gap* tecnológico entre Europa y Norteamérica, originado por la pequeñez de las unidades europeas comparadas con las americanas, tanto en las estructuras como en los equipos, y lo mismo puede decirse respecto al desnivel de nuestras empresas en relación con las de los países de la Europa occidental, con la que tenemos que convivir y, eventualmente, integrarnos. Se impone la mejora de nuestras unidades productivas, y en este sentido se manifiestan la doctrina económica y la opinión, así como las conclusiones del I y II Congresos Sindicales de 1961 y de 1962. Se pide la coordinación de las unidades productivas, pero también se aconseja llegar a la fusión de esas unidades, con el objeto de que alcancen dimensiones suficientes.

Hasta ahora eran escasas en el Derecho español las facilidades para la fusión. El Código de Comercio no las regulaba, y las normas del Reglamento del Registro Mercantil de 1919 no pudieron colmar la laguna existente en el derecho sustantivo. La Ley de 24 de noviembre de 1939 sobre ordenación de la industria nacional dispone que se fomentará la fusión o asociación de las empresas industriales, si así conviniera al interés nacional. Asimismo en una serie de disposiciones de contenido fiscal se tratan diferentes aspectos de la fusión, pero sin poder naturalmente regular esta figura jurídica. La Ley de Sociedades Anónimas representa un considerable avance, similar en este extremo al movimiento de reajuste de estructuras jurídicas, motivado por la crisis de los años treinta y que realizaron Suiza, Alemania, Italia, Inglaterra y Francia. No obstante, la opor-

tunidad de la Ley que se comenta resulta evidente, pues si en 1951 reglamentar la fusión era una exigencia de la técnica jurídica, considerándola un acto más de la libertad mercantil de las Sociedades, hoy debe atender a la necesidad de remediar la pulverización de las unidades productivas; sobre este problema, de uniones y asociaciones de empresas, sin crear una nueva personalidad jurídica o de la fusión de dos o más Sociedades para formar una sola se realiza en España un amplio despliegue legislativo de protección fiscal. Empieza con las modificaciones tributarias incluidas en la Ley de Presupuestos de 26 de diciembre de 1957; sigue con el Decreto sobre directrices del I Plan de Desarrollo, con la Ley 196/1963, de 28 de diciembre, sobre uniones y asociaciones de empresas; con la Ley de Reforma del sistema Tributario, para los casos de fusión; y con los Decretos-Leyes de 3 de octubre de 1966 y de 26 de julio de 1967, exclusivamente dedicado este último al otorgamiento de beneficios fiscales para reestructuración y concentración de empresas. La Ley facilita la fusión, pero no viene a modificar la Ley de Sociedades Anónimas, cuyos preceptos sobre fusión de Sociedades continúan vigentes, salvo aquellas acogidas al régimen de acción concertada, o en los casos de que se declaren de aplicación por el Ministerio de Hacienda cualesquiera beneficios fiscales reconocidos por las disposiciones vigentes para la concentración de empresas. Ahora bien, la Ley introduce para facilitar estas fusiones especiales soluciones más acertadas que las previstas para casos semejantes en la Ley de Sociedades Anónimas. Como esta última ha sido censurada por la doctrina, las mejoras que se adoptan servirán de valioso precedente para una reforma del régimen común de Sociedades.

El principio fundamental que rige la vida de la Sociedad Anónima descansa en el predominio de la mayoría sobre la minoría. Dicho principio rige también en los casos de fusión, pero se concede a los socios que no la votaron lo que se ha llamado derecho de separación, poder de separación, facultad de separación o derecho de recesso en la técnica italiana. Este pretendido derecho de separación existe en muy pocas legislaciones. La Ley de Sociedades Anónimas la tomó del Derecho italiano, pero de un Derecho italiano ya derogado mucho antes de redactarse nuestra Ley, pues figuraba en el Código de 1882 y el de 1942 lo suprimió para los su-

puestos normales de fusión. Este es el criterio de la doctrina española y extranjera: el derecho de separación está justificado en el caso de transformación, de cambio de forma de la Sociedad, ya que entonces varía el alcance de la responsabilidad del socio: de una responsabilidad limitada al valor de sus acciones a una responsabilidad ilimitada de todo su patrimonio. También es lógica la separación en los casos de cambio de objeto, pues el objeto determina la adhesión a la Sociedad, pero se discute en los casos de fusión. La Ley de Sociedades Anónimas lo regula en forma extrema y radical disponiendo que las disidentes y no asistentes a la Junta gozarán de la facultad de separación en la forma establecida para el caso de transformación. Los socios disidentes y los no asistentes quedan separados de la Sociedad si en el plazo de tres meses no manifiestan su voluntad de seguir. La doctrina censura esta solución, por entender que es más justo que el socio opuesto al acuerdo manifieste durante ese plazo su deseo de separarse de la Sociedad. Así lo han entendido las legislaciones que han regulado este derecho de separación. Por otra parte, menos justificada se encuentra la solución legal en el caso de los no asistentes. Pues bien, estos efectos del silencio desaparecen en la Ley, ya que para el ejercicio del derecho de separarse se exige la manifestación expresa del disidente y del no asistente a la Junta. Con ello se favorece la estabilidad de la Sociedad y también a los accionistas, que en el sistema de la Ley pueden perder su cualidad de socios por inadvertencia o descuido.

Además de la indicada reforma, la Ley favorece la fusión mediante la posibilidad de aplazamiento en el reembolso de las acciones de los socios que se separen, por un máximo de tres anualidades y con el abono del interés legal. Con ello se evitan las graves consecuencias económicas de la retirada de capitales en los momentos iniciales de la empresa fusionada. Como advirtieron a la Comisión los Procuradores CABANILLAS, RIVAS y HERNÁNDEZ NAVARRO, el derecho de separación no afecta al pequeño accionista, sino a los grupos que tenían una esfera de poder en las distintas Sociedades y temen perderla con la fusión. Tales grupos financieros merecen protección para sus derechos, pero sin quebranto de la fortaleza de la Sociedad requerida por el bien común. El derecho de separación se apoya en la concepción contractualista de la Socie-

dad Anónima, y al regularlo hay que atenerse a la concepción institucional ahora dominante. Por ello el derecho de separación no subsiste apenas en las legislaciones y desde luego no lo reconocen las Leyes más nuevas sobre Sociedades Anónimas, como la alemana de 1965 y la francesa de 1966.

Por último, fue tema muy debatido la fijación de los motivos para valorar las acciones cuyo importe hay que reembolsar a los socios que se separan. Para las acciones que se cotizan en Bolsa hay un método objetivo y tradicional: el valor medio de la cotización. La solución de la Ley se basa en argumentos muy sólidos de todo tipo: económicos, puesto que la cotización bursátil señala el precio de liquidación de un valor, teniendo en cuenta no sólo su estimación contable, sino su valor de rentabilidad y de expectativa para el futuro; jurídicos, pues ha sido acogido en el Ordenamiento jurídico español en los derechos de sucesión y adjudicaciones *mortis causa*, en la regularización de balances, en la expropiación forzosa por causa de nacionalización en el caso de los Bancos oficiales, en el cálculo de las garantías de los créditos y para pago de acreedores en caso de quiebra, etc.; y funcionales, porque la Bolsa es el órgano establecido para el mercado de valores mobiliarios y, además, el Reglamento de Bolsas de 30 de junio de 1967 introduce el mayor rigor en la adquisición de los valores a la cotización oficial y en la "contratación", regulando las oscilaciones de una sesión a otra y en la Ley siguiendo el criterio de CABANILLAS y RIVAS GUADILLA se ha señalado el precio de cotización media del último año, período más que suficiente para proporcionar una garantía de estabilidad. Cuando las acciones no se cotizan en Bolsa, se valoran por el balance social del día anterior al acuerdo de la Junta aprobado por la misma. Se concede también al socio el derecho de impugnación del balance, a fin de fijar el justo precio según la valoración real.

El derecho de los acreedores de oponerse a la fusión, previsto en la Ley de Sociedades Anónimas, está justificado, pues con la fusión se produce una transmisión global de los patrimonios de las diversas empresas fusionadas y los intereses de los acreedores pueden verse afectados por un proceso que cambie la personalidad y posiblemente la solvencia de la Sociedad deudora. La Ley se ha

limitado a reducir a un mes el plazo de tres meses fijado en la Ley de Sociedades Anónimas para el ejercicio del derecho en cuestión.

II

En el caso de fusión de Sociedades acogidas al régimen de acción concertada o en los que se declaren de aplicación por el Ministerio de Hacienda cualesquiera beneficios fiscales reconocidos por las disposiciones vigentes para la concentración de empresas, solamente tendrán derecho de separarse de las Sociedades Anónimas afectadas los accionistas disidentes y no asistentes a la Junta en que se acuerda la fusión. Este derecho habrá de ejercitarse en el plazo de un mes a contar de la fecha de la última publicación del acuerdo.

III

En los casos expresados, si durante el plazo de un mes, contado a partir de la última publicación del acuerdo, algún acreedor social se opusiese por escrito a la fusión, ésta no podrá llevarse a cabo sin que se aseguren previamente o se satisfagan por entero los derechos del acreedor o acreedores disidentes. Estos no podrán oponerse al pago, aunque se trate de créditos no vencidos.

IV

Los accionistas que se separen de la Sociedad obtendrán el reembolso de las acciones al precio de la cotización media del último año, o si las acciones no tienen cotización oficial en Bolsa, al que resulte de la apreciación del patrimonio líquido, según balance del día anterior al acuerdo de la Junta, aprobado por la misma. En este último supuesto el socio que tenga derecho a la separación y en igual plazo podrá impugnar el acuerdo, con arreglo al procedimiento del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, a fin de fijar el justo precio según valoración real. La acción de impugnación no podrá suspender la ejecución del acuerdo.

V

Dentro del mes siguiente a aquel en que pueda ejercitarse el derecho de separación, la Junta General o, por su autorización expresa el Consejo de Administración, podrán acordar el fraccionamiento del reembolso de las acciones de todos los socios que se separen en tres anualidades como máximo de igual cuantía cada una, y con abono del interés legal correspondiente a las cantidades pendientes de pago.

En la escritura de fusión o absorción correspondiente se harán constar dicho fraccionamiento y la relación de accionistas que hayan hecho uso del derecho de separación y el capital que cada uno acredite.

VI

Para que la Ley sea aplicable a un acuerdo de fusión determinado será indispensable que así se advierta expresamente en la convocatoria de la Junta en que la fusión haya de acordarse, con transcripción íntegra de las disposiciones precedentes. En la convocatoria deberán mencionarse los datos que justifiquen la aplicación de este régimen especial a la fusión proyectada, sin perjuicio de las convocatorias y notificaciones individualizadas a los socios, si están previstos en los respectivos Estatutos.

Ley sobre elevación de cuantía del capital social de las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada.

I

El *Boletín Oficial del Estado* de 7 de diciembre de 1968 publica la Ley expresada, con el número 874/1968, de 5 de diciembre: En su preámbulo se exponen los motivos de la reforma que a continuación se transcriben:

En el artículo 4.º de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas se impone la forma de Sociedad Anónima a todas aquellas Compañías que limiten la responsabilidad de sus socios y tengan un capital superior a cinco millones de pesetas, y la Ley de 17 de julio de 1953, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, contiene en su artículo 3.º una disposición correlativa conforme a la cual el capital de las Sociedades de responsabilidad limitada no podrá ser superior a cinco millones de pesetas.

En ambos preceptos quiso el legislador imponer la forma anónima a las Sociedades llamadas a regir empresas de gran envergadura y conservar la forma de Sociedad de responsabilidad limitada para Compañías titulares de empresas de volumen económico más modesto.

Desde la promulgación de las Leyes anteriores mencionadas han transcurrido ya más de quince años y durante este tiempo han evolucionado de tal forma las circunstancias económicas del país que no es posible mantener ya, en modo alguno, la cifra de cinco millones de pesetas como límite entre las Sociedades de gran envergadura económica y las Compañías más modestas. Es más, el mantenimiento de ese tope de capital para las Sociedades de responsabilidad limitada significa una grave dificultad para la expansión y modernización de las pequeñas empresas de las que tales Compañías son titulares, con las graves consecuencias que tal situación lleva consigo. Igualmente el mantenimiento del mencionado tope haría que la forma de Sociedad de responsabilidad limitada pudiera ser adoptada por un número cada vez menor de Compañías.

Tampoco puede ignorarse que la conservación de la cifra máxima de cinco millones de pesetas para capital de las Sociedades de responsabilidad limitada plantearía a muchas de estas Compañías serias dificultades de orden jurídico, como consecuencia de la aplicación de las normas sobre revalorización de balances, con el aumento del capital consiguiente.

Resulta, pues, imprescindible elevar el tipo establecido para el capital de las Sociedades de responsabilidad limitada a una cifra que permita una amplia expansión a este tipo de Compañías. Así se propuso en sendas mociones que elevaron al Gobierno las Co-

misiones de Hacienda y Justicia de las Cortes, y así lo han solicitado también diversas representaciones de los sectores económicos integrados.

En consecuencia, es necesario establecer como número tope al capital de las Sociedades de responsabilidad limitada la cifra de 50 millones de pesetas, con lo cual se facilita ampliamente la expansión de tales Compañías, que es el fin deseado.

II

Se eleva a 50 millones de pesetas la cifra del capital social a que se refieren los artículos 4.º, punto 1.º, de la Ley sobre Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, y 3.º, punto 1.º, de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953.

F. DE COSSÍO CORRAL.

JURISPRUDENCIA

I.-Jurisprudencia monográfica

El legado de parte alícuota

NOTAS CRÍTICAS A CADA UNA DE LAS SENTENCIAS (Continuación)

8.ª SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1949.

— *Hechos:*

En puridad de doctrina, esta sentencia no tiene nada que ver con el legado de parte alícuota. El fondo del litigio se refiere a cuestiones cuyo encuadre lógico es el Derecho de obligaciones. Aunque podría, por tanto, no entrar en el estudio de toda esta problemática, me parece lo suficientemente interesante como para prestarle atención.

Parece evidente que el punto básico lo constituye el contrato de fecha 1 de junio de 1935 (263). No obstante, veremos primero si del testamento del causante se desprende alguna particularidad interesante.

a) Del análisis del testamento del señor Penas aparece, a mi modo de ver, una doble consideración: la primera, que instituye herederos a sus tres hijos, con las inevitables consecuencias que tal designación comporta; la segunda, que dispone una serie de legados de parte alícuota del tercio de mejora y del tercio de libre disposición, legados que parecen ser «de valor puro» de parte de la herencia en la denominación de LACRUZ (264).

La distribución hecha por el testador nos permite afirmar que sus tres hijos, además de ser los herederos, eran los principales beneficiarios de la herencia (265). Este dato es muy importante.

Que los hijos, aparte de subingresar en la posición jurídica de su causante, se consideraban como verdaderos y tales propietarios de los bienes relictos nos lo evidencia la sucesión de hechos.

(263) Está expuesto en los Antecedentes, reseñado bajo el epígrafe 2.

(264) Véase lo dicho en mi comentario a la sentencia de 1940 y en especial las citas de VALLET y LACRUZ (pág. 1.619).

(265) Entre los tres hijos tenían: un tercio por su legítima, un sexto por las atribuciones en pleno dominio y el usufructo del 70 por 100 y del 80 por 100 en el resto (José y Francisca). Por supuesto, más de la mitad de la herencia.

Es de notar que tanto en la firma del contrato de arrendamiento como en la de la escritura particional intervienen los hijos-herederos y el contador-partidor. El nombramiento del contador-partidor y su intervención como tal en la práctica de la partición elimina el problema de la incompatibilidad de intereses entre padres (herederos) y los hijos (legatarios), haciendo innecesario el nombramiento de un defensor judicial (266). Tampoco se precisa la aprobación «judicial» prevista en el artículo 1.049 L. E. C., siempre que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 1.057, párrafo segundo, del Código civil (267).

Estas precisiones las referimos, por supuesto, al solo caso de que el contador don E. sólo hubiera practicado la partición, sin previa liquidación de la sociedad conyugal del causante. Este último punto nos llevaría lejos (268).

En resumen, parece que la actuación de don E. fue correcta y que no se requería defensor judicial ni aprobación judicial, pues entre padres e hijos sólo hubo «concurencia» y no oposición de intereses.

b) Ello no obstante, no aparece muy claro si en la partición se hizo una adjudicación proindiviso, precisamente para obviar posibles impugnaciones por los legatarios una vez llegados a la mayoría de edad. De estimar la tesis de la doctrina (269) de que la «adjudicación proindiviso de los bienes hereditarios remanentes transforma la comunidad hereditaria en convencional, perdiendo su universalidad, para convertirse en un conjunto de cotitularidades singulares», nos encontraríamos en el caso de autos con que realmente no hubo partición y persistía la comunidad hereditaria.

Ahora bien, entiendo que todo debe reconducirse al tema de interpretación de la voluntad de los otorgantes de la escritura particional; y los datos exigidos que tenemos no son por sí suficientes para adoptar una conclusión segura, aunque los indicios apuntan a la tesis de LACRUZ como más probable.

Se entienda o no que la partición de 1935 puso fin a la comunidad hereditaria nacida a la muerte del señor Penas, lo evidente es que el contrato de arrendamiento fue PREVIO a la escritura de partición.

c) Entramos aquí en el estudio del punto básico del litigio: el contrato de arrendamiento firmado en 1935.

Que dicho contrato fue otorgado estando la herencia en indivisión parece una perogrullada, pero es un dato importante (270). Parece, pues, conveniente que estudiemos este punto y el posible encuadre de dicho contrato.

En el estudio de la vigencia de la comunidad—nos dice GITRAMA, citando a DA CAMARA PINTO COELHO—pertenece a la Administración el papel de fulcro o eje, en torno al cual gira toda la vida de la propia relación jurídica. Nuestro Derecho carece de regla singular alguna relativa a la administración de la herencia indivisa: al parecer, se sobreentiende que compete a los propios herederos (271); por lo que la doctrina acude a las reglas de la comunidad ordinaria o condominio, en especial al artículo 398 C.c. En el

(266) Véase en este sentido sentencia de 18 de noviembre de 1927.

(267) Véase en este sentido resoluciones de 5 de octubre de 1893 y 21 y 22 de enero de 1898, 9 de octubre de 1901, 24 de junio de 1902, 11 de septiembre de 1907, 29 de enero de 1908; 2, 18 y 26 de agosto de 1909, 29 de abril de 1913 y 7 de marzo de 1914.

(268) Véase por todos LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, parte general, páginas 506 y 512.

(269) Véase LACRUZ, op. cit., pág. 358.

(270) Sobre la situación de herencia indivisa, V. FERRANDIS, *La comunidad hereditaria*, y GITRAMA, *La administración de herencia...*

(271) Véase en tal sentido GITRAMA, op. cit., págs. 77 y sigs.

mismo sentido resuelve nuestra jurisprudencia este problema, derivado de la laguna legal del C.c. en este punto.

Esta comunidad hereditaria, originada a la muerte del señor Penas, debía estar constituida, en buena técnica, por quienes eran llamados como herederos por el testador; antes vimos cómo para LACRUZ los legatarios de valor puro no participan de la comunidad hereditaria, ya que son meros acreedores de los herederos. En suma, tan sólo debían ser considerados como «comuneros» los instituidos herederos don José, don Julio y doña Francisca P. H.

Si aplicamos la doctrina jurisprudencial recaída sobre la administración de la herencia indivisa por los coherederos, encontramos reiteradas las afirmaciones: de que el acuerdo de la mayoría es obligatorio para los demás coherederos y para los terceros interesados, vgr.: legatarios; que para reunir y computar dicha mayoría se tendrán en cuenta todas las participaciones que se tengan en el caudal relicto, aunque unas sean a título universal y otras a título particular, unas de dominio directo y otras de dominio útil, etc. (272).

Todas estas afirmaciones son, claro es, subsidiarias: en defecto de reglas concretas de administración de la herencia indivisa. Normalmente, tanto esta administración como la situación de indivisión, finalizarían con la partición. Ahora bien, dada la existencia de menores y dada la adjudicación proindiviso de los bienes relictos, que hacen temer fundadamente que se quiso una *conservación* de la situación proindiviso de la herencia, se nos plantea como urgente el punto a aclarar: el de la suerte del contrato de arrendamiento de 1935 y su conexión con el tema de administración de la herencia indivisa.

Para un mejor análisis de dicho contrato séguiremos la sistemática trazada en los Antecedentes de esta sentencia (273):

a') *Firmantes del contrato:*

Recordemos que lo firmaban «como herederos de dicho causante» los tres hijos instituidos herederos y el contador-partidor. Alguna precisión merece la legitimación de los firmantes; pero ello nos lleva de nuevo al tema de la comunidad hereditaria y de la administración de la herencia indivisa.

De una parte, es dudosa la legitimación de don E., como contador-partidor, para celebrar un contrato de arrendamiento de bienes hereditarios, a salvo siempre la expresa voluntad del testador asignándole—ADEMAS de contar y partir—la misión de administrar la herencia. Mientras la mayoría de la doctrina entiende sinónimos los términos de «comisario» y «contador-partidor», ha sido la doctrina notarial (274) la que con gran agudeza los ha distinguido: el contador-partidor sólo tiene las facultades del artículo 1.057, o sea, contar y partir; el comisario viene a ser el ejecutor pleno y total del testamento, de modo que tal cargo engloba al albacea y al administrador de la herencia. Parece, pues, evidente, que la función de administrar la herencia quedaría circunscrita en el cargo de comisario y, en consecuencia, que don E. no

(272) Véase GITRAMA, op. cit., pág. 79.

(273) Véase epígrafe 7 de dichos Antecedentes.

(274) Véase TAULET en «R. C. D. I.», t. VIII, 1932, pág. 629, y t. IV, 1933, páginas 367 y 632, y ROCA SASTRE en «Estudios de Derecho Privado», t. II, pág. 405.

tenía más misión que practicar la partición, pero no la de administrar los bienes relictos.

De otra parte, no habiendo nada dispuesto el testador, ni previsto ni convenido en tal sentido por los herederos, parece que la administración de la herencia indivisa solamente podía ser ejercida por los herederos. Con la lógica consecuencia de entender aplicables como subsidiarias las normas de la comunidad de bienes, en especial el artículo 398 C.c.

— Esta remisión y este precepto obviamente aplicable nos llevan a la conexión con el contrato de arrendamiento firmado en 1935

Para que dicho contrato fuera eficaz se requería: capacidad y legitimación en los firmantes y acuerdo lícito y obligatorio:

- En orden a la capacidad: nada que objetar.
- En orden a legitimación: si lo estaban, como *tales*, los herederos.
- En orden al acuerdo: pese a alguna opinión aislada (275), la gran mayoría entiende aplicable a los actos de administración el artículo 398 Código civil y su régimen mayoritario. Ello nos lleva a una serie de precisiones:
 1. la mayoría que decide es la *real* de las participaciones en la comunidad y no la proporción numérica de los herederos aliados; parece obvio concluir que la decisión de los instituidos herederos era, *per se*, mayoritaria (276).
 2. el acuerdo de arrendar un inmueble de la herencia, ¿era «gravemente perjudicial»? O de otro modo, ¿la administración de la herencia indivisa comporta la facultad de contratar arrendamientos? *Prima facie*, parece evidente que el arrendamiento es el prototipo de los actos de administración; así GUTRAMA. Pero la cuestión es poco pacífica, ya que mientras las Resoluciones de la Dirección General de los Registros (277) consideran que el arrendamiento es un acto de administración, el Tribunal Supremo, tras una primera etapa (278) en que opinó en este sentido, pasó a distinguir en una segunda fase (279) entre arrendamientos inscribibles y no inscribibles. Esta última posición del Tribunal Supremo, mantenida posteriormente, lleva a aplicar a los inscribibles el artículo 397 y no el 398. Pero creo que aquí es necesaria una mayor puntualización. El Tribunal Supremo y parte de la doctrina cree que el arrendamiento, derecho personal, una vez inscrito se convierte en un derecho real que implica una desmembración del dominio, lo cual rebasa los límites de una mera administración.
- Creo que voces más autorizadas que la mía (280) han demostrado la falsedad de esta argumentación, ya que el Registro no tiene la virtud

(275) Véase FERRANDIS, op. cit., págs. 176 y sigs. Quizá la alusión a las mayorías en el Derecho público fuera ocasional (en 1954) y hoy poco viable.

(276) Véase anterior nota 265.

(277) Véase resoluciones de 29 de mayo de 1906 y 26 de abril de 1907.

(278) Véase sentencias de 30 de junio de 1897, 8 de julio de 1902, 10 de marzo de 1905 y 22 de octubre de 1914, entre otras.

(279) Véase sentencias de 1 de junio de 1909, 9 de junio de 1913 y 24 de abril de 1941, entre otras.

(280) Así, ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», t. III, ed. 1954, págs. 45 y sigs.

de transformar la naturaleza jurídica de los derechos: sería más correcto decir que en el sistema hipotecario español se parte de la base supuesta de que el derecho arrendaticio está anotado; y lo que en realidad pretendió la Ley de 1861 fue reformar el principio de la ley «Emptorem», dando estabilidad al arrendatario.

Para que el arrendamiento sea inscribible uno de sus requisitos es que se pacte un período de duración «de más de seis años». ¿*Quid* si se pactó por tiempo indefinido? Este era precisamente el caso de autos Entiende MORELL, citado por Roca, que en tal caso «dicho arrendamiento no será inscribible, pues su naturaleza precaria impide su inscripción, de no pactarse ésta expresamente». Ahora bien, más adelante, el propio Roca afirma que el arrendamiento a largo plazo implica una indudable limitación del dominio de la finca.

Parece, pues, probable que en el caso de autos se trataba de un arriendo indefinido. Ahora bien, una cosa es que en 1935 se otorgase el contrato privadamente, pendiente una ratificación que no llegó, y otra distinta que en 1941 la eficacia de tal contrato pudiera desvirtuarse en base a que por el tiempo transcurrido era inscribible y debió adoptarse en forma unánime.

- En orden a la eficacia: parece que el contrato será válido si reúne los requisitos del artículo 1.261. Ni la indeterminación del tiempo, ni la no concurrencia de los legatarios parecen ser causas de ineficacia. Que los legatarios debieran intervenir firmando el contrato lo veo dudoso. Pero, entonces, ¿qué significado tuvo la intervención del contador? Si se entendía que actuaba como administrador de la herencia ello no parece posible, por carecer de legitimación; si lo hizo como representante de los legatarios, como tales, parece superflua, pues que la decisión y acuerdo correspondían a los herederos, bien por mayoría, bien unánimemente; si lo hizo como representante de los menores, parece que era necesaria la previa designación judicial, siempre que apareciera probada la oposición de intereses entre padres e hijos. Esto último, no obstante, nos lleva a ver una posible cautela, adoptada por si acaso era precisa su intervención.

Parece, pues, que todo estriba en considerar si había o no oposición de intereses. No está muy claro si vemos un acto de *disposición* en dicho arriendo. Si la designación testamentaria de contador-partidor tiene como *finalidad*, en la mayoría de los casos, evitar la intervención judicial, habiendo menores, en la partición ¿por qué no considerar el caso del arriendo bajo el mismo prisma? Se me dirá quizá que la partición es especificativa y no acto *dispositivo*, pero creo que las previsiones adoptadas garantizaban suficientemente el derecho futuro de los legatarios—menores—. Mucho más si pensamos que incluso si un coheredero actúa como representante de otro partícipe y *además* por sí, tal posición doble de autocontratación es admitida como cómoda, fácil y económica (281); con lo que llegamos a la conclusión de que aun la intervención de los padres en nombre de los hijos era viable, legítima y eficaz. No existía oposición, sino «concurrencia» de derechos, y éstos eran de distinto tipo: los unos, herederos y los otros menores, legatarios.

(281) Así, DE CASTRO, «R. G. L. J.», t. OLI, 1927, pág. 402; Resoluciones de 29 de diciembre de 1922, 30 de mayo de 1930 y 9 de febrero de 1946.

— Resumiendo esta cuestión: legitimados para firmar lo estaban los herederos; la intervención del contador era un «plus» cautelar; el acuerdo debía ser tomado por los herederos, bien por mayoría o unanimidad; la eficacia del contrato no dependía de la intervención de los menores, que sólo eran legatarios y sin tener intereses opuestos a los de sus padres.

b') *Análisis de la cláusula décima* (282):

1. Creo conveniente distinguir en ella dos apartados. En el primero de ellos puede fácilmente leerse «los propietarios... lo avisarán...» Hay que precisar qué clase de obligación contraían los propietarios. A simple vista se ve que se trata de una prestación «de hacer»: avisar al arrendatario. Hasta aquí la caracterización dada por el recurrente posteriormente—motivo segundo—era correcta. Claro que una mayor precisión hubiera sido conveniente: ¿quiénes eran los obligados en concreto y qué tipo de prestación era la debida:

— La indeterminación de los deudores era relativa, o, mejor, transitoria: estaba en función de la titularidad del dominio de la finca como «herederos de J. Penas». Una interpretación literal y lógica del contrato conduce, como mínimo, a entender obligados a los tres herederos firmantes.

— El tipo de prestación debida queda difuso: ¿era prestación de actividad o de resultado? Sólo se indica el medio a emplear: «por medio de carta». El que se configure de una u otra forma es trascendental a los efectos del caso de autos: si era prestación *de actividad*, bastaba demostrar los contactos con el arrendatario, con lo que la tesis de los demandados sería triunfante; si era prestación *de resultado*, el recurrente tenía razón. En la prestación de «hacer» el interés del acreedor no estriba tanto en que el deudor despliegue más o menos energía, cuanto en poder lograr con ella una determinada utilidad o finalidad. A HERNÁNDEZ GIL (283) le parece suficiente caracterización el distinguir según el grado de colaboración del deudor respecto del fin perseguido por el acreedor, según que el fin quede jurídicamente fuera o dentro de la prestación. Pero creemos más exacta la posición de Díez Pícazo (284), que entiende que el fin perseguido por el acreedor es siempre relevante jurídicamente y que la diferencia entre estos dos supuestos de prestación de «hacer» radica en la estructura del compromiso del deudor: en la prestación de actividad el deudor compromete únicamente su esfuerzo; en la prestación de resultado el deudor compromete, además de su esfuerzo, el resultado exterior obtenido con él. A la vista de estos caracteres y de la cláusula del contrato («llegado el momento de tener ofertas en firme...»), parece que la prestación debida era encuadrable entre las de «resultado», de modo que el aviso debía detallar con claridad las ofertas en firme. Pero no está claro si ello se produjo (285), ya que parece que el conocimiento de otras ofertas y de la venta no implica *per se* que el «resultado» de la prestación se hubiera producido.

(282) Verla en epígrafe 2 de los Antecedentes del caso.

(283) Véase *Derecho de obligaciones*, I.

(284) Véase *Leciones de Derecho civil*, II, pág. 235.

(285) Véase con detalle el apartado C) del epígrafe 7 de los Antecedentes de este caso. No más explícita es la parte expositiva del acta notarial, en que se dice que «los comparecientes dieron cumplimiento al pacto de la cláusula décima del contrato de arriendo...», sin especificar la forma de tal cumplimiento.

El tema de la divisibilidad o no de la prestación debida no es oportuno ni tempestivo en este lugar: la divisibilidad o no de la prestación es tema del *cumplimiento o pago* de la obligación y nada tiene que ver con su origen. En este punto era exacta y correcta la tesis del recurrente. Aunque la prestación fuere divisible, la naturaleza del negocio, *ex re ipsa*, impone la mancomunidad en el deber de prestación. Caso de incumplimiento jugará el artículo 1.150 C.c. y, además, se darán las demás posibles consecuencias del incumplimiento.

Resumiendo: obligados los firmantes, como herederos, a una prestación de resultado, que origina una deuda mancomunada, la consecuencia es una legitimación pasiva conjunta que procesalmente lleva a un litis consorcio pasivo necesario.

2. En el segundo de los apartados se estipula que ... «dentro del plazo de quince días siguientes al aviso, el señor Torrellas manifestará si se constituye comprador, formalizando en este caso el correspondiente compromiso de compraventa...». Me parece evidente que los contratantes estipularon una cláusula de opción aneja al arrendamiento (286). Parece conveniente profundizar en el supuesto y dejar aclaradas las cuestiones siguientes: interpretación de esta cláusula, qué tipo de derecho originaba, prestación debida, duración y efectos.

a") Interpretación de la cláusula: Creo poder eliminar aquí toda la problemática acerca de si es la opción un contrato autónomo o bien una cláusula o pacto anejo a un contrato principal. En el supuesto de hecho se trataba de una cláusula aneja al arriendo: bien se configure tal pacto como promesa de contrato de compraventa (DE CASTRO), bien como compraventa bajo condación *si voluero* (VALLET). Parece opinión mayoritaria la de que se trata de una modalidad de la promesa de contrato, cuyo régimen jurídico será el general de las obligaciones (no el de la compraventa). En el caso de autos es evidente: que se trata de una promesa unilateral a favor del señor Torrellas, que impone unas obligaciones a los propietarios y otorga un derecho al beneficiario.

b") Tipo de derecho originado: Constituida en tal pacto la relación jurídica de opción, su fundamento último debe buscarse en el dominio del propietario, quien, como titular de la facultad de disposición, puede limitar su dominio (sujetándolo a derechos reales) y supeditarlo a una opción. También aquí puedo excluir todo lo relativo a si se trata de un derecho real o personal, pues en el caso de autos no acudió el beneficiario al Registro. Lo que me parece claro en el supuesto de hecho es que la opción concedida era no una opción «electora», sino una opción de compra «decisoria» (287): o sea, en el más auténtico sentido romano, ya que la *optio* significaba «coger una cosa deseable» y en la que lo esencial no era la elección, sino la adquisición (288). El derecho del señor Torrellas mal podía ser un derecho real

(286) Sobre el pacto o contrato de opción véase *Comentario a la sentencia de 23 de marzo de 1945*, por BONET RAMÓN, «R. D. P.», 1946, pág. 509; comentario a la misma sentencia, por HERNÁNDEZ GIL, «R. G. L. J.», 1946, II, pág. 624; Roca SASTRE, en «Estudios de Derecho Privado», I, 1948, pág. 350, y «Derecho Hipotecario», III, 1954, pág. 23; MEZQUITA DEL CACHO, *El pacto de opción y el derecho que origina*, en «R. C. D. I.», 1951, pág. 73; NAVARRO AZPEITIA, *El derecho de opción en el Registro de la Propiedad*, en «Conferencias del Colegio Notarial de Valencia», 1951, pág. 155.

(287) En la terminología de N. AZPEITIA.

(288) Véase N. AZPEITIA y las citas de D'ORS.

(pues no se inscribió); pero parece que lo más lógico es que si de tal pacto derivaba la posibilidad de adquirir la finca, tal derecho no es sino la *facultad jurídica* de exigir la formalización del compromiso de compraventa.

c") Prestación debida: Que los concedentes de la opción quedan vinculados es obvio. Lo importante es precisar qué obligaciones contraen. Tanto doctrina como jurisprudencia (ss. de 23 de marzo de 1945 y de 18 de enero de 1947) son concordes en que el o los concedentes contraen dos obligaciones: una *positiva*, de «hacer», de conceder la opción, o sea, de realizar la venta a favor del beneficiario si éste usa de su derecho, otra *negativa*, de «no hacer», consistente en no celebrar el mismo contrato con tercera persona distinta del beneficiario. En cuanto a la obligación de «hacer», parece que se trata de una prestación de «actividad». En cuanto a la obligación de «no hacer», parece que se trata de una promesa del no ejercicio de un derecho (obligación de no contratar), obligación que es de carácter permanente y posee un relieve especial (en fase de incumplimiento) (289). La aplicación de tales ideas al caso de autos no requiere mayores aclaraciones.

d") Duración de la opción: Tampoco me extendiendo en consideraciones acerca del plazo de la opción, dado que en el caso de autos aparece claro que el comienzo de su ejercicio *depende* del hecho del aviso previo, o sea, depende de una condición suspensiva. Lo que ocurre en el caso es que el ejercicio condicionado de la facultad de exigir la opción venía implicado en un contrato de arrendamiento; y es sabido que la prórroga periódica de los arriendos se realiza de forma indefinida. Pero una cosa es la duración del arriendo y otra distinta la duración de la facultad de optar el derecho del arrendatario en el primer caso está sujeto a la prescripción ordinaria de quince años; y el plazo de quince días aplicable a la facultad jurídica de exigir la opción parece que es de caducidad. Lo que está claro es que la facultad de exigir la opción dependía en su nacimiento del hecho de darle el aviso previo.

e") Efectos: Una serie de ellos se desprenden de las bases que acabamos de sentar:

1. El que, siendo inscribible el contrato de 1935 (claro, que previa escritura pública), no se inscribiere, no es obstáculo a su posterior inscripción. En todo caso, el beneficiario tenía en su mano la posibilidad de pedir anotación preventiva de su demanda, exigiendo la consumación de la opción.
2. De la facultad de exigir se deriva que, caso de no ser voluntariamente cumplida, puede ser sometida a ejecución forzosa, dando el Juez efectividad al contrato de promesa.
3. De la prestación de «hacer» no cumplida—aparte lo anteriormente dicho (art. 1.098)—se deriva la indemnización de daños y perjuicios correspondiente (art. 1.101).
4. De la prestación de «no hacer» no cumplida deriva la indemnización de daños y perjuicios oportuna: además, plantea el problema de la posible participación del tercero en la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación (290), al que luego se aludirá.

(289) Véase en tal sentido Díez-PICAZO, *Lecciones de Derecho civil*, II, pág. 236.

(290) Véase en tal sentido Díez-PICAZO, op. cit. ult., pág. 236.

c') *Eficacia del contrato*

1. En tema de eficacia, parece que el contrato de 1935 reunía todos los elementos necesarios para su validez y que, por tanto, era eficaz. Ello, tanto respecto del arriendo como del pacto de opción.

Pero, la eficacia del contrato de 1935 no sólo suponía la realización de una voluntad, sino además la instauración en la realidad de la reglamentación contenida en el negocio y por ello la necesidad de que las partes ajustasen su conducta a esta reglamentación. Hay, pues, inmediatamente, un *deber de respeto* del contrato, un deber de observancia del contrato; y, además, crea unas relaciones jurídicas: las derivadas del arriendo y de la opción.

Ahora bien, además de la eficacia *inter partes* del contrato, éste incide en la situación de otras personas ajenas a su celebración: es la llamada eficacia del contrato «respecto de tercero». El problema de la eficacia del contrato en relación con los terceros es ante todo un problema de seguridad y de publicidad (arg. art. 1.280 C.c.) (291). Hago estas consideraciones precisamente a la vista del caso de autos. No parece, en principio, que los terceros—aquí era el señor García R.—sufrieran la eficacia *directa* del contrato de 1935, pero sí es grave la duda sobre si había una eficacia *indirecta* o «provocada» de dicho contrato (292).

En el supuesto de hecho me parece claro que sí se daba tal eficacia «provocada»: primero, porque se daba la «oponibilidad» del contrato por el arrendatario firmante al tercero comprador, fundando en el propio contrato la pretensión dirigida contra el tercero; pero el contrato no reunía los caracteres de publicidad y fehaciencia exigidos por la ley—¿quid si los hubiera reunido?—. Segundo, porque se daba la «utilizabilidad» por el tercero del contrato ajeno para sus propios fines, fundando en él sus pretensiones, en la contestación a la demanda; aquí el problema no era de publicidad, sino de prueba.

Me parece evidente la eficacia del contrato de 1935 para las partes firmantes. Más dudosas la eficacia genérica directa respecto del tercero comprador y la eficacia indirecta en su variante de «oponibilidad» por la carencia de publicidad del contrato. Y posible y aplicable la «utilizabilidad» por el tercero del contrato.

d') *La ineficacia del contrato*

Personalmente entiendo que el contrato firmado en 1935 reunía todos los requisitos precisos para su validez y, por tanto, era eficaz. Cuando menos produjo sus efectos desde 1935 a 1940.

Sin embargo, adujeron los demandados la ineficacia de dicho contrato en base, fundamentalmente, a que: había sido «provisional» y debía ratificarse posteriormente, y que el contador-partidor no podía obligar al caudal relicto por tiempo superior a la proindivisión. Veamos si estas razones encajan o no dentro del concepto de ineficacia y si matizan con claridad alguno de sus tipos.

(291) Así, en Díez-Picazo, op. ult. cit., pág. 168.

(292) Véase Díez-Picazo, op. cit., pág. 169.

En principio, y pese a la enorme dificultad de definir la «ineficacia» (293), tenemos una evidencia: que el contrato fue eficaz hasta el año 1940 y entonces se aduce su ineficacia. ¿Es que era un contrato «claudicantemente eficaz»? Lo único claro es que había una discrepancia entre la eficacia prevista o esperada y la eficacia realmente desarrollada, que tal discrepancia entrañaba una infracción para los demandados y que ésta debía ser sancionada. Parece que esta ineficacia «provocada» por parte de los firmantes venía a ser un medio puesto a disposición de los propietarios del local arrendado para proteger sus intereses: este medio era el poder de impugnación. En suma, tal ineficacia venía a ser más bien «impugnabilidad» del contrato celebrado.

Que tal ineficacia era sanable lo demuestran las mismas alegaciones de los interesados: pendiente la ratificación. Claro que había que contar con la posibilidad de confirmación (expresa o tácita), por la decisión de los titulares del poder de impugnación.

Ahora bien: la ineficacia jurídica, en general, y esta especie de ella —«impugnabilidad»— pertenecen al mundo del «debe ser», PERO EN LA REALIDAD se habían producido efectos que no debieron producirse (según los demandados). La reacción del Ordenamiento jurídico frente a un negocio ineficaz puede darse, en efecto, pero de muy diversas formas: inexigibilidad del contrato, irrelevancia, desaparición de sus efectos, consolidación de sus efectos, propagación de la ineficacia, daños y perjuicios causados por la ineficacia. De todos ellos, el actor pedía: la consolidación de los efectos y los daños y perjuicios; los demandados, todas las demás sanciones.

Que el tipo de ineficacia solamente podía ser la «impugnabilidad», llamada comúnmente «anulabilidad» del contrato, nos lleva a la cuestión de si ello era posible. Para darse la anulabilidad se precisa una de estas dos causas: falta de plena capacidad de obrar o vicios de la voluntad. Alegaban los demandados: la falta de plena capacidad en los menores, representados por sus padres; la necesidad de ratificación y la intervención extralimitada del contador-partidor. Veamos si ello era cierto:

- que el contador-partidor, como tal, no tenía por qué intervenir y su firma venía a ser un «plus», lo hemos demostrado anteriormente;
- que los menores eran simples legatarios de cuota, en su modalidad de «valor puro», y que no son más que acreedores de los herederos, sin formar parte de la comunidad hereditaria, también quedó más arriba expuesto;
- que los firmantes eran los herederos, a quienes compete la administración del caudal relicto y que reunían más de la mitad de intereses en la herencia, por lo que tenían plena legitimación para arrendar y conceder la opción, también ha quedado expuesto.

No parece claro que existiera representación indebida de los menores por sus padres, causante de la anulabilidad. Pero, forzando el argumento, demos ello por hecho y pensemos en una situación tal de REPRESENTACION ILEGITIMA. Entonces nos encontramos con dos hechos evidentes: uno, la misma actuación y con idéntico carácter en la firma de la partición (aunque la demos como «provisional»); otro, el hecho de la voluntaria ejecución del

contrato unido al transcurso del tiempo. Y esta doble consideración nos lleva a otro punto:

e) *La impugnación del contrato y la doctrina de los propios actos*

1. Que hubo una voluntaria ejecución del contrato y un aprovechamiento de sus efectos durante unos largos y difíciles años me parece inquestionable. Que ello implicaba una confirmación tácita (arg. art. 1.311 C.c.) también es obvio. Que tal confirmación tácita funciona *objetivamente*, en base a la inadmisibilidad de contradecir el sentido de la propia conducta y que la impugnación *per se* es un *venire contra factum proprium* (294) es asimismo claro.

Es muy significativo que en un momento histórico, en que la palabra impugnar no tiene un sentido técnico preciso, se identifique entre *venire* e *impugnare*. La hipótesis típicas de *venire contra factum* son precisamente casos en que la facultad de hacer valer en juicio la ineficacia de un negocio jurídico ha quedado coartada por haber prestado el sujeto aquiescencia al negocio con sus actos. Esta conexión estrecha entre actos propios e impugnación se refleja con carácter general en nuestra jurisprudencia. La inadmisibilidad de venir contra los propios actos entraña un límite a la facultad de impugnar un negocio jurídico ineficaz.

No se trata de que exista aquí una renuncia tácita de la acción de impugnación: lo que hay es un hecho de autorresponsabilidad que se expresa mediante la inadmisibilidad del *venire contra factum proprium* (BETTI). Quizá el principio del *venire contra factum* sea el antecedente histórico inmediato de la figura de la confirmación (295); pero el problema práctico planteado es el mismo y es consustancial con el tráfico jurídico: la impugnación del negocio tácitamente confirmado conduce a un resultado que la conciencia social estima injusto y contrario a la buena fe, por lo cual se crea por vía consuetudinaria o doctrinal una regla de derecho que viene a vedar o impedir este injusto resultado. Pero esta regla se formuló con una amplitud mucho mayor de lo que era el resultado práctico pretendido y, en consecuencia los supuestos principales de aplicación del *venire contra factum* venían englobados en los casos de confirmación tácita por nuestra jurisprudencia.

Pero a la vista de la regulación del C.c. (arts. 1.309 y ss.), es obvio que la doctrina de los propios actos no debe encontrar aplicación en los casos de confirmación tácita de un negocio irregular. Dicha doctrina *solamente debe funcionar* allí donde no exista una institución o un conjunto de normas específicas que subviengan a la necesidad práctica planteada.

Ahora bien: si faltare alguno de los requisitos prevenidos en C.c. para la confirmación tácita o si no hubiera tal negocio irregular susceptible de confirmación, ¿cabe llegar a la misma consecuencia de inimpugnabilidad del negocio a través de la doctrina de los propios actos? Este, creo, es el problema central en el caso de autos y la contestación puede y debe ser afirmativa.

2. El primero de los *presupuestos* para que se dé la aplicación de la doctrina de los propios actos es una «conducta vinculante»: conducta rele-

(294) Véase Díez-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, págs. 201 y 170 y siguientes.

(295) Véase Díez-PICAZO, op. et loc. ult. cit., de quien son estas citas y comentarios, sintetizados y aplicados al caso de autos.

vante jurídicamente y con eficacia en derecho, dentro de una determinada situación jurídica. Conducta entendida como acto o serie de actos en cuanto reveladores de una postura, un modo general de proceder, un comportamiento, o sea, en cuanto revelan una determinada toma de posición de la persona respecto a algunos intereses vitales. La *relevancia jurídica* implica que tal conducta se haya realizado dentro de una determinada situación jurídica y que con ella haya quedado afectada una esfera de intereses y que sea valorable objetivamente el sentido de la conducta. La eficacia jurídica de la conducta supone que los actos propios han de ser jurídicamente eficaces. Y la conducta ha de ser observada frente a los interesados en la relación jurídica de que en cada caso se trata, o mejor, observada en una situación litigiosa.

Estas ideas básicas de Díez-Picazo, previo el contraste con el supuesto de hecho que comentamos, nos llevan a concluir: o bien que el contrato de 1935 era totalmente eficaz, o bien claudicantemente eficaz, o bien absolutamente ineficaz. Y ante la conducta, o, mejor, *comportamiento*, de todos los firmantes del mismo, en ejecución voluntaria del mismo hasta el año 1940 y en la escritura particional, tenemos que llegar a las conclusiones de que: o no procedía, o procedía la impugnación. La impugnación *per se* es un *venire contra factum proprium*, aunque técnicamente no es una pretensión contradictoria; *pero puede serlo* en cuanto a una situación jurídica diversa de la negocial, respecto de la cual supone una toma de actitud: lo decisivo es la susceptibilidad de la conducta para suscitar una objetiva confianza. Por tanto, una ineficacia total y absoluta no crea esta razonable confianza, pero sí la crea una ineficacia de tipo relativo o de eficacia «claudicante»: una conducta posterior al negocio y objetivamente contradictoria con el ejercicio de la acción de impugnación, si constituye un *factum-propium* y ello viene a reconducirse con el principio de la confirmación tácita, de que hemos ya hablado. Nos queda, pues, tan sólo el caso de un negocio totalmente eficaz, al que, por darse tal conducta posterior y objetivamente valorable en derecho, cabe aplicar la doctrina de los propios actos. Este es, entiendo, el supuesto del caso de autos.

— Además de la conducta relevante y eficaz jurídicamente dentro de una determinada situación jurídica, el *segundo* de los presupuestos para la aplicación de la doctrina de los propios actos es que exista una pretensión contradictoria con la propia conducta anterior dentro de una determinada situación litigiosa. Tal pretensión es independiente de la posición que el litigante asume dentro del proceso (296). Que se daba esta pretensión en la contestación a la demanda y en la reconvencción, en el caso de autos, es también evidente.

— El *tercer* presupuesto de aplicabilidad de la regla *venire contra factum proprium* es la existencia de una contradicción entre la anterior conducta vinculante y la posterior pretensión litigiosa. Este era el problema en nuestro caso. ¿hubo verdadera contradicción en la actitud o comportamiento de los propietarios-arrendadores? De haber contradicción no era en el negocio arrendaticio, sino en la conducta posterior. Pero ¿en qué consistió tal contradicción? No era una idea lógica de contradicción, sino la idea de incompatibilidad de la conducta posterior valorada socialmente como en contravención

(296) Véase Díez-Picazo, op. ult. cit., págs. 218 y sigs., para los conceptos de pretensión y situación litigiosa.

a la buena fe. Tal conducta era la derivada del comportamiento de los arrendadores, conducta en sentido objetivo, que suscitaba en los demás la confianza en la apariencia y vigencia del contrato. En cuanto a la pretensión contradictoria, no lo era la oposición al demandante o la reconvencción, sino el resultado empírico que con ella trataba de obtenerse, o sea, la decisión final del Juez. En suma, con RIEZLER, podemos decir que lo decisivo no es tanto la contradicción en sí misma considerada, como la «improbabilis» que la contradicción supone (así, en Díez Pícazo, op. et loc. ult. cit.).

— El cuarto y último presupuesto de la doctrina de los propios actos es la identidad de los sujetos (activo y pasivo) de la pretensión contradictoria formulada. Como el juego del *venire contra factum* se desarrolla en dos momentos lógicos y cronológicamente distintos (conducta anterior, pretensión posterior), la aplicación estricta de la regla exige, como primer presupuesto subjetivo, la más estricta identidad entre el sujeto de la conducta y el sujeto de la pretensión. Tanto la conducta como la pretensión han de haberse realizado por una misma persona o deben ser jurídicamente imputables a una misma persona si se realizaron por dos personas distintas. Aplicadas estas ideas al caso de autos, observamos que contestaron a la demanda don José P. H. (heredero) y don J. M. P. (legatario, «ex menor»); y éste, además, formuló reconvencción. Parece evidente la sujeción de don José P. H. al principio del *venire contra factum*. Más difícil la aplicabilidad al reconviniente; conviene aquí otra última precisión:

Se liga aquí la doctrina de los actos propios con la de la *representación*, a que antes se aludía. Aquí aparece el representado (reconviniente) intentando una pretensión contradictoria con la conducta de su representante (don Julio, su padre, que—¡curioso!—no contestó a la demanda) ¿Coartaba la conducta previa de su padre el posterior ejercicio del derecho por el reconviniente? El problema es para Díez-Pícazo un problema de imputabilidad: imputabilidad de la conducta del representante al representado. La solución, nos dice, debe basarse en el punto de vista del carácter objetivamente razonable de la confianza suscitada: si objetiva y razonablemente puede esperarse un cambio de actitud en el representado o el cambio de actitud no contraviene la buena fe, los actos anteriores de su representante no le vinculan, pero si en caso contrario. Me faltan elementos de juicio para precisar si el cambio de actitud del reconviniente era contrario a la buena fe (por ejemplo, año de su mayoría de edad), aunque presumiblemente tal cambio no era objetivamente fundado.

— La consecuencia obvia de todo lo expuesto es que la inadmisibilidad de las pretensiones contradictorias de don José P. H. y don J. M. P. debió ser acogida de oficio.

3. En consecuencia: los propietarios confirmaron tácitamente el contrato, y a su pretensión contradictoria con la conducta anterior le era aplicable la regla del *venire contra factum proprium*.

f) El contrato de 1935 y la administración de la herencia:

Precisadas las consecuencias de dicho contrato en cuanto al arrendatario en el epígrafe anterior, conviene volver al tema de la administración de la herencia indivisa. Parece obvio que los menores no impugnaron la partición y dieron por buena la actuación de sus padres. ¿Cabía aceptar la tesis de que

no les afectaban los actos de extraordinaria administración? Ya vimos que no había «oposición» de intereses. Pero no deja de ser curioso que parte de la doctrina entienda aplicable a este supuesto el artículo 1.695 del Código civil, con su presunción de mandato tácitos en favor de los administradores.

Aun excluyendo la aplicación de dicha regla, el transcurso del tiempo y la propia conducta de los interesados (¿desde qué fecha eran mayores de edad?), no parece que les legitime para un ejercicio del *ius prohibendi*, ya que su misma conducta implicó una ratificación de todo lo actuado por los padres. Máxime si tales actos fueron útiles a la herencia y procuraron al patrimonio relicto un enriquecimiento evidente (297).

Precisamente es para casos y situaciones como la del supuesto debatido cuando la doctrina entiende aplicable la doctrina de la *negotiorum gestio* (293), con la aplicabilidad de una ratificación tácita y, en definitiva, el axioma *ubi emolumentum, ibi onus*. Quizá también cabría acudir al remedio del enriquecimiento, sin causa, de darse sus requisitos, y revalidando así los actos realizados por los padres-herederos en beneficio de todos.

Que en la herencia indávsa se producen una serie de situaciones intermedias difíciles de encajar, pero implicativas de actos de administración, es harto conocido. Lo difícil como en nuestro caso, es elegir el molde jurídico adecuado para solucionar las consecuencias de tales situaciones y actos.

d) Otro tema interesante lo constituye la escritura de compraventa otorgada en 1941 por todos los interesados en la herencia del señor Penas, de una parte, y el señor García R., de otra. Con el necesario antecedente de la segunda acta notarial (marzo de 1940), en la que el ya comprador (en febrero de 1940, por documento privado) requiere al arrendatario para el desalojo.

1. Hay una cadena de hechos clarísima: adquisición de la finca en documento privado (de febrero de 1940), acta de requerimiento de los vendedores (7 de marzo de 1940) (299), acta de requerimiento del comprador (7 de marzo de 1940) (300), acto conciliatorio (9 de abril de 1940), escritura pública de compraventa (21 de febrero de 1941) y demanda en juicio de mayor cuantía (30 de junio de 1941). A mi modesto entender, tras la esquemática desnudez de las fechas y de los actos hay todo un mundo de gestiones, ofertas y contraofertas, intereses en conflicto en una difícil situación nacional (y una guerra mundial acechando), que van a desembocar en la situación litigiosa planteada.

2. Pocas veces aparece tan claro cómo un contrato—el celebrado en 1935—produce efectos de forma indirecta respecto de terceros—el señor García R.—: efectos reflejos (la venta extinguía el arriendo) y efectos provocados. Había efectos «provocados», de un lado, en las frecuentes alegaciones del compra-

(297) Pléñese en los difíciles años que van de 1935 a 1940, con plena vivencia de la guerra en zona roja, y las circunstancias también difíciles de la postguerra.

(298) Véase GUTRAMA, op. cit., págs. 422 y sigs.

(299) En esta primera Acta, que curiosamente contiene parte expositiva, se lee textualmente: «Al decidir vender la finca... los comparecientes dieron cumplimiento al pacto consignado en la cláusula décima del contrato de arrendamiento, no interesando al señor Torrellas la adquisición del inmueble...»

(300) También esta segunda Acta contenía una curiosa exposición, en la que se lee: «Concertada la compra del inmueble en cuestión..., siendo la razón determinante de la adquisición la necesidad de ampliar su negocio...; que en el contrato de 1935, entre los anteriores propietarios y el arrendatario, en su cláusula undécima, se pactó que...».

dor de que aquel contrato le era inoponible (precisamente por no ser fehaciente), y de otro, en la utilización por dicho tercero de aquel contrato (301).

3. Además, dicho contrato de compraventa de la finca en que se hallaba el local arrendado, técnicamente existía desde febrero de 1940 (arg. artículo 1278 del Código civil), dado el carácter consensual de la compraventa y el principio de libertad de forma en nuestro Derecho de contratación. Por tanto, el otorgamiento de escritura pública, aparte de darle la posibilidad de acceder al Registro, lo que le daba al comprador era la facultad de «oponerlo» al inquilino. Es difícil precisar si tal contrato de venta se hizo o no «en daño» de tercero (el inquilino): creo más posible defender la tesis de que se trataba de un contrato con abuso del derecho de la contratación por parte de los vendedores. Con la aplicación de los principios generales sobre el abuso del derecho.

4. Finalmente, cabe preguntarnos si el tercero—el comprador, señor García R.—tenía o no responsabilidad por la lesión del derecho de crédito derivado de la opción a favor del señor Torrellas. Hay, es obvio, una violación de la obligación negativa de «no contratar», con la complicidad de un tercero en el incumplimiento del deudor. ¿Tiene el tercero una responsabilidad por tal violación?

Parece hoy aceptado que existe un deber general «de respeto» del derecho de crédito: es un deber de indemnización de daños y perjuicios, cuya responsabilidad es extracontractual (base en el artículo 1.902 del Código civil). Se habla así de la tutela «aquiliana» del crédito (302). Entonces el comprador sería responsable, con arreglo a las normas generales del Derecho de daños, frente al beneficiario de la opción.

Más difícil es el problema de si cabe entender como solidaria la responsabilidad del que incumple (los propietarios) y del tercero (el comprador). parece que tal violación conjunta debe llevar, como acto unitario, a un régimen también unitario de responsabilidad.

e) El tema de la *prescripción de la acción del demandante* podría ser objeto de un detenido análisis si no fuera por la extensión que he dado a los comentarios precedentes.

Creo procedente recordar aquí que el derecho derivado de la opción, más que un derecho único comporta una serie de derechos y sus correspondientes acciones, o mejor, una serie de pretensiones: como facultades dirigidas a obtener de los obligados un determinado comportamiento o resultado.

Enumeraré estas pretensiones: 1.º A la prestación de hacer, de resultado, de que se le avisara con detalle las ofertas en firme; 2.º A obtener la anotación preventiva de la demanda en que exigiese la consumación de la opción; 3.º A la prestación de hacer, de actividad, de que se le concediere la opción, prestación sujeta a la condición suspensiva del aviso previo; 4.º A que, en defecto de la anterior, el Juez diera efectividad al contrato de promesa, con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios; 5.º A la prestación de no hacer, de «no contratar», con la indemnización de daños y perjuicios correspondientes; 6.º A la indemnización de daños y perjuicios por el abuso del derecho de contratar por parte de los propietarios-arrendadores; 7.º A la

(301) Véase la parte expositiva del Acta, en su referencia a la cláusula undécima del contrato: nota 300 anterior.

(302) Véase Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil*, II, pág. 391.

indemnización de daños y perjuicios por la infracción por parte del comprador del deber general de respeto de su derecho de crédito.

Toda esta serie de pretensiones lo son, claro es, en sentido *sustantivo*. Pero desde un punto de vista *procesal* debe ser una petición fundada que constituye objeto del proceso.

A la vista de todo ello, creo que podemos concluir que el actor, *procesalmente* hablando, sólo había ejercitado las pretensiones que he señalado con los números 1, 3 y 4, y esta última en su parte o inciso final.

Teniendo en cuenta que la señalada con el número 3.º era condicional y supeditada a la del número 1.º, no creo pueda decirse que había caducado su derecho a ejercer la opción, cuyo plazo no es de prescripción (303).

La determinación del plazo para poder o no ejercer la opción en nuestro caso parece que cabía quedar al arbitrio de los Tribunales (arg. art. 1.128 del Código civil).

Finalmente, la formulación de la demanda me parece que era posible.

— Actos procesales:

1. *Demanda*.—A la vista de lo expuesto anteriormente, en especial el epígrafe e) precedente, hay que concluir que técnicamente la demanda era poco afortunada: no ejercitaba las pretensiones de que era titular y la dirigía contra los herederos del señor Penas y el señor García R.

Quizá hubiera tenido otro desenlace el litigio de haber formulado la demanda *exclusivamente* contra los herederos firmantes del contrato y de haberla basado en todas y cada una de las pretensiones que de la serie de hechos se derivaban.

2. *Contestación y reconvencción*.—Expuesto lo relativo a la doctrina de los propios actos, parece que *técnicamente* tales pretensiones procesales eran contradictorias con la conducta anterior de los exponentes (herederos) y, por tanto, su inadmisibilidad procedía de oficio.

3. *Sentencia en primera instancia*.—Es probablemente el único acto en todo este pleito en que se formula *técnicamente* una decisión, a la vista, por supuesto, del *petitum* de la demanda. Para ser plenamente perfecta tal decisión, creo debiera haber hecho aplicación del artículo 1.098 del Código civil y sustituir la actividad de los obligados por la suya propia.

4. *Sentencia de la Audiencia*.—No conocemos los términos exactos, salvo un par de consideraciones (304) en que fundamenta su decisión: pero ésta creo que no era correcta ni justa. No estaría de más hacer nuevamente hincapié en las circunstancias ambientales, factores sociológicos, etc., que influyen en cada situación en el juzgador.

Las afirmaciones que hemos entresacado (v. pág. 1.318) eran jurídicamente muy deficientes. Así, las referencias a: la indivisibilidad de la obligación concertada en la cláusula décima del contrato; el que no podían obligarse sólo

(303) Lo sería de caducidad, de cuatro años, de haberse inscrito el contrato. Pero no está demasiado claro (si se considera la vinculación al arrendo de la opción) si al no inscribirse también lo es de caducidad: parece que lo es.

(304) Véase nota 95.

algunos de los propietarios, el que los menores, como legatarios de parte alicuota, eran condueños y debían intervenir en tal pacto; el que era asunto en que los menores podían tener interés opuesto al de sus padres; que en tal estipulación es de imposible cumplimiento su finalidad, y que es un extremo accesorio y preeliminar.

Algunas de ellas han sido ampliamente tratadas al analizar el supuesto de hecho. Otras son francamente enigmáticas, como la última. Y las dos referentes a los menores, carentes totalmente de fundamentación; en cuanto al interés «opuesto», o lo hay o no lo hay, pero no cabe hablar de que «podían haberlo»; en la referencia a la intervención en tal pacto se confunden conceptos: una cosa es que los legatarios parciales que sean comuneros (y no era éste el caso) deban intervenir en la partición, punto que aún hoy es discutido, y otra distinta el que deban intervenir en cualquier pacto de extraordinaria administración.

5. *Recurso*.—El escrito era de gran calidad jurídica (305) y no creo que necesite comentarios.

Particularmente interesante era el motivo 5.º, de extraordinaria precisión técnica (para aquellos tiempos; piénsese que han transcurrido veinte años).

— *Sentencia del Tribunal Supremo*:

A mi modesto entender, y con todos los respetos para el Alto Tribunal, ni era justa la decisión ni su fundamentación la adecuada. Además, como obra literaria es de lectura difícil. En suma, poco afortunada.

En el cuarto considerando extrae conclusiones poco seguras de puntos de partida todavía menos seguros. El que los legatarios sean condueños—tesis discutible—no implica *per se* que deban ser parte en cualesquiera contratos, y menos todavía implica que el contrato sea inválido e ineficaz. Otro punto erróneo es el de «la obligación de darle el aviso de las ofertas de compra—tal petición—va tan unida con la del derecho de opción de compra, que la inexistencia de éste hace innecesario el aviso»; precisamente la opción depende en su nacimiento del hecho de que se le avisare, y no al revés.

De los considerandos quinto y sexto lo menos que se puede concluir es que los firmantes del arriendo y del contrato quedaban obligados para con el inquilino recurrente. Máxime si consideramos que en reiteradas ocasiones (306) entiende nuestra jurisprudencia que «el derecho de opción a favor del arrendatario cumple idéntica finalidad que la redención en la enfiteusis, de asegurarle la posibilidad de adquirir la finca arrendada, con la imposibilidad consiguiente de separar el derecho de opción a favor del arrendatario del contrato de arriendo». Siendo el contrato un todo unitario, ¿cómo propugnar que el arriendo era válido y la opción no?

El considerando séptimo, *formalmente* correcto, se debe a la peculiar técnica de nuestro recurso de casación. Pero *sustantivamente* no es correcta esa aludida « semejanza » jurídica entre los herederos y los legatarios de parte alicuota. Me remito a lo expuesto en el comentario a la sentencia de 1940, precedente (págs. 1.614 y sigs.).

• (305): Obra del ilustre jurista que fue don Cirilo Genovés Amorós.

(306) Véase sentencia de 27 de febrero de 1950.

9.^a SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 1950.

— Hechos:

Tampoco en este caso tenemos disponibles todos los antecedentes que componían el supuesto litigioso. Con todo, esta deficiencia es menos grave que en la sentencia de 1940, ya que con la somera exposición de hechos es suficiente para el análisis.

1. El hecho básico es el otorgamiento del testamento por don Servando, el causante. En el análisis de las tres cláusulas que conocemos sigúen los criterios ya conocidos, que he expuesto en otros comentarios precedentes.

a) El legado dispuesto en la cláusula cuarta, evidentemente, es un legado de cosa ganancial (307). No voy aquí a tratar de toda la problemática de este tipo de legados y me remito al estudio citado de M. DE LA CÁMARA ALVAREZ. El supuesto de esta cláusula cuarta encaja precisamente en la hipótesis especial prevista por dicho autor de que el legado de cosa ganancial hubiere sido ordenado por un cónyuge a favor del otro (308). Siguiendo en lo fundamental a M. DE LA CÁMARA, creo que en dicha cláusula el testador, don Servando, lega «la participación que al testador corresponde por gananciales en las dos fincas...». Pero ¿implica ello que la totalidad de esta participación legada deba *previamente* adjudicarse a favor del testador? Es éste un difícil problema de interpretación de la voluntad del testador. En nuestro caso, parece que el testador dispuso de «los derechos» que en su día podían corresponderle sobre los bienes comunes, lo que impone su previa determinación mediante la liquidación de la sociedad conyugal (309). Este mismo es el parecer de DE LA CÁMARA, quien distingue según que la liquidación determine la restitución del patrimonio privativo de un cónyuge absorbiendo todo el patrimonio común: si se restituye al cónyuge *legatario*, la cosa legada habrá sido adquirida en virtud de sus derechos sobre su patrimonio privativo, con lo que el legado queda sin efecto; si se restituye al cónyuge *testador*, debe entenderse legada la totalidad de la cosa, pues ha sido voluntad del testador legar el «dominio» de la cosa legada, que cabrá íntegramente en la participación del testador.

Pese a la carencia de datos, parece que hay indicios de que en el caso de autos era más probable el segundo supuesto que no el primero, a la vista de los hechos.

Parece claro que el efecto primordial perseguido por el testador con el legado era simplemente convertir a la viuda en dueña exclusiva de las dos fincas. Conviene no olvidar, recuerda DE LA CÁMARA, que la «participación» o cuota en los gananciales no es el objeto del derecho de los partícipes, sino tan sólo el módulo de reparto, la síntesis de su posición jurídica de comuneros.

Una característica típica de este legado es que el mismo debe cumplirse necesariamente *in natura*. Consecuentemente, los herederos no pueden pretender el cumplimiento por equivalente y el legatario debe aceptarlo tal como se

(307) Sobre *El legado de cosa ganancial*, véase por todos el excelente trabajo de M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, en «Conferencias del Colegio Notarial de Valencia», 1952, pág. 7.

(308) Véase DE LA CÁMARA, op. cit., págs. 62 y sigs.

(309) En este sentido: COSSIO, *La sociedad de gananciales*, pág. 202, y resoluciones de 18 de diciembre de 1916 y 23 de abril de 1919.

le ofrece: no es admisible que pretenda la adjudicación de la cosa en pago de su mitad de gananciales y que luego reclame el *valor* de la «participación» legada en pago de su legado. Estas nociones no requieren comentarios.

b) En la cláusula quinta, el testador dispone un legado del usufructo del remanente de su caudal (310). En la doctrina y jurisprudencia modernas prevalece la opinión de que se trata de un verdadero legado, con características peculiares, que lo distinguen de la institución de heredero.

En el caso de autos el problema se centraba en el contenido de este legado de usufructo: o la totalidad del remanente (tesis de la viuda, recurrente) o la mitad de dicho remanente (tesis de la Audiencia y del Supremo).

Pudiera pensarse en que se trata de un problema de *imputación*, pero, evidentemente, no hay peligro de inoficiosidad al no existir otros herederos forzosos. VALLET (311), en general, entiende que lo más prudente es estimar que el legado a favor del cónyuge ha sido ordenado *al margen* de su derecho legítimo y procederá, por tanto, acumular la cuota legal y el legado. Pero esta opción no es unánime en la doctrina.

Mi punto de vista es que los conceptos de *computación* e *imputación*. (y la *reducción* correspondiente, caso de inoficiosidad) solamente juegan entre legítimos. Si el viudo o viuda concurre con herederos voluntarios, parece lógico interpretar que éstos, si aceptan la herencia, deben pechar con los legados dispuestos por el testador: que el testador puede disponer un legado de usufructo universal a favor de su cónyuge es posible aun existiendo otros herederos forzosos; luego, ¿cómo no va a ser posible si existen herederos voluntarios tan sólo?

Ahora bien, una cosa es que el contenido del legado abarque o no la totalidad del remanente y otra cosa es que EN UNA MITAD la viuda tenga el carácter de heredero forzoso. Son conceptos totalmente distintos y temas perfectamente compatibles.

Finalmente, la caracterización de este legado como legado parciario es absolutamente clara. La modalidad de legado parciario es también clara: de remanente, o sea, concede un derecho de crédito (según unos) a obtener una *pars bonorum* o bien atribuye la cotitularidad sobre los bienes hereditarios (según LACRUZ). Lo que es evidente es que las deudas le «afectan», pero no responde de ellas personalmente.

c) La cláusula sexta es la verdaderamente cuestionable a los efectos de este litigio:

La institución de herederos en el remanente ha sido objeto de anteriores comentarios.

La peculiaridad de tal institución radica en la frase final: «... les impone la obligación de respetar el usufructo... sin que nada le pidan por ningún concepto que con la herencia se relacione, ni la molesten con ninguna pretensión judicial...» Lo que el testador llamó «obligación» ¿qué concepción técnica nos merece? ¿Dispuso en realidad una cláusula modal? (312).

(310) Sobre la disposición testamentaria por la que se deja el usufructo, véase GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios de Arte Menor*, II, pág. 143, y, sobre todo, LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, págs. 63 y sigs.

(311) Véase *Imputación de legados otorgados a favor de legítimos*, en «R. D. P.», 1948, págs. 315 y sigs., en especial pág. 345.

(312) Véase sobre la institución modal: PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., V-2.º, págs. 324 y sigs.; LÓPEZ VILAS, *Sobre la distinción entre legados e instituciones modales hechas en testamento*, en «A. D. C.», XIX-III, pág. 575, y TORRALBA, *El modo en el Derecho civil*, Alicante, 1966.

Tal «obligación» no parece: ni un consejo, ni una recomendación, ni un motivo, ni una contraprestación, ni una condición, ni una fundación, ni un fideicomiso ni un legado.

Que la «obligación» fuese una obligación de «hacer»—respetar el usufructo—, conectada con una obligación de «no hacer»—no molestar y no pedirle nada—, es lo que parece desprenderse del sentido literal, lógico y sistemático de las cláusulas del testamento; y entonces, pese a la vaguedad e indeterminación acerca de lo que sea el *modo*, no me parece descabellado configurar tal «obligación» como un gravamen modal. Si por *modo* se entiende «aquella determinación accesorio agregada a un acto de disposición y por la cual se obliga al adquirente a realizar una prestación en favor del disponente o de un tercero», tal concepto parece encajar en nuestro supuesto. Podría decirse que el testador impuso un «comportamiento condicionante» no condicional (313): un gravamen personal, accesorio, consistente en una obligación de hacer, cuya finalidad es secundaria para el causante, sin atribuir a la beneficiaria el derecho de exigir para sí la prestación. Si esto no es una carga modal, ¿qué otra cosa puede ser?

De tratarse de un verdadero modo, si los gravados iniciaron posteriormente el juicio de testamentaria, es obvio que *incumplieron* la obligación de «no hacer» que el testador les impuso: la consecuencia clara es que la viuda beneficiada por el modo podía pedir la indemnización de daños y perjuicios correspondiente.

2. El juicio de testamentaria determina las siguientes incidencias procesales. La posición de ambas partes era perfectamente lógica.

No aparece muy claro el por qué de la adjudicación a la viuda, por el contador dirimente, de la hijuela de deudas.

La argumentación de la viuda es cierta, a medias: era ajena a las operaciones particionales, en cuanto no iniciadas por ella, aunque desconocemos si las había «provocado» con su comportamiento previo. En cuanto a que, como legataria del usufructo, no debía sufrir detracción alguna, ya es más discutible: para saber si había o no deudas había que liquidar previamente la sociedad conyugal y determinar con las respectivas adjudicaciones el haber de cada interesado en la herencia. Las deudas le «afectaban»: y, por supuesto, los «gastos» derivados de las operaciones de liquidación, imprescindibles de todo punto.

La argumentación de los nudos propietarios era también cierta en una mitad: en lo relativo a la necesaria liquidación y determinación de los haberes de cada uno.

En cuanto a que la viuda sea heredera y debe correr con todos los gastos, es inexacto: no era «heredera» y los gastos podían afectarle pero en relación íntima y proporcional con la porción que se le adjudicare. Ello era lo natural y lógico.

3. La sentencia de primera instancia, por tanto, no parece que sea la adecuada, al no considerar lo expuesto.

La sentencia de la Audiencia es técnicamente correcta en su decisión, ya que—conforme a lo antes dicho—tales gastos deben considerarse como «baja» de la herencia, que disminuye el caudal relicto.

(313) Véase el interesante estudio de CANO TELLO, *La institución y legado submodo en el Código civil*, en «R. O. D. I.», mayo-junio 1966, pág. 684.

4. Del recurso de casación sólo conocemos una parte.

En principio parecen exactas las afirmaciones de la recurrente interpretando las cláusulas del testamento. Solamente cabe objetar que la interpretación de la cláusula sexta le lleva a una conclusión errónea: por iniciar la pretensión judicial, incumplían la obligación de «no hacer» y quedaban sujetos a la responsabilidad por daños y perjuicios frente a la recurrente. Pero no hay término viable de comparación que lleve a la conclusión pretendida por la viuda de que, por iniciar el juicio, eran los nudo propietarios los obligados a pagar los gastos de él derivados.

El motivo tercero tampoco es afortunado: el que se trate de un legado *no comporta* que no deba abonar los gastos comunes de partición. Hay que precisar qué tipo de legado implica tal consecuencia, si ello es viable.

— Sentencia del Tribunal Supremo.

La decisión del T. S. me parece justa y correcta; no tanto en la fundamentación de la misma; pero hay un notable espíritu «creador» en esta sentencia, partiendo de otros supuestos y haciendo correctas distinciones en cada punto debatido, aunque para ello incurra en generalizaciones excesivas.

1. En el Considerando primero se toma un punto de partida, a modo de *premisa mayor* del silogismo posterior, que en principio lo veo correcto: «el testamento... ha de acatar las formalidades intrínsecas y extrínsecas de la ley.» Esta formulación y su inevitable corolario de que «la voluntad declarada ha de armonizarse con las normas de derecho necesario», que en conjunto constituyen la premisa mayor, son en sí correctas pese a su absoluta generalización.

La confrontación de esta premisa o punto de partida con la premisa menor—la cláusula quinta del testamento—nos ha de llevar en buena lógica a una *conclusión* enteramente contraria a la del T. S.: el causante *SÍ PUDO* asignar a todo el remanente el concepto de legado; y con ello *no se enfrenta* con la ley, ni tal legado requiere para su eficacia que recaiga sobre la parte de herencia de libre disposición.

Entiendo que se confunden los conceptos de heredero forzoso (en cuanto al viudo), en concurrencia con herederos legítimos que al propio tiempo son llamados como herederos voluntarios (los hermanos del testador). Las disposiciones sobre las legítimas, en concreto el artículo 837 antiguo, relativas al cónyuge viudo, se dictan *en atención* a su carácter de tal y para la debida salvaguarda de sus derechos usufructuarios, que *NO PUEDEN* ser desconocidos por el testador; de modo que incluso si fuere preterido el viudo, el artículo 814-2.º ordena que se «conserven» sus derechos, regulados en los artículos 834 a 839. Tales artículos sí que son norma de derecho necesario que se superpone a lo dispuesto por el testador, reduciendo las disposiciones inoficiosas (en perjuicio del viudo). Lo que es absurdo es llegar a la conclusión de que tales artículos se dan en beneficio de los hermanos, que no son herederos forzosos, sino legítimos o «abintestato». El que, *ADEMÁS*, sean llamados por testamento no trueca la peculiaridad de las normas básicas de nuestro Derecho sucesorio.

Parecidas consideraciones cabe apuntar respecto a la pretendida ineficacia del legado del usufructo del total remanente: una cosa es que la viuda tenga, como *LEGÍTIMA*, derecho al usufructo de la *MITAD*, y otra muy distinta

el que el legado absorba el usufructo del total remanente. No se trata de *imputación* en sentido técnico, relativa a las legítimas y conectada con disposiciones inoficiosas (¿para quién?), sino, a lo sumo, de imputar *contablemente* el legado a la legítima o ADEMÁS de la legítima. En este concreto punto era exacta la tesis de la recurrente de que NO PUEDE ser inoficioso (o perjudicar la legítima de la viuda) el legado que cubre con exceso su cuota legitimaria; porque, conforme hemos expuesto, la inoficiosidad o el «exceso» hay que computarlos e imputarlos en relación a otros herederos FORZOSOS.

Por tanto, el corolario final que extrae el T.S. en este primer Considerando, aparte de ser un mero *obiter dictum*, no tiene nada que ver con el punto concreto aquí debatido.

2. También se hacen una serie de distinguos en el segundo de los Considerandos, pero sin que la conclusión sea la más idónea.

Es cierto que la cláusula sexta no tiene el significado que la recurrente le atribuye. También es cierto que el testador no prohíbe la intervención judicial, y que los efectos del juicio de testamentaria y la partición consecuente no implican falta de respeto al derecho de usufructo legado.

Pero la *conclusión* a que se llega es totalmente errónea, porque *no tiene relación de causa a efecto*, al comparar aquellas afirmaciones iniciales con la premisa segunda relativa a la cláusula modal.

Aparte de la deficiente caracterización que de tal cláusula sexta hace el T.S., ya que no se preocupa de ella, precisamente, de configurarla como tal cláusula modal, de ella derivaría una acción de indemnización por daños y perjuicios al quedar aquélla incumplida.

Lo que sucedió es que el *petitum* no estuvo bien enfocado y el T.S. liga la consecuencia del incumplimiento que pretendía la recurrente—abono de gastos de partición—con la cláusula modal, en vez de proceder a la inversa. determinar si había o no un modo y extraer de ello la consecuencia necesaria.

3. También en el tercer Considerando se hacen afirmaciones excesivamente generalizadoras: sí que es cierto que la viuda era heredera forzosa en una mitad, pero NO no lo es—o al menos es dudoso—que fuera «heredera forzosa en el usufructo de la mitad del remanente de bienes legados». Esto último es cuestionable, cuando menos.

Que la posición jurídica del usufructuario no es absolutamente idéntica a la del genuino sucesor universal, también es cierto; pero de ahí no es válido extraer consecuencias excesivamente generales. Claro que es a través de estos procedimientos a veces generalizadores cómo el T. S. llega, en la mayoría de los casos, a un resultado justo y equitativo.

Una cosa es la responsabilidad por deudas de la herencia y otra los gastos comunes de partición: aquí se trata de una consecuencia conectada con un previo encargo de los llamados (los herederos) a determinadas personas, de una obligación de «hacer», consistente en la prestación de unos determinados servicios, prestación «de resultado» que se traduce en una cuenta, de abono ineludible por quienes formularon el encargo y por los restantes interesados. Por ello no se trata de «deudas» de la herencia, sino de deudas de los herederos como consecuencia de una herencia sin liquidar.

En este Considerando radica la verdadera *ratio decidendi* del recurso y del litigio: el artículo 1.064 C.c. Pero está de tal modo enmascarado el problema de la responsabilidad por deudas que no nos queda más remedio que echar mano de él y traerle al primer plano que en justicia le corresponde.

4. Todo el Considerando cuarto es un «plus», innecesario, mero *obiter dictum*, después de todo lo expuesto.

La afirmación relativa al legado de cosa determinada y los gastos de entrega es obvia, conforme al artículo 886 del C.c.

Las restantes afirmaciones relativas al legado de parte alícuota son tan interesantes como excesivas:

- «Su contenido es la mitad del repetido remanente»: hemos visto que no está demasiado claro;
- «No se gobierna por las normas del legado de cosa específica»: es ello evidente; éste es el quid: su régimen específico;
- «Constituye una figura intermedia...»: calificación y comparación absolutamente erróneas e inexactas (314);
- «Equiparados a efectos de responsabilidad...»: tampoco es exacto, según antes expuse más arriba.

El T.S. llega así a un resultado correcto y justo, a través de una serie de razonamientos elípticos: adoptada una decisión, hay que buscarle los cauces legales y doctrinales adecuados. Aquí el dato inicial es la «atribución de bienes indeterminada», con la necesaria partición, que implica los gastos consecuentes: *ergo* el interesado en ella, debe pagar. Esta es, en síntesis, toda la sustancia de la cuestión.

5. Este Considerando quinto demuestra, una vez más, cómo el artículo 1.064 era el decisorio y viene a ser una consecuencia de su aplicación al concreto supuesto de hecho. Quizá su lugar adecuado habría sido en el Considerando tercero.

10.^a SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1956.

— Hechos:

1. La gran peculiaridad de este litigio reside en que el otorgamiento del testamento, en 1911, no era el hecho básico y trascendental. De él podemos decir que dispone: un legado parciario del usufructo del tercio libre, con cláusula de sustitución, y una institución de herederos con cláusula de sustitución.

Las dos cláusulas de sustitución tuvieron plena aplicación.

Había una evidente preterición del cónyuge.

Y se desprendía de él una cierta situación irregular o anomalía, reveladores de la «patología» del estado concreto del matrimonio: síntomas confirmados con la lectura de todo el supuesto de hecho.

2. Este hecho inicial, *sustrato sustantivo*, aparece no obstante desfigurado por el cúmulo de circunstancias curiosas que se dieron en el caso. A los efectos puramente sucesorios, había que ligar el testamento con los posibles interesados en la sucesión (315). A los efectos exclusivamente familiares, la conexión era la vital: las relaciones con doña E. Hernández (la demandante). A los efectos del derecho de obligaciones se superponía la serie de hechos y docu-

(314) Véase mi comentario precedente a sentencia de 16 de octubre de 1940.

(315) O sea, lo expuesto en el epígrafe 4 de los antecedentes.

mentos relevantes acaecidos (316). A los efectos de la *propiedad* y su posterior reivindicación, se imponía la evidencia de un pleito anterior entre casi los mismos interesados.

Precisamente esta descripción cualificada y escalonada de circunstancias coincidentes me ha sugerido el orden a tratar y seguir en estos comentarios.

3. Los *efectos sucesorios*, tras esta serie de sucesos, no dependían ya del solo testamento. Era una medida interesante y oportuna la tramitación del juicio de testamentaria, con lo que de entrada se aclaraban varios puntos dudosos: puntos como el de si doña E. Hernández era o no acreedora legítima de la herencia era uno de los nudos gordianos del supuesto. La desestimación de tal pretensión le privaba, *de facto*, de la legitimación necesaria a los efectos puramente sucesorios. El reconocimiento de los derechos sucesorios de la viuda supone, *ex re ipsa*, que la separación judicial se decretó basada en la culpa del marido.

4. El tema de las *relaciones de tipo personal* entre el causante y doña E. Hernández, vidrioso y de delicado comentario, es, por otra parte, de difícil matización y configuración. Pensemos en que tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia no andan demasiado sobrados de aportaciones inteligentes y realistas en esta difícil parcela de las relaciones «pseudom matrimoniales» (317). No distingo aquí entre las propiamente tales y las adulterinas. Lo fundamental, lo importante, es no cruzarse de brazos y dejar inatendidas una serie de cuestiones que de tales relaciones derivan y que demandan solución concreta en cada caso (318).

En nuestro supuesto de hecho había una evidente conexión de unas relaciones de difícil calificación con los documentos dejados por el causante a su muerte (319). Quizá si la actora no hubiera estado vinculada al causante por el nexo que de largos años de convivencia se desprende, la solución dada a sus pretensiones, derivadas de tales documentos, habría sido muy otra. Pero esta distinción sutil, y la aplicación al caso de autos de los principios rectores de la ilicitud *ob turpem causam*, perfectamente legal, temo que no era rigurosamente justa (320).

Personalmente opino que la situación de doña E. Hernández habría variado totalmente de signo si hubiera podido aducir su posición de cónyuge del causante: éste pudo, al amparo de la Ley de 1932, de Divorcio, haber contraído nuevo matrimonio. El caso es que no lo hizo y que, en consecuencia, la posición de la actora era bastante delicada y poco firme.

Sin embargo, existía una serie de datos importantes: una comunidad de vida o cohabitación a lo largo de quince años (de 1921 a 1936), situación estable y pública: y sin otros datos que los deducidos del pleito. Que el *origen* de esta situación fuera o no la «protección» solicitada por la señora Hernández creo es poco importante.

(316) Véase su exposición en el epígrafe 2 de los antecedentes.

(317) Constituye una notable excepción el interesante estudio de PUIG PEÑA, *Las uniones maritales de hecho*, en «R. D. P.», 1949. Véase también *El concubinato en el Derecho civil francés*, de GARCÍA CANTERO.

(318) Su mayor o menor frecuencia no es lo principal, sino su existencia, su realidad: Rec., por ejemplo, las «tapadas» de nuestro Siglo de Oro: ¿dejaban de existir por ser ilícitas relaciones?

(319) Véase epígrafe 2 de los antecedentes.

(320) Rec. la frase de BIONDI: «Lo absurdo jurídico no es el absurdo lógico, sino lo injusto».

Consecuencias de tal situación: unas conocidas y otras previsibles. Entre las conocidas: retención de pensiones de orfandad por el causante, gastos diarios de consumo, vivienda común. Entre las previsibles: relaciones con los proveedores del falso hogar, donaciones, adquisiciones de bienes.

De todas estas consecuencias tan sólo algunas fueron tratadas por los tribunales, pero solamente la existencia de estos problemas—desgraciadamente no son infrecuentes en las grandes ciudades—debiera hacernos meditar y así tratar de buscar adecuado remedio a cada cuestión. No basta con el arbitrio judicial, que poco puede hacer ante un concreto caso si carece de criterios orientadores o si éstos no son suficientes por su rigorismo legalista y apriorístico.

En el caso de autos, pese a todo, tanto en primera como en segunda instancia, el Juez había reconocido la *retención* de las pensiones de orfandad de la actora por el causante. A este hecho podía aplicarse toda una serie de teorías o principios: relación de comodato, mandato tácito, sociedad de hecho, enriquecimiento injusto, equidad... Lo que era obvio es que la herencia del causante no podía ni debía estar integrada en una parte por las pensiones de esos quince años: era lo justo.

Pero el que no se tocaren otros puntos no implica que los demás apuntados no fueran interesantes.

5. En este lugar paso a analizar el contenido de los documentos dejados por el causante, expuestos en el epígrafe 2 de los antecedentes del litigio:

a) El de 5 de febrero de 1936: Es curioso que se le cite en la sentencia y no se vuelva a ocupar nadie de él. Parece claro que se trata de un reconocimiento de deuda a favor de los hermanos del causante. Esto es esencial y esto es lo que quizá vio el juzgador.

Ahora bien, al ser citado este documento en el otro, fechado el 16 de enero de 1937, día de la muerte del causante, hace que mi comentario no pueda ser más breve. Veamos la expresión utilizada: «... juzgo se dé cumplimiento a los encargos de... y de mis hermanos...»

En la interpretación de esta frase hay que atender, por supuesto, a los distintos cánones hermenéuticos y, fundamentalmente, al contexto de todo el documento. Ello, y la expresión plural [«encargos»] hace que lo deje para el estudio global de dicho tercer documento de 16 de enero de 1937.

b) El de 16 de noviembre de 1936: Este había originado un litigio anterior, quizá en base a un deficiente *petitum* por parte de la actora: ¿*quid* si la demanda la hubiera fundado en el hecho del reconocimiento de deuda, sin más, en lugar de recurrir a la siempre difícil reivindicación?

Lo fundamental de este documento es el reconocimiento de deuda que contiene. Y al ser citado también en el de 16 de enero de 1937 como «encargos», impone el estudio de dicho último documento.

c) El de 16 de enero de 1937: Básicamente, todo documento que se firma horas antes de morir es *mortis causa*, tanto en un sentido amplio como en el estricto de esta expresión. Presumiblemente, debe considerarse como un propio testamento (321). Pero ¿podemos considerarlo como tal testamento? Veamos si es o no ello posible: Si reúne o no los presupuestos sustantivos que el testamento ológrafo requiere; si su contenido es adecuado a su forma; si la

(321) Así, se habla de testamento «espiritual», «político», «literario», etc., en circunstancias tales como la citada.

remisión que la cláusula final impone sugiere un testamento *per relationem* y sus consecuencias; valor de la cláusula final. Los trato separadamente:

- a') SI PUEDE SER Y VALER COMO TESTAMENTO OLÓGRAFO.—El testamento, por esencia, es un negocio jurídico solemne. Pero es muy fácil confundir en esta materia las nociones de FORMA y de PRUEBA: hay formas de «ser» necesarias para la *existencia* del negocio y formas de «valer» necesarias para la *subsistencia* del negocio. Estas formas de valer son las relacionadas con la prueba.

En todo testamento ológrafo, bajo la capa de la «forma», hay una doble problemática: de un lado, lo relativo a la documentación de la declaración de voluntad; de otro, los requisitos que para su validez debe reunir. De los requisitos que el C.c., en su artículo 688, exige nos interesan aquí los relativos al lenguaje, lugar y fecha, y firma. Estos requisitos son formas de «ser» de este testamento que, además, pueden servir como forma de «valer».

Estos requisitos de escritura (o lenguaje: con la autoría o autografía total, resultado deseado, medio empleado y recipiente), expresión del lugar y año, mes y día del otorgamiento, y la firma, me parecen cumplidos *prima facie*.

Pero, como tales «formas», su función está dirigida a la actuación en el tráfico: es decir, no son en sí medios de prueba. Pueden, no obstante, hacer las veces de medios de prueba: pero entonces probarían no por ser medios de «persuasión», sino simplemente por «ser», o sea, como tales formas (322).

En consecuencia, estimo cumplidas las formas de «ser» constitutivas del testamento ológrafo. Quizá le faltaban todas las formas instrumentales de adverbación, etc.; pero ello era aparte, sería ya un «plus» para la eficacia, una forma de «valer», no constitutiva, sino instrumental.

- b') CONTENIDO DE TAL TESTAMENTO.—Aparentemente, hay que partir de la base de que todo testamento implica un negocio jurídico patrimonial y de que toda cláusula no patrimonial como contenido *único* hace dudar de si hay o no un propio testamento.

Sin embargo, en nuestro Derecho es común la opinión de que no hay un absoluto rigor conceptual en la calificación de si hay o no testamento con cláusulas no patrimoniales como contenido *único*: el concepto español del testamento es de alcance elástico.

En el caso que comentamos tendríamos, por tanto, dos declaraciones como contenido *único* de tal testamento: la primera, no dispositiva, y la segunda dispositiva patrimonial. La *primera* vendría a ser un testimonio del causante acerca de la causa de su muerte, o sea, una declaración de verdad acerca de un hecho jurídico. La *segunda*, una declaración de voluntad tendente a dar validez a dos reconocimientos de deuda.

Ambas declaraciones vendrían así a tener un contenido sucesorio «indirecto», integrándose en tal documento (o testamento) por el afán de manifestarse en una ocasión que podía ser la última (323).

(322) Véase para todos estos puntos: *Negocio jurídico y documento*, de GONZÁLEZ PALOMINO, en «Conferencias del Colegio Notarial de Valencia», 1950.

(323) Véase sobre todo ello: GIAMPICCOLO, *Il contenuto atípico del testamento*, Milán, 1954, y la recensión de la «R. D. Not.», 1954.

c) **SI ES UN TESTAMENTO «PER RELATIONEM».**—Creo que estamos en presencia de un verdadero testamento que, por las distintas actuaciones posteriores, habían convalidado los herederos. No cabe, en efecto, apoyarse en él para dar cumplimiento al «encargo» relativo a los hermanos (uno de ellos la legataria), y, por otra parte, negar su validez en cuanto a lo dispuesto relativo a doña E. Hernández. Parece que tal actitud implicaría un *venire contra factum*, bien propiamente tal, bien encuadrable en la teoría general de la confirmación tácita.

Siendo tal testamento, se nos presentan dos cuestiones: la primera, determinar si existía aquí mi propio testamento *per relationem* (la solución no es fácil: v. sobre ello, Díez PICAZO, «Lecciones...» IV, Sucesiones, p. 227); la segunda, relativa a su compatibilidad o no con el testamento precedente de 1911, o sea, si había una revocación de éste (324). La interpretación tradicional del artículo 739-1.º llevaría a entender la revocación total del testamento de 1911. La doctrina moderna no piensa lo mismo: hay una atenuación obvia de este principio de la revocación, como ha determinado Díez-PICAZO (325), y ello es patente en el caso de un *segundo* testamento de contenido no patrimonial o si ambos son puramente compatibles. Creo que, en nuestro supuesto, bien se entienda que no había tal contenido patrimonial, bien partiendo de la compatibilidad, se llega a idéntica solución contraria a la revocación. A esta misma solución se llega siguiendo las ideas directrices de PASTOR RIDRUEJO y de ESCRIVÁ DE ROMANÍ (326): la *ratio* del 739 es intencional, pues el precepto es dispositivo; cabe una declaración conservadora tácita en contra de la presunción del 739, que sólo es *iuris tantum*; existe una declaración conservadora tácita en los testamentos complementarios o en los no patrimoniales que sean posteriores.

Podemos concluir, pues, que el documento que analizamos era un segundo testamento compatible con el de 1911 y que había sido convalidado por algunos de los interesados; testamento que era *per relationem*, o sea, un solo testamento integrado con elementos extraños traños a él (así, Díez PICAZO).

d) **VALOR DE LA CLÁUSULA FINAL.**—El estudio de ella lleva implícito el de los dos respectivos documentos relativos a tales «deudas», señalados antes en los apartados a) y b) de este mismo epígrafe.

En principio podría dudarse de si nos encontramos ante un modo o un legado (327). Creo que nos debemos inclinar en favor de la última solución: primero, por los términos literales y categóricos del disponente («juugo se dé cumplimiento...»), y, además, por el propio contexto y la interpretación lógica y sistemática del documento.

En efecto, vimos antes que se trataba, en este inciso final, de una declaración de voluntad patrimonial *atípica*. Ello planteaba el problema *previo* de si hay en tal declaración una simple confesión o de

(324) Véase Díez-PICAZO, *La pluralidad de testamentos*, «R. D. Not.», enero-marzo 1960, págs 7 y sigs., y en «Lecciones», IV, Sucesiones, págs. 237 y siguientes; PASTOR RIDRUEJO, *La revocación del testamento*, 1964.

(325) Op. ult. cit.

(326) Véase en Estudios del Centenario de la Ley del Notariado, 1962: *Las cláusulas instrumentales confirmatorias, derogatorias o modificativas de las normas de Derecho dispositivo*, en especial, pág 163.

(327) Rec. el estudio de LÓPEZ VILAS, antes citado.

si es una propia disposición de bienes con causa onerosa identificable con un legado (328). Ha demostrado F. PASTOR cómo en todo reconocimiento de deuda testamentaria se interpretó en nuestro antiguo Derecho como un legado «conjetural»: *ex tacita mente defuncti*. Su valor como legado se apoya en la sola conjetura de la voluntad del testador, para la cual basta la confesión simple. Tal reconocimiento se caracteriza por ser una disposición ambivalente de marcado carácter dispositivo: como consecuencia de ello, conserva siempre cierto matiz probatorio. La disyunción o ambivalencia de esta cláusula se resuelve en favor de legado o de deuda, según sea falsa o cierta la causa alegada.

Aplicando a nuestro supuesto de hecho estas ideas de PASTOR y el artículo 767, nos encontramos con que el causante no tuvo una idea clara de la «causa» de tal declaración dispositiva, siendo ésta determinada por razones o motivos difíciles de precisar, pero rastreables. Parece, por tanto, que lo prudente es concluir que la «causa final» de tal disposición era de carácter subjetivo y que admite la prueba conjetural.

Aunque la causa de tales reconocimientos fuera falsa, ello no afectaría a éstos (arg. arts. 767 y 873, C.c.). Solamente les afectaría en lo tocante a los derechos de los legitimarios. Como mínimo habría que atribuirle un valor probatorio «indiciario» o de comienzo de prueba por escrito.

Entiendo que la aplicación al «encargo» de los hermanos es perfectamente posible y no plantea excesivos problemas. Otra cosa es su aplicación al «encargo» de doña E. Hernández: pero, aparte del valor «indiciario», hay que considerar que es muy posible y lícito obtener efectos peculiares de un tal reconocimiento, que puede obedecer a la justificación moral de la propia conducta del testador (329). Entiende PASTOR que mediante un reconocimiento tal puede darse cumplimiento adecuado a las obligaciones de conciencia del testador: la declaración del testador convierte una obligación natural preexistente en una obligación civil. El documento viene a ser—en nuestro caso concreto—un vehículo puramente formal de la disposición. Es una manifestación más de la eficacia ambivalente del reconocimiento.

6. De las distintas actuaciones procesales me interesa señalar aquí la contraposición entre las sentencias de la primera y la segunda instancia. De un lado, hay absoluta identidad entre ambas en orden a los sujetos demandados y su posición respecto a la sentencia dictada: condena al heredero y a la viuda (heredera forzosa) y absolución de la legataria de parte alicuota. De otro lado, es distinta la condena en una y otra instancia: más ajustada a la equidad y a las consideraciones precedentes creo es la del Juez de Primera Instancia.

7. El recurso de casación tiene una desmesurada extensión. Su fallo principal radica en la subordinación al *petitum* de la demanda. Hay alegaciones difícilmente viables.

— El motivo primero es, técnicamente, poco correcto. Fuerza la argumentación en base a que la hermana del causante era heredera y no legataria; lo

(328) Véase PASTOR RÍDRUEJO, *Reconocimiento y legado de deuda*, en el volumen de Estudios-Homenaje al profesor Serrano, págs. 707 y sigs.

(329) Véase PASTOR, op. ult. cit. y su referencia al caso de la concubina.

que es difícil de demostrar, ni siquiera con los cánones hermenéuticos más modernos.

— El motivo segundo hubiera podido dar más de sí. El tema de la cosa juzgada es, *per se*, suficientemente interesante (330). Nos referimos aquí a la cosa juzgada *material*, a la inatacabilidad absoluta en un proceso ulterior de una sentencia firme.

Se trata de una figura de *Derecho procesal*, no de *Derecho material*: opera porque—al margen de la transformación de la situación jurídico material existente antes de la decisión del proceso—hace surgir una especial eficacia procesal antes inexistente. Su *significación* es exclusivamente procesal: no es una noción metafísica, ni siquiera metajudicial; viene a ser una de tantas concesiones como la justicia hace a la seguridad jurídica para una mejor obtención del bien común. En suma, es un efecto «necesario» del proceso, pues que la pretensión queda objetivamente satisfecha, tanto si se estima como si no.

Hechas estas consideraciones, tomadas del magisterio de GUASP, parece conveniente que nos adentremos en las alegaciones de la recurrente. En principio me parece que en el recurso se confunde lo que es el *contenido* [límites] de la cosa juzgada con los *requisitos* o presupuestos de la misma: una cosa son los presupuestos y otra los límites (teoría de las tres entidades) de la cosa juzgada. En el recurso sólo se trata de estos últimos y no de los presupuestos; los *presupuestos* son: un proceso previo no excluido expresamente de los efectos de la cosa juzgada material, un fallo que recaiga de un modo efectivo sobre el fondo del litigio (que examine la pretensión en cuanto a sus últimos fundamentos) y una decisión firme no susceptible de impugnación. Estimo que de estos tres requisitos la recurrente podía haber hecho hincapié en el segundo: más concretamente, si la sentencia del T. S. de 1942 había precisado todos y cada uno de los fundamentos de la pretensión deducida por la señora Hernández, en la que demandó la entrega de los valores depositados en la Caja número 995.

En el recurso, sin embargo, se hacía un mero análisis del *contenido* de la cosa juzgada en sus aspectos subjetivo y objetivo. En su aspecto *subjetivo*, la cosa juzgada exige la identidad de sujetos; y tal identidad impone que sea tanto física como jurídica (idéntica calidad jurídica entre las partes de uno y otro proceso). Quizá en este punto incidiera en un error el recurso, ya que muchas veces se atenúa o elimina el requisito de la identidad subjetiva y basta tan sólo con la identidad jurídica, sin identidad física.

El aspecto *objetivo* de la cosa juzgada sí aparece bien analizado en el recurso. La identidad objetiva impone una idéntica pretensión en cada proceso; y tal pretensión comporta, a su vez, tres elementos diferenciadores: sujetos, objeto y título o *causa petendi*. La identidad de pretensiones, clave esencial de la identidad objetiva de los procesos, exige la identidad de los FUNDAMENTOS DE DERECHO en virtud de los cuales se litiga. Atendiendo a estas ideas me parece cuando menos cuestionable la identidad objetiva de la cosa juzgada en el caso de autos.

Finalmente, la cosa juzgada impone un *previo proceso* que sea esto mismo: un verdadero proceso. Es difícil precisar si las actuaciones previas ante el llamado «Comité de Cajas Expoliadas», según el procedimiento señalado por Decreto de 7 de agosto de 1939, determinaban en las restantes actuaciones

(330) GUASP, *Derecho procesal civil*, 1956, págs. 594 y sigs.

—ya ante la jurisdicción ordinaria—una especialidad en el proceso. Porque conviene aquí resaltar que en los procesos llamados «especiales» la producción de los efectos de cosa juzgada no es segura. Apunto este dato sin entrar en detalles (331).

— El motivo tercero, quizá obedeciendo al *petitum* de la demanda, radica en el hecho de la reivindicación. Ya he expuesto cómo ésta impone una difícil prueba, que probablemente podía haberse obviado acudiendo al más seguro fundamento de derecho (o *causa petendi*) del reconocimiento de deuda. Entonces, no es que los herederos no puedan impugnar tal reconocimiento por implicar un *venire contra factum* del causante, sino que al aceptar y poner en ejecución el otro reconocimiento (en favor de los hermanos) *implicitamente* aceptaban el hecho a favor de la recurrente señora Hernández: bien como confirmación tácita, bien como actos propios de los mismos herederos.

— El motivo cuarto se refiere a la prueba de presunciones, materia ésta poco estudiada por nuestra doctrina. De los hechos probados en el pleito podían deducirse indicios, a mi modo de ver. Evidentemente, aun con causa inexistente o ilícita, la solución de la Audiencia—y luego del T.S.—quizá era la legal, pero no la equitativa. Aquí cabría volver a aludir a la «falsa causa» del 767 del C.c. y al valor ambivalente y al carácter probatorio indiciario de un reconocimiento tal de deuda.

— El motivo quinto se refiere a que el documento de 16 de noviembre de 1936 contenía un testamento ológrafo. Quizá de haberse referido solamente al de 16 de enero de 1937, día de la muerte del causante—con su remisión al otro documento—la cosa hubiera variado de enfoque. Ya hemos tocado estos puntos anteriormente.

— El motivo sexto alude a una supuesta donación—en tal documento de 16 de noviembre de 1936—. Siempre es difícil probar una donación y más si hay encubierta o se sospecha una causa ilícita. Mejor habría sido apuntar hacia el reconocimiento de deuda con *valor* de legado. En orden a la aceptación de la donación, aunque entiendo que no es «sacramental» el término, sí me parece discutible que la aceptación esté *implicita* en toda reclamación.

— Los restantes motivos carecen de especial interés.

— Sentencia del Tribunal Supremo (332):

El T.S. rechaza el recurso y conduce a una solución que entiendo era justa. Las distintas alegaciones son correctas. Lo único discutible es probablemente la importancia concedida al motivo primero del recurso y las afirmaciones excesivamente generalizadoras del Considerando segundo.

A mi modesto entender, los temas básicos de este supuesto de hecho han sido completamente ignorados en la sentencia del T.S. Tan sólo algunos de ellos, y no determinantes, han sido aludidos con varia fortuna.

Parece que los *puntos básicos* del litigio fueron: 1.º relaciones entre causante y actora, y consecuencias; 2.º eficacia jurídica del documento de 16 de enero de 1937; 3.º valor de la remisión de su cláusula final a los docu-

(331) Véase para este y otros puntos de los expuestos la obra de GUASP citada.

(332) Véase el interesante comentario de A. IPIENS LLORCA en «A. D. O.», IX-III.

mentos precedentes; 4.º) valor del reconocimiento de deuda contenido en el documento de 16 de noviembre de 1936; 5.º) aplicabilidad o no de la cosa juzgada derivada del proceso previo (a continuación del trámite ante el «Comité de Cajas Expoliadas»).

De todos estos puntos básicos me ocupé anteriormente y no insisto en ellos. No creo que el tema del legado de parte alicuota fuera la *ratio decidendi* del pleito, a la vista de todo lo expuesto.

Finalizo con unas breves consideraciones relativas a las afirmaciones del T.S.:

— El Considerando segundo viene a ser un *obiter dictum*, un «pius» a la serie de razonamientos decisivos, pero no es el determinante de la decisión, ni el excluyente de otras razones. El problema planteado en el primer motivo del recurso se resolvía con una simple aplicación de los medios hermenéuticos disponibles; y del propio testamento de 1911 se deduce la existencia de unos herederos instituidos (y con cláusula de sustitución) y de unas legatarias (también con cláusula de sustitución). Todo lo demás que se diga es a mayor abundamiento.

Es correcta la distinción entre legado parciario propio y legado de usufructo (asimismo legado parciario) y la matización de tal disposición como propio legado.

Pero creo excesivas las consideraciones restantes: se vuelve a aludir a la «posibilidad» de construir la figura del legado parciario cuando no es ésta la cuestión, sino la normativa específica aplicable al mismo; se da por sentado e indiscutible que la atribución de la cualidad de heredero lleva consigo una responsabilidad *ultra vires*, lo que no es pacífico afirmar; se trae a colación de nuevo la sentencia de 16 de octubre de 1940, cuando lo lógico era referirse a la de 11 de enero de 1950, que *técnicamente* se refería también a un legado parciario de usufructo.

— En el Considerando tercero hay afirmaciones ciertas y otras que no lo son tanto. Presumiblemente podría defenderse la existencia de la cosa juzgada, pero hay puntos muy cuestionables: no está muy claro que fuera «una misma la causa de pedir y uno solo el objeto de los pleitos», si se observa con detalle el *petitum* de la demanda en nuestro caso.

— El Considerando sexto alude tímidamente al problema del testamento ológrafo, si bien referido al documento de 16 de noviembre de 1936. Lo que no es correcto es identificar los requisitos inexcusables *para que exista* testamento ológrafo y los relativos a su adveración: la afirmación de que «no es posible tener como última voluntad del finado lo que expresan tales documentos sin que se cumplan tales inexcusables requisitos», además de demasiado vaga, ¿a qué requisitos hay que referirla, a los de «ser» o a los de «valer»? Bien es verdad que el inciso final es un portillo abierto, por si acaso, quizá por no estar muy seguro el T.S. de tales afirmaciones.

— Comentario final.

Como siempre, el T. S. lleva a un resultado objetivamente justo, aunque a través de una serie de razonamientos no demasiado correctos.

Lo importante en este caso habría sido solucionar una serie de puntos trascendentes, que fueron marginados en aras de una solución más fácil y sin excesivos rodeos.

11.ª SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1963.

— Hechos:

Aquí el punto trascendental es el otorgamiento de testamento en 1955 por doña V. Moral, y en especial la debatida cláusula décima del mismo. Pero quizá sea conveniente jalonar los hechos precedentes con algunas breves notas.

1. El *antecedente básico* en este litigio lo forma un sustrato familiar. Conviene tener presente que la peculiar organización del grupo familiar navarro determina una interdependencia, una trabazón íntima tal entre las instituciones familiares y sucesorias, que no cabe el estudio separado y desconectado de las demás de una cualquiera de tales instituciones.

Tan excesivas me parecen las ideas «foralizadoras» del Derecho común como las contrarias «unificadoras» de todos los Derechos hispánicos. Tanto una como otra posición inciden en una fácil confusión, que es un grave error de lógica: el sofisma de falsa generalización. Lo que puede ser bueno en Extremadura o Córdoba, por ejemplo, puede ser de difícil aplicación en Orense, Alava o Mallorca. En todo caso, en cualquier supuesto, hay que ir siempre a las ideas inspiradoras de la institución y del sistema: bien del derecho castellano, bien de los derechos forales. Entonces la *idea directriz* del sistema, si es región foral, habrá que encuadrarla en el eje de coordenadas que nos viene dado por aquel nexo de que antes hablé entre lo familiar y lo sucesorio.

En el caso de autos difícilmente podría entenderse el porqué y el cómo de algunos hechos si no tenemos en cuenta aquellas ideas matrices informantes del sistema foral navarro. Primordialmente, el *principio básico del régimen familiar* es el de la unidad de la casa y la permanencia de la familia: así se establece, como tal «principio fundamental», en la Ley 161 del Proyecto de Fuero Recopilado (333).

Es a la vista de este principio como debe entenderse el otorgamiento de capitulaciones, el testamento de hermandad, la donación en concepto de legítima y el testamento último de 1955.

a) De la escritura de capitulaciones interesa destacar la cláusula cuarta. Parece que, en principio, se trata de un heredamiento. Esto, sin embargo, es la apariencia. En realidad, como señala AIZPÚN-TUERO (334), la facultad o poder testatorio otorgado al cónyuge sobreviviente donatario implica un llamamiento sucesorio, sin más. Pero esta posibilidad de llamar a uno de los hijos se refiere EXCLUSIVAMENTE a los bienes donados *propter-nuptias* en las capitulaciones matrimoniales: este dato es muy importante. No parece necesario insistir en que el donatario al que se atribuye tal facultad de designar heredero tiene amplísimos poderes de disposición: tales llamamientos futuros no implican prohibición de disponer a título oneroso (así, en la misma cláusula capitular; y ley 177 del Proyecto de Fuero Recopilado). La dificultad de si podría disponer *mortis causa* no es tal en el caso de autos, ya que tal facultad se le atribuye de manera expresa.

(333) Véase CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. I, 1960, 8.ª ed., págs. 602 y sigs.

(334) Véase *El pacto sucesorio en el Derecho civil navarro*, en «Anuario de Derecho Aragonés», 1945, págs. 159 y sigs.

Una consecuencia clara se desprende de todo ello: que la designación de sucesor sólo podría hacerse respecto de los bienes DONADOS *propter nuptias*. En cuanto a los bienes CONQUISTADOS (gananciales) la solución no es tan clara. La cláusula sexta decía que «la parte del que no disponga estará sujeta a la condición cuarta, en cuya condición se hace llamamiento a los hijos de los desposados...». La interpretación racional de este apartado, de acuerdo con el sentido foral tradicional, la técnica de los gananciales y todo el contexto del documento parece inducir a la solución de que el llamamiento aquí era PLURAL, sin esa facultad de designar sucesor único en tales bienes.

b) Del testamento de hermandad poco cabe decir. Que esta variante del testamento mancomunado referida a los cónyuges, válida en Aragón y Navarra y prohibida en el resto de España, es una distinción falta de toda lógica y realismo. Sabido es que el Derecho no es tan sólo lo que se legisla, sino lo que se vive en la realidad; y la realidad es que en un noventa por ciento de los casos acuden ambos esposos al Notario para disponer «del uno para el otro»: la prohibición *material* de un testamento único mancomunado no impide la realidad de dos testamentos abiertos, que son «un» testamento mancomunado «formal». La práctica de las regiones forales y la experiencia de los años transcurridos bien podrían conducir a derogar tal prohibición en orden a los esposos. Ignorar la realidad de cada día, que el Notario bien conoce, viene a ser la política del avestruz, pero no una adecuada política jurídica moderna.

c) La donación en concepto de legítima (y «a cuenta» de la parte de herencia correspondiente): tiene su raíz precisamente en la facultad derivada de los capítulos matrimoniales. Pero en Navarra, prácticamente, ello equivale a un verdadero «apartamiento» (335) de uno de los hijos; en definitiva, se trata de la asignación de la legítima individual ficticia al hijo.

Esta donación de 1954 me parece *el eje directriz* para una mejor comprensión del testamento de 1955. Plantea numerosos problemas, que conviene al menos apuntar:

- 1) Si tal donación implicaba un «apartamiento» de don S.: presumiblemente esa era la intención; aunque no tenemos más datos que los propuestos y no son suficientes.
- 2) Si la regionalidad navarra comportaba una diversidad respecto de las normas de protección de las legítimas y de las normas sobre colación: tal diversidad me parece incuestionable, sobre todo habida cuenta de que la legítima foral navarra es ficticia y carece de contenido patrimonial. Y en orden a la colación, las dudas doctrinales las ha resuelto el Proyecto de Fuero Recopilado, pero en sentido muy restrictivo (leyes 296 a 300). Lo que me parece seguro es que se aplicarán las normas del C.c. sobre COMPUTACIÓN, a efectos del cálculo de legítimas.
- 3) Valor de la expresión «se colacionarán los bienes donados en la herencia del último de los padres». Parece que el sentido de la palabra «colacionar» fue el gramatical [llevar a cuenta] y no el técnico jurí-

(335) Véase *El apartamiento en el Fuero y en la Compilación de Derecho civil de Vizcaya*, de ESJAVIERRIA, Bilbao, 1959.

dico (336); porque la colación propia corresponde a las operaciones de partición hereditaria, a modo de «antepartición», anterior incluso a la comunidad hereditaria, consistente en una reestructuración de las cuotas hereditarias (337). Creo que la utilización del sentido *gramatical* del término nos lleva, *ex re ipsa*, a la idea de computación, latente en los donantes, a efectos de protección de las legítimas de los demás hijos; aunque, a mi modo de ver, innecesaria, con el artículo 818 del C.c., que determina la computación de todas las liberalidades.

Se trata, en suma, de tener en cuenta todos los actos entre vivos a título gratuito para formar la base de cálculo de los derechos legítimos.

- 4) Momento en que debe realizarse la valoración de los bienes donados a efectos de su computación; el valor del *donatum* se determina en la fecha de la donación (arg. art. 654 C.c.); y el valor del *relictum* y la oficiosidad de lo donado se determinan en la fecha de la muerte del causante (arg. art. 818 C.c.).

A estas ideas hay que contraponer la dicción de la propia escritura: «... valor de los bienes en el momento del fallecimiento del último de los donantes, pero refiriéndolo al estado actual y destino de dichos bienes». Parece lógico que, siendo supletorio en Navarra el Derecho Romano, operase en este punto la consideración tradicional de la legítima romana como límite *cuantitativo* del cumplimiento del *officium pietatis* del causante y se refiriese el juicio de oficiosidad de la donación al momento de la donación. Al adoptarse en la escritura, prácticamente, la solución germánica, ello equivale a considerar los bienes donados como formando parte de la herencia; y la consecuencia es configurar la colación posterior como *in natura*. Quizá sería dable pensar en que esta «imposición» de los donantes venía a dar lugar a la que se ha llamado colación «voluntaria» (338) por la doctrina.

En todo caso creo necesario puntualizar: que tal donación es irrevocable; que su computación es ineludible, y debe valorarse en la fecha de la donación; que la posible colación «voluntaria» futura vendría a ser una modalidad especial que incidiría en la partición, siempre que existiera acuerdo de todos los herederos.

- 5) IMPUTACIÓN de esta donación: En su sentido jurídico más *estricto* es aplicada a la verificada a la cuenta de la legítima (Derecho Romano); y en sentido *amplio* se refiere lo mismo a la legítima individual que a la mejora o a la parte libre (C.c.). Parece normal entender aquí aplicable esta segunda noción, ya que se trata de encasillarla en la cuenta

(336) Véase VALLET: *Imputación de legados a favor de legitimarios*, «R. D. P.», 1948, pág. 315; *Atribución de la legítima por acto entre vivos*, «A. D. C.», 1954, y en la separata *Apuntes de Derecho sucesorio*, III, págs. 305 y sigs.; *Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos jurídicos del Occidente europeo*, Instituto de Derecho Comparado, Serie D., 1955; *La mejora tácita*, Madrid, 1954, págs. 97 y sigs. Véase también Roca SASTRE, Notas a KIPP, II, págs. 298 y 57 y sigs.; LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, Parte general, páginas 567 y 572 y sigs.; DE LOS MOZOS, *La colación*, 1965.

(337) Véase DE LOS MOZOS, op. ult. cit., págs. 198 y sigs., en el sentido expuesto.

(338) Así, DE LOS MOZOS, op. ult. cit., págs. 284 y sigs.

correspondiente del haber partible e independientemente de que exista o no reclamación por parte de los legitimarios.

La norma genérica nos la da el artículo 819-1.º C.c.: tal donación se imputará a la legítima del hijo S. No existe hoy la distinción de nuestro antiguo Derecho entre donaciones simples y donaciones *ob causam*, por lo que ninguna donación se considera mejora si el donante no declaró expresamente su voluntad de mejorar. ¿*Quid* si hubo un exceso del *donatum* respecto de la legítima individual de don S.? Me remito a las magistrales consideraciones de VALLET (339).

d) Parecidas consideraciones a las expuestas podrían aplicarse a la donación de 1947 a don V.

2. No en sentido de antecedente, pero sí de *presupuesto* condicionante, hay que aludir ahora al amplísimo *PODER* que la causante otorgó a favor de su hijo F. (luego instituido heredero).

La primera consideración que se nos ofrece es que si se hace un uso discrecional y frecuente de un poder tal, puede producirse ya en vida la liquidación del patrimonio hereditario, lo que equivaldría a dejar sin efecto las normas sucesorias (en este caso el testamento). Este problema, poco tratado en nuestro Derecho, merecería algún estudio detenido; solamente se contiene una alusión a él en la obra de PUIG BRUTAU (340).

La segunda consideración es que si un poder tal contiene facultades dispositivas y en la práctica el poderdante no exige rendición de cuentas, todos los efectos de las actuaciones del apoderado habría que centrarlos en el *problema* de si mediante tales actos se infringen o no las normas de protección de las legítimas. Este poder o mandato representativo tiene una causa gratuita (341), lo que se traduce en la peculiar fragilidad de los derechos y obligaciones nacidos de un negocio tal; quedan subordinados, nos dice DE CASTRO, a los derechos de los legitimarios, para cuya salvaguardia se les colaciona.

De la consideración precedente, de lo cuestionable del supuesto, se pasa por deducción al terreno de la realidad social; y en la realidad social el nombramiento de apoderado-administrador con relevación de rendir cuentas comporta normalmente un fin de donar. Viene así a encuadrarse en la amplia gama de los *negocios indirectos* (342), con su cuestión fundamental de la justificación jurídica y del alcance de la relevancia de la finalidad práctica perseguida con el negocio. Parece evidente que los *finés* indirectos o motivos del negocio o son relevantes jurídicamente, y con ello se transforman en causa, o no son relevantes, con lo que no pueden originar una nueva figura de negocio; este dilema, nos dice DE CASTRO, pone de manifiesto lo arbitrario de la figura. Para tratar de conseguir el resultado previsto por el negocio, se propone, por los partidarios de tal figura, romper el concepto de causa dis-

(339) Véase *Apuntes*, cit., III, 12, G), págs. 511 y sigs.

(340) Véase *Fundamentos...*, cit. V, 2.º, pág. 158, nota 280: se remite al libro de MULLER FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Tubinga, 1955, páginas 309 y sigs.

(341) Así, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 265; véase también DE PRADA, *La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos*, en *Anales AMÉN*, XVI, págs. 255 y siguientes.

(342) Así, DE CASTRO, op. cit., págs. 448 y sigs.

tinguiendo en ella *dos aspectos*, el económico-social (aplicable a los efectos queridos) y el formal-jurídico (sirve para evitar las normas jurídicas de que se huye). Digamos, con palabras de DE CASTRO, que la actitud ante este tipo de negocios vendrá determinada por la previa toma de posición respecto a la función propia del Derecho. Nuestra toma de posición viene cualificada por la atención a las situaciones de hecho, al comportamiento de las personas y sus propósitos (343); pues el Derecho, en frases de VALLET, «no puede reducirse a la Geometría dogmática, porque está hecho para adaptarse a las necesidades de la vida; debe someter la Economía a la ley moral dada por Dios, por lo que ningún fenómeno económico debe ser jurídicamente irrelevante».

La conclusión que se impone es la no aceptación de los resultados pretendidos al otorgarse el poder en 1955: tal negocio venia *condicionado* por la figura del fraude a la ley, utilizado para descartar las normas imperativas impuestas en defensa del tráfico honrado y del proceder del hombre medio, de buena fe.

A la vista de todo lo expuesto cabe apuntar: que la poderdante se propuso prácticamente beneficiar en vida a don F. Que ello implique o no mejora nos llevaría lejos. Que, en cualquier caso, los beneficios y resultados obtenidos deberían *computarse* como tales DONACIONES e *imputarse* en primer lugar a la legítima del apoderado. Que todo ello podría atacarse en base a la doctrina del fraude de ley en relación con el negocio indirecto utilizado. Y que, ello es obvio, *el mínimo efecto* que se desprende es que el apoderado *debe* rendir cuentas a los interesados legitimarios.

3. El análisis del testamento de la causante debe apoyarse en aquellos dos pilares del sustrato familiar y de la compatibilidad (cuestionable) con un poder amplísimo dado en vida.

- 1) Expuse anteriormente [apartado a), relativo a la escritura de capitulaciones] que la designación de sucesor por el cónyuge sobreviviente debería referirse *tan sólo* a los bienes donados *propter nuptias*. No obstante, en la cláusula quinta se «instituye único y universal heredero de ambos...» lo que *equivale* a disponer de los bienes «conquistados» o gananciales del difunto. Como antes expuse, la dicción de la escritura de capítulos y el sentido propio de los bienes gananciales, inducen a creer que la designación debía ser PLURAL; la peculiaridad de la masa de gananciales es doble, ya que por un lado la titularidad de ella correspondía a los herederos de ambos cónyuges y, por otro, cesaba el estatuto económico-familiar y se originaba la situación de comunidad en liquidación (344). La designación de don F. como heredero de su padre implica, pues, la disposición *mortis causa* de la «cuota» de gananciales de éste; ¿equivale esta disposición de «cuota» a configurar a don F. como legatario de parte alicuota en la cuota de gananciales de su padre? El punto es muy interesante y queda aquí aludido. Pero la cuestión que estimo básica es *si tal disposición podía hacerla* la testadora, lo que me parece cuestionable cuando menos.

(343) Esta es la posición de DE CASTRO, op. cit., págs. 454 y sigs., y de VALLET, *La donación «mortis causa»*, en el Código civil español, Anales A. M. N., V, 1950 pág. 802.

(344) Así, LACRUZ, *Derecho de familia*, 1963, págs. 559 y sigs

- 2) La cláusula sexta contiene la disposición de un legado de cosa determinada, con su régimen específico aplicable al caso.
- 3) La cláusula octava, como mención *nominatim* de lo donado a don S., implica el reconocimiento de que la donación se hizo *a cuenta* de su legítima. No nos da indicios bastantes para interpretar el supuesto, caso de que la donación excediera de su legítima estricta. Tampoco alude a la colación, la cual era más explicable en el momento de testar que no en el de donar.
- 4) La cláusula once, en la que se impone la «obligación» de que el heredero don F. tenga en su casa y compañía a su abuela..., nos lleva a la cuestión de si impuso al heredero un legado o un modo. Me remito a consideraciones hechas anteriormente [a sentencia de 11 enero de 1950] y a la bibliografía allí citada. Creo defendible la tesis del *modo* en este caso, habida cuenta de la perfecta matización de los términos «lego», «instituyo heredero», «legado de metálico e inmuebles...». De haber querido configurarla como legado lo habría hecho.
- 5) La cláusula décima es la fundamental, según se dijo antes. Más que ahondar en la interpretación de este legado «de metálico e inmuebles», creo oportuno hacer resaltar el *punto de partida* inicial de la «disposición» y el escalonamiento de situaciones que prevé la testadora. En concreto, lo que me parece importante es que hay una entremezcla de una voluntad dispositiva integrada en una serie de subcláusulas particionales: en definitiva, problema de interpretación de la voluntad de la testadora (345).

- a) Aparentemente cabría decir que se trataba de una partición hecha por la propia testadora. Pero hay que distinguir, como hace con gran acierto DE LA CÁMARA (346), entre partición propiamente dicha y simples normas particionales (de efectos meramente obligacionales, no reales); entonces, de todas las subcláusulas de esta cláusula décima, la a) contiene una norma particional y las b), c) y d) normas dispositivas.

La cuestión básica radica en si la simple norma particional relativa al pago de las deudas de la herencia es contradictoria con la disposición de la cláusula quinta, en que se instituye heredero universal a don F. Parece que es contradictorio disponer un llamamiento universal—que comporta inevitablemente el pago de todas las deudas de la herencia—y disponer de forma especial cómo ha de hacerse el pago de las deudas. Ante esta contradicción cabe entender: o que se trata de una antinomia negocial o que es un puro problema de interpretación del testamento. Analizo ambas posiciones:

(345) Véase sobre estas cuestiones ALBALADEJO, *Estudios de Derecho civil*, 1955, página 335; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la participación practicada por el testador por actos «inter vivos»*, «R. D. P.», 1954, pág. 494; VALLET, *Apuntes...*, págs. 186 y sigs.; DE LOS MOZOS, *La partición de herencia por el propio testador*, «R. D. Not.», 1960, pág. 99; LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, pág. 495; DE LA CÁMARA, *Legado de cosa ganancial*, págs. 70 y sigs., y *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, págs. 865 y sigs.

(346) Op. ult. cit., pág. 866.

a') La antinomia negocial (347) nos lleva a entender: o/ que ambas disposiciones o normas testamentarias son de rango jerárquico diferente (la de rango menor debe ceder), o que son de idéntico rango jerárquico (se produce una laguna, a resolver con los medios generadores de integración).

— Si son de rango *diverso*: es obvio que hay una norma fundamental (la institución de heredero) y unas normas complementarias (las de distribución de bienes, pago de deudas, etc.). Y en la colisión de ambas debe prevalecer la norma fundamental, ya que la *ratio* de las normas *auxiliares* o de ejecución es servir de instrumento de realización de las fundamentales.

Prevalece, por tanto, la institución de heredero.

— Si son de *idéntico* rango: habría una nulidad de ambas normas, ya que es difícil concebir una institución de heredero en que las deudas hereditarias no sean a cargo exclusivo del heredero. Ante esta laguna hay que acudir a los medios de integración de la voluntad de la testadora: o todos los hijos fueron instituidos herederos o sólo lo fue don F.

b') Interpretación del testamento: El primer cánón hermenéutico es el de la voluntad o intención de la testadora (principio *voluntas spectanda*); se trata de indagar la voluntad real de la testadora, búsqueda que tiene su límite (art. 675) en «el tenor del mismo testamento».

— El cánón gramatical no es suficiente: tan sólo es expresiva la calificación de «universal» añadida a heredero, lo que comporta la idea de la fuerza expansiva de tal vocación.

— El cánón lógico nos lleva a remachar la idea de que la norma básica, institucional, debe prevalecer sobre las complementarias. No tiene sentido partir del llamamiento universal e inmediatamente después sustituir su responsabilidad por las deudas hereditarias, por un régimen especial.

— El cánón de la totalidad comporta, nos dice RESCIGNO, la idea de la necesaria eliminación de las expresiones que repugnen al sentido de la totalidad del negocio. La conclusión es que el heredero universal instituido debe pechar con el pago de las deudas.

— El cánón objetivo, conforme a la naturaleza del negocio, es muy discutido como medio interpretativo aplicable al testamento. De admitirse, tendríamos que concluir que, instituido heredero universal con una especie de «dispensa» del pago de deudas, lo que se deduce es un resultado objetivo de un beneficio (¿mejora?) en favor del ya beneficiado don F. Ahora bien, *ex re ipsa*, el pago de las deudas corresponde al instituido heredero.

(347) Sigo aquí la peculiar técnica de Díez-PICAZO (dictamen inédito, cedido amablemente por el autor, cuya gentileza agradezco).

— El cánón usual y de la buena fe, de discutida aplicación también, nos conduce a idéntico resultado. Porque la subcláusula a) no puede tener, *per se*, virtualidad suficiente para alterar el sentido de todo el testamento, trasladando hasta ella con un movimiento pendular el centro de gravedad que siempre estuvo, y continúa estando, en la institución de heredero.

Resumiendo: El pago de las deudas corresponde al heredero instituido, incluso con sus bienes propios (art. 1.003), si no aceptó a beneficio de inventario.

- b) El tema de las *deudas hereditarias* nos lleva a la consideración de un doble concepto de herencia: el *amplio*, que comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, y el *estricto*, que es el remanente después de pagadas las deudas del causante (348). Lo que parece indudable es que el pago de las deudas del causante, o su *cálculo* como partida del pasivo, es una *operación previa* a la determinación del saldo líquido de la herencia: esta determinación es indispensable para averiguar la cuantía de las legítimas. Y, consecuentemente, operación previa a la determinación del legado «de metálico e inmuebles», que viene dispuesto en el apartado b) de la cláusula décima que comentamos.

Parece, en definitiva, probable entender que la testadora quiso emplear una fórmula «residual» de herencia al instituir heredero a don F. Este sucedería *en las deudas* como sucesor en la titularidad del patrimonio relicto, que continúa diferenciado. Las deudas, como tales, o sea, como deberes de prestación, permanecen inalteradas, a salvo la alteración sufrida en la titularidad del patrimonio. Es, pues, el patrimonio, que está vinculado jurídicamente en virtud de la responsabilidad contraída por su antiguo titular, el que, al ser transmitido *uno ictu* al heredero, determina que el heredero responda personalmente por las deudas.

En síntesis: responsabilidad de don F. por las deudas y pago de éstas *previo* a la determinación del saldo líquido.

- c) La *determinación* de las deudas corresponde, es obvio, al heredero designado, como administrador de la herencia. Lo que es cuestionable es lo que se entiende por «deuda»: cabe una fácil confusión entre el concepto jurídico y el económico contable. Vimos anteriormente cómo en *sentido técnico jurídico* la deuda consistía fundamentalmente en el comportamiento o deber de prestación exigido al deudor. Pero la traducción al terreno *económico* o contable es bastante distinta en su significado: de la comparación entre el activo y pasivo de la empresa surgen las nociones de iliquidez y de insolvencia, cuya determinación es una cuestión económico-financiera, cuestión de hecho.

Antes de determinar, por tanto, si una empresa es o no solvente, conviene analizar la situación financiera y económica de la misma, confrontar el Activo y el Pasivo; del Activo interesará conocer los

(348) Sobre todo ello, véase PEÑA B. DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, cit., págs. 128, 139 y 265 y sigs.

bienes inventariables en todo momento—por ejemplo, mercaderías y materias primas (activo realizable)—, así como si su valoración debe hacerse por el precio de adquisición o de venta; del Pasivo interesará el llamado «circulante» o «exigible corto»—por ejemplo, en el caso anterior, la cuenta de los proveedores de las mercaderías— y la determinación del grado de exigibilidad.

En vista de ello conviene puntualizar que la traducción contable de una deuda (por ejemplo, compraventa de mercaderías a proveedores, que contiene las dos obligaciones de entrega de cosa y pago del precio) se hará al Libro Diario, por Debe y Haber: al Debe, Mercaderías y al Haber, Proveedores, cuando es la contabilidad del adquirente; y viceversa si del vendedor. Trasladado al inventario general de la empresa y al balance de situación, se observaría el equilibrio contable entre las partidas del Activo y del Pasivo.

Aplicando estas ideas a nuestro supuesto de hecho conviene no olvidar el aspecto contable de lo que llamamos «deudas» y proceder previamente a un inventario general de la empresa. Ello me parece inexcusable en orden al negocio «La Exclusiva».

En el Activo hereditario parece que solamente podían computarse los bienes de la causante, no los gananciales habidos del matrimonio: ver, sobre este punto, lo antes expuesto.

- d) La configuración del legado como «de metálico e inmuebles» es suficiente como reveladora de la intención de la testadora, pero algo equívoca en su matización.

Aparte del problema básico de las deudas, entiendo que con esta disposición no se dice realmente lo que se pretende: porque no HABIENDO instituido heredero tal disposición sería una institución de heredero y no un legado (349). Y AL HABER instituido heredero se podía y se debía haber precisado algo más: que la satisfacción de las deudas es *previa* a tal legado y corresponde al heredero. Se trata de un legado *parcialio bifronte*, pues en un aspecto se refiere al remanente y en otro a parte del activo hereditario: con las consecuencias ya vistas en orden a responsabilidad por deudas, pues éstas le «afectan» en cuanto disminuyen el saldo o activo líquido.

- 4 El análisis de las pretensiones contenidas en la demanda y en la contestación ha de ser forzosamente breve.

— De los pedimentos de la demanda interesa resaltar:

- 1) En orden a la obligación de colacionar los demandados don S. y don V. creo que se trata, una vez más, de una imprecisión terminológica. Los demandados habían recibido liberalidades de la causante y, por tanto, debían COMPUTARLAS. Pero para que se les pudiera exigir la COLACIÓN hubiera sido presupuesto subjetivo ineludible el haber sido llamados como herederos (350). No hay, dice VALLET, legados colacionables: la

(349) Rec. la cita de VALLET y LACRUZ. Véase antes, sentencia de 1940 (página 1.619).

(350) Prácticamente es *communis opinio* entre los autores: ROCA, *Notas a KIPP*, II, pág. 57; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V, 3.º, pág. 646; VALLET, *Apuntes...*, página 579; LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, pág. 572; DE LOS MOZOS, *La colación*, página 206.

mal llamada orden de colación de un legado sólo significa la asignación de un bien en la cuota hereditaria del asignatario. Además, la colación es una operación *previa*, y *aparte*, de la partición y de la propia comunidad hereditaria, que opera entre los HEREDEROS a los efectos de replanteamiento de las cuotas hereditarias (DE LOS MOZOS).

- 2) La petición de determinación del metálico y de las deudas, cuya determinación corresponde hacer al heredero como administrador de la herencia, me parece que equivale a desligarse por parte de éste de su deber de prestación y a que su actividad sea sustituida por la del Juez.
- 3) La petición en orden a «la obligación de satisfacer, o mejor, el derecho a percibir por quien las hubiere satisfecho, el importe de las deudas que lo hubieren sido», también es equívoca y comporta este incumplimiento del heredero, ya apuntado.

— De la contestación o reconvención sólo interesa aquí lo relativo a la petición de que don F., como apoderado, rindiera cuentas a los demandados. Tema antes tratado y que luego será básico para la resolución del recurso en casación.

5. Las sentencias en primera y segunda instancia fueron sustancialmente idénticas. A ambas cabe reprochar: la omisión del punto relativo a la rendición de cuentas y la configuración indebida como «colación» de la obligación de los demandados.

6. El recurso de casación, técnicamente, estaba bien construido aunque con algunas deficiencias impropias de la época actual. Por ello no es reprochable al T.S. que resuelva en base a las afirmaciones del recurso, puesto que ello es peculiar en nuestro sistema de casación.

— Los motivos primero y segundo están en íntima conexión:

En el primero se parte de la base de que las normas del C.c. sobre colación se aplican como supletorias en Navarra. Nada que objetar.

En el segundo se desarrollan las ideas sobre colación en relación con el llamamiento a título de heredero. Pero el análisis es insuficiente: debería haber precisado lo que es la computación, la imputación y la colación. Que los demandados debían computar lo recibido como donación e imputarlo a su legítima. Y, además, diferenciar ambos institutos del de la colación, para lo que me remito a los autores citados anteriormente (v. nota 336).

Que el análisis no era completo lo demuestra la mezcla de conceptos contenida en el inciso final de este motivo: habla de «reparto ordenado», «base de cálculo» y «partir en función de su valor». Parece aludir a normas particionales, computación, colación por imputación y partición ideal: lo que equivale a mezclar una serie de nociones técnicamente inconfundibles y prácticamente diversas en su aplicación.

— El motivo tercero, bien planteado, fue decisivo y acogido por el T.S.: sentado que don F. era apoderado de su madre, luego heredero, estaba obligado a rendir cuentas de su gestión. De no rendir cuentas, no se podría practicar la liquidación y partición de la herencia. Las cuentas

implican la determinación del metálico existente y de las deudas, y, en consecuencia, de ellas depende la formación y entrega del legado «de metálico e inmuebles».

La confusión de derechos solamente puede ser *parcial*, en una sexta parte, en que el heredero es a la vez colegatario.

- En el motivo cuarto se hace un tímido análisis de lo que implican las deudas en su aspecto contable. Pero en su inciso inicial no se entra a fondo en el punto básico de la formación del legado (previa detracción de las deudas, sí, pero ¿a cargo de quién?).
- El motivo quinto estaba bien fundamentado, habida cuenta de la deficiente formulación del sexto *petitum* de la demanda antes denunciada: es obvio que la sentencia suplió la actividad del actor, precisando conceptos no pedidos (aunque sí deseados).
- El motivo sexto es algo confuso: por un lado, la admisión de la reconvencción implicaba reconocer el derecho de los recurrentes; por otro, aducir en casación un tema nuevo, cual el del legado de cosa ajena (el usufructo sobre el piso legado), no podía tener éxito.

— *Sentencia del Tribunal Supremo.*

Primordialmente creo que debe resaltarse la extraordinaria síntesis de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales en tema del legado parciario. Personalmente entiendo más valioso y digno de hacerse notar la labor del Ponente, señor BOWEN RAMÓN, que olvidó sus antiguas inclinaciones a la llamada teoría objetivista en aras de la realidad del tráfico y de la justicia evidente del fallo. Todo ello loable.

En cuanto a si las generalizaciones contenidas en los primeros cinco Considerandos constituyen meros *obiter dicta*, o más bien la *ratio decidendi*, creo que incontestablemente hay que inclinarse por esto último.

Termino con breves precisiones en orden a las afirmaciones sentadas por el T.S.

- El Considerando primero es superfluo, ya que más bien se trata de una exposición de un hecho.
 - Los Considerandos segundo, tercero, cuarto y quinto constituyen el fundamento de la decisión que se contiene en el sexto, al acoger el recurso. Todos ellos desarrollan en forma moderna, si bien que no perfecta del todo, una serie de puntos básicos: sucesión a título universal o particular; herencia en sentido subjetivo; posición jurídica del heredero y del legatario; legado de parte alicuota.
- Cabe objetar que el inciso final del Considerando tercero no puede admitirse válidamente en tesis general: el argumento a *contrario sensu* extraído del artículo 768, a lo sumo valdrá como presunción *iuris tantum*, pero no implica que «habrá de ser calificado como heredero». En este sentido apuntado, LACRUZ y VALLET.
- El Considerando cuarto es enormemente curioso (Rec. notas 140 y 142.) Recoge en su esencia la doctrina sentada por la Dirección General de

los Registros en Resolución de 30 de junio de 1956, siguiendo ideas de ROCA SASTRE.

Es importante destacar que se reitera el carácter espiritualista de nuestro sistema sucesorio, lo que equivale a volver los ojos a la realidad social circundante.

Es asimismo importante la referencia a que «dentro de la dogmática de nuestro C.c., afirma esta Sala...». Mi modesto punto de vista es que el método histórico dogmático tuvo su apogeo en otros tiempos, pero que hoy es poco apto para atender a las necesidades actuales en la resolución de los conflictos de intereses. Más que partir de la dogmática del tema, lo «rigoroso» es precisar el funcionamiento, régimen y efectos del legado parciario. Esta posición realista-crítica, propugnada por PUIG BRUTAU (a lo largo de toda su obra) y VALLET es la más adecuada en nuestros días.

La tesis de Roca, que en esencia recoge este Considerando, ha sido fuertemente criticada por el maestro CASTÁN (351), con argumentos que no comparto del todo. Sin embargo, el intento y la aportación del admirado hipotecarista bien merecería una continuación de su esfuerzo. Personalmente veo un pequeño fallo en la construcción: caso del legado de todos los bienes, o de varios legados de cuota que agoten la herencia, SIN que en ninguno de ambos casos exista instituido heredero. Aunque falte el *nomem heredis*, presumiblemente se trata de una institución de heredero; así, VALLET, LACRUZ, me remito a mi Comentario final a la sentencia de 1940.

- El Considerando quinto aplica al supuesto de hecho, a la cláusula décima del testamento, las ideas precedentes. Era obvio que el legado era parciario, pero PORQUE existía ya heredero instituido: en otro caso, la calificación de legado no habría podido mantenerse.

El apartado final de este Considerando recoge en esencia la doctrina de la Resolución de 4 de noviembre de 1935, que en el fondo es justísima. Quizá el procedimiento lógico empleado no sea muy correcto, ya que la *premisa menor* o comparación con el heredero no tiene razón de ser. Lo importante, lo que hay que resolver es *cómo ha de conocer el patrimonio* el llamado como legatario parciario.

- El Considerando sexto recoge las ideas de los Considerandos anteriores y las conjuga con las alegaciones del motivo tercero: los colegatarios de parte alícuota tienen *acción* contra el heredero para exigirle la rendición de cuentas que como apoderado debe realizar, y *de tal modo* llegar al conocimiento exacto de la composición y cuantía del patrimonio hereditario.

Es lástima que no se extendiera el T.S. en orden a la determinación de las deudas, consecuencia de su deber de rendir cuentas. Claro que ello era resolver sobre algo no pedido. Y es cuestionable, además, el que la obligación de rendir cuentas, técnicamente *indivisible*, resulte *dividida* entre los colegatarios.

- El Considerando séptimo, rechazando los motivos primero y segundo, procede correctamente en el fondo. Formalmente, en el año 1963 el T. S.

(351) Véase *La dogmática de la herencia...*, cit., págs. 128 y sigs.

tenía elementos de juicio suficientes para entrar en la distinción entre computación y colación. Y no creo que fuera incongruencia resolver este punto.

La consideración de que «objetivamente todos han de considerarse como verdaderos herederos forzosos» no equivale a que por ellos *todos* deban colacionar: sólo los instituidos herederos están obligados y frente o en concurrencia con otros herederos que sean legitimarios.

- El Considerando octavo podía haber incidido en el punto de las deudas, tanto en lo relativo a su determinación jurídica como en el aspecto contable.

Nota final.

Esta sentencia tiene como *presupuesto condicionante* la existencia de un legado parciarlo. Precisamente es este punto la *ratio-decidenti*, que sustancialmente es correcta y objetivamente justa.

12ª SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1963.

— Hechos:

De la concatenación de hechos se desprende con toda claridad cómo el nudo de la cuestión litigiosa reside en el contrato de compraventa de 1931 (señalado en los Antecedentes bajo el epígrafe 2).

1. Para el debido análisis de tal contrato de 1931, además de las cuestiones especialmente debatidas (v. número 11 de los Antecedentes), conviene detenernos en los elementos constitutivos del contrato:

- a) *Consentimiento*.—No aparece claro si doña Bernardina (viuda de uno de los hijos de Neveyra, antiguo comprador *a retro*), prestó o no su consentimiento.

Entre los defectos de capacidad por falta de consentimiento se suele citar la falta de representación. Lo que equivale, en principio, a la inexistencia del negocio: Nulidad *EXCLUSIVAMENTE* establecida a favor de la parte que no consintió. De modo que ésta podía: o ratificar, en forma expresa o tácita (inferida de actos inequívocos reveladores de que consiente y acepta lo concertado), o no ratificar. La no ratificación implica que el negocio queda pendiente, en estado de suspensión, a la espera de que aquélla se produzca; pero tal *condición*, en este caso, ¿afecta a la totalidad del negocio o sólo a una parte del mismo? Entiendo que lo lógico es que todo el negocio quedaba supeditado a la *conditio iuris* de la ratificación. Y que no cabe confundir esta subordinación del negocio total con la obligación derivada del contrato a cargo de los vendedores: como obligación de «dar» un cuerpo cierto, tal obligación era indivisible; tal obligación se traduce en una deuda mancomunada, ya que todos los deudores están unidos por el vínculo de la cotitula-

riedad de su deber de prestación (con aplicación, en su caso, del artículo 1.150 C.c.); y tal deber de prestación se configura como un «dare» traslativo (352), cuyo valor es instrumental, de modo que la prestación está dirigida a obtener el resultado traslativo y, por tanto, sólo quedará cumplida cuando dicho resultado se haya logrado.

Pendente la ratificación, el efecto traditorio quedaba asimismo sujeto a la condición suspensiva de la ratificación por doña Bernardina. Pero la compraventa es contrato consensual en nuestro Derecho, por lo que los otorgantes vendedores quedaron sujetos al efecto obligacional (arg. artículo 1.258 C.c.), y a todas las consecuencias del contrato derivadas. Durante la situación de pendencia los efectos de la condición cumplida pueden quedar desvirtuados frente a terceros de buena fe, que deben quedar protegidos.

Deficiente la ratificación, parece que debe imponerse la sanción de nulidad al negocio. Pero debe distinguirse: entre la acción de nulidad (declarativa), que es imprescindible, y la acción dirigida a obtener la restitución de las cosas dadas a virtud del contrato nulo, que está sujeta al plazo ordinario de prescripción de las acciones personales (art. 1.964) y a la posibilidad de que las cosas sean usucupadas (art. 1.962) (353). Queda en pie la cuestión de si doña Bernardina, con sus actos, confirmó el contrato, o sea, de si cabe la ratificación «tácita». El T.S. (S. de 25 de junio de 1946) exige que la declaración de voluntad tácita se desprenda de actos concluyentes de carácter inequívoco. En comentarios anteriores, en este mismo trabajo (a S. 28-2-1949), pusimos de relieve la conexión entre la impugnación de un negocio ineficaz y la doctrina de los actos propios, y a ello me remito. En nuestro supuesto es dudoso que quepa la confirmación tácita, ya que se trata de negocio *nulo* y no anulable. Y para que se pueda aplicar la doctrina de los propios actos deben darse todos sus presupuestos; para que la impugnación del negocio POR PARTE de doña Bernardina pudiera prosperar, lo decisivo sería la susceptibilidad de su conducta para suscitar una objetiva confianza en el comprador.

En resumen: la falta de ratificación hacía nulo el contrato, pero tal acción puede ejercitarse por terceros interesados; la nulidad es total; la deuda contraída por los vendedores era indivisible y mancomunada, consistente en un «dare» traslativo, subordinada a la ratificación.

- b) *Objeto*.—Se discutía sobre si las fincas objeto de esta venta eran 118 u 83. Como el *petitum* se concreta a 83 fincas, a ello hay que atenerse. Las alegaciones del demandado se refieren a los bienes gananciales, a que luego se alude.

c) *Adquisición de los bienes comprados*:

- a') *Destino de tal adquisición*.—Parece evidente que don José adquirió para la herencia de su padre y nos lo confirma una lectura detenida de la cláusula segunda del contrato.

(352) Así, en la terminología de Díez-PICAZO, *Lecciones de Derecho civil*, II, páginas 233 y sigs.

(353) Así, en Díez-PICAZO, op. ult. cit., pág. 191.

Toda la actuación de don José como coheredero es perfectamente clara y la eficacia de sus actos redundará en beneficio de la comunidad hereditaria.

b) *Carácter de tales bienes:*

Prima facie, puede creerse que la adquisición, hecha durante el matrimonio de José y Clotilde, determinaba la ganancialidad de los bienes adquiridos.

Pero conviene no olvidar que lo adquirido era «por los coherederos de don José..» (así en la misma cláusula segunda) y que la ganancialidad sólo podía concretarse en aquellas fincas que se le adjudicaren a él.

Lo cuestionable es el valor a otorgar a la *declaración* de don José en la cláusula 14.^a de su testamento: si observamos que el testamento es posterior en fecha a la venta de 1941 al señor Becerra y contrastamos los textos del testamento y de la compra de 1931, podemos concluir que tal declaración constituía obviamente un *venire contra factum* [¿sugerido por el demandado del pleito?].

— En consecuencia: la compraventa pendía de una ratificación, a salvo los derechos de terceros de buena fe; la adquisición se hizo para la comunidad hereditaria de la sucesión de don Emilio.

2. El hecho de la partición de 1902 sobre la herencia de don Emilio, había sido extensamente tratado por el demandado-recurrente. No voy a entrar en la problemática de la partición hecha por los herederos, por lo que me remito a los tratados generales y monografías sobre la cuestión. Solamente apuntaré algunas consideraciones breves sobre el caso de autos.

La cuestión era respecto del *objeto* de la comunidad hereditaria: si el *derecho de retracto derivado de la escritura de 1884* había sido o no objeto de partición. Conviene distinguir aquí entre partición material y jurídica (acuerdo de proindivisión respecto a un objeto o bien hereditario); es evidente que este derecho, que no fue «partido», pudo ser ejercitado por don José en beneficio de la comunidad hereditaria. Y de ahí la eficacia del contrato de 1931 respecto de sus coherederos.

3. El *origen aparente* del litigio lo constituía la escritura de venta de 29 de abril de 1941, a favor del señor Becerra, otorgada por don José.

— Más que dicha escritura, lo interesante es el examen del documento privado posterior, sutilmente redactado. Entre sus afirmaciones son curiosas éstas: el reconocimiento por el comprador de que nada adeuda al vendedor; consignación como real de un precio inferior (!) al de la escritura; expresión de la «finalidad» de tal documento.

En cuanto a la buena o mala fe del demandado, en relación con la escritura y documentos complementarios, conviene recordar: que la buena fe es un principio rector interpretativo en todo negocio; que consiste en un *standard* de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles, de acuerdo con la conciencia social imperante; que el artículo 1.258 del C.c. contiene una llamada general a la buena fe contractual; que los contratos han de interpretarse

presuponiendo una lealtad y una corrección en su elaboración; que la buena fe es un punto de partida y también un punto de llegada, en el sentido de atribuir al negocio la significación adecuada para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales; impone la buena fe la aplicación de las ideas de confianza y autorresponsabilidad en la interpretación (354).

Una de las consecuencias de estas ideas expuestas y de las peculiaridades de los documentos complementarios es que en materia de buena fe se aplica la regla llamada *interpretatio contra stipulatorem*: no parece lógico que el causante de la oscuridad fuere el vendedor, con lo que es obvio que la interpretación de tales documentos, DE TENER QUE FAVORECER a alguien, favorecerían al presunto vendedor o sus sucesores. En este sentido, es constante la jurisprudencia que aplica este principio del 1.288 C. c., siempre que la elaboración de un contrato o cláusula haya sido obra de una sola parte.

La impugnación de este contrato podía ejercitarse por cualquier coheredero de don José.

4. Finalmente, nos queda por examinar el contenido del testamento de don José. Ya antes (v. nota 158) expuse que no aparece con la necesaria claridad la literalidad de algunas cláusulas, por lo que mi comentario quizá no sea todo lo correcto que pudiera ser.

— A la cláusula 14.^a me he referido anteriormente.

— Parece existir una antinomia entre la institución de heredera «en usufructo vitalicio» a su esposa Clotilde y otra idéntica disposición, en idénticos términos, a sus sobrinos Emilio y Milagros. Sin extenderme en este punto, a la vista de su redacción e inserción en el texto, de los hechos del litigio y del motivo cuarto del recurso, creo poder deducir: que a doña Clotilde la instituya en usufructo vitalicio de los inmuebles; que, EN EL REMANENTE de sus bienes, instituya herederos en nuda propiedad a los hijos de Milagros y en usufructo a Emilio y Milagros.

Así las cosas, es trascendental a efectos de calificación la norma interpretativa que establece el propio testador en una cláusula no numerada: «...tendrá efectos de interpretación de la voluntad del testador...» Y, por tanto, las disposiciones serían, *técnicamente* hablando, como sigue: 1) institución de heredero a favor de los hijos de Milagros, en la nuda propiedad; 2) legado de usufructo universal a favor de doña Clotilde; 3) legado parciario del usufructo del remanente, a la muerte de doña Clotilde, a favor de Emilio y Milagros Sánchez (los demandantes).

— A consecuencia de esta interpretación me parece correcta la enajenación de bienes efectuada a la muerte de José y Clotilde por los nudos propietarios y usufructuarios conjuntamente. Queda la duda de si tales sucesores voluntarios, con tales actos, venían a contradecir los actos de su causante, don José.

Los actos de don José contradichos podían ser: uno, la venta de 1941 al señor Becerra; otro, la declaración testamentaria de «ganancialidad» de los bienes.

Hemos ya expuesto en comentarios precedentes los requisitos necesarios para la aplicación de la doctrina de los propios actos. Se exige que el sujeto activo

(354) Así, en Díez-Picazo, op. ult. cit., págs. 155 y slgs. Para un estudio más intensivo, véase la magnífica obra de DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Bosch, 1965.

de la pretensión contradictoria haya observado en un momento precedente una conducta vinculante incompatible con la pretensión, según la conciencia social. Y es en materia sucesoria oponible *al heredero* el carácter contradictorio de su pretensión con la conducta anterior de su causante. Concretamente, el heredero queda impedido de ejercitar un derecho propio (impugnación) por haber aceptado la herencia del causante, cuando la situación jurídica del causante *era contraria* al ejercicio de este derecho. Precisamente presenta Díez-Picazo (355) un ejemplo muy parecido al del caso de autos: no es que sea inadmisble la pretensión de los herederos de don José, sino que al aceptar la herencia de éste su pretensión originaria queda impedida por un fenómeno similar al de la confusión de derechos. Se reúne en una misma persona la cualidad del titular de la acción de impugnación y la cualidad de sujeto especialmente vinculado por el negocio.

Si todo ello era aplicable al caso, ciertamente, lo era EN CUANTO a la cualidad de sucesores de don José de los demandantes; PERO NO en tanto que eran los herederos legítimos de Emilio-Ramón, coheredero con don José en la sucesión del finado don Emilio. Como tales herederos, sus derechos se mantenían vigentes.

— *Actuaciones procesales:*

1. El *petitum* de la demanda, correctamente expuesto, fue casi íntegramente recogido en la sentencia de la Audiencia y en la del T.S. resolutoria del recurso.

La única diferencia reside en que los demandantes pedían el abono de los frutos percibidos y de los *perciptendi*, lo que suponía conceptuar como de mala fe al poseedor señor Becerra (arg. art. 455), y la indemnización de daños y perjuicios causados a la comunidad hereditaria. En tanto que la Audiencia no acoge esta última petición y en orden a la relativa a los frutos conceptúa como de buena fe al demandado y aplica el artículo 451 C.c.; con ello, el *cómputo* debía hacerse desde la interrupción de la posesión, o sea, a partir del emplazamiento al juicio.

2 Del recurso de casación interesan tan sólo algunas peculiaridades:

— El motivo primero desarrolla con poca fortuna el argumento de la falta de ratificación del contrato de 1931 por doña Bernardina, argumento que pudo muy bien emplearse en la reconvención. Pero a este argumento, que conduce a la nulidad del contrato, debía haberse agregado el por qué y el cómo de la posición jurídica de don José *como vendedor* al demandado.

— El motivo segundo alude al error de hecho del juzgador en la valoración de la prueba, sobre disolución de la comunidad hereditaria por la partición, pero sin llegar a analizar el contenido de aquella ni los derechos objeto de partición.

— El motivo tercero es muy interesante, sobre todo en el examen de los supuestos imprescindibles—según el recurrente—para que se dé el juego de los artículos 1.063 y 392 C.c.

(355) Véase *La doctrina de los propios actos*, pág. 235.

La tesis de que la acción debe ser «de efectos declarativos», pero nunca un «nuevo convenio. . por ejemplo, *adquirir...*», creo que hay que relacionarla con el tema de la administración de la herencia, al que antes dedicamos algún comentario, y a él me remito (respecto a la S. de 28-2-1949).

Lo cuestionable es si el caducado derecho de retracto *pudo o no transformarse*, en su efectividad, en el contrato de 1931. Pero, como tal derecho no dividido seguía formando parte de la comunidad hereditaria.

— El motivo cuarto desarrolla el tema del legado parciario, para concluir que los usufructuarios son herederos y no legatarios. Hay en él algunas precisiones interesantes: la de que el criterio objetivista puede servir en los supuestos extremos, pero no en los llamamientos de naturaleza *mixta*; la de que siempre es más lógico e insustituible acudir al criterio de la voluntad del testador; la de que la responsabilidad *ultra vires* no es característica e inseparable del concepto de heredero; y la de que los recurridos no pueden impugnar la venta hecha por su causante (sin que se desarrolle esta tesis).

Ahora bien, al pasar a la consideración que le merece el llamamiento hecho a los demandantes en el testamento, se olvida del criterio de la voluntad del testador y se prescinde prácticamente del cánón lógico y de la totalidad para la correcta interpretación del testamento.

Tampoco es demasiado exacta la afirmación de que la exención de la responsabilidad, en orden al usufructuario, debe hacerse expresamente por el testador: el régimen de los artículos 508 y 510 C.c. es clarísimo.

— Sentencia del Tribunal Supremo:

El T.S. rechaza justamente el recurso, en base a dos principios fundamentales: que don José había actuado en pro de la comunidad hereditaria y que la partición no alcanzó al derecho de retracto.

— El Considerando primero rechaza el motivo primero, en un desarrollo *in extenso* técnicamente irreprochable: por ser cuestión nueva, por no acudir al número 7 del artículo 1692 LEC, por la desconexión con el pleito del artículo 506 C.c., y por la sanción de nulidad implicada en la tesis del recurso.

Solamente este último inciso es cuestionable: el que el contrato de 1931 fuera nulo no comporta, *per se*, que lo sea un contrato posterior. Habría debido profundizar un poco más: en el terreno del carácter consensual de la compraventa en nuestro Derecho; en lo relativo a la venta de cosa ajena (no es lo mismo que venta nula de cosa propia); y en el punto de la ratificación y consecuencias de su falta.

— El Considerando segundo rechaza el motivo segundo justamente, ya que el Tribunal puede estimar otros elementos probatorios que los señalados por las partes.

— El Considerando tercero rechaza el motivo tercero; éste es el punto central del litigio, en que se entremezclan los temas de la partición, retracto y actuación de un coheredero.

Para mí constituye la *ratio decidendi* del litigio. La sobriedad de expresión es convincente. Quizá ni le sobra ni le falta más detalle: a lo sumo, puede

reprocharse esa «conversión» del derecho de retracto («surgido de una u otra forma...»), un tanto dudosa.

— El Considerando cuarto rechaza el cuarto motivo, sobre la base de que los instituidos en el usufructo son legatarios. Creo que toda la diferenciación que el T.S. hace, casi de forma exhaustiva, entre el llamado como heredero y el llamado como usufructuario es un *obiter dictum*, un «plus» añadido a la decisión del litigio en sus consideraciones precedentes.

Al ser legatarios y *derivar* su acción de impugnación de su cualidad de herederos de su padre don Emilio-Ramón, es obvio que no cabe hablar de «actos propios» aquí.

Digamos, finalmente, que el doble condicionamiento que el T.S. exige para aplicar el cánón literal parece muy prudente y adecuado al caso, aunque quizá no sea conveniente generalizarlo para cualquier supuesto.

De las diferencias apuntadas por el T.S.—prácticamente se recoge la esencia de todas las doctrinas modernas—interesan las relativas al modo de entrar en el goce de los bienes y a los efectos en orden a responsabilidad por deudas; pero su generalización en otros supuestos sería excesiva.

La conclusión final es que el sucesor usufructuario ni es heredero ni es legatario parciario. Quizá esto último debiera haberse precisado un poco más, sobre todo a la vista de la Sentencia precedente, de 11 de febrero de 1956.

— *Nota final:*

El valor de esta sentencia, fundamentalmente, es que diferencia el legado de usufructo del legado parciario: pero ello en unos *obiter dicta*.

(Continuará)

JOSÉ CERDÁ GIMENO,
Notario

II. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Dos motivos fundamentales me vienen impulsando desde hace tiempo, y ahora más acuciantes, a dejar la Sección que desde ya casi seis lustros vengo firmando en esta Revista: la edad—ya a poco más de un año vista de la jubilación, Dios mediante—y el dar paso a otra generación de nuestra gran familia hipotecaria.

También, y esto sí que lo estampo con orgullo, el ver cimentado el gran esfuerzo que nos impusimos—y aquí aludo directamente a Pedro Cabello y Juan José Benayas, ayudados por jóvenes Registradores, de quien cito, como simbolo que a todos reúne, al llorado Francisco Sánchez de Frutos—de que “Revista Crítica” figure entre las más brillantes de Derecho privado de lengua hispánica.

De mi sucesor en esta Sección, ¡qué puedo decir! El que haya seguido mis glosas o notas a las Resoluciones de nuestro Ilustrado Centro Directivo, percibirá en seguida cuanto va a ganar en esta sustitución.

Manuel Amorós Guardiola auna a su juicio reflexivo una cultura de la que yo carezco, por haberse formado a la sombra del insigne maestro don Federico de Castro. Sobradamente es esto co-

nocido por sus trabajos en esta Revista y "Anuario de Derecho Civil".

Cuando en el año 1961, con motivo del Centenario de la mejor Ley española, la nuestra hipotecaria, la benevolencia y afecto de Francisco Cervera y Rafael Chinchilla me impulsaron a que, junto a mi querido amigo Sebastián Moro Ledesma, inaugurase los cursos de Derecho hipotecario para el doctorado en la Universidad Central, mi amistad con Manuel Amorós, asiduo y ejemplar asistente, se estrechó de tal forma que más de una vez acudí a él en solicitud de algún dato o libro que pudo proporcionarme por su cultura singular. Nadie, pues, como Amorós Guardiola, pensé desde un principio, podría llevar una Sección tan fundamental en la finalidad de esta Revista.

Para acabar quiero—una vez más—rendir mi tributo de admiración y respeto a nuestro Organismo Rector: desde su Director al más moderno de los Letrados.

Si tuve algún acierto en mi cometido, a la doctrina de la Dirección, que me indujo a estudiar y a reflexionar, se lo debo. Les ruego, por lo mismo, me perdonen mis torpezas y fallos.

También para el más Alto Tribunal de Justicia, mi reverencia. Hay que estudiar bien los hechos para darse cuenta de las sentencias, que creemos contradictorias en ocasiones... y no lo son.

Nada más. Con nostalgia por los años pasados, pero con la alegría del deber cumplido, digo adiós a todos los que me hayan seguido, con un fuerte abrazo.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO. 1

1. REGISTRO DE LA PROPIEDAD: INSCRITA EN EL REGISTRO UNA ESCRITURA DE DIVISIÓN HORIZONTAL, CON EXCEPCIÓN DE UNO DE LOS PACTOS CONTENIDOS EN LOS ESTATUTOS QUE REGULAN LA COMUNIDAD FORMADA, POR HABER PRESTADO SU CONFORMIDAD A LA NO INSCRIPCIÓN EL PRESENTE DEL TÍTULO, NO ES NECESARIO HACER CONSTAR EN LA NOTA DE CALIFICACIÓN Y DESPACHO DEL DOCUMENTO LOS MOTIVOS EXPRESOS DE LA SUSPENSIÓN O DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE DICHO PACTO.

Resolución de 17 de septiembre de 1968 («B. O.» de 1 de octubre del mismo año)

A) *Antecedentes de hecho.*—Mediante escritura otorgada en Vigo el 26 de abril de 1966 ante el Notario recurrente, don A. P. A., casado con doña N. P. M., procedió a la división horizontal de un edificio de su propiedad de naturaleza ganancial situado dentro del municipio de aquella ciudad. En los estatutos pactados para regular la comunidad de los futuros propietarios de los pisos sobre los elementos comunes del edificio, se estableció en el apartado señalado con la letra d) la reserva a favor del propietario constituyente del derecho de vuelo para construir las plantas que permitan las Ordenanzas municipales. Y en relación con este derecho de vuelo así reservado expresamente se pactó en el apartado 2.º de tal estipulación lo siguiente: «Dicho derecho de vuelo podrá ser inscrito separadamente en el Registro de la Propiedad y asimismo las obras que se lleven a efecto ejercitando tal derecho, que como tales obras nuevas podrán ser declaradas por el titular de dicho derecho de vuelo, asignando a las nuevas plantas el valor, a efectos de distribución de beneficios y cargas, proporcional a sus extensiones superficiales, pudiendo determinar tales módulos y rectificar los atribuidos a las plantas ya existentes en el acto de otorgar las correspondientes escrituras de declaración de obra nueva, para lo cual se considerará investido de amplios poderes de todos los titulares de las reseñadas plantas».

Presentada en el Registro primera copia de aquella escritura, y previa la conformidad del presentante de la misma para que no se inscribiera el párrafo 2.º de la estipulación d), antes transcrito, fue calificada por el Registrador con la siguiente nota: «Inscrito en donde indican los cajetines estampados al margen de las descripciones de las fincas, a favor de ambos esposos, para la sociedad conyugal por ellos formada, denegándose la inscripción del contenido del párrafo 2.º de la letra d) de régimen de comunidad, relativo a asignación de valor a efectos de distribución de beneficios y cargas a las plantas que se construyan en uso del derecho de elevación reservado, de acuerdo con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario (1) y con la conformidad del presentante.»

(1) Aparte otros extremos que ahora no interesan, dispone este artículo lo siguiente:

... Cuando el documento comprenda alguna estipulación o pacto que no deba tener acceso al Registro o que legalmente deba tenerse por no puesto, podrá ins-

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación registral a efectos exclusivamente doctrinales, por estimar que dicha nota de calificación infringe los artículos 106 y 433 del Reglamento Hipotecario, pues al limitarse a denegar una determinada estipulación o pacto sin consignar las causas o motivos de tal denegación, ello implicaría una vulneración de todo el sistema de calificación registral, ya que haría imposible la utilización del recurso gubernativo.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador y ordenó la inscripción de la estipulación denegada porque «no se aprecian razones que aconsejen la negativa a inscribir en el Registro el contenido del párrafo 2.º de la letra d) del régimen de comunidad de la escritura de 26 de abril de 1966».

La Dirección General revoca el auto apelado y declara bien extendida la nota de calificación puesta por el Registrador en base a los siguientes Considerandos:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros*.—Que inscrita en el Registro una escritura de división horizontal, con excepción de uno de los pactos contenidos en los Estatutos (que regulan la comunidad formada) por haber prestado su conformidad a la no inscripción el presentante del título, y extendida la nota al pie del documento tal como prescribe el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, la cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si en dicha nota ha de hacerse constar la causa o motivo de la suspensión o denegación, tal como preceptúa el artículo 433 del mismo Reglamento, o si, por el contrario, no es necesario cumplir esta exigencia, tal como lo entiende el funcionario calificador.

Que en los casos en que se devuelve el título sin haberse practicado operación alguna por atribuirse falta que impida la inscripción, el artículo 106 del Reglamento Hipotecario establece que no es necesario hacer constar los motivos en que se basa la calificación más que cuando el presentante lo reclamare expresamente, y en este mismo sentido hay que entender el contenido de los artículos 433 y 434 de la misma disposición legal, que reflejan idéntico criterio, por lo que al prestar el interesado su conformidad a la no inscripción del pacto, es correcta la actuación del Registrador que se limitó a aplicar los preceptos citados y realizar la inscripción en la forma deseada por el presentante.

Que únicamente en el supuesto de que se solicitare la inscripción en los libros registrales del pacto no inscrito, lo que podría tener lugar a través de una nueva presentación del título calificado, y se negare su ingreso en el Registro, habría aquél de devolverse con nota firmada suficiente que indicara la causa o motivo de la suspensión o denegación, y de esta forma sirviera de base

scribirse el título y denegarse la inscripción de tal estipulación o pacto, del que no se consignará referencia alguna en el asiento que se practique, si bien se hará constar la denegación en las notas que se extiendan al pie del documento y al margen del asiento de presentación.

En los supuestos del párrafo anterior, el Registrador se abstendrá de practicar el asiento solicitado en tanto que el presentante no manifieste su conformidad con que la inscripción sea extendida denegando la de dicho pacto o estipulación.

Quando los defectos atribuidos no afectasen a todas las fincas comprendidas en el documento y los interesados, verbalmente o por escrito, desistiesen de que se practique operación alguna respecto a la finca o fincas a que el defecto se refiera, la nota expresará dicho desistimiento y la finca o fincas de que se trate, sin perjuicio de consignar los datos relativos a las operaciones practicadas.

para que las personas señaladas en el artículo 112 del Reglamento pudieran interponer el correspondiente recurso gubernativo.

C) *Comentario.*—Desde que se presenta un título en el Registro solicitando su inscripción hasta que el Registrador lo inscribe, o suspende o deniega la práctica del asiento debido, se desarrollan una serie de actos jurídicos sucesivos y reglados por la Ley que integran el llamado procedimiento registral. Procedimiento en el sentido de actividad debida, realizada por el Registrador en cumplimiento de su estricta función, que tiende a dotar de la publicidad correspondiente al acto o situación contenido en el documento presentado, y a través del cual se da cumplimiento a la solicitud del interesado. El problema de la naturaleza del procedimiento registral, enfocado muchas veces a través de la naturaleza de la función calificadora que en aquél se manifiesta, ha dividido a los autores en opiniones contrarias (2), y no es éste el momento de plantearlo aquí en su adecuada extensión. Porque su consideración pormenorizada daría desproporcionada longitud a estas modestas y ocasionales notas. Siguiendo la doctrina más autorizada, entiendo que el procedimiento registral no es ni estrictamente jurisdiccional ni directamente administrativo, sino que se encuadra con más precisión, por su propia peculiaridad, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria y es, en tal sentido, relativamente autónomo (3).

Para que el procedimiento registral se ponga en marcha es preciso una previa solicitud por parte del interesado en la inscripción. El procedimiento registral es un procedimiento dispositivo, se inicia a instancia de parte (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA). La actividad registral es rogada, salvo las excepciones que en seguida indicaremos. Ni en los casos de inscripción constitutiva, ni en los de inscripción necesaria o forzosa, puede el Registrador desarrollar su función sin una previa solicitud de los interesados. Otra cosa es que éstos vengan o no obligados a esa petición. Los muy pocos supuestos en que el Registrador debe actuar de oficio (4) no sólo son numéricamente excepcionales, sino que vienen condicionados ya por una previa solicitud (arts. 171 de la Ley Hipotecaria y 426 del Reglamento Hipotecario), ya por la especial naturaleza de los intereses que se protegen (art. 164-2.º del Reglamento Hipotecario), ya por tratarse del plazo automático de caducidad de un asiento formalizado en virtud de previa rogación (arts. 98 y 298 del Reglamento Hipotecario), ya, en fin, por una situación anterior anómala o excepcional (arts. 213 de la Ley Hipotecaria y 161 y 481 del Reglamento Hipotecario). En cuanto a los asientos que se practican en virtud de mandamiento judicial o administrativo creo que la declaración de voluntad contenida en el mandamiento en forma expresa encierra una auténtica petición de inscripción, y no hay entonces, propiamente hablando, excepción a la solicitud de inscripción que con carácter general inicia el procedimiento.

(2) a) *Teoría del procedimiento registral como procedimiento jurisdiccional* (PAZOS Y GARCÍA, ROMANÍ CALDERÓN, GALLARDO RUEDA, LÓPEZ MEDEL, ITURMENDI).

b) *Teoría del procedimiento registral como procedimiento administrativo* (ROMANÍ PUIGDENGOLAS, ARAGONÉS CARSI, CAMPUZANO, GONZÁLEZ PÉREZ).

c) *Teoría del procedimiento registral como procedimiento de jurisdicción voluntaria* (JERÓNIMO GONZÁLEZ, ROCA SASTRE, COSSÍO, SANZ-FERNÁNDEZ, LACRUZ BERDEJO).

(3) LACRUZ BERDEJO: *Jurisdicción y Administración en el Registro de la Propiedad*. Primer Congreso de Derecho Registral (2 a 6 de mayo de 1961). Ponencias, Actas, Conferencias Publicaciones del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España Madrid, 1965, págs. 255 y sigs.

(4) Cfr. los señalados por ROCA SASTRE en *Derecho hipotecario* (DH), Barcelona, 1954, tomo I, pág. 781.

Como es bien sabido, la solicitud de inscripción puede hacerse en forma expresa, verbal o escrita, o en forma tácita y presunta, mediante la mera presentación en el Registro de los títulos cuya registración se pretende (5). Peticion de inscripción y presentación de documentos son naturalmente actos distintos. sin embargo, la forma normal de exteriorizarse la petición de inscripción es la presentación de los documentos. Pues bien, una vez iniciado el procedimiento, sus etapas subsiguientes (calificación por el Registrador de los títulos; acto registral que se traduce en la decisión de inscribir, o en suspender o denegar la inscripción solicitada; extensión del asiento y de la nota al pie del título, etc.) se desarrollan en forma automática y reglada. Pero también esta afirmación tiene sus excepciones. En el sentido de que los interesados, y formalmente el presentante, pueden intervenir todavía después de la presentación y antes de la práctica del asiento, bien sea retirando el título presentado, bien modificando el contenido de su solicitud en la forma que veremos en seguida.

A partir de la formulación que don JERÓNIMO GONZÁLEZ hizo de la teoría de los principios hipotecarios, la mayoría de los autores coincide en afirmar la existencia de un principio de rogación, con carácter general dentro de nuestro sistema registral, que traduce aquella necesaria solicitud de inscripción y el carácter dispositivo que informa al procedimiento registral (6). De las dos razones que se apuntan como fundamento de este principio me parece más convincente la idea de que el Registro funciona primordialmente al servicio de intereses privados, cuya protección se encomienda a la libertad de los propios titulares, y de ahí el carácter dispositivo del procedimiento, que la otra tesis, según la cual la rogación se vincula a la voluntariedad de la inscripción en nuestro Derecho. Porque, como ya he apuntado antes, la realidad legal de la inscripción forzosa o de la constitutiva no implica necesariamente la actuación de oficio por el Registrador, y aun entonces es (o puede ser) defendible la previa solicitud. En esta misma línea la Dirección General de los Registros ha mantenido en reiterada jurisprudencia el criterio de que el principio de rogación es uno de los fundamentales en nuestro sistema de Registro inmobiliario. Confróntese, por ejemplo, las Resoluciones de 30 de abril de 1936 y la muy reciente de 19 de diciembre de 1966.

Supuesta la existencia del principio de rogación en nuestro Derecho registral, lo que a mi juicio resulta indudable, conviene recordar ahora los casos en que se manifiesta ese principio dentro de nuestra legislación positiva. Porque no se trata de afirmar sin más la vigencia de un principio jurídico de valor organizatorio general, ni de atribuirle un contenido más o menos importado de legislaciones extranjeras con distinta mentalidad normativa, sino de precisar las concretas aplicaciones que nuestra Ley Hipotecaria, la jurisprudencia y la prác-

(5) El artículo 6.º de la Ley Hipotecaria reconoce legitimación activa para pedir la inscripción no sólo al adquirente, al transmitente y al simplemente interesado en asegurar el derecho de cuya inscripción se trata, sino también al representante de cualquiera de ellos. Y el artículo 39 del Reglamento Hipotecario, con criterio amplísimo, atribuye esa representación para pedir al mero presentante de los títulos. De donde resulta que la sola presentación *ad inscribendum* se reputa legalmente solicitud de inscripción a efectos de iniciar el procedimiento.

CHICO y BONILLA reconocen, además una forma presunta de solicitud, en los casos en que entra en juego el artículo 355 del Reglamento Hipotecario respecto a la cancelación de asientos caducados o a la conversión de inscripciones de posesión en dominio.

(6) Matizan esta afirmación en sentido restrictivo, destacando su carácter meramente procesal o limitando su aplicación generalizada, LÓPEZ TORRES, SANZ FERNÁNDEZ, LACRUZ y SANCHO, CHICO y BONILLA.

tica registral, hacen del principio así formulado. Algunas de dichas manifestaciones podrían resumirse así:

1. *En todo caso, la necesidad de solicitar la inscripción por persona autorizada por la Ley para ello (art. 6.º de la Ley Hipotecaria y concordantes), en la forma y con las excepciones que antes hemos señalado.*

2. *La posibilidad de que los interesados retiren el título, una vez presentado en el Registro, para el pago del impuesto correspondiente o para que se subsane cualquier otro defecto de que adolezca. Este último subcaso presupone la previa calificación por el Registrador, pero no que se extienda la pertinente nota de suspensión (arts. 19 y 255 de la Ley Hipotecaria).*

3. *La posibilidad de que el presentante, después de retirado el documento por alguna de estas causas, libremente deje de presentarlo en el Registro, a pesar de haberse subsanado el defecto que motivó su retirada, y desista, por tanto, de su inscripción. Posibilidad un tanto anómala que tiene su apoyo en la voluntariedad de la inscripción.*

4. *La posibilidad, realmente más extraña, de que los interesados o el presentante retiren el documento, después de su presentación en el Diario, sin mediar defectos u otra causa externa que lo justifique. Es el problema del desistimiento a la inscripción de los títulos ya presentados, cuya solución no deja de ser dudosa por no acreditarse frente al Registrador con causa legal suficiente el motivo por el cual se paraliza el procedimiento registral ya iniciado (7).*

5. *La posibilidad de que los interesados exijan del Registrador que, antes de extender el asiento correspondiente, les dé conocimiento de su minuta, para pedir en su caso judicialmente la subsanación de cualquier error que pudiera contener (art. 258 de la Ley Hipotecaria).*

6. *Cuando un título contenga varias fincas y hubiere defectos que afectaren solo a alguna de ellas, la posibilidad para el presentante de solicitar la inscripción únicamente respecto de las fincas no defectuosas, desistiendo de la inscripción en cuanto a las demás (art. 434 del Reglamento Hipotecario).*

7. *Cuando el título comprenda alguna estipulación ineficaz o no inscribible, la posibilidad de pedir la inscripción respecto al restante contenido válido del documento. En todo caso, es preciso la previa conformidad del interesado para esa inscripción parcial (art. 434 del Reglamento Hipotecario).*

8. *Cuando el título contenga varios actos, o una situación de cotitularidad por cuotas, la posibilidad de solicitar la inscripción en cuanto a uno solo de los actos, o en cuanto a alguna sola de las cuotas correspondientes a los distintos interesados.*

9. *La posibilidad de pedir la inscripción de un título sólo respecto a parte del mismo, con exclusión de alguna de sus estipulaciones, y sin que medie previa calificación de defectos relativos a las estipulaciones excluidas. Lo cual puede*

(7) Véase el estado de la cuestión en nuestra doctrina en LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1968, páginas 352-3.

hacerse en el momento de la presentación del documento o incluso después, iniciado ya el procedimiento registral y antes de la práctica del asiento.

10. En cualquier caso, la facultad de recurrir gubernativamente contra la calificación negativa (suspensión o denegación) del Registrador (arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 111 del Reglamento Hipotecario).

Fijémonos por un momento ahora en el caso señalado con el número 9. Se trata de un problema que puede suscitarse a veces—como en el caso que ahora nos ocupa—dentro del procedimiento registral. Problema de si el presentante del documento, en la solicitud de inscripción que formula en el momento de la presentación o incluso después de ésta, puede desistir de que se inscriba parte del título, y solicitar la inscripción tan sólo del resto del documento. Obsérvese la diferencia entre los supuestos respectivamente señalados con los números 7 y 9. En el número 7 se contempla el caso de que el documento contenga alguna estipulación o pacto no inscribible, lo cual supone la previa calificación por el Registrador, ya que, a efectos de inscripción, sólo el Registrador (por vía de función calificadora negativa) o el Juez (a través del juicio declarativo de la ineficacia o nulidad material de la estipulación) pueden formular aquel juicio de valor. Entonces, para que el Registrador pueda denegar la inscripción del pacto inválido e inscribir el resto del negocio, es preciso que el interesado preste su conformidad. Para evitar que la publicidad de parte del contrato desintegre en perjuicio de los contratantes el contenido de lo estipulado como un todo. Mientras que en el supuesto 9 no hay en principio calificación negativa del Registrador ni valoración negativa respecto a la eficacia de algún pacto, sino mera exclusión por el interesado de la inscripción de éste formulada en trámite de petición o instancia inicial o modificada. Evidentemente son cosas bien distintas.

En relación con el apartado 9, que es el que ahora más nos interesa, no se ocultan las dificultades que encierra la admisión de tal posibilidad de solicitud parcial por parte del presentante: la escisión de la unidad del acto complejo concebido como un todo; el posible perjuicio de los interesados, o del interesado favorecido por el pacto cuya inscripción se excluye, con doble motivo si la hace el mero presentante sin poder de los contratantes; la discordancia que habría entonces entre lo publicado por el Registro y lo convenido por los interesados. El Reglamento Hipotecario no regula expresamente el caso que nos ocupa. Pero la práctica registral ha admitido esta posibilidad de petición parcial, y buena prueba de ello es el caso que contempla la presente Resolución. La doctrina ha recogido timidamente tal posibilidad (8). Y la jurisprudencia de la Dirección General aplica analógicamente a este supuesto la norma contenida en el párrafo 2.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario.

No olvidemos tampoco el necesario mantenimiento del principio de congruencia dentro del procedimiento registral. Por virtud de este principio, cuya necesaria vigencia queremos recordar aquí, la función calificadora y el acto registral de inscripción deben acomodarse a la pretensión del que solicita la registración. Es decir, que el Registrador debe calificar, y en su caso inscribir, todo y sólo lo que el presentante del título solicite. La necesaria existencia de la rogación justifica que todo el desarrollo del procedimiento se acomode a la inicial solicitud que lo inicia y que condiciona su ulterior desenvolvimiento. Aunque la actividad del Registrador sea reglada y no pueda variarse a petición de los interesados, si pueden éstos influir en el procedimiento, determinando

(8) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, I, pág. 787.

voluntariamente el objeto de la publicidad e incluso desistiendo o renunciando a la registración solicitada antes de formalizarse, según hemos explicado antes. Si el Registrador inscribe algo que no ha sido pedido por el presentante o que ha sido excluido de la solicitud, su actuación resultará incongruente y podrá ser invalidada.

Veamos cómo juega este principio de congruencia en dos casos distintos:

a) Cuando se presente un título para su inscripción sin que el presentante ni los intervinientes en el acto documentado hagan ninguna reserva o restricción. La presentación sin más implica solicitud de inscripción total. Si el Registrador inscribe todo el contenido del título, por resultar éste íntegramente inscribible, no hay problema. Si no llega a inscribir, y el presentante lo reclama, el Registrador deberá hacer constar en la nota al pie del título el resultado negativo de su calificación: los defectos subsanables o insubsanables que concurran, expresados en forma clara y precisa, y los motivos que determinen tal apreciación defectuosa (art. 106 del Reglamento Hipotecario). Aunque esto último no es necesario, y el Registrador puede devolver el título viciado por defectos sin necesidad de hacer constar éstos si se conforma con tal devolución el interesado (art. 105 del Reglamento Hipotecario). Si sólo se puede inscribir parte del título, pero no alguna de las estipulaciones que contenga, para que el Registrador dote de publicidad a aquella parte y deniegue o suspenda la inscripción del resto, necesita el consentimiento del interesado (art. 434 del Reglamento Hipotecario).

b) Cuando al presentar un título en el Registro solicita expresamente el presentante que no se inscriba en su totalidad, sino sólo parte del mismo, con exclusión de alguno de los extremos que comprende. Supuesto que este desistimiento parcial sea posible, lo que me inclino a admitir en base al criterio general de voluntariedad de la inscripción y lo dicho antes, entonces el Registrador deberá calificar y vaciar en el molde de la publicidad tan sólo lo solicitado por el presentante, con exclusión de los otros pactos respecto de los cuales no se solicita la inscripción (9).

Pues bien, en este último supuesto—b)—parece encajar el caso que nos ocupa. No resulta del todo claro en la exposición de los hechos de la Resolución que comentamos, si la conformidad del presentante para la no inscripción del párrafo 2.º de la estipulación d) de la escritura de división horizontal, se formuló en el momento de la presentación del título o después de la calificación negativa del Registrador respecto de dicho pacto. Aunque indirectamente a través de las alegaciones del Registrador y, sobre todo, a través de los Considerandos del Centro Directivo, parece desprenderse que la conformidad del presentante a la no inscripción de aquella estipulación parcial se produjo en el momento mismo de la presentación, y no después de una calificación negativa en el sentido de estimar ininscribible tal estipulación.

Partiendo de este planteamiento de los hechos entiendo que en tal caso, que se reconduce al supuesto antes contemplado con el número 9, el Registrador ni siquiera deberá denegar la inscripción de la estipulación excluida en la nota al pie del documento. Porque entonces no se produce una calificación negativa, ni el Registrador reputa ininscribible el pacto, y por ello—además de por otras razones—no ha de expresar los motivos legales en que apoya su denegación.

(9) Salvo, claro, la posible calificación total *prima facie* del documento para decidir si tal desistimiento parcial, a la vista de la conexión o independencia del pacto excluido respecto al negocio jurídico en su totalidad unitaria, es posible.

Sino que basta con no inscribir por haberse solicitado así expresamente. Y reflejar tal actuación, con éstas o parecidas palabras, en la nota al pie del título (10). De otra manera, la expresión utilizada resulta equívoca y sirve para no deslindar debidamente los dos casos de aplicación, antes señalados y diferenciados con los números 7 y 9. Dicho sea con todos los respetos hacia la opinión contraria, que no comparto.

En este sentido, la Resolución de la Dirección General que estamos comentando aplica al caso propuesto la recta doctrina registral. Interpreta por analogía la norma contenida en el apartado 2.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, dictada, a mi juicio, para un supuesto algo distinto. Con lo cual y con buen criterio hace posible el desistimiento parcial en el momento de la presentación (11). Y consagra el criterio de que no es necesario hacer constar en la nota los motivos de la no inscripción, tanto porque ésta se realizó de acuerdo con la solicitud del presentante (argumento basado en el principio de congruencia, que me parece el más fuerte), como por estimar que los artículos 433 y 434 del Reglamento Hipotecario deben interpretarse en armonía con el artículo 106, que permite la devolución del título al presentante sin nota expresa de denegación (12) (argumento de interpretación sistemática). Véanse los Considerandos 2.º y 3.º antes transcritos. Como este último sanciona rectamente, mediante una nueva presentación del título y la consiguiente petición de inscripción del pacto excluido, se hubiera provocado la calificación del Registrador respecto al mismo, y se hubiera abierto el camino al recurso correspondiente en su caso. Bien fácil solución para respetar el derecho de los interesados, y también del Notario autorizante, a impugnar la negativa a inscribir.

Hasta aquí el aspecto estrictamente formal del problema. Hubiera sido quizá más interesante el planteamiento del problema de fondo: la posible validez o ineficacia del párrafo 2.º, tantas veces repetido de la estipulación no inscrita. En orden a determinar si es o no inscribible un estatuto semejante al constituirse un edificio en régimen de propiedad horizontal. Lo cual parece en principio por lo menos dudoso. Pero ello exigiría la previa calificación del Registrador, que aquí no se produjo. Y por eso no llegó a plantearse en el recurso.

(10) Diferencias entre denegación y no inscripción :

- a) Una implica solicitud de inscripción, la otra la excluye.
- b) Una entraña ejercicio de función calificadora, la otra no.
- c) Una exige justificación de motivos legales de denegación, la otra no lo necesita

(11) En la misma línea doctrinal, la ya citada Resolución de 19 de diciembre de 1966 estableció que el carácter rogado que tiene la actuación registral se manifiesta no sólo en la voluntariedad de la práctica de los asientos, salvo aquellos supuestos en que se permite la actuación de oficio, sino también en que no podrá extenderse la función calificadora *más allá o a otros extremos no solicitados por las partes* o interesados en el título que motivó el asiento de presentación.

(12) Según el artículo 105-1.º del Reglamento Hipotecario, antecedente y complementario del 106, que aquí se recoge: «Cuando el Registrador, después de extendido el asiento de presentación y antes de transcurridos los sesenta días que duran sus efectos devuelva el título, por atribuirle falta que impida la inscripción o *por cualquier otra causa* (esta última frase se introdujo acertadamente en la reforma de 17 de marzo de 1959), extenderá al pie del documento una nota que contenga la fecha de la presentación y otra nota al margen del asiento expresiva de la devolución del documento, la cual deberá firmar el presentante o un testigo, en su defecto, si el Registrador lo exigiere».

2. REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—PROCEDIMIENTO EJECUTIVO DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA: NO PUEDE ORDENARSE EN ESTE PROCEDIMIENTO EJECUTIVO LA CANCELACIÓN DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO CAUSADAS POR CRÉDITOS POSTERIORES A LA HIPOTECA QUE SE EJECUTA, PERO ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN DE DICHA HIPOTECA, POR NO SER LOS PROCEDIMIENTOS DE APREMIO LOS ADECUADOS PARA RESOLVER LAS CUESTIONES RELACIONADAS CON TAL PREFERENCIA DE CRÉDITOS.

FUNCIÓN CALIFICADORA: SEGÚN EL ARTÍCULO 99 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, CORRESPONDE A LAS FACULTADES CALIFICADORAS DEL REGISTRADOR EXAMINAR "LA CONGRUENCIA DEL MANDATO CON EL PROCEDIMIENTO O JUICIO EN QUE SE HUBIERE DICTADO", CONGRUENCIA QUE NO SE PRODUCE EN EL PRESENTE CASO, YA QUE LA CANCELACIÓN DE LAS ANOTACIONES PRACTICADAS CON ANTERIORIDAD A LA INSCRIPCIÓN DEL CRÉDITO DEL ACTOR APARECE ORDENADA, NO POR EL JUEZ QUE ENTIENDE DE LA TERCERÍA QUE PUEDA INTERPONERSE, QUE SERÍA EL COMPETENTE, SINO POR AQUEL OTRO ANTE EL CUAL SE TRAMITÓ LA EJECUCIÓN.

Resolución de 28 de septiembre de 1968 («B. O.» de 16 de octubre del mismo año).

A) *Antecedentes de hecho.*—Mediante escritura otorgada el 21 de enero de 1965 ante el Notario de Madrid don Blas Piñar, doña E. B. S. concedió a don L. B. M. un préstamo de 400 000 pesetas con garantía hipotecaria, habiendo sido inscrita la hipoteca el 22 de abril del mismo año en el Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial sobre la finca número 2.639, inscripción 4.ª El 8 de abril de 1965 se había anotado sobre la misma finca un embargo decretado en procedimiento ejecutivo el 9 de febrero de aquel año por el Juez de Primera Instancia de Sabadell en favor de «Fibrolán, S. A.», y el 22 del repetido mes de abril se anotó también sobre dicha finca otro embargo, decretado igualmente en procedimiento ejecutivo el 26 de febrero anterior por el Juez de Primera Instancia número 17 de Barcelona en favor de «Salvador Casacuberta, S. A.».

Por no haberse satisfecho en su momento el crédito hipotecario, la acreedora formuló demanda para iniciar el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que correspondió al Juzgado número 22 de Madrid. Después de librada la certificación de cargas que dicho artículo previene, se solicitó del Juzgado que, en cumplimiento del párrafo 2.º de la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se notificase a los acreedores a que hacía referencia la mencionada certificación de cargas, y entre ellos los titulares de las dos anotaciones señaladas, para que pudieran intervenir en el procedimiento. El Juzgado, «teniendo en cuenta que el crédito de la actora, constituido por escritura pública con garantía hipotecaria, tiene carácter preferente a las dos anotaciones de

embargo que figuran inscritas en primero y segundo lugar en la certificación de cargas del Registro de la Propiedad por haberse otorgado con anterioridad a la fecha de las mismas», decretó, por providencia de 12 de julio de 1966, que se notificase a los titulares de ellas, «Fibrolán, S. A.», y «Salvador Casacuberta, S. A.», la existencia del procedimiento a los efectos del párrafo 2.º de la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. En el procedimiento aparece que ambos titulares fueron notificados, sin que se personaran en el mismo.

En los anuncios de la subasta se hizo constar el contenido de la regla 8.ª de dicho artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Declaradas desiertas la primera y la segunda subastas, la acreedora obtuvo del Juzgado la adjudicación de la finca en pago de su crédito. En el auto de adjudicación de 22 de febrero de 1967 se decretaba la cancelación «de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquella (la hipoteca), incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla 4.ª del mencionado artículo (131) y las que figuren en dicha certificación como anteriores, señaladas en primero y segundo lugar, por haber sido consideradas también posteriores, dado el carácter preferente de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de la actora, que se otorgó con anterioridad a las mencionadas inscripciones». Y exhortado el Juez de Primera Instancia de San Lorenzo de El Escorial, se expidió mandamiento dirigido al Registrador para la cancelación de los asientos procedentes.

Presentado en el Registro el anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: «Hecha la cancelación de las hipotecas constituidas en favor de doña E. B. S., don M. E. G. R. y don M. F. T. en el tomo 815, libro 48 de Collado de Villalba, folio 73, finca número 2.639, inscripción séptima. No se practica la cancelación de las anotaciones de embargo, letras A y B, en favor de «Fibrolán, S. A.» y «Salvador Casacuberta, S. A.», en la forma que se decreta, por oponerse a ello la regla 8.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria».

Interpuesto recurso gubernativo por doña E. B. S. contra la anterior calificación, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador y la Dirección General confirma igualmente el auto apelado y la calificación negativa del Registrador.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Que este expediente plantea la cuestión de si puede cancelarse, tal como ordena el auto judicial, dos anotaciones preventivas de embargo, que son de fecha posterior a la escritura de hipoteca que se ha ejecutado, pero que aparecen anotadas en el Registro de la Propiedad con fecha anterior a la inscripción de aquella hipoteca.

Que idéntica cuestión a la expuesta ha sido ya decidida por este Centro en la Resolución de 20 de marzo de 1968, en la que declaró:

a) Que el artículo 131-17 de la Ley Hipotecaria establece que se ordenará por el Juez la cancelación de «todas las inscripciones y anotaciones posteriores» a la inscripción de la hipoteca que se ejecute, permitiendo además el artículo 233 de su Reglamento la cancelación de las inscripciones y anotaciones «anteriores pospuestas al crédito del actor», lo que deberá hacerse conforme a las normas contenidas en el artículo 44 de la citada Ley y 1.923 del Código civil, y en el ámbito del procedimiento hábil para ordenar tales cancelaciones y posposiciones.

b) Que la doctrina reiteradamente declarada por el Tribunal Supremo acerca del artículo 1.923-4.º del Código civil de que lo que determina la preferencia para el cobro no es el orden de ingreso de los embargos en el Registro de la

Propiedad, sino la fecha de los respectivos créditos, entendida aisladamente de otros preceptos legales, puede inducir a confusión, ya que para su correcta aplicación hay que ponerla en relación con otras normas de particular importancia, como son las de carácter procesal, de las que se desprende que no son los procedimientos de apremio los adecuados para resolver las cuestiones relacionadas con la preferencia de créditos que, por el contrario, deberán ser ventiladas según disponen las normas sobre la tercería de mejor derecho «por los trámites del juicio declarativo que corresponda a su cuantía» (art. 1.534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que el Juez que entiende del apremio no es el competente para decidir acerca de esa preferencia.

c) Que si bien de conformidad con los preceptos legales que estructuran en nuestro ordenamiento hipotecario el principio de legalidad en su aplicación a los títulos de carácter judicial, es cuestión privativa del juzgador todo lo que concierne al aspecto sustantivo y formal de la litis y, por tanto, de su exclusiva responsabilidad la decisión de las cuestiones planteadas entre las partes, corresponde a las facultades calificadoras del Registrador, según establece el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, examinar «la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado», congruencia que no se produce en el presente caso, ya que la cancelación de las anotaciones practicadas con anterioridad a la inscripción del crédito del actor aparece ordenada, no por el Juez que entienda de la tercería que pueda interponerse, que sería el competente, sino por aquel otro ante el cual se tramitó la ejecución.

C) *Comentario.*—La realización del valor en cambio de la cosa hipotecada, que pretende el acreedor en caso de incumplimiento del crédito y que constituye el grado de eficacia típico de esta forma de garantía, se obtiene normalmente en nuestro Derecho en forma procesal (1). De los varios caminos procesales que tiene el acreedor hipotecario para pretender el pago de su crédito, parece ser el más práctico y frecuente el regulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, procedimiento de ejecución del crédito hipotecario (2).

En el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, dentro del cual se alberga la doctrina de la presente Resolución, está vigente el principio de subsistencia de cargas preferentes (3). Tal principio se consagra expresamente en la regla 8.ª del referido artículo, según la cual «en los anuncios [de la subasta ejecutiva] se expresará: ... que las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes—si los hubiere—al crédito del actor continuarán subsistentes, enten-

(1) Una excepción a esta realización procesal de la garantía se encuentra en el llamado procedimiento extrajudicial, que regulan los artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 234 a 236 del Reglamento Hipotecario. En éste, la actuación procesal del Juez se sustituye por una actividad procedimental del Notario que autoriza la subasta.

(2) Sería interesante poner en relación la ejecución procesal del crédito hipotecario inscrito (art. 131) con la ejecución procesal de los demás derechos inscritos susceptibles de posesión (art. 41). En orden a precisar la eficacia procesal de la inscripción registral con carácter general a través de estos dos procedimientos que regula la Ley Hipotecaria. Pero no tenemos tiempo ni parece ser ésta la ocasión propicia para entrar ahora en esa más amplia cuestión.

(3) De acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 133 de la Ley Hipotecaria, hoy dicho principio procesal se aplica no sólo a los supuestos de ejecución hipotecaria, sino también a todos los casos en que se ejercite procesalmente cualquier acción real o personal que produzca la venta de bienes inmuebles.

diéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate» (4).

Por virtud de este principio, que instauró por vez primera la Ley Hipotecaria de 1909, en caso de venta judicial de una finca gravada, subsisten las cargas preferentes a la hipoteca o el embargo que determinan la ejecución, de modo que el adquirente de la finca en la subasta se subroga judicialmente y «ex lege» en la deuda con ellas garantizada y recibe la finca con tales gravámenes. Mientras que las cargas no preferentes se extinguen, quedando la finca libre de las mismas al pasar al rematante; sin perjuicio de que el resto del precio del remate, una vez satisfecho el acreedor ejecutante, se destine a pagar a los acreedores posteriores.

El fundamento de tan razonable criterio legal se nos aparece hoy bastante claro. Se trata de proteger el crédito territorial y los intereses concurrentes de acreedores preferentes, acreedor ejecutante y rematante en la subasta. La situación de los titulares preferentes a la hipoteca continúa subsistente con igual eficacia en virtud de su propia preferencia. No les puede afectar lo que se haga a instancia de un acreedor de inferior rango. A su vez éste, que ya conocía la preferencia de los demás por su respectiva publicidad, no puede cobrar más que con lo que quede de la finca, una vez descontado el importe de esas cargas. Y para favorecer la venta en pública subasta y el interés de los licitadores, el rematante adquiere la finca libre de cargas posteriores. La realización de la hipoteca arrastra la extinción de las cargas no preferentes. Los titulares de estas últimas ya saben el riesgo de desaparición que corren en función de su propia situación claudicante.

La Ley Hipotecaria no se refiere directamente a la extinción de los derechos posteriores, y sí sólo a su cancelación (art. 131-17.^a), porque contempla el problema en su aspecto puramente formal o registral, no en el sustantivo o civil. Pero no cabe afirmar que las cargas posteriores subsistan con eficacia civil y carentes de inscripción. No es ése el criterio de la Ley ni la «ratio» que inspira la norma. Como he dicho alguna vez antes de ahora, las cargas posteriores a la hipoteca que va a la ejecución no se extinguen porque se cancelen, sino que se cancelan porque al mismo tiempo se extinguen. La cancelación no es más que el reflejo registral del fenómeno extintivo, que viene impuesto por la propia virtualidad de la hipoteca y la necesidad de obtener el mayor valor en cambio del bien gravado. Así lo ha reconocido paladinamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (5).

La cuestión se centra, pues, en determinar cuáles cargas serán preferentes y cuáles no respecto de la hipoteca ejecutante. Porque en función de esa preferencia habrá que concluir su respectiva subsistencia o extinción. Sólo los derechos preferentes seguirán pesando sobre la finca cuando ésta pase a manos del rematante en la subasta. La preferencia entre varios derechos concurrentes y compatibles sobre una misma finca se articula en el plano civil de acuerdo con su respectiva prioridad. La anterioridad en el tiempo del nacimiento o de la constitución determinan un mayor grado de eficacia. La prioridad en el tiempo es causa de un mejor derecho. Pero para el tráfico jurídico y su repercusión frente a los terceros, en relación con los licitadores que acuden a la subasta y al

(4) El desarrollo legal de dicho principio se completa en los artículos 227, 229, 231 y 233 del Reglamento Hipotecario.

(5) Véase Sentencia de 22 de mayo de 1963 y mi comentario a la misma bajo el título *Las cargas posteriores en la ejecución hipotecaria*, en «A. D. C.», XVI-IV, página 1266. Cfr. allí las razones que abogan este criterio extintivo.

rematante comprador, la oponibilidad de las cargas se establece en función de su respectiva publicidad registral. No se trata ya de la mera prioridad civil o juego de fechas de los títulos constitutivos, muchas veces desconocida para los terceros adquirentes, y por tanto inoponible, sino del momento en que han tenido acceso al Registro, por ser este último dato susceptible de conocimiento por todos (cognoscibilidad legal). La prioridad civil se transforma así, a efectos de oponibilidad en el trájico, en prioridad registral.

Para la cancelación de cargas del artículo 131, que ahora nos interesa, la Ley Hipotecaria considera gravámenes preferentes a los inscritos con anterioridad o simultáneamente: «... Que las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes (6) al crédito del actor continuarán subsistentes...» (131-8.º); « aceptando la subsistencia de las cargas anteriores y las preferentes...» (131-10.º), « .. el sobrante del precio del remate, después de pagar el crédito hipotecario del actor, se entregará a los acreedores posteriores...» (131-16.º); «... se dictará de oficio auto aprobando el remate y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del acto y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquella...» (131-17.º); «la notificación prevenida en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley deberá hacerse no sólo a los acreedores que la misma expresa, sino, además, a los acreedores de cargas o derechos reales que hubieren pospuesto unas u otros a la hipoteca del actor, a los anotantes posteriores a la inscripción de dicha hipoteca e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros que, por su rango, deben declararse extinguidos al realizarse el crédito y que hubieren inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca, siempre que figuren en la respectiva certificación del Registro de la Propiedad» (art. 225 del Reglamento Hipotecario); «Se considerarán preferentes, a los efectos del artículo 131 de la Ley, las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor» (art. 227 del Reglamento Hipotecario); «Subrogado el rematante o adjudicatario en la responsabilidad de cargas o gravámenes anteriores o preferentes al crédito del actor...» (art. 231 del Reglamento Hipotecario); «En el auto de adjudicación de bienes a que se refiere la regla 17 del artículo 131 de la Ley, se determinarán las inscripciones y anotaciones posteriores y las anteriores pospuestas al crédito del actor que hayan de cancelarse, con referencia expresa al número o letra, folio y tomo donde consten, sin que sea suficiente ordenar que se cancelen todas las posteriores a la hipoteca del actor...» (art. 233 del Reglamento Hipotecario). La venta judicial de la finca en la ejecución hipotecaria desata la extinción y consiguiente cancelación de los derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca. Cargas no preferentes son, en la Ley Hipotecaria, las cargas posteriores. La preferencia deriva de la prioridad formal o registral.

Pero las anotaciones preventivas de embargo tienen un juego específico de eficacia que constituye una excepción al principio expuesto de prioridad y rompe de alguna manera el sistema automático de preferencia registral. Como

(6) Tomada en su estricta literalidad, esta expresión legal podría darnos base para pensar que además de las cargas anteriores, hay otras que resultan preferentes sin dicha prioridad. Las cargas anteriores y las preferentes serían —podrían ser— dos subespecies distintas dentro del género de los gravámenes que subsisten. Pero poniendo en relación este párrafo con los demás preceptos legales que arriba se recogen, fácilmente se aprecia que la opinión contraria es más razonable y verosímil. Cargas anteriores y preferentes son aquí sinónimas. La conjunción y resulta más copulativa y reduplicativa que disyuntiva. La Ley regula la preferencia, y la subsistencia que es su corolario, en función de la anterioridad.

es bien sabido, el artículo 1.923-4.º del Código civil establece que los créditos que causan un embargo anotado preventivamente en el Registro sólo tienen preferencia sobre los bienes embargados en cuanto a los créditos posteriores. Y el artículo 44 de la Ley Hipotecaria traslada al campo registral esa norma de preferencia civil. De modo que en las anotaciones preventivas de embargo la preferencia de la anotación no juega respecto a las otras cargas o gravámenes inscritos sobre la misma finca de acuerdo con su respectiva prioridad registral, sino en función de la fecha civil de los créditos garantizados realmente. De donde resulta posible que una anotación de embargo anterior no sea preferente respecto a un crédito hipotecario inscrito con posterioridad (como es el juego normal de la prioridad registral de asientos), si la fecha de este último crédito es anterior a la del crédito que motivó el embargo (7). Sólo los créditos posteriores a este último no prevalecen frente al embargo anotado. Se rompe aquí el automatismo de la preferencia de cargas en base a su prioridad registral. Se entrecruzan así dos normas contrarias, civil una e hipotecaria la otra. La remisión del artículo 44 de la Ley Hipotecaria al Código civil precipita la anomalía formal de que un embargo anotado antes no sea preferente a una hipoteca inscrita después. Tal es, en definitiva, el problema básico suscitado en esta Resolución. La preferencia registral fundada en la prioridad del asiento se desvirtúa por el juego anterior o posterior de una fecha civil, al margen del encadenamiento registral. Grave problema éste de la excepción a la prioridad registral que entrañan las anotaciones de embargo. Problema de justificación no muy transparente, que se complica al ponerlo en relación con la norma del artículo 1.927-2.º del Código civil, y que ha preocupado justamente a la doctrina (8).

Veamos antes que la Ley Hipotecaria aplica el criterio de la prioridad de asientos para determinar cuáles son las cargas preferentes que deben estimarse subsistentes en caso de venta judicial de una finca a instancia de un acreedor ulterior. Sólo las cargas anteriores—y las simultáneas: artículo 227 del Reglamento Hipotecario—subsisten. Las posteriores se extinguen; el Juez debe ordenar su cancelación y el rematante adquiere la finca libre de ellas. En la Ley Hipotecaria preferencia equivale a prioridad registral. Cuando esto no ocurre, como en las anotaciones de embargo, surge el problema que ha determinado la presente Resolución.

Las normas procesales que regulan el desarrollo del procedimiento ejecutivo

(7) A mi juicio, el planteamiento del problema debería matizarse en el sentido de que si lo que se inscribe es el crédito hipotecario como unidad, y no la mera garantía hipotecaria—tal es, al menos, mi opinión—, como en aquél la inscripción es constitutiva, resultará entonces que el crédito hipotecario nacerá en el momento de su inscripción. Antes sólo habrá un mero crédito civil sin garantía inmobiliaria, crédito simple antecedente y subyacente al crédito hipotecario. En cuyo caso la fecha del crédito hipotecario sería siempre la de la inscripción. Y, por tanto, siempre sería posterior al crédito que motivó el embargo, por haberse anotado el embargo antes de la inscripción de la hipoteca, y no ser imaginable la traba del embargo sin un previo crédito que la cause. Pero quizá la norma del Código civil contempla sólo el crédito antecedente de la hipoteca, crédito civil simple que pudo nacer mucho antes de que se inscriba la garantía, por lo menos, en el momento de otorgamiento de la escritura; y que podrá ser anterior así a la fecha del vencimiento del crédito cuyo impago causó el embargo. Por este camino parece orientarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

(8) Recientemente ha pronunciado una documentada conferencia sobre este tema en la Academia Matritense del Notariado el Letrado de la Dirección General de los Registros ANTONIO IPIENS. Es de desear su pronta publicación escrita para un mejor estudio de la cuestión a la luz de sus palabras.

hipotecario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria son imperativas y no pueden ser alteradas por la autonomía de los particulares (129-1.º de la Ley Hipotecaria). El auto judicial que aprueba la adjudicación de la finca ejecutada debe ordenar la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca del actor (131-17). No la de las inscripciones y anotaciones anteriores, las cuales deberán quedar subsistentes, aunque no gozaran de preferencia sobre la hipoteca. Tal es la solución que se desprende de la letra estricta de los artículos 131 de la Ley Hipotecaria y 225, 231 y 233 del Reglamento Hipotecario.

Frente a esto, el Juez que intervino en el procedimiento estimó que la preferencia del crédito del ejecutante estaba determinada por los artículos 42, 44, 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria en relación con los 1.923 y 1.927 del Código civil; que civilmente no cabe poner en duda la preferencia del crédito del acreedor hipotecario, porque si bien es cierto que la hipoteca no quedó constituida hasta que se inscribió, el crédito garantizado con ella era anterior al que puede derivarse del que representa la anotación de embargo; que se notificó a los titulares de los créditos anotados previamente en el Registro la existencia del procedimiento, a los efectos determinados en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sin que, pese a la notificación y a la intimación de tener sus créditos como posteriores, se personaran en los autos, y que no pueden obligar al acreedor preferente a seguir un nuevo proceso para liberar la finca adquirida por adjudicación de una carga realmente inexistente.

La Dirección General, reiterando el criterio defendido en Resoluciones anteriores, confirma la estricta doctrina. Y entiende, aplicando la legalidad procesal vigente, que la Ley Hipotecaria sólo autoriza la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores. Y que el procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no es el adecuado para resolver en él las cuestiones de preferencia de créditos; problema de tercera de mejor derecho que deberá ser ventilado en el juicio declarativo correspondiente.

Partiendo de la legalidad vigente y de la necesaria conexión entre los artículos 131 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código civil, atendiendo a la naturaleza estricta e imperativa de las normas procesales que regulan aquel procedimiento especial de ejecución hipotecaria y al carácter sumario de su desarrollo, parece que efectivamente la cancelación ordenada por el Juez que aprueba el remate sólo puede referirse a las cargas posteriores. El concepto de no preferencia ha sido sustituido en la Ley por el de posterioridad. Cualquiera otra alegación o modificación del procedimiento o declaración de preferencia de los créditos concurrentes sobre la finca quedan fuera del procedimiento ejecutivo y deben tratarse en el declarativo correspondiente. Así lo entendió el Registrador y lo proclama frontalmente la Dirección General.

Sin embargo, tan estricta solución puede ofrecer algún inconveniente en su aplicación social y práctica. Porque, como apuntó el Juez en su informe, obligar al rematante a que entable un nuevo proceso declarativo, con el gasto de tiempo y dinero que ello implica, tan sólo para lograr la cancelación de unas anotaciones de embargo que no son preferentes a la hipoteca ejecutante, y que no pueden cancelarse de otra manera (9), cuando por virtud de la Ley el adjudicatario en la subasta sólo debe soportar las cargas preferentes, resulta en verdad excesivamente duro y desproporcionado. Porque los embargos trabados disminuyen el valor en cambio de la finca gravada en la cuantía de su

(9) Dejo ahora de lado la otra posible solución, en ningún caso satisfactoria, de esperar a que transcurra el plazo legal de la vigencia de la anotación o de la prórroga en su caso, para lograr la cancelación por caducidad.

respectiva afectación, y perjudican gravemente al dueño de la finca que por ministerio de la Ley debe adquirirla libre de cargas no preferentes.

Cierto que el criterio automático de la Ley Hipotecaria, que atiende sólo a la prioridad registral para determinar la preferencia a efectos de cancelación, no llega a recoger la excepción que a esa norma supone la preferencia legal de las anotaciones de embargo. Pero si la preferencia de los créditos así anotados, y de cualesquiera otros que afectan a bienes inmuebles, arranca exclusivamente de la Ley, y en función de ésta el Juez ordena la subsistencia de unas cargas y la cancelación de otras, no se ve obstáculo insuperable para que en una futura reforma de la Ley Hipotecaria, al regular esta materia de la preferencia de créditos y su conexión con la ejecución del artículo 131, se recogiera la excepción legal del embargo y se ordenara al Juez su cancelación cuando la anotación sea anterior a la inscripción de hipoteca, pero no preferente al crédito que ésta garantiza. Para evitar la complicación de nuevas dilaciones procesales y favorecer la solución más justa en beneficio del rematante. Que es tanto como favorecer al acreedor hipotecario, y al crédito territorial en general. Siempre, claro, que de las circunstancias de la anotación resulte claramente la fecha del crédito determinante del embargo (art. 72 de la Ley Hipotecaria), para que pueda ser contrastado cronológicamente con la fecha del crédito garantizado con hipoteca. Es decir, al menos, cuando el caso se plantee en forma semejante al que motiva este comentario. Porque la confrontación de fechas puede ser un mero trámite de ejecución procesal, como hoy lo es la determinación de la prioridad registral, y no encerrar otra actividad jurisdiccional de tipo declarativo.

Esta es la duda práctica que me ha despertado la aplicación de la doctrina contenida en la presente Resolución. Sin perjuicio, naturalmente, de reconocer que la tesis de la Dirección General es perfectamente válida en presencia del actual artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Como tal duda quiero someterla a los estudiosos del tema, por si les fuera útil para una reflexión más meditada.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO,
RAFAEL IZQUIERDO ASENSIO Y
JOSÉ CERDÁ GIMENO.

I PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES EN RELACION CON LA LEGISLACION INMOBILIARIA

COSA JUZGADA. APLICACION DE LOS ARTICULOS 205 Y 40 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1968).

Antecedentes —En la demanda se exponía que el demandante era dueño de la casa de planta baja con dos viviendas, números 42 y 44 de la Carretera de Alcantarilla... El título de adquisición de esta finca está constituido por la escritura pública de admisión de partición, renuncia de derechos y adjudicación de bienes de la herencia de don J. A. L. R., la cual causó en el Registro de la Propiedad de Murcia II de inscripción primera de la finca número 911, al folio 22 del libro 12 de la sección 9.ª: 2.º A nombre del demandante don J. P. M. aparece en el anterior Registro (inscripción 3.ª de la finca número 68.915, al folio 65 vuelto, del tomo 1.181) y hoy en el nuevo Registro, la finca número 1.749 al folio 134, libro 21, de la sección 8.ª, aparece la siguiente finca: «una casa de planta baja, cubierta de tejado, actualmente demolida en su mayor parte, sita en esta ciudad de Murcia, Carretera de Alcantarilla, kilómetro 1, etc. 3.º Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de esta capital, el demandante siguió expediente al amparo del artículo 313 del Reglamento de la Ley Hipotecaria bajo el número 272/1961, sobre declaración de doble inmatriculación de finca. En tal expediente, y con fecha 24 de junio de 1961, el Juzgado dictó auto por el que declaraba la existencia de doble inmatriculación en el Registro de la Propiedad II de esta capital, respecto de la finca número 911, inscripción 1.ª del libro 12 de la sección 9.ª, folio 22, a favor del actor don J. A. L. H., y la finca número 68.915, al tomo 1.181, folio 65 vuelto, inscripción 3.ª, a favor

del demandado don J. P. M., que se refieren al mismo inmueble, ordenando en consecuencia que se extienda nota suficiente expresiva de la doble inmatriculación al margen de ambas inscripciones. Apelado tal auto por don J. P. M., la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete lo confirmó íntegramente por el suyo de 11 de mayo de 1962. Firme así dicho auto declarando la doble inmatriculación, por providencia del Juzgado de 4 de julio de 1962 se mandó librar el oportuno mandamiento al Registro de la Propiedad, donde se causaron al margen de las inscripciones de las fincas las correspondientes notas en fecha 28 de septiembre de 1962. 4.º Con tales antecedentes—sigue diciendo la demanda—y demostrando que se ha producido un caso de doble inmatriculación se hace necesario acudir al presente procedimiento declarativo ordinario para decidir cuál de las dos inscripciones ha de mantenerse vigente y cuál ha de ser cancelada. Que una síntesis de la historia registral de ambas fincas, más por extenso, se encuentra en la certificación del Registro que se acompañaba al número 2 de la demanda. 5.º Que, aunque muy dudosa, por sus circunstancias, la buena fe de los adquirentes ulteriores de una finca que, con base en la declaración judicial firme de «doble inmatriculación», parte esta demanda de los siguientes presupuestos: Primero: Realidad de la doble inmatriculación, judicialmente declarada en el congruente procedimiento, y cuya solución registral no puede ser otra que, a través del presente juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, decidir cuál es la finca en cuyas inscripciones han de desaparecer, por cancelación, para evitar la duplicidad. Segundo: Los anteriores titulares registrales de la finca número 68.915 (hoy 1.749), doña S. G. A. y don A. L. G. sólo son traídos al pleito por la necesidad de citarlos para ser oídos, por las hipotéticas consecuencias que para ellos pueden derivarse de la anulación de la inscripción registral vigente. Pero el conflicto registral está planteado hoy directamente entre los titulares registrales actuales el demandante y el señor P. M., que ha llegado al Registro a través de aquellas muy sospechosas inscripciones. Tercero: Estos dos titulares registrales tienen el mismo rango a efectos de la protección registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria los dos son terceros registrales, si bien esa cualidad en el actor, a tenor de su título adquisitivo (en la parte hereditaria), referida a su causante don J. A. L. R., en cuya «tercería registral» se subroga. Cuarto: Dada que, recíprocamente, son «terceros registrales» los dos antagonistas, con el mismo derecho *prima facie* a ser amparados en su adquisición por el Registro; la decisión ha de recaer decidiendo en todo caso el principio *prior temporis potius ius*, básico en el Registro, y la mayor o menor normalidad de esa historia registral. Y respecto al último punto, que es el decisivo, tenemos: Que la historia registral de la finca del demandante es absolutamente normal y atendida a la más pura ortodoxia registral, cumpliéndose rigurosamente el principio de «tracto sucesivo» y con una serie de detalles que revelan una correspondencia con la vida extrarregistral de la finca y sus avatares físicos: que la finca matriz (número 34.549) tuvo su inmatriculación en 2 de octubre de 1907, y el título adquisitivo originario, fue una compraventa normal por descuento privado, convalidada a efectos registrales por el control judicial (auto de 10 de abril de 1907). Que se trata originariamente de una extensa finca rústica, ya con una casita, de la que, por segregaciones sucesivas, han ido surgiendo varias otras fincas en el Registro, una de ellas del demandante. Que todas las transmisiones constan de escritura pública y mantienen al ser inscritos en el Registro un riguroso «tracto sucesivo», pues doña P. C. M., titular registral del resto de la finca número 34.549, ya en su inscripción 3.ª, a título de heredera de don G. C. P.,

vendió varias parcelas de aquellas tierras (tres) después de haber vendido ya otras su padre. Que el causante del actor adquirió, de absoluta buena fe y según el Registro, lo que ya de finca rústica se había convertido en un solar edificable, y construye sobre él una casa, cuya «obra nueva» declara, incluso sujeta a tributación por el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales a la sazón vigente, y surge así registralmente, con esa limpia y normal historia, la finca número 931 del Registro, que el actor adquiere también normalmente parte por título hereditario y parte por cesión onerosa; que frente a esa limpia historia registral no puede ser más turbia la de la finca número 68.915, hoy 17.495; pues su inmatriculación en 13 de diciembre de 1950, posterior en más de cuarenta y tres años a la de la finca matriz se produce al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, no muy a tono con las exigencias de tal artículo y el 289 del Reglamento, y su acceso al Registro sólo pudo producirse por defecto de la propia institución y falta de celosa vigilancia del funcionario para evitar maniobras con el Registro. Que la maniobra de crearse un título ficticio para la inscripción de inmatriculación al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, no puede ser más absurda, trascendiendo «la simulación y maquinación antijurídica». Una hermana vende a otra una finca urbana que surge sin historia alguna precedente, arbitrariamente descrita, en documento privado. Y poco tiempo después la hermana compradora retrovende la misma finca a la hermana vendedora. Y ya así se tienen dos títulos, uno público y otro privado antecedente, para forzar la puerta del Registro por la vía (aquí verdadera «puerta falsa») del artículo 205 de la Ley Hipotecaria. d) Que dos inmediatas y sucesivas transmisiones, la intermedia por Agente de la Propiedad Inmobiliaria, imposible ya de trazar el límite entre la buena y la mala fe, pretenden crear la figura del «tercero registral» protegido, sin advertir que también con «terceros» y con más derecho a la protección todos aquellos que adquirieron parcelas de la finca, que ya desde 1907 estaba inscrita en el Registro. Que esta nueva línea de inscripciones registrales, sobre una finca número 68.915 (hoy 17.491), que es una entelequia, han de ceder a la del actor: 1. Por más moderno y que por ello debió tener cerrado el Registro, según el principio del artículo 20 de la Ley Hipotecaria («tracto sucesivo»), que no puede burlarse abusando del artículo 205. 2. Por simulación manifiesta del título original y acaso de la transmisión intermedia 3. Por infracción de requisitos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y su desarrollo reglamentario. 4. Por la fundada presunción de artificiosidad pugnante con la realidad, incluso física, de apariencia titular en contraste con la historia real reflejada en el Registro. Suplicó se dictara sentencia en la que se declarase: 1.º El mejor derecho, según el Registro, de la finca número 911, inscripción 1.ª del libro 1.º de la sección 9.ª, folio 22, que figura a nombre del actor; debiendo cancelar la nota de doble inmatriculación causada en margen de ella por el auto de 24 de julio de 1961, al decidirse por esta sentencia definitivamente la colisión entre inscripciones contradictorias. 2.º Nula de pleno derecho, por constituir mera apariencia y haber tenido acceso al Registro indebidamente en colisión con finca anteriormente inscrita e infringiendo los fundamentales principios hipotecarios y concretamente el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, la inscripción primera de inmatriculación de la finca número 68.915, al folio 64 del libro 1.181, a nombre de doña S. G. A. Y, en consecuencia, nulas también las que de ella traen causa: Inscripción segunda de la misma finca a nombre de don A. L. G. Inscripción tercera de la misma finca a nombre de don J. P. M. Todas cuyas inscripciones deben cancelarse totalmente y desaparecer así del Registro de la propiedad la

repetida finca número 68.915 del antiguo Registro y 1.749 del nuevo, librándose los oportunos mandamientos al Registro. Condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones y condena también expresamente en las costas del presente juicio. Por medio de otrosí, también se solicitó la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad II de Murcia.

Formulada oposición a la demanda y reconvención, el Juzgado dictó sentencia, que decía: Debo desestimar y desestimo en todas sus partes la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Juan Lozano Campoy, en nombre y representación de don J. A. L. H., contra don J. P. M., doña M. G. P., don A. L. G., doña D. B. C. y doña S. G. A., a los que absuelvo de todos los pedimentos de la misma y debo estimar y estimo la reconvención formulada por los demandados don J. P. M. y su esposa, doña M. G. P., contra el demandante, y en consecuencia declaro el mejor derecho de dichos demandados a la finca que figura doblemente inmatriculada en el Registro de la Propiedad número 2 de esta capital a que este proceso se contrae, y la nulidad y cancelación de la inscripción existente a nombre de don J. A. L. H. de la finca 911, inscripción primera, libro 12 de la sección 9.ª, folio 22, todo ello sin expresa imposición de costas.

La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia, salvo en cuanto a la excepción de cosa juzgada, excepción que estimó.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación en méritos de los siguientes Considerandos:

Considerando: Que el primero de los motivos del recurso, amparado en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la violación del artículo 359 del mismo texto legal, denuncia la existencia de contradicción en los términos de la resolución recurrida, por cuanto al revocar está parcialmente la dictada en primera instancia y aceptar la excepción de cosa juzgada, rechazada en aquélla, ha mantenido el resto del fallo, más la procedencia de desestimar este motivo aparece por las siguientes razones: a) porque la denunciada contradicción ha de resultar de los propios términos del fallo, de modo que entre éstos se produzca una notoria incompatibilidad que dé lugar a que en su ejecución se susciten dudas y dificultades, por el carácter antagónico de los mismos, de acuerdo a la doctrina de esta Sala, contenida entre otras en sentencias de 21 de octubre de 1951 y 28 de marzo de 1955, y en este caso es patente que al desestimar el fallo la acción principal y acoger la reconvencional, extremos perfectamente compatibles, no puede surgir duda alguna para la ejecución de lo ordenado; b) porque, partiendo de que el recurso debe dirigirse contra el fallo de la sentencia, o contra aquellos fundamentos que necesariamente han dado lugar a éste, al fundar el Tribunal de instancia el mismo en la estimación de la excepción de cosa juzgada, sobre materia en que aparecen íntimamente unidas la acción principal y la reconvencional, el hecho de que la sentencia de primera instancia apoyase idéntica decisión en otras razones, que la estimación de la aludida excepción determina que aquéllas queden ya desprovistas de eficacia y es notorio que la resolución recurrida sólo acepta los Considerandos de la primera en términos genéricos, en cuanto no sean incompatibles con los que sienta, y en último término la duplicidad de fundamentos tendentes al mismo fin, de los que unos quedan ya carentes de virtualidad, no puede suponer la contradicción que se alega, no ya en el fallo, que sería lo esencial, sino entre tales fundamentos, razones que conducen a la desestimación del motivo que se examina.

Considerando: Que el segundo de los motivos del recurso, seguido por el cauce procesal del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, está basado en la denuncia de la violación del artículo 1.252 del Código civil, más la eficacia del motivo requeriría que el fallo fuera contrario a la cosa juzgada, siempre que se hubiere alegado en juicio, y en el caso presente la única excepción formalmente alegada es la opuesta por la parte demandada, que la sentencia acoge, sin que quepa remontarse, cual el motivo pretende, a los razonamientos del recurrente contenidos en el escrito de réplica acerca de haberse decidido sobre la procedencia de dicha excepción en actuaciones seguidas, conforme al artículo 313 del Reglamento Hipotecario, que no acogió la excepción ahora propuesta en el pleito, pues tal alegación no cabe estimarla como formal excepción contra la excepción formulada, y en segundo término porque esta excepción ha de apoyarse en sentencia y nunca en auto, conforme al claro texto del artículo 1.252 del Código civil, habiendo declarado esta Sala, entre ellas en sentencia de 16 de diciembre de 1908, que es preciso para la existencia de cosa juzgada que el caso haya sido resuelto en juicio contradictorio por sentencia firme, quedando excluidos de tal concepto las resoluciones que no tienen esta naturaleza y aquellas sentencias contra las que pueda plantearse juicio sobre la misma materia, y mal podría encuadrarse como tal el auto que se limitó en suma a constatar el hecho de la doble inmatriculación de la finca objeto de controversia, precisamente para que las partes ejercitasen su derecho en el juicio correspondiente, por lo que no resolvió, ni podía resolver, sobre la procedencia ni desestimación de la excepción, que excluye atendiendo a la materia a que han de referirse dichas actuaciones procesales lo que conduce a desestimar el aludido motivo del recurso.

Considerando: Que el motivo 3.º, que se formula por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, invoca la violación del artículo 1.251 del Código civil, basándose en los mismos razonamientos que el anterior a los que cabe aplicar las razones que en el anterior Considerando se señalan, respecto a la imposibilidad legal de basarse en auto, y no en sentencia, mucho más cuando aquél se limita a constatar exclusivamente una situación Registral, a fin de remitir a las partes el oportuno juicio declarativo, todo lo cual conduce a la desestimación de este motivo.

Considerando: Que el cuarto de los motivos, seguido por la misma vía procesal que el anterior, alega la indebida aplicación del artículo 1.252 del Código civil, por estimar que no concurren las identidades que este precepto exige, y ha de oponerse, en primer lugar, que el concepto de infracción que se invoca sería equivocado, puesto que es precisamente en este artículo en el que ha de apoyarse, aplicándole, por tanto, para decidir sobre la falta de alguna o de varias de las referidas identidades, las de cosas, de causas y de personas de los litigantes; en segundo lugar, que la existencia o la falta de éstas, supone en primer término una cuestión fáctica, no atacada eficazmente, aunque su determinación lleve consigo apreciaciones de orden jurídico, especialmente en cuanto afecta a la causa petendi, y en todo caso es patente que entre el proceso ya firmemente decidido y el actual concurren las identidades requeridas, afectando ambas a la declaración del derecho de dominio sobre la finca doblemente inmatriculada, sin que este pleito, cual se aduce, haya de tener un contenido estrictamente registral, sino que abarca la cuestión dentro de la órbita de derecho civil ampliamente, todo lo que conduce al decaimiento del activo examinado.

Considerando: Que el quinto de los motivos, amparado en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de trámites, con la denuncia de la violación del artículo 359 de la misma Ley, se basa en la falta de decisión en la resolución recurrida, de extremos sometidos a debate. mas basta comparar el suplico de la demanda y los de la reconvencción, con los términos absolutorios de la primera y estimatorios de la segunda, para llegar a la conclusión de que el juzgador resolvió totalmente la materia del pleito y por tanto no existe el vicio que se denuncia, lo que conduce al perecimiento del motivo.

Considerando: Que el sexto de los motivos, seguido conforme al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, en relación con los demás preceptos legales y doctrinales que cita, debiendo limitarse al único concepto formalmente alegado, el referido a la violación del artículo 205 de la expresada Ley, y ha de reiterarse que dada la estimación de la excepción de cosa juzgada, contra la que conforme al artículo 1.251 del Código civil sólo cabe la sentencia dictada en juicio de revisión, deben estimarse carentes de eficacia los razonamientos acerca de extremos decididos esencialmente en la sentencia anterior, pues su nuevo planteamiento y examen está en contradicción con la eficacia de dicha excepción, que afecta, como queda dicho, a la titularidad dominical sobre la finca, con las consecuencias registrales de la misma, razones determinantes de la desestimación de este motivo.

Considerando: Que el último de los motivos del recurso seguido por la misma vía que los anteriores denuncia la violación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 348 del Código civil y parte del supuesto inaceptable de que la acción que se ejercita es la que aquel precepto legal regula, esto es la de rectificación de las inscripciones en el Registro, siendo así que el ámbito del juicio, lejos de afectar dichas rectificaciones de errores cometidos en las inscripciones, está constituido por la declaración de dominio sobre la finca, basándose en fundamentos de indole civil, con la obligada consecuencia respecto a las inscripciones registrales de los litigantes, desconociéndose nuevamente en el motivo la virtualidad de la excepción de cosa juzgada estimada por el juzgador, y los hechos sentados en la sentencia, que afirma que fue precisamente el hoy recurrente el que produjo una alteración en el señalamiento de los linderos de la finca, acto unilateral, tendente a obtener una nueva inscripción, la cual no puede amparar, en concepto de tercero hipotecario, el adquirente que pudo ver en los libros del Registro como había sido transformada la delimitación de la finca, esto es constatar las causas de la misma, frente a cuyos hechos no se proporcionen ni en la sentencia ni a través del recurso otras declaraciones fácticas sobre la mala fe de la parte recurrida, ni otras que destruyan los supuestos precisos para su estimación como tercero hipotecario, fundamentos que dan lugar al perecimiento de dicho motivo.

Considerando: Que procede por los anteriores fundamentos la desestimación del recurso con las consecuencias legales que ordena el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**REPRESENTACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: EL MARIDO
ESTA PASIVAMENTE LEGITIMADO EN LITIGIOS DIRIGIDOS CONTRA
LOS BIENES GANANCIALES. ARTICULOS 1957, 1961 y 1963 DEL CO-
DIGO CIVIL Y 34 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE
DE 1968).**

La demanda pedía: Que se dictara sentencia por la que se declare: 1.º Que doña E. G. M. es dueña en pleno y absoluto dominio de la superficie de 347 metros cuadrados en el suelo que ocupan las casas números 71 y 73 de la calle Navas del Rey (antes Mira Sierra, número 57 provisional de Policía), superficie que corresponde a la finca número 6.547 del Registro de la Propiedad, número 4 de los de Madrid, descrita en los hechos 2.º y 6.º de la demanda. 2.º Que se declare de propiedad de la actora todo lo construido y edificado de mala fe dentro de la superficie de 347 con 40 metros cuadrados del solar de la calle de Mira Sierra, número 57 provisional de Policía, hoy Navas del Rey, números 71 y 73, propiedad de la demandante, doña E. G. M. 3.º Que para el supuesto de que se acceda por el Juzgado al pedimento anterior que se condene a los demandados a abonar a la actora el importe de la superficie de 347 con 40 metros cuadrados, que tiene el solar de esta litis, al precio corriente en venta en la fecha de la presentación de esta demanda, con indemnización de daños y perjuicios, intereses legales, rentas y frutos desde la fecha de la ocupación, detención y despojo del solar de la actora por los demandados. 4.º Que se declare nulo y sin valor alguno la compraventa verificada por el señor M. y su esposa, doña A. C. D., a favor de los otros catorce demandados, en virtud de escritura pública otorgada por el Notario de Madrid, señor Gerona Almeche, de fecha 24 de junio de 1963, en la parte de solar de 170 con cuarenta metros cuadrados de superficie vendido, que corresponde a la finca número 6.547, propiedad de doña E. M. 5.º Que se declare nulo y sin valor alguno el expediente de dominio llevado a cabo por don J. M. D. y su esposa, doña A. C. D., ante el Notario de Madrid, don Benjamín Arnau Navarro, de fecha 7 de enero de 1959, por el que se anexionaron 61 con 51 metros cuadrados de terreno correspondiente a la finca número 6.547, de la demandante. 6.º Que se ordene al Registro de la Propiedad número 4 de los de Madrid, la cancelación de inscripción de la finca número 12.503, de fecha 23 de octubre de 1958, formada dicha finca con la unión del terreno de la finca de la actora, número 6.547 con la finca número 4.355 del señor M., mediante agrupación de finca urbana, otorgada por el Notario de Madrid, don Ramon Herranz y Torriente, en 27 de febrero de 1957, que también debe ser anulada. 7.º Que se ordene al Registrador de la Propiedad número 4 de los de Madrid, la cancelación de cuantas inscripciones contradictorias hayan verificado los demandados con la inscripción vigente de la finca número 6.547, propiedad de la demandante, de Navas del Rey, números 71 y 73, antes Mira Sierra, número 57 provisional de Policía. 8.º Que se obligue a todos los demandados y a cuantos traigan causa con ellos a pasar por las precedentes declaraciones, cesando en la detención, perturbación y despojo de la finca número 6.547, propiedad de doña E. G. M., su legítima propiedad, apercibiéndoles de lanzamiento si no lo verificase en el término que ordene el Juzgado, con expresa condena en costas por su manifiesta temeridad y mala fe.

Los demandados (los que comparecieron) se opusieron a la demanda alegando, entre otras razones, además de negar lo principal, que la relación pro-

cesal había sido mal constituida, puesto que no habían sido demandadas las sociedades conyugales creadas a la vida del derecho por los matrimonios de don J. M. D. con doña A. C. D., de don P. B. C. con doña A. G. P., de don O. C., casado con doña P. S. T., de don R. P. con doña M. L. C. S., de don A. Z. con doña M. G. P., de doña M. de la N. G. con don S. G. de A. y la de don E. P. E. con doña M. L. M. Luego es preciso concluir que la relación procesal se encuentra defectuosamente constituida. 3.º Con arreglo a lo normado en el artículo 44-45 del Reglamento de 24 de enero de 1894, en el 38 de la Ley del Catastro de 24 de marzo de 1906, el 35 de la Instrucción Provisional sobre Registros Fiscales, de edificios y solares, aprobada por Real Decreto de 10 de septiembre de 1917, cuando se trata de juicios que tengan por objeto la reivindicación de solares habrá de aportarse por el demandado el recibo de la contribución correspondiente, cosa que no ha cumplido la actora.

El señor Juez de Primera Instancia, número 16 de los de Madrid, dictó sentencia con fecha 31 de diciembre de 1965, por la que, estimando en parte la demanda deducida por doña E. G. M. contra don J. M. D., su esposa, doña A. C. D., doña P. B. C., don O. C. C. y su esposa, doña P. S. T., don R. P. M., de la S. y su esposa, doña M. L. C. S., don J. P. de O., don A. Z. E. y su esposa, doña M. G. P., doña M. de la N. G. P. y su esposo, don S. G. de A., y don E. P. E. y su esposa, doña M. L. M., declaró que doña E. G. M. es propietaria de la parcela descrita en el hecho primero de la demanda y que sobre la misma y en una extensión de 121 metros con 48 decímetros cuadrados ha construido el demandado don J. M. y su esposa una edificación, condenando a los expresados demandados don J. M. y su esposa a abonar a la actora el importe de la expresada superficie, lo que se determinará en ejecución de sentencia al precio correspondiente al día 6 de noviembre de 1964, condenando a los demás demandados compradores y detentadores a reintegrar a la actora los 170,40 metros cuadrados adquiridos, correspondientes a la finca de ésta que figuran descritos en la escritura citada, declarando asimismo nula la venta referente a tal parcela y nula la agrupación que se contiene en tal escritura, así como las inscripciones correspondientes, que se cancelarán, todo ello sin hacer expresa imposición de costas y declarando asimismo, no haber lugar a las demás peticiones que se deducen.

Esta sentencia fue confirmada íntegramente en apelación.

El Tribunal Supremo no accedió a la casación, basado en los siguientes Considerandos:

Considerando: Que la defectuosa constitución de la relación jurídica-procesal que en el primer motivo del recurso se denuncia al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento «al no haber sido demandados los representantes de las sociedades de gananciales que nacieron con personalidad jurídica propia a la vida del derecho por los matrimonios celebrados entre los demandados y demandadas que cita», ya que no basta que personalmente hayan sido llamados al proceso, sino que debieron haberlo sido en concepto de representantes legales de dicha Sociedad, que tiene personalidad distinta e independiente de la de sus componentes, ha de ser desestimada, porque, siendo el marido el administrador de la Sociedad de gananciales, es evidente que, con la limitación establecida en el artículo 1.413 del Código civil, que sólo requiere la autorización de la mujer para algún caso de disposición de bienes gananciales, está pasivamente legitimado en las acciones dirigidas contra aquellos bienes, y ello porque la comunidad de bienes entre cónyuges en nues-

tro derecho es una mancomunidad de bienes entre marido y mujer, en la que no hay atribución de cuotas ni facultad para pedir la división y en la que el marido ejerce el poder de disposición, que sólo tiene contadas limitaciones, y las peculiares características legales de su administración y disposición claramente determinan que tal comunidad, en cuanto al dominio de los bienes, surge al disolverse el matrimonio, puesto que durante el mismo reviste la forma de una comunidad especial con las características propias de las de tipo germánico, por lo que no ha sido cometida ninguna de las violaciones denunciadas, alguna de ellas, como las de los artículos 1939 y 1.348 del Código civil, sin relación alguna con el caso debatido.

Considerando: Que el propio recurrente, en los motivos 2.º y 3.º de su recurso, ambos articulados al amparo del número 1.º del artículo 1.692 y basados en la violación por falta de aplicación del artículo 1957, en relación con el 1.961, párrafo 2.º, y 1.963 del Código civil, y doctrina que cita el primero y en la del 34 de la Ley Hipotecaria el segundo, sienta como premisa de las denunciadas violaciones, hechos contrarios a aquellos que la sentencia recurrida estima probados, puesto que establece que en 1960 fue dictada por la Audiencia sentencia, que adquirió firmeza y en la que se desestima demanda reivindicatoria respecto de la finca total ejercitada por el señor M., «por lo que, al tratar de hacerse efectivas las segregaciones más de tres años después, habían de encontrar el natural obstáculo de su inexistencia para salvar la cual y al amparo de la confusión que existía en la numeración de la calle, trató de situarse en ésta a través de agrupación de fincas y de expediente de dominio, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad, de espaldas a la realidad jurídica, ni puede amparar como tercero, a fines adquisitivos y de usucapión como se pretende, a presunto titular, ni perjudicar a quien ostenta preferente derecho y al no haber sido atacadas tales declaraciones por la vía procesal adecuada (núm. 7.º del art. 692) quedan como ciertas, sin que, al aplicar las normas legales, haya la Sala incurrido en las infracciones denunciadas, debiendo, por tanto, perecer ambos motivos.

Considerando: Que al sentar la Sala, haciendo suyo el fallo de primera instancia, como primer pronunciamiento que la actora doña E. G. M. es propietaria de la parcela que reivindica, descrita en el hecho primero de su demanda, y como consecuencia el resto de pronunciamientos, todos ellos solicitados en el suplico, si bien estimando una petición subsidiaria, en forma alguna ha incidido en la incongruencia denunciada en el cuarto motivo del recurso que, al amparo del número 2.º del tantas veces citado artículo 1.692 y por violación por falta de aplicación del 359 de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia, ya que, al limitar la declaración de voluntad legal a aquello que oportunamente fue pedido, ha aplicado rectamente la citada disposición, debiendo, en consecuencia, ser desestimado el motivo.

Considerando: Que la desestimación de todos los motivos lleva consigo la del recurso con el resto de pronunciamientos que establece el artículo 1.748 de la Ley Procesal.

*PRESCRIPCION ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA. ARTICULOS 34 Y 38
DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1968).*

La demanda suplicaba una sentencia que declarase: A) Primero: Que la finca de extensión de unas nueve hectáreas, llamada «Empriu de Llaers», sita en el término municipal de la Parroquia de Ripoll, e inscrita a nombre de su Ayuntamiento en el Registro de la Propiedad del Partido, en 22 de julio de 1957, al folio 231 del tomo 234 del archivo, y tercero de dicho Municipio, finca 149, inscripción primera y descrita en el hecho décimo de la demanda, estaba, en realidad, superpuesta a la finca de 33 hectáreas, 46 áreas, 67 centiáreas, 17 decímetros, setenta y seis centímetros cuadrados, llamada «Empriu de la Baga», sita en el mismo término municipal, inscrita, en cuanto a una parte indivisa o ideal, desde antes de la pasada guerra civil, y hoy por transmisión hereditaria, inscrita a nombre, a su vez, por partes indivisas de los hermanos don J., don T., doña M. y doña C. T. C., a folios 186 y 187 del tomo 179 del archivo, segundo de la Parroquia de Ripoll, finca número 94, inscripciones 2.ª y 3.ª y descrita en el hecho 11 de esta demanda. Segundo: Que existe una doble inmatriculación de dicha finca, en la parte superpuesta, a favor del Ayuntamiento de la Parroquia de Ripoll, y de los dichos hermanos T. C., posterior a ésta, la a favor del Ayuntamiento. Tercero: Que la referida finca, de 33 hectáreas, 46 áreas, 77 centiáreas, 17 decímetros, 33 centímetros, y que, según catastro, comprende 36 hectáreas, 63 áreas, estaba poseída y disfrutada, civilmente, desde más de treinta y cuarenta años, por los actores y sus antecesores en la siguiente proporción: una cuarta parte indivisa por los hermanos don J., don T., doña C. y doña M. T. C., *proindiviso* ante ellos en la proporción indicada en el hecho décimoprimer de la demanda; otra cuarta parte indivisa a don J. A. C., y a los hermanos don A., don J. M. y doña C. A. P., *proindiviso* entre ellos y salvo el usufructo viudal de doña N. P. V. y en la proporción indicada en el hecho décimosegundo de la demanda; y en la restante mitad indivisa, a don J. S. Y. y doña N. O. G., por mitades indivisas entre ellos. Cuarto: Que era de propiedad exclusiva de las personas indicadas en la petición anterior, y en la proporción en ella expresada, la finca registral número 94, descrita en el hecho undécimo de la demanda y, en consecuencia, que es propia exclusiva de los mismos y en la misma proporción, y como formando parte de ella, la finca registral número 149, descrita en el hecho décimo de la demanda. Quinto: Que es nula la inclusión de dicha finca registral número 149, llamada «Baga de Llaers», de extensión nueve hectáreas, en el Inventario del patrimonio municipal, efectuada por acuerdo del Ayuntamiento de 10 de mayo de 1957, y que es nulo también dicho acuerdo, en cuanto incluye tal finca en dicho Inventario. Sexto: Que son nulas la inmatriculación e inscripción de dicha finca registral número 149, efectuadas en 22 de junio de 1957, en el Registro de la Propiedad de Puigcerdá, al folio 231 del tomo 234 del archivo, y tercero del Municipio de la Parroquia de Ripoll, inscripción 1.ª y todos los asientos coetáneos y posteriores que se hubieran practicado en dicha finca registral 149. B) Condenar al Ayuntamiento de la Parroquia de Ripoll. Primero: A estar y pasar por las anteriores declaraciones, mandando anular tales acuerdos, incluso a inscripción y hacer las oportunas cancelaciones en dicho Inventario y Libros de Registro de la Propiedad. Segundo: Al pago de las costas del juicio.

El Ayuntamiento se opuso a la demanda y formuló reconvencción

El Juzgado de Primera Instancia falló desestimando la demanda y declaró que la finca, conocida por «Empriu de Llaers» o «La Vaga» o «Vaga del Empriu», y por toda su extensión comprendida entre sus linderos, pertenecía en calidad de bienes comunales al Ayuntamiento, y que era válida su inclusión en el Inventario de bienes y la inscripción efectuada en el Registro de la Propiedad. También declaró que era nula la inscripción obrante a favor del grupo Teixidor; y condenó a estar y pasar por dichas declaraciones, mandando cancelar la inscripción declarada nula, sin hacer expresa condena de costas.

La Audiencia confirmó la sentencia que se acaba de resumir.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

Considerando: Que la acción ejercitada en estos autos debe calificarse como declarativa de dominio, conforme al artículo 348 del Código civil, pues se dirige a sustentar este derecho respecto a la finca objeto del pleito, sin pedir ser reintegrados en su posesión, puesto que, tanto la parte actora como la demandada reconviniendo, afirman poseerla; es asimismo elemento importante que la expresada finca, cuya propiedad sustentaban ambos litigantes, se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad, a favor de uno y otro, aunque no en su totalidad, respecto a uno de ellos, mas en cuanto a la acción que se ejercita, su identificación es indudable, al consignarse su situación y linderos, afectando las diferencias de cabida, más a las inscripciones, que a la realidad física de la referida finca, y esta identificación es declarada como hecho por la sentencia recurrida, no siendo, en suma, controvertida en el recurso, y, por último, que, para decidir la controversia, cada una de las partes se apoya en los títulos de naturaleza civil que presentan, y la parte actora, además, en la eficacia de la inscripción registral, que estima preferente a la obtenida por la parte contraria, y en cuanto a dicha parte demandante en el de prescripción del dominio, ganado por la posesión durante más de treinta años, con los requisitos precisos al efecto, y la acción así planteada es resuelta por la sentencia impugnada, desestimando la acción principal y acogiendo la reconvencional, basándose para ello, tanto en el examen de los títulos del actor, cuya eficacia rechaza, por afectar unos a meros derechos ajenos al dominio, y ser el originario de otro de los actores, dimanado de simple declaración unilateral, que llega a los hoy litigantes a través de transmisiones a título gratuito, lo que excluye la posibilidad de ampararse en el concepto de tercero hipotecario, frente a la virtualidad del título del demandado, conforme a la prueba que examina, y le conduce a reconocer en la finca su carácter de bien comunal del Ayuntamiento, negando, por otra parte, la posesión afirmada por los actores, y declarando su ininterrumpida posesión por los vecinos del demandado Ayuntamiento, en tal concepto de bien comunal.

Considerando: Que así fundada la resolución recurrida, se alza contra ésta el recurso, cuyo primer motivo se ampara, como los restantes, en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basado éste en la violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, «en relación con el artículo 17 de la misma Ley»; y debe inicialmente reiterarse la doctrina de esta Sala, de que, dado el carácter formal del recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina legal, ha de fundarse exclusivamente en alguno de los conceptos establecidos en el artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, requiriendo, consecuentemente, el artículo 720 de dicho texto legal, que el escrito de formalización del recurso ha de citar con claridad y precisión la infracción de la Ley o doctrina en que se funde, y el concepto en que lo haya sido, y al no cumplirse esta exi-

gencia, incurre en la causa de inadmisión que establece el número 4 del artículo 1.729 de la expresada Ley de trámites, doctrina que, aplicada a este motivo, da lugar a declarar que la cita del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, meramente «en relación» con el anterior precepto legal invocado, carece de virtualidad, y limitado así el motivo a la denunciada violación del artículo 38 de la mentada Ley, ha de oponerse que la acción no se construye al ámbito hipotecario, sino que abarca un contenido amplio, dentro del Derecho civil, que excluye la estricta comparación entre las inscripciones registrales, al cual se ajusta la decisión combatida, al examinar el valor de los títulos alegados por una y otra parte litigante, y que, en todo caso, la dualidad de inscripciones daría lugar a que ambos titulares registrales pudieran invocar a su favor las presunciones que el citado artículo establece, las cuales quedan así mutuamente desprovistas de valor a este efecto, y, finalmente, que, frente a las presunciones dimanantes de dicho precepto legal, ha de atenderse a la prueba que el juzgador examina y valora, sobre la realidad de la posesión que los litigantes invocan y que le conduce, como afirmación de hecho, a declarar la falta de posesión por la parte actora, y la realidad de ésta por la demandada, razones que determinan el perecimiento del examinado motivo.

Considerando: Que el segundo de los motivos articulados por la vía del anterior está basado en la violación del artículo 609 del Código civil «y concordantes». «en relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria», y prescindiendo, por las razones antes expuestas, de la cita de estos últimos preceptos, ya por la imprecisión respecto a unos, ya por la falta de concreta denuncia de infracción del otro, queda el motivo reducido a la del primer artículo alegado, que es desestimable, porque, en modo alguno, la resolución, ni sus fundamentos, es contraria al texto de éste, ya que el juzgador no desconoce que la propiedad puede adquirirse por alguno de los medios que el mismo señala, sino que, tanto por la falta de virtualidad de los títulos alegados por el actor y por el valor que reconoce al del demandado, así como por negar la posesión por parte de los primeros, rechaza la prescripción adquisitiva que invocan, y por estimar el carácter de bien comunal, perteneciente al Ayuntamiento demandado, imprescriptible, por tanto, da lugar a la resolución antes referida, sin que el recurrente pueda desconocer los hechos que la sentencia declara, por no haber sido combatidos por el medio adecuado, esto es, a través del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que da lugar a desestimar el referido motivo del recurso.

Considerando: Que el tercer motivo denuncia la violación de los artículos 430, 440, 442, 445 y 1.959 del Código civil, y parte como en el anterior, del hecho que la sentencia niega la posesión de la finca por parte de los actores, en el concepto preciso para dar lugar a la prescripción, sino su disfrute como meros vecinos, al igual que los demás, en los aprovechamientos de la misma, ello valorando la prueba de dicha parte, y afirmando de contrario, la posesión de la demandada, como resultado de la prueba, entre ésta la testifical, inatacable en este recurso, razones por las que no cabe la existencia de infracción, referida al concepto de la posesión (art. 430), ni respecto a la transmisión de la posesión de bienes hereditarios, que no alcanza a quienes se afirma que no han poseído, ni respecto a el supuesto de posesión viciosa del causante (art. 442), ni ante el hecho de posesión por dos personas (artículo 445), sino frente a la exclusiva de la demandada reconviniente, por lo cual no concurren los requisitos establecidos en el artículo últimamente citado

para dar lugar a la adquisición por el alegado título prescriptivo, razones determinantes de la desestimación de este motivo.

Considerando: Que el cuarto de los motivos invoca la aplicación indebida de los artículos 187 y 188 de la Ley de Régimen Local y disposiciones concordantes, carente ésta de la eficacia como antes se razona, y debe señalarse, tanto el ser inadecuado, en su caso, el concepto que se cita, puesto que los referidos preceptos legales son los que han de ser tenidos en cuenta para la decisión de la cuestión debatida, como que al subsistir los hechos declarados en la sentencia sobre el carácter comunal de la finca, como la posesión de ésta por los vecinos, en dicho concepto, queda destruida la viabilidad del mismo, teniendo en cuenta, además, que, al mantenerse la calificación como bien comunal de la finca, ello lleva consigo su carácter imprescriptible, y, en cualquier caso, la ausencia del hecho, afirmado de su posesión por los actores, invalida su pretensión por título prescriptivo, razones determinantes del perecimiento del último de los motivos.

Considerando: Que procede por los anteriores fundamentos desestimar el recurso, con las consecuencias que ordena el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

EFFECTOS DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. ARTICULO 71 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Antecedentes.—El 13 de octubre de 1964, «Hogares Modernos, S. A.», adquirió por escritura pública, y en virtud de compraventa, la finca objeto del litigio. La vendieron quienes eran titulares registrales del dominio; cuando no existía la anotación de embargo objeto del pleito. En autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos por don F. M. de la E. contra don S. C. M. y doña M. T. B. M. y, subsidiariamente, contra el Banco Hipotecario de España, se decretó, en 22 de febrero de 1965, embargo preventivo de la finca litigiosa, como perteneciente a aquellos señores M., que todavía eran sus titulares registrales. En 13 de abril de igual año se tomó en el registro la anotación preventiva de dicho embargo. En 21 de agosto siguiente se practicó la inscripción de la compra de la finca efectuada por «Hogares Modernos, S. A.», en 1964.

La entidad referida, «Hogares Modernos, S. A.», demandó en juicio de mayor cuantía, suplicando los siguientes pronunciamientos: que se declare que la finca le pertenece en propiedad y posesión; que se mande a alzar el embargo trabado sobre la misma y se proceda a la cancelación de la anotación, con condena en costas para los demandados.

Estos se opusieron, entre otras razones, porque alegaban tratarse de un crédito que gravitaba sobre la finca «y ser preferente en el Registro de la Propiedad su título».

La demanda no prosperó en Primera Instancia. Interpuesto recurso de apelación, la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid revocó la sentencia apelada y ordenó se alzase el embargo y se cancelase la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación que se había instado contra la sentencia de la Audiencia, la cual quedó, pues, firme.

Las razones del Tribunal Supremo:

Considerando: Que, aunque la anotación preventiva de embargo implica la constitución de un derecho real de realización de valor al servicio de la garantía del pago de una deuda dineraria y viene a ser como una hipoteca judicial, sin embargo, sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos *con posterioridad a la fecha de la propia anotación* y no en cuanto a los actos de disposición, ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado; consiguientemente, el favorecido por la anotación no goza, respecto a tales actos, de los beneficios protectores de la fe pública registral, que otorgan los artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, y sólo se antepone, en absoluto, a los títulos otorgados con posterioridad a ella, pero sin que prevalezcan sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente, *aunque no estén inscritos*, ni atribuya, por sí solo, rango preferente, al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligacionales preferentes.

Considerando: Que en armonía con estos principios de nuestra legislación hipotecaria, esta Sala ha venido proclamando, con reiteración, que la anotación preventiva de embargo no altera la situación jurídica existente respecto a créditos ya contraídos por el deudor embargado y, con mayor razón, en cuanto a los *actos dispositivos otorgados anteriormente por el mismo deudor*, aunque no se hubiesen registrado, y sólo atribuye referencia sobre las obligaciones contraídas a las enajenaciones otorgadas por el deudor con posterioridad a la fecha de la anotación, sentencias de 7 de marzo de 1896, 26 de enero de 1905, 2 de marzo de 1910, 21 de febrero de 1912, 5 de julio de 1917, 31 de octubre de 1928 y 22 de marzo de 1943, diciéndose que en la de 29 de noviembre de 1962, que el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer «sobre los que éste realmente posea y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento, hasta el punto de que si se solicita anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad, se consigue tal anotación no lesiona los derechos previamente adquiridos sobre la finca embargada, ni produce efectos contra terceros, cuyo derecho sea anterior a la anotación, pues ésta no prevalece sobre los actos dispositivos otorgados con anterioridad, aunque no estén inscritos, según los artículos 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria».

Considerando: Que a los efectos de resolución de este recurso conviene tener presente que son hechos concretados en los autos y reconocidos por las partes litigantes: 1.º Que en 13 de octubre de 1964 la entidad demandante «Hogares Modernos, S. A.», adquirió por escritura pública y en virtud de compraventa la finca litigiosa, que le vendieron quienes eran titulares registrales de su dominio, sin que por entonces existiera anotación de embargo que ahora se invoca. 2.º Que la entidad demandante, en 3 de agosto de este año, presentó su título en el Registro de la Propiedad, aunque ese mismo día lo retiró. 3.º Que a petición de don F. M. de la E. y G. en autos de juicio declarativo de mayor cuantía que seguía contra don S. C. M. y doña M. T. B. M., y subsidiariamente contra el B. H. de E., se decretó en 22 de febrero de 1965 embargo preventivo de la finca litigiosa, como perteneciente a aquellos señores M., que todavía eran sus titulares registrales. 4.º Que en 13 de abril de igual año se tomó en el Registro la anotación preventiva de dicho embargo. 5.º Que en 21 de agosto siguiente se practicó en él la inscripción séptima de la finca litigiosa a favor de la entidad compradora «Hogares Modernos, S. A.».

Considerando: Que teniendo en cuenta estos hechos y los razonamientos que quedan expuestos sobre la naturaleza, fines y eficacia de la anotación

preventiva, se comprende que no pueda prosperar el primer motivo del recurso, en el que por la vía procedente, se denuncia la infracción, por violación del artículo 71 de la Ley Hipotecaria, alegándose que el acreedor embargante tiene el rango de tercero hipotecario, que no puede quedar perjudicado, cualquiera que sea el titular de la transmisión afectada en orden a la propiedad de la finca litigiosa; es decir, que en el motivo se viene a sostener lo contrario de lo que proclaman los principios hipotecarios respecto a la virtualidad de la anotación preventiva, invocándose la falta de aplicación del artículo 71 de la Ley, que provee el supuesto de venta de finca inscrita, realizada en fecha posterior a la anotación del embargo preventivo, que no es el supuesto que contempla el recurso, en el cual se da la curiosa circunstancia de que la anotación de embargo discutida, se practicó nuevamente después de realizada la venta de la finca, sobre la que posteriormente se trabó el embargo.

Considerando: Que en los dos últimos motivos del recurso se denuncia un supuesto defecto legal en el modo de proponer la demanda, y una falta de litis consorcio pasivo necesario, que se hacen consistir en no haberse traído a este proceso, al B. H. de E., que había sido también demandado en el pleito anterior, del cual deriva el actual; pero para la desestimación de estos motivos basta tener presente: a) Que en el anterior proceso, don F. M. de la E. y G. solicitaba que se declarase que don S. C. M. y doña M. T. B. M. adeudaban al B. H. de E. cierta cantidad que aquél había tenido que satisfacer para no perjudicar dos procesos que se seguían a instancia de dicho Banco. b) Que, consecuentemente a tal declaración, pedía que se les condenase a que le reintegraran aquella cantidad c) Que, sólo con carácter subsidiario, se interesaba que fuera condenado el Banco, para que hiciera aquel reintegro. d) Que dicho proceso terminó por sentencia que absolvió al Banco y condenó a los otros dos demandados a que pagaran la casi totalidad de la cantidad reclamada, y en cuyo proceso el demandante había pedido la anotación preventiva del embargo sobre la finca litigiosa, con el fin de garantizar el resultado del pleito y cuya anotación provocó este segundo y actual proceso originador de este recurso.

Considerando: Que, por lo expuesto se comprende que, en realidad, no tenía por qué ser demandado en este segundo proceso el B. H. de E., que no era dueño de la finca litigiosa, ni tenía sobre ella ningún embargo pendiente, ni alegaba ningún derecho respecto a la misma, ni podía resultar afectado por el fallo que en él recayese; por todo lo que resulta inatinentemente la invocación de los preceptos y doctrina relativos a la terciaria de dominio que se cita, respecto al mencionado Banco, que ni era ejecutante ni ejecutado, ni alegaba título alguno de dominio sobre la finca litigiosa, y sin que tenga la menor trascendencia, la denominación del juicio de terciaria que al proceso atribuye la actora, ni la aquiescencia de los demandados de esa terminología, cuando lo que realmente se pretende en él es que se declare que la demandante es dueña de la finca embargada y que se alce el embargo sobre ella trabado, con la consiguiente cancelación de la anotación preventiva que le garantizaba, pretensión que únicamente se ejercita contra los dos demandados que habían sido titulares registrales de la finca embargada y que la habían vendido con anterioridad a la fecha del embargo.

El Tribunal Supremo ha venido a confirmar la sentencia de la Audiencia que sentó la correcta y conocida doctrina sobre la eficacia de las anotaciones

preventivas de embargo, en relación con las transmisiones anteriores a ellas, que no habían llegado al Registro al producirse el asiento de anotación.

Exagerando, tal vez, los efectos de la inscripción, las consecuencias de lo ordenado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, se ha llegado a sostener por algún comentarista que, aunque el adquirente anterior a la anotación inscriba después su título, quedará sujeto a las consecuencias del embargo anotado, tesis que es la sostenida por la parte recurrente en la sentencia que nos ocupa, y que triunfó en Primera Instancia.

La Audiencia y el Tribunal Supremo han proclamado, repetimos, una vez más la doctrina ya consagrada por la jurisprudencia y por los tratadistas de más autoridad.

Roca distingue, con gran visión práctica, los siguientes casos:

1. El adquirente con título anterior a la anotación preventiva de embargo ha inscrito después este título, pero ha interpuesto tercera de dominio.

En este caso, de prosperar la tercera de dominio, la sentencia que recayere o la providencia que en su ejecución se dictare ordenará alzar el embargo y cancelar, por consiguiente, la correspondiente anotación preventiva.

2. El adquirente con título anterior a la anotación preventiva de embargo lo tiene inscrito después, sin interponer a tiempo tercera de dominio, pero si ha entablado juicio declarativo para obtener la cancelación de la anotación de embargo.

En este caso, de prosperar el juicio declarativo entablado, la sentencia que recayere o la providencia que en su ejecución se dictare, ordenará alzar el embargo y cancelar, por consiguiente, la correspondiente anotación preventiva.

3. El adquirente con título anterior a la anotación preventiva de embargo lo ha inscrito después sin interponer tercera de dominio ni entablar demanda de juicio declarativo para obtener la cancelación de la anotación preventiva de embargo.

En este caso subsistirá la expresada anotación preventiva de embargo, sin perjuicio de que pueda la misma extinguirse y, consiguientemente, cancelarse por causas ajenas, como son, por ejemplo, las generales de caducidad, nulidad o renuncia. Claro que hay que pensar que el proceso de ejecución ha producido la escritura pública de venta al mejor postor o de adjudicación al ejecutante de la finca o derecho real anotado, pero de momento la inscripción de la adquisición del título del anterior adquirente consta, y, por consiguiente, impide que pueda inscribirse dicha venta o adjudicación derivada de la ejecución, por imponerlo el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, a menos que sea el adquirente en virtud de esta venta o adjudicación quien impugne con éxito la inscripción del referido adquirente anterior a la anotación de embargo.

4. El adquirente por título anterior a la anotación preventiva de embargo ha dejado de inscribir dicho título adquisitivo, dando lugar a que se haya podido poner fin al proceso de ejecución e inscrito la escritura de compra al mejor postor en la subasta o el auto de adjudicación al acreedor ejecutante.

En este caso se habrá producido una verdadera adquisición "a non domino" que para poder merecer la protección de la fe pública registral requerirá el cumplimiento de las circunstancias todas exigidas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

B. M. B.

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD HORIZONTAL: *Conforme a lo dispuesto en el artículo 396 del Código civil y en la Ley de 21 de julio de 1960, que le modificó, no queda coartada la libre voluntad de los contratantes para establecer los pactos y condiciones que estimen oportunos en el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, siempre que no aparezcan prohibidos por los preceptos de dicha Ley especial. Reconocido el derecho de un copropietario de elevar nuevas plantas en un edificio, el ejercicio de este derecho necesariamente implica la alteración de los elementos comunes, y siendo las obras realizadas consecuencia necesaria de la efectividad del derecho de elevación no se infringen los artículos 7.º, 11 y 16, 1, de la Ley de Propiedad Horizontal (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1968).*

Antecedentes.—Se formuló demanda sobre «declaración de derechos, ejecución de obras y reposición de elementos comunes», que basaron los actores en su cualidad de propietarios de la planta baja y sótano de un edificio, cuyas plantas restantes, así como el derecho de elevación, correspondía al demandado, y que éste, en el ejercicio de tal derecho, quebrantó la copropiedad al disponer de elementos comunes como si fueren de su propiedad privativa, realizando sensibles alteraciones en ellos, al igual que en la fachada anterior y posterior del edificio.

El juzgador de instancia falló que el demandado se halla obligado a la ejecución de las obras necesarias para la reposición de las fachadas y elementos constitutivos de los balcones a su estado anterior, y en este mismo sentido —con algunas variaciones— se produjo la decisión de la Audiencia Territorial.

Doctrina.—El Tribunal Supremo casa y dicta nueva sentencia con arreglo a la doctrina siguiente:

«Que las partes adquirieron respectivamente la propiedad parcial de la finca en toda su extensión—planta baja y sótano, y restantes pisos con derecho a elevación—, siempre que las obras a realizar no limiten las actividades del establecimiento sito en la planta baja del edificio, circunstancia que obligó al demandado cuando la ejecución de las obras a dar acceso a los restantes pisos del inmueble por la casa colindante de su propiedad.

Que los huecos o taladros practicados en las paredes medianeras del edificio son posteriores al levantamiento de los nuevos pisos y fueron practicados para la sustentación de las nuevas plantas a que estaba autorizado el demandado.

No se considera violado el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que el derecho a levantar las plantas que ha edificado el demandado precisa reforzar las columnas de sustentación, sobre todo habiéndose negado los actores a que fueran consolidados los cimientos y apoyos en la parte que son propietarios, siendo evidente que tal refuerzo es una consecuencia necesaria del derecho de elevar pisos; respecto de la fachada no cabe olvidar que ejercitado el derecho de elevación aquélla habrá de acomodarse a las

nuevas obras, y sobre todo, dado que la finca había de tener acceso por la casa colindante, las plantas construidas habrán de acomodarse a los niveles de ésta.

El derecho de elevar implica alzar el tejado, prolongar las escaleras y fachadas, modificar los servicios de agua, luz, gas, etc., que son en principio elementos comunes, y teniendo en cuenta que las partes adquirieron determinados derechos y obligaciones al comprar la finca que les obligan en todas las consecuencias lógicas de lo convenido, es evidente que la propiedad horizontal que se contempla reúne unos caracteres específicos consecuencia de los particulares respectos aceptados.»

Lo destacado de la anterior doctrina del Tribunal Supremo radica en el alcance que concede al principio de la autonomía de la voluntad en relación con los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal. Aunque la regla general es la de que esta Ley especial se impone con carácter imperativo, es necesario admitir con los límites del artículo 1.255 del Código civil—dada la permisión de pacto que en ciertos supuestos establece la Ley especial y admite el artículo 394, 4, del Código civil—, la extraordinaria importancia práctica del acuerdo o convenio de los propietarios que permitirá adaptar y ajustar las disposiciones legales a sus particulares circunstancias.

DECLARACION DE PROPIEDAD: BUENA FE DEL TERCERO: *El hecho de ser propietario de una finca sita en una urbanización y conocedor de la existencia de una serie de limitaciones no le priva, si ha adquirido un solar en la misma en concepto de libre de cargas y gravámenes, de establecer y construir edificaciones comprendidas en la limitación* (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1968).

Antecedentes.—La demanda presentada en el Juzgado de Primera Instancia tenía su fundamento en que el demandante había comprado privadamente unos terrenos procedentes de otra inscrita, sobre los que construyó posteriormente unas edificaciones. En dicha venta privada, el vendedor actuaba en su calidad de mandatario o apoderado de las propietarias y el comprador demandante exige escritura pública para inscribir.

La oposición se basó fundamentalmente en que la parcela de terreno objeto de la compraventa está sujeta a las condiciones y limitaciones que se establecen en el documento privado de partición de la citada finca inscrita de la que procede aquélla.

La sentencia de Primera Instancia, confirmada por la Audiencia Territorial, estiman la demanda interpuesta y declaran la plena propiedad que el actor tiene adquirida de los herederos titulares de la finca a través de su mandatario, y a que se realice lo necesario para que se otorgue a su favor escritura pública que le permita inscribirla como de su exclusivo dominio en el Registro de la Propiedad.

Formalizado recurso de casación por infracción de Ley, por interpretación errónea de los artículos 1.714, 1.715, 1.718 del Código civil e inaplicación del 1.727 del propio Código, basado en la existencia de la limitación de que

en la zona donde se encuentra situada la finca vendida no se podrán montar establecimientos industriales ni aquellas instalaciones que produjeran ruidos o molestias, y que como el mandatario vendió la parcela libre de cargas sin constancia de tal prohibición, traspaso los límites del mandato, y en que además el comprador al ser propietario de otro solar en la misma urbanización, conoce las condiciones de ésta y sus limitaciones por lo que obró de mala fe.

Doctrina.—El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto en base a la siguiente doctrina:

«Teniendo en cuenta que el mandatario al vender la finca no obrará como apoderado del recurrente que ningún dominio ejercía sobre el fundo, es evidente que el vendedor no pudo traspasar los límites de un mandato del recurrente que no tenía.

Habida cuenta que la participación en otros contratos referentes a finca del recurrente, no le priva en modo alguno de su condición de tercero en el de autos que afecta al inmueble y que la declaración de buena o mala fe es problema de hecho cuya determinación corresponde al juzgador de instancia; es evidente que habrá de estarse al contenido de la resolución impugnada, determinando que el comprador es tercero en cuanto a los pactos existentes entre el vendedor y otras personas que obró de buena fe y que adquirió el solar libre de cargas y gravámenes»

La doctrina que antecede tiene su fundamento inmediato en el juego del principio de la buena fe subjetiva y en la presunción de su existencia en la adquisición realizada por el tercero civil. Esta buena fe subjetiva—que tiene su campo propio de acción en lo que respecta a la adquisición de derechos reales—descansa en la apariencia jurídica, en el sentido de que la creencia o el error no se refieren a la situación propia, sino a la de aquella persona con la que el sujeto que se beneficia de la buena fe se relaciona, o sea, la buena fe en el derecho de la contraparte. El Tribunal Supremo, en el presente caso, parte de la presunción de buena fe en el adquirente que descansa en la del mandatario—autorizado para vender con arreglo a los pactos y condiciones que estime pertinentes, sin que se limite en absoluto tal autorización conforme a las prohibiciones establecidas en la urbanización—, y si este mandatario que actúa en su calidad de copropietario y representante de los titulares de la finca, la vende libre de cargas, gravámenes y limitaciones, es forzoso llegar a la misma conclusión que el Tribunal.

E. F. C

III CONTRATOS

INTERESES DE DEMORA: DEUDA ILIQUIDA. *La iliquidez de la cantidad adeudada es incompatible con la declaración de mora en el deudor, infringiendo la sentencia que no lo estima así los artículos 1.100 y 1.108 del Código civil.* López Navarro c. Febrel Aguilera (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1968).

El actor solicitaba se dictase sentencia condenando al demandado a abonarle 298.627 pesetas con 50 céntimos, importe del precio impagado de un contrato de arrendamiento de obras, más intereses y costas. La sentencia de Primera Instancia, confirmada en apelación, estimó la demanda, pero rebajando la cifra a 243.450 pesetas, más los intereses desde el 10 de febrero de 1966, fecha, al parecer, de la presentación de la demanda. El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley alegando en el motivo segundo la interpretación errónea de los artículos 1.100 y 1.108 del Código civil y doctrina jurisprudencial que citaba, al haberle condenado al pago de los intereses de demora desde dicha fecha, siendo así que la demanda contenía plus petición y que además la sentencia estimó ilíquida la deuda al alterar, de acuerdo en esto con la posición del demandado, la forma de retribuir los servicios objeto del litigio. El Tribunal Supremo estima este motivo del recurso con fundamento en la doctrina que ha quedado extractada al principio.

RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO. Salmeron Camacho c. Ondoño Heredia (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1968)

La demandante y el demandado suscribieron un documento privado de compraventa de una finca en que se aplazaba parte del precio que habría de abonarse en tres veces y a la vez se contenía la siguiente cláusula: «Doña E. S. C. queda facultada por su comprador, don J. O. H., para gestionar un crédito hipotecario de las instituciones oficiales del Estado, sobre la referida casa de General Mola, 13, y en el supuesto de que sea concedido el importe de dicho préstamo pasará a ser propiedad de la propietaria, señora S. C., quien lo hará suyo y a cuenta del precio antes estipulado; e igual cantidad se le reconocerá al señor O. H. como entregada. Ahora bien, en este supuesto la casa será transmitida al comprador señor O. con el gravamen del crédito hipotecario que se haya obtenido, quien aceptará dicha hipoteca». Ni el demandado pagó la parte del precio aplazado ni la demandante gestionó el préstamo hipotecario. Instada la resolución del contrato se estimó la demanda en ambas instancias y el demandado recurrió en casación planteando en el recurso a través de diversos motivos dos cuestiones que ya habían constituido los argumentos principales de su defensa: 1.ª Incumplimiento por la vendedora de la obligación que le imponía la cláusula 2.ª Haber incumplido el comprador su obligación de pagar el resto del precio no por una voluntad deliberadamente rebelde, sino por haber sido objeto de acciones judiciales que crearon una

situación en la que debió de aplicarse el párrafo 3.º del artículo 1.124 del Código civil. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, para lo cual realiza la exégesis de la cláusula en cuestión al decir:

Considerando: Que... esta particular interpretación que efectúa el recurrente, en contra del criterio sustentado por los juzgadores de instancia, no puede ser aceptado por las razones siguientes: 1.ª La interpretación de los negocios jurídicos, según reiterada doctrina establecida por esta Sala, es facultad privativa de tales juzgadores, sólo impugnabile en casación, cuando se demuestre que la realizada por éstos es errónea, arbitraria o injusta, hasta el punto de infringir alguna de las normas legales que gobiernan la exégesis de los convenios, y ello aun cuando sobre el particular quede alguna duda. 2.ª La regla primera interpretativa que ha de observarse es la contenida en el párrafo primero del artículo 1.281 del Código civil, conforme al cual «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas», y en la cláusula transcrita aparece bien claro que lo establecido en ella es una «facultad» (poder de realizar) y no una «obligación» (necesidad de cumplir), la gestión que se describe y, por tanto, que la vendedora puede realizarla o no, según a su interés convenga. 3.ª La cláusula no es oscura, ni admite diversos sentidos, ni deja la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de la vendedora, ni es una estipulación baldía, inútil ni ilusoria, sino que en ella, evidentemente, se establecen, a opción de la vendedora, dos formas de percepción y, por tanto, de pago del precio; la consignada en las cláusulas tercera y sexta, ambas inclusive, del contrato, en que las consecuencias de los aplazamientos estipulados han de recaer sobre aquélla y la de la cláusula novena, que la autoriza a gestionar el préstamo, para cobrar íntegramente el precio con su importe y repercutiendo el aplazamiento sobre la entidad prestamista, a través de la operación que se autoriza a concertar y cuya garantía y devolución, en su caso, asume el recurrente, por lo que en nada ha de perjudicar a éste la inacción de la vendedora, ni ésta ha incumplido obligación alguna derivada del contrato, al no ejercitar el derecho que, facultativamente, se le confirió. 4.ª En definitiva, la interpretación dada en la instancia a tal cláusula no sólo está lejos de incidir en infracción legal alguna, sino que aparece tan ponderada y minuciosamente resuelta en los argumentos que a tal cuestión dedica el Juzgado de Primera Instancia que la Audiencia las aceptó íntegramente, y esta Sala no puede por menos de suscribirlos, rechazando, en consecuencia, los dos motivos que se examinan.

En cuanto a la segunda cuestión dice el Alto Tribunal:

Considerando: Que... sobre la necesidad de que exista para poder acordar la resolución del contrato, una voluntad rebelde y declarada, de incumplir su obligación por parte del demandado, este motivo se completa, en cierto modo, con los ya referidos cuarto y quinto, en los que se habla de las certificaciones acreditativas de los procedimientos judiciales seguidos contra el demandado y que, en su sentido, fueron la causa del incumplimiento de su obligación de satisfacer el precio en los plazos concertados; es cierto que esta Sala, interpretando el párrafo tercero del artículo 1.124 del Código civil, a la vista de los casos concretamente resueltos, se ha pronunciado en el sentido de que el simple retraso no es el incumplimiento verdadero, sobre todo si es dable apreciar hechos, circunstancias o reclamaciones imprevistas que presionando sobre el patrimonio del obligado disminuyen su potencialidad, en orden al cumplimiento de sus obli-

gaciones, pero ello no puede ser objeto de aplicación extensiva a los demás casos que, sin aquellos eventos de excepción, sólo quepa atribuir a la libre voluntad del deudor, contrayendo obligaciones de cumplimiento simultáneos y en cantidad superior a su potencialidad económica, razonablemente previsible; la facultad de señalar plazo por «causas justificadas» compete a los Tribunales de instancia, sin posibilidad de revisión en este trance, más que en el caso de acreditarse que de tal facultad se hizo un uso arbitrario que llegó a vulnerar el precepto contenido en el párrafo tercero del artículo 1.124 del Código sustantivo; y ello no sucede en el caso de autos, pues si bien en la instancia se tuvo en cuenta el elemento probatorio aportado, en apoyo de la petición deducida, no se encontró causa justificada para acceder a la misma, ya que, nada imprevisto ni extraordinario se acredita, en esa concurrencia de reclamaciones que se aduce como razón suficiente del impago, por lo que el motivo tampoco puede prosperar.

NULIDAD DE COMPRAVENTA POR SIMULACION. LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO. HEREDEROS. Vela Fernández c. Vela Fernández (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1968).

El demandante, hermano de los dos demandados, solicitaba la nulidad por simulación de las ventas de dos fincas hechas a los segundos por el padre común de uno y otros. La demanda fue estimada en Primera Instancia, pero interpuesto recurso de apelación, fue revocada la sentencia del Juzgado sin entrar en el fondo por estimar mal constituida la relación procesal, según parece por no haber sido demandados otros cinco hermanos, hijos también del vendedor. El demandante recurre en casación alegando en el motivo primero la aplicación indebida de la doctrina legal contenida en diversas sentencias del Tribunal Supremo y del artículo 661 del Código civil, ya que a su juicio no existía aquí un supuesto de litis consorcio necesario y en el motivo segundo la violación de la doctrina legal que mantiene el principio que cualquier coheredero puede accionar en beneficio de la comunidad hereditaria sin necesidad de que todos los partícipes figuren como partes procesales. El Tribunal Supremo estima el recurso y casando la sentencia de apelación confirma la de Primera Instancia diciendo:

Considerando: . Debe señalarse que si según la doctrina de esta Sala es cierto que el defecto de litis consorcio necesario debe ser apreciado de oficio por el juzgador, establece los límites de esta exigencia, dirigida a evitar que pueda pronunciarse una resolución que necesariamente ha de afectar en perjuicio a quienes son ajenos al proceso, y así la sentencia de 22 de octubre de 1931 se refiere a las personas que tengan interés evidente en impugnar la demanda, y la de 10 de abril de 1933 a los que le tengan en sostener la validez de un testamento tachado de nulidad, y es patente que el caso aquí contemplado es dispar de tales circunstancias, partiendo de que el demandante no reclama para sí, sino en provecho de la comunidad hereditaria, es decir, en el de aquellas personas que se dice debieron, según la sentencia impugnada, ser parte en el pleito como actores o demandados, pues no cabía exigir que hubieren de accionar juntamente con el actor, ni era lógico traerles aquí como demandados, ya que su interés coincide con la parte demandante, debiendo distinguirse la con-

dición de continuadores de la personalidad del causante, conforme al artículo 651 del Código civil, del ejercicio de derechos que no por tal carácter, sino en defensa de los que directamente les pertenecen por las normas legales sobre sucesión hereditaria, concepto en que actúa la parte debidamente legitimada al erecto, y todo ello conduce a estimar que no fue adecuada la aplicación de la doctrina en que se funda la sentencia recurrida, y se violó la que se cita por el recurrente.

SEGURO DE VIDA: ACCIDENTE. SUICIDIO. CARGA DE LA PRUEBA Lull Núñez c. La Unión y el Fenix Español, S. A. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1968).

Habiendo fallecido determinado señor según dictamen del médico forense por inhibición a causa de la impresión recibida en su persona al caer a un río, su esposa, beneficiaria de dos pólizas de seguros concertadas por aquél para caso de accidente, reclamó su importe de la Compañía aseguradora, la cual se opuso alegando que el fallecimiento fue por suicidio y no por accidente. La demanda fue estimada fundamentalmente en Primera Instancia y apelación, por lo que la aseguradora interpuso recurso de casación, el cual es rechazado por el Tribunal Supremo. En el Considerando segundo, después de referirse a la sentencia del Tribunal *a quo* en la que se dice que no está probado que el asegurado se suicidara y si que no falleció de muerte natural, mantiene el Alto Tribunal la siguiente doctrina

Considerando: ... que . la recurrente . se limita en el motivo primero y por la vía del número uno del propio artículo procesal a alegar violación del 1214 del Código civil y doctrina legal que lo interpreta que se detalla en el escrito de formalización, precepto éste que dado su carácter y alcance genéricos no es bastante por sí solo para poder integrar una auténtica infracción de Ley, pero que además resulta inadecuado a los fines perseguidos, cuando, como sucede en el supuesto que origina este recurso, al modo relatado por el juzgador de instancia que se acaba de reproducir, el fallecimiento del marido de la recurrida tuvo lugar de manera no natural es decir accidental en cuanto que su cadáver apareció a los varios días de ausentarse de su domicilio, en el cauce de un río, debajo de un puente, lo que constituye un hecho indiscutible e indiscutido, debiendo consiguientemente haber sido la entidad demandada y ahora recurrente quien tuvo que haber probado la tesis de suicidio que alegó y no probó suficientemente, como ponen de relieve las sentencias de instancia.

ARRENDAMIENTOS.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DENEGACION DE PRORROGA. EDIFICACION PROVISIONAL. La relación que hace el artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no agota las razones por las cuales una edificación ha de estimarse provisional (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1968).

. Denegada la prórroga por el arrendador al amparo de la causa segunda del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la única cuestión discutida

en el pleito consistía en la calificación de las edificaciones, bien como provisionales (tesis del arrendador), bien como definitivas (tesis de los arrendatarios), habiéndose aceptado en ambas instancias la primera de dichas calificaciones con la consiguiente resolución del arrendamiento. Interpuesto recurso de injusticia notoria por uno de los demandados, que fundamentalmente se centraba en torno al artículo 91 de la citada Ley, el Tribunal Supremo lo desestima manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: ... que la relación que hace la Ley de Arrendamientos Urbanos no agota las razones por las cuales una edificación ha de estimarse provisional, pues este concepto puede estar determinado por un conjunto de circunstancias que la hagan inadecuada al lugar de su emplazamiento, la discordancia con las coindantes, su contradicción con las Ordenanzas municipales y también el aprovechamiento del valor de relatividad del lugar en que está emplazada y cómo el destino comercial, con arreglo a esta doctrina, no obsta a la calificación de provisional, por tratarse de edificación de una sola planta, que sólo ocupa parte del solar, inadaptada al lugar de su ubicación a 240 metros del centro de la población y susceptible de ser utilizado el solar de gran valor, en amplia construcción con varias viviendas, ello obliga a la estimación de provisionales de las edificaciones discutidas.

ARRENDAMIENTOS URBANOS. ABUSO DE DERECHO. *Aunque el abuso de derecho con alegación del artículo 9º de la Ley de Arrendamientos Urbanos fue aducido en el escrito de contestación a la demanda, al no haber sido recogido en ninguna de las sentencias de instancia, ello produciría una incongruencia comprendida en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y atacable únicamente por el cauce de la infracción de dicho precepto.—***RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA.** *El error de hecho en la apreciación de la prueba ha de ser manifiesto, esto es, que las probanzas de carácter documental o pericial que se invoquen a tal fin patenticen por sí, sin necesidad de interpretación ni deducción alguna, lo contrario de lo afirmado en la sentencia (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1968).*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO. *Lo constituye la ocupación conjunta o compartida del establecimiento por parte del titular arrendatario con persona distinta y ajena al contrato de arrendamiento de una manera habitual y continuada (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1968).*

Arrendado el local comercial de determinado inmueble para industria de bar con prohibición expresa de subarrendar, ceder o traspasar el todo o parte del local, se instó por el arrendador la resolución del contrato alegando que el arrendatario había subarrendado parcialmente el local a tercera persona para la explotación en el mismo de una industria de transportes. Estimada la demanda por el Juzgado, fue revocada la sentencia de éste por la Audiencia Territorial e interpuesto recurso de injusticia notoria por la parte arrendadora,

el Tribunal Supremo lo estima, casando la sentencia recurrida y confirmando la del Juzgado con fundamento en la siguiente doctrina:

Considerando: Que la sentencia recurrida se apoya en unos hechos que ella misma declara probados, y que son: 1.º que el transportista viene utilizando las mesas del local arrendado para concertar transportes con terceras personas y recibir a quienes por él preguntasen; 2.º que se sirve del teléfono allí instalado para dar o recibir toda clase de encargos, y 3.º que este negocio de transportes lo hace constar en las facturas y tarjetas comerciales como domiciliado precisamente en el local litigioso, afirmaciones todas ellas que por sí solas están proclamando la ocupación conjunta o compartida de dicho establecimiento por parte del titular arrendatario con persona distinta y ajena al contrato de arrendamiento, y ello sin consentimiento del arrendador, y con la finalidad claramente expresada de llevar a cabo, al propio tiempo que el negocio del primero, las actividades propias del de transportes del segundo, de una manera habitual y continuada, con la autorización del arrendatario y usuario del local referido, por lo que es obvio, que ello encaja plenamente en la norma establecida en el artículo 114, en sus causas segunda y quinta de la Ley arrendaticia urbana, por lo que se hace indudable que al no haberse establecido así en la sentencia recurrida se han infringido tales preceptos, dando lugar con ello a la viabilidad del motivo segundo del recurso, suficiente por sí solo para la estimación de este, y de consecuencia y ajustándose a la presente fundamentación, la sentencia dictada por el juzgador de primer grado se hace procedente y adecuada la aceptación de la doctrina base de la misma, con la resolución del contrato decretada en ella.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DENEGACION DE PRORROGA. EDIFICACION PROVISIONAL. *La Ley de Arrendamientos Urbanos no define lo que debe entenderse por edificación provisional, siendo la enumeración del artículo 91.2 meramente enunciativa y pudiendo el juzgador a su prudente arbitrio calificar de tales otras edificaciones no comprendidas expresamente en ella* (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1968)

Solicitada por el arrendador la resolución del contrato al amparo de la causa 11 del artículo 114 en relación con el 62, causa segunda, ambos de la Ley citada, calificando en su demanda el objeto del arrendamiento como edificación provisional, concretamente un cobertizo, se opuso el arrendatario negando tal calificación y manteniendo la de edificación permanente con la consiguiente inaplicación del artículo 91 de la Ley. Desestimada la demanda en Primera Instancia fue revocada la sentencia en apelación e interpuesto recurso de injusticia notoria, el Tribunal Supremo lo desestima con fundamento en la doctrina extractada.

En el Considerando primero se citan como circunstancias a tener en cuenta para calificar como provisional una edificación, entre otras, «la inadecuación de la finca con el lugar en que radica, con las ordenaciones urbanas, e incluso con el valor del propio solar», y en el Considerando segundo, haciendo concreta aplicación de esta doctrina al presente caso se establece:

Considerando: ... que es una construcción compuesta de bajo, dedicado a bar, con servicios de cocina, comedor y aseo, y una planta superior abuhardillada, con tres dormitorios, cuya ventilación se hace por luceras practicadas en la cubierta; que el edificio tiene en la parte más alta una elevación que no supera los siete metros, siendo así que, conforme a las Ordenanzas, para la manzana del plano de población, a la que corresponde la edificación en cuestión, se señala una altura mínima de 10 metros con 18 centímetros y máxima de 18 metros; que dicha construcción resulta totalmente inadecuada a su emplazamiento, estando el inmueble sujeto a tributación por el concepto de altura insuficiente; que el valor del solar está fijado pericialmente en 775.000 pesetas y el de la edificación en 75.000, y, finalmente, que la finca figura inscrita en el Registro de la Propiedad como un cobertizo.

R. I. A

IV. FAMILIA

CELEBRACION DEL MATRIMONIO SUBORDINADA A CONDICION.—DONACION EFECTUADA BAJO CONDICION RESOLUTORIA. *De que si alguno de los donatarios contrae matrimonio «sea a gusto de su padre o tia». Cumplimiento de la obligación impuesta al donatario. Incumplimiento de la condición y posible ineficacia por prescripción extintiva.*—**PROCEDENCIA DE LA DIVISION DE NUDA PROPIEDAD INCIERTA.** Benímeli Bañuls contra Benímeli Bañuls y otros (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1967)

Doctrina de la sentencia.—La condición impuesta a los donatarios es válida y lícita. La donataria que contrajo matrimonio debió cumplir la condición, consistente en la obligación de notificar el previsto matrimonio a su padre, y no era éste el encargado de indagar tal propósito. La condición quedó incumplida en el momento en que la donataria contrajo el matrimonio: en ese momento la donataria sólo tenía una expectativa de derechos sobre la nuda propiedad, expectativa que quedó resuelta automáticamente al no cumplir la condición, que quedó en situación de imposible cumplimiento. El incumplimiento de la condición es automático y no requería el ejercicio de una acción dirigida a obtener la resolución. Sólo cabe hablar de prescripción extintiva respecto de la donataria, al no ejercer una acción tendente, bien a declarar la nulidad de la condición, bien a afirmar su cumplimiento. El momento para practicar la división de la nuda propiedad de las fincas donadas, conforme a la escritura de donación, ha de ser cuando contraiga matrimonio o fallezca el último de los donatarios.

Antecedentes: I) Por escritura de 29 de enero de 1931, don G. hizo donación de determinadas fincas a su hermana, a su cuñado y a los hijos de éste (hijos de otra hermana premuerta). El donante dispuso: la reserva a su favor del usufructo vitalicio sobre las fincas donadas, el llamamiento como

usufructuarios, en segundo lugar, de su hermana y su cuñado, y el llamamiento a la nuda propiedad, por sextas e iguales partes indivisas, a sus seis sobrinos. Además, de modo expreso, disponía—respecto de la donataria doña I. y de cuatro hermanos—que «tal donación lo era bajo condición de que si alguno de ellos decide contraer matrimonio obtuviera el consejo favorable de su padre en la forma prescrita en el Código civil; y para el caso de fallecimiento o incapacidad de dicho señor, sea el matrimonio a gusto de la compareciente .. (hermana del donante y tía de los nudopropietarios), y si esta señora no hace constar mediante acta notarial su disgusto, el matrimonio concertado se entenderá contraído con su beneplácito», y agregaba que «aquel de los donatarios solteros en aquel momento que falte a la condición establecida perderá todo derecho a la participación en las fincas donadas, acreciendo tal participación en don P. (era el sobrino mayor), y en los demás hermanos de éste que hubieren casado a gusto de su padre o tía, o que conserven el estado de solteros».

II) La donataria, doña I., nudopropietaria de una sexta parte de las tres fincas donadas, contrajo matrimonio en 1933 a disgusto de su padre y contra su voluntad y consejo (en 1932 se había derogado el requisito del «consejo paterno» fijado en el Código civil). Diecisiete días después del matrimonio el padre acude al Notario y otorga acta haciendo constar «su disgusto». Año y medio después los restantes donatarios, mediante acta notarial notificaron su voluntad resolutoria al esposo de doña I.

III) El donante falleció en 1936. También fallecieron los llamados al usufructo en segundo lugar, la hermana en 1961 y el cuñado en 1944; uno de los nudopropietarios, soltero, en 1937, y el mayor, casado, con hijos, en 1957. Como consecuencia de estos eventos, el usufructo de lo donado correspondía, por terceras e iguales partes indivisas, a las tres sobrinas solteras: en lo que ambas partes estaban de acuerdo. El desacuerdo recaía sobre las participaciones intelectuales en la nuda propiedad: para la actora (doña I. y una de las usufructuarias), cada uno de los hermanos—y la estirpe del mayor—tenía una quinta parte en la nuda propiedad; para los demandados, la parte de doña I. era de «seis ciento cincuenta avas partes (adquirido por herencia del padre) y la de los otros hermanos de treinta y seis ciento cincuenta avas partes».

La demanda terminaba suplicando se dictase sentencia: ordenando la inmediata división de las fincas donadas, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 402 y 406 del Código civil, y teniendo como base las participaciones intelectuales citadas, pagándose los gastos ocasionados por tal motivo por partes proporcionales a las fijadas.

Los demandados formularon reconvencción: suplicando se ordene la cancelación de las inscripciones registrales de dichas fincas, relativas al usufructo reservado por el donante y al llamamiento al usufructo de los designados en segundo lugar, a la extinción de las expectativas de derecho de usufructo a favor de don C. (muerto en 1937) y de doña I. (por su matrimonio en 1933), con la subsiguiente constancia en dicho Registro del acrecimiento de tales derechos—con las posteriores modificaciones de la situación jurídica de los interesados—por partes iguales, a favor del resto de los donatarios directos, que se declare que, otorgada la donación bajo la condición resolutoria de que contrajera matrimonio con el consejo favorable de su padre, doña I. perdió todo interés y derecho a dicha donación directa de la sexta parte de la nuda propiedad al haber contraído matrimonio a disgusto de su padre y contra su voluntad y consejo; que, como consecuencia del cumplimiento de la condición resolutoria referida y de las distintas herencias causadas, se declare que

actualmente la nuda propiedad de las fincas donadas corresponde... (en las proporciones antes citadas), debiéndose inscribir tales participaciones intelectuales en la nuda propiedad en el Registro de la Propiedad, y que se practique, o se ordene, la inmediata división de las fincas, conforme a lo dispuesto en los artículos 402 y 406 del Código civil, tomando como base las participaciones intelectuales especificadas, y sin perjuicio de la continuidad del usufructo vitalicio constituido sobre las mismas.

En el trámite de réplica la parte actora suplicaba se desestimase la reconvencción por prescripción de la acción de resolución de la condición, y para el improbable caso de estimarse la reconvencción, que se declare no haber lugar a la misma por ser nula, ineficaz e inexistente la referida condición resolutoria y que debe entenderse, como no puesta, por contraria a la Ley, la moral y buenas costumbres.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando sólo en parte la demanda y la reconvencción—y desestimando expresamente las excepciones de prescripción y nulidad opuestas por las actoras—declaró: 1.º que a partir de 1961 (fecha de la muerte de la hermana del donante) el usufructo vitalicio simultáneo y sucesivo de las fincas donadas corresponde en comunidad y por terceras partes a la actora doña C. y a las demandadas doña M. y doña C., las que, con testimonio de esta resolución, podrán solicitar en el Registro de la Propiedad las correspondientes inscripciones y cancelaciones; 2.º que doña I. perdió los derechos que se le concedían en la escritura de donación, al contraer matrimonio sin el consejo favorable de su padre, acreciendo sus derechos a los restantes donatarios, pudiendo éstos, con testimonio de esta resolución, solicitar las inscripciones o cancelaciones procedentes en el Registro; 3.º que las partes carecen actualmente de una cuota concreta y matemática determinable para cada uno de los interesados en la nuda propiedad de las fincas donadas, por lo que no pueden interesar la división material de las mismas en razón de tal derecho de dominio. Y, en consecuencia, condenó: 1.º a todas las partes o interesados; a estar y pasar por las anteriores declaraciones; 2.º a las tres co-usufructuarias, a que procedan a la inmediata división de su comunidad de usufructo... por terceras partes o por mitad (si doña M. y doña C. mantenían su indivisión)...

La Audiencia resolvió la apelación en sentido favorable a la actora. De sus pronunciamientos, interesan aquí: que doña I. no perdió el derecho a la nuda propiedad al contraer matrimonio; que la división de la comunidad existente se efectuará en trámite de ejecución de sentencia (las proporciones que daba eran las solicitadas por la actora).

Los demandados interpusieron recurso de casación por infracción de Ley, denunciando la infracción: por violación, del artículo 1.281-1.º del Código civil, al interpretar la condición resolutoria de la escritura de donación en forma contraria a sus términos claros y rotundos—y sin que en ello influya la derogación del «consejo» operada por la Ley de 28 de junio de 1932—; del artículo 1.281-2.º del Código civil; del artículo 1.114 del Código civil, y de la doctrina legal que lo interpreta (sentencias de 24 de octubre de 1941, 28 de enero de 1943, 9 de abril de 1947, 7 de enero de 1948 y 19 de noviembre de 1949); del artículo 1.218 del Código civil, por error de derecho en la apreciación de la prueba documental pública; por error de hecho en la apreciación de la prueba, al estimar la Sala que doña I. no tuvo conocimiento del consejo desfavorable a su matrimonio por parte de su padre, pero la redacción y el contenido del acta notarial de 1934 demuestra todo lo contrario del hecho afirmado.

por la sentencia recurrida, lo que evidencia tal error de hecho; del artículo 1253 del Código civil, pues no constituye una relación racional y lógica, para constituir presunción admisible, con las consecuencias que determina la sentencia recurrida, las que ésta sienta para llegar al fallo combatido, porque ante las dos actas notariales se está ante la evidencia expresa de la manifestación del disgusto del padre y de la notificación al esposo de la donataria de que la condición se había cumplido, y del comportamiento de la donataria se deduce su conocimiento del consejo desfavorable y que entendía que la condición le era plenamente aplicable (al solicitar ahora la nulidad de la condición), y del artículo 38 de la Ley Hipotecaria

El Tribunal Supremo acoge el recurso en base a la doctrina que sigue:

Visto siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín.

Considerando: Que el presente recurso va dirigido a combatir la resolución de instancia en cuanto a *tres puntos fundamentales*: el primero, consistente en la declaración que hace de que la donataria, doña I. B. B., no perdió el derecho de nuda propiedad sobre las fincas objeto de donación, al contraer, en 8 de mayo de 1933, matrimonio en las condiciones que señala, no estimando la inexistencia de la causa resolutoria prevista en la escritura de donación, en la que se ampara la parte hoy recurrente, la que la sentencia dictada en primera instancia había estimado; *en segundo lugar* que, aun en el supuesto de haberse producido dicha causa resolutoria, ésta perdió su efectividad, al no haber los interesados ejercitado en tiempo oportuno su derecho a dar por resuelto el mencionado derecho; y, *por último*, la de declarar si procede, bien la improcedencia de la división de la nuda propiedad de las fincas donadas, en el momento en que las partes litigantes plantean dicha cuestión, o, en otro caso, si ésta debe efectuarse respecto a las personas y cuotas que las mismas alegaron en el pleito.

Considerando: Que, en cuanto a *la primera* de las cuestiones aludidas se refiere, el juzgador de instancia desestima la existencia de la condición resolutoria alegada, que dimana de la cláusula de la escritura de donación, que ordena que «la donación en nuda propiedad de las fincas relacionadas, respecto a los donatarios, don C., doña C., doña M., doña C. y doña I. B. B., lo era *bajo condición* de que si alguno de ellos decide contraer matrimonio, obtuviera el consejo favorable de su padre, don P. B. Ll. en la forma prescrita en el Código civil; y para el caso de fallecimiento o incapacidad de dicho señor, sea el matrimonio a gusto de la compareciente, doña C. B. M., y si esta señora no hace constar mediante acta notarial su disgusto, el matrimonio concertado se entenderá contraído con su beneplácito», agregando que «aquel de los donatarios solteros en aquel momento que falte a la condición establecida, perdería todo derecho a la participación en las tres fincas objeto de la escritura, acreciendo tal participación en don P. B. B. y en los demás hermanos de éste que hubieren casado a gusto de su padre o tia o que conserven el estado de solteros», cuya condición estima *inoperante* la sentencia recurrida, *partiendo*, tanto ésta como la sentencia dictada en primera instancia, *de la licitud y eficacia* de la condición establecida en dicha cláusula, por ser conforme a la moral y a las buenas costumbres, no estarse en el caso de la prohibición que establece el artículo 793 del Código civil, y haber los donatarios aceptado la condición referida; mas la *divergencia* se plantea en este caso *sobre su aplicación*, ya en cuanto a *si fue o no cumplida* en sus propios términos, atendiendo a la inten-

ción del donatario, *cuanto porque el supuesto incumplimiento hubiere devenido ineficacia*, al no haber los interesados ejercitado oportunamente su derecho a resolver el que pertenecía a dicha donataria.

Considerando: Que al primero de los referidos aspectos se dirigen los motivos 1º y 2º, articulados conforme al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los que se invoca la violación del artículo 1.281 del Código civil; basándose, el uno, en ser interpretación estimada por el juzgador sobre dicha condición escriturada contraria a los términos claros de la misma, que no dejaban lugar a duda sobre la intención de los otorgantes de la misma, y el segundo, en que cualesquiera que sean las palabras empleadas, dicha interpretación era opuesta a la verdadera voluntad del donante; y examinado el primero de los aludidos fundamentos, debe estimarse *evidente que la interpretación* de la cláusula, que el juzgador de instancia estima adecuado, *se opone* a la que resulta de los términos de la que se examina, por requerir ésta que el matrimonio que hubiere de celebrarse alguno de los donatarios solteros lo sería «a gusto de su padre o tía», y si bien *para el primero* establece un *camino esencialmente formal*, para constatar dicha aquiescencia, el del cumplimiento de la obligación, entonces existente, de recabar conforme al Código civil el consejo paterno en este caso, dando así oportunidad para que el padre manifestase su disconformidad con el matrimonio concertado, al haber desaparecido dicho requisito legal, por disposición posterior a la fecha de la escritura, *ello no excluía*, dentro de la letra y claro espíritu de la cláusula, *la necesidad de recabar* aquel consejo o aquiescencia, no prohibido posteriormente, y *para lo que existían otros medios formales*, supliendo así el vacío que pudiera estimarse por la desaparición de tal requisito legal; y partiendo de que de modo indudable la donataria doña I. B. B. no pidió el consejo referido, no hay base para aceptar que, cual la cláusula requería expresamente, el matrimonio se hubiere celebrado a gusto de su padre, pues los hechos sentados por la sentencia recurrida, referentes a la publicidad de las relaciones de dicha donataria, a la petición y asistencia al matrimonio de familiares, mas no la del padre en ninguno de dichos actos, puedan conducir a tal apreciación, y estos hechos se señalan sólo al efecto del afirmar la posibilidad que el padre tuvo de hacer saber ostensiblemente su disconformidad respecto al matrimonio, antes de su celebración, olvidando que no era a éste a quien incumbía indagar el propósito de celebrarle, y hacer saber por propia iniciativa no ser a gusto suyo, sino que, como queda sentado, era la donataria la obligada a hacer saber dicho propósito, dando con ello ocasión para que su padre manifestase si era conforme a su voluntad, cumpliendo así la referida condición; de todo lo que ha de concluirse estimando que la sentencia recurrida interpreta erróneamente la cláusula examinada, atendiendo a los términos claros de ésta, lo que llevan a declarar que la referida donataria *incumplió* la condición referida al contraer matrimonio.

Considerando: Que, en relación al *segundo de los puntos* que deben ser examinados, el referido a si la resolución del derecho se produjo inmediatamente, o si los interesados han resuelto el mismo de modo adecuado, es materia a que se refieren los motivos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo, basado el tercero en la violación del artículo 1.114 del Código civil, y debe declararse, respecto a éste, con trascendencia igualmente para los razonamientos aducidos en los siguientes motivos, que *en el momento en que quedó incumplida la condición*, no tenía la donataria en su patrimonio más que una expectativa de derechos sobre la nuda propiedad de las fincas, indeterminado en aquel mo-

mento respecto a las personas y cuotas cuando hubiere de hacerse efectivo, por lo que *no cabe* hablar de *prescripción adquisitiva del dominio*; y el recto sentido del precepto alegado en este motivo conduce a estimar que las consecuencias del incumplimiento de la condición dieron *automáticamente* lugar a resolver aquella expectativa de derechos, puesto que la adquisición de éstos *dependía* de un acontecimiento que constituía la condición, que quedó en aquel momento en situación de imposible cumplimiento, no teniendo los actos posteriores realizados por el padre—al otorgar días después acta notarial, haciendo constar en desconocimiento del matrimonio y disconformidad con éste—y de los interesados—posterior en un año, reiterando éste, y manifestando su voluntad resolutoria del derecho—otro valor que el de contestar de forma fehaciente que había sido incumplida la condición necesaria para la adquisición del derecho, *mas sin requerir*, como necesario, *el ejercicio de una acción dirigida a tal resolución, operada por sí al contraerse*, en las condiciones expresas, *el matrimonio* de la donataria, y ello da lugar a la estimación del motivo examinado; debiendo agregarse, sobre la alegada ineficacia del acta notarial otorgada por los interesados, dada la forma en que fue notificada, al entenderse ésta con el esposo de la misma, que en armonía a lo que el recurrente aduce en el *motivo sexto*, con igual amparo procesal basado en la violación del artículo 1.253 del Código civil, los *propios hechos sentados* en la resolución recurrida, *no conducen lógicamente a la conclusión del desconocimiento de tal manifestación por parte de la donataria, sino a la contraria*, y por ello el alegado plazo de prescripción de la acción oportuna habría que referirlo a la propia donataria, que con conocimiento de las manifestaciones de su padre y hermanos, no ejercitó acción alguna tendente, bien a la declaración de nulidad de la condición, ya a afirmar su cumplimiento, lo que lleva a estimar igualmente este motivo del recurso, y hace innecesario el examen de los demás, dirigidos al mismo fin, que por los mismos se logra.

Considerando: Que *la última de las cuestiones* debatidas afecta a la *procedencia de llevar a efecto*, en el momento solicitado, *la partición de la nuda propiedad de las fincas donadas*, materia que aborda *el último de los motivos* del recurso, seguido por el cauce del número 1º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, apoyado en la violación del párrafo 2º del artículo 1.281 del Código civil, *sustentando la tesis*, no de llevar a efecto la partición, que propugnó en el pleito, sino *de mantener la sentada en la sentencia dictada en primera instancia*, que rechazó la posibilidad de efectuarse en ninguna fecha en aquel momento, por carecer los interesados de cuota determinada, y faltarles por tanto la legitimación *ad causam* para ejercitar aquel derecho; y es indudable que la aplicación del artículo 400 del Código civil parte de la identificación del bien común, de la determinación de los copropietarios y de la concreción de sus participaciones, sin cuyas circunstancias es imposible la partición que dicho precepto establece, y esta situación ha de conjugarse con la cláusula de la escritura de donación, que previene que *el momento necesario* para operarse el fenómeno de refundir el disfrute de las fincas con la nuda propiedad, *había de ser cuando hubiere contraído matrimonio o fallecer el último de los donatarios*, cumpliendo, mientras fue de posible ejecución, la cláusula antes referida, no existiendo, por tanto, ningún donatario soltero en tal instante, *y a esta voluntad soberana del donante es preciso atender*, interpretando su sentido conforme a la intención evidente del mismo, sin que pueda en modo alguno soslayarse esta voluntad que preside la realización de los derechos donados; y ha de estimarse, por tanto, que la interpretación aceptada por el

juzgador se aparta y contraria dicha voluntad, y conduce a realizar la partición en momento y términos en realidad condicionados a posteriores sucesos, aplicando para los mismos normas ajenas a las establecidas, cuales las de la sucesión de bienes hereditarios; y al no haber llegado este momento ordenado por el donante para acceder los que en el mismo ostentasen derecho a la nuda propiedad de los bienes, y se determinase así la participación de cada uno, básica para tal partición, ha de concluirse estimando el motivo mencionado, y, consecuentemente, por la aceptación de los antes referidos, casar y anular la sentencia dictada en cuanto revoca la pronunciada en la primera instancia, sin hacer especial imposición de costas.

MATRIMONIO CIVIL DECLARADO NULO, CON BUENA FE POR PARTE DE LA ESPOSA. Efectos civiles a que el artículo 69 del Código civil se refiere. ALCANCE DE LA EXCEPCION DEL ARTICULO 69. La indemnización por culpa civil y la obligación de prestar alimentos. San José c. Lowental (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—El matrimonio civil contraído por la esposa de buena fe produce efectos civiles respecto de la esposa. Los efectos civiles a que el artículo 69 del Código civil se refiere son los producidos durante el tiempo transcurrido entre la celebración del matrimonio y la declaración de nulidad del mismo, que sin tal norma no tendrían existencia. La aludida excepción no puede tener más alcance que el antes indicado. La obligación de prestar alimentos sólo puede ser declarada como indemnización por dolo y culpa civil en la ejecutoria de nulidad.

Antecedentes: I) La actora y el demandado contrajeron matrimonio civil en Gibraltar en 1959, ante funcionario británico, de cuyo matrimonio hubieron dos hijos, menores en la actualidad. II) En 1961, a instancia del esposo, se inició juicio declarativo de mayor cuantía, en cuyo proceso, en recurso de casación, el Tribunal Supremo dictó sentencias de 5 de julio de 1965, en cuya segunda sentencia declaró: «... declaramos nulo y sin ningún valor, respecto a los contrayentes, el matrimonio civil... entre el ciudadano norteamericano... y la española..., declarando asimismo haber intervenido con mala fe por parte del demandante y de buena fe por parte de la demandada, estimando en este punto la reconvencción formulada por el Ministerio Fiscal; e igualmente que el referido matrimonio surte efectos civiles respecto a la esposa demandada y de los hijos de ambos, los que conservan los derechos que les correspondan». . III) En tanto estuvo en tramitación el pleito referido, el esposo satisfizo a su ex mujer los alimentos provisionales señalados por el Juzgado; mas una vez concluido el pleito, cesó de abonar cantidad alguna. En su consecuencia, la esposa solicitó del Juzgado, por vía de ejecución de la segunda y definitiva instancia, que se le fijaran judicialmente a ella y a los citados hijos alimentos, a lo que se opuso el ex marido, y el Juzgado, por auto consentido por las partes, declaró no haber lugar, en ejecución de sentencia, a señalar alimentos a la mujer e hijos, sin perjuicio de que tal derecho pudieran reclamarlo en el juicio correspondiente.

La ex esposa interponía la presente demanda, por tanto, al objeto de obtener la condena al demandado al pago de alimentos, para ella y sus hijos, con carác-

ter de provisionales. Suplicaba se condenase al demandado al pago mensual, por meses anticipados, de 45.000 pesetas como alimentos para ella y sus dos hijos menores.

El demandado se opuso y manifestó que ha seguido abonando los gastos de manutención y educación de sus hijos, y que está dispuesto a satisfacer siempre los gastos de su educación. Subrayó que la actora no era su esposa y que no tiene con ella relación de parentesco. Cifrabá los gastos totales causados mensualmente por sus hijos en unas 4.000 pesetas. Finalizaba con la súplica de que se estimase la excepción de falta de legitimación activa de la demandante en la doble condición que comparece.

El Juzgado de Primera Instancia, dando lugar en parte a la demanda y desestimando la excepción procesal propuesta, condenó al demandado a satisfacer a la actora y a los hijos la suma de 28.000 pesetas (8.000 a la actora y 10.000 a cada hijo), a partir de la interposición de la demanda, en el domicilio de la actora.

El demandado interpuso recurso de apelación, al que se adhirió la actora en cuanto a la cuantía alimenticia. La Audiencia dictó sentencia, por la que, revocando la apelada en cuanto al pronunciamiento en que concede alimentos a la actora—en cuyo extremo desestima la demanda y absuelve de tal petición al demandado—, confirmó la sentencia en todas sus partes y desestimó la apelación de la actora.

La demandante interpuso recurso de casación por infracción de Ley, por infracción: por interpretación errónea, del artículo 69 del Código civil y de la sentencia de 9 de febrero de 1964, ya que declarada la buena fe de la esposa y con la dicción del artículo 69 se desprende la obligación de prestar alimentos como «efectos civiles» del matrimonio nulo, obligación que nace de la Ley; y de los artículos 143-1.º y 153 del Código civil, pues entre los efectos civiles figura el de «prestarse los cónyuges recíprocamente alimentos», cuya obligación alimenticia no nace del parentesco y sí de la Ley y además está expresamente proclamada por una sentencia firme.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, en base a esta doctrina:

Visto siendo ponente el Magistrado Andrés Gallardo Ros.

Considerando: Que son hechos probados reconocidos en la sentencia recurrida y no atacados en casación, que la recurrente y con J. A. L., cuyo matrimonio civil, celebrado en Gibraltar en 28 de agosto de 1959, fue declarado nulo en sentencia dictada por este Tribunal en 5 de julio de 1965, sentencia en cuyo fallo se establecía «que había intervenido mala fe por parte del señor L. y buena fe por la de la recurrente y que, como consecuencia de dicha declaración, el matrimonio surtía efectos civiles respecto de la esposa demandada».

Considerando: Que, negado por la sentencia recurrida el derecho a alimentos de la recurrente, el *motio primero* en que el recurso interpuesto es fundamentado alega, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la interpretación indebida del artículo 69 del Código civil y de la sentencia de este Tribunal de 9 de febrero de 1954; y el *segundo*, la violación por falta de aplicación del antes citado artículo, de los artículos 143, número 1.º, y 153, todos del Código civil, y de las sentencias de este Tribunal de 29 de mayo de 1964 y 5 de julio de 1965, debiendo ambos ser desestimados; porque ni las disposiciones legales ni las sentencias citadas han sido desconocidas ni mal interpretadas, ya que los *efectos civiles* a que el artículo 69 del Código civil hace referencia son aquellos producidos durante el tiempo trans-

currido entre la celebración y la declaración de nulidad del matrimonio, que sin tal norma no tendrían existencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil y sentencias de 27 de mayo de 1949 y 24 de abril de 1952, según las que «es nulo en Derecho lo carente de valor y fuerza para obligar a tener efecto alguno»; pero sin que pueda la aludida excepción tener más alcance que el anteriormente indicado, porque, no dándose ninguno de los supuestos en que descansa la obligación de prestar alimentos, no puede ésta ser declarada en la ejecutoria de la nulidad mas que como *indemnización* proveniente de dolo y culpa civil, y que en forma alguna en nuestro Derecho, a diferencia de ciertas legislaciones extranjeras, puede consistir en la fijación de una pensión alimenticia.

Considerando: Que la desestimación de los dos motivos lleva consigo la del recurso, con condena del recurrente al pago de las costas causadas.

DEMANDA DE NULIDAD DE MATRIMONIO, PENDIENTE ENTRE LAS PARTES.—SOLICITUD DE ALIMENTOS PROVISIONALES Y DE LITIS EXPENSAS PARA LA ESPOSA: Falta de citación del Ministerio Fiscal y falta de presupuesto de litisconsorcio pasivo necesario. Recibimiento a prueba. Indefensión. Lago c. Suárez (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—La denuncia en casación de la falta de citación del Ministerio Fiscal es antiprocesal: lo que debió hacerse es denunciar la infracción de los artículos 1893 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; además, la falta de citación referida debe afectar personalmente al recurrente. Dictada providencia acordando recibir el pleito a prueba, debió recurrirse contra ella, y al no hacerlo vino a consentirse lo acordado. La denegación de unión de un documento a los autos no aparece demostrada en los autos, y—aun demostrada su existencia—en todo caso habría que probar la procedencia de tal unión y que el acuerdo denegatorio haya producido indefensión, cuya indefensión aparece descartada en la sentencia recurrida.

Antecedentes.—La actora formuló demanda incidental sobre reclamación de alimentos y litis expensas contra el que fue su esposo, como pieza separada del expediente de depósito de mujer casada seguido entre las mismas partes en 1950. Terminaba suplicando se dictase sentencia, declarando que su antes esposo venía obligado: 1.º a prestar alimentos a la actora, con carácter provisional, mientras no se decidiera definitivamente la causa de nulidad matrimonial pendiente entre ambos; 2.º a proveerla de litis expensas, con objeto de satisfacer las costas del proceso y las que tenga necesidad de acusar en la tercera instancia del pleito de nulidad matrimonial. Y fijando al efecto la cuantía de aquéllos en la suma de 12 500 pesetas mensuales, o en todo caso la que se estime prudente, y las referidas litis expensas en la suma de 200 000 pesetas, o, en todo caso, en la cantidad que prudencialmente se fije, y sin perjuicio de exigir—si así lo considerase oportuno—la liquidación y justificación de su inversión.

El demandado alegaba la excepción de ausencia de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandado ni emplazado el Ministerio Fiscal. Suplicaba se dictase sentencia con los pronunciamientos siguientes: 1.º declarando que la entrega de 300.000 pesetas—mediante documento de 1952, suscrito

por las partes—suple y garantiza la obligación del demandado de abonar a la actora la cantidad oportunamente fijada en concepto de pensión alimenticia, y que ésta se cubre con los intereses de aquella suma; 2.º declarando—si no se acepta la pretensión anterior y se estima que la convención contenida en el expresado documento se haya viciada de nulidad—que la actora está obligada a restituir lo indebidamente percibido al demandado, quien además es acreedor al reintegro como heredero y por tener dicha suma el carácter de colacionable en su haber, ejercitando esta acción en beneficio y para la comunidad hereditaria de su causante; 3.º declarando que tal obligación es compensable con cualquier otra deuda susceptible de compensación que aquélla pudiera ostentar contra el demandado; 4.º condenando a la parte actora a que reconozca, consienta y obre a tenor de los pronunciamientos anteriores.

La demandante, posteriormente, presentó al Juzgado escrito suplicando se diese intervención al Ministerio Fiscal—si se considerase imprescindible—a los fines de ser citado. El Juzgado, por providencia del mismo mes, acordó unir dicho escrito a los autos y tener por hechas las manifestaciones contenidas en el mismo.

El Juzgado dictó sentencia, estimando la demanda en casi todas sus partes, de las que disintió al fijar la cuantía de los alimentos en la suma de 7 500 pesetas mensuales y la de las litis expensas en 30 000, a justificar en su día.

La Audiencia confirmó totalmente la sentencia apelada.

El demandado interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, con apoyo en los siguientes motivos: 1) infracción del artículo 1.693, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haber sido citado en forma el Ministerio Fiscal ni en primera ni en segunda instancia, por haber sido parte en el proceso primitivo, que señaló medidas provisionales, y tener por objeto este incidente la modificación del auto entonces dictado; 2) infracción del artículo 1.693, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al solicitar de la Sala, en el acto de la vista que se uniera a los autos, un documento del Tribunal de la Rota—posterior a la contestación de la demanda, en el que se hacía constar que la actora no ha satisfecho ni tiene que satisfacer cantidad alguna en el proceso canónico—, cuya certificación era posterior a la sentencia de primera instancia, y la no admisión del citado documento le produce indefensión procesal, pues en la demanda se solicita y en la sentencia se adjudica una cantidad para *litis* expensas por un pleito eclesiástico en el que no tuvo la actora gasto alguno.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, en la forma que sigue:

Visto siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros.

Considerando: Que en el *primero* de los motivos del presente recurso se denuncia la «infracción del párrafo 1.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haber sido citado en forma el Ministerio Fiscal ni en primera ni en segunda instancia», a pesar de que el demandado, en la contestación, alegó esa falta de litis consorcio pasivo necesario, pues «teniendo por objeto el incidente la notificación de un auto dictado con base en los artículos 1.893, 1.899 y 1900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tenían que ser demandadas todas las personas que habían sido parte en aquel procedimiento..., entre las que figuraba el Ministerio Fiscal», cuya alegación fue reproducida en el acto de la vista de la apelación, como reconocía la sentencia de segunda instancia.

Considerando: Que, *en primer lugar*, debe destacarse que la formulación de este motivo es completamente antiprocesal, pues se alega en él la infracción del párrafo 1.º del artículo 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—que *no contiene* ninguna norma que pueda ser vulnerada por los Tribunales de instancia—, cuando, en realidad, *lo que parece se suponen vulnerados* son los artículos 1893, 1899 y 1900, cuya infracción no se denuncia y debía ser denunciada

Considerando: Que, *en segundo lugar*, aunque se quisiera y pudiera entender que dicho motivo se amparaba en aquel precepto invocado, *tampoco podría prosperar*, porque, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, «la falta de citación que se denuncia ha de afectar personalmente al recurrente, no a cualquiera de los otros litigantes—sentencias de tres de junio de 1898, 22 de junio de 1902, 27 de febrero de 1909 y 28 de mayo de 1950—, ya que no puede invocarse en casación el interés de un tercero que, no habiendo litigado, no puede ser perjudicado por la resolución que se impugna—sentencia de 18 de marzo de 1890—, ni pueden citarse como infringidas leyes referentes a otros litigantes que no han recurrido en casación—sentencias de 17 de marzo de 1896 y 5 de julio de 1911—.

Considerando: Que, *en último lugar*, aunque se pudiera prescindir de esos insalvables obstáculos, *tampoco el recurso podría ser admitido*, porque, alegada por el demandado en su contestación la falta del presupuesto de litis consorcio pasivo necesario, y *dictada* por el Juzgado *providencia*, teniendo por contestada la demanda y acordando el recibimiento del pleito a prueba, *debió haberse interpuesto recurso contra ella, y al no hacerlo, vino a consentirse lo acordado*, contra el cual ahora no puede volverse; y sin que a ello obste el escrito de la contratante, en que, impugnando esa alegación, terminó por solicitar del Juzgado, que, si lo creía imprescindible, emplazase al Ministerio Fiscal, a lo que no accedió el Juzgado, sin que su acuerdo fuese recurrido.

Considerando: Que *el motivo segundo* del recurso se ampara en el número 5.º del artículo 1693 citado, alegándose, para justificarlo, que en el acto de la vista de la apelación se solicitó de la Sala de la Audiencia que se uniera a los autos un documento expedido por el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica Española, en 17 de julio de 1965—posterior en doce días de la fecha de la sentencia de primera instancia—, en cuyo documento se hacía constar que la causa de la nulidad del matrimonio S.-L., se había fallado el 5 de mayo, y que la esposa no ha satisfecho ni tiene que satisfacer cantidad alguna a aquel Tribunal; documento que dice no admitió la Sala, con lo que le produjo indefensión.

Considerando. Que el Letrado de la parte recurrente, en el acto de la vista del presente recurso, en vez de defender la procedencia del motivo en cuanto al aludido documento, hizo una inoportuna disertación sobre «supuestas peripecias sufridas por otro documento, que nada tiene que ver con el invocado en el recurso, y sobre cuyas peripecias ni puede ni debe pronunciarse esta Sala de Casación.

Considerando: Que, aunque en el motivo se afirma que en el acto de la vista de la apelación se había pedido su unión a los autos, y que se había denegado, lo cierto es que *ni* en el escrito personándose en la Audiencia, *ni* en el de conformidad con el Apuntamiento, *ni* en la diligencia de la vista, *ni* en la sentencia de segunda instancia, *aparece la menor alusión a* que el apelante hubiese *solicitado la unión* de tal documento a los autos, *ni*, consiguientemente,

que se le hubiese *denegado su admisión*, siendo la primera referencia procesal que a él se hace, la del escrito de interposición del recurso de casación.

Considerando: Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 897 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en las apelaciones de los incidentes, en que se concede la prueba, sólo se podrá otorgar dicho recibimiento a prueba cuando concurra alguno de los casos expresados en el artículo 862; y también puede acordarse, sin necesidad de recibirse el pleito a prueba, que se traigan a los autos o que presenten las partes documentos que se hallen en alguno de los casos expresados en el artículo 506.

Considerando: Que por lo expuesto, procede también *desestimar* el motivo segundo del recurso, ya que, si durante la segunda instancia no se solicitó la práctica de la diligencia de prueba que se invoca en el escrito en que se interpone en tal recurso, y en dicha instancia no se denegó semejante prueba, resulta unprocedente formular recurso de casación por quebrantamiento de forma, contra una denegación de prueba inexistente.

Considerando: Que, en último término, aunque hubiese llegado a formularse esa petición de unión a los autos del referido documento, *tampoco su denegación* podría constituir motivo de casación, *porque para ello habría de demostrar*, en primer lugar, *que tal unión era precedente* con arreglo a las Leyes—y a ella se oponía el precepto contenido en el artículo 507 de la Ley de Enjuiciar y la sentencia de 25 de enero de 1908—; y, en segundo término, *que el acuerdo denegatorio le había producido indefensión*, cuya indefensión aparece *descartada* en el propio fallo de la sentencia recurrida, cuando *supedita el pago* de las litis expensas, *a la justificación*, en su día, de las mismas.

Considerando: Que la desestimación del recurso lleva consigo, por disposición del artículo 1.777 de la Ley, el pago de las costas causadas y la pérdida del depósito constituido.

Considerando: Que toda vez se ha anunciado por el recurrente la interposición del recurso de casación *por infracción de Ley*, procede que, tan pronto quede firme esta resolución, se dé cuenta para acordar lo que sobre ello corresponda.

RECLAMACION DE ALIMENTOS PROVISIONALES ENTRE CONYUGES:

Consideración o no de «auténticos» de los documentos a efectos de casación. Cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para formular el recurso de casación. Serra c. Coloreda y otra (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—Los documentos invocados no pueden ser considerados como auténticos a efectos de casación, al haber sido tenidos en cuenta por la instancia y al no contradecir la tesis de hecho de la sentencia recurrida. Si en la interposición del recurso se omite cualquiera de los requisitos esenciales del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurso carece de viabilidad.

Antecedentes.—Como hechos probados y reconocidos por ambas partes, se dieron los siguientes: 1) El actor y la demandada contrajeron matrimonio en 1930; ambos, catalanes por su nacimiento y su continuada residencia en la región, se hallaban sometidos a la legislación civil especial de Cataluña, por lo

que su régimen económico-matrimonial era el de separación de bienes. 2) Por parte de la esposa se instó en 1957 las medidas sobre «depósito de mujer casada» contra su esposo; previamente, había entablado demanda contra su esposo ante el Tribunal eclesiástico, desestimada, por no probarse las sevicias y abandono alegados por la esposa. El marido instó del Juzgado, por incidente, la reanudación de la vida conyugal, en las diligencias citadas sobre el «depósito» de la mujer. 3) Pese a no ser decretada la separación por el Tribunal canónico, la separación persistió, de hecho, entre ambos cónyuges. 4) El marido promovió contra su esposa proceso penal, acusándola del delito de abandono de familia, resuelto por la Audiencia en forma absolutoria para la esposa.

Ambas partes se hallaban en profundo desacuerdo acerca de los siguientes puntos: a) *Mejoras* realizadas en las fincas propiedad de la esposa, a consecuencia del trabajo del marido durante más de veinticinco años (liberación de cargas, nuevas construcciones, etc.). b) *Conducta* del esposo, que se dio a la embriaguez y al juego (según la esposa). c) *Capacidad de trabajo* del esposo, que se dedicó a las labores agrícolas, con sus cincuenta y ocho años [al decir de la esposa demandada, «percibe un jornal de más de 85 pesetas, superior al legal de un bracero, según el Decreto de 17 de febrero de 1963» (*sic*)]. d) *Necesidad de vivienda* por parte del marido, recogido de precario en casa de una cuñada y sin posibilidad material de poder sufragar un alquiler o una entrada para una vivienda normal. e) *Situación jurídica base o presupuesto de la obligación alimenticia*, obligación concretada en la necesidad de habitación para el marido, y con diferentes posiciones de las partes: ella, propietaria, y con rentas derivadas del destino turístico de las antiguas fincas agrícolas, y él, sin otros medios que su jornal cotidiano; a lo que la esposa oponía la obligación legal del marido de mantener a su mujer, y la exención de la misma en orden a la obligación alimenticia por encontrarse el marido capacitado para el trabajo.

La demanda formulada por el marido terminaba con este *petitum*: que se dicte sentencia condenando a su esposa, en concepto de alimentos provisionales, *única y exclusivamente*, a dar posesión al actor de las habitaciones necesarias para su uso dentro de las edificaciones de la propiedad de la esposa; y si se negasen la demandada o su hija (demandada en segundo lugar) a dar efectiva posesión al actor de las habitaciones que necesita, se les condene por dicho orden a que compensen al actor, abonándole en sustitución la cantidad mensual de 4.000 pesetas..., bajo apercibimiento de haber lugar a ejecutar esta condena dineraria; y si no hicieran efectiva dicha pensión, que se proceda a su exacción por la vía de apremio.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia, dando lugar a la demanda de alimentos provisionales y condenando a la esposa demandada a dar al actor las habitaciones solicitadas, dentro de la edificación, propiedad de la esposa, o, en su defecto, le abone la pensión mensual de 1.500 pesetas, pagaderas por meses anticipados y desde la interposición de la demanda, entendiéndose que opta por el equivalente económico, si no le da efectiva posesión del albergue, dentro de los ocho días siguientes a la notificación de la sentencia.

La Audiencia revocó la sentencia apelada y absolvió a las demandadas.

El actor interpuso—siempre bajo el beneficio de pobreza—recurso de casación por infracción de Ley, en base a dos motivos: en el primero, por error, de hecho, en la apreciación de la prueba que resulta de documentos auténticos, que evidencian el estado de pobreza del actor y la notoria posición económica de la esposa, lo que trascendió al Juez de Primera Instancia, y, sin embargo, la Sala entiende que «el nivel social y de rango de uno y otro cónyuge es equili-

brado y homogéneo»; y el segundo, por infracción de los siguientes artículos: 56, 142, 1.º, 143 y 57 del Código civil, al negar que el recurrente tuviera necesidad de la habitación por él alegada, ya que, por ejercer un oficio, ya atiende él mismo a sus cuidados, y al precisar la Audiencia que «la obligación alimenticia exige para su efectividad que los necesite para subsistir la persona que los pretenda», cuando el artículo 143 *no se refiere* a la pretensión de todas y cada una de las necesidades cuando sólo sea precisa la satisfacción de una de ellas: e infracción de doctrina legal (sentencias de 15-12-1942 y 27-3-1900), ya que la necesidad ha de apreciarse «en relación a la respectiva situación de las personas ligadas por la obligación»

El Tribunal Supremo no acoge el recurso, por las consideraciones de la doctrina siguiente:

Visto siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero.

Considerando: Que hay que desestimar el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque los documentos invocados no pueden ser considerados como auténticos a efectos de casación, tanto por haber sido tenidos en cuenta por la instancia como porque no contradicen la tesis, de hecho, de la sentencia impugnada, en la que el parentesco entre el actor y la demandada y los medios de vida de cada uno son recogidos en los mismos términos que se afirman en dichos documentos, que indebidamente se califican por el recurrente como contradictorios; lo que, en realidad, se quiere en este motivo es sustituir el criterio de la Sala respecto al desnivel social de los litigantes, sustituyéndolos por el propio criterio del recurrente.

Considerando. Que, en cuanto al motivo 2.º del recurso, es constante la jurisprudencia de esta Sala, al afirmar que, si en la interposición se omite cualquiera de los requisitos esenciales del artículo 1.720, el recurso carece de viabilidad, y es lo que ocurre en el presente caso, pues al formular el motivo, en relación a determinados artículos del Código civil, que se consideran infringidos, no se expresa el concepto por el que lo ha sido, ni en el encabezamiento ni en el desarrollo del motivo; por lo cual procede su desestimación.

J. C. G.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1968.

I.—PLANTEAMIENTO

1 *Los hechos.*

a) El Ayuntamiento de Santurce giró a «Butano, S. A.», una liquidación por los derechos correspondientes a la licencia municipal para la construcción e instalación de una planta de llenado de botellas para gas butano y propano.

b) «Butano, S. A.», considera improcedente la liquidación, por pretender que está amparada por las mismas exenciones tributarias que la CAMPSA. A tal efecto, interpone reclamación económico-administrativa, que es estimada por el Tribunal provincial de Vizcaya, anulando la liquidación girada por el Ayuntamiento. Una vez más estamos ante una manifestación del diferente trato dado por los llamados «Tribunales económico-administrativos» a la Hacienda local y a la del Estado.

c) Contra el acuerdo del Tribunal económico-administrativo provincial, deduce el correspondiente recurso contencioso-administrativo el Ayuntamiento, recurso que es desestimado por la Sala de lo contencioso de Vizcaya, por sentencia de 24 de enero de 1968. Esta sentencia se basó en los siguientes Considerandos:

«Considerando: Que la cuestión única, disentida en el presente recurso contencioso-administrativo, consiste en determinar si la Sociedad 'Butano, Sociedad Anónima', viene obligada a satisfacer el Ayuntamiento de Santurce la tasa municipal correspondiente por la extensión de la oportuna licencia de obra para la construcción e instalación de un llenado de botellas de gas butano, tesis mantenida por el Ayuntamiento recurrente, o si, por el contrario, dicha Sociedad goza de exención respecto de la mencionada exacción municipal, como lo ha entendido el acuerdo del Tribunal económico-administrativo de Vizcaya, sometido a esta revisión jurisdiccional.

Considerando: Que para la resolución de la cuestión expuesta es preciso partir de la base, indiscutida, de que la Sociedad 'Butano, S. A.', goza de los beneficios tributarios que la Compañía administradora del 'Monopolio de Petróleos', pues así se deduce, sin ningún género de dudas, que la Orden de 23 de febrero de 1961, que recuerda cómo los gases derivados del petróleo están incluidos entre los artículos monopolizados que define el artículo 2.º de la Ley de 17 de julio de 1947, al que dio nueva redacción el Decreto-Ley de 5 de abril de 1957, y que, constituida la Sociedad 'Butano, S. A.', con el objeto de realizar el envasado,

distribución y suministro de gas butano, resulta comprendida dicha Sociedad en el régimen fiscal del 'Monopolio de Petróleos', puesto que el número 2.º del Decreto de 23 de agosto de 1957 ya estableció que dicho régimen es aplicable con independencia de la Sociedad, a quien se encomiende la distribución y suministro de los productos monopolizados, con intervención y participación de la Compañía administradora del 'Monopolio de Petróleos', circunstancia que concurre en 'Butano, S. A.'.

Considerando: Que sentado que el régimen fiscal del 'Butano, S. A.', es similar al aplicable a la Compañía administradora del 'Monopolio de Petróleos', procede examinar, cual sea el correspondiente a esta compañía, para determinar si dentro del mismo puede comprenderse o no la exención relativa a la tasa municipal por el otorgamiento de la preceptiva licencia municipal para la construcción de sus instalaciones industriales.

Considerando: Que el punto de arranque para dicha determinación lo constituye la Ley de 17 de julio de 1947, la que al reorganizar el 'Monopolio de Petróleos', y después de declarar, en su artículo 1.º, que serán de aplicación las normas del Real Decreto-Ley, de 28 de junio de 1927 y disposiciones complementarias, en cuanto no se opongan a la propia Ley reorganizadora, prescribe, en el artículo 15, que el 'Monopolio' y la Compañía administradora continuaran disfrutando de las exacciones tributarias establecidas en la legislación vigente reguladoras del mismo, principio confirmado en los artículos 6.º y 27 del Reglamento de 20 de mayo de 1947, al precisar que el 'Monopolio' disfrutará de las exacciones tributarias establecidas en el párrafo 1.º del artículo 13 del Real Decreto-Ley de 26 de junio de 1927 y en las disposiciones complementarias del mismo.

Considerando: Que entre dichas disposiciones complementarias, vigentes en el momento de promulgarse la Ley de 1947, se encontraba la Real Orden del Ministerio de Hacienda de 26 de enero de 1928, según la cual se prohíbe a las Corporaciones Locales percibir otras exacciones municipales que las vigentes en 26 de junio de 1927, que graven los productos o elementos del 'Monopolio', y, asimismo, la Orden del mismo Ministerio de 14 de febrero de 1933, que recuerda a los Delegados de Hacienda de las provincias que, al examinar los presupuestos municipales y las Ordenanzas Fiscales para la exacción de gravámenes, se tenga en cuenta las disposiciones vigentes, para que, en ningún caso, puedan los Ayuntamientos imponer derechos, tasas o arbitrios sobre los elementos o instalaciones del 'Monopolio', recordatorio repetido en forma similar, en la Orden de 26 de marzo de 1955, ya en vigor la nueva estructuración del 'Monopolio de Petróleos'.

Considerando: Que posteriormente, tanto el Decreto de 23 de agosto de 1957 como la Orden de 23 de febrero de 1961, al hacer extensivo el referido régimen fiscal a los derivados gaseosos o del petróleo, han insistido en que las exacciones tributarias aplicables se extienden a toda clase de exacciones municipales, y, por otro lado, que son aplicables, tanto a la presión tributaria que tiene como objeto los productos monopolizados como la que grava las instalaciones necesarias para su explotación industrial.

Considerando: Que de la regulación legal expuesta se deduce que los beneficios fiscales establecidos a favor de la Compañía administradora del 'Monopolio de Petróleos' y, consecuentemente, a 'Butano, S. A.', alcanzan a toda clase de exacciones municipales, siempre que éstas recaigan o tengan por objeto los productos monopolizados o las instalaciones industriales para su industrialización o comercialización, y como no puede ofrecer dudas que las tasas que

pueden percibir los Ayuntamientos por el otorgamiento de licencia de construcción tienen el carácter de exacción municipal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 434 y 440 de la Ley de Régimen Local, es preciso únicamente resolver si dicha exacción grava o no las instalaciones industriales.

Considerando: Que la tesis de la parte recurrente, y que constituye el fundamento de su recurso, consiste en establecer que, dado que la tasa por el otorgamiento de la licencia representa la contraprestación de un servicio prestado por los Ayuntamientos, por medio de sus técnicos, no gravan propiamente la instalación industrial, sino el servicio prestado por la Corporación, lo que es distinto de la instalación propiamente dicha.

Considerando: Que contrariamente a dicha tesis hay que tener en cuenta que la exención tributaria establecida a favor del 'Monopolio del Petróleo', y por lo que se refiere a la imposición municipal, está establecida en términos de máxima generalidad, al comprender en la exención toda clase de exacciones municipales, sin más excepción que las vigentes en 28 de junio de 1927, y sin establecer ninguna diferencia en las mismas, en atención al fundamento de la imposición, exigiéndose como única condición que el objeto de la exacción lo constituya el producto o las instalaciones industriales necesarias, por lo que, no estableciendo la norma ninguna distinción en este punto, no es lícito partir de distinciones interpretativas allí donde la Ley no distingue.

Considerando: Que tampoco puede ofrecer duda que los derechos o tasas a percibir por el otorgamiento de las licencias de obras tienen como presupuesto de naturaleza económica que constituye el hecho imposible la obra misma que se pretende realizar, la cual no puede legalmente construirse sin esta previa licencia municipal, por lo cual, en el caso concreto que se debate, resulta incuestionable que, en definitiva, la tasa que pretende exaccionar el Ayuntamiento de Santurce recae sobre la instalación industrial proyectada por 'Butano, S. A.', sin que tampoco en este punto sea procedente establecer distinción alguna entre gravámenes que recaen sobre la instalación ya terminada y gravámenes que afectan a la fase de construcción de la instalación, pues, tanto en un caso como en otro, siempre aparece la instalación como fundamento económico de la exacción municipal, y ya se ha visto cómo las normas reguladoras del régimen fiscal del monopolio, al hacer extensiva la exención de las exacciones municipales a las instalaciones, no establece diferencia alguna entre su construcción y su explotación o utilización.

Considerando. En resumen, que son aspectos distintos al fundamento de un tributo o de una exacción y el objeto del mismo, y así en este caso sin negar que la justificación de la tasa por licencia de obra sea el servicio municipal prestado; en cambio, el objeto de tal exacción lo constituye la obra a realizar, o sea, la instalación proyectada».

d) Interpuesto recurso de apelación por el Ayuntamiento de Santurce, fue estimado por la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1968, de que fue ponente el excelentísimo señor don Enrique Medina Balmaseda.

2 La sentencia de 25 de noviembre de 1968.

En esta sentencia, que interpreta correctamente el principio de legalidad en materia tributaria, sienta la siguiente doctrina:

«Considerando: Que la entidad solicitante de la licencia de obras para la

construcción de una planta en el término municipal de Santurce es la Compañía Mercantil 'Butano, S. A', con domicilio en Madrid, según consta en el poder otorgado por la misma entidad a favor del Procurador y para comparecer ante el Tribunal económico-administrativo provincial de Vizcaya, ante el que reclamó la exención del pago del arbitrio devengado por tal licencia, solicitada al Ayuntamiento de Santurce y concedida por este Ayuntamiento sin la dispensa de derechos.

Considerando: Que este dato es de trascendental importancia para distinguir —por lo menos— al sujeto pasivo del impuesto que se reclama o discute, que recae sobre 'Butano, S. A.', y no sobre CAMPSA, entidad a la que puede aplicarse un régimen jurídico fiscal diferente de la primera, según se deduce de los razonamientos siguientes.

Considerando: Que, a pesar de que la Orden de 11 de junio de 1957 crea una Sociedad para la venta de gas butano, a la que aportará el 50 por 100 del capital de la nueva entidad, la Compañía Arrendataria del 'Monopolio de Petróleos' la Sociedad así constituida es jurídicamente diferenciada y diferenciable de la participación en su capital, circunstancia que no es impedimento alguno para reconocer la capacidad y personalidad que el nuevo ente adquiere en derecho, según el artículo 6.º de la mencionada disposición, que aprueba sus estatutos y se ha de dedicar a la distribución y venta de Butano.

Considerando: Que dentro de este régimen legal que representa, a pesar de su diferenciación, un sistema paralelo entre la normativa jurídica organizativa de CAMPSA y 'Butano, S. A', preparado para la modificación del artículo 2.º de la Ley de 17 de julio de 1947, constitutiva de la primera por el Decreto-Ley de 5 de abril de 1957, a efectos puramente arancelarios, destaca el régimen jurídico fiscal que, en vez de mantener la diferenciación dentro de la semejanza, como se ha hecho con el anterior, se ha tratado de subsumir a la segunda entidad en la privilegiada parcela fiscal en que se desenvuelve el 'Monopolio de Petróleos', y, a tal fin, se han dictado una serie de disposiciones, como son el Decreto de 23 de agosto de 1957, la Orden de 23 de febrero de 1961, por la que se transmiten los beneficios fiscales de la CAMPSA a 'Butano, S. A', en una equiparación absoluta.

Considerando: Que a poco que se repare en estas disposiciones se observa que son de un rango inferior a la Ley, y entonces surge el problema inevitable de valorar la eficacia de las mismas, en orden a la validez de los beneficios que proclaman respecto de la Sociedad favorecida por ellas, teniendo en cuenta que si respecto de CAMPSA toda la normativa reguladora de las exenciones fiscales que disfruta están amparadas y justificadas dentro del marco de la Ley de 17 de julio de 1947 y, más concretamente, del Reglamento de 20 de mayo de 1949, disposición deducida y autorizada por la primera, la normativa de 'Butano, Sociedad Anónima', en el campo Fiscal, distinto del organizativo, no puede adquirir esa plenitud de efectos, porque falta siempre esa norma de rango legal que, en consonancia y acatamiento de disposiciones de altura constituyente, exigen y reclaman preceptos de jerarquía legal y no menores que establezcan tales beneficios; nos referimos claramente, y en primer término, a los artículos 8.º y 9.º del Fuero de los Españoles, que exigen igualdad y equivalencia de las cargas tributarias impuestas por Ley votada en Cortes; el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico del Estado, que prohíbe imponer exacciones, tasas, cánones y cualquier otra carga sin el mismo requisito de establecerlas una Ley votada en Cortes, del mismo modo, y coincidiendo con estos principios constitu-

yentes, la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, aplicable por la fecha de los hechos de autos a este recurso, reclama, en su artículo 10, normas de rango de Ley para establecer exacciones, exenciones y bonificaciones tributarias, siendo de advertir que esta Ley no solamente es aplicable, como decimos anteriormente, por la fecha de entrada en vigor, en relación con la petición de licencia de obras de Butano al Ayuntamiento de Santurce, sino porque, además, su artículo 1.º define que su finalidad es establecer los principios básicos y las normas fundamentales que constituyen el régimen jurídico del sistema tributario español, del que, indudablemente, forma parte el impositivo de los Municipios españoles, como lo demuestra la referencia del artículo 5.º de la misma, que regula sus funciones tributarias.

Considerando: que de lo expuesto se deduce que por no ser Leyes las disposiciones que regulan y establecen los beneficios fiscales de «Butano, S. A.», asimilandola en esta parcela jurídica a CAMPSA, con infracción evidente de la hermenéutica jurídica de rango constituyente de nuestros sistemas tributarios carecen de eficacia tales disposiciones en tanto en cuanto quieran ser aplicables al supuesto concreto del recurso que se resuelve y sin que por ello la Sala haga pronunciamiento alguno de mayor alcance en cuanto a su validez formal, que no es tema de los autos, limitándose a denegar la exención que se pretende por «Butano, S. A.», respecto de la licencia de obras solicitada por el Ayuntamiento de Santurce, que debe abonar en la cuantía determinada por la liquidación que impugna, revocando en consecuencia la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de Bilbao, que reconoció indebidamente tal exención».

II.—EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad constituye la pieza fundamental del Estado de Derecho Sólo si ese principio tiene realidad en un Ordenamiento está garantizada la libertad del administrado.

De aquí que cuantos esfuerzos se hagan por mantenerle en su concepción clásica son pocos. Ante los atentados que sufre cada día es necesario defenderle tal y como fue concebido, al ser proclamado como principio fundamental del Estado de Derecho liberal, lo que supone (1):

1 Por lo pronto, la primacía de la Ley frente a cualquier acto emanado de otro órgano público no legislativo y, por supuesto, de todos los órganos administrativos. La Administración no puede dictar disposición alguna que contravenga una norma con jerarquía de Ley. El artículo 17 del Fuero de los Españoles dispone que «todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas que no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas». Consecuencia elemental del principio es que la Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las Leyes (art. 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y art. 5.º del Código civil), y que ninguna disposición administrativa podrá infringir precepto de otra superior (art. 23 de la Ley de Régimen Jurídico). Una sentencia de 23 de enero de 1967 (Ponente: CORDERO TORRES) alude al «orden jerárquico de normas que establecen lo mismo el artículo 1.º del Código civil, que el 23

(1) Me remito a mi trabajo *El administrado*, Madrid, 1966, págs. 30-36.

de la Ley de Régimen Jurídico». Y en el supuesto de que se dictara una disposición administrativa con infracción de estos principios, sería una disposición nula de pleno derecho. Así lo dispone el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico y el artículo 47, párrafo 2.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En este sentido se ha pronunciado reiterada jurisprudencia. Ya antes de entrar en vigor la LRJ, en aplicación del artículo 5.º del Código civil, la jurisprudencia contencioso-administrativa había establecido que una orden o disposición administrativa carece de eficacia en contra de una Ley (sentencias de 15 de noviembre de 1911, 9 de enero de 1912, 10 de noviembre de 1913 y 21 de octubre de 1953). En sentencia de 5 de noviembre de 1958 se dice: «Ya el Código civil, en su título preliminar, determina en el artículo 5.º: 'Las Leyes sólo se derogan por otras Leyes...', siendo aún más contundentes y detallados los preceptos integrantes en los artículos 25 a 28 de la LRJ, publicada el día 31 de julio del pasado año 1957, en cuyas disposiciones se ordena: 'La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las Leyes, ni regular, salvo autorización expresa de una Ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes...'. Otra de 24 de junio de 1959 afirma: 'Establecido por el FE, en su artículo 17, el principio fundamental relativo a que todos los Organos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas, que no podrán ser arbitrariamente interpretadas ni alteradas, ha tenido desarrollo, en lo que a la actividad administrativa se refiere, en la LRJ'. Y la de 27 de mayo de 1959 establece: 'La LRJ, en su artículo 23 prohíbe dictar a la Administración disposiciones que vulneren preceptos de otra de grado superior, y el artículo 28 declara nulas de pleno Derecho tales disposiciones, por lo que una Orden que infrinja preceptos de rango superior no puede tener aplicación ni efectividad alguna al caso concreto, y así para otro caso análogo se declaró su anulación por sentencia de esta Sala de 13 de febrero del presente año».

En análogo sentido se pronuncian, entre otras, las sentencias de 2 de febrero de 1946, 9 de mayo de 1958, 20 de febrero y 9 de mayo de 1959, 6 de mayo y 30 de junio de 1960 y 12 de junio, 4 y 6 de julio y 13 de noviembre de 1962, y 17 de mayo de 1963.

La Administración, pues, no podrá dictar norma reglamentaria alguna que contravenga de cualquier modo otra de superior jerarquía (2).

2. Pero el principio de legalidad no supone tan sólo la primacía de la Ley, sino algo más: la atribución exclusiva a la Ley de la regulación de determinadas materias. No se trata de que, en estos casos, el Reglamento respete la Ley. Es que sin Ley no cabe la regulación de estas materias. Estamos ante la «reserva de Ley». En nuestro Ordenamiento estas materias son (3):

a) Las enumeradas en los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes. El artículo 26 LRJ dice que la Administración no podrá «regular, salvo autorización expresa de una Ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes». Y el artículo 24, párrafo 1.º, prevé la forma de Decreto para «las disposiciones generales no comprendidas en los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes».

(2) GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, «El Consultor de los Ayuntamientos», Publicaciones Abella, 1964, págs. 141-143.

(3) GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, cit., págs. 143-144.

b) Establecer penas. El artículo 19 FE consagra el principio de que «nadie podrá ser condenado sino en virtud de Ley anterior al delito», y el artículo 27 LRJ dispone que «los reglamentos circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas».

c) Establecer prestaciones personales (art. 8.º FE). De aquí que una sentencia de 20 de mayo de 1966 (Ponente: ARIAS RAMOS); considere ilegal un Reglamento al establecer la pena de confiscación, sin apoyo legal y contraviniendo el artículo 32 FE. Una sentencia de 7 de noviembre de 1966 (Ponente: A GENDÍN) afirma que la LRJ, en su artículo 27, recoge el principio *nullum crimen nulla poena sine previa lege*.

Una sentencia de 25 de junio de 1966 (Ponente: OLIVES FELIU) se refiere a «la errónea creencia de que las multas administrativas son sanciones de naturaleza verdaderamente penal, como en efecto lo son las que imponen los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria o de las jurisdicciones especiales, por razón de delito o falta, pues las de este grupo sí, y aquellas otras no, necesitan de una Ley votada en Cortes para poderse imponer en sanción de hechos previamente definidos como delitos o faltas; pero en la reglamentación administrativa de múltiples y variadas materias, que se hallan sometidas al cuidado y vigilancia de la Administración, y en las que ésta actúa reglamentadamente en función de tutela y policía gubernativa, para intervenir acciones u omisiones de sus administrados que para nada rozan la materia penal o criminal propiamente dicha es de todos los tiempos conocidos y por todos los Estados de Derecho practicado, que las facultades en tal orden es de cosas reservadas a la Administración permiten a ésta regular mencionadas actividades de orden público administrativo, imponiendo y exigiendo multas como sanciones..., sin que tales sanciones tengan nada que ver con la prohibición contenida en el artículo 27 LRJ. Otra de 9 de marzo de 1967 (Ponente: BOMBÍN) dice que la cuantía de la sanción impuesta no se halla «en contradicción con lo establecido en el artículo 27 de la LRJ referentes a las facultades ministeriales de imposición de exacciones o cargas similares, porque este artículo exceptúa los casos que vengan expresamente autorizados por los Ministerios respectivos, como ocurre en el presente procedimiento como consecuencia de lo establecido en el Decreto-Ley de 16 de febrero de 1937, ratificado por la Ley de 2 de octubre de 1939..., anteriores a la LRJ».

d) Establecer tributos. El artículo 9.º, inciso segundo, FE, dice: «Nadie estará obligado a pagar tributos que no hayan sido establecidos con arreglo a la Ley votada en Cortes». La exigencia de Ley votada en Cortes parece excluir la posibilidad de establecer tributos por una Ley que no haya sido votada en Cortes (Ley de Jefatura del Estado o Decreto-Ley).

La LGT, en su artículo 2.º, reitera el principio, al disponer: «La facultad originaria de establecer tributos es exclusiva del Estado y se ejercerá mediante Ley votada en Cortes». Y en su artículo 10 señala las materias que «en todo caso», se regularán por Ley.

El artículo 27, LRJ, dice que los «reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán imponer exacciones, tasas, cánones, derechos de propaganda y otras cargas similares, salvo aquellos casos en que expresamente lo autorice una Ley votada en Cortes».

Entre otras, una sentencia de 27 de febrero de 1965 (Ponente: Docavo) afirma que «en general las exacciones parafiscales tienen que estar establecidas por una Ley, según el artículo 3.º de la Ley de 26 de diciembre de 1958, y en el caso de que no hubieren sido creadas por una disposición legislativa quede suprimida, a no ser que se convalidaran dentro del plazo de seis meses, a contar de la entrada en vigor de la Ley».

Otra sentencia de 22 de noviembre de 1965 (Ponente: Bombín) dice que «el artículo 2, L7RJ, ordena que las disposiciones administrativas de carácter general... no podrán establecer ni imponer exacciones, tasas, cánones, derechos de propaganda y otras cargas similares, salvo que una Ley votada en Cortes lo autorice».

III EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA EN LA ESFERA LOCAL.

Si una de las materias reservadas a la Ley es la tributaria, es obvio que sólo a través de normas con rango de Ley se podrán establecer tributos a favor de entidades locales. A veces, la Ley no crea directamente el tributo, sino que le regula en los distintos aspectos que prevé el artículo 10, LGT, dejando después a la entidad local respectiva la facultad de crear la exacción y de regularla con sujeción estricta a los preceptos legales. Así, respecto de la Hacienda municipal, el artículo 434 de la LRL, después de enumerar las exacciones municipales en su párrafo 1.º, en el párrafo 2.º dispone: «Los Ayuntamientos no podrán establecer ni percibir ninguna otra exacciones ordinaria ni extraordinaria mientras no sean especialmente autorizadas por una Ley».

Ahora bien, si sólo por Ley puede establecerse una exacción, también es evidente que sólo por Ley podrá establecer alguna exención o bonificación.

De aquí que figurando los derechos y tasas por prestación de servicios entre las exacciones autorizadas (art. 434, párrafo 1.º, 435 y 440 de la LRL), una vez que el Ayuntamiento establece el derecho o tasa, sólo por Ley podrá establecerse la exención a favor de personas determinadas.

De aquí la correcta doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de que damos noticia, cuyos Considerandos constituyen una definitiva aportación a la estructuración de nuestro régimen jurídico tributario y un paso decisivo en el respeto debido a la maltratada Hacienda municipal.

Pero, quizá, lo más destacable de la sentencia comentada la forma categórica de hacer valer el principio, al proclamar la ineficacia de aquellas disposiciones administrativas que le contravienen.

J. G. P.

III. Resoluciones del Tribunal Económico- Administrativo Central

Por F. M. C.

1. *ACTOS SUJETOS: Está sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales la adquisición de madera de un aprovechamiento forestal, mediante subasta celebrada al efecto por el Ayuntamiento propietario (RESOLUCIÓN DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1968).*

A) *Hechos.*—La Oficina liquidadora de Boltaña requirió a J. R. P. para que presentara ante la misma certificación del acta de adjudicación definitiva de la subasta de 7.069 metros cúbicos de madera, adjudicada a su favor por el Ayuntamiento de Gistain, en la cantidad de 3.181.900 pesetas, haciendo asimismo constar la fecha de adjudicación, el nombre y apellidos del rematante y el número de metros cúbicos adjudicados como consecuencia de la subasta. Caso de que el monte objeto del aprovechamiento estuviera ordenado, debería presentarse otra certificación de la Jefatura del Distrito Forestal de Huesca, acreditativa de tal extremo. Presentados los documentos reclamados, con excepción de la última certificación citada, se giró liquidación por el concepto de «Transmisiones», número 2, de la Tarifa al 4 por 100, sobre una base de 3.181.900 pesetas, que produjo un total a ingresar de 196.014 pesetas.

Interpuesto recurso, el reclamante alegó que era industrial maderista dedicado habitualmente a esta actividad, como acreditaba, y que, conforme al artículo 145 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, no están sujetas al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales las transmisiones a título oneroso cuando consisten en actos habituales de tráfico de las empresas o explotaciones mercantiles agrícolas o forestales, sin que pudiera arguirse la habitualidad en los actos de tráfico, que había de referirse solamente al vendedor y no al comprador, como ocurría en este caso, puesto que, si el sujeto era el adquirente, a éste era a quien debía referirse la Ley en el mencionado artículo 145; que, de otra parte, el propio artículo 145 de la Ley decía literalmente en su número dos, que «en ningún caso, un mismo acto u operación estará sujeto a este Impuesto y al que grave el Tráfico de Empresas», y su artículo 186, en el apartado f), sujetaba al Impuesto sobre Tráfico las transmisiones o entregas por precio de productos naturales a fabricantes, industriales o comer-

clantes mayoristas; y, a su vez, el artículo 188, 1, establecía en su apartado c), la misma obligación de pagar dicho Impuesto sobre Tráfico a los fabricantes, industriales y comerciantes mayoristas que adquirieran productos naturales a que se refería el apartado f), por lo que era imposible negar que la operación de compra de madera en rollo no estaba sujeta a este segundo Impuesto.

B) Doctrina.—El Tribunal Económico-administrativo Central (en lo sucesivo T. E. A. C.) ha estimado en el presente caso que si bien el número 1 del artículo 62 del Texto Refundido de la Ley y Tarifas del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece que no estarán sujetas a este Impuesto las transmisiones a título oneroso «cuando constituyan actos habituales de tráfico de las empresas o explotaciones transmitentes», al no concurrir esta última circunstancia en la Corporación vendedora, ha de estimarse que no puede ser de aplicación para declarar la no sujeción al Impuesto en la forma en que fue postulada por el recurrente. A la misma conclusión se llega en relación con el número 2 del propio artículo 64 del mismo texto legal, en el que se establece: que, «en ningún caso, un mismo acto o contrato estará sujeto a este Impuesto y al general sobre Tráfico de Empresas», toda vez que el Ministerio de Hacienda, por Orden de 4 de abril de 1968 y con el fin de aclarar las dudas suscitadas sobre la aplicación de uno y otro Impuesto, ha determinado que: «estén 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, y al número 21, cuando no estén sometidos a dichos planes», y que «están sujetos al Impuesto General sobre Tráfico de Empresas las operaciones de venta de productos naturales forestales, incluidos los árboles cortados u obtenidos por los propietarios del monte, que se realicen con carácter habitual, siempre que los adquirentes sean fabricantes, industriales o comerciantes mayoristas». De lo actuado se desprende que la relación jurídica establecida entre el recurrente y el Ayuntamiento de Gistain era la correspondiente a un aprovechamiento forestal no ordenado y no la venta de árboles cortados por el propietario del monte, lo que hace necesario declarar la procedencia de la liquidación practicada.

- 2 **DERECHO TRANSITORIO:** El nuevo plazo prescriptivo de cinco años establecido por el artículo 64 de la Ley General Tributaria no es aplicable a los casos en que su cómputo se inició con anterioridad a la entrada en vigor de aquélla. Aplicación de la Disposición Transitoria 5ª del Texto Refundido de 6 de abril de 1967 (RESOLUCIÓN DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1968).

A) Hechos.—La Sociedad Anónima, «A. M. y Cía.», acordó, en escritura otorgada el 9 de octubre de 1957, la ampliación de su capital en 7.050.000 pesetas, mediante la emisión con fecha 13 de enero de 1965, de 14.100 acciones de la Serie C, de 500 pesetas cada una, habiéndose realizado el desembolso de las referidas acciones, en cuatro plazos, cada uno del 25 por 100 de su valor no-

minal. El primero, entre el 1 y el 31 de diciembre de 1957; el segundo, entre el 1 y el 15 de febrero de 1959, el tercero, entre el 1 y el 31 de agosto de 1962; y el cuarto, entre el 1 y el 31 de julio de 1963. Presentada en la Abogacía del Estado de Guipuzcoa, certificación del citado aumento se practicó una liquidación por el concepto de «Sociedades», número 6, de la Tarifa, al 2,70 por 100, sobre una base de 5.287.500 pesetas (valor nominal de los tres últimos desembolsos), que produjo un total a ingresar de 192.036 pesetas y en la que se impuso una multa del 50 por 100 de las cantidades liquidadas.

Impugnado el acto tributario, la representación de la Sociedad alegó que de la ampliación del capital a 7.050.000 pesetas, cuando fue presentada la primera copia de la escritura de 9 de octubre de 1957 en que se formalizó, se satisfizo el Impuesto en relación con el primer desembolso del 25 por 100, y que a la presentación del Certificado del Consejo de Administración de que se ha hecho mérito, fueron liquidados los tres últimos desembolsos, sin tener en cuenta que en la escritura pública de que se hace referencia se liquidó el Impuesto de Derechos reales, al tipo del 1,15 por 100, sobre el primer desembolso de 1.762.500 pesetas, y el Impuesto de Timbre complementario, al 0,50 por 100, sobre la total ampliación del capital de 7.050.000 pesetas, así como el Impuesto correspondiente a la sobreprima de emisión de 159,35 pesetas fijada por la Dirección General de Régimen Fiscal de Sociedades, para cada una de las 14.100 acciones de que se componía la emisión, que, por tanto, lo único que faltaba por pagar era el Impuesto de Derechos Reales correspondiente a los tres últimos desembolsos de que se ha hecho mérito, de los cuales, el primero, acaecido en 15 de febrero de 1959, está prescrito, y que, aparte de esto, la legislación que debe aplicarse a los otros dos desembolsos son la Ley y el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales que se encontraba vigente cuando se satisfizo el gravamen correspondiente al primer desembolso del 25 por 100, sin que exista precepto alguno en la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964 que autorice la aplicación de sus propios preceptos, antes bien, en su artículo 184, al regular un régimen transitorio, permite todo lo contrario, o sea, que se siga aplicando el régimen anterior a los desembolsos que se realizaron con posterioridad al 1 de julio de 1964 por ampliaciones acordadas antes. Por todo ello terminaba suplicando que se anulase la liquidación impugnada, sustituyéndola por otra en la que sólo se grave por el Impuesto de Derechos reales, al tipo del 1,15 por 100, los dos últimos desembolsos.

B) *Doctrina.*—El fondo del asunto se limita a dos cuestiones: la primera, relativa a la posible prescripción del derecho de la Hacienda pública, para exigir el Impuesto correspondiente al segundo desembolso del 25 por 100, que tuvo lugar el 15 de febrero de 1959, habida cuenta de que el documento en que se declaraba esta obligación fue presentado el 18 de enero de 1965; y la segunda, concerniente a la procedencia de que a los posteriores desembolsos realizados se aplique la antigua legislación del Impuesto de Derechos Reales y no las nuevas normas de la Ley de 11 de junio de 1964. El Tribunal Central resuelve ambas de la siguiente forma. a) En orden a la prescripción estima que, si bien el artículo 64 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, establece que prescribirá a los cinco años el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, cuando la prescripción hubiese comenzado antes de la entrada en vigor de esta Ley, es

evidente que ha de regularse por la legislación anterior a la misma, salvo en el caso de que desde 1 de marzo de 1964, en que, efectivamente, comenzó a regir, hubiese transcurrido el referido plazo de cinco años, puesto que, en definitiva, esta norma prescriptiva no puede tener efectos retroactivos para extenderse más allá del ámbito de su aplicación en cuanto al tiempo, como reconoció con carácter interpretativo la Orden del Ministerio de Hacienda de 24 de junio de 1964, circunstancia que no concurre en el supuesto examinado. b) En cuanto a la segunda cuestión debatida, ha de tenerse en cuenta la Disposición Transitoria 5.^a del Texto Refundido del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, la cual establece que en los aumentos de capital de las sociedades se tributará conforme a la legislación precedente, «siempre que la suscripción y primer desembolso de los títulos hubiese tenido lugar con anterioridad a 1 de julio de 1964 y se hubiesen cumplido por los interesados, las obligaciones tributarias derivadas de dicha legislación», entre las cuales se encontraba el artículo 107 del Reglamento de 15 de enero de 1959, que establecía que los documentos referentes a actos inter vivos de todas clases se presentarían a liquidación del Impuesto, dentro del plazo de treinta días hábiles, contados desde el siguiente al de su otorgamiento y aprobación. Habiéndose incumplido esta norma, hay que entender, conforme a la disposición transitoria mencionada, que era procedente la liquidación de estos desembolsos de capital social por el nuevo Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

3. **COMPROBACION DE VALORES:** Su aprobación constituye acto administrativo independiente de la liquidación y debe notificarse al contribuyente por separado.—**INDICE DE PRECIOS MEDIOS:** Procedencia de su aplicación. Necesidad de unir certificación al expediente.—**CLASE DE CULTIVO:** Datos para su apreciación (RESOLUCIÓN DE 3 DE OCTUBRE DE 1968).

A) **Hechos.**—Fallecido A. M. A. y solicitada liquidación provisional de su herencia, la Abogacía del Estado de Zamora giró las correspondientes liquidaciones, promoviéndose reclamación económico-administrativa contra las mismas con base en los siguientes motivos: a) que la aprobación del expediente de comprobación de valores constituye un acto administrativo independiente previo al de la liquidación del impuesto, y que debe ser objeto de notificación separada, lo que se ha infringido por la Oficina de gestión al notificar conjuntamente la base comprobada y las liquidaciones que sobre la misma se practicaron; b) que, habiéndose fijado el valor de los bienes por el medio previsto en el número 3 del párrafo 2.º del artículo 80 del Reglamento del Impuesto, no aparece en el expediente la oportuna certificación del índice de los precios medios correspondientes al término municipal en que aquéllos radican; c) que tal índice es inaplicable al caso del recurso, pues las fincas del caudal relicto tienen en el Catastro varias clasificaciones que no se corresponden con las clases únicas de aquél; d) que la finca número 10 del inventario, catastrada como cereal de secano y realmente de tal cultivo, ha sido valorada como de regadío; solicitándose, por último, con carácter subsidiario la tasación pericial de los bienes.

B) *Doctrina.*—Plantea este recurso varias cuestiones, unas de forma y otras de fondo, que requieren tratamiento separado, y que pueden resumirse así. a) Si implica nulidad de las actuaciones el hecho de no haberse notificado la base comprobada con independencia y previamente a las liquidaciones. b) Si es válido el expediente de comprobación de valores en el que se utilizó el medio del número 3 del artículo 80 del Reglamento sin unir a él certificación del índice de precios medios correspondientes al término municipal en que radican los bienes comprobados. c) Si es idóneo en el presente caso el aludido medio comprobatorio. d) Si la finca número 10 del inventario puede ser estimada como de regadío. e) Si procede la tasación pericial que con carácter subsidiario se solicita por la recurrente. El Tribunal Central resuelve así cada una de ellas. La primera reconociendo que a tenor del artículo 85-5 del Reglamento del Impuesto, la aprobación de las comprobaciones de valores por las Abogacías del Estado constituyen actos administrativos reclamables en esta jurisdicción, lo que determina que tal aprobación y la fijación de bases y liquidaciones consiguientes implican actos administrativos diferentes, que han de ser objeto de notificaciones separadas y sucesivas. La segunda de las cuestiones que se han acotado, declarando que como el índice de precios medios no fue objeto de publicación oficial, el debido conocimiento del sujeto pasivo de la deuda tributaria y digna defensa de sus intereses exige la constancia de una certificación de dicho índice, referida al término municipal en que radiquen los bienes afectados en el expediente y que la omisión de tal documento constituye causa de indefensión que determina la declaración de nulidad de todo lo actuado a partir de la apuntada infracción. En cuanto al tercer motivo del recurso, afirmando que no es inexcusable para el empleo del índice de precios medios, que las clasificaciones de cultivo que las fincas tengan asignadas en el Catastro coincidan exactamente con las de aquél, pues hay que acomodar aquéllas a éstas procurando la mayor analogía posible, a no ser que cultivos tan caracterizados como regadío, frutales, praderas u otros semejantes no se hallen previstos en el índice y, consiguientemente, el aludido criterio de analogía resulta de imposible aplicación (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1965 y Resolución del T. E. A. C. de 6 de abril de 1967). En orden a la clase de cultivo de la finca número 10 del inventario, que ni en la relación de bienes ni en el Catastro figura como de regadío, el hecho de que en el testamento del causante se diga que tiene un pozo artesiano, no es suficiente para darle tal calificación, y si únicamente para promover, en su caso, la diligencia del liquidador a utilizar otro medio de comprobación adecuado, como el del número 12 del artículo 80. Por último, y en cuanto a la tasación pericial que subsidiariamente se solicita, es aplicable el artículo 8.º de la Orden ministerial de 10 de julio de 1957, cuando dispone que si la comprobación de valores se realiza por el procedimiento de los precios medios de venta, los interesados podrán solicitar la práctica de la tasación pericial ante la Oficina Liquidadora, sin necesidad de previa reclamación económico-administrativa, al manifestar su disconformidad con el resultado de la comprobación dentro de los quince días siguientes al de haberse notificado éste al presentador del documento. Si en el caso examinado dicha tasación no fue promovida oportunamente, ello es imputable a que se omitió la notificación separada de aquel acto administrativo.

4. *COMPROBACION DE VALORES.* Es aplicable para fijar la base en el impuesto sobre los bienes de las personas jurídicas, el medio que establece el número 9 del artículo 80 del Reglamento de 15 de enero de 1959 (RESOLUCIÓN DE 3 DE OCTUBRE DE 1968).

A) *Hechos.*—Por la Oficina Liquidadora de Arenas de San Pedro se practicó la comprobación de valores a efectos de la exacción del Impuesto sobre los Bienes de las Personas Jurídicas por la anualidad de 1966 del único bien inmueble sujeto a gravamen perteneciente al Ayuntamiento de Piedralaves (el monte número 20 del Catálogo de los de Utilidad Pública), realizándose dicha comprobación exclusivamente por el medio previsto en el número 9 del artículo 80 del Reglamento de 15 de enero de 1959, con base en certificación expedida por la Jefatura del Distrito Forestal de Avila, acreditativa de los ingresos obtenidos por los aprovechamientos normales de carácter permanente de dicho monte, excluidos los extraordinarios y de carácter eventual, en el quinquenio 1961-62 a 1965-66, y que ascendían a 10.493.861 pesetas, importando, pues, la renta media en dicho espacio de tiempo 2.098.877 pesetas, de cuya cantidad, restado el 10 por 100 que se retuvo para mejoras del monte, resultó una renta líquida de 1.888.895 pesetas, que capitalizada al 4 por 100 produjo la base comprobada de 47.222.375 pesetas, notificada a la Corporación contribuyente. Interpuesto recurso por ésta, se alegaron los siguientes motivos: a) Que con olvido total de los medios ordinarios que, con carácter preferente, enuncia el artículo 80 del Reglamento fiscal, adopta la Oficina como más adecuado el del número 9. b) Que deben emplearse los aludidos medios preferentes—capitalización de líquidos imponibles, e índice de precios medios—y tan sólo si su resultado no es representativo del verdadero valor de los bienes, acudir a otros de los medios ordinarios del propio artículo 80. c) Que la capitalización de la renta media de los aprovechamientos forestales en el quinquenio precedente no es actualmente el procedimiento más idóneo, por la baja constante de los productos forestales. d) Que la política fiscal respecto a las Corporaciones locales no debe ser la de mayor presión, dados los fines de interés público que atienden con sus rentas y patrimonio.

B) *Doctrina.*—El párrafo 2.º del artículo 80 del Reglamento del Impuesto de 15 de enero de 1959 (aplicable al que grava los bienes de las personas jurídicas conforme al artículo 294) enuncia hasta 16 medios ordinarios de comprobación, respecto a cuyo empleo el párrafo 3.º contiene normas precisas a tenor de las cuales la Oficina de gestión debe utilizar, en primer lugar, algunos de los comprendidos bajo los números 1, 2 y 3 (padrón o amillaramiento de riqueza territorial, registros fiscales o trabajos catastrales debidamente aprobados y precios medios de venta de las cartillas evaluatorias a que se refiere la Orden de 10 de junio de 1957), y después, indistintamente, los demás enumerados que sean aplicables a la naturaleza de los bienes de que se trate. Entre estos últimos, el enunciado en el número 9 del artículo 80 es aplicable a los bienes de las personas jurídicas, pues la remisión del artículo 294 a todas las disposiciones del Reglamento en cuanto no se hallen en oposición con las especiales del título III (en el que no existe precepto alguno que contraiga tal aplicación) es desde el punto de vista legal, suficiente para ello, si bien la idoneidad de tal

medio no implica su inexcusable utilización si se estima que su resultado no revela el verdadero valor tanto por defecto como por exceso (juicio que corresponde a la Administración), ni que en todo caso haya de prevalecer, pues frente al juicio de aquélla el contribuyente puede acudir al medio extraordinario de la tasación pericial al amparo del número 4 del artículo 81 del texto reglamentario (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1957). El hecho de que el resultado de cualquiera de los medios ordinarios no figure en el expediente no autoriza, de otra parte, a sentar que no fuesen tenidos en cuenta al practicar la comprobación, ni que dicha ausencia sea causa de indefensión para el sujeto pasivo de la deuda tributaria, pues la nulidad de lo actuado «sólo implicaría llenar una formalidad y demorar innecesariamente la resolución definitiva, en vía administrativa, del asunto de fondo» (Resoluciones del T. E. A. C. de 18 de febrero, 15 de abril y 1 de julio de 1966).

De otra parte, el argumento relativo a la baja actual de los productos forestales, no puede, en términos generales, afectar a la idoneidad del medio comprobatorio utilizado, pues tal curva descendente, registrada por el valor de cada aprovechamiento anual, se refleja en la renta media que es objeto de la capitalización.

5 ACTOS SUJETOS PRESCRIPCION. MULTA POR FALTA DE PRESENTACION: *Su improcedencia en liquidaciones sucesivas sobre el mismo objeto (RESOLUCIÓN DE 3 DE OCTUBRE DE 1968).*

A) Hechos.—A requerimiento de la Oficina Liquidadora (de Padrón, el Ayuntamiento de dicha ciudad presentó relación valorada de su bienes a efectos de la exacción del impuesto de personas jurídicas, e instruido el oportuno expediente, se declararon sujetas entre otras fincas un campo de deportes con 50.000 pesetas, valor declarado; quince montes, catalogados de 1.285 hectáreas con 3.212.500 pesetas de valor comprobado por precios medios, conforme al artículo 80-2 del Reglamento de 7 de noviembre de 1947; y otras seis fincas declaradas como bienes de propios y comprobadas por el mismo medio con un valor total de 19.992 pesetas, lo que determinó una total base liquidable a 3.284.592 pesetas.

Contra tal acto administrativo se promovió reclamación, fundada en que el campo de deportes es un bien de servicio público que, conforme al artículo 673 de la Ley de Régimen Local, está exento de tributación; y en cuanto a los montes por darse la circunstancia de que se hallan consorciados para la repoblación forestal y, en consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la vigente Ley de Montes y 286 de su Reglamento, las Corporaciones y demás entidades que realicen las repoblaciones están exentas a partir de su iniciación del pago de la contribución territorial y demás impuestos del Estado hasta que el monte empieza a producir, plazo que en cada caso fija la Administración según las especies repobladas.

B) Doctrina.—*El Tribunal Central empieza por negar relevancia a los argumentos de impugnación esgrimidos, por estimar que los bienes objeto del recurso son susceptibles de producir renta (art. 274 del Reglamento), y, por tanto, la vía adecuada para modificar su situación sólo puede ser, solicitar la*

correspondiente exención por haber incidido en alguno de los supuestos del epígrafe B) del artículo 276, o promover la reducción a que se refiere el número 5 del artículo 282, lo que en cualquier caso sólo produciría efectos en las liquidaciones posteriores. Pero plantea además este recurso otras dos interesantes cuestiones, cuales son: posibilidad legal de girar liquidación por siete anualidades (1957 a 1964), y procedencia de girar multa en las liquidaciones de 1958 a 1964, ambas inclusive. En cuanto a la primera cuestión, si bien el artículo 64 de la Ley General Tributaria preceptúa que el derecho de la Administración para liquidar la deuda tributaria prescribe a los cinco años, salvo en el Impuesto de Sucesiones, y aquel plazo es aplicable al impuesto que grava los bienes de las personas jurídicas ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en la Orden ministerial de 24 de junio de 1964 de que la prescripción comenzada antes de la entrada en vigor de aquella Ley se regirá por la legislación anterior a la misma, a no ser que desde el 1 de marzo de 1964 hubiese transcurrido el plazo general de cinco años. Circunstancia que no concurre en el presente caso. En cuanto a la procedencia de girar la multa en todas las liquidaciones practicadas, hay que tener en cuenta que esta sanción procede, según el número 3 del artículo 228 del Reglamento de 15 de enero de 1959 «si los documentos se hubieren presentado por los interesados, previo requerimiento de la Administración», por lo que habiendo formulado la relación de sus bienes el Ayuntamiento de Padrón a virtud de tal requerimiento, la sanción está bien impuesta en la liquidación inmediata, mas es improcedente en todas las posteriores, que se practicaron sobre la misma relación aplicando lo previsto en el artículo 288-3 del mismo Reglamento, pues tales liquidaciones, una vez sancionadas reglamentariamente el incumplimiento de la obligación que impone el artículo 280 con la multa del 50 por 100 en la liquidación primera, deben ser giradas sin ninguna penalidad.

LIBROS

DÍAZ GONZÁLEZ, Carmelo: *Iniciación a los estudios de Derecho hipotecario*, 3 vols. Madrid, 1967.

Esta obra, debida al Registrador de la Propiedad y Abogado, señor DÍAZ GONZÁLEZ, ha nacido, como el propio autor señala al principio de la misma, de las angustias que a un preparador y a un opositor a Registros les causaba la ausencia de un libro claro y concreto sobre la materia. Inicialmente, la obra es, pues, un libro de contestaciones a los temas comprendidos en el programa de Derecho hipotecario de las oposiciones a Registros de la Propiedad. El autor ha tenido en cuenta la mayor parte de la bibliografía, muy extensa ya, que sobre la disciplina existe, y ha hecho un trabajo muy meritorio de aclaración y de síntesis. Cada tema aparece convenientemente resumido en cinco o seis páginas, en las que se contienen la sustancia de él. Al final de cada tema, el autor ha abierto una página en blanco, a fin de que el opositor pueda insertar las anotaciones o modificaciones que resulten oportunas. Nos encontramos, pues, ante una obra que será de utilidad evidente para los opositores a Registros de la Propiedad, e igualmente para opositores a Notarías, Abogados del Estado, etc.

Al mismo tiempo, sin embargo, que ha sido llevada a cabo la labor de simplificación y de síntesis, a que antes se ha aludido, es también cierto que el autor ofrece en este libro una personal visión de muchos problemas que presenta nuestro Derecho hipotecario y la mecánica registral, problemas que a veces aparecen tejidos de una serie de tópicos, necesitados de reelaboración y de interpretación. Desde este punto de vista me parecen de interés las explicaciones que en la obra que comento se contienen acerca del examen y precedentes, o del artículo 34, en punto al elemento fundamental de la buena fe y a las relaciones del artículo 34 con el artículo 33 y con el 32. Para el autor, que adopta en esta materia un punto de vista que podríamos llamar clásico, toda la mecánica de la protección registral, radica en la aparición o en la existencia de un tercero. En nuestro sistema hipotecario, mientras no hay tercero, la inscripción tiene un mero valor adjetivo. No es causa, sino efecto. No da vida a la relación jurídica, sino que recibe su vida del título. De esta manera, la fundamental noción del tercero se comenta y se esclarece en las páginas subsiguientes (156 y sigs. del vol. I).

Creo que, efectivamente, estamos necesitados, especialmente en materia de Derecho hipotecario, de trabajos de condensación y de simplificación, pues la hipotecaria, por alguna extraña razón, ha tenido siempre una cierta tendencia a la hipertrofia. Desde este punto de vista creo que debemos felicitar al autor de este libro, que ha procurado, según él insistentemente reitera, dar al mismo la mayor sencillez.

Como única observación en el orden crítico, tipográfico, ya que no científico, señalaré la existencia de un cierto número de erratas, que, aunque no confunden la lectura, merecen una corrección en las ediciones posteriores.

LUIS DíEZ-PICAZO.

ESPERT SANZ, Vicente: *La frustración del fin del contrato*. Editorial Tecnos. Madrid, 1968, 263 págs.

Cualquier aportación al viejo y debatido tema de la alteración de las circunstancias sobrevenidas en la vida de los contratos es siempre interesante, porque siempre tiene actualidad.

Por otra parte, la aportación doctrinal en nuestro Derecho no es muy abundante en la materia que se aborda especialmente en este estudio: la frustración del fin del contrato. También por la cautela con que la jurisprudencia procede en esta esfera de problemas, siempre supone un recordatorio de la necesidad de arbitrar soluciones a la amplia gama de cuestiones que suscita.

Cuando la aportación, como sucede en este caso, es obra de un fino jurista que une a sus conocimientos de Derecho la experiencia de la práctica notarial vivida día a día, el interés de la aportación se multiplica.

El doctor ESPERT SANZ inicia su obra con una Introducción, en la que presenta el tema. Y esta Introducción se comienza con una afirmación que no podemos compartir, que, en todo caso, es discutible y sobre la que no parece que el autor de esta Monografía se haya detenido a pensar demasiado: la afirmación de que la docencia del Derecho, cuando se ejercita con exclusividad, no es una profesión jurídica pura.

Es curioso que la pureza jurídica se una a la idea de práctica jurídica. Que docencia se tenga todavía como inexperiencia de la realidad jurídica cuando no se ejerce la práctica forense o cautelar simultáneamente. Que se olvide que, si la "pureza" del Derecho viene conservada por algún sector de los "profesionales" del Derecho (y me duele el término "profesionales" por lo que en ciertos órdenes tiene de peyorativo), son seguramente los docentes del Derecho, consagrados a la investigación al mismo tiempo, los encargados de conservarla. Si la jurisprudencia cautelar busca en la esfera práctica arbitrar soluciones cuando las Leyes no se encargan de hacerlo, también el investigador puro intenta construir lo que el legislador no prevee para evitar los litigios o simplemente resolver los problemas en la colisión de intereses.

La obra tiene un objeto fundamental, el del estudio del siguiente punto—dice el autor—: si un contrato es ineficaz o, mejor dicho, si un contrato puede perder su eficacia, aunque haya nacido totalmente válido, si, como consecuencia de acontecimientos posteriores a su formación, la prestación que una de las partes esperaba, ha perdido utilidad para ella. Una vez aceptada la posibilidad de hablar, de que algo de eficacia se ha perdido, ¿cuál será el tipo de la ineficacia y cuáles sus efectos?

En la doctrina, el fin del contrato no es concepto que aparezca claramente delimitado; por el contrario, aparece unido a las ideas de causa, motivo, razón económica, el tipo, la esencia del contrato. Así lo encontramos en los textos de CAPITANT, MICCIO, BARASSI; en todo caso, la doctrina pone de relieve el interés del tema cuando lo aborda siquiera sea incidentalmente y sin acabar de delimitarlo. El fin del contrato importa en tanto su frustración puede ser causa de ineficacia del mismo. El escollo máximo de la resolución del problema está en un principio fundamental, inspirador del régimen de la contratación: el de la seguridad de la contratación. Del viejo axioma *pacta sunt servanda*, concebido en toda la rigurosidad de sus términos. Sólo con el tiempo, al manifestarse la injusticia de la solución en tantos casos, se planteará la cuestión de arbitrar soluciones al problema de la variación sobrevenida de las circunstancias

y su incidencia en la eficacia del contrato. Recuerda el autor las teorías, que luego analizará, de la cláusula *rebus sic stantibus*, la doctrina de la presuposición, la de la base del negocio, etc. También presenta una serie de supuestos jurisprudenciales, en los que la idea de la frustración del contrato aparece más o menos delimitada y aceptada por nuestro Tribunal Supremo. En todo ello, el señor ESPERT fundamenta la exigencia del estudio del tema la frustración del fin del contrato, que, por otra parte, "ni ha sido planteado con rigor conceptual ni consagrado por una decisión jurisprudencial que lo encuadre o delimite de modo sustantivo".

Estudia a continuación el problema dentro del Derecho inglés. Gran admirador y buen conocedor del Derecho anglosajón, analiza los clásicos supuestos en tema de frustración de fin del contrato llamados de "la Coronación". Como sucede en el Derecho continental, en el inglés también fue clásica la doctrina de la inflexibilidad del cumplimiento del contrato. Las primeras limitaciones al mismo aparecen en el Derecho marítimo. En la esfera civil se abre la brecha con el *leading case*, TAYLOR v. CALDWELL, el cual, junto a los casos de la Coronación, es analizado por el doctor ESPERT en su obra. Estudia a continuación la *consideration*. Un contrato no se concibe sin una razón de ser, sin un fundamento. En Derecho continental, este papel lo cumple la causa y los motivos; en el Derecho inglés, la *consideration*. La doctrina de la *frustration*, que es en Derecho inglés una doctrina mucho más amplia que la simple frustración del fin del contrato de nuestro Derecho. Entiende el autor que el estudio de la *frustration* puede servir, porque delimitará el concepto, base del estudio del tema, de la frustración del fin del contrato. Para los juriconsultos ingleses, en la doctrina de la frustración se estudian aquellos supuestos en los que un contrato pierde su eficacia como consecuencia de ciertos acontecimientos o circunstancias que con posterioridad a su perfección hacen que su cumplimiento devenga ilegal, imposible o comercial o económicamente estéril. Los casos de la Coronación, en los que el fin que un contratante deseaba obtener y que era conocido por el otro desaparece, como consecuencia de la desaparición o no aparición de un estado de circunstancias con las que se contaba al celebrar el contrato, son típicos ejemplos de frustración del fin del contrato; se producen en ellos un verdadero fallo en la *consideration*, más aún que una imposibilidad de conseguir el fin. En Derecho marítimo es típica la *frustration of the adventure*, algunos supuestos de decisiones habidas en este orden son también recogidas y analizadas en este capítulo.

A continuación estudia, sistematizándolas, las bases jurídicas de la doctrina inglesa, teoría de la *implied condition* o condición implícita, teoría de la solución justa y razonable, de la desaparición de la base del contrato, del cambio en las obligaciones. Del análisis de todas ellas, así como del de los supuestos jurisprudenciales, concluye el señor ESPERT la similitud de todas ellas.

Se detiene en el análisis de los efectos de la *frustration*, efecto general, el de la resolución automática del contrato por el solo hecho de ocurrir el acontecimiento frustrante; de este efecto general derivan dos secundarios o particulares: el de que los derechos, nacidos antes de la *frustration*, permanecen exigibles, y, por el contrario, los no nacidos antes de la frustración, son inexigibles.

Finalmente, hace un estudio de la *Law Reform (Frustrated Contracts)*, que en el Derecho inglés resuelve estos problemas, en cierta medida, en el sentido en el que la jurisprudencia se había venido pronunciando. Concluye de este análisis del Derecho inglés, tan interesante, porque entre nosotros es poco conocido, cómo el tema de la frustración del fin

del contrato no es sino uno de los aspectos de una temática más amplia, que hace referencia a una ineficacia sobrevenida por acontecimientos posteriores a su perfección y que puede ser debida a causas diversas a aquellas a las que en el texto se hace referencia.

Dedica un capítulo a la doctrina germánica, pero centrada especialmente en el análisis de la obra de LARENZ: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, sobradamente conocida, y a las opiniones de DERTMANN, LACHER y LEHMANN, que el mismo LARENZ recoge en su texto.

A continuación analizará diversas problemáticas que de alguna manera inciden en el tema objeto de su estudio. Comienza en el capítulo IV, abordando el problema de la causa, porque entiende que es obligado adoptar una postura personal ante el mismo cuando se quiere hacer un estudio de la frustración del contrato. Modestamente, el doctor ESPERT advierte que no va a realizar una investigación sobre la causa que pretenda aportar nada original al viejo y debatido tema. Lo único que pretende, después de analizar el problema de la causa en Derecho romano, en los precedentes del Código civil francés y en el mismo Código civil francés, en nuestro Código civil, influenciado a su vez por el francés, en el Código civil alemán, en las diversas teorías, algunas de las cuales recoge someramente, es adoptar aquella que le merece en su consideración personal un mayor valor jurídico. Por otra parte, la teoría de la causa, y aquí radica el interés del análisis, la lleva a cabo siempre, vinculándola con el problema objeto de su estudio. Esto le hace detenerse especialmente en la tesis del profesor Díez Picazo, quien, en tema de causa, partiendo de que el Ordenamiento jurídico tutela el negocio precisamente, porque su finalidad, su función es seria y la merece, se cuestiona si sería conveniente situar, junto al concepto de causa, un concepto nuevo, el de función del negocio, como algo distinto a la causa.

De todo esto cabe señalar, y lo hace ESPERT SANZ, un entronque directo de la problemática de la frustración del fin del contrato con el tema de la causa. En la construcción del profesor Díez Picazo, causa de los negocios iniciales es el fin práctico del contrato común a ambas partes. Asimismo, estudia también la tesis de GIGLIANI sobre la causa que abunda en la posición mantenida por el doctor Díez Picazo. También CAPITANT, clásico en tema de causa, se puede afirmar que pertenece a la teoría finalista de la causa, considerando que ésta es el fin que las partes pretenden conseguir por medio del contrato. El autor del libro que reseñamos concluye cómo la teoría y problemática de la frustración del contrato no está totalmente desconectada de la teoría de la causa y sus problemas, y que, incluso, en algunos puntos, parecen coincidir e identificarse.

Todavía dentro del capítulo hace un estudio de las *condictiones*, vinculadas al tema, de la doctrina romana, de los vestigios en los modernos Códigos civiles, en atención a que la idea del resultado, del fin práctico del negocio, late en ellas, especialmente en la denominada *condictio ob causam datorum*.

Analiza a continuación la posibilidad de que la buena fe, bien considerada como principio jurídico, bien en función de equidad, sea instrumento de resolución del conflicto de intereses planteado por la inutilidad sobrevenida de la prestación. Explica primero, a través del estudio de fuentes y doctrina, qué se entiende por buena fe. Delimitado el concepto, para ESPERT ésta interesa en materia de frustración del fin del contrato; interesa, entendida como una recepción de la moral en la conducta de los contratantes y muy especialmente en la fase de la ejecución del contrato. La buena fe exige que el contrato, cuya

finalidad se frustró, no determine para aquél, para quien pierde su finalidad, una situación que venga a agravar sus pérdidas. El equilibrio de la situación contractual se ha roto; la interpretación, en términos de la buena fe, impondría el tener en cuenta el nuevo conflicto de intereses.

Estudia la problemática del error en la medida en que puede incidir en el tema: el error, tanto en la sustancia como en el motivo determinante, como algunas veces en la persona, puede ser obstáculo para la consecución del fin que uno o ambos contratantes se habían propuesto conseguir mediante el contrato. Como consecuencia, el que puede ser necesario decretar la pérdida de eficacia del contrato, pérdida de eficacia, porque nació válido y eficaz.

No obstante, señala certeramente ESPERT SANZ cómo cabe apuntar una diferencia esencial entre el supuesto de error y el de la frustración del fin del contrato: en el primero, la causa de ineficacia surge contemporáneamente a la formación de la voluntad contractual, en el de la frustración del fin, la ineficacia deriva de un cambio de circunstancias posterior a la misma.

También se detiene en tema de onerosidad excesiva, al establecer sus concomitancias con el de la frustración del contrato.

Pretende extraer de la doctrina de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación principios y doctrinas capaces de ser, a la vez, aplicados a la problemática de la frustración del fin del contrato. La simple enunciación del concepto de onerosidad excesiva pone de relieve sus concomitancias con el de la frustración del fin. Recoge la teoría de KAUFMANN de la frustración, premisa fundamental en la construcción del autor de la obra que comentamos. Como consecuencia, estudia la teoría de la onerosidad excesiva, en la Ley—Código civil italiano de 1942—, en la doctrina y en la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. De todo ello sacará la conclusión de la estrecha conexión de los temas de excesiva onerosidad y frustración del fin de los contratos y de la dificultad de establecer sus límites.

La labor realizada en los capítulos que hemos comentado ha servido al autor para encontrar en ella las bases y los argumentos que serán fundamento de su intento de construcción personal del tema de frustración del contrato. A ella dedica los últimos capítulos de la obra.

Parte de los que considera presupuestos esenciales para que pueda aplicarse la doctrina de la frustración del fin del contrato: 1) que el contrato sea bilateral; 2) que tenga un fin; 3) que se frustre el fin. Los analiza; al llevar a cabo sus análisis añade nuevos presupuestos: el de la onerosidad del contrato, su conmutatividad, el de que el contrato sea de tracto sucesivo. Se detiene en el concepto de frustración para intentar su delimitación de conceptos afines, frustración e imposibilidad de llevar a cabo el contrato, frustración e inexigibilidad. Después delimita el concepto de frustración, resaltando cómo la idea de frustración está estrechamente ligada a la de interés. Analiza los distintos supuestos de frustración, que sistematiza en: 1) frustración, por imposibilidad de alcanzar el fin del contrato; 2) frustración, porque el fin se haya obtenido por medios o caminos diferentes al contrato que se había celebrado para conseguir dicho fin. En todo momento se apoya el autor en resoluciones jurisprudenciales, con lo que la investigación se valora con la aportación y el examen del supuesto real. Los datos doctrinales y jurisprudenciales son siempre utilizados con la agudeza de un profundo conocimiento de la realidad y del derecho.

Examina la frustración del contrato en los contratos más típicos, porque si bien en España no se ha llevado a cabo una exposición coherente y una construcción orgánica de la teoría de la frustración del fin

del contrato, en cambio se ha visto obligada la jurisprudencia de los Tribunales a examinar casos concretos de frustración, de contratos preliminar, de opción, de compraventa, de arrendamiento, de préstamo, de depósito y de mandato, de fianza, de sociedad, de contratos aleatorios, de donación.

Finalmente, se plantea el problema de la clase de ineficacia que puede afectar al contrato cuando tiene lugar un supuesto de frustración de su fin. Siguiendo el método con que estudió el problema, se plantea el estudio, analizando los distintos supuestos de ineficacia, comparando estos supuestos con las soluciones que los Tribunales hayan dado a los casos conocidos de frustración y de la comparación, decidiendo la clase de ineficacia que produce la frustración.

Rechaza que la frustración del fin del contrato sea un caso de inexistencia o de nulidad del mismo. Ni cabe aplicarle la idea de anulabilidad. Descarta la falta de capacidad, la ilicitud o falsedad de la causa como determinantes de frustración. En su lugar rechazó también el error como concomitante con la teoría de la frustración.

Entiende que, en cambio, las causas de ineficacia posterior del contrato tienen, a juicio del señor ESPERT, más conexión con el tema que nos ocupa. Así se detiene a analizar las de rescisión del contrato, de resolución. Y, finalmente, analiza los efectos de frustración del contrato en las resoluciones de los Tribunales, tanto de Derecho inglés y alemán como español, así como la doctrina que comenta estas resoluciones. De todo ello llega a una serie de interesantes conclusiones: en cuanto a los efectos que la frustración del fin del contrato produce: la frustración del fin del contrato es susceptible de provocar una ineficacia sobrevenida del mismo, ineficacia que sitúa en la zona de la resolución, total o parcial, y que actúa de la siguiente manera: no provoca *ipso iure* la ineficacia del mismo, total o parcialmente, sino que faculta a las partes para pedirla. La sentencia que resuelva el contrato tendrá, como consecuencia, carácter constitutivo y no meramente declarativo. Puede jugar por vía de acción o de excepción o defensa. Están legitimados para ello los que pueden ser perjudicados por esa frustración. El alcance de la resolución provoca, en definitiva, una "congelación" del contrato, como hemos podido ver a través del análisis de los distintos supuestos jurisprudenciales de Derecho comparado. El plazo para alegarse la frustración le lleva a concluir que la doctrina aplicable, ante el silencio de la Ley, es la del *Verwirkung*, que considera inadmisibles la pretensión del ejercicio tardíamente de un derecho o facultad. Por último, la doctrina de la frustración, por ser legalmente atípica, por no estar reconocida por el Derecho positivo, pero sí conceptualmente independiente, constituyendo una de las manifestaciones de la teoría de la base del negocio en el sentido de LARENZ, no tiene carácter de remedio subsidiario, sino que puede ser alegada como con carácter principal y no a falta de otros remedios típicos.

Recopilando las ideas que exprime a lo largo del trabajo, en su intento de construcción y sistematización de la teoría del fin del contrato, el doctor ESPERT esboza la siguiente formulación que queda como motivo de reflexión en un tema de innegables consecuencias prácticas y teóricas: la frustración del fin del contrato se puede encuadrar entre las anomalías atípicas de que habla PURG BRUTAU, en el sentido de que es una causa de ineficacia que no viene expresamente recogida por el Código civil. Tiene lugar principal, aunque no exclusivamente, en los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución diferida, que a la vez tengan un fin peculiar. Fin peculiar que es el propósito práctico de la prestación que ha de recibir una de las partes contratantes, cuando dicho propósito es conocido y aceptado,

o al menos no rechazado, por la otra parte. Y se aplica esta teoría cuando se frustra dicho fin, lo que puede ocurrir, o porque haya devenido, imposible de alcanzarse, o porque resulte inútil su obtención para la parte que deseaba alcanzarlo, o porque se haya obtenido por otros medios. Cabe que, devenida la frustración, el perjudicado ejercite o no su acción, oponiéndose o exceptuando. Pero no puede alegarse frustración respecto al contrato que haya sido totalmente consumado.

La sentencia, repetimos, es constitutiva.

Postula el señor ESPERT, que, en una posible reforma del Código civil, se incorpore una normativa, que se atreve a sugerir, que responde a las corrientes modernas en torno a la teoría.

El estudio, laboriosamente trabajado, escrito con peculiar desenvoltura, que torna leve su acopio de doctrinas y digresiones sobre las mismas, ha merecido recientemente el Premio a la Investigación del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, "Raimundo Lulio".

TERESA PUENTE MUÑOZ,
Profesor Adjunto de Derecho Civil.

Libro homenaje a la Memoria de Goldschmidt, Roberto; Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho. Caracas, 1967, 793 págs.

Tras los índices de materias y autores con que da comienzo la obra, encontramos una "Dedicatoria" del Director del Instituto de Derecho Privado, José MELICH-ORSINI, y una reseña biográfica del homenajeado, con una completa exposición de todas sus obras y colaboraciones, agrupadas por materias (Derecho civil y comparado, Derecho marítimo, del trabajo, agrario, Derecho mercantil, procesal y penal, Teoría general del Derecho, jurisprudencia, cuestiones universitarias, etc.).

* * *

Los dos primeros trabajos aparecen dedicados a la Filosofía del Derecho. Nos encontramos así con el titulado *Obertura a la teoría trialista del Derecho y del mundo jurídico* (págs. 37-73), del que es autor Werner GOLDSCHMIDT, tan sobradamente conocido en España, actual Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad argentina de Tucumán. Con interesantes puntualizaciones de lo que el autor entiende por "Filosofía jurídica mayor", "Filosofía jurídica menor" y "Ciencia del Derecho", nos introduce en su caracterización del fenómeno jurídico como "orden de reparto", y de ahí a las nociones de "ordenamiento", "norma" y "justicia", examinado todo ello desde una perspectiva axiológica. Ofrece después su "perspectiva tridimensional del mundo jurídico" (sociológica, dikelógica y normológica), examinando, frente a las que el autor califica de unilaterales en la historia del pensamiento jurídico, las que atienden a la vez a los tres aspectos, único medio de no caer en la deformación de la realidad.

Ulrich KLUCK, Profesor de la Universidad de Heidelberg, nos ofrece, en traducción de R. Azpuma Ayala, su trabajo *Tesis para un análisis de la idea del hombre dentro del Derecho* (págs. 75-97). Siguiendo en buena

parte las pautas de HARTMANN, RADBRUCH y JASPERS, ofrece una interesante cosmovisión del papel del hombre como sujeto y receptor del Derecho en la Historia, con especial atención en lo referente al Derecho penal.

* * *

Al Derecho comparado se consagran cinco artículos. El primero de ellos se debe al Presidente de la Sociedad de Legislación Comparada de París, Marc ANCEL: *Algunas reflexiones sobre las orientaciones modernas del Derecho comparado* (págs. 99-111), en traducción de R. Pérez Perdomo. Trátase de un breve bosquejo histórico de los estudios de este carácter y de la creciente utilización del *método comparativo*, cuyo empleo tan caro le es al autor. Existen hoy nuevas e importantes perspectivas, por la aproximación de las distintas familias jurídicas, como demuestra la cristalización del Derecho de los nuevos Estados.

El mundialmente conocido Profesor de París, René DAVID, nos ofrece (en traducción de R. Pérez Perdomo) *La unificación internacional del Derecho privado* (págs. 113-130). Parece haberse vuelto hoy a una perspectiva optimista; la necesidad es evidente en materia comercial, y a ello obedece la creación del UNCITRAL. No es que ofrezca actualmente un mejor panorama la unificación de normas de conflicto o de las normas materiales o de fondo. Las unificaciones a ultranza, tendentes a recoger todo aspecto interno y extranacional, resultan excesivas. Mejor parece una combinación de ambos procedimientos suficientemente equilibrada, y más especialmente la elaboración de reglas específicas para las relaciones e intercambios internacionales, sin una alteración de los respectivos Derechos internos, en una duplicidad semejante a la del *ius civile* e *ius gentium*. Por otra parte, parece mejor el método de las "Leyes-modelo" que el de las "Leyes-uniformes" para proceder a una unificación por vía legislativa.

El Profesor de Derecho Público de la Universidad de Columbia John N. HAZARD ofrece, en traducción de D. H. Marcuno, *La familia de sistemas jurídicos de inspiración marxista en África* (págs. 131-147). Es una exposición de la ideología y de la proyección en lo jurídico, económico y social de la obra de los tres líderes de África Occidental: Keita, Sekou-Touré y Senghor, de Mali, Guinea y Senegal.

El Profesor de Bruselas y Gante, Jean LIMPENS, colabora con *Incidenias reciprocas de la voluntad real y de la voluntad declarada en la formación de los contratos en Derecho comparado* (trad. de R. Pérez Perdomo, págs. 147-160). Un motivo episódico—recuerda el autor—, la aparición de un error en el texto de un telegrama fue en Alemania el origen de esta tan aguda controversia doctrinal (de la que con tanta profundidad se han ocupado SALEILLES, MEIJERS, DE PAGE, DEMOGUE, PLANIOL, RIPERT, ASSER...) acerca de la alternativa, aún hoy planteada, entre "voluntad real" (propia del sistema francés) y "voluntad declarada" (propia del sistema alemán); si bien puede llegarse a una feliz combinación de ambas a la manera del Proyecto de Código civil holandés.

El Director del Instituto de Derecho Internacional Privado y Extranjero, W. MÜLLER-FREIENFELS, de la Universidad alemana de Freiburg, presenta sus *Observaciones al Derecho comparado (con especial consideración al Derecho de familia)*, en traducción de T. Bogdanovsky (páginas 161-186). Trata el autor de sentar las verdaderas bases del Derecho comparado moderno como ciencia y como disciplina jurídica, que tiene sus antecedentes en MONTESQUIEU y BACON, THIBAUT y FEUERBACH. Debe estar situado entre Sociología jurídica y Filosofía del Derecho y es la

clave de un verdadero conocimiento del propio Derecho nacional, a la manera de "alfa y omega de todo conocimiento jurídico", en frase de RABEL. En su última parte, el trabajo se ilustra con algunos ejemplos de Derecho de familia (régimen de la comunidad conyugal en distintas legislaciones).

* * *

Al Derecho civil aparecen dedicados cuatro trabajos. El primero es el del Profesor de Derecho civil y romano de la Universidad Central venezolana, Angel CRISTÓBAL-MONTES, *Orígenes históricos de la llamada propiedad horizontal* (págs. 189-222). Tras resaltar la importancia actual de la institución, pasa revista a sus antecedentes en Oriente y Grecia, y a los escasos atisbos que el Derecho romano pudo albergar, fiel al principio *superficies solo cedit*; los textos y los pareceres de los romanistas son, sin embargo, aquí analizados a fondo. Otra es la fisonomía del Derecho germánico, fiel no al principio de accesión, sino al del trabajo. Ya aparecen importantes manifestaciones en el Derecho intermedio o *Ius Commune*. Son analizadas las de las costumbres francesas, las de los usos y estatutos de Bélgica y de Italia, de las legislaciones cantonales suizas y las de Alemania hasta el BGB. Respecto a España, se citan los antecedentes de la Partida III y del Proyecto de 1851, terminándose con ligeras alusiones sobre la América hispana.

El Profesor de Derecho mercantil de Caracas FRANCISCO HUNG-VAILLANT nos habla (págs. 223-253) de "la cesión del Derecho de autor en la Ley venezolana". En base a la vigente Ley venezolana y con amplias referencias a los ordenamientos comparados, son estudiados los siguientes puntos: duración del derecho de autor; derecho de explotar la obra; posibilidad de cesión de este derecho; concepto de cesión de la explotación; clases; titularidad, capacidad, contenido y límites, obligaciones de las partes; derecho de revocación de la cesión; cesión ilimitada; explotación por declaración pública; entidades representativas de los autores en Venezuela y en Derecho comparado.

Gert KUMMEROW, Profesor de Derecho civil de Caracas, es autor de *La obligación de indemnizar, normada en la Ley de Tránsito Terrestre Venezolana* (págs. 255-334). La estructura del trabajo es semejante al anterior. También en base a la vigente Ley de 1962 se examina el interesante problema de la responsabilidad civil automovilística. Tras una referencia a los distintos preceptos que han regido en el país, llegamos a la parte para nosotros más importante, sobre el concepto de "responsabilidad objetiva", frente a la "subjetiva", como base de la obligación de resarcimiento, estudiada en comparación con el Derecho francés, italiano, alemán, suizo y español—Ley de 1962—. Son examinados a fondo complementariamente los conceptos de "conducir", "propietario", "vehículo" y "circulación"; las causas de exoneración de responsabilidad; la noción responsabilidad solidaria del propietario y la responsabilidad de terceros. Otro punto aparece dedicado a la consideración de los daños en las personas y en las cosas transportadas, y a la noción de daños resarcibles, terminando con el estudio de la legitimación activa y pasiva de la acción de resarcimiento.

El ya mencionado Profesor de Derecho civil, José MELICH ORSINI, habla de *La mora del deudor en el Derecho venezolano* (págs. 335-396). Comienza hablando de los presupuestos históricos de la noción de mora y de las alusiones a la misma en el Código civil venezolano. Encuadrada la mora dentro de un marco general de la teoría del incumplimiento, frente al incumplimiento absoluto o definitivo, háblase de las nociones técnicas de los distintos ordenamientos sobre retardo culposos o mora. Sigue tras

ello la consideración del nacimiento de la famosa regla *dies interpellat pro homine*; de la necesidad o no de interpelación aparecen dos sistemas: el francés y el germánico-italiano, al cual sigue el Derecho venezolano. Dentro de éste, y de su Código civil de 1942, son estudiados los términos tácitos y extracontractuales, los no establecidos en beneficio exclusivo del deudor, los no determinados por el calendario; y la distinción francesa entre *dettes portables* y *dettes querables*; y el problema de la mora del heredero. Después aparecen examinadas la mora del ladrón y del responsable por hecho ilícito civil; los casos de producción de intereses sin mora; llegando así a la parte culminante: presupuestos necesarios para que la *interpellatio* produzca los efectos de la constitución en mora. Instante en que ésta se produce, efectos y conclusiones.

* * *

Cinco son los trabajos sobre Derecho mercantil. El primero, *La legislación cambiaria en la República Argentina* (págs. 399-428), de Héctor CÁMARA, Profesor de Derecho mercantil de la Universidad argentina de Córdoba. Muestra el autor cómo la legislación de su país supo adoptar los criterios de la Ordenanza Cambiaria alemana, luego seguidos por la Conferencia de Ginebra de 1930. Así se manifestó en el Código de Comercio de 1862, aunque después se viera desgraciadamente oscurecido tras la reforma de 1889, lo que hizo se alejara algo la posibilidad de adhesión a la Ley Uniforme de Ginebra. Pero luego la doctrina mercantilista argentina se ha pronunciado repetidamente por tal adhesión, introduciendo las modificaciones necesarias y haciendo uso, llegado el caso, de la posibilidad de reservas al convenio, de un modo semejante al de Italia. Finalmente, se examinan las líneas generales del último Proyecto de 1963.

Angelo GRISOLI, Profesor de Derecho comparado de la Universidad de Milán, es el autor de *Sociedades unipersonales y empresa individual de responsabilidad limitada* (págs. 429-465), en traducción de Pisani y Pulido Rodríguez. Son examinados los conceptos unipersonalidad, patrimonio separado y empresa individual de responsabilidad limitada, junto con otros afines. Respecto a las sociedades de capitales de un solo socio, recogense las principales críticas: su adopción no elimina, en muchos casos, la necesidad de recurrir a la constitución de una sociedad de conveniencia; las normas sobre empresa individual de responsabilidad limitada no podrían resolver el problema de la acumulación en una sola mano de todas las acciones.

En una segunda parte, se estudian las cuestiones de las sociedades unipersonales en los Derechos suizo, estadounidense e italiano. En primer lugar, aprécianse las diferencias entre la *Echte Einmannsgesellschaft* y la *Virtschafitliche Einmannsgesellschaft*; y entre sociedades unipersonales y de conveniencia en el Derecho norteamericano. En éste, la *One Man Company* identifica sociedad unipersonal con la segunda de las modalidades suizas arriba apuntadas. Se hace después la crítica de unas y otras a la luz del Derecho italiano, examinándose el *Identitatprinzip* como criterio de eliminación de toda distinción formal entre la esfera jurídico-económica del único socio y de la sociedad. Por último, se examinan la disciplina de las sociedades de conveniencia y ciertos criterios recientes de la jurisprudencia francesa.

La consignación en depósito de la deuda cambiaria (Análisis del art 450 del C. de Com. venezolano) es el título de la colaboración del Profesor de Derecho mercantil de Caracas, José MUCI-ABRAHAM (págs. 467-571), estudio dividido en 13 capítulos. Se comienza con un estudio de la legislación venezolana en comparación con la Ley Uniforme de 1930 y el

Proyecto de 1963 sobre Títulos-Valores y Operaciones Bancarias. Acto seguido se pasa a considerar la consignación en el Derecho comparado y en los proyectos iberoamericanos, de unificación cambiaria. Tras ello, se contempla el fundamento de la consignación en depósito, en relación con la oferta de pago. Respecto a la presentación al pago del título, son estudiados: sujeto, función y necesidad y los efectos de su falta, esto es, pérdida del derecho de regreso y caducidad de la acción rescisoria. Se parangona la institución de la presentación al pago con la aceptación y se hace mención a las circunstancias de lugar y tiempo.

También es analizada la falta de presentación al pago como supuesto de la consignación en depósito: procederá tal consignación en las letras aceptadas y con vencimiento a un término fijo, a un cierto plazo desde la fecha y a varios días vista. También se estudia si procederá la consignación en otros casos por analogía.

En cuanto a los sujetos facultados para realizar la consignación, aludese al obligado principal y a los obligados en vía de regreso.

Respecto al objeto o materia de la consignación, se analizan los conceptos legales, "suma valor de la letra", "principal", "intereses compensatorios", "intereses moratorios", "derecho de comisión" y "gastos de protesto", y se examina la posibilidad de consignación parcial, por paralelismo a la aceptación parcial.

Otro punto es el referente a la autoridad competente ante quién realizar la consignación. El procedimiento, que no es judicial en sentido propio, se inicia con un "escrito consignativo", identificándose al consignador, y describiéndose el título, al que se acompaña la suma valor de la letra. Realizado ante el Juez-Consignatario, se libra un comprobante de su verificación, con efecto liberatorio. Estos efectos liberatorios, equivalentes a los del pago, son ampliamente analizados; son oponibles por vía de excepción.

El estudio termina con un largo comentario a la jurisprudencia de la Casación venezolana.

Roberto RAMÍREZ, Profesor de Derecho mercantil de Tegucigalpa y Director del Instituto Iberoamericano de Derecho comparado, es el autor de *Roberto Goldschmidt y el Derecho mercantil contemporáneo* (páginas 573-588). Examina la labor de conjunto del homenajeado; su abandono de la concepción objetiva del acto de comercio como fundamento del Derecho mercantil; su concepto de empresa y empresario, tan fundamentales en las corrientes modernas; su tendencia a la unificación del Derecho de obligaciones, aunque sin abandonar la sustantividad de un Código de Comercio, que trataría del comerciante, las sociedades, el procedimiento y la jurisdicción, y, por último, su aportación a los proyectos jurídicos del Nuevo Continente.

Mario ROTONDI, Director del Instituto de Derecho comparado de la Empresa de la Universidad Comercial de Milán, nos ofrece, en traducción de Pisani y Pulido Méndez, *La analogía de la Ley comercial en relación con las fuentes subsidiarias del Derecho mercantil* (págs. 589-609). Háblase del problema de las fuentes en el caso de existencia autónoma de un Código de Comercio, como antes ocurría en Italia y hoy en España y Venezuela. Como es general establecer el recurso a los usos del comercio y al Derecho (o al Código) civil, plantéase la cuestión de si ello indicará una prelación con respecto a la interpretación analógica de las propias normas mercantiles. Para algunos es así efectivamente (NAVARRINI, SCIALOJA, DE SEMO). Para otros, a la inversa (VIVANTE, ROCCO). Otros (BOLAFFIO, DEgni) sitúan el recurso a la analogía antes que a los usos, mas no antes del Derecho civil. Tras criticar todas estas construcciones, afirma el autor la necesidad de resolver la cuestión, junto con la determinación exacta del contenido de la dicotomía, "Derecho mercantil-Dere-

cho civil". Realmente, serán Leyes mercantiles todas las que disciplinen actividades comerciales, aunque figuren en el propio Código civil. Por ello deben prevalecer las normas generales sobre obligaciones y contratos por encima de cualquier uso. Sostiene el autor que, como realmente es norma mercantil toda la que es contemplada en el Código, incluso las no escritas, en realidad toda aplicación del Derecho civil sólo puede tener lugar por vía de analogía.

* * *

Dos son los trabajos sobre Derecho procesal civil. El primero, *Existencia y Delimitación del Derecho probatorio*, del Profesor de dicha disciplina de las Universidades Nacional Argentina del Nordeste, y La Plata, Santiago SENTÍS MELENDO (págs. 613-650). Comienza el autor hablando de otros trabajos suyos en que se ocupó del tema, el de la existencia de un *Derecho justicial material*, del que habían hablado James y Roberto GOLDSCHMIDT. Tres grandes cuestiones son las fronterizas entre Derecho civil o material y Derecho procesal o formal: la acción, la cosa juzgada y la prueba. Las dos primeras son de naturaleza claramente procesal: la primera, por tratarse de un poder de recurrir a la autoridad jurisdiccional; la cosa juzgada, por representar la autoridad y fuerza de la sentencia, la culminación del proceso. Pero en la prueba existe el problema, pudiendo incluso hablarse de un *tertium genus*, de un Derecho justicial material, cuyos orígenes y analogías se encontrarían en el Derecho romano, en cuanto "Derecho de acciones". También se asemejaría al Derecho judicial, sobre organización de los Tribunales.

Realmente, la prueba es una muestra más del problema de la clasificación de las normas legales, que enfrenta aquí a civilistas y procesalistas; y que tiene su trascendencia en los Estados federales, por venir encomendada a veces a órganos de distinto rango la elaboración de normas materiales y procesales. El problema estriba en que el Derecho probatorio tiene aspectos formales y aspectos sustanciales, pues determina cómo el juez debe sentenciar. De ahí que el autor distinga entre "lo procedimental" y "lo procesal" (normas relativas a la tramitación y relativas a la decisión); pautas que quizá pudieran relacionarse con las clásicas de la "prueba legal" y la "prueba libre", o de los requisitos *ad solemnitatem* y *ad probationem*. En definitiva, recoge el autor la solución de CARNELUTTI: hay "medios de prueba", actividad del juez que busca la verdad del hecho a probar, y "fuentes de prueba", hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad. Los últimos podrían contenerse en el Código civil, y los primeros en el de procedimiento.

El también Profesor de la disciplina de Caracas, Aristides RENGEL ROMBERG, es autor de *La función jurisdiccional del Estado* (págs. 651-674). En el trabajo se reconsidera a fondo la noción de jurisdicción: desde su nacimiento y orígenes (Derecho romano) hasta su actual posición dentro del orden jurídico, intermedia entre el Derecho constitucional y el Derecho procesal. Respecto a su concepto, afirmase que la jurisdicción es una función estatal creadora de condicionamientos lógico-imputativos concretos en aras de la seguridad jurídica ("sistema de legalidad") y simplemente declarativa de derechos; actúa cuando surgen conflictos de intereses entre particulares, y asegura con la fuerza, si es necesario, la ejecución de lo dictaminado. Existe también el problema de la jurisdicción voluntaria, que parece mirar más a la sustancia que a la forma y tiene efectos constitutivos; es una "administración pública del Derecho privado". Pero no pueden extremarse sus diferencias con la contenciosa, como acertadamente señaló ya CARNELUTTI.

* * *

Tres trabajos se consagran al Derecho internacional privado. El profesor Emilio BETTI, de la Universidad y del Instituto de Teoría de la interpretación de Roma, es el autor de *Interpretación de los conceptos calificadores en Derecho internacional privado* (trad. de Benito SANSO, páginas 677-690). Ocasión del trabajo es el comentario a la obra de MAGALHÃES COLLAÇO: *Da Qualificação em Direito internacional privado*. Afirmase que se ha de buscar, en primer término, la interpretación teleológica de las normas independientes de colisión. Pero ello es difícil, por tratarse de normas internas que persiguen un objetivo supranacional. De ahí las posiciones de RABEL y KAHN sobre autonomía de los conceptos calificativos utilizados en la norma conflictual.

Los problemas estudiados, que pueden presentarse al poner en contacto dos ordenamientos diferentes, la *lex fori* y la *lex causae* (o sea, la reclamada por el juego de la norma conflictual), son los siguientes: transposición o traducción de un instituto extranjero en otro correspondiente de la *lex fori*; *conversión sustitutiva*, esto es, dirigida a encontrar un equivalente funcional del acto o de la relación calificante que constituye presupuesto de la eficacia jurídica; adecuación o adaptación de la máxima extraída de la norma extranjera o *lex causae* al ordenamiento del foro.

De todos modos, han de evitarse siempre los peligros de un tratamiento atomizante de la relación jurídica.

El trabajo está ampliamente ilustrado, con anotaciones bibliográficas, en especial en el comentario de los diversos supuestos prácticos que contiene.

Fritz von SCHWIND, Director del Instituto de Derecho comparado de la Universidad de Viena, y muy recientemente Presidente de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, nos ofrece *Disposiciones generales del Proyecto venezolano y recientes tendencias del Derecho internacional privado* (trad. de Hans LEU, págs. 691-702). Pásase primero una breve revista a las codificaciones que se han sucedido sobre Derecho internacional privado, hasta la reciente checoslovaca de 4 de diciembre de 1963, y nuevo Código civil portugués. Es de resaltar en el Proyecto venezolano, obra en buena parte de Roberto GOLDSCHMIDT, su amplia estructuración, especialmente en materia de fuentes. Se hace hincapié en que el Derecho internacional privado es parte del Derecho interno, y se establece el recurso a la analogía y en su defecto a los principios generales del Derecho internacional privado. Especial consideración merece (art. 6.º) el orden público y la igualdad de tratamiento entre Derecho extranjero y Derecho nacional, aunque salvando su posible adaptación a los objetivos del Derecho internacional privado venezolano. Admítese alguna forma de reenvío, especialmente de la legislación extranjera a la venezolana, y se establece el respeto de todo derecho legítimamente adquirido.

En general, la primacía de la Ley domiciliar se halla ampliamente acogida.

El autor compara cada uno de los extremos del Proyecto con las más modernas construcciones doctrinales, y lo considera muy ajustado a las necesidades de futuro del Derecho internacional privado.

Benito SANSO, Profesor de Derecho civil y romano de Caracas, es el autor de *La función de la interpretación en la búsqueda y adaptación de la Ley extranjera aplicable* (págs. 703-752). De gran importancia es la función interpretativa, dada la complejidad de la norma de colisión y su conexión con un ordenamiento extranjero, generalmente muy diferente al del foro. De ahí que pase aquélla por fases sucesivas.

En primer lugar, se ha de ir al examen de la estructura de la norma conflictual: determinación del supuesto de hecho; de los conceptos técnico-jurídicos utilizados (calificaciones); después, el examen del pun-

to o puntos de conexión, que será complejo si funcionan conjunta, subordinada o alternativamente. Más tarde habrá que determinar la parte del Derecho extranjero que debe aplicarse (del Estado, región, etc.). Y después, ir a la determinación de la norma particular aplicable al caso; surgiendo entonces el problema de si habrá que aceptarse o no el reenvío que, de tomarse en consideración, puedan hacer las normas conflictuales extranjeras a otro ordenamiento. Habiendo llegado por fin a la norma sustancial extranjera, hay que proceder a su aplicación, pero entonces puede encontrarse el obstáculo de la excepción de orden público o de una cláusula de reciprocidad. Salvado todo ello, hay que proceder a la interpretación de la norma material, de un modo semejante a como se hace en su ordenamiento de origen, incluso con auxilio de datos jurisprudenciales o doctrinales. Mas puede no haber una correlación entre los resultados obtenidos y el ordenamiento del foro. De ahí los problemas de adaptación, transposición y sustitución, tras efectuar una comparación funcional de ambos ordenamientos.

Todas las cuestiones aludidas se encuentran ampliamente comentadas, con alusión de las soluciones que reciben o pueden recibir en Venezuela.

* * *

Finaliza el volumen con dos trabajos sobre Derecho administrativo. El Profesor de Caracas de la disciplina, Allan Randolph BREWER C., es el autor de *La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos (con especial referencia a los contratos de obras públicas)* (págs. 755-778). Tras recordar la disciplina de los contratos de Derecho privado, el autor nos introduce en el tema: las modificaciones unilaterales en los contratos de obras públicas, cuantitativas, sobre aumento o disminución de la cantidad de obras previstas, y cualitativas, sobre las modalidades de la ejecución. Límites de ese poder de modificación unilateral serán: unos generales (principio de legalidad administrativa, cambio real en las circunstancias) y otros contractuales; derivando algunos de los principios generales de la contratación administrativa. En cuanto a consecuencias de tales modificaciones, éstas se traducirán en un derecho del contratista de solicitar prórrogas y compensaciones o incluso la rescisión del contrato.

En este artículo se recurre casi constantemente al testimonio de LAUBADÈRE.

La también Profesora de la disciplina en Caracas, Hildegard RONDON DE SANSÓ, ofrece un tema sumamente interesante: *Introducción al estudio del acto administrativo* (págs. 778-792). Partiendo de unas citas de MAYER y GIANNINI, va penetrando el artículo en los caracteres del acto administrativo: acto autoritario, dictado por el poder público, con la doble vertiente material y formal con que puede configurarse.

Alúdese luego a las clásicas cuestiones de comparación entre acto administrativo y ley y acto administrativo y sentencia, y a la de acto administrativo y teoría general del negocio jurídico.

Responde el acto administrativo a las facultades de la Administración de autotutela y de potestad revocatoria, y también a las notas de tipicidad y articulación. El trabajo termina con un comentario de conjunto.

PEDRO A. FERRER SANCHÍS,
Doctor en Derecho y Profesor Ayudante.
Valencia.

MADRUGA MÉNDEZ, Joaquín: *Transmisión del Derecho arrendaticio de Vivienda*. Madrid, 1966. Editorial Montecorvo (248 págs.).

Dice el Profesor ESPÍN CÁNOVAS en su Prólogo, que la angustiosa escasez actual de viviendas hace brotar una legislación "de emergencia", que trata de solucionar en cada caso los problemas, del modo que se estima más justo.

Dentro del marco intervencionista, el arrendamiento urbano ha sido objeto de reiteradas normas que tienden a estabilizar la relación jurídica, en beneficio del arrendatario, "creando para éste un derecho de importante sustancial patrimonial, cedible y heredable en ciertos casos".

A través de la regulación legal, cabe atisbar la idea socialmente relevante, de los individuos que integran el "hogar familiar", sustentáculo lógico de los derechos que la Ley reconoce a determinados parientes.

Tampoco olvida el legislador los derechos del arrendador, parte evidentemente sacrificada en nuestra Ley arrendaticia, más que por la estabilidad de la relación jurídica, por la congelación de las rentas.

El trabajo se divide en las partes. En la primera se trata de la cesión *inter vivos* de vivienda y en la segunda de la sucesión *mortis causa*. Ambas partes se dividen en cuatro secciones, con la misma estructura: sección I: "Consideraciones generales"; sección II: "La cesión o la sucesión *mortis causa* en la L. de A. U."; sección III: "La cesión o sucesión *mortis causa* en la legislación especial protectora de Viviendas", y sección IV: "La cesión o la sucesión *mortis causa* en la doctrina del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales".

Completan el trabajo una serie de formularios en relación con la materia arrendaticia expuesta; un índice de sentencias del Tribunal Supremo y otro de las Audiencias; una relación de bibliografía y un cuadro de las abreviaturas utilizadas.

CESIÓN "INTER VIVOS" DE VIVIENDA.—El autor trata primero del concepto de cesión de contratos, diferenciando esta figura de la cesión de créditos, asunción de deudas, doble negocio de cesión de créditos y asunción de deudas y de la novación de contratos.

Estudia después las relaciones entre la cesión de contrato y subcontrato, y cita reiteradas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, que marcan las diferencias.

En tema de su naturaleza jurídica, después de estudiar las teorías negativas y positivas, concluye afirmando que "la regulación legal de la cesión de vivienda se concibe como un contrato unitario de disposición, por el que se opera una transmisión integral de los elementos activos y pasivos del arrendamiento".

Después de estos preliminares se ocupa de la cesión del contrato de arrendamiento y de la cesión del derecho arrendaticio de vivienda. Define el contrato de arrendamiento y da sus requisitos esenciales. Estudia brevemente la evolución histórica de la cesión arrendaticia, "la más antigua [cesión] que conocen los Códigos". La posibilidad de admitir la cesión del arrendamiento en nuestro Código civil es muy dudosa. La Ley de Arrendamientos Urbanos vigente distingue entre transmisión *inter vivos* y sucesión *mortis causa*, y a su vez, según se trate de arrendamiento de viviendas o de locales de negocio. Las transmisiones *inter vivos* se regulan en los artículos 23 y siguientes, y la sucesión *mortis causa*, en los artículos 58 y siguientes.

El capítulo II, de esta primera parte, expone brevemente la cesión de viviendas en Derecho comparado, ocupándose de la materia en cuanto se refiere al Derecho común y a la legislación especial.

Entra ya de lleno en la materia, tratando de la cesión en la Ley de Arrendamientos Urbanos, enunciando el principio general y estudiando el juego del principio prohibitivo del artículo 23 y el reconocimiento expreso de la validez de la cesión de la vivienda a los familiares del inquilino del artículo 24, como un contrato unitario de disposición, por el que se opera una transmisión integral de los elementos activos y pasivos del arrendamiento, en contradicción manifiesta con el principio general del Derecho civil, que exige el consentimiento de las dos partes de la primitiva relación contractual.

La prueba de la cesión autorizada puede realizarla el arrendador por cualquier medio, sin excluir las presunciones, que han de jugar un importante papel, dado el carácter subrepticio y fraudulento de la cesión a que nos referimos. En este terreno ha proclamado nuestro Tribunal Supremo, que, al igual que sucede con el subarriendo, para acreditar la cesión no será necesaria una prueba plena, bastando "una racional presunción de la misma, en virtud de signos indiciarios"; pero matiza en otra sentencia que, "aunque sea por pruebas indirectas o presunciones, es preciso probar los hechos demostrativos de la supuesta cesión".

El subarriendo total y la cesión llevan aparejada idéntica consecuencia, y aunque la simple transmisión de la posesión podía generalmente basar lógicas presunciones de cesión, son de extrema utilidad en muchos casos los requerimientos notariales para lograr del cesionario o de sus familiares las verdaderas características de la transferencia o la prueba de la existencia de ciertos signos indiciarios de la cesión.

Son características de la cesión familiar del artículo 24: a) ser voluntaria para el cedente y vinculante para el cedido; b) no ser necesario el consentimiento del cedido; c) relación de parentesco, determinado en la Ley, entre los cesionarios y el cedente; d) subordinación de la eficacia de la cesión al cumplimiento de la notificación al arrendador, y e) que el cedente debe ser contratante originario.

La Jurisprudencia ha declarado que la cesión consiste en el traspaso que hace el inquilino de sus derechos y obligaciones a un tercero, con todas las acciones que le son anejas. Dice el autor que propiamente la subrogación es, por su esencia, una especie de cesión. En rigor, como dice HERNÁNDEZ GIL, son conceptos sucesivos, porque la cesión hace referencia al acto transmisivo y la subrogación a los efectos derivados de la transmisión.

El cesionario no puede subrogar, a su vez, a sus parientes por actos *inter vivos*, y en cuanto a la sucesión *mortis causa*, se aplica el régimen más restrictivo del artículo 59 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Aunque la Ley no lo diga expresamente, es requisito de licitud, que la cesión familiar se realice a título gratuito.

Sólo puede ser cedente el inquilino que hubiere celebrado el contrato de arrendamiento de vivienda y el que lo fuere a virtud del arrendamiento forzoso previsto en la disposición adicional segunda. En opinión del autor, podrá subrogar el subarrendatario que hubiere alcanzado la condición de inquilino, en los supuestos de los artículos 17 y 46 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y también el heredero que haya sucedido al inquilino fallecido durante la fase contractual.

Son cesionarios los familiares determinados en el artículo 24. Quedan excluidos los parientes por afinidad. Tampoco cabe comprender a los hijos ilegítimos, no naturales, ni a los naturales no reconocidos.

Entiende MADRUGA, que no opera ningún orden de preferencia y no

pueden aplicarse por analogía los artículos 58 y 59 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Para que la subrogación opere se precisa la convivencia, es decir, la utilización de la vivienda junto con el inquilino, como morada habitual, aunque se interrumpa transitoriamente, siempre que no exista el *animus* de variar definitivamente de domicilio. El precepto funda la convivencia sobre "una conducta deducida de la repetición de actos", como hace notar la jurisprudencia. En cuanto al plazo de convivencia, hay que distinguirlo con la Ley en la mano.

La cesión familiar alcanza a todas las viviendas propiamente dichas y a los locales destinados principalmente a viviendas. Respecto a los que tengan finalidad distinta de la de servir de morada de arrendatario, aunque tengan la conceptualización legal de viviendas, no admitirán el ejercicio de la facultad subrogatoria, pues faltará el presupuesto necesario de la convivencia en el local arrendado.

El objeto de la cesión ha de ser, como dicen CASTÁN y CALVILLO, la totalidad de la vivienda arrendada.

La subrogación presupone un acuerdo de voluntades, entre el inquilino y el cesionario, que, realizado en legal forma, vincula al arrendador mediante el simple requisito de la notificación.

La notificación puede realizarla el inquilino o la persona subrogada, con la conformidad del primero. Ha de estimarse eficaz la dirigida al administrador de la finca, cuando se desconozca el domicilio del arrendador, aunque "será aconsejable proceder con la máxima cautela, preconstituyendo, en todo caso, la prueba de haber apurado los medios ordinarios para inquirir los datos relativos a tal domicilio, antes de dirigir la notificación al administrador".

En contra de la tesis de NART, se mantiene que la notificación debe dirigirse al arrendador y no al propietario, que puede no ostentar la condición de arrendador.

El plazo de dos meses debe computarse, contando sesenta días naturales.

La notificación debe ser fehaciente, es decir, "la que hace fe por sí misma". Considera MADRUGA notificaciones fehacientes, por excelencia, las realizadas en vía notarial o judicial. GARCÍA HOYO opina que si ante la notificación hecha por cualquier otro medio no protestare el notificado y la aceptase como válida, le está vedado después apoyarse en esta anomalía para considerarla como no hecha. La Jurisprudencia rechaza como medios fehacientes la carta remitida notarialmente, utilizando el servicio de correos, la carta entregada en la portería y la notificación verbal corroborada por testigos. La notificación fehaciente está concebida en beneficio del arrendador, y, por lo mismo, cuando existan actos que no dejen lugar a dudas sobre la voluntad de tener por subrogado a determinado pariente, huelga toda notificación. Uno de los supuestos más calificados de supresión de la formalidad notificadora es el que, al girar los recibos de renta, se hagan a nombre del familiar aspirante a la titularidad.

Los efectos consisten en la subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones propios del contrato de arrendamiento. El arrendador puede exigir al nuevo arrendatario un incremento de renta en los términos del artículo 99, apartado 5.º El cesionario no podrá compeler al arrendador a otorgar a su favor un nuevo contrato, aunque sí a que los recibos se extiendan a su nombre.

La cesión que no se ajuste a los requisitos del artículo 24, y viole la prohibición del artículo 23, puede resolverse al amparo de la causa 5.ª del artículo 114. Esta resolución no está sujeta a plazo de caducidad y puede fundarse en cualquier vulneración de las normas establecidas en el ar-

título 24. Para instar dicha resolución no es preciso que el arrendador interese la previa nulidad del contrato de cesión.

Cesión consentida.—Del juego del número 1.º del artículo 26 se deduce que la efectividad de la cesión se subordina al hecho de que exista o no consentimiento expreso del arrendador.

Dice CASTÁN que también en el Derecho común es necesario que el arrendador consienta la cesión, aunque puede discutirse si este consentimiento constituye un requisito esencial para la validez del contrato de cesión o un presupuesto de la eficacia del mismo frente al cedido.

En derecho arrendaticio urbano, este problema no puede plantearse, porque, salvo la excepción del artículo 24, la cesión del contrato sin consentimiento expreso del arrendador es nula, por infringir la prohibición del artículo 23.

El consentimiento expreso del arrendador hará eficaz la cesión *inter vivos* o convalidará la cesión irregular efectuada. Con gran acierto se ha eliminado el consentimiento tácito, que era “un auténtico semillero de pleitos”.

El consentimiento es un acto de voluntad, frente al conocimiento, que lo es intelectual. Por lo dicho, es de aplicación la doctrina general del Derecho común sobre los vicios de la voluntad. Se admite, a juicio del autor, el consentimiento implícito, que no hay que confundir con el tácito, ya que participa de los caracteres del expreso.

Vayan por ejemplo: la formalización de un nuevo contrato; la autorización al cesionario para realizar obras; los recibos extendidos a su nombre; la notificación de aumento de renta, de conformidad con el artículo 101, etc. Frente a la Ley de 31 de diciembre de 1946, la de 1955, ni la vigente de 1964, no recogen las presunciones de consentimiento del arrendador, pero este precepto “tiene un valor orientador para apreciar la existencia de un posible consentimiento por parte del antiguo arrendador”. El consentimiento puede prestarse antes de la cesión, simultáneamente o después. En la autorización para subarrendar no puede estimarse incluida la de ceder, dado el perfecto deslinde conceptual de ambas instituciones y el sentido prohibitivo que preside la regulación de la cesión. Se admite el consentimiento posterior, pero debe acogerse con mucha reserva la existencia del consentimiento verbal, pero podrá inferirse de actos inequívocos del arrendador. No se requiere forma alguna especial para la prestación del consentimiento; puede ser condicionado al destino de la finca, a una finalidad determinada, y el prestado, para una cesión determinada, no implica la aquiescencia a ulteriores cesiones, aunque la autorización genérica no se entiende sujeta a limitación alguna.

La prueba del consentimiento expreso corresponde al inquilino subrogado, como se deduce del número 1.º del artículo 25.

Una cosa es el consentimiento tácito y otra la convalidación de la cesión por la caducidad, pues cuando tiene lugar la caducidad, para nada se necesita interpretar los actos del arrendador; basta el transcurso del plazo, con independencia de su actitud pasiva.

En tema de cesión, convalidada por caducidad de la acción, hay que aplicar el párrafo 1.º del artículo 25, e incluso cabe la notificación fehaciente de un convenio de cesión perfecto, no seguido de la ocupación material del cesionario, a la espera de la actitud del arrendador, a fin de eludir las desagradables consecuencias del desalojo. A las cesiones realizadas, bajo la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1947, les será aplicable lo establecido en la disposición transitoria 7.ª de la Ley de 1964.

Mediante la cesión consentida se da un simple cambio subjetivo en

una relación de derecho; pero, por lo demás, nada se ha cambiado en las relaciones entre arrendador y arrendatario. Se libera al cedente de sus obligaciones y las asume el cesionario. El momento de estimarse, producida la sustitución, es el de la perfección del contrato de cesión, mediante el consentimiento del arrendador.

Parece que no es posible exigirle al arrendador la formalización de un nuevo contrato de arrendamiento, por existir una subrogación en el contrato y no una verdadera novación; pero puede exigirse que los recibos de renta se expidan a nombre del cesionario, y parece factible que se tenga acción para que se declare la condición de cesionario, si se prueba la cesión y se demanda conjuntamente al arrendador y al cedente.

Se autoriza una subida de renta (apar. 5.º del art. 99). Nada se establece en el supuesto de cesión a extraños. Dada la norma del artículo 96, es evidente que la autorización para ceder podrá tener como contrapartida la aceptación por el cesionario de una renta determinada.

Otro de los efectos se encuentra en el número 2.º del artículo 26. La cesión se concibe como un negocio gratuito; pero la cesión onerosa no es nula, sino "convertible facultativamente por el arrendatario en gratuita". Esta cesión es trilateral, por exigir el consentimiento del cedente, cesionario y arrendador. La acción de devolución del precio es irrenunciable y fundamentalmente privada, y no se suspenderá una vez emprendida (confróntese núm. 1.º del art. 28). Es acción personal y prescribe a los quince años. La responsabilidad del arrendador y del cedente es solidaria.

Cesión incontestada.—La acción del arrendador, para resolver el contrato, encuentra su cauce legal en la causa 5.ª del artículo 114. La acción resolutoria se tramitará por las normas del proceso especial arrendaticio, de acuerdo con el capítulo XII. La Ley impone un *litis*-consorcio pasivo necesario, ya que el actor debe demandar conjuntamente a cedente y cesionario. RODRÍGUEZ AGUILERA y PÉREZ RALUY hacen la crítica de esta normativa, y encuentran la mejor solución por la vía del desahucio por precario o del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. El Tribunal Supremo ha proclamado que esta necesidad de demandar al cesionario no es aplicable a los supuestos de subarriendo y de locales de negocio.

De conformidad con el actual artículo 25, mientras no exista consentimiento expreso del arrendador, puede ejercitarse la resolución, siempre dentro del plazo de quince años (del art. 1.964 del C. c.). Sin embargo, puede provocarse la caducidad de la acción, a instancia del cedente o cesionario, notificando fehacientemente la cesión al arrendador y con un plazo de dos meses, computados desde la fecha de la notificación. La caducidad puede ser invocada por vía de excepción y apreciada de oficio. Se admite también el ejercicio de las acciones declarativas correspondientes para fijar las consecuencias subrogatorias de la cesión, una vez agotado el plazo de caducidad de la acción impugnatoria.

Estas disposiciones no son aplicables al traspaso de locales de negocio y a los subarriendos.

Aparte de la resolución del contrato de inquilinato, la cesión incontestada produce la nulidad del contrato de cesión.

Entre cedente y cesionario: cfr. número 2.º del artículo 25. En caso de confabulación, el cesionario no tendrá derecho a la indemnización de perjuicios, en otro caso, será posible; pero el incumplimiento, por sí solo, no implica el perjuicio ocasionado, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia.

Entre arrendador y cedente: subsiste íntegro el contrato de arrendamiento.

Entre arrendador y cesionario: seguirán siendo extraños.

El cobro de prima para la obtención de la vivienda fue una operación que tuvo su origen en la escasez de viviendas producida por nuestra guerra civil, y se agravó, hasta el extremo de tener que ser considerado delictivo, por Ley de 27 de abril de 1946. El Decreto-Ley de 7 de marzo de 1947 extiende la aplicación de la Ley anterior.

En la cesión no consentida el cesionario tiene acción contra el cedente y contra quienes se hubieran lucrado con el precio de la cesión (v. gr., comisionista, intermediarios, etc.). En caso de cesión consentida, la acción de resarcimiento se da también contra el arrendador y la responsabilidad de éste es solidaria con la del cedente (cfr. párrafo 2.º del art. 26).

El resarcimiento de lo indebidamente pagado puede alcanzarse en vía penal, mediante una pretensión de resarcimiento sometida al régimen general de la misma, y en vía civil, por medio del proceso especial arrendaticio o por vía reconvencional y dirigida únicamente contra el arrendador. En este punto debe hacerse notar la norma especial del artículo 28 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Se trata después de la cesión del subarriendo. Previamente se da una noción de dicha relación contractual. Dicha cesión aparece prevista en el artículo 27, siendo de aplicar la doctrina general señalada para la cesión de viviendas.

En cuanto a la cesión no autorizada por la Ley, distingue el autor los siguientes supuestos: cesión realizada sin consentimiento del arrendador ni del subarrendador; con consentimiento del arrendador y subarrendador; sin consentimiento del arrendador, pero con el del subarrendador, y con el consentimiento del arrendador, pero sin el del subarrendador.

Se ocupa después de los problemas del derecho intertemporal y de la cesión en cuanto a casas baratas, económicas y para funcionarios; viviendas protegidas, viviendas de la Ley Salmón y bonificables, viviendas de renta limitada, viviendas subvencionadas y viviendas de la Obra Sindical del Hogar.

En la última sección de la 1.ª parte se ocupa de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales, en cuanto al concepto y naturaleza de la cesión de viviendas; alcance del principio general prohibitivo del artículo 23; prueba de la cesión; cesión familiar; supuestos de cesión ilegal y efectos penales de la cesión a título oneroso.

SUCESIÓN "MORTIS CAUSA" DE VIVIENDA.—La pervivencia del contrato de arrendamiento tiene en la Ley de Alquileres dos manifestaciones: la prórroga forzosa del artículo 57 y la transmisión *mortis causa* de los artículos 58 y 59. Esta prórroga y el posible acceso al R. P. de algunos arrendamientos han suscitado dudas sobre el carácter personal o real del derecho arrendaticio (cfr. art. 2.º, ap. 5.º, de la L. H. y art. 15 del R. H.). Pero no hay que olvidar que la doctrina moderna admite la existencia de derechos personales con efectos reales, sin que ello implique una transformación, y en la misma línea se mantiene una reciente jurisprudencia, que califica al arrendamiento como un derecho de naturaleza esencialmente personal.

Después se estudia el derecho histórico (derecho común y derechos especiales), respecto a la transmisibilidad del arrendamiento o su extinción por muerte del arrendatario.

En cuanto a su naturaleza jurídica, y tras exponer las opiniones ajenas, concluye el autor diciendo que "el actual artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece una sucesión no hereditaria en los derechos y obligaciones del arrendatario, en la cual concurren los caracteres de ser *mortis causa*, legítima, especial y limitada".

Trátase después de la sucesión *mortis causa* en el derecho comparado. El régimen jurídico actual está constituido por los artículos 58 y 59

de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con las disposiciones transitorias 10.^a y 12.^a

Se fijan como presupuestos de la sucesión *mortis causa*: a) relación de arrendamiento existente y sujeto a la Ley especial, y b) arrendamiento destinado a morada familiar o al ejercicio de profesión facultativa o colegiada.

La sucesión *mortis causa* del derecho arrendaticio de viviendas supone la concurrencia de los siguientes requisitos: a) fallecimiento del arrendatario o su declaración de fallecimiento; b) existencia de familiares en las circunstancias previstas en la Ley, y c) notificación de la subrogación al arrendador.

Al fallecimiento del locatario debe equipararse su declaración de fallecimiento, de acuerdo con el artículo 196 del Código civil. En caso de ausencia declarada no puede darse la sucesión arrendaticia, pero si la resolución del contrato, al amparo de la causa 11.^a del artículo 114, en relación con el número 3.º del artículo 62. Si el inquilino es una persona jurídica y desapareciere, el inquilinato se extinguirá, porque como tiene dicho reiteradamente el Tribunal Supremo, a propósito de los locales de negocio, la disolución de una persona jurídica no puede asimilarse a la muerte de una persona física. En caso de coarriendo, al fallecimiento de cualquiera de los coarrendatarios pueden suceder en su titularidad las personas señaladas en el artículo 58.

La Ley de Arrendamientos Urbanos admite dos tratos sucesorios: al fallecimiento del inquilino titular (art. 58) o del subrogado en la vivienda por actos *inter vivos* o *mortis causa* (art. 59).

Como dice NART, se protege el derecho del inquilino en función de su familia, y aquel derecho debe morir cuando la familia deja de ser "la familia del inquilino", para devenir otra familia.

Parentesco.—Compara el autor los distintos llamamientos de los artículos 58 y 59 y estudia la evolución legislativa en este punto, desde la Ley de 1946 hasta nuestros días. Considera nula la renuncia anticipada de los derechos concedidos por los artículos 58 y 59, de conformidad con el artículo 6.º, y, además, por tratarse de un derecho que por nacer al fallecimiento del inquilino, se ignora de momento quién puede ser el futuro beneficiario.

Tampoco es válida la renuncia realizada al fallecimiento del inquilino, por el beneficiario, "porque se perjudicarían derechos de terceros, y ello daría lugar a confabulaciones con el arrendador". En cambio, según la jurisprudencia territorial, será válida esta renuncia cuando se haga en beneficio del que le siga en el orden de prelación.

El parentesco, por afinidad, ha de estimarse excluido de la sucesión legal del artículo 58, y así lo han proclamado reiteradamente la jurisprudencia territorial y la del Tribunal Supremo.

El cónyuge ocupa una posición preponderante. La medida, como dice BELTRÁN FUSTERO, es plausible. La norma tiene eficacia, tanto en matrimonio canónico como en el civil, y también actúa en caso de matrimonio putativo, hasta la misma declaración de nulidad. En caso de separación legal, si el cónyuge conviva en el momento del fallecimiento con el inquilino titular, parece probable que tenga derecho a la sucesión en el contrato; en cambio, no puede suceder al cónyuge separado de hecho, por faltar el requisito de la convivencia. Cita el autor varios casos de matrimonio *in articulo mortis* para suceder al moribundo, y entiende que el arrendador tendrá derecho a impugnar el matrimonio en consideración al vicio invalidante.

Descendientes legítimos y naturales.—Se comprenden todos los que integran hasta el 2.º grado la rama directa descendiente, lo mismo en la familia legítima que en la natural.

Hijos adoptivos.—Frente a las dudas anteriores, hoy se establece la sucesión de los “hijos adoptivos” que hubieran sido adoptados antes de cumplir los dieciocho años”, no siendo necesaria la convivencia por estar sometidos a la patria potestad del adoptante. Es novedad interesante que el adoptivo tenga preferencia sobre los ascendientes y hermanos. En caso de fallecimiento del subrogado, el adoptivo tiene derecho de continuar ocupando la vivienda, pero se suprime la subrogación de los ascendientes y hermanos. Este derecho se concede a los adoptados, según las normas del Código civil, pero no a los prohijados administrativos y a lo acogidos, conforme a la Orden de 1 de abril de 1937.

Ascendientes.—Quedan excluidos los ilegítimos y los afines.

Hermanos.—Se deben incluir los hermanos de vínculo sencillo y ser excluidos los ilegítimos.

Sucesión del inquilino subrogado.—Aquí se limita el círculo de familiares. Sus requisitos son idénticos a los señalados para la primera transmisión, y en cuanto a los hijos adoptivos, se entiende que hubieran sido adoptados antes de cumplir los dieciocho años. Después de la segunda subrogación se agota la posibilidad de ulteriores sucesiones *mortis causa*.

Sucesión de arrendamiento destinado a ejercicio de profesión facultativa y colegiada.—El número 3.º del artículo 58 constituye una novedad de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Anteriormente, en los locales con destino profesional exclusivo no tenía lugar la sucesión del artículo 58, por faltar el requisito de la convivencia. En cuanto a los hijos, habrá que aplicar, por analogía, lo dispuesto en el párrafo 1.º del mismo precepto. Es requisito indispensable la sucesión en el ejercicio de “la misma profesión”.

Convivencia.—El sucesor ha de estimarse que convive, si utilizó la vivienda del causante como morada principal y habitual. Se cita abundante jurisprudencia al respecto. En caso del cónyuge no se exige plazo de antelación. Se ocupa de varias decisiones jurisprudenciales muy interesantes, con especial referencia a los matrimonios *in articulo mortis*. Tampoco se exige la convivencia en el caso de personas sometidas a la patria potestad del fallecido. El fundamento de esta exención se halla en el artículo 155 de nuestro Código civil. Pueden también subrogarse los hijos menores de edad, aunque vivan independientes, por razones laborales. En cuanto a los locales profesionales, se elimina el requisito de la convivencia y se exige el ejercicio de la misma profesión. Los funcionarios de la Carrera Diplomática, por aplicación del Decreto de 26 de mayo de 1950, conservarán los derechos para el caso de que falleciese el inquilino titular del contrato.

Selección del beneficiario.—En relación con el acuerdo entre los interesados, no es necesario que sea unánime para que el derecho se refiera a persona que no ocupe el primer lugar, bastando que declinen su derecho preferente los que le anteceden. En caso de sucesión del inquilino titular, las sucesivas Leyes han dejado sin resolver el problema que plantea el supuesto de concurrencia de familiares en igualdad de grado, sexo, cargas, etc...; entonces, por aplicación de la Ley común, será preferente la mayor edad, y en caso de igualdad se atenderá a la posición económica de los posibles sucesores. Otra opinión resuelve el problema por la vía de la notificación de uno solo de los eventuales sucesores. En cuanto a la sucesión del subrogado se da una norma de remisión

al artículo 58. Tampoco ofrece problemas el caso del número 3.º del artículo 58, y se aplicará, por analogía, lo dispuesto en los números 1.º y 2.º del mismo artículo.

Notificación de subrogación.—Según se deduce del número 4.º, el subrogado tiene dos plazos para realizar la notificación. Deberá notificarse al arrendador o al administrador o apoderado, si se desconoce el domicilio del primero, pero procediendo “con la máxima cautela” y preconstituyendo la prueba de haber apurado los medios ordinarios para averiguar el domicilio del arrendador. Puede realizarse por el sucesor, por medio de su representante legal o por mandatario con poder bastante. Si hay divergencias bastará que cualquier interesado comunique al arrendador la pendencia del juicio declarativo, con expresión de las circunstancias necesarias para su identificación. Deberá comunicarse el hecho determinante de la subrogación, el uso del beneficio y la persona subrogada. La omisión de notificar dentro de los noventa días no da lugar a la resolución del contrato; pero, en cambio, el plazo de treinta días es ineludible y su incumplimiento produce la resolución del contrato. El requerimiento del arrendador no se exige fehaciente y podrá hacerse en cualquier forma, aunque se recomienda la fehaciencia. Los plazos son de caducidad y no de prescripción. Son improrrogables, comienzan a partir de la defunción del arrendatario y se computan por días naturales.

La sucesión supone una subrogación, en virtud de la cual el sucesor viene a ocupar el lugar que tenía el inquilino en el arrendamiento. Podemos citar como efectos, que el sucesor no puede subrogar *inter vivos* (art. 24); que la sucesión no produce aumento de renta (frente al caso del local de negocio, cfr. núm. 4.º, art. 60); que los subarriendos otorgados por el causante vinculan al sucesor, sin perjuicio de que al término del subarriendo pueda poner fin a dicho contrato al amparo del artículo 117; a efectos de aumentos de renta se tendrá en cuenta la fecha del primitivo arrendamiento, y el subrogado gozará de los derechos de tanteo y retracto. En opinión del autor, no es necesario redactar un nuevo contrato de arrendamiento y es aconsejable en los recibos de alquiler hacer constar la condición de sucesor en el inquilinato. En tema de rentas, debidas por el inquilino fallecido, opina MADRUGA que el arrendador puede ejercitar las acciones de desahucio por falta de pago o la de reclamación en el declarativo correspondiente. En el primer caso se dará la acción de desembolso, por ser una deuda de la herencia, y en el segundo, la reclamación habrá de dirigirse directamente contra todos los herederos del inquilino fallecido.

Resolución del contrato de arrendamiento.—Confróntese artículo 114, causa 11.ª En principio pueden usarse el juicio de desahucio por precario, la acción real del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, o incluso el juicio declarativo; pero estos procedimientos no serán aplicables en caso de que los ocupantes hayan abonado recibos, aunque figuren a nombre del fallecido o se accione por defecto de notificación. En estos casos debe usarse el cauce procesal de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Una de las mayores dificultades, en este punto, es la determinación de la legitimación pasiva. El arrendador deberá aclarar la situación de hecho y dirigir la acción para mayor tranquilidad, contra todos los que coparticiparon con el inquilino fallecido en el uso del inmueble. Esta acción no está sujeta a plazo especial de caducidad y jugará el artículo 1.964 del Código civil frente al supuesto del artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

En el supuesto de que no haya acuerdo para determinar el sucesor, no hay más remedio que ejercitar la correspondiente acción declarativa.

La competencia se determinará según el artículo 122 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La acción se ejercitará por el que se crea de mejor derecho contra todos los presuntos beneficiarios, pero no en contra del arrendador.

En concepto de MADRUGA, si el que tiene derecho preferente no efectúa la notificación, pierde su posible derecho sucesorio y le sucede el que la haya efectuado, siguiendo el orden legal de preferencia. Determinado judicialmente el sucesor y notificada la subrogación al arrendador, podrá el nuevo arrendatario ejercitar la correspondiente acción para desalojar a los no beneficiados rebeldes, por el cauce del desahucio por precario o el declarativo ordinario.

En tema de derecho intertemporal se ocupa de la D. T. décima, de los Decretos de 14 de septiembre de 1956 y 28 de septiembre del mismo año y de la D. T. doce.

En cuanto a la sucesión *mortis causa* en la legislación especial, se trata de la referente a casas baratas, económicas y para funcionarios; viviendas protegidas, viviendas de la Ley Salmón y bonificables; de renta limitada subvencionadas y viviendas de protección oficial.

La doctrina jurisprudencial se articula bajo los siguientes epígrafes: sobre la naturaleza jurídica de la sucesión *mortis causa*; imposibilidad de suceder por donación *mortis causa*; sucesión del inquilino titular; sucesión del inquilino subrogado; concepto de convivencia; interrupción temporal y justificada de la convivencia; notificación al arrendador; resolución del arrendamiento por improcedencia de la subrogación; *litis*-consorcio pasivo necesario y derecho intertemporal.

Digamos, con palabras de ESPÍN, que el trabajo del libro se ofrece prometedor por abarcar todos los aspectos de la cesión y transmisión de la vivienda. El libro se refiere, no sólo a la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, sino también a la legislación protectora de la vivienda, en el punto de cesión y transmisión *mortis causa*. "El panorama es lo suficientemente amplio como para encontrar abundancia de cuestiones que preocupan al jurista".

"El estudio realizado, cuida así teoría y práctica, dotándole de ese doble interés que, sin duda, atraerá al jurista. La obra merece sinceros plácemes".

CRÍTICA.—Claridad en la estructura. Abundante doctrina jurisprudencial y unos cuidados índices para manejarla convenientemente. Reseña bibliográfica de obras nacionales y extranjeras sobre la materia y un oportuno formulario "al objeto de facilitar una pauta para poder ejercitar las acciones que han de tener su base en los preceptos examinados". En su contra puede decirse que en algunos puntos no ahonda mucho en opiniones doctrinales propias ni ajenas. Pero esto, en vez de vicio, ¿no será una virtud? En conjunto, libro que merece un lugar en toda biblioteca de abogado.

ELÍAS IZQUIERDO.

PIERRE REYNAUD y GABRIEL MARTY: *Droit civil*, tome II. 2me. volume: *Les biens*. Ed. Sirey. Paris, 1965.

Se refiere este volumen a los derechos reales principales, dejando de lado los accesorios o de garantía.

La obra se divide en tres partes, referentes, respectivamente, a la "Teoría general" (título I). "Cuestiones relativas a los bienes inmuebles" (título II) y "Cuestiones relativas a los bienes muebles" (título III).

TÍTULO I. "Teoría general".—Comienza con un capítulo preliminar, referente a las relaciones de derecho, y, de hecho, concernientes a los bienes. Estiman los autores que la teoría clásica de los Derechos reales, realizada, sobre todo, refiriéndose a las cosas corporales y al derecho de propiedad, tropieza hoy día con dificultades, debidas, en primer lugar, a la extensión de las cosas corporales (gases, ondas, energías, etcétera); en segundo lugar, a la intelectualización de la noción de bien, haciéndola equivalente a la de valor, y, en tercero, a la despersonalización de las obligaciones. Por estas causas se produce una aproximación entre los conceptos de Derecho real y Derecho de crédito, como consecuencia de la cual, algunos autores han negado la distinción.

En cuanto al problema de si se debe dejar a la iniciativa de los particulares la creación de nuevas figuras con el carácter de Derecho real, se inclinan por la negativa, afirmando, además, que, en realidad, la jurisprudencia francesa no ha ido en contra del principio de *numerus clausus*, puesto que, al calificar como reales determinados derechos, no se ha salido del ámbito de los Derechos reales reconocidos, ya que los declarados como tales no son sino limitaciones de Derechos reales existentes o complemento de los mismos.

Conceden los autores gran importancia, en materia de Derechos reales, a las relaciones de hecho; importancia que ya se dio a tales relaciones en Derecho romano, con la teoría de la posesión, y en Derecho germánico, con la de la *Gewere*.

La posesión (capítulo I) se considera como una situación, de hecho, que el Derecho toma en consideración para otorgarle determinados efectos jurídicos. Al lado del concepto de posesión se estudia el concepto clásico de detentación y los modernos de explotación y ocupación.

La propiedad es estudiada en el capítulo II. Es aquel Derecho real que se distingue de los demás, por una parte, por su plenitud y exclusivismo; por otra, por su perpetuidad; se estudian cada una de estas características, así como sus excepciones. El capítulo se cierra con el estudio de la transmisión de la propiedad, en el que se estudian su evolución histórica, el principio de la transmisión *solo consensu* y las limitaciones y excepciones de tal principio. Entre las primeras se estudian las limitaciones procedentes de la protección al interés de terceros (publicidad).

El capítulo III se refiere a la indivisión y copropiedad. Se distinguen ambos términos, refiriendo el primero a la comunidad de tipo romano y el segundo a los demás casos. Configuran los autores la copropiedad como un derecho real *sui generis*, distinto por su naturaleza del derecho de propiedad.

El capítulo IV estudia el usufructo y la nuda propiedad. Estos derechos se consideran como yuxtapuestos, diferentes y distintos, aunque complementarios. El usufructo es configurado como un supuesto de des-

membración del dominio. Además del usufructo normal, se examinan las extensiones del concepto de usufructo (cuasi-usufructo, usufructo de créditos, participaciones sociales y otros derechos incorpóreos, y usufructo de universalidades). El uso y la habitación son modalidades del usufructo. Del concepto de uso se excluyen ciertos derechos que se consideran como servidumbres reales (uso forestal, derecho a pastos, etc.).

TÍTULO II. "Cuestiones relativas a los bienes inmuebles".—Se divide este título en dos subtítulos referentes a la estructura de la propiedad inmobiliaria (I) y a propiedad inmobiliaria y el medio social (II).

El primero de ellos comienza con el estudio del asiento o sede de la propiedad inmobiliaria, es decir, el fundo, y de la extensión de la propiedad en sentido vertical. También se examina la propiedad de las aguas y la de los accesorios, incluyéndose en esta última parte la teoría de la accesión.

El capítulo II se refiere a las desmembraciones de la propiedad inmobiliaria, estudiándose entre ellas las servidumbres, la enfiteusis y la superficie.

Se entra después en el estudio de la adquisición de la propiedad inmueble (capítulo III), y dentro de ella, la adquisición por negocio jurídico y la teoría de la prescripción adquisitiva.

La protección judicial de la propiedad y la posesión de inmuebles es objeto de estudio en el capítulo IV, tratando las acciones petitorias y posesorias y la prueba de la propiedad inmueble.

Dentro ya del subtítulo II, el capítulo I se dedica al estudio de los conceptos de propietario y tenedor, con algunas consideraciones sobre el arrendamiento de inmuebles.

A continuación se estudian (capítulo II) los regímenes particulares de copropiedad inmobiliaria, deteniéndose especialmente en la regulación de la propiedad por pisos.

El capítulo III se dedica al estudio de las relaciones de vecindad, distinguiendo la regulación legal referente a las mismas, y el establecimiento por pacto de dichas relaciones. En la primera de estas partes se enumeran y estudian, incluyéndolas entre las relaciones de vecindad, el amojonamiento, derecho de cierre, medianería, curso de las aguas, luces y vistas, distancias entre plantaciones y servidumbre de paso.

A las limitaciones de la propiedad privada, por razón de interés público, se refiere el capítulo IV. Se estudian en él las servidumbres de utilidad pública, las limitaciones derivadas del urbanismo y las que protegen la riqueza nacional.

TÍTULO III. "Cuestiones relativas a los bienes muebles".—Se inicia esta parte con el análisis de la evolución histórica y su formulación en el Código francés de la regla *en fait de meubles possession vaut titre*.

Se pasa después (capítulo II) al estudio de las reglas referentes a la propiedad y Derechos reales sobre bienes muebles corporales, dentro de los cuales se distinguen los bienes muebles ordinarios y los susceptibles de registración.

Finalmente, el capítulo III se refiere a la aplicación de las nociones de propiedad y Derecho real a los bienes muebles incorpóreos (oficios públicos, fondo comercial, clientela, monopolios y propiedad intelectual e industrial).

Para terminar diremos que no se trata de una obra de investigación. Su finalidad principal es la docente y el deseo de facilitar y simplificar prevalece sobre los demás. Por ello este libro cumple con su cometido

de darnos una visión de la regulación de los Derechos reales en el país vecino. El sistema de estudiar por separado los bienes inmuebles de los muebles y de distinguir claramente en éstos entre los registrables y los no registrables lo consideramos muy acertado y dentro de las modernas tendencias.

J. POVEDA DÍAZ.

MENDOZA OLIVÁN, Víctor: *El deslinde de los bienes de la Administración*. Editorial Tecnos, Madrid, 1968, 324 págs.

1. *El autor y la obra*.—En las dos últimas décadas, el Derecho administrativo ha alcanzado en España un tan alto nivel científico, que se puede parangonar ventajosamente con el logrado en las naciones más adelantadas. Nuestros administrativistas, principalmente los agrupados en torno a la "Revista de Administración Pública", han sabido realizar una labor ejemplar y fecunda. Buena muestra de ello es el libro que comentamos, debido a la pluma del Abogado del Estado y hasta hace poco Profesor Adjunto de Derecho Administrativo de Zaragoza, VÍCTOR MENDOZA OLIVÁN. Este trabajo, prologado por el catedrático AURELIO GUAITA MARTORELL, pese a ser una tesis doctoral, realizada con la ayuda de la Fundación "Juan March", es una obra profunda y madura. En buena prosa, y con magnífica técnica jurídica, estudia, en el capítulo I, el concepto del deslinde administrativo, y, en el siguiente, sus presupuestos; el capítulo III lo dedica a exponer la naturaleza jurídica, y los dos últimos a la eficacia del deslinde administrativo. Se cierra el libro con unas 50 páginas, en las que recopila la legislación reguladora del deslinde de los bienes de la Administración en el Derecho español.

2. *El tema y su importancia*.—Uno de los muchos aciertos del libro es el de haber incidido directamente en un asunto vivo, caliente y polémico, que en los últimos años ha alcanzado una indiscutible importancia práctica. Y así se ha dado la circunstancia que casi simultáneamente—lo que ha debido de impedir a nuestro autor el conocerla—ha sido publicada otra monografía importante sobre el mismo tema. Nos referimos a la tesis doctoral de ENRIQUE RIVERO YSERN. *El deslinde administrativo*, editada por el Instituto "García Oviedo", de la Universidad de Sevilla, en el año 1967.

Otra prueba de lo que decimos es el desafortunado Proyecto de Ley de Costas, actualmente sometido a estudio de las Cortes Españolas, que parece una precipitada y unilateral reacción a la importante Sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1967, la que, como es sabido, decide la posibilidad de propiedad privada en la zona marítimo-terrestre. Aunque es cierto que donde se plantea con mayor virulencia la colisión entre las propiedades públicas y privadas, a la par que sus consecuencias económicas son más decisivas, es en dicha zona, no menos cierto es que tal Proyecto de Ley—al no ponderar debidamente los intereses y derechos en juego, por su manifiesta unilateralidad—tendrá que sufrir importantes modificaciones en la Cámara legislativa. Ya que como dice ese inteligente administrativista que es LORENZO MARTÍN-RETORTILLO: "No creo que el sacrosanto derecho de la propiedad y su cancerbero el Registro de la Propiedad vayan a poder ser afectados en la manera prevista en el Proyecto de Ley de Costas.

Al fin y al cabo, la propiedad es la propiedad, y la propiedad privada dicta todavía sus leyes" ("Revista de Administración Pública", mayo-agosto, 1968, pág. 556).

3. *Un ligero comentario crítico.*—Aunque al hacer las recensiones no soy partidario de convertirlas en apologías más o menos publicitarias, estamos ante un caso que es de la más estricta justicia elogiar el estudio de MENDOZA OLIVÁN. En efecto, ha sabido elegir un tema actual y trascendente y le ha trabajado con una depurada técnica que le ha permitido lograr una importante construcción jurídica. Ha sabido manejar una copiosa bibliografía jurídica latina, sin caer en el peligro de dar a luz un libro simplemente erudito; bien al contrario, hay en él muy valiosos y originales hallazgos interpretativos y son muchos los cauces y caminos nuevos que apunta o abre. Es válido el juicio que nos da GUARITA en el prólogo: "Un libro, de verdad, muy importante; un libro muy bueno, de verdad."

Nos interesa resaltar aquí, dada la publicación a la que van destinados estos elementales apuntes, la acertada interpretación que hace, en las páginas 199-205, del principio de legitimación y de su aplicación a las inscripciones de inmatriculación, así como la crítica que realiza de algunas resoluciones jurisprudenciales. Al tratar de la muy probable ilegalidad del párrafo 1.º del artículo 111 del Reglamento de Montes, se inclina a la opinión favorable a su legalidad, pero dice: "... no se comprende cómo la inscripción de un bien patrimonial en un Registro administrativo (el Catálogo) puede privilegiar a los actos por los que se procede a su deslinde hasta el punto de dotarles de eficacia frente al Registro de la Propiedad..." (pág. 205).

También es notable, en la obra que recensionamos, el adecuado manejo de la jurisprudencia de nuestros Tribunales. A la que alguna vez acusa de ser poco generalizadora. Para mí esto es una virtud, ya que los fallos judiciales deben siempre de tener una buena dosis de pragmatismo, de realismo, y más en los vidriosos problemas de los deslindes administrativos, en los que se entrecruzan una serie de principios jurídicos con otros socio-económicos. Esto nos lleva a exponer, con un poco de detenimiento, una objeción general y algunas concretas al valioso libro de MENDOZA OLIVÁN.

4. *Una objeción general.*—Es una pena que una materia tan viva como el deslinde administrativo haya sido tratada casi exclusivamente con el frío—aunque estupendamente manejado—escalpelo de la más puritana técnica jurídico-positiva. El cariño que todo autor siente—como los biógrafos por su personaje—por su tema; la idea, acaso subconscientemente preconcebida, de la absoluta prevalencia de lo público y de la supereficacia del deslinde administrativo, y la carencia de datos y consideraciones metajurídicas, han hecho que el libro que comentamos sea parcial. Alguien tal vez lo calificase, peyorativamente, de frío derecho de profesores.

Estimo que, en una visión total de la materia, es preciso residenciar el problema en un plano más elevado. Deben de ponderarse con escrupulosidad todos los derechos, intereses y posiciones que actúan en el supuesto. Indiscutiblemente, en la colisión debe de vencer el interés público; pero, ¿dónde está el interés público? ¿En una creciente y amortizada propiedad estatal que no cumple su función social? ¿En una ágil y constructiva propiedad privada que, sin obstaculizar los fines de la Administración, crea riqueza y prosperidad? Las fuentes de riqueza siempre—y más aquí y ahora—deben de actuarse inmediatamente para satisfacer las necesidades de los hombres, llegando, si fuere preciso, a

socializarlas; pero esto, claro está, poco tiene que ver con la estatización—en su doble sentido: propiedad del Estado e inmovilización de tal propiedad—creciente que, a través del criterio expansivo del dominio público y de un régimen jurídico excesivamente privilegiado, para los inmuebles pretenden algunos administrativistas.

Creo, por consiguiente, que, en el deslinde administrativo en que rozan y rechinan constantemente los intereses públicos y privados, es preciso colocarse objetivamente en el fiel de la balanza y considerarlo con una perspectiva que no sea exclusivamente jurídico-positiva. No olvidemos, además, que, en muchas ocasiones, el conflicto se plantea solamente entre intereses públicos: Administración Central, Local u Organismos paraestatales. Y tampoco que, junto con usurpaciones de los particulares, se dan en los deslindes auténticas expoliaciones contra éstos. Conviene recordar, ya que no lo hace el autor, que muchos de los ataques que sufre la integridad del dominio público van por distintos caminos que el de los pronunciamientos registrales. Estoy convencido que una buena medida para la eficacia y la justicia de los deslindes administrativos sería encargar de su realización a algún organismo independiente en el que estuviesen representados la Administración, los particulares y la función pública autenticadora (de cuya independencia luego hablaré); algo de esto, y con éxito, se ha realizado en la composición de los Jurados Provinciales de Expropiación, que creó la Ley de 16 de diciembre de 1954.

5. *El artículo 5.º del Reglamento Hipotecario.*—Al plantearse MENDOZA el problema de la prevalencia de la protección registral dispensada a los terceros que adquieren con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria respecto de bienes legalmente configurados como demaniales, le resuelve a favor de la inaplicación de la fe pública registral, basándose exclusivamente en lo preceptuado en el número 1.º del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario. Esta simplista solución que, si no recordamos mal, inició CLAVERO ARÉVALO, en su trabajo *La inalienabilidad del dominio público* ("Revista de Administración Pública", enero-abril, 1958, pág. 77), carece, en mi opinión, de argumentos sólidos y válidos para poder mantenerse. Un desafortunado precepto reglamentario es claro que no puede modificar las normas fundamentales de un principio básico de la seguridad jurídica de la comunidad.

La interpretación lógica y sistemática del artículo 5.º que examinamos le quita toda eficacia. Dentro del mismo Reglamento hay muchos artículos—17, 30, 32, 63, 303...—que, más o menos directamente, disponen otra cosa; la legalidad del precepto que criticamos es muy discutible, por oponerse al artículo 206 y algunos otros de la Ley Hipotecaria. En numerosas Leyes especiales se contradice, también, tal prohibición (a vía de ejemplo, la obligada inscripción de los montes catalogados de utilidad pública pertenecientes a la provincia que, legalmente, tienen la naturaleza de bienes de dominio público).

Arroja mucha luz sobre el artículo 5.º una interpretación histórica de su origen. Su antecedente inmediato es el Decreto de 11 de noviembre de 1864, el cual estableció la obligatoriedad de la inscripción de los bienes del Estado y de las Corporaciones civiles, y, en su artículo 3.º, exceptuó de la obligatoria inscripción registral ordenada a los inmuebles de "uso común y general". El Reglamento Hipotecario de 1915 recoge el contenido del citado Decreto, pero de una manera tan desafortunada, que lo que era una excepción a la obligatoriedad de inscribir, lo transforma—por arte de birlibirloque—en una prohibición de hacerlo.

Por otra parte, la casi unánime tendencia de la doctrina moderna,

especialmente a partir de los trabajos de HAURIU, a considerar el dominio público como una auténtica propiedad, y la tendencia aproximativa entre los regímenes a que se hallan sometidos los bienes patrimoniales del Estado y los de dominio público, hacen que deje de tener justificación actual el artículo 5.º del Reglamento. Por ello LORENZO MARTÍN-RETORTILLO ("Revista de Administración Pública", septiembre-diciembre, 1967, pág. 539) se plantea el problema "de hasta qué punto sigue teniendo sentido la regla de la no inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes de dominio público", y cita, al efecto, los *Apuntes de Derecho administrativo*, de VILLAR PALASÍ—en ed. lit., que no he podido conocer—, tomo X, págs. 68-9.

Los mejores juristas, la más destacada doctrina administrativa, nos habla de la "escala de la demanialidad", no como una referencia meramente académica. Se trata, realmente, de que, dentro de los bienes de dominio público, se da una gradación en cuanto a su régimen jurídico especial.

Ante los problemas de interpretación que suscita el artículo que examinamos y ante el cambiante concepto del dominio público—que, si bien es verdad que está en periodo de fermentación, es claro que su régimen se dirige tendencialmente al de los bienes patrimoniales en su moderna regulación—, creo tienen la obligación todos los Registradores de la Propiedad de inscribir los bienes de dominio público, cuya documentación se presente a despacho. Claro está que los bienes de dominio público auténticamente natural, aquellos que de hecho son en verdad *res extra commercium*, no se inscribirán; pero esto sería así por la falta de las circunstancias físicas u objetivas que la legislación registral exige para la inmatriculación. Es, pues, no sólo justificable, sino alabable, la añeja práctica registral de inmatricular los bienes de dominio público artificial. Y decimos alabable, ya que de su inscripción nace una auténtica protección de los bienes de dominio público, tan eficaz o más que esas alisonantes declaraciones legales—imprescriptibilidad, inalienabilidad...—a las que la vida vencerá siempre a través de muchos caminos: desafectación tácita, ineficacia administrativa...

Las ventajas de la inscripción, directa o indirectamente, para proteger el patrimonio de la Administración son evidentes. No voy, por supuesto, a repetir la historia sobre la inscripción de los montes catalogados, que demuestra la evidencia de lo que sostengo. Las ventajas que dan los pronunciamientos registrales garantizarían la conservación de los bienes de dominio público, al publicar su inalienabilidad y su imprescriptibilidad. La Administración tendría un alicata más para proceder al rápido deslinde de sus bienes de toda clase—operación previa a su inmatriculación—que es muy necesario efectuar en el espacio de tiempo más breve posible.

Varias son las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que, de un modo más o menos tangencial, apuntan la necesidad de inscribir los bienes de dominio público—no olvidemos que, como dice GUARÁ, en el prólogo de la obra que comentamos: "Más o menos, todos los bienes de la Administración son de dominio público"—, y de ellas resalto las de 14 de diciembre de 1953 y 24 de noviembre de 1964.

Quiero expresar, un poco como resumen de este apartado, mi extrañeza ante la posición de algunos administrativistas, entre los que parece encontrarse nuestro autor, de fundamentar en el muy endeble artículo 5.º del Reglamento Hipotecario una postura atentatoria al superior principio de fe pública registral, postura que, a la larga, atenta gravísimamente a la integridad y conservación de los bienes de dominio público al no inscribirlos.

6. *La naturaleza del procedimiento registral.*—En opinión de MENDOZA, la inscripción en el Registro de la Propiedad es, en nuestro sistema, un acto administrativo y extrae de esta posición unas conclusiones que, según mi leal saber y entender, son desacertadas respecto al valor de los asientos registrales. Esta doctrina la considero como la más débil y menos trabajada de la monografía que recensiono. Y baso esta afirmación en que el autor la expone un tanto provisionalmente, casi como de pasada, en las notas de las páginas 194 a 196, llegando a afirmar en la nota 50 —posiblemente el único *lapsus* en un libro tan bien construido—que LACRUZ BERDEJO considera la inscripción como acto administrativo y que esta opinión es usual en la doctrina. Esto es erróneo, y si bien la referencia que hace a la página 401 de la 2.ª edición de las *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, de LACRUZ, es exacta, la verdad es que lo que opina LACRUZ es totalmente lo contrario. Para el gran catedrático de Zaragoza, la naturaleza del procedimiento registral es de jurisdicción voluntaria (véase en las mismas *Lecciones*, la pág. 388) o un *tertius genus*; es “una figura autónoma. Pretender hacerle perder sustantividad por el afán de clasificarla es, a mi modo de ver, ir contra la mente del legislador y de la ley.” (“Jurisdicción y Administración en el Registro de la Propiedad”, Ponencia presentada en el I Congreso Registral, 1961, pág. 23, y sostiene la misma doctrina en el “Derecho Inmobiliario Registral”, que, en colaboración con SANCHO REBULLIDA, ha publicado en 1968 en Barcelona, principalmente, pág. 348). Similar postura tiene la mayor y mejor doctrina. Esta posición equivocada hace preguntarse a nuestro autor, con voz de GUARÁ, cómo “un servicio público innegable y como tal administrativo, puede llegar a convertirse en arma contra la Administración que lo creó, disciplina y rige”. La contestación no puede ser más sencilla, precisamente porque no es un servicio administrativo. Es una función autenticadora, que exquisitamente equilibra las posiciones de intereses antagónicos.

El Registro de la Propiedad no es una parte de la Administración, considerada ésta en sentido estricto. La total libertad e independencia de la calificación registral lo prueba suficientemente. Piénsese, por ejemplo, que el Registrador puede denegar la inscripción de una compraventa realizada por el Ministerio de Justicia, y el recurso contra la calificación se resolvería, en la forma ordinaria, por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Y es que no hay jerarquía administrativa en el proceso de calificación.

Uno de los problemas más graves que tiene presentado el mundo moderno es el dilema entre autoridad y libertad, entre individuo y sociedad, entre valores personales e intereses comunitarios. La vetusta teoría de la división de poderes es ya insuficiente para garantizar las libertades individuales y está en vías de superación. El poder del Estado se debe de desarrollar en diversas funciones que mutuamente se contrapesen. Una de estas funciones, cuya formulación se halla aún en período embrionario, es la autenticadora, o, como algunos la llaman, legitimadora. Es un control horizontal, libre e independiente de la Administración. “El instinto popular comprende—como nos dice TIRSO CARRETERO en un trabajo inédito—que el contrato entre el ciudadano y la Administración debe ser autenticado por otro Órgano imparcial del Estado, ya que de poco vale un perfecto montaje de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si todas las pruebas preconstituidas que han de llegar al Tribunal lo han sido por una de las partes.” Y añade: “La Ley y la Justicia, juntas, serán impotentes para dar su derecho al particular, si este derecho ha sido previamente configurado y autenticado por su futuro adversario: la Administración.”

Una clara manifestación de la función autenticadora es la mal lla-

mada jurisdicción voluntaria que tantas analogías y conexiones tiene con las actividades notarial y registral (cfr., por todos, JAIME GUASP: *Derecho procesal civil*, 3.ª ed., II, Madrid, 1968, en especial, pág. 949), cuyo examen no procede hacer en estos momentos.

La existencia de estos Organos imparciales, de independencia plena y garantía máxima, tienen que tener una posición funcional que garantice *a priori* su actuación imparcial. Si el Ejecutivo quiere una mayor adhesión del administrado, debe de dejar fuera de él las funciones autenticadoras, legitimadoras y de publicación y prueba de las relaciones jurídicas, no sólo de aquellas totalmente privadas, sino muy principalmente cuando la Administración roza, toca o afecta a los derechos o propiedades de los particulares. Esta función autenticadora, plenamente independiente, existe, con unos u otros matices, en todos los Estados de Derecho. Y en España, su actuación ejemplar y libre ha conseguido una armonización y flexibilidad en las posiciones públicas y privadas verdaderamente destacable. Los Agentes de Cambio y Bolsa, los Correedores Oficiales de Comercio, los Notarios y los Registradores de la Propiedad, son en nuestro país los principales funcionarios que—a través de un régimen especial que asegura su total independencia funcional y económica—han logrado una perfecta articulación de ambas posiciones en juego.

No creemos, por tanto, acertado atacar los pronunciamientos del Registro, ya que éstos pueden, si la Administración es eficaz y justa, proteger decisivamente sus legítimos intereses, sin perjuicio real ni aparente de los derechos y valores personales.

* * *

Es ya hora de terminar esta recensión. Pido perdón al lector, por su desmesurada extensión; pero el notable libro de MENDOZA OLIVÁN, tan lleno de doctrina y sugerencias, obliga a dedicarle el amplio espacio que se merece.

IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA.

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Julio-septiembre 1968.

Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente, por José Luis Lacruz Berdejo, páginas 513 a 550.

Preterición y desheredación, dice el autor, presentan una diferencia fundamental con sus homónimas del Código civil, nacida de la falta de legítima material en Aragón. En el Código, ambos institutos constituyen infracción de pretensiones sustanciales propias individualmente del preterido o desheredado, mientras en Aragón, ninguno de ellos constituye por sí, infracción material, que cuando existe, es un fenómeno accesorio.

El reconocimiento incidental de la paternidad natural, por Jesús Díez del Corral Rivas, págs. 551 a 578.

Ante la posibilidad evidente de reconocimientos incidentales en nuestro Derecho, el autor se plantea el problema concreto de sus efectos, en sí mismo, y en relación con el reconocimiento directo. Estudios, en una palabra, el régimen jurídico en nuestro Derecho positivo de los reconocimientos inci-

dentes, distinguiendo el doble supuesto de que se haga en escrito indubitado o en documento público.

Imputabilidad y responsabilidad objetiva, por Mariano Fernández Martín-Granizo, págs. 579 a 606.

Los contratos aleatorios, por Rafael Álvarez Vigaray, págs. 607 a 642.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Número 76, julio-agosto 1968.

Sobre la Ley Tributaria (Nota a una vieja polémica), por Javier Lasarte, págs. 749 a 782.

El nivel de racionalidad técnico fiscal del sistema tributario español, por Francisco Guijarro Arrizabalaga, págs. 783 a 798.

El llamado "ingreso sobre la publicidad radiada", por José María Martín Oviedo, págs. 799 a 838.

**REVISTA DE DERECHO
MERCANTIL**

Número 108, abril-junio 1968.

Los orígenes de la sociedad de responsabilidad limitada en España: el Proyecto de Fabra, por Carlos Prieto González, págs. 215 a 245.

Algunos problemas en materia de prórroga y reactivación de Sociedades, por Antonio Pérez de La Cruz Blanco, págs. 247 a 306.

**REVISTA DE DERECHO
PRIVADO**

Noviembre 1968.

Interés público e interés privado en la "servitus altius non tollendi", por José Antonio Doral, páginas 923 a 954.

El régimen jurídico de las servidumbres voluntarias se asentó tradicionalmente sobre el doble pilar del contrato y la voluntad, pero hoy se va abriendo paso una nueva justificación de este instituto en la idea de servicio o solidaridad entre la propiedad inmobiliaria. El autor se plantea el problema de cómo conciliar en el tipo examinado la ventaja que procura su ejercicio al fundo dominante, con el interés social de dar impulso a la edificación y remover en la medida de lo posible cuantos obstáculos se opongan *de jure* o *de facto* a solventar el que ha dado en llamarse problema de la vivienda.

Sobre la "nulidad" del artículo 1.494 del Código civil, por Juan Gómez Calero, págs. 955 a 967.

En este trabajo se busca una correcta interpretación de la citada norma del Código, como premisa necesaria para fijar posteriormente sus efectos. A juicio del autor, el párrafo primero del precepto trata realmente de nulidad, mientras que el segundo envuelve un supuesto de anulabilidad, dando lugar a dos acciones distintas, imprescriptible la primera y sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años a contar de la consumación de la compraventa, la segunda.

Diciembre 1968.

El supuesto de hecho y el mandato como elementos de la norma jurídica en el Derecho transitorio e internacional, por Mario Riondón, págs. 1.029 a 1037.

La transmisión hereditaria de la posesión en el Derecho comparado, por Angel Cristóbal Montes, págs. 1037 a 1062.

Enero 1969.

La descivilización del Derecho, por Angel Martínez Sarrión, págs. 5 a 25.

Aplicación del artículo 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por Salvador Bernal Martín, páginas 25 a 32.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 10, octubre-diciembre 1968.

Reflexiones sobre la defensa de grupos en el planeamiento, por Lisa R. Peattie, págs. 13 a 30.

Aspectos jurídicos del patrimonio municipal del suelo, por Alfonso Pérez Moreno, págs 31 a 71.

Problemas de la planificación urbanística privada, por Giancarlo Mengoli, págs. 73 a 87.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 64, julio-septiembre 1968.

Perspectivas generales de la reforma de estructuras agrarias, por Alejo Leal García, págs. 7 a 33.

Este trabajo es el texto de la ponencia presentada por el autor a la Semana Hispano-francesa de Derecho agrario celebrada en Mérida el mes de mayo del pasado año. El autor apunta como presupuestos necesarios de la reforma: elaborar un sistema de normas que regulen el destino del suelo rústico, fomentando la transformación de los cultivos e imponiendo la mejora forzosa de los predios cuando se estime necesaria; reformar la estructura de la división del suelo en fincas y parcelas, y, finalmente, una regulación especial de la propiedad rústica distinguiendo suelo y explotación y redimiendo las cargas perpetuas.

La incertidumbre y las fluctuaciones de los precios agrarios, por Pedro Caldentey Albert, págs. 37 a 60.

Un modelo de producción aplicado al ganado vacuno, por José Luis de Miguel Arenal, págs. 63 a 75.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Octubre 1968.

La relación entre Derecho civil y Derecho mercantil, por Enrique Lalaguna Dominguez.

Sin perder de vista su unidad temática y recíprocas implicaciones el autor estudia en el presente trabajo tres cuestiones fundamentales: a) El significado del Derecho mercantil como disciplina autónoma dentro del sistema del Derecho privado. b) La existencia en nuestro ordenamiento de una legislación especial sobre materia mercantil al lado de la legislación privada común. c) Las alteraciones que la experiencia jurídica contemporánea, y singularmente la realidad económica y social de la empresa, viene a introducir en el planteamiento clásico de ambas disciplinas.

Noviembre 1968.

El Derecho de familia en Aragón, por Luis Martín-Ballester, págs. 587 a 660.

La dote. Reflexiones sobre su naturaleza, por Eduardo Vázquez Bote, págs. 661 a 683.

Documentado trabajo en el que el autor, siguiendo las orientaciones de García Trevijano, estudia la naturaleza de la dote aportada por los padres (obligación legal o

carga, salvo en lo que supere la mitad de la legítima que será donación simple o por razón de matrimonio); la voluntaria consignada por los padres, parientes, extraños o el marido antes de celebrarse el matrimonio (cuya naturaleza es semejante a la de las mal llamadas donaciones causales); la establecida por la mujer (en la que nunca puede hablarse de donación, sino más bien de un negocio de administración cuya naturaleza varía con la de los bienes que intervienen en ella), y, finalmente, la constituida por el marido (conjunción de negocios de donación y administración).

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Octubre-noviembre 1968.

Indemnización objetiva y seguro obligatorio en accidentes de circu-

lación, por Francisco Miguel Sánchez Gamborino, págs. 926 a 940.

Diciembre 1968.

El gran comodín de la disposición transitoria sexta del texto refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las sucesiones y sobre las transmisiones patrimoniales, por José Menéndez, págs. 1134 a 1147.

La parcial derogación de disposiciones anteriores a que con tanta frecuencia nos tiene acostumbrados la legislación fiscal, suscita la crítica negativa del autor. Por ejemplo, el amplio alero legal de la disposición transitoria citada cobija, entre otros, los preceptos relativos a las moratorias, sobre los que expone su particular y discrepante punto de vista.

F. M. C.

