

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLIV * Noviembre-Diciembre 1968 * Núm. 469

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo; y

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

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

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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

Precio : 200 pesetas al año.

Número suelto : 50 pesetas.

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

Depósito legal: M. 968.—1958

Bolaños y Aguilar, S. L. - General Sanjurjo, 20. - Madrid, 1968.

SUMARIO

	<u>Págs</u>
ESTUDIOS :	
“Los efectos jurídicos del Catastro”, por ALFREDO MASSART	1461
“Los terceros registrales o internos”. por ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA	1493
NOTAS :	
“Nuestro Derecho hipotecario tiene por objeto principal proteger al adquirente de buena fe, mediante título oneroso que se acoge al Registro de la Propiedad”, por MANUEL VILLARES PICO	1537
LEGISLACION :	
“Crónica legislativa”, por FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL	1557
JURISPRUDENCIA :	
I.—Jurisprudencia monográfica:	
“El legado de parte alicuota”, por JOSÉ CERDÁ GIMENO ...	1571
II.—Resoluciones y Sentencias:	
I.—Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO	1623

II.—Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ y JOSÉ CERDÁ GIMENO 1639
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ 1695

LIBROS:

- “Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui”, de NATALINO IRTI, por TERESA PUENTE MUÑOZ 1703
- “La enfiteusis en el Derecho civil de Baleares”, de ENRIQUE LALAGUNA, por JAVIER NAGORE YARNOZ 1711
- “Normas procesales de especialización en propiedad intelectual”, de J. MOLAS VALVERDE, por JOSÉ CERDÁ GIMENO 1713
- “Le dichiarazioni non negoziali di volontà”, de VICENZO PANUCCIO, por PEDRO A. FERRER SANCHÍS 1717
- “Ricerche intorno al beneficium inventarii”, de ROBERTO REGGI, por MARIANO ALONSO PÉREZ 1720
- “Derecho Hipotecario”, de RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ 1722
- “Estudio sobre la discriminación contra las personas nacidas fuera de matrimonio”, de VIENO VOITTO SAARIO, por PEDRO A. FERRER SANCHÍS 1728
- “Le quote di eredità nella successione legittima e testamentaria”, de UBALDO SCALABRINO, por MARIANO ALONSO PÉREZ 1729
- “Le refus de contracter”, de J. CH. SERNA, por TERESA PUENTE MUÑOZ 1731

- REVISTAS: 1739

ESTUDIOS

o

.

.



Los efectos jurídicos del Catastro (*)

SUMARIO: 1. Premisa. 2. Consideraciones de carácter general sobre la estructura y la función del Catastro y del *Grundbuch* alemán. 3. El problema de la eficacia probatoria de los datos catastrales y su importancia en el Ordenamiento jurídico italiano. 4. El movimiento legislativo anterior a 1886 y la disciplina de la Ley de 1 de marzo de 1886, número 3682. 5. Examen del artículo 1.º de la Ley de 1886 en relación con el problema del procedimiento de determinación. 6. El criterio de la representación geométrico-parcelaria. 7. Estudios y tentativas de superación de la situación actual. 8. El movimiento para la creación del libro fundiario en Italia, en conformidad con el proyecto de 1947 de la Comisión ministerial presidida por el senador Azara.

1. PREMISA.

La importancia que reviste el problema relativo a la exacta determinación de los bienes, y, en particular, de los bienes inmuebles, es obvia. No es tan obvio, por el contrario, el problema relativo a la eficacia probatoria de los certificados catastrales y, en consecuencia, su relevancia jurídica a los fines de la determinación de que se habla.

Creemos, sin embargo, oportuno, antes de afrontar—en su lugar adecuado—la cuestión desde el punto de vista técnico jurídico, a la luz de la doctrina y jurisprudencia más recientes, realizar una investigación lo más concreta y puesta al día que sea posible sobre el aspecto de la evolución histórica del Catastro; una investigación desde hace mucho tiempo descuidada, y que constituye, en nuestra opinión, la necesaria premisa para una exacta solución de los problemas jurídicos relacionados con la eficacia

(*) Trabajo publicado en la «Rivista di Diritto Agrario», año XLIV, fascículo 3-4, julio-diciembre 1965. Traducción de Jesús Delgado Echeverría.

probatoria de los datos catastrales en el ámbito de la exacta determinación de los bienes inmuebles a que se refieren.

2. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL SOBRE
LA ESTRUCTURA Y LA FUNCIÓN DEL CATASTRO
Y DEL «GRUNDBUCH» ALEMÁN.

Desde los tiempos más remotos, si se examinan los Ordenamientos jurídicos de los diversos países, encontramos que los bienes han constituido siempre indiscutiblemente uno de los puntos más interesantes en relación al *objeto*, y por parte de los diversos estudiosos y legisladores se ha tratado de dictar reglas y normas que pudiesen servir para una exacta representación de cada bien en particular. Esta pretensión de «certeza» (1), si bien se encuentra recogida en todos los Ordenamientos jurídicos modernos, no ha sido, sin embargo, observada siempre y plenamente satisfecha, por razones a veces inexplicables y no precisadas, pero más a menudo por motivos de obsequio al planteamiento tradicional y por contingencias de carácter histórico.

La literatura jurídica y la legislación alemanas han de considerarse hasta el presente como las más avanzadas en la solución de este problema.

El libro fundiario, a diferencia del Catastro italiano, es de «alcance real», si se puede decir así, porque la principal característica del sistema librario alemán está constituida por el hecho de que la inscripción en el libro fundiario tiene eficacia «constitutiva», en cuanto que sólo con ella puede considerarse transmitido o adquirido un derecho sobre bienes inmuebles, y esto tanto con respecto a las partes como frente a terceros.

Estas *tabulae*, que en vez de ponerse a nombre de los propietarios se abren a cada fundo, ofrecen, *ictu oculi*, la posibilidad de

(1) Cfr. LONGO, voz *Certezza del Diritto*, en «Noviss. Dip. It.», vol. III, página 125: «A este propósito, es completamente pacífico que usando el término certeza del Derecho no se habla de certeza en el sentido de una calificación del conocimiento concreto que el sujeto tenga del Derecho, sino en sentido de una calificación objetiva del Derecho mismo».

Sobre el tema, véase también LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del Diritto*, II ediz., Roma, 1950; CARNELUTTI, *La certeza del Diritto*, en «Riv. Dir. Proc.», 1943, I, 81; BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960.

apreciar la representación histórica de las vicisitudes y del estado actual de la propiedad fundiaria: cada parcela de terreno se toma en consideración por sí misma, en folios adecuados subdivididos en columnas, en los que se anotan las diversas transmisiones de propiedad, las eventuales constituciones de derechos reales de goce o de garantía.

Los criterios que informan la legislación de tipo germánico son muy distintos de los que constituyen las bases del sistema de tipo francés (2), en que se inspira también el nuestro.

A diferencia de lo que sucede en nuestro sistema, en los llamados libros fundiarios no se transcriben los actos, sino los derechos por ellos constituidos y modificados; no se transcribe, en suma, el contrato de compraventa (art. 1.470 del Código civil), sino que se inscribe el derecho de propiedad constituido a favor del comprador (art. 832 del Código civil).

Los libros fundiarios alemanes están tutelados por garantías jurisdiccionales, en cuanto que no puede introducirse en ellos ninguna modificación sin una resolución del juez, que está encargado del examen dirigido a reconocer la validez intrínseca y formal de la demanda y de los documentos en que se basa. Se da así plena garantía de la exactitud de sus inscripciones, a las que la Ley atribuye fe pública.

Proceder, en este lugar, a un examen particularizado del mecanismo que disciplina el sistema de dichos libros fundiarios, y detenerse en analizar los diversos supuestos de aplicación práctica con sus correspondientes desarrollos y modificaciones legislativas, parece completamente superfluo, porque nos llevaría demasiado lejos del tema que nos hemos fijado.

En conclusión, bastará recordar que un sistema así concebido permite establecer de modo preciso e indiscutible los datos referentes al terreno y sus posteriores modificaciones. La doctrina italiana generalmente concuerda en considerar que, tal como está

(2) Las legislaciones comúnmente llamadas de tipo *latino*, si se atiende a las normas sobre la adquisición de la propiedad, deben ser llamadas más precisamente de tipo *francés*, porque franceses son el concepto y el sistema, imitados más tarde por otros Ordenamientos jurídicos de varias naciones europeas, entre las cuales recordamos principalmente: Bélgica, Portugal, Bulgaria, Grecia, Luxemburgo, España, Holanda, Rumania; además, naturalmente, de Francia e Italia.

concebido, este libro fundiario constituye el *registro de estado civil* de la propiedad inmueble.

El sistema de publicidad inmobiliario adoptado por nuestro Ordenamiento pone, por el contrario, de relieve, como veremos, el aspecto personal de las vicisitudes relativas al bien-objeto.

El examen comparativo de los dos Ordenamientos, por más que ponga claramente de manifiesto la bondad de las instituciones y la seguridad con que puede atenderse a los datos del *Grundbuch* alemán, no puede servir para colmar las lagunas de nuestro Ordenamiento, puesto que, en Italia, en el actual momento histórico, si bien es posible *de iure condendo* tomar conciencia de las condiciones y de las experiencias de un Ordenamiento jurídico más avanzado, no nos es permitido recurrir *sic et simpliciter* al camino trazado por este último, sobre todo en razón del distinto planteamiento de nuestro Ordenamiento, que a menudo se encuentra muy apartado de la concepción normativa germana. Una de las principales razones que se oponen a una reforma del sistema vigente, modelada sobre la concepción germana, es el incondicional aferramiento al principio de la «transmisión consensual del derecho de propiedad» (art. 1.376 del Código civil), que, indiscutiblemente, se ha colocado en la base de nuestro Ordenamiento jurídico, y se considera como una segura superación y una conquista del progreso normativo con respecto al Derecho romano (3).

Nos parece exacto, en consecuencia, afirmar que, dada la plenitud del Ordenamiento jurídico italiano, es posible buscar en el mismo aquellos elementos que pueden contribuir a resolver el problema.

(3) El jurista romano del periodo tardo, quizá inconscientemente, en su simplicidad de técnico del Derecho, conseguía evitar la actual situación, ya que no se contentaba con el puro consentimiento, sino que para la adquisición de la propiedad exigía, además del acuerdo de las partes, la formalidad de la *traditio*: «*traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*» (Leg., 20, Cod. de Pact., II, 3).

En sentido conforme se manifiesta también DI MARZO, el cual añade: «La *traditio* era modo de enajenación *naturali iure*» (Gal, 2, 19, 65). V. *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1946, págs. 242 y sigs.

3. EL PROBLEMA DE LA EFICACIA PROBATORIA DE LOS DATOS
CATASTRALES Y SU IMPORTANCIA EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ITALIANO.

El artículo 2.826 del Código civil vigente, al precisar cuáles deban ser las indicaciones del inmueble hipotecado, dice que, en el acto de concesión de la hipoteca (título), el inmueble debe designarse específicamente con la indicación de su naturaleza, del *Comune* en que se encuentra, del número del Catastro o de los mapas catastrales y de al menos tres de sus linderos.

Un atento examen del artículo 2.826 muestra cómo deja sin resolver algunos problemas que pueden sintetizarse así: la detallada descripción requerida, y la escrupulosa consulta de los datos catastrales, ¿pueden dar siempre la certeza absoluta sobre la identidad del inmueble? (4). Y, en consecuencia, ¿qué efectos debe atribuir el Juez a los certificados del Catastro?

La interrogación que se abre no es otra cosa que el fruto de la imperfecta y lagunosa legislación emanada hacia la segunda mitad del siglo pasado y, por desgracia, nunca completada.

Antes de cualquier otra consideración, será oportuno advertir que cada fundo constituye una unidad física y económica, que asume, considerada en relación al Ordenamiento jurídico, una precisa individualidad, y que tal individualidad, referida directamente al bien, no es un reflejo de la subjetividad de su titular (5).

En la actual jurisprudencia judicial se plantea a menudo el problema de la divergencia que a menudo se manifiesta entre la determinación del objeto realizada por las partes en los negocios jurídicos y la real individuación del bien, con las consecuencias que es fácil imaginar. La práctica cotidiana nos enseña cómo frecuentemente sucede que la declaración emitida por las partes en el contrato, a fin de determinar el bien que es objeto del mismo, no corresponde a la realidad externa.

(4) Sobre esto cfr. MESSINEO, *Problemi sulla identità delle cose e delle persone nel Diritto privato*, en «Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania», 1949-1950, pág. 67.

(5) Cfr. AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, página 52.

Sobre este tema comenzaremos diciendo que el Catastro fue instituido con la Ley de 1 de marzo de 1886, número 3.682; Ley que, aun haciendo nacer muchas esperanzas, produjo en la práctica efectos muy limitados, ya que nunca se dio ejecución a la norma contenida en el artículo 8, que preveía, a fin de determinar de una vez para siempre los efectos jurídicos del Catastro, la promulgación de una Ley que nunca fue aprobada por el Parlamento.

Parece oportuno sumarse a la opinión de quienes piensan que el Catastro debe servir, sobre todo, para hacer más fácil el procedimiento dirigido a la imposición de tributos, y que es legítimo buscar en él una contribución válida para la equitativa distribución tributaria; pero no podemos menos de disentir de quienes olvidan la finalidad de que habla el artículo 1.º, número 1, de la Ley, es decir, la determinación de la propiedad inmueble y de sus modificaciones.

Esta función, que constituye el complemento lógico y necesario del sistema, adquiere un papel de primera importancia en la resolución de las eventuales controversias, contribuyendo también, en la medida de lo posible, a impedir que surjan.

Pero, por desgracia, nos estamos dando cuenta de que, no habiendo precisado la Ley los que habrían debido ser sus efectos jurídicos, el fin de que hablamos no se ha alcanzado y esto también en razón de lo inadecuado de los medios y de los procedimientos usados para la confección del Catastro, que, si teóricamente pueden considerarse idóneos, muchas veces, en su aplicación concreta, no se han mostrado tales.

Se observa comúnmente que pretender asignar determinados efectos jurídicos al Catastro, cuando éste no está preordenado a producirlo, es por lo menos simplista, y admisible únicamente desde el punto de vista teórico-doctrinal. ¿Cómo se podría decir, en efecto, que el Catastro debe ser *probatorio*, es decir, elevado al grado de presunción *iuris et de iure* de la propiedad, si no está formado con sistemas aptos para expresar de modo seguro la relación entre el sujeto y el objeto del derecho? (6).

(6) BIANCHI, *Il catasto nei suoi effetti giuridici*, Pisa, 1892, pág. 9.

4. EL MOVIMIENTO LEGISLATIVO ANTERIOR A 1886
Y LA DISCIPLINA DE LA LEY DE 1 DE MARZO
DE 1886, NÚMERO 3.682.

Conviene exponer algunos datos referentes al perfil histórico de esta evolución legislativa, dirigida a alcanzar una perfecta o al menos idónea regulación de la materia en examen. Con el Real Decreto de 11 de agosto de 1861, se instituyó una Comisión, bajo la presidencia del senador GIOVANOLA, a la cual se encargó de buscar los sistemas más idóneos para conseguir, en el marco de la problemática tributaria, un equitativo y conveniente reparto del impuesto fundiario en las diversas provincias del reino de Italia.

No es el caso, en este lugar, de detenerse sobre las dificultades de todo orden que la Comisión encontró durante sus trabajos. A este propósito diremos tan sólo, para dar una idea, que todos los Catastros existentes en aquella época no presentaban a menudo los mínimos requisitos de certeza ni seriedad alguna en su confección (7), de modo que fue necesario proceder por inducciones, teniendo en cuenta los datos y los criterios más diversos. Las «denuncias» de los poseedores constituyeron la base de las determinaciones; pero es lícito dudar de la exactitud de tales resultados.

El trabajo de la Comisión, que tendía, sobre todo, a conseguir la distribución del impuesto fundiario, fue presentado al Parlamento con el título de «Ley de la equiparación provisional» (significado sobremanera explícito), y con la recomendación dirigida al Parlamento mismo de atender, en un futuro próximo, a la reglamentación de la materia de modo más completo y exacto.

Los resultados de este primer intento de institución de un Catastro uniforme se tradujeron en la Ley de 14 de julio de 1864, número 1.831; Ley que, entre otras cosas, obligaba al Gobierno a presentar, antes del mes de febrero de 1867, un proyecto de

(7) «En algunas localidades montañosas en que la propiedad está generalmente muy fraccionada, sucedía que, por la escasa instrucción de los habitantes, y más a menudo por las precarias vías de acceso a los centros urbanos, al menos hasta hace unas decenas de años, era frecuente el caso de que las transferencias no fueran convalidadas por actos públicos, sino que se basaban en la... palabra, o, en el mejor de los casos, en la fe de escrituras privadas no autenticadas». Véase, por todo, MANZINO, *Guida alla pratica catastale*, Bologna, 1959, pág. 26.

Ley que habría atacado también el problema del impuesto sobre edificios, con la correspondiente revisión de la alicuota (8).

De las consideraciones precedentemente hechas, resulta evidente que la finalidad de los Catastros vigentes en las diversas provincias italianas (9) estaba esencialmente constituida por la exigencia de una adecuada distribución de los impuestos, y esta pretensión caracterizaba los diversos proyectos de Ley, que, comenzando por el de CAMBRAY-DIGNY, presentado a la Cámara el 21 de abril de 1869,

(8) El impuesto sobre los edificios, por medio de la aplicación de una alicuota que fuese uniforme para todo el Reino y aplicada en base a la renta real o, eventualmente, presunta, determinada con arreglo al sistema de la verificación por denuncia, había sido ya instituida por la Ley de 26 de enero de 1865, número 2.136.

(9) Los Catastros en vigor en los diversos Estados italianos y preexistentes al nuevo Catastro rústico, que correspondían a las regiones en que estaba dividido el territorio nacional, eran:

A) El LIGURE-PIAMONTÉS, que se remontaba en su mayor parte al período napoleónico, y estaba en vigor en algunas provincias de la Liguria y del Piamonte, habiendo sido conservado por cada uno de los *Comunes*. Sus características esenciales consistían en haber conservado en parte la representación mediante planos (sistema geométrico), y en parte en seguir exclusivamente el sistema descriptivo, de modo que a menudo en los documentos catastrales (algunos se remontaban al siglo xvi) faltaba la referencia a la superficie del inmueble. Desde el punto de vista tributario, es interesante observar que la estimación se hacía casi siempre por referencia al valor del inmueble.

B) El ex PONTIFICIO O ROMANO. Se trataba de un Catastro parcelario; en cuanto a la estimación de los terrenos, se había procedido con método analítico. Comune por Comune, dibujando las cuadrículas cada mil metros cuadrados y formando para cada una de ellas las correspondientes tarifas de impuestos en relación con los cultivos practicados, detrayendo de la renta bruta producida los gastos de cultivo. En este Catastro los datos relativos a cada una de las rentas retraibles de modo diverso (ejemplo: antiguos pactos, costumbres, etc.).

C) El TOSCANO. El criterio seguido en la compilación de este Catastro, cuyos orígenes se remontan a 1817, es el geométrico-parcelario. La estimación es analítica y determina la renta constante. En esta región, antes del inicio de los trabajos del Nuevo Catastro, había en vigor cuatro tipos diversos del mismo: 1.º El Catastro de tierra firme. 2.º El Catastro de la isla de Elba y de Pianosa. 3.º El Catastro de la isla de Giglio de 1845. 4.º El Catastro del ex ducado de Lucca. Digno de nota es observar que el Catastro de la isla de Giglio, formado al solo objeto de reconocer el derecho electoral de los poseedores de los fundos, se basó sobre la denuncia de los poseedores, sin ninguna comprobación.

D) El NAPOLITANO. El Catastro napolitano es puramente descriptivo (es decir, sin planos, y en consecuencia desprovisto de medidas de superficie), con estimación de la renta por calidad y clase, expresada en la unidad de moneda usada entonces: el ducado.

Los otros Catastros eran: el parmense, el lombardo-véneto (que comprendía tres tipos de Catastros: el mantovano, el milanés antiguo y el nuevo censo, que era geométrico-parcelario con estimación de las rentas por calidad y clase, expresada en liras austriacas), el modenés, el sardo y el siciliano.

Para más referencia sobre estos antiguos Catastros italianos, indicamos entre otros: POLLASTRI, *I Catasti italiani*, Roma, 1939; ODDO, *Pratiche di conservazione del Nouvo Catasto Terreni*, Roma, 1964.

se sucedieron hasta el proyecto de Ley de 28 de abril de 1882, vuelto a presentar posteriormente por MAGLIANI el 21 de diciembre de 1882.

A querer ser más precisos, hay que observar, sin embargo, que este último proyecto, si bien tendía fundamentalmente a alcanzar el mismo objetivo que los precedentes, contenía innovaciones, sobre todo, de carácter técnico (10), tendentes a obtener el desarrollo de las diversas operaciones catastrales con el menor gasto posible. En el contexto del mismo proyecto, y en la Exposición de Motivos presentada ante las dos Cámaras por el diputado MESSEDAGLIA, se propuso que se confiriera a la Administración central del Estado, además del poder de organizar discrecionalmente los trabajos y de trazar sus directrices, también la dirección relativa a la coordinación de los diversos datos en el marco de una sistematización definitiva de los mismos a nivel de cada uno de los departamentos.

La discusión parlamentaria, iniciada el 20 de marzo de 1884, con la exposición antes recordada, sufrió un largo retraso en la Cámara de los Diputados, donde el proyecto no «pasó» hasta el 5 de febrero de 1886, mientras que la aprobación por parte del Senado se consiguió con bastante rapidez. Este proyecto originó la Ley de 1 de marzo de 1886, número 3.682, sobre el Nuevo Catastro Rústico.

Si examinamos el artículo 1.º de dicha Ley, de nuevo encontramos en él descritos y sancionados la finalidad de la institución del Catastro y el objeto del mismo. El texto del artículo dice así:

«Se proveerá por parte del Estado, en todo el Reino, a la formación de un Catastro geométrico--parcelario uniforme fundado sobre la medida y sobre la estimación, con finalidad:

1. De determinar la propiedad inmueble, y de poner de manifiesto sus mutaciones.
2. De distribuir el impuesto fundiario...», etc.

Prescindiendo de cualquier otra consideración, nos parece exacta la afirmación de RABBENO (11), de que para una exacta inter-

(10) La Ley de 4 de enero de 1880, número 5.222, sobre la formación de un nuevo Catastro, válido para la región modenese, había ya adoptado para la compilación del mismo los criterios de la «medida» y de la «estimación».

(11) Cfr. RABBENO, *Manuale della perequazione fondiaria*, Verona, 1887, páginas 176 y sigs.

pretación de esta Ley se deben tener siempre presentes los principios generales relativos a la equidad; porque sólo de este modo es posible alcanzar un sistema perfecto y justo de distribución de los impuestos.

Debemos congratularnos con nuestro legislador, prosigue el autor, que ha pergeñado el esquema y ha dado las directrices necesarias para la formación de un Catastro geométrico-parcelario uniforme, fundado sobre la medida y sobre la estimación, con la finalidad soberana de la determinación de la propiedad inmueble, determinación que necesariamente debe servir de base para obtener la tan deseada igualación del impuesto sobre la tierra.

No se puede ciertamente negar a RABBENO el mérito de haber tomado en la debida consideración, y haber puesto en su justo relieve, la importancia que el Nuevo Catastro debía adquirir en relación al problema de la determinación de la propiedad inmueble, que debe ser considerado, además de como un *prius* respecto al fin de la igualación, también el «medio» para llegar a la igualación de los impuestos.

Si se hubiera propuesto solamente conseguir un fin estrictamente tributario (12), no habría ninguna duda de que la institución del Catastro habría alcanzado su finalidad, por lo que sería inútil querer buscar efectos jurídicos de naturaleza estrictamente civil en la Ley que lo creó. Pero tal búsqueda se ha convertido, a distancia de más de medio siglo, en una exigencia jurídica de las más apremiantes, puesto que hasta el presente no se ha llevado a cabo lo dispuesto en el artículo 8.º, que dice así:

«Con otra Ley se determinarán los efectos jurídicos del Catastro y las reformas que fueren necesarias a tal fin en la legislación civil. El Gobierno deberá presentar el correspondiente proyecto de Ley en el plazo de dos años desde la promulgación de la presente Ley».

(12) En Francia el Catastro ha tenido siempre finalidad «predominantemente» tributaria. Cfr. CAYESSE Y RABATE, *Connaissances pratiques sur le Droit Rural et le Catastre*, París, 1909, donde se lee que «le Catastre est un ensemble d'opérations relevées sur des registres spéciaux, ayant pour but d'établir la contenance et la valeur de toutes les parcelles de bien-fonds d'un pays, afin de fixer équitablement la répartition de l'impôt territorial» (pág. 121).

Transcribimos aquí, resumida, la declaración que el Ministro MAGLIANI hizo con ocasión de la discusión parlamentaria correspondiente a este artículo:

«Acepto el artículo 8.º en la forma en que lo propone la Comisión, y repito las declaraciones ya hechas por el diputado ponente de la Comisión, en el sentido de que este artículo, al referirse a una futura Ley que determine los efectos jurídicos del Nuevo Catastro, no tendrá ningún efecto retroactivo, y no podrá en modo alguno perjudicar los efectos jurídicos, cualesquiera que éstos sean, de los Catastros actuales según las Leyes al presente en vigor». Más aún: «El Ministro cree que (...) determinar un plazo demasiado breve para la presentación del proyecto de Ley tendría el inconveniente que se ha censurado, de exigir una Ley que, no presentándose después en el plazo fijado, resultaría inoportuna. La materia es ardua: no sólo se trata de investigar y definir los efectos jurídicos de un Catastro probatorio, sino de ver además qué modificaciones son necesarias en nuestra vigente legislación de procedimiento civil, e incluso quizá en el Código civil. Evidentemente estos estudios exigirán mucho tiempo, y por ello quisiera rogar al diputado Di San Giuliano que consienta en que, en lugar de poner como término el fin del año 1887, se diga en el plazo de dos años desde la promulgación de la presente Ley».

Estas palabras del Ministro, hoy todavía válidas, expresan la idea de que para llegar a un Catastro jurídico verdaderamente funcional son necesarias modificaciones en nuestros Códigos civil y de Derecho procesal civil. Esto sugiere, antes de recurrir a serviles imitaciones de institutos extranjeros, que se deben perfeccionar nuestras codificaciones y nuestras Leyes especiales.

Esta era precisamente la opinión manifestada por el diputado GHERARDI en la Cámara el 18 de enero de 1886, a propósito de quienes al discutir el artículo 2.º insistían sobre la realización del Catastro probatorio:

«Habíamos pensado, pues—dijo el orador—, desde el principio de nuestros estudios, en limitarnos, y nos hemos limi-

tado a proponer aquellas normas sobre la formación del Catastro que nos parecieron suficientes al objeto de que pueda servir como base segura del nuevo edificio del Catastro probatorio, o de los libros fundiarios, de manera que cuando el Parlamento italiano, en su caso, tras nueva investigación y nuevos estudios, a nuestro parecer indispensables, deliberase la forma de dar vida al nuevo instituto, no se presentasen lagunas e insuficiencias por falta de previsión por nuestra parte, lagunas e insuficiencias que podrían ser causa de obstáculos y dificultades muy graves.

Pero el hecho de no haber propuesto un Catastro probatorio no justifica la afirmación de que de este modo viene a faltar al Catastro por completo toda finalidad civil, toda finalidad jurídica. No tengo sino que remitirme a mis honorables colegas procedentes de las provincias en las que están en vigor y bastante bien llevados nuestros mejores Catastros geométrico-parcelarios, para asegurar a la Cámara que, incluso por sí mismo, el Catastro, tal como lo proponemos, unido a la inscripción hipotecaria, presenta tal cúmulo de servicios y ventajas, también por lo que concierne al conocimiento de las propiedades y a la tutela y a la defensa de los derechos privados, y particularmente por el menor número de los conflictos y los pleitos referentes a los derechos, posesiones y expectativas inmobiliarias, que se debe considerar como un gran progreso también desde el punto de vista de nuestra legislación civil.

En consecuencia, así como no están en lo cierto aquellos de entre nuestros honorables colegas que nos han acusado, o han supuesto que nosotros quisiéramos abolir los títulos de adquisición de la propiedad reconocidos por la nuestra y por todas las legislaciones civiles para sustituirlos por el Catastro, así no lo están del mismo modo aquellos otros oradores que nos han reprochado no haber hecho nada a este respecto. Y es oportuno repetir que la verdad se encuentra en el justo medio. Si bien no hemos creído, por las razones ya aludidas en la ponencia, y desarrolladas después en las discusiones, que fuera oportuna y conveniente la inmediata propuesta y establecimiento, ya de un libro fundiario, título

de propiedad, según el modelo de los que están en vigor en Prusia y en el Cantón de Vaud, ya de un libro tabulario, modo exclusivo para la adquisición de los derechos reales, tal como están en vigor en Austria (y sobre la preferencia que habría de concederse al primero o al segundo, o a otros sistemas, habría sido muy grave y larga la discusión), creemos, sin embargo, que mediante el Catastro, tal como nosotros lo proponemos, se conseguirán, si no en su totalidad, en gran parte, aquellos objetivos civiles y jurídicos que se persiguieron en la formación del Catastro ginebrino.

Pues cuando un Catastro geométrico-parcelario y sus mapas correspondientes se hacen bien, y se conservan bien, y tenemos el ejemplo y la prueba de ello en algunas partes del Reino, las inscripciones y los datos que resultan del mismo, especialmente por lo que se refiere a la consistencia de los bienes, de las servidumbres y de los derechos que les son inherentes y de las posesiones, se tienen en cuenta, como constitutivos de una presunción válida, también en los juicios civiles.

Si bien es verdad que queda mucho por delante para ponerse al nivel de aquellos países, que según la opinión de los más van a este respecto a la cabeza del progreso legislativo, no lo es menos que tendremos la satisfacción de encontrarnos, gracias a un buen Catastro unido al instituto de la transcripción, tal como se regula en nuestro Código, muy por delante de muchas otras naciones, entre las que podemos contar a Francia, donde, por los errores y las imperfecciones de aquel Catastro, y por otras razones de las que no he de tratar para no abusar del tiempo y de la benevolencia de la Cámara, la falta de seguridad en la propiedad inmueble y los daños a que se encuentra expuesta la buena fe en la contratación sobre la misma, son un tema de graves y universales lamentaciones, de las que se hicieron y se hacen intérpretes hombres insignes».

Para el cumplimiento del citado artículo 8.º se presentaron, por lo demás, diferentes proyectos de Ley, ninguno de los cuales

ha sido jamás aprobado (13), por lo que nos encontramos hoy en la necesidad de buscar tan sólo en el Catastro, y con el auxilio del Código civil, aquellos elementos y aquellos datos que puedan servir al particular, y sobre todo al Juez, para resolver delicadas situaciones de gran incertidumbre. Desde cualquier lado que se aborde el problema, permanece, sin embargo, indiscutible la exigencia de «certeza», que los datos deben proporcionar.

5. EXAMEN DEL ARTÍCULO 1.º DE LA LEY, EN RELACIÓN
CON EL PROBLEMA DEL PROCEDIMIENTO
DE DETERMINACIÓN.

Cuáles fueran las intenciones del legislador al instituir el Catastro resulta con evidencia del artículo 1.º de la Ley, que precisa sus tres caracteres fundamentales, al afirmar que deberá ser *geométrico, parcelario, uniforme*.

Geométrico: Entendiendo este término en el sentido de que el Nuevo Catastro se forma sobre la base de una determinación topográfica regular y tan precisa como sea posible, que vendrá representada en «mapas» adecuados, de conformidad con los más modernos avances técnico-científicos: A este propósito, a consecuencia del progreso y el perfeccionamiento de los instrumentos de medida, RENIS, si bien reconoce el indiscutible valor de las *tabulae* de los Catastros de tipo germánico, y desea también para Italia un sistema similar, sostiene que a la luz de la legislación italiana más reciente no hay ya razón para dudar de la exactitud de las determinaciones efectuadas y trasladadas a los mapas, y que «toda desconfianza debe sin más rechazarse, sobre todo desde el punto de vista técnico» (14).

Este autor es, en efecto, de la opinión de que las modificaciones aportadas al Catastro rústico con el texto único de 8 de

(13) Véase, por último, el proyecto de la Comisión para el Catastro presidida por el senador ANTONIO AGARE, compilado en nueve títulos entre 1940 y 1947 (del que trataremos más adelante).

(14) Cfr. RENIS, *Probatorietà del Catastro; istituzione dei libri fondiari e loro utilità anche nei riflessi del Diritto agrario*, en «Atti della I Assemblée dell'Istituto di Dir. agrario internaz. e comparato» (Firenze, 1960), vol. II, Milano, 1962, pág. 490.

octubre de 1931, número 1.572, y con el reglamento aprobado con el Real Decreto de 12 de octubre de 1933, número 1.539, así como las aportadas al Catastro urbano con la Ley de 11 de agosto de 1939, número 1.249 (15), han contribuido de modo determinante «a crear en Italia un sistema catastral que puede definirse como uno de los más perfectos entre los que existen hasta el momento». En consecuencia, mantiene que el sistema seguido en nuestro país, siempre que fuese oportunamente modificado y puesto al día convenientemente, podría decididamente constituir «la base» de una publicidad probatoria de carácter real.

Parcelario: Porque el Catastro, tal como ha sido concebido, comprende todo el territorio nacional dividido en trozos denominados «parcelas», las cuales se toman en consideración desde el punto de vista del derecho de propiedad o de la posesión, y se clasifican según su destino o los cultivos practicables en la misma.

La determinación del titular del derecho de propiedad o del poseedor tiene el objeto de individualizar el sujeto pasivo del impuesto, mientras que la clasificación de los terrenos constituye, con el criterio de la estimación, el momento último para la determinación del *quantum taxationis*.

Uniforme: Este carácter (16) fue plenamente conseguido por el legislador de 1886, que sustituyó por el nuevo Catastro todos los preexistentes, que eran en parte geométricos y en parte descriptivos, instituidos en momentos diversos y con criterios diformes (véase *retro*) por los estados en que, antes de alcanzar la unidad nacional, estaba subdividido nuestro país.

La compilación y la preparación del Catastro, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley, se realizaron con criterios tales que,

(15) Estas modificaciones han sustituido el viejo criterio de la constatación «descriptiva», por el de la constatación «geométrica», sobre todo en consideración a los malos resultados que la Ley de 1 de marzo de 1886 había obtenido en las provincias meridionales y en la región ligure-piamontesa.

(16) En la época en que el Catastro se instituyó, se alcanzó la uniformidad para todo el Reino; pero ahora hay que hacer referencia a la existencia de un Catastro que, dada su naturaleza y sus efectos procesales y de derecho sustantivo, se llama comúnmente probatorio, y que ha sido conservado y está actualmente en uso en los territorios de las provincias lombardo-vénetas (anteriormente sometidas a Austria). Por estos motivos hoy no es ya exacto hablar de Catastro «uniforme».

en la medida de lo posible, aseguraran en la totalidad del territorio nacional la uniformidad más absoluta en los resultados.

Por último, y de pasada, recordemos que la Ley creadora se compiló de modo que el Catastro debería estar fundado, además de sobre la medida (17), también sobre la estimación de los bienes, con el fin de determinar la renta imponible sobre cuya base se opera la distribución del impuesto, con la constitución de las que comúnmente se llaman «tarifas de estimación». Esta innovación, superando el hoy día inexacto criterio de distribución del impuesto que tenía como fundamento la declaración de cada uno de los sujetos, surtió el efecto de que la renta imponible de los terrenos fuera determinada a través de una estimación realizada de oficio.

Con las tarifas de estimación se determina y establece en cada *Comune* la renta para cada una de las cualidades y clases de terrenos a que cada parcela fundiaria ha sido adscrita. Según el artículo 52 del texto único de 29 de enero de 1958 sobre los impuestos directos, «la renta imponible es la media ordinaria». Esta terminología implica que el fundo objeto de imposición debe ser sometido a examen sin tener en cuenta la renta entendida como «cualquier lucro alcanzado de modo eventual o casual o extraordinario de los bienes materiales, de la propia actividad o de circunstancias fortuitas», sino que hay que tener en cuenta, por el contrario, la renta media en condiciones de cultivo «normal», que se pueda considerar y presumir duradera en determinados límites de tiempo (18).

(17) Cfr. artículos 2.º y 11 T. U. 8 de octubre de 1931, número 1.572

(18) En la actual situación, sin embargo, basta pensar en las profundas transformaciones que se están produciendo en los diversos sectores de la economía, y en la frecuencia de cambios notables que no permiten ya al Catastro, desde el punto de vista tributario, reflejar la situación real media, por lo que es necesario proceder a revisiones periódicas de las estimaciones catastrales. El Catastro actual deriva de la segunda revisión de dichas estimaciones, ordenada por Real Decreto Ley de 4 de abril de 1939, número 589, convertida, con modificaciones, en Ley de 29 de junio de 1939, número 976.

6. EL CRITERIO DE LA REPRESENTACIÓN GEOMÉTRICO-PARCELARIA.

En el *iter* de la formación del Catastro es necesario, antes de llegar a la fase de la representación parcelaria propiamente dicha, proceder al deslinde y al amojonamiento de las «posesiones» a representar (19).

El *deslinde* consiste en una operación de determinación de la línea de confin que corre entre fundos contiguos; el *amojona-*
miento no consiste sino en poner mojones u otros signos estables, indicadores de la linde sobre el terreno, a lo largo de dicha línea, en aquellos puntos que después de la determinación de la misma se han considerado cruciales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento de 12 de octubre de 1933, número 1.539, los peritos catastrales procedieron a determinar no sólo los datos personales del poseedor, sino también el título y el modo de la posesión. El Reglamento, sin embargo, si bien sanciona la obligatoriedad de tal operación, no contiene ninguna disposición ni referencia que indiquen cuáles habrían debido ser las fuentes de que tomar, no sólo el nombre de cada uno de los poseedores y sus correspondientes títulos de adquisición, sino también los medios idóneos y necesarios para el control de las noticias adquiridas; de cuya atendibilidad era lícito dudar, y lo es todavía, desde el momento en que estos datos, cuya importancia es de intuitiva evidencia, se recogieron exclusivamente según la más o menos exacta apreciación del perito correspondiente, o de la Comisión del censo que junto a él colaboró en la adquisición de tales elementos.

Terminadas dichas operaciones preliminares, se pasó a la representación de cada una de las parcelas, es decir, según la definición que de ellas da la Ley de 1 de marzo de 1886, número 3.682, de «cada porción continua de terreno (o de edificación) que esté situada en un mismo *Comune*, que pertenezca a un mismo poseedor, que sea homogéneo desde el punto de vista de la calidad o tenga la misma destinación».

(19) Deudor del impuesto es, además del propietario, también el poseedor, así como cualquiera que de hecho perciba las rentas de los fundos

La distinción y formación de cada una de las parcelas se hace precisamente en el momento de la representación, siempre que la superficie de que se trate:

1. No esté encerrada en un solo perímetro, como cuando el fundo resulte dividido por fosos, muros, carreteras u otros accidentes naturales o artificiales sobre el terreno.
2. Esté situada en el territorio de varios *Comunes*.
3. Pertenezca a diversos poseedores.
4. Esté constituida por trozos que difieran entre sí por cualidad o clase, o por destinación.

Por lo que respecta al problema de la atribución de los bienes, se debe notar que éstos, una vez terminadas las operaciones de representación y delimitación, se pusieron a nombre de quienes resultaban ser en aquel momento sus poseedores (20). En el caso de comunidad, las cuotas han sido puestas a nombre de cada uno de los comuneros, si bien, por lo que respecta a la deuda tributaria, están obligados solidariamente al pago.

Para los derechos de usufructo, enfiteúsis, censo, se ha procedido en vía principal a poner el bien a nombre del usufructuario, del enfiteuta, etc., y en vía secundaria del nudo propietario; lo que constituye, si todavía hicieran falta, una enésima demostración de la tendencia a considerar el Catastro predominantemente desde el punto de vista de la imposición tributaria.

7. ESTUDIOS Y TENTATIVAS DE SUPERACIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL.

Parte de la doctrina (21), al examinar el problema de la exacta determinación del bien objeto del negocio jurídico, observa que el artículo 2.826—al que se remiten, por ejemplo, los artículos 2.659 (nota de transcripción), 2.660 (transcripción de las adquisiciones a causa de muerte) y 2.839 (que se refiere

(20) Cfr. artículo 7.º T. U., cit., y artículo 54, regla 12, de octubre de 1933, número 1.539, así como últimamente artículo 50 T. U. de 29 de enero de 1958, número 645, sobre los impuestos directos.

(21) Véase, últimamente, AURICCHIO, op. cit., pág. 99.

a las formalidades necesarias para la inscripción de la hipoteca)—se refiere, en la temática legislativa de nuestro Ordenamiento, a exigencias de naturaleza exclusivamente publicitaria (publicidad inmobiliaria, confianza de los terceros, etcétera), y no considera la descripción del bien valor absorbente a los fines de la validez del contrato. Por el contrario, añade AURICCHIO, que, en consideración a las diferencias, insitas en la naturaleza misma, en la estructura y en la función, entre «negocio traslativo» y «medios de publicidad», ha de considerarse completamente arbitrario tratar de extender las normas concernientes al primer instituto a las que regulan el segundo.

Es cierto que, según este autor, *rebus sic stantibus*, «del negocio jurídico, o, más específicamente, en la mayor parte de los casos, del contrato, resulta todo lo más la unidad del interés regulado por los contratantes y no la unidad de los bienes que constituyen el punto de referencia de aquella regulación» (22).

Esta afirmación, en el marco del problema de la «certeza» del Derecho, no nos parece conforme a las finalidades que las partes pretenden alcanzar con el contrato, y nos parece asimismo errado considerar que el contrato mismo no debe también individualizar, de manera precisa y exacta, el bien que constituye su objeto.

¿Cómo podrían encontrar aplicación práctica, por ejemplo, las disposiciones de los artículos 2.659, 2.660, 2.826, 2.839, si el acreedor hipotecario ignorase la exacta individualización del bien sobre el que se ha constituido la garantía? Y, en consecuencia, ¿cómo podrían la explotación y la mejora fundiarias tener aquel desarrollo, también en el plano jurídico-técnico, que es necesario para mejorar la suerte de nuestra agricultura, si la propiedad inmueble no está bien regulada por normas que puedan contribuir a individualizar exactamente las lindes de los fundos y su extensión, y a dar la certeza absoluta de las dimensiones del objeto del derecho y de la posesión?

Es difícil encontrar un ente económico que razonablemente tenga ánimos para invertir sus propios capitales en una puesta en cultivo, dirigida a alcanzar la mejor explotación de un determinado terreno, si le amenaza, aunque sólo sea la sombra de que,

(22) Cfr. AURICCHIO, op. cit, pág. 17.

después de tanto trabajo, y digamos incluso riesgo, el vecino pueda entablar un pleito contra él y poner en duda aunque sólo sea una parte de su propiedad (23).

Sobre todo en defensa del valor cada vez más importante del Crédito agrario para mejoras, BRUNELLI (24) ha levantado siempre su voz, manifestando exigencias de renovación, precisamente porque el desarrollo del crédito fundiario no es posible sin un Catastro organizado, de manera que se pueda individualizar exactamente la identidad del fundo y de su propietario.

En este sentido, en honor a la verdad, alguna providencia se ha tomado; así, la Ley de 17 de agosto de 1941, número 1.043, que ha modificado (25) el Texto Unico de las Leyes sobre el Nuevo Catastro Rústico, dispone, en su artículo 1, entre otras cosas, cuáles sean los deberes de los notarios y de los oficiales públicos en la estipulación de los actos:

«Los notarios, y, en general, los funcionarios públicos encargados al efecto, no pueden redactar actos públicos o autenticar escrituras privadas que se refieran a las transmisiones de bienes inmuebles, si no les es exhibido por las partes el certificado catastral previsto en el 2.º párrafo del precedente artículo 55, así como, en cada caso, los documentos o las declaraciones previstos en los números 3.º y 4.º del mismo artículo (tipo de fraccionamiento, copias y extractos), y, cuando se trata de fraccionamiento de parcela, también el tipo prescrito en el siguiente artículo 57.»

(23) En el sistema de los libros fundiarios de tipo germánico, ninguno que haya adquirido un derecho sobre la fe del libro fundiario público, puede temer ser despojado del mismo, ni en modo alguno verlo atacado eficazmente.

(24) Cfr. BRUNELLI, *Anche per il credito agrario la necessità dei libri fondiari*, en «Atti della I Assemblea dell'Istituto di Dir. Agr. internaz. e comparato», cit., vol. III, pág. 133; Id., *I libri fondiario presupposto di ogni attività agraria, con particolare riguardo alla pianificazione in agricoltura*, en «Atti della II Assemblea dell'Istituto di Dir. Agr. internaz. e comparato» (Firenze, 1963), vol. II, Milano, 1964, pág. 467.

(25) Antes de la Ley citada en el texto, las relaciones concernientes al Catastro, que median entre los funcionarios que se ocupan de la ejecución de las «inscripciones» y los Notarios y contribuyentes, estaban previstas y reguladas en los artículos 55, 56, 57 y 60 del T. U. de 8 de octubre de 1931, número 1572; y en el Reglamento del Real Decreto de 8 de diciembre de 1938, número 2153, que se refiere a la conservación del Nuevo Catastro

«En los documentos redactados o autenticados, los inmuebles deben ser descritos con los datos con que aparecen en el Catastro, y debe hacerse referencia explícita al certificado catastral, así como a los otros documentos exhibidos por las partes, según lo dispuesto en el párrafo precedente» (artículo 1, punto 2)

Las modificaciones que constituyen el objeto de esta elaboración legislativa, encuentran su fundamento en la necesidad constatada por la Administración de realizar un ulterior esfuerzo dirigido al perfeccionamiento del sistema de ejecución de las inscripciones de los terrenos. Se reconoció, durante los trabajos de la Comisión legislativa, que el principio inspirador del proyecto de Ley era plenamente aceptable y digno de ser tomado en la debida consideración, porque el Catastro es un documento eminentemente redactado para fines públicos y su regular conservación es de interés público.

La Ley de que estamos tratando, asegura, o, por lo menos trata, por un lado, de asegurar, la diligencia de los peticionarios de las inscripciones y de los funcionarios públicos; mientras que, por otro, dicta disposiciones sobre la determinación de la responsabilidad de los técnicos catastrales.

Esto era, en la mente del legislador de 1941, el fin a alcanzar, y por esto fue modificado el artículo 55 del Texto Unico de 1931, y fueron totalmente sustituidos los artículos 56, 57 y 60.

En conclusión, podemos decir que la insuficiencia o la imperfección de los documentos unidos a la demanda de inscripción (26), la interrupción del *iter* histórico de las transmisiones de la propiedad del antiguo al actual titular, la imperfecta compilación de los tipos de fraccionamiento, constituyen causas de obstáculo al regular desarrollo de cualquier actividad jurídica que tenga relación con el Catastro.

Por estos motivos, el Ministro de Hacienda, en su exposición ante la Cámara, sostuvo que era inaplazable la necesidad de sancionar de modo formal el deber de los interesados de proporcionar

(26) A menudo, como ya hemos tenido ocasión de decir, se podía claramente hablar de verdadera falta o deficiencia de datos catastrales en los documentos de transmisión.

inicialmente aquellos datos, con el fin también de evitar que la Administración se vea forzada, ante la falta de datos, a asumir cargas injustificadas y perjudiciales para la buena marcha de los demás servicios (27).

Dado el tenor de la Ley en examen, el problema indicado por AURICCHIO parece así, en líneas generales, resuelto. La Ley prevé también (art. 1.º, punto 4) que, teniendo el notario la obligación de incluir en el documento los datos requeridos, su incumplimiento sea sancionado penalmente con una multa; sin embargo, el acto otorgado sigue siendo válido a todos los efectos.

El citado autor, que recientemente se ha ocupado de la individualización de los bienes inmuebles, sostiene, en último análisis, que la *determinación* del objeto del contrato es un requisito cuya falta acarrea (*ex*, art. 1.418, del Código civil) la nulidad del negocio jurídico, y que, por el contrario, la falta de *individualización* del objeto implica únicamente la ineficacia del negocio (art. 1.378 del Código civil) (28).

A la búsqueda de una solución del problema se ha dirigido aquella doctrina representada por GORLA, quien, analizando el precepto del artículo 2.826 del Código civil, en cuya rúbrica está escrito «*indicación del inmueble hipotecado*», llega a conclusiones un tanto distintas a las de AURICCHIO, y opina que, dado el contenido de la Ley, es esencial, al objeto de la concesión de la hipoteca, una exacta designación del inmueble o de los inmuebles afectados, de modo que se obtenga una designación específica, tal «que no deje incertezas (*sic*) a este respecto» (30).

(27) THAON DI REVEL, *Relazione per la presentazione del disegno di legge alla Camera sulle modificazioni al testo unico delle leggi sul nuovo catasto dei terreni*, ecc., cit., en las «Actas de la Camera», sesión de 12 de julio de 1941.

(28) AURICCHIO, op. cit., pág. 101. Sobre esto véase también GASCA, *Trattato della compra-vendita*, Torino, 1914, vol. I, pág. 524, donde se dice textualmente: «sin la determinación de la especie no hay contrato». Cuando las partes contratan una especie como, por ejemplo, en la venta de bienes inmuebles *por unidad de medida*, además de determinar ésta, se deben determinar también las cualidades peculiares que ésta debe tener, procediéndose a la individuación del fundo.

(29) Cfr. por todos, GORLA, *Dell'ipoteca volontaria*, en «Commentario del Codice civile», Scialoja-Branca (art. 2.826), libro VI, págs. 502 y sigs., Bologna-Roma, 1946; Id., *Teoria dell'oggetto del contratto nel Diritto continentale*, en «Ius», 1953, págs. 289 y sigs.

(30) De manera que parece permitido deducir que es posible extraer del documento otros elementos además de la unidad del interés regulado por los

Al comentar el artículo 2.826, GORLA sostiene, además, que el contenido de éste se debe extender a todos los casos en que la hipoteca afecte a una cuota de bienes indivisos, un derecho de usufructo o de enfiteusis, etc., y que, en consecuencia, del acto, llamado de concesión, debe resultar de manera expresa, además del Derecho hipotecado, también la específica designación del inmueble sobre el que recae.

Considerando el hecho de que una designación de esta clase, después de cuanto hemos expuesto hasta el momento, no puede darnos la «certeza absoluta», debemos decir que, si bien apreciable, la afirmación de GORLA no resuelve el problema *de quo*, sino que nos lo vuelve a plantear, ya que acepta, sin reservas, como exactos, los resultados de los datos catastrales y las declaraciones para la individuación de los bienes hechas por las partes.

La exigencia de la exacta designación del bien, en el acto de constitución, concierne, bajo el aspecto que nos interesa, no solamente el principio de la publicidad en general, sino también el problema de aquella especial forma de publicidad-constitutiva, que es la inscripción hipotecaria.

Resulta de ello, según la Ley (31) y la mejor doctrina, a la que en sustancia nos adherimos, que es *inadmisibile* la concesión de una hipoteca sobre bienes indeterminados (32), incluso si se autoriza al acreedor a determinarlo después en la nota de inscripción; esto por la razón de que no es posible disponer de bienes indeterminados, lo que, además, podría favorecer peligrosamente «la usura»; por esto, para evitar tal inconveniente, siempre que el crédito

contratantes (del que habla AVRICCHIO, op cit., pág 17). y más precisamente, también la «designación específica del inmueble», obtenida, en el mejor de los casos, mediante las manifestaciones de los certificados catastrales.

(31) Cfr., con respecto a la hipoteca voluntaria, el artículo 2826 del Código civil, que dice textualmente: «En el acto de concesión de la hipoteca el inmueble debe estar específicamente designado con la indicación de su naturaleza, del *Comune* en que se encuentra, del número del Catastro o de los mapas censales, donde existen, y de por lo menos tres de sus linderos»

(32) La Corte de Apelación de Torino ha entendido a este respecto que la indicación de los linderos de los inmuebles, exigida por el artículo 2.826 del Código civil, encuentra aplicación en los actos de transmisión de los derechos en general, y tiene el mismo valor que las otras indicaciones prescritas. Por tanto, en caso de omisión o de indicación errónea de los números del Catastro o de los mapas censales en el título de la adquisición, el Juez puede servirse de la indicación de los linderos para la determinación del bien (sentencia de 20 de febrero de 1957, en «Giust. Civ.», Rep. 1957, véase *vendita*, núm. 280).

que va a ser garantizado no esté especificado en cuanto a la cantidad, es necesario indicar, por lo menos, en principio, la cifra en el acto de constitución de la hipoteca (33). Pero este tema escapa de nuestra exposición.

Más aún, teniendo en cuenta que el 2.º párrafo del artículo 1.418 del Código civil reenvía expresamente al artículo 1.346, podemos ver contra AURICCHIO (v. *retro*), cuanto observa MESSINEO (34), es decir, que la determinación del bien prevista por esta norma se refiere, no al objeto del contrato, sino a la *prestación*: por la razón de que «en aquel artículo se menciona entre los requisitos del llamado objeto la *licitud* del mismo, pero el objeto no puede—por si mismo—ser lícito o ilícito, porque es *neutro*, si por objeto se entiende, como se debe propiamente entender, una cosa (es decir, un bien económico: así, de hecho, correctamente, el artículo 1.429, número 2); mientras que es legítimo discutir de lícitud o ilicitud únicamente si por objeto se entiende la *prestación*».

Observa todavía MESSINEO que, en hipótesis de contratos que tenga por contenido obligaciones de *non facere*, no puede tratarse de un objeto en sentido propio, entendido como *res-objeto* (35).

(33) En sentido contrario a la tesis de GORLA, hay decisiones jurisprudenciales según las cuales el Conservador de los Registros inmobiliarios no puede rechazar la transcripción de un documento en el que no se contengan todos los elementos para la especificación del inmueble, siempre que tales extremos se contengan en la nota de transcripción (cfr. C. Ap. Palermo, 27 de noviembre de 1950, en «Foro Gic.», 1950, pág. 235). En realidad, el artículo 2.659 del Código civil exige que tales requisitos resulten de la nota de transcripción, y no también del título, a diferencia de la disposición del artículo 2.826. El fenómeno de la determinación del objeto en una nota posterior al título es bastante frecuente.

(34) MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, págs. 98 y sigs.. BARBERO, *Sistema istituz del Dir. priv.*, vol. I, Torino, 1962, pág. 215.

(35) Así argumenta y concluye MESSINEO, loc. cit.: «Probado, pues, que el objeto de que se habla en los artículos 1.346-1.349 es la *prestación*, y una vez hechas toda clase de reservas sobre la propiedad de dicha terminología de la Ley, debe observarse inmediatamente que la prestación es el contenido de la obligación, y, por tanto, los artículos 1.346-1.349 se colocan inexactamente, ya que se refieren a un tema que excede del ámbito del contrato. De nada serviría replicar que la prestación puede también constituir el contenido del contrato, puesto que la prestación no exige necesariamente presupuesto como el contrato. la prestación subsiste, aunque la obligación (de la que constituye el contenido) nazca de promesa unilateral (promesa al público, reconocimiento de deuda, promesa en título de crédito), o de la Ley (gestión de negocios, repetición de lo indebido, enriquecimiento injusto, acto ilícito), en lugar de nacer de un contrato: en todos estos casos hay una prestación, pero no hay también un contrato del que esa prestación pueda ser el contenido. No hay dificultad en admitir que objeto de la obligación y objeto del contrato puedan *a veces* ser una sola y la misma entidad; pero al objeto del contrato no se refieren los citados artículos 1.346-1.349».

La tesis de MESSINEO ha sido sustancialmente recogida por otros (36), afirmando que en la manifestación negocial, así como en la relación jurídica, debe aceptarse y mantenerse la distinción entre objeto y contenido. Como prueba de este concepto se afirma que el objeto, aunque se le considere en todas sus posibles manifestaciones y modos de ser, será siempre una *entidad*, por lo que es, sin duda, motivo de incerteza y de error pensar que, si el objeto del derecho es el bien, *objeto del negocio* sean los efectos a que se quiere dar lugar con respecto a un *bien* (36).

Objeto del negocio no es otra cosa que el contenido de la manifestación negocial, que, por lo demás, no ha de confundirse con el objeto (el bien), del mismo modo que la disponibilidad, que es característica fundamental del Derecho de propiedad, no debe confundirse con el *corpus*, que es, por el contrario, el objeto sobre el que recae la titularidad del derecho.

En conclusión, también BARBERO considera exacto hablar de objeto determinado, presente o futuro, pero no—como hace el artículo 1.346—de objeto lícito y posible. Hay que advertir que otros autores, si bien implícitamente, se han manifestado de la opinión de que el artículo 1.346 alude al contenido de la prestación, y no al objeto del contrato, desde el momento en que los atributos de licitud y posibilidad pueden competir sólo al comportamiento del sujeto, excluyéndose *naturali ratione*, que se pueda configurar como ilícito «el ser» de un bien (37).

A la *determinación*, entendida con respecto a la prestación, nos parece que se refería ya también PACIFICI-MAZZONI (38), cuando decía que «cualquier cosa deducida en contrato debe estar determinada, al menos, en la especie o en el género. Si la cosa fuese completamente indeterminada, el contrato puede considerarse como falta de objeto, ya que el acreedor no tiene ningún interés en exigir la ejecución del contrato, puesto que el deudor puede prestarle una cosa de ningún valor. Pero la cantidad de la cosa puede ser incier-

(36) Véase BARBERO, op. cit., pág. 293.

(37) Por todos, cfr. RUGGIERO-MAROI, *Istituz. di Dir. priv.*, Milano-Messina, 1952, tomo II, pág. 178: «Es necesario (art. 1.346; cfr. asimismo art. 1.256; artículos 1.463 y sigs.) que la prestación sea *posible* en el momento en que el contrato se perfecciona».

(38) Cfr. PACIFICI-MAZZONI, *Istituz. di Dir. civ. ital.*, Firenze, 1873, vol. V, página 124.

ta, con tal de que pueda determinarse con los elementos que el contrato contenga; puede, por ejemplo, determinarse la cantidad de grano para atender por tres meses a las necesidades de mi familia o la cantidad de simiente para sembrar mis fincas».

En estos, y otros casos similares, por lo demás, el contrato se entiende subordinado a la condición de que la cosa pueda verdaderamente determinarse con los datos que el contrato mismo suministra; por tanto, se tendrá por no estipulado si la determinación no puede hacerse (39). Ahora está fuera de duda que el objeto de que hablamos es el bien-inmueble «suelo», por lo que parece indispensable que, por ejemplo, en la venta por unidad de medida, resulten del acto, no sólo la *determinación* del bien, sino principalmente su exacta *individuación* (40).

Debe decirse esto, sobre todo, por motivos de orden práctico. Podría darse el caso de que el propietario de un fundo vendiera parte del bien «por unidad de medida» a Ticio, y abriera una hipoteca sobre la parte restante del inmueble a favor de Cayo; parece del todo evidente, en esta hipótesis, que la exacta individuación del objeto del contrato deba resultar desde el principio (y esto vale también para el acto de concesión de la hipoteca *ex*, artículo 2.826), porque, en caso contrario, las consecuencias que podrían derivarse serían fácilmente imaginables: ¿cómo podría Ticio tener la certeza de que sobre cuanto ha comprado no recae, aunque sólo sea parcialmente, el derecho de Cayo? (41).

(39) Así PACIFICI-MAZZONI, loc. cit.

Los juristas romanos llamaron a las cosas determinadas en su individualidad *species*, y llamaron *genus* lo que nosotros, comúnmente, y en el lenguaje del Código civil, decimos «especie». Por todos, cfr. BURDESE, *Gli istituti del Dir. priv. rom.*, Torino, 1962, pág. 51.

(40) En la venta «a cuerpo cierto» por el contrario, el problema no se plantea.

(41) Puesto que los tipos de fraccionamiento se dirigen, por lo general, a individualizar el área comprada y vendida, y se consideran, por tanto, como partes integrantes del acto contractual, no se han de considerar como simples datos catastrales, sino como fuente de tales datos en cuanto que expresión de la voluntad de los contratantes sobre el objeto del negocio. Por lo tanto, es necesario distinguir entre plano, número e inscripción catastral en sí, como elementos indicativos o presuntivos de propiedad, y tipo de fraccionamiento como elemento del negocio, del que viene a constituir parte integrante, destinado como tal a determinar el objeto propiamente material del mismo negocio. Cfr. Cass. de 14 de diciembre de 1962, número 3.361. Al objeto de la identificación de los inmuebles vendidos, los linderos representan el elemento principal para la identificación: Cass. de 30 de enero de 1963, número 143, en «Giur. It.», 1963, I, 1, 1.504.

Parece, pues, que debe mantenerse, si no andamos equivocados, que adoptar la distinción entre *determinación* e *individuación* del bien, aun prescindiendo de las consideraciones de MESSINEO, carece de interés en la venta «por unidad de medida» de bienes inmuebles, en la constitución de hipoteca voluntaria, en el caso de hipoteca legal del enajenante y del condividente (42), y en el supuesto previsto por el artículo 555, párrafo 1.º, del Código procesal civil, que se refiere a la forma del embargo en la expropiación inmueble: la falta de individuación *ab initio*, comportando incerteza sobre el objeto, determinaría directamente la nulidad del acto.

La individuación, en tales casos, debe hacerse necesariamente por medio de los datos catastrales, que serán a este efecto preventivamente pedidos, y en el acto mismo se hará expresa referencia a ellos, reconociéndose así a los certificados del Catastro efectos de naturaleza civil y no sólo de Derecho tributario o de publicidad, dado que, como hemos visto, no podría ser transcrito en los Registros inmobiliarios un acto de pignoración desprovisto de la indicación de los datos catastrales.

Podemos, pues, objetar a quienes sostienen que los efectos del Catastro importan sólo a los fines de la imposición tributaria o de la publicidad, que las manifestaciones catastrales tienen importancia, además de para la transcripción, también, en ciertos casos, para la validez del acto que constituye el título para dicha formalidad.

De esto deriva que es necesaria la individuación de los bienes muebles e inmuebles, porque, en líneas generales, cada *res* pertenece a un propietario. «Tal necesidad se presenta también para los bienes muebles de la misma clase, ya que, no obstante todas las apariencias en contrario, pueden no ser iguales entre sí, por lo que

(42) Cfr. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, en «Trattato di Diritto Civile e Commerciale», CICU-MESSINEO, Milano, 1962.

En la hipoteca legal del enajenante y del condividente, es, sin embargo, suficiente con que la determinación se produzca en el momento de la inscripción en los registros inmobiliarios. Se procede a ésta tomando los extremos correspondientes de la transcripción, que a este respecto son iguales (artículo 2.659, núm. 4), y no es necesario que las indicaciones *ex* artículo 2.826 (que en realidad se refiere sólo a la hipoteca voluntaria), se contengan ya en el contrato de enajenación o de división, no siendo necesarios para la validez de este último, cuyo objeto puede todavía ser simplemente determinable: el artículo 2.665 del Código civil, en efecto, habla sólo de las omisiones o inexactitudes de la nota, y no también del título, de manera que en este sentido debe interpretarse restrictivamente el artículo 2.841, párrafo 1.º

se hace necesario realizar distinciones» (43), y se presenta también para todo bien inmueble, cualquiera que sea. El medio predispuesto a tal fin es la descripción del inmueble, *una tantum*, en el Catastro, mediante referencias a los datos y constataciones en él contenidos: constataciones que, según la Corte de Casación (44), cuando los planos que compendian la determinación topográfica hayan sido objeto de la directa comprobación y confección por los peritos de la Administración, *hacen plena prueba* de las constataciones mismas y de la configuración de los inmuebles acensados en la época de las operaciones de determinación, y en los límites de los datos técnicos constatados (45).

8. EL MOVIMIENTO PARA LA CREACIÓN DEL LIBRO
FUNDIARIO EN ITALIA, EN CONFORMIDAD
CON EL PROYECTO AZARA DE 1947.

Pasando por alto, para no repetirnos, las mayores ventajas de los libros fundiarios respecto al sistema de la transcripción, tomaremos como punto de partida en este párrafo la ponencia que BRUNELLI ha presentado en la II Asamblea del Instituto de Derecho Agrario Internacional y Comparado, desarrollada en Florencia, en octubre de 1963 (46).

Una vez más, BRUNELLI ha defendido, repitiendo un concepto ya por él claramente expresado durante los trabajos de la I Asamblea del Instituto, que debe divulgarse y someterse a examen por el Parlamento, el proyecto preparado por la Comisión ministerial, presidida por el senador ANTONIO AZARA, y ha expresado su asombro por la inexplicable indiferencia mostrada a este respecto por los órganos interesados.

El proyecto de 1947 habría debido afectar, según las intenciones del Ministro de Hacienda que lo propuso, un ámbito más bien restringido, y limitado exclusivamente a las modificaciones relativas

(43) Cfr. MESSINEO, op. cit., vol. I, pág. 390.

(44) Cfr. Cass. de 24 de marzo de 1956, número 851, en «Giust. Civ.». Mass., 1956, pág. 294.

(45) Obsérvese además que un error *material* sobre estos datos es siempre rectificable, de acuerdo con los principios generales.

(46) Cfr. BRUNELLI, op. y loc. cit.

al valor probatorio del Catastro de los edificios urbanos, dejando de este modo imprejuizadas las disposiciones referentes a los fundos rústicos. La Comisión designada para su realización fue, sin embargo, mucho más allá, considerando oportuno presentar un proyecto que comprendiese, en materia de «valor probatorio», la reglamentación, tanto de los fundos rústicos como de los fundos urbanos.

Los criterios en que se inspira esta compilación se apartan totalmente de la línea seguida por nuestra tradición legislativa y por la gran mayoría de la doctrina italiana, acercándose a la concepción romanista (sistema de la *traditio*), cuyo ejemplo es hoy seguido por las legislaciones de tipo germánico (intabulación): *inscripción constitutiva y reconocimiento de la fe pública* a las manifestaciones de los libros fundiarios, libros coordinados, y compilados, según el *principio de legalidad*.

Si bien apreciamos el celo y los motivos que han impulsado a la Comisión a proponer tales innovaciones, creemos que la causa de la falta de reconocimiento a la labor de aquellos juristas y técnicos ha de atribuirse, no tanto a las hipotéticas resoluciones inútiles en ella contenidas, y al temor de excesivas cargas financieras que la actuación de este programa supondría para el Estado, como se ha objetado por algún autor, cuanto más bien al hecho de que el proyecto está inspirado en un principio conceptualmente inaceptable, si se confronta con la realidad jurídica de nuestro Ordenamiento.

Recuerda a este propósito RENIS (47), que el principio de la inscripción constitutiva produce sus efectos, tanto *inter partes* como en la esfera jurídica de los terceros adquirentes y subadquirentes. Esto implica, como el mismo RENIS pone de manifiesto, que en la estipulación de una compraventa, y, en general, en los actos modificativos, traslativos o extintivos de derechos sobre bienes inmuebles, los efectos jurídicos tienen relevancia, incluso entre las partes, sólo desde el momento en que se efectúa la inscripción en los libros fundiarios, y esto en abierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 1.376 del Código civil, que constituye una de las bases fundamentales en materia de contratos, el cual es-

(47) Cfr. RENIS, op. cit., pág. 495.

tablece que: «en los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transmisión de un derecho real, o la transmisión de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legitimamente manifestado». El concepto expresado en la última parte de este artículo ha sido sostenido y reconocido fundamental también en la relación al Código civil de 1942, donde se subraya que, en materia de contratos con efectos reales, es del todo oportuno mantener el principio, por el cual la llamada «transmisión» se verifica *a virtud del solo consentimiento*.

Ya en la época de la compilación y de los trabajos preparatorios del Código de 1865 se hablaba de inmisión en la posesión como acto que pone al comprador en la condición de disponer materialmente de la cosa y de gozarla (48): al fin de la transmisión del dominio, este comportamiento del obligado se consideraba totalmente irrelevante, y la tradición material de la *res-objeto* descendía al rango de mera obligación de entregar una cosa *cuyo dominio ya ha sido transmitido*, obligación que consiste en realizar un acto meramente, debido por el enajenante, y relevante, al solo fin de la perfección del cumplimiento.

En la presentación del nuevo Código, en el Parlamento, se lee, entre otras cosas: «El consentimiento es un modo de adquisición del derecho, aun en el caso de que el contrato tenga por objeto la transmisión de una masa determinada de cosas, homogéneas o no homogéneas (49). Es, pues, indiferente que, a determinados efectos, las cosas deban ser contadas, pesadas o medidas. Viceversa, por

(48) Este principio, enunciado en el artículo 1.376, encuentra, por lo demás, su justificación histórica en el *Code Napoleon*, que se inspira en este criterio. En él se alcanza sin duda una sustancial fusión entre modo de adquisición del derecho y el correspondiente título, de manera que nuestro Código de 1865, que cuenta al francés entre sus fuentes y que lo tomó como modelo, fue por él extraordinariamente influido. Sin embargo, no hay duda de que las raíces más remotas han de buscarse en los principios informadores del derecho natural, cuya escuela alcanzó influencia determinante al sostener la necesidad de superar las ya sobrepasadas concepciones del Derecho romano, y al valorizar el principio que todavía hoy permanece, recurriendo al instituto del constituto posesorio (el enajenante vende la cosa, pero estipula que conservará la detención de la misma).

(49) Obviamente, en este caso, cualquiera que sea el tipo de interpretación que se adopte con respecto a las palabras de la *Relazione*, el significado del verbo «determinar» debe entenderse como individuar, especificar, etc

evidente obstáculo objetivo, el solo consentimiento no tiene efecto traslativo, para las cosas determinadas, únicamente en el género» (50).

La validez del principio *de quo*, hasta el presente indiscutido, ha sido reconocida por toda la literatura jurídica más moderna, la cual, si bien expresa algunas reservas sobre la forma no del todo feliz en que el artículo 1.376 ha sido redactado, no se expresa nunca en términos que dejen entrever cualquier género de crítica (51).

Lo que hemos dicho hasta aquí, pensamos que debe considerarse totalmente incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 del proyecto Azara, el cual, a propósito de los efectos de la inscripción y de las administraciones, enuncia textualmente: «La inscripción en el libro, prevista por el artículo 2, da publicidad a los derechos inscritos, y constituye la prueba de los mismos frente a terceros. Estos no pueden oponer la ignorancia. La adquisición, la transmisión, la modificación y la extinción por acto *entre vivos* de los derechos (52) indicados en el artículo 2, tienen *efecto, incluso entre las partes, únicamente desde el momento de la inscripción en el libro.*»

Estas observaciones que hemos creído, debíamos oponer, frente al proyecto Azara, para el establecimiento también en Italia del libro fundiario, y que sirven, por lo demás, para toda reforma en este sentido, si bien tienden a poner de manifiesto todo el alcance

(50) Cfr. *Relazione parlam. al Cod. civ. 1942*, para el «Libro de las obligaciones», pág. LVII.

Sobre este punto, también MESSINEO precisa que el principio del *traspaso consensual de la propiedad*, para decirlo con una expresión hoy corriente en la *praxis* jurídica, ha sido extendido por el nuevo Código (y esto parece sintomático) a una amplia gama de derechos, y en particular a todos los derechos reales distintos de la propiedad, elevándolo a la dignidad de regla contractual general (op. cit., vol. III, pág. 644).

(51) Cfr. TORRENTE, *Manuale di Diritto privato*, Milano, 1962, pág. 420; SALV. ROMANO, *Vendita*, en «Trattato di Diritto civile», ed Vallardi, Milano, 1960, vol. V, pág. 166.

BARASSI, a propósito de la «voluntad creadora», subraya que la apoteosis de este principio (que él ilustra también desde el punto de vista histórico-evolutivo), se debe sobre todo al hecho de que la voluntad debe entenderse en sentido amplio, que comprenda no sólo la voluntad de los interesados, sino también aquella de la Ley, según cuanto admite el Código civil de 1942 (cfr. *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, vol. I, pág. 432).

(52) De acuerdo con cuanto se establece en el Proyecto, deben inscribirse la adquisición, la transmisión, la modificación y la extinción de los siguientes derechos: 1. Propiedad. 2. Enfiteusis. 3. Superficie. 4. Usufructo, uso, habitación. 5. Servidumbre. 6. Hipoteca. 7. Cargas reales (art. 2.º),

revolucionario (sobre los principios generales de nuestro Derecho, también en materia contractual) del proyecto examinado, no impiden, sin embargo, formular una apreciación genéricamente favorable a la tendencia reformadora de que el proyecto representa una de las últimas expresiones. En todo caso, el desarrollo de las tendencias reformadoras, y su concreción en propuestas de modificación del actual Ordenamiento jurídico en materia catastral, presuponen una precisa y completa conciencia de todos los efectos del Catastro, también del Catastro tal como resulta configurado por la legislación vigente.

ALFREDO MASSART,

Profesor de la Universidad de Pisa.

Los terceros registrales o internos

SUMARIO: I. RELATIVIDAD DEL CONCEPTO DE TERCERO: A) *Ideas generales*. B) *Tercero civil o externo*. C) *Tercero registral o interno*. D) *Tercer poseedor*.—II. EL TERCERO DEL ARTÍCULO 32 Y LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA: LOS DESVIACIONISTAS.—III. LA AUTÉNTICA POLÉMICA SOBRE EL ARTÍCULO 32: A) *La tesis dualista de Nuñez-Lagos*: a) La inscripción. b) La buena fe. c) La gratuidad. B) *Crítica*: a) La inscripción en el tercero del artículo 32 y en el tercero del artículo 34. b) La buena fe. C) *La tesis monista de Roca Sastre*. D) *Crítica*. E) *La autonomía del tercero del artículo 32: el tercero interno o registral de la inoponibilidad*.

I. RELATIVIDAD DEL CONCEPTO DE TERCERO.

A) *Ideas generales*.

Las dos personas que, normalmente, constituyen los sujetos del contrato, agotan el concepto de parte, mas no excluyen las demás personas o sujetos de Derecho, los cuales, desde este punto de vista, reciben la denominación de terceros, ya que no son ni una ni otra parte del contrato.

Este concepto absoluto del tercero, como sujeto indiferente frente al contrato o acto, no tiene, en general, relevancia jurídica (1), precisamente por su indiferencia, aunque su concepto es útil por ser indispensable para fijar el concepto del tercero relativo, quien entra en colisión, choca contra el acto de que no fue parte, al relacionarse con el objeto del mismo, pudiendo el vínculo que refleja el acto jurídico lastimar su interés.

(1) No obstante, como veremos, es interesante para determinar algunas figuras jurídicas, como el arbitrador, la distinción entre testigo y confesante tiene como apoyo la diferencia entre partes y terceros, etc.

Las notas del tercero son: una, negativa, no es parte en un determinado acto jurídico, y otra, positiva, entra en contacto con el objeto de dicho acto. De la combinación de ambos, resulta evidente la relatividad del concepto de tercero.

Si el concepto de tercero lo construimos, no sobre la causa generadora de la obligación que surge entre los contratantes, las partes, es decir, el contrato, o, como se piensa modernamente, sobre la causa que produce el vínculo jurídico, entre los sujetos del negocio o acto jurídico no negocial, sino sobre el efecto mismo del acto o del negocio, sobre el vínculo o la obligación, cuya expresión técnica es la relación jurídica, lo matizaremos mejor. La relación jurídica es definida por DE CASTRO (2): «la situación jurídica en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico».

La causa de la relación jurídica es el acto o el negocio jurídico. Los actos jurídicos constituyen la fuente de las relaciones jurídicas. Los actos jurídicos contienen el principio que rige la relación jurídica, que organiza unitariamente la situación jurídica en que se encuentran las personas. Esta organización unitaria se hace mediante obligaciones o vínculos entre los sujetos, cuya vinculación produce la unidad relación jurídica, la cual se integra como elemento personal de la misma por partes, como partes de un todo unitario, la relación jurídica. La suma de las partes constituyen la unidad personal de la relación jurídica; los sujetos de la misma son las partes de ellas.

Además de las partes o sujetos de la relación jurídica y del principio jurídico que le da unidad, que las funde como partes de un todo, integran la estructura de la relación, el objeto constituido por la materia social a que afecta; verbigracia, la finca, la deuda, la cosa (3). El contenido delimita en cuanto al objeto y como proyección del principio jurídico que organiza unitariamente la relación, los poderes, facultades de uno de los sujetos y los correlativos deberes del otro.

Esta delimitación del lado activo de la relación jurídica

(2) *Derecho civil de España*. Parte general, I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1940, 2.^a edición, pág. 556.

(3) DE CASTRO, ob. cit., págs. 558 y sigs

ca, de los poderes o facultades del sujeto activo, está en íntima conexión con el título o titularidad que la relación jurídica encierra y es definida por DE CASTRO (4): «La cualidad jurídica que le confiere a una persona el estar en una relación jurídica, en cuanto determinante de las facultades que por ella se le atribuyan.»

Esto nos lleva a una interesante unidad en este punto el título como acto jurídico creador de relaciones jurídicas y como titularidad de derechos, es decir, negocio jurídico y título, son dos aspectos de la misma cosa; el dinámico y el estático, fuente de las relaciones jurídicas y delimitador de titularidades simultáneamente (5).

El sujeto activo o de derechos y pasivo o de deberes, o sea, las personas entre quienes está polarizada la relación jurídica, son las dos partes, activa una, pasiva la otra, los demás son terceros.

En el supuesto de fallecimiento de uno de los sujetos de la relación surge el heredero, que ocupa la posición jurídica de su causante, es su *alter ego*, y en este sentido es parte (art. 1.257-I del Código civil).

Si la sustitución de la posición activa de la relación jurídica hubiese sido dispuesta a favor de persona diversa del heredero, el adquirente legatario, no es parte en esa relación, sino sucesor a título singular, cuya posición jurídica se adquiere ejecutando el heredero la obligación cuasi contractual que ha contraído frente al legatario por la aceptación de la herencia. Hay dos relaciones jurídicas que tienen el mismo objeto, una, cuyo sujeto era el causante y es ahora el heredero que ha permanecido idéntica, no obstante la sucesión, y otra en que el sujeto activo será el legatario, como adquirente, en este caso, del causante-heredero.

Si uno de los sujetos de la relación no estaba legitimado activa o pasivamente para constituirla por falta de poder, de representación, el representado no es tercero, pues la relación jurídica no ha surgido, no hay vínculo, es nulo (1259), no deviene en parte por la ratificación. La ratificación la crea, la constituye.

El tercero puede convertirse en parte por la adhesión, en el

(4) Ob. cit., pág. 564.

(5) La tradición elemento constitutivo de la titularidad real sobre las cosas no delimita la titularidad, sino que opera su adquisición.

caso de que la relación ya esté constituida (art. 1.257-II), pues si no lo estuviese; verbigracia, en la oferta de contrato, no fue nunca tercero en esa relación, ya que al aceptar la oferta se creó la relación y surgió con ella el aceptante como parte.

El concepto de tercero es absoluto y negativo, quien no es parte, quien no es sujeto activo o pasivo en una relación jurídica. Este concepto, por su excesiva amplitud y rigidez carece en general de trascendencia jurídica, aunque sirve para fijar el concepto técnico y práctico de tercero. A este concepto de tercero se refieren los artículos 27 de las Leyes Hipotecarias derogadas (6).

El tercero tiene relevancia jurídica, cuando no es indiferente a la relación contemplada, cuando entra o ha entrado en contacto con el objeto de la misma, bien en todo el contenido que disciplina la relación, bien en algún aspecto de la misma.

Este contacto jurídico del tercero con el objeto de la relación jurídica encierra el aspecto relevante del tercero, el aspecto positivo, único que el Derecho puede valorar, ya que el otro le es indiferente, tan indiferente como al propio tercero, que no tiene conexión alguna con la cosa objeto de la relación jurídica.

Esta conexión pasada o nueva del tercero con el objeto de una relación jurídica determinada hace relativo el concepto de tercero, se es tercero frente a una relación jurídica y parte en otro, que tiene en todo o en parte el mismo objeto.

En materia de derechos reales, cuando la titularidad que determinan ambas relaciones son de la misma naturaleza o siendo de diversa son incompatibles no hay cuestión para fijar el tercero, verbigracia, doble venta o venta del pleno dominio y después del usufructo.

Si las titularidades son compatibles teniendo por ello objeto diverso, bien la misma finca, bien dos diversas, pueden entrar siempre en colisión, ya que todo derecho real que se extinga por destrucción del objeto, por quedar fuera del comercio jurídico, por purga en caso de ejecución, etc., se convierte, por el mecanismo de la subrogación real, en un simple crédito, y los acreedores del mismo deudor son siempre terceros entre sí, al menos en el concurso, como vamos a razonar.

(6) «Para los efectos de esta Ley se considera [rá] como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito».

En materia de derechos de crédito la figura del tercero tiene unas posibilidades tan amplias de surgir, que el contacto parece que es más bien con el sujeto que con el objeto, y ello en atención a la responsabilidad del deudor, a la proyección de la expectativa de satisfacción de los acreedores, sobre todo el activo del patrimonio del deudor, actual y futuro; de ahí que cualquier objeto del mismo pueda entrar en colisión entre dos personas que sean acreedores del mismo deudor, porque la expectativa de satisfacción de ambos tiene el mismo objeto, el patrimonio del deudor. Aún estamos en el campo de la posibilidad.

El concepto positivo y relativo del tercero, interesante para nosotros, no es el de la persona que pueda entrar en conflicto con el objeto de una relación jurídica, sino el de la persona que ya entró en conflicto, cuando dos relaciones jurídicas vigentes tengan en todo o en parte el mismo objeto y al menos los sujetos activos sean diversos. Así surge la figura del tercero relevante jurídicamente. La posibilidad de entrar en colisión con el objeto de una relación jurídica es nota esencial del tercero absoluto, que no interesa aquí. Aquí interesa el tercero relativo y positivo. El tercero absoluto cuando toma contacto en virtud de nueva relación jurídica con el objeto de otra aún vigente, deviene en tercero relativo, hace tránsito de tercero absoluto e indiferente a tercero relativo e interesado.

La figura del tercero puede surgir en virtud de una relación constituida por la misma persona; verbigracia, doble venta, o de una relación jurídica creada por un extraño; por ejemplo, falsificando un título.

El tercero es ajeno al vínculo creado por una relación jurídica, mas no al objeto de la relación, el cual es materia de otro negocio jurídico que refleja un vínculo entre sujetos activos diversos (doble venta) o activos y pasivos (adquirente del heredero aparente frente al adquirente del heredero real). Cuando el deudor cae en concurso o quiebra, el objeto de esta situación jurídica es su patrimonio y todos sus acreedores son terceros entre sí, pues entran en relación por la proyección de su expectativa de satisfacción sobre el patrimonio del deudor como objeto de reparto.

B) *El tercero civil o externo.*

Cuando dos relaciones jurídicas vigentes real o aparentemente tienen el mismo objeto y dos sujetos activos diferentes, ambos sujetos son terceros entre sí.

Nuestro Código civil se refiere en muchos artículos al tercero relativo: 4-2, 365, 405, 410, 1.163-2, 1.186, 1.218-I, 1.219, 1.227, 1.230, 1.252, 1.526-I, 1.295-II, 1.696, 1.697, 1.698, 1.865 y 1.869 que recogen el concepto y la denominación de tercero en el sentido técnico que hemos apuntado.

En otros se refiere al concepto de tercero relativo sin denominarlo expresamente; verbigracia, artículos 1.124-IV, 1.291-3.º, 1.297, 1.298, 1.473, 1.502, 1.510, 1.512, 1.521 a 1.524, 1.527 (7), 1.559-1, 1.571, 1.572, 1.717-II y 1.771.

En algunos se alude al tercero absoluto, así en los artículos 1.268, 1.598, 1.690 y 1.803-I y 2 de la Ley de arbitrajes de Derecho privado, llamándolo tercero, o sin llamarlo, artículo 1.447 (arbitrador). También son tales los árbitros (art. 12 de la Ley de arbitrajes citada).

En otros se refiere al tercero absoluto, dándole ese nombre o sin denominarlo expresamente, mas no surge el tercero relativo o propio, porque se extingue la relación jurídica en el momento en que actúa el tercero, faltando la duplicidad de relaciones vigentes aparente o realmente y convirtiéndose el tercero absoluto en parte; verbigracia, artículos 1.158, 1.159, 1.203-2.º y 3.º, 1.205, 1.206, 1.209, 1.210-1.º y 2.º

Por último, nuestro Código civil usa la palabra tercero para denominar equivocadamente a quién es parte, así en el artículo 641, ya que el tercero tiene una titularidad preventiva o aplazada surgida en la constitución de esta donación modal o reversional, en el artículo 1.822-I, por la cual la relación jurídica de fianza es accesoria de la obligación contraída en la relación principal y el fiador es parte en relación al deudor, que el Código llama tercero. El artículo 1.887 llama tercero al sujeto de una obligación cuasi contractual, o sea, una de las partes.

(7) El deudor es tercero mientras no quede vinculado en virtud de la notificación, en cuyo caso se extingue su obligación para con el primero acreedor (art. 1.527 en relación con el 1.112).

El artículo 1.857, apartado último, aunque no usa la palabra tercero, sino la frase «las terceras personas extrañas a la obligación principal», en rigor la figura del tercero o no surge si la hipoteca, la prenda o la anticresis (art. 1.886) se constituyen simultáneamente con la obligación principal o se desvanece en el momento que el acreedor acepta la hipoteca, prenda o anticresis.

Tercero civil o externo es un concepto relativo recíproco, frente a otro tercero no inscrito, mas frente al tercero registral no hay reciprocidad.

El tercero extrarregistral, externo o civil, es el sujeto activo de una relación jurídica que tiene en todo o en parte el mismo objeto que otra relación jurídica anterior de la que no es sujeto activo. El sujeto activo de esta última es también tercero civil respecto de aquél, suponiendo que ninguno haya inscrito o anotado el título que les confiere su respectiva relación jurídica.

El tercero civil es siempre un adquirente de un derecho real o de crédito y puede serlo *a domino*, que es lo normal o *a non domino*; verbigracia, del simulado adquirente, ya que se opera una legitimación extraordinaria, y si hay buena fe en el adquirente, hay una adquisición *ex lege* en el caso de doble venta en que no juegue el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (8).

Lo normal, lo frecuente, la regla es que el tercero civil, si no adquiere *a domino*, no adquiere, por imperio del aforismo *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, el cual sólo puede derogar la Ley, ya que los modos de adquirir son taxativos en nuestro primer Cuerpo legal, conforme al artículo 609, que presupone la preexistencia del derecho en el activo del patrimonio del disponente (art. 609-II, y con excepción de la Ley) en las adquisiciones derivativas.

Respecto de las adquisiciones originarias en materia de ocupación no hay problema, pues la cosa ha de ser *nullius*; si no lo

(8) El artículo 1.218-1 debe entenderse por el hecho que motiva su otorgamiento, no la declaración preceptiva o negocial, porque entonces surtiría el documento respecto a los terceros, los mismos efectos que en cuanto a las partes, sino los hechos que podrían perfeccionar el negocio jurídico, mas no la perfección o el vínculo negocial mismo. Ahora bien, conforme al artículo 1.230 la contradecларación documentada privadamente no surte efecto respecto a tercero, luego la prueba de la simulación no la perjudica y el tercero de buena fe adquiere *ex lege* (véase nuestro trabajo *Formalismo jurídico y documento notarial*, «R. D. N.», abril-junio 1962, págs. 143 y sigs.).

es no puede adquirirse, no es susceptible de ocupación, ya que el artículo 610 exige que la cosa carezca de dueño.

En materia de usucapición, sea ordinaria o extraordinaria, se adquiere a *non domino*, pero el derecho del dueño se extingue en el instante mismo que consume el usucapiente su derecho, artículos 1.962 y 1.963, de ahí que se trate de una adquisición independiente del derecho del dueño, a quien nada se le expolia. El dueño del bien y el usucapiente son los sujetos de la relación jurídica derivada el acto jurídico no negocial, que es la usucapición. En este sentido el artículo 36, párrafo antepenúltimo, de la Ley Hipotecaria.

Los créditos se constituyen sin limitación alguna, ya que el deudor no tiene límite en el aumento de su pasivo. El problema del tercero se plantea cuando el acreedor cede su crédito a dos sujetos diversos íntegramente o en cuotas o cantidades incompatibles. Rige también el aforismo *nemo dat quod non habet*, mas por la vía normativa del artículo 1.526, que fija la prioridad no por la fecha del contrato de cesión, sino por la del documento público donde se otorgó o conforme al artículo 1.227, si se hizo en documento privado. Y también cuando el deudor cae en concurso o quiebra o dos o más acreedores pretenden hacer efectivo su crédito sobre un mismo bien embargado por ellos.

Tercero civil o externo es el sujeto activo de una relación jurídica frente al sujeto activo de otra que le es incompatible o perjudicial (9).

C) Tercero registral o interno.

No es el tercero civil que ha registrado su título adquisitivo. El inmatriculante no es tercero interno. La gestación del tercero registral empieza con la inmatriculación y nace con la inscripción del título creado por el inmatriculante. Este, el inmatriculante,

(9) A este tercero relativo por esencia o concepto se refieren los artículos ya citados 4-II, 365, 405, 410, 1.163-2, 1.186, 1.218-I, 1.219, 1.227, 1.230, 1.252, 1.526-I, 1.295-II, 1.696 a 1.698, 1.865 y 1.869, dándole el nombre de tercero y los artículos 1.124-IV, 1.291-3.º, 1.297, 1.298, 1.473, 1.502, 1.510, 1.512, 1.521 a 1.524, 1.527, 1.559-I, 1.571, 1.572, 1.717-II y 1.771, entre otros, que no le dan este nombre, mas conservan su concepto.

es un tercero civil y titular registral, es el sujeto activo de una relación jurídica civil y de un asiento registral.

El tercero interno es siempre un tercero civil o externo, más el tercero civil no es siempre un tercero registral, bien porque no haya inscrito, bien porque haya o no inmatriculado.

El tercero registral es el sujeto activo de una relación jurídica reflejada íntegramente en el Registro de la Propiedad frente al sujeto activo de otra relación jurídica que tiene en todo o en parte el mismo objeto, esté reflejada o no en el mismo Registro.

La figura del tercero surge por la intersección en el mismo objeto de dos relaciones jurídicas. Los terceros entre sí son partes de dos relaciones jurídicas que tienen total o parcialmente el mismo objeto, son los dos titulares reales o aparentes de un mismo derecho.

La relación jurídica que determina el titular registral ha de reflejarse íntegramente en el Registro. La cualidad de tercero, como concepto relativo, la fijará la relación jurídica que choque con la anterior. El tercero interno deriva su posición jurídica de una relación registral, no de una relación civil. El tercero registral es el sujeto activo de una relación jurídica registral frente al sujeto activo de otra que tiene el mismo objeto que la corta.

Que para la fijación del concepto absoluto de tercero registral es decisiva la relación jurídica reflejada en el Registro y que por esto el inmatriculante no es tercero, resulta evidente del artículo 34 y claro del artículo 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código civil.

El artículo 34 exige dos inscripciones, la del transferente y la del adquirente: «El tercero que... adquiera... algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo..., una vez que haya inscrito su derecho.....»

El artículo 32: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad, no perjudicarán a tercero». En el mismo sentido el artículo 606 del Código civil, si bien agrega los títulos anotados. El tercero designado en la última palabra de ambos artículos es el tercero registral, a quien no perjudican los títulos que no estén debidamente inscritos. Mas el título de este tercero, ¿ha de estar debidamente inscrito o no? Si está indebidamente

inscrito estamos en el supuesto de los títulos que no estén debidamente inscritos y, por tanto, fuera del supuesto de hecho del artículo 32 y de la figura del tercero que protege. Si el título de dicho tercero ha de estar debidamente inscrito, la inscripción del transferente ha de tener relevancia, entre otros requisitos, para calificar si está debidamente inscrito el título del adquirente, tercero del artículo 32. De ahí que no pueda determinarse sin la previa inscripción del título del transferente, si el del adquirente o tercero está debidamente inscrito.

El título de dominio o de otro derecho real del tercero ha de estar debidamente inscrito; ahora bien, no podemos afirmar que en el supuesto de inmatriculante en virtud de expediente de dominio o de certificación de dominio su título esté debida o indebidamente inscrito, ya que no se inscribe el mismo título adquisitivo del dominio e incluso puede llegar a no mencionarse siquiera el título en sentido material o modo de adquisición del dominio (artículo 303, párrafo penúltimo, del Reglamento Hipotecario).

Es claro que el inmatriculante no es tercero registral, aunque pueda serlo civil, por que el tercero interno en su concepto absoluto lo predetermina su posición de sujeto activo de una relación jurídica reflejada en el Registro de la Propiedad en todos sus elementos, incluido el sujeto transmitente, y en su concepto relativo o propio otra relación jurídica registrada o no que le es incompatible o perjudicial.

Tercero interno o registral es el sujeto activo de una relación jurídica reflejada íntegramente en el Registro de la Propiedad frente al sujeto activo de otra que le es incompatible o perjudicial.

A este tercero se refieren los artículos 11, 13, 15-IV, 29, 31, 32, 34, 36, 37, 38-II, 40, apartado último, 69, 76, 129, 131, 134, 142, 144, 208, 313, etc., de la Ley Hipotecaria. Discutiéndose en la doctrina si esta figura jurídica es o no unitaria, lo que constituye el objeto del presente trabajo. También se refieren a él algunos artículos del Código civil: 606, 1.124-IV, 1.949, de la Ley de Propiedad Horizontal, artículo 5.º, párrafo penúltimo, etc.

D) *Tercer poseedor.*

Es una denominación que comprende tanto al tercero civil o externo como al tercero registral o interno. No es un poseedor, sino titular del dominio u otro derecho real. Tiene su proyección en el ámbito de los derechos reales, fundamentalmente inmobiliarios.

Al tercer poseedor como tercero civil aluden los artículos 112, 114, 115, 120, 121, 126, 127, 146, 157, etc., de la Ley Hipotecaria, y como tercero interno o registral los artículos 131-7.ª y 15.ª y 134. Le denominan así expresamente estos dos últimos artículos y el 126 y 127.

Que se trata de terceros civiles en los casos de los artículos 115 y 121 es cosa clara y por remisión o relación con los artículos 114, 146 y 157 el primero y 120 el segundo, ya que el artículo 115 dice: «si la finca hipotecada no perteneciera al deudor...», y el 121 habla de «las fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder...», confirma mi criterio, con relación a los artículos 120 y 121 de la Ley, el 221 de su Reglamento, que usa la frase tercer poseedor.

Los artículos 126 y 127 usan la frase tercer poseedor, sin aludir como los artículos 131-7.ª y 15.ª en la regla 5.ª y el 134 en el mismo artículo a la inscripción del título. No debe olvidarse que los primeros se refieren a un juicio ejecutivo ordinario ajeno en su construcción al Registro de la Propiedad, mientras que los artículos 131 y 134 regulan un proceso ejecutivo fundado en el Registro, el procedimiento judicial sumario, de ahí que la inscripción sea inexcusable en éste y no se haya atrevido a imponerla el legislador hipotecario frente al tercer poseedor en un juicio ejecutivo ordinario.

El 112, y lo mismo su complementario, el 113, se refieren al tercer poseedor con la denominación de dueño, sin referirse para nada a la inscripción de su título.

Queda, pues, claro que la frase tercer poseedor es equivocada y ambivalente en nuestra Ley Hipotecaria, que se usa con un sentido predominante de tercer adquirente civil, sin que sea necesario para la protección que inscriba su título convirtiéndose en tercero

registral, ya que no obtiene mayor protección por ello, aunque, si inscribe, continúa siendo a los efectos de los artículos citados tercer poseedor, y tiene idéntico tratamiento que el tercero civil. Pero la Ley Hipotecaria, en los artículos 131, reglas 7.^a y 15.^a, en relación 5.^a, y 134 denominan tercer poseedor a quien es tercero interno o registral.

Esta ambigua figura del tercer poseedor puede el legislador evitarla fundiéndola en el troquel del tercero interno o registral, lo que es cuestión de política legislativa y al final de este trabajo expondremos las razones en que apoyamos esta conversión, pues antes es preciso dilucidar si en nuestra Ley Hipotecaria hay dos terceros diversos o uno solo, cuya polémica pasamos a estudiar, polarizándola en los dos juristas, que la han capitaneado, no sin antes hacer una previa referencia a quienes han pretendido ver en el artículo 32 una inscripción constitutiva, afin en los efectos al tercero latino o de los regímenes de transcripción.

II. EL TERCERO DEL ARTÍCULO 32 Y LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA: LOS DESVIACIONISTAS.

El artículo 32 es interpretado como la consagración legal de la inscripción constitutiva en nuestro Derecho positivo, no en funciones de la fe pública registral, como el aspecto negativo de la misma, o sea, de la integridad del Registro de la Propiedad ni tampoco como un tipo distinto del tercero del artículo 34. Esta interpretación aproxima nuestro sistema a los regímenes de transcripción y nuestro tercero al tercero latino.

GÓMEZ GÓMEZ (10) exige para la protección frente a todos del derecho real, no sólo el contrato y la tradición, sino además la inscripción, según se desprende de los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria. Con la inscripción nace el derecho real a la vida jurídica. La inscripción no suple a la tradición, sino que la complementa.

(10) ¿Inscripción declarativa o constitutiva?, «R. C. D. I.», diciembre de 1949, páginas 790 y sigs.

Posteriormente (11) insiste en su pensamiento y pone el ejemplo de la doble venta con inscripción del segundo comprador, como el primero no inscribió, no nació su derecho real por inobservancia del principio de publicidad con inscripción constitutiva, no teniendo acción para perjudicar al que inscribió antes.

Esta tesis, aunque aparentemente valora la tradición como un requisito constitutivo de los derechos reales, realmente niega la tradición. La tradición es, según unánime concepción de la doctrina, efectividad; por la tradición el derecho se hace efectivo. Ahora bien, al exigir el autor citado el complemento de la inscripción, estamos frente a una tradición no efectiva que necesita el complemento de la inscripción, sin el cual es ineficaz, es posibilidad, no efectividad; es potencia, no es acto (12).

Cuando el segundo comprador inscribe antes que el primero, éste no puede perjudicar a aquél, deduciendo el principio de publicidad con inscripción constitutiva. Es decir, que la inscripción es un modo de adquirir silenciado en el artículo 609, o sea, que no perjudicar a tercero significa adquisición de los derechos reales por el tercero. Obsérvese que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria impide esta interpretación, precepto que falta en nuestro Código civil.

Recientemente impugnando la tesis monista de ROCA SASTRE, de la que nos ocupamos ampliamente más tarde, insiste en la inscripción constitutiva, aunque la cuestión la lleve al terreno del derecho constituyente, de una reforma legislativa. Preconiza un retorno «al pristino sentido del Código civil y de la Ley Hipote-

(11) GÓMEZ GÓMEZ, *Ambito de aplicación de la llamada fe pública registral*, «R. C. D. I.», julio-agosto de 1952, págs. 565 y sigs.

(12) No vamos a exponer aquí el sentido de la tradición en nuestro Código civil, incompatible con la idea de efectividad necesitada de complemento y acorde en rigor con la efectividad realizadora de una posibilidad que extingue las demás. Puede verse GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *La tradición de fincas en los instrumentos públicos*. Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil Ministerio de Justicia, Sección de publicaciones, Madrid, 1948, tomo I, págs. 334 a 358, especialmente págs. 351 y sigs. URSICINO ALVAREZ, *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945, págs. 129 y sigs. NÚÑEZ-LAGOS, *Causa de la «traditio» y causa de la «obligatio»*, «R. C. D. I.», mayo-junio de 1961, páginas 580 a 607, que contienen un exhaustivo estudio histórico de la cuestión y una tácita, elegante y elevada crítica, cargada de intención contra la inscripción constitutiva.

caria» (13). El Código civil fija los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales, no incluyendo entre tales, con muy buen criterio, acorde con nuestra tradición jurídica, la inscripción. En cuanto a la Ley Hipotecaria afirma (ob. cit., pág. 380) ciertamente que el artículo 34 es una excepción al 33; y también (ob. cit., págs. 385 y sigs.) que el artículo 32 «se encuentra destinado a regular los casos normales y biológicamente sanos de la vida del tráfico jurídico inmobiliario» y el 34 nos lleva «al terreno de la patología jurídica»: Los actos nulos, inválidos, carentes de firmeza. También estamos de acuerdo en que en el supuesto de hecho del artículo 32 dispone el verdadero dueño, hay adquisición *a domino* y en el del artículo 34 dispone un titular registral, que no es dueño o que lo es limitadamente, que hay adquisición *a non domino*, pero no por la inscripción, sino por la Ley (art. 609 del Código civil), siendo la inscripción del adquirente uno de los cuatro requisitos que la Ley exige, que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige, para que la adquisición derivativa y *a non domino* se cause, más se causa por ministerio de la Ley, que es uno de los supuestos de hecho del artículo 609.

Ahora bien, pretender una inscripción constitutiva es equiparar compraventa, negocio obligacional, a compraventa y tradición, negocio dispositivo, en la versión de nuestro artículo 609 del Código civil, es argumentar de espaldas no sólo a nuestras Leyes, sino a la conciencia jurídica de nuestro pueblo, es instaurar un sistema jurídica y éticamente inferior al vigente. La tradición, en esencia, implica que el derecho real ha de estar necesariamente en el patrimonio del disponente, la inscripción constitutiva, que el derecho real ha de estar necesariamente en un folio del Registro a nombre del disponente. La opción entre ambos sistemas no es dudosa. La inscripción no es y no debe ser un modo de adquirir, ni aún un requisito de los modos de adquirir, la inscripción cumple su misión de medio adecuado para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y se impone como una carga, una beneficiosa carga para el propietario del inmueble o para el titular de otros derechos reales inmobiliarios. El problema de los modos de adquirir está resuelto en el artículo 609 de nuestro Código

(13) En torno a la polémica, CARRETERO-ROCA, «R. C. D. I.», marzo-abril 1966, págs. 390 y sigs.

civil, y mientras no se desprestigie, se condene, se critique este artículo, y la tradición como presupuesto de la adquisición de los derechos reales, no hay que hablar de inscripción constitutiva, ni de la inscripción como requisito de las adquisiciones reales.

Los regimenes de transcripción veneran el llamado tercero latino, que imparte la bendición de la inoponibilidad. En ellos los actos registrales no registrados no perjudican a tercero. La inscripción del tercero no es un modo de adquirir el dominio o los demás derechos reales, sino un medio defensivo a disposición del tercero, que paraliza las acciones, incluso del verdadero dueño, su mecánica defensiva es la *negatio actionis*, el tercero no es dueño, pero está inmunizado frente al verdadero dueño por la inscripción. Estos sistemas llevan implícita una propiedad relativa, lo que significa una amputación de uno de los caracteres esenciales de los derechos reales, la absolutividad, un desprecio a los modos de adquirir los derechos reales y una falta de ética, al prescindir de la buena fe, ésta excepcionalmente, tiene la virtud de convertir una objetiva expoliación en una subjetiva adquisición jurídica.

Los sistemas germánicos convierten la inscripción en un requisito del acto de disposición, el acuerdo real, más la inscripción, provoca el cambio jurídico real. Es una técnica jurídica superior a los sistemas de transcripción, ya que injerta el elemento ético de la buena fe en el adquirente, evita esas propiedades relativas y valora adecuadamente los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales, aunque la sustitución de la tradición por la inscripción y la desconexión del negocio causal del acuerdo real (sistema alemán) nos disguste por razones prácticas y éticas, respectivamente.

El sistema hipotecario español nada tiene que ver con los anteriores. La inscripción no es modo de adquirir ni de convalidar o sanar negocios jurídicos, salvo si el adquirente es un tercero del artículo 34, que la Ley (art. 609 del Código civil) sanciona con una adquisición *ex lege*, uno de cuyos requisitos es la inscripción. En nuestro sistema la inscripción es una carga impuesta por el legislador en aras a la seguridad del comercio jurídico inmobiliario. Quien cumple esa carga y por el Registro sabe que su transferente está legitimado, es decir, el adquirente que inscribe como adquirente derivativo de un titular registral, según lo publica, lo pre-

gona el Registro de la Propiedad, es un tercero. Este tercero interno o registral adquiere inexorablemente por ministerio de la Ley, si reúne los demás requisitos del artículo 34 (onerosidad y buena fe). La Ley, el artículo 609 del Código civil le confiere un título que aniquila a los demás que se le opongan, que le sean incompatibles, que le perjudiquen, aunque sean válidos. Si le falta la onerosidad, la buena fe o ambos requisitos, tenemos el tercero del artículo 32, que es impotente para aniquilar un título válido que le sea incompatible, pero adquiere una posición preeminente o prevalente frente a un título válido que se oponga al suyo o le perjudique. Nuestro tercero del artículo 32 es impotente para aniquilar un título válido, por eso no puede luchar con éxito frente a otro título que cause un derecho real incompatible con el suyo, mas sí puede alcanzar una posición preeminente o preferente, un mejor rango, frente a un título válido que no sea incompatible con el suyo. El tercero del artículo 32, este peculiar tercero de nuestro derecho hipotecario, vence en un conflicto entre derechos de posible coexistencia, donde el conflicto lo compone el Derecho, la Ley, mediante un sistema de preferencia, de prioridad, de rango. Sin este tercero los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria no tienen sentido frente al 17 de la misma Ley. La fecha de la inscripción en honor a este tercero mata la fecha del documento, mas no el negocio jurídico documentado; mientras que el vigor del tercero del artículo 34 es tal, que la inscripción destruye también el negocio jurídico documentado en su aspecto real al imponer la pérdida del derecho real válidamente adquirido, subsistiendo sólo el negocio jurídico en su aspecto obligacional como base de un saneamiento por evicción, de una acción personal (art. 37, apartado último).

Esta dualidad de terceros, de la prioridad y excluyente, constituye la medula de la polémica sostenida entre NÚÑEZ-LAGOS y ROCA SASTRE, de la que nos ocupamos un poco más adelante, reiterando aquí, que el inmatriculante no es un tercero registral, como hemos demostrado. Por eso la invocación que del apartado a) del artículo 40 hace GÓMEZ GÓMEZ (ob. últ. cit., pág. 387) en cuanto referida al inmatriculante [que, como veremos, no agota el supuesto de hecho, ya que en el apartado a) del artículo 40 cabe el

tercero del artículo 32, tercero interno o registral] está fuera de discusión.

VILLARES PICO (14) sostiene que el artículo 32 consagra el principio de prioridad material. La inscripción es un modo de adquirir, que se antepone en nuestro sistema a la tradición. De la remisión que los artículos 606, 608, 1.473 y 1.537 del Código civil hacen a la Ley Hipotecaria respecto de los bienes inmuebles, deduce que la venta de inmuebles se rige en primer lugar por la Ley Hipotecaria y como supletorio rige el Código civil. Entiende que el título de dominio referido en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria es el contrato de compraventa, aunque afirma después que la compraventa es un negocio obligacional. Lo que se inscribe es la compraventa (negocio obligacional), que es el título de dominio, según el artículo 32, lo que para VILLARES PICO es lo mismo, y siendo lo mismo compraventa que título de dominio, resulta inscripción constitutiva y preclusión.

El propio VILLARES PICO rectifica estas ideas años más tarde en estos términos (15): Limita el artículo 32 a una presunción de pertenencia destruíble por una mala fe en el adquirente o una inexactitud en el derecho del transferente, salvo si la falta de derecho en el que otorga deriva de haber enajenado antes, ya que en todo caso rige categóricamente el artículo 1.473 del Código civil.

Que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria encierre una presunción de titularidad y tengamos que limitar el 38 a esa misma presunción a favor del inmatriculante, es una espléndida afirmación con una avara demostración. El artículo 32 habla de perjudicar, no de presumir. El artículo 34 se refiere a la inexactitud registral en el asiento del transferente, el 32 de no perjudicar a tercero, mas presuponiendo que su asiento es exacto, ya que si no estaría indebidamente inscrito y si los títulos de dominio u otros derechos reales que no estén debidamente inscritos no le perjudican, el del tercero del artículo 32 no quedará inmune, si está indebidamente inscrito. El artículo 1.473 dice: «... la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Regis-

(14) Los principios hipotecarios en la Ley de 1861. Conferencia pronunciada el 29 de marzo de 1952 en el Centro de Estudios Hipotecarios. Recensión de CÁNOVAS COURTÍÑO, «R. C. D. I.», junio de 1952, págs. 466 a 477.

(15) Recordemos este Centenario. «R. C. D. I.», septiembre-octubre de 1961, páginas 934 y sigs.

tro». Se refiere al adquirente de la propiedad, y si el vendedor no era dueño, no puede transmitir la propiedad al adquirente. Este no puede inscribirla, y si inscribe, no adquiere, a menos que juegue el artículo 34. El artículo 609 del Código civil no permite improvisar los modos de adquirir, aun en casos excepcionales, él provee para esas excepciones mediante la Ley.

Recientemente ha insistido en sus ideas interpretando así el artículo 32: este precepto considera «propietario al que resulte como tal por la última inscripción y que los títulos de dominio y demás derechos reales no inscritos no perjudican al que resulta dueño por la última inscripción, que es el tercero hipotecario (16)... Este que cumple con el requisito de la inscripción es el tercero a que alude el artículo 23 (32). Como puede observarse, la preferencia que confiere el artículo 1.473 a la compraventa inscrita no es más que la resultante de la evolución de la base 52 (se refiere a la del proyecto de LUZURIAGA), reformada desde la inscripción constitutiva respecto a todos hasta la inscripción constitutiva sólo respecto a tercero», que es para el autor el del artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el de los artículos 606 y 1.473 del Código civil. Más adelante afirma que el inmatriculante es un tercero del artículo 32, lo mismo que el que inscribe en virtud de un expediente de tracto interrumpido, etc. (ob. últ. cit., págs. 372 y sigs.).

Que el propietario sea el último que inscribe, es concebir la inscripción como un modo de adquirir el dominio; esto, además, resulta anómalo, con el hecho de exigir el artículo 34 tantos requisitos y contradictorio con el artículo 33. Esa evolucionada inscripción constitutiva respecto de tercero lleva a éste a ser parte, a menos que haya expoliación. parte, si inscribe, adquiriendo del verdadero dueño y tercero (expoliador), si adquiere *a non domino*. En cuanto a su afirmación que el inmatriculante es tercero registral, ya la hemos rechazado. Respecto al titular registral, en virtud de un expediente de tracto sucesivo interrumpido, tampoco es tercero, del artículo 34 evidente y del 32 claro, pues su título ha de estar debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad y la interrupción del tracto impide calificar la inscripción del ti-

(16) La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis monista o dualista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción. «R. C. D. I.», marzo-abril de 1966, págs. 368 y sigs.

tulo por los asientos del Registro y, lo que es peor aún, el título aisladamente, ya que no lo es el expediente, y muchas veces se carece de él (art. 201-2.ª, apartado último de la Ley Hipotecaria y 285 en relación con el 274-2.º y 275 del Reglamento Hipotecario).

HERMIDA LINARES (17) cree que «las adquisiciones *a non domino* están comprendidas en la amplia redacción de los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria... El perjuicio que un título puede causar a otro es impedirle la adquisición del derecho real por el principio romano de *prior tempore potior iure*, y precisamente es lo que impiden esos artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria». El artículo 1.473 del Código civil hace una aplicación práctica de ese principio de publicidad al caso de la doble venta, decidiendo que la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. La adquisición inscrita vence a la no inscrita.

Nosotros creemos que el Derecho romano resolvió el conflicto planteado entre el verdadero dueño y el adquirente *a non domino* mediante el principio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*. El aforismo *prior tempore potior iure* no resolvía ninguna cuestión de adquisición *a non domino*; este aforismo no impide ni consagra la adquisición de ningún derecho real, su campo es el de la prelación o preferencia de derechos reales de posible coexistencia sobre una misma finca o derecho o la graduación de créditos.

La propiedad inscrita vence a lo no inscrito y la propiedad no inscrita vence a lo inscrito, mediante la rectificación del Registro, que no tiene otro tope que el tercero del artículo 34, mas éste por ministerio de la Ley (18) es el *verus dominus*, aunque haya adquirido *a non domino*.

A esta corriente interpretativa de la inscripción como supletoria de la tradición puede aducirse, como ha hecho NÚÑEZ-LA-GOS (19), el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, con estas palabras: «El Registro de la Propiedad español es tan cabalmente un regis-

(17) *El Derecho inmobiliario español*, «R. C. D. I.», números de septiembre y octubre de 1951, págs. 723 y sigs.

(18) El artículo 609 dice: «La propiedad y los demás derechos reales sobre bienes se adquieren... por la Ley.»

(19) *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, I E. Reus, Madrid, 1953, pág. 102

tro de títulos, que la inscripción en vez de ser modo, como soñaron alguna noche de verano ciertos hipotecaristas, se ha proclamado paladinamente en título en el artículo 35».

III. LA AUTÉNTICA POLEMICA SOBRE EL ARTÍCULO 32.

El artículo 32 de la Ley Hipotecaria ha originado una interesante discusión en torno a la dualidad o unidad del tercero en nuestro sistema hipotecario, sobre la autonomía o independencia del tercero referido en el artículo 32 respecto al tercero del artículo 34.

La tesis dualista de Núñez-Lagos.—La paz entre la doctrina y el tercero dictada por ROCA SASTRE, más que paz fue una tregua, rota por NÚÑEZ-LAGOS, cuando revolviendo en los papeles del Archivo de Comisión General de Codificación encontró un legajo relativo a la discusión de la Ley de hipotecas, mediante el cual demostró que cuando ya estaba redactada la parte fundamental de la Ley, ésta no contenía el artículo 34 ni tampoco el 33, siendo eje del sistema el artículo 13, que pasó a la Ley con el número 23 y es el equivalente al 32 de la vigente (20).

La conclusión era evidente, si la parte fundamental de la Ley había sido redactada (por CÁRDENAS), teniendo como centro de irradiación el tercero del artículo 23 (hoy 32), y sin modificación fundamental, se habían introducido los artículos 33 y 34, el tercero referido en este último artículo habría de tener un alcance muy limitado. El eje del sistema era el artículo 23, que consagraba el tercero interno de la prioridad (21). La excepción era el artículo 33, que negaba al Registro de la Propiedad las virtudes del río Jordán, que respetaba el aforismo *nemo plus iuris transferre potest in alium quam ipse habet*. Y la excepción de la excepción,

(20) *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*, I. D. Reus, Madrid, 1950, págs. 13 y sigs. Esta idea ya la apunta en *El Registro de la Propiedad español*, «R. C. D. I», publicado en los números de marzo y abril de 1949, páginas 240 y sigs.

(21) Algunos hablan del tercero latino, del tercero de los regímenes de transcripción, mas su concepto es diverso, por exigencias del artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria, del tercero que consagran las legislaciones de tipo latino, verbigracia, la francesa y la italiana.

o sea, la excepción al artículo 33 era el artículo 34, que introducía el bautismo purificador mediante el tercero germánico, el tercero de la fe pública, el tercero interno excluyente o de dominio (22). Con este extraordinario fundamento ha surgido la tesis dualista del tercero de nuestra Ley Hipotecaria en la doctrina, que ha tenido y tiene muchos ecos (23), aunque de diferente sonido.

NÚÑEZ-LAGOS (24) ha distinguido el titular registral, del tercero del artículo 32 y del tercero del artículo 34. El inmatriculante es titular registral, pero no es tercero, el adquirente de un titular registral, que no sea su heredero, es tercero del artículo 32, y si reúne los requisitos de onerosidad y buena fe, es el tercero del artículo 34, salvo casos de suspensión; verbigracia, artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria.

a) La inscripción. Ha centrado las diferencias entre ambos terceros, en que para el del artículo 32 la inscripción previa es elemento accidental, en el sentido de no apoyarse para nada en el asiento precedente, de no derivarse de él; mientras que para el tercero del artículo 34 es elemento esencial (25).

b) La buena fe. Es otra nota distintiva de ambos terceros en la que más insiste NÚÑEZ-LAGOS (26). Parte del estudio comparativo de la *usucapio* y la *traditio*, que han realizado los glosadores, que llevó consigo una equiparación de ambas en el Derecho común, y, además, otra consecuencia: la del requisito de la buena fe. Mas donde faltaba la *traditio*, como en la hipoteca, no era necesaria la buena fe y lo mismo ocurría donde faltaba la *usucapio*, como en aquellos derechos reales no susceptibles de usucapión ordinaria; verbigracia, la servidumbre y demás derechos reales

(22) NÚÑEZ LAGOS, *Tercero y fraude*, cit., pág. 31. *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, cit., págs. 5 y sigs., y *Variaciones en la significación y alcance de Ley Hipotecaria*, «R. D. N.», julio-diciembre de 1962, página 112.

(23) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Momento en que es exigida la buena fe pública registral y otros problemas*, «A. D. C.», julio-septiembre de 1949, págs. 1.240 y sigs. BALLARÍN, *El Registro de la Propiedad español*, «A. D. C.», abril-junio de 1949, páginas 681 y sigs. LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, págs. 232 y sigs. CARRETERO, *Retornos al Código civil*, «R. C. D. I.», enero de 1965, págs. 75 y sigs.

(24) *Tercero y fraude*, cit., págs. 33 y sigs.

(25) *Tercero y fraude*, cit., págs. 43 y sigs.

(26) *Tercero y fraude*, cit., págs. 51 y sigs., y *El Registro de la Propiedad*, cit., págs. 252 y sigs.

contenidos y amparados en la acción confesoria, que no se adquieren por prescripción adquisitiva ordinaria—única que exige buena fe—, sino solamente por la extraordinaria con el único requisito del plazo. En España la buena fe ha de tener el ámbito que le asigna tradicionalmente tal concepción clásica y aplica NÚÑEZ-LAGOS por analogía histórico-conceptual el artículo 1.950 del Código civil a la *traditio*, que se base en dos ejes: 1. Creencia que la adquisición se hace *a vero domino*. 2. Facultad de disponer del *dominus*.

c) La gratuidad. El artículo 34 excluye de su supuesto de hecho no sólo al adquirente de mala fe, sino también al adquirente a título lucrativo, al exigir que «hubiesen contratado por título oneroso», desde la Ley de 17 de julio de 1877. Esta Ley no ha modificado, resalta NÚÑEZ-LAGOS (27) el artículo 23 (hoy 32), del cual es un calco el primitivo artículo 36 de la Ley Hipotecaria. «Las acciones rescisorias y revocatorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta Ley», y el artículo 37, número 2.º, disponía: «Se exceptúa de la regla contenido en el artículo anterior: 2.º Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, en los casos siguientes: Cuando la segunda enajenación (28) haya sido hecha por título gratuito». Luego no perjudi-

(27) *Tercero y fraude...*, cit., págs. 50 y sigs., y *El Registro*, cit., pág. 251.

(28) No debe olvidarse que en aquella época prevalecía el criterio de ver en el donatario del deudor fraudulento parte y no tercero, creencia que subsistió hasta la reforma del 1944, contra la cual se pronunció GONZÁLEZ PALOMINO, inspirador, aunque no redactor, del artículo 37 de 1944 (véase SANZ FERNÁNDEZ. *Comentario a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, I. E. Reus, 1945, págs. 370 y siguientes, donde se contiene la nota de GONZÁLEZ PALOMINO, relativa a este punto).

La doctrina ha mantenido una larga polémica sobre el carácter de parte o tercero del primer adquirente o mejor del adquirente del deudor fraudulento. La cuestión está hoy superada. Una exposición de la polémica puede verse en GIMÉNEZ-ARNAU Y GRAN (*La acción pauliana y la Ley Hipotecaria*, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 2 de marzo de 1949 y publicada en el tomo VII de sus *Anales*, págs. 220 y sigs.). La discusión no era bizantina y aclaró la cuestión. Hay un contrato entre acreedor y deudor, un segundo contrato entre deudor y adquirente oneroso o lucrativo de él. En el primer contrato el adquirente no es parte, es tercero, y en caso de fraude tampoco es parte en el contrato. Este segundo contrato como tal no afecta al fraude, es en cuanto título traslativo del dominio o de otro derecho real seguido de la tradición, cuando provoca como efecto típico la disminución del activo del deudor, produciéndose el *eventus damni*, elemento objetivo del fraude, que si concurre con los demás requisitos y el deudor es insolvente, la complicidad fraudulenta del adquirente o la mera adquisición lucrativa origina un acto ilícito

caban al donatario en los casos que no hubiese habido fraude, por que el donatario es el tercero del artículo 32, no el del artículo 34.

«La fe pública del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, dice NÚÑEZ-LAGOS (29), no niega la existencia a derechos reales que gravan la finca, y tampoco los excluye. De la existencia se encarga el Derecho civil y de la exclusión o postergación los artículos 13 y 32 de la Ley. El artículo 34 no comprende los derechos subjetivos de carácter real y únicamente se refiere a derechos potestativos... de impugnación—nulidad o resolución—que afectan al dominio o a los derechos reales como objeto de la enajenación o gravamen, esto es, objeto de una sucesión intratabulas o emanación de un derecho matriz antecedente».

en cuanto perjudica la expectativa de satisfacción del acreedor, surgiendo una obligación extracontractual a cargo del adquirente y en favor del acreedor. Esta obligación, que en Derecho romano era *ex delicto*, es en el moderno extracontractual y su nacimiento explica que en la acción pauliana el adquirente fraudulento, a pesar de ser tercero en el contrato entre deudor y acreedor, queda legitimado pasivamente, frente a este último, siendo por ello aparente la excepción al principio de relatividad del contrato proclamado en los artículos 1091 y 1.257-I del Código civil. El adquirente del deudor es tercero respecto al acreedor, si el acto de enajenación fue fraudulento, sigue siendo tercero, más responsable frente al acreedor del daño que le irrogó, y esta responsabilidad deriva del acto ilícito (que no es el contrato, el contrato entre el deudor y el adquirente es válido y eficaz, si fuese nulo o ineficaz no se produciría el desplazamiento patrimonial, ni la disminución del activo del deudor, el *eventus damni*, y no podría haber fraude de acreedores por falta del elemento objetivo), que es posterior al contrato, ya que es efecto del mismo (la disminución del activo del deudor), y este acto ilícito provoca una obligación extracontractual que tiene como sujeto activo al acreedor y como sujeto pasivo al adquirente del deudor. El fraude no corrompe la cualidad de tercero del adquirente del deudor, pero le vincula frente al acreedor del mismo deudor, no hace al adquirente del deudor parte en el contrato de crédito, ni puede hacerlo, mas como autor de un acto ilícito surge en él la cualidad de sujeto pasivo de una obligación extracontractual de la que es sujeto activo el acreedor, obligación que es consecuencia de la ejecución del contrato, de la disminución del activo del deudor. Los momentos de los tres actos jurídicos son distintos, lógicamente, aunque pueden no ser sucesivos y cierran un círculo al vincular extracontractualmente al adquirente del deudor y al acreedor:

Acreedor y deudor (vínculo primero surgido del contrato), deudor y su adquirente (vínculo segundo nacido de un contrato traslativo del dominio o de otros derechos reales) y ejecución de este contrato (acto ilícito que daña la garantía del acreedor) y origina una responsabilidad extracontractual en el adquirente del deudor y en favor del acreedor.

(29) *El Registro de la Propiedad*, cit., pág. 247.

B) *Crítica.*

El argumento histórico aducido por NÚÑEZ-LAGOS para fundamentar la dualidad de terceros en la Ley Hipotecaria de 1861, es evidente e irrefutable. Su valor respecto a la Ley Hipotecaria vigente es de una solidez monolítica que aplasta todas las demás interpretaciones históricas.

El argumento sistemático derivado de la articulación de los artículos 32 (antes 23), 33 y 34 de la Ley es pilar inamovible de una interpretación sistemática excluyente.

La interpretación literal o gramatical de los artículos 32, que habla de tercero y 34 que habla de adquirente, no contradice la tesis de NÚÑEZ-LAGOS.

La interpretación lógica de los artículos 32 y 34, que se refieren respectivamente al perjuicio del tercero y a la adquisición del tercero, coincide sin duda con la tesis de NÚÑEZ-LAGOS.

La articulación del principio de prioridad formal o registral no se agota en el artículo 34, sino en los artículos 32 y 34. El principio de prioridad tiene dos diversas manifestaciones en nuestra Ley Hipotecaria: una, de cierre registral en el artículo 17; otra, de prioridad en los artículos 24 y 25, con sendas proyecciones sustantivas; una, de aniquilamiento del derecho no inscrito, de adquisición del Derecho registrado (art. 34); otra, de perjuicio del derecho no registrado o retrasado, de preferencia del derecho inscrito o inscrito antes (art. 32).

Los intereses tutelados en los artículos 32 y 34 son diversos, el fin que ambas normas persiguen es distinto. La inscripción es ptestativa en nuestro Derecho, tutelándose en el primero la carga de la inscripción, y en el segundo algo más, la confianza en la exactitud registral, requisito de la cual es la carga de la inscripción. A esto nos lleva una interpretación teleológica.

Aceptada en lo esencial, en lo fundamental, la posición de NÚÑEZ-LAGOS, vamos a matizar nuestro punto de vista respecto a ella:

a) La inscripción en el tercero del artículo 32 y en el del artículo 34.

El sentido de esta contraposición hay que centrarlo en la di-

versa protección de uno y otro tercero. Al tercero de la prioridad, la inscripción no le sana ningún vicio de su titularidad, purificación que recibe la inscripción del tercero germánico, desconectando los vicios del título de su transferente, de la titularidad del tercero del artículo 34.

Esta desconexión entre la titularidad del transferente, que no la tiene civilmente, que no es verdadero dueño, que está viciada o tarada por una causa de resolución real y la adquisición del tercero, tiene como fundamento la apariencia legitimadora derivada del Registro de la Propiedad, la cual se conecta a la titularidad del tercero que inscribe, provocando una adquisición *a non domino*. Ciertamente, que la inscripción no es un modo de adquirir el dominio, como afirma NÚÑEZ-LAGOS (30), mas para el artículo 609 lo es la Ley, y la adquisición *a non domino* del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es una adquisición *ex lege*, que tiene su supuesto en el artículo 609 del Código civil. La Ley sana el vicio de falta de legitimación activa de que adolece el negocio jurídico traslativo, cuyo negocio es uno de los elementos integrantes del supuesto de hecho del artículo 34, y por ello la adquisición se realiza única y exclusivamente por la Ley (31).

b) La buena fe. La apariencia registral se desvanece ante la mala fe del tercero, del *accipiens*. No hay razón para la protección registral de quien conoce la realidad. Si el tercero del artículo 32 es diverso del tercero del artículo 34, la buena fe la exige la Ley Hipotecaria para éste expresamente, no para aquél. El tercero del artículo 32 no necesita buena fe, porque su inscripción no usurpa nada a nadie, ha adquirido *a domino*, sólo tiene que creer en la verdad, en la realidad jurídica de la legitimación de su transferente para crearle el título. En el tercero del artículo 32 no hay apariencia de titularidad, hay realidad, y,

(30) *Acción y excepción...*, cit., pág. 7. Por otra parte, NÚÑEZ-LAGOS (*El Registro de la Propiedad*, cit., págs. 248 y sigs.) no niega rotundamente que se trate de una adquisición *a non domino*, aunque dice que ésta es consecuencia de la irrevindicabilidad frente al adquirente del verdadero dueño, ya que aquél es mantenido en su adquisición según reza el artículo 34. Para nosotros hay adquisición *ex lege*, lo que evita una propiedad relativa.

(31) LACRUZ BERDEJO, ob. ult. cit., págs. 299 y sigs, sostiene que hay una cooperación entre negocio jurídico y la Ley, siendo el negocio la causa de la adquisición. Nosotros creemos que el título oneroso referido en el artículo 34, como supuesto de hecho reconocido por el propio LACRUZ, es el negocio mismo.

por tanto, no hay nada que sanar, que convalecer y sólo tutelar la diligencia, el cumplimiento de la carga de la inscripción que la Ley le impone.

Esta, nuestra interpretación, tiene también su apoyo en la frase «debidamente inscritos» del artículo 606 del Código civil, que la introdujo, y respeta el 32 de la Ley Hipotecaria vigente. Si el título está indebidamente inscrito, estamos al margen del artículo 32, y ese tercero puede ser perjudicado por el título no inscrito, o, mejor, que no está debidamente inscrito.

La cuestión de la buena fe no puede plantearse en nuestro Derecho positivo respecto a la hipoteca, porque la inscripción es el último requisito exigido para su nacimiento; sin inscripción no hay hipoteca, aunque la inscripción no sea constitutiva, es un requisito de su constitución, como la escritura pública. Si no hay inscripción, no hay derecho real de hipoteca y no hay dominio gravado, sino pleno. No hay posibilidad para la buena o la mala fe.

Cosa diversa acontece respecto de aquellas servidumbres y otros derechos reales a que se refiere NÚÑEZ-LAGOS, los cuales nacen sin la inscripción y no son susceptibles de usucapión ordinaria (art. 1.959); respecto de los cuales, si el adquirente de la finca las conoce, creemos que subsisten, porque su supuesto de hecho es del artículo 34 y no del 32, y faltando la buena fe no puede jugar el artículo 34. Si el transferente tiene su dominio gravado con una servidumbre conocida por el adquirente, ésta subsiste, ya que la derogación del principio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* se infringe, tanto si transmite el pleno dominio quien lo tiene gravado como si transmite el dominio quien no lo tiene; solamente el artículo 34 puede sanar en ambos casos el vicio de titularidad, no el 32.

Para nosotros, el supuesto de hecho del artículo 34 no solamente es la adquisición de quien no es dueño, de quien no tiene el derecho *quam ipse non habet*, sino también de quien, siendo dueño, tiene gravado su derecho. La frase *quam ipse habet* se refiere, tanto al aspecto cualitativo del derecho como al cuantitativo, no transmite lo que tiene, quien traspasa como pleno un dominio gravado. La doctrina está de acuerdo en que, si el dueño de una finca gravada con una servidumbre no inscrita constituye otra sobre la misma finca incompatible, inscribiéndola el dueño del

predio dominante, su adquisición sólo prevalecía al amparo del artículo 34, y esta misma doctrina aplicamos al supuesto de enajenación como pleno de un dominio gravado. En ambos casos hay idéntica expoliación.

En síntesis, para nosotros, y de acuerdo con la tesis de NÚÑEZ-LAGOS, la buena fe y la onerosidad de la adquisición tienen un ámbito coincidente con el tercero del artículo 34, pero nada tienen que ver con el tercero del artículo 32, si es que se trata de dos terceros distintos. Nuestra divergencia con NÚÑEZ-LAGOS reside, única y exclusivamente, en que entendemos más amplio el supuesto de hecho del artículo 34-1.º

C) *La tesis monista de Roca Sastre.*

La tesis monista del tercero, en nuestra Ley Hipotecaria, ha sido defendida recientemente por ROCA SASTRE en una magistral monografía: «El problema de la relación que, respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, guarda el artículo 32 de la misma» (32).

En ella, después de recoger los argumentos de la tesis dualista (33), impugna la misma con los siguientes razonamientos, que sintetizamos a continuación: El artículo 32, lo mismo que los artículos 13, 15, 69, 76, 144 y, sobre todo, el 40, son desenvolvimiento del artículo 34, 1, rigen en función de aquél. El tercero del artículo 34 «será mantenido en su adquisición cuando haya inexactitud del Registro». Examina los supuestos inexactitud registral, y apoyándose en los artículos 31, y especialmente en el último párrafo del 40, destaca que la inexactitud registral no perjudica al tercero protegido por el artículo 34, no siendo protegido el del artículo 32, a menos que reúna los requisitos del tercero del artículo 34, lo que prueba que no tiene existencia autónoma, que no hay tal tercero. La función del artículo 32, como la de los artículos 13, 15, 69, 76 y 144, no es otra que constituir uno de los aspectos en los que actúa dicha fe pública sentada en el artículo 34, 1. El artículo 32 tiene como supuesto de hecho un caso de inexactitud registral (34).

(32) «R. C. D. I.», julio-agosto de 1965, págs. 781 a 829.

(33) Ob. últ. cit., págs. 782 a 790.

(34) Ob. últ. cit., págs. 791 y sigs.

El artículo 37, en cuanto decreta que no perjudica a tercero las acciones que actúan *in personam* y *ex nunc*, como las rescisorias, no hay inexactitud registral, por razón de la misma naturaleza de la rescisión que actúa *inter partes* (35).

Pregunta, ¿el artículo 36, 1, sólo es aplicable al tercero del artículo 34, 1, y no al del 32?, respondiendo que la contestación afirmativa sería absurda, pues supondría un tratamiento indiferenciado inadmisibles. La Ley, cuanto se refiere al tercero, lo hace pensando en el del artículo 34, y en los casos que no invoca dicho artículo o sus requisitos de onerosidad y buena fe, es para evitar una falta de elegancia normativa (36).

Afirma, certeramente, que, en el supuesto de la doble venta e inscripción del segundo comprador, hay adquisición *a non domino* e inexactitud registral, la cual sólo se mantiene frente al adquirente del artículo 34 y no respecto al del 32, que, literal y aisladamente interpretado, parece una norma propia de los sistemas de transcripción, pensada para el caso particular de la doble venta, que tanto les preocupa. Criticando seguidamente la tesis de CARRETERO, que pretende jerarquizar o graduar los diversos tipos de adquisición *a non domino*, según que el dueño expoliado sea de aboengo o de días o meses, que la expoliación sea causada por falsedad del título o por doble venta. Aduciendo Roca SASTRE, que estas diferencias no tienen consistencia o entidad para un tratamiento diferenciado (37). El conflicto de intereses que compone el Derecho privado es idéntico en todos los casos de adquisición *a non domino*, donde hay una incompatibilidad entre ambos derechos.

Hace un profundo estudio de los sistemas de transcripción, especialmente del italiano, a los que justamente califica de sistemas no evolucionados, primitivos, inferiores al plasmado en nuestra Ley Hipotecaria, hacia el cual inexorablemente tienden. Se fundan en el principio *prior tempore potior iure*, protegiendo al más diligente, con independencia absoluta de su buena o mala fe, salvo que ésta sea de grado fraudulento, desconsiderando el carácter oneroso o gratuito de su adquisición (38).

(35) Ob. últ. cit., págs. 796 y sigs.

(36) Ob. últ. cit., pág. 800.

(37) Ob. últ. cit., págs. 804 y sigs.

(38) Ob. últ. cit., págs. 809 y sigs.

D) *Crítica.*

Que la onerosidad, y, sobre todo, la buena fe, sean requisitos indispensables para adquirir por ministerio de la Ley *a non domino* y supongan un progreso respecto a los regímenes de transcripción, que les son indiferentes ambos requisitos, es indiscutible. Prescindir de la buena fe del *accipiens*, en un acto del que resulta expoliado el verdadero dueño, pugna con nuestra conciencia jurídica. Equiparar al comprador y al donatario en ese mismo caso es valorar igual el daño y el lucro o beneficio. Esta cuestión no tiene discusión, y en ella están de acuerdo, en lo fundamental, ROCA SASTRE y NÚÑEZ-LAGOS (39). La divergencia entre ambos juristas reside en esto: Para NÚÑEZ-LAGOS, hay adquisiciones *a domino* de quien es a la vez titular registral, que pueden entrar en conflicto con otro adquirente *a domino* del mismo titular registral, y cuando el segundo de estos adquirentes, que no sea a título oneroso o siéndolo conozca el gravamen anterior, inscribe antes que el primero, su inscripción le convierte en tercero interno de la prioridad, en tercero del artículo 32. Este tercero merece para NÚÑEZ-LAGOS un tratamiento distinto del mero titular registral, por inmatriculación, y no puede ser incluido en el supuesto de hecho del artículo 34, porque le falta la onerosidad o la buena fe; su protección no consagra una expoliación, sino que premia la diligencia exigida por la Ley en forma de carga, llamada inscripción o anotación, confiriendo preferencia a la fecha de la inscripción sobre la fecha del documento constitutivo del primer gravamen.

Para ROCA SASTRE, el artículo 32 es un supuesto de hecho de inexactitud registral, embebido en el artículo 34, no teniendo autonomía alguna el tercero, referido en el primero de estos preceptos.

Veamos un ejemplo: Antes de la vigencia de nuestro Código civil, la inscripción no era requisito constitutivo de la hipoteca.

(39) Que éste es el pensamiento de NÚÑEZ-LAGOS, en materia de adquisiciones *a non domino* se ve leyendo su monografía. La integridad de la fe pública en los Registros de la Propiedad, «R. D. N.», enero-marzo de 1966, páginas 7 a 52, y especialmente 42 y sigs.

El artículo 146 decía: «Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero, se requiere: 1.º Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública. 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro, que se establece por esta Ley (40). Si el segundo acreedor hipotecario, conociendo la hipoteca anterior a favor de otro acreedor inscribía antes. ¿Quién era preferente? El artículo 916 del Código de Comercio determina la preferencia entre los acreedores hipotecarios, «por orden de fechas de la inscripción de sus títulos», lo que es algo más que una interpretación auténtica.

Al disponer nuestro Código civil la inscripción como uno de los elementos esenciales de la hipoteca, la cuestión de la buena o mala fe no puede plantearse, porque el primer acreedor es un mero acreedor personal, y mientras no inscribe, no hay hipoteca, y no habiendo hipoteca, no puede haber mala fe.

Si se vende la finca sin inscribirse la hipoteca antes del Código civil, al adquirente le perjudicaba la hipoteca, si no era tercero del artículo 34. Después del Código civil no hay hipoteca y no necesita de la protección del artículo 34, no hay inexactitud registral.

Al imponer el Código civil la inscripción como requisito de validez de la hipoteca, arrancó al artículo 23 (hoy 32) de la Ley Hipotecaria, una de sus tercetos, el tercero que, siendo segundo acreedor-hipotecario, inscribe antes que el primero, y lo arrancó precisamente, porque el fijar en la inscripción el nacimiento de la hipoteca, no la constitución de la hipoteca, el primer acreedor, que descuida la inscripción, es, hasta que inscribe, un mero acreedor personal y no hay hasta tanto derecho real de hipoteca.

Esta importante modificación del artículo 1.875 ha oscurecido el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, al arrebatárle el personaje que, con inusitada frecuencia, plantearía la dualidad de los artículos 32 y 34. La doble hipoteca de una misma finca planteaba un problema diametralmente diverso de la doble venta.

(40) El artículo 1.875 del Código civil «...es indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad». Véase en igual sentido el artículo 145 y 159 de la Ley Hipotecaria vigente. En las hipotecas legales el artículo 159 exige desde un principio la inscripción.

El conflicto entre acreedores hipotecarios se graduaba por las fechas de sus inscripciones, no había adquisición *a non domino*, eran derechos de posible concurrencia. El conflicto entre compradores de una misma finca no admite graduación, sino aniquilamiento o nulidad de una de las compras.

El argumento decisivo de ROCA SASTRE, para negar la dualidad de terceros, es el apartado último del artículo 40. «En ningún caso, la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.» El asiento registral, que no refleja exactamente la realidad jurídica extrarregistral, puede rectificarse; mas su rectificación no perjudica nunca al tercero protegido por el artículo 34, cuyo asiento en este aspecto sigue intocado.

Que la rectificación del registro no perjudique nunca al tercero del artículo 34-I, no es lo mismo que la rectificación del registro perjudique siempre al titular registral, que no sea el tercero del artículo 34, 1.

Que la rectificación del registro, en ningún caso, perjudicará al tercero del artículo 34, 1, es distinto que la rectificación del registro perjudicará siempre al titular registral, sea el inmatriculante o su heredero o sea otro titular registral excluido del supuesto de hecho del artículo 34, 1.

El artículo 40, apartado último, se limita a paralizar la rectificación frente al tercero del artículo 34, 1, siempre, en honor a la ficción jurídica de la exactitud de su asiento que, precisamente, por ser una ficción jurídica, estamos ante una auténtica inexactitud, que por ministerio de la Ley deviene en exacta; pero el artículo 40, apartado último, no paraliza la rectificación frente al tercero del artículo 32, porque su asiento es exacto, es auténtico, nada hay que rectificar en él, refleja como la imagen en el espejo la realidad jurídica extrarregistral.

Si el artículo 40, apartado último, excluyese al tercero del artículo 32, el artículo 25, que proclama el principio *prior tempore potior iure*, no tendría sentido alguno. El principio de prioridad, regulado en el artículo 17, cierra el registro única y exclusivamente para los títulos incompatibles, de igual o anterior fecha (y también, en su caso, los posteriores), que transmitan o graven

el dominio de un inmueble o derecho, inscrito o anotado en virtud de otro título traslativo o declarativo; mas si los títulos son compatibles, no hay cierre registral, sino preferencia, atendiendo a las fechas de las respectivas inscripciones o anotaciones y no de los títulos. Si se fijase la preferencia por los títulos, se afirmaría que es mejor la publicidad de la escritura notarial que la del Registro de la Propiedad.

Fijada la preferencia por el orden de fechas de las respectivas inscripciones, y si fueren de igual fecha por la hora de presentación en el Registro (arts. 24 y 25 de la Ley Hipotecaria), debemos dar más beligerancia a una tenue mala fe, que nada usurpa, que nada expolia, pues lo que tiene lo recibe de quien puede y observa a una diligencia, ejecutando la carga que la Ley impone, la carga de la inscripción, o a una confianza que es auténtica negligencia. Para nosotros, la solución no es dudosa, la inscripción es potestativa, y la persona con título de fecha posterior, que conozca el documento anterior, podrá pensar que le hizo una jugada al acreedor o que éste no quiso cumplir el sacrificio que la carga exige para conferir el beneficio inherente a ella, lo que nos parece más sano y el pensamiento de la Ley, pues los títulos compatibles están excluidos del supuesto de hecho del artículo 34, 1, porque el acto que contienen nada tiene que sanar; la titularidad que confieren es sana, no necesita convalidación, y la buena fe se exige para sanar, convalidar o regenerar una titularidad registral, ya que está incluida en el artículo 34, 2, no en el 32. La función del artículo 34, 1, es sanar la falta de legitimación del transferente, por carecer de ella o estar limitada (v. gr., por una condición resolutoria); mas en los casos de títulos relativos a derechos que puedan coexistir sobre la misma finca o derecho real, que no son incompatibles entre sí, que no tienen vicio, que están inscritos (no inmatriculados) en el Registro de la Propiedad, al menos uno, que, por derivar de relaciones jurídicas diversas, no son partes, sino terceros: uno, interno, y externo, otro, o internos ambos. ¿Qué función juega por estos personajes el artículo 34, 1? Ninguna. Esto indica que el tercero del artículo 32 es diverso del tercero del artículo 34, 1.

Que el artículo 40, en su último párrafo, consagra, única y exclusivamente, la inmunidad del tercero del artículo 34 frente a

cualquier rectificación del Registro (41), no puede deducirse que sea un certificado de defunción del tercero del artículo 32, expedido el 30 de diciembre de 1944. El tercero de la prioridad no lucha a vida o muerte con otro u otros terceros, sino para ascender, mejorar, obtener un grado superior, una posición inatacable, inoponible. El tercero del artículo 32 es un tercero de jerarquía, de inoponibilidad, y el tercero del artículo 34 es un tercero exclusivo y excluyente. Este solo puede salvarse o perecer, aquél puede ascender o descender (42) o sin aniquilar el derecho del contrario no permitir que se ataque el suyo.

(41) Hay una excepción, al menos, la provocada por una doble inmatriculación, cuando en transmisiones sucesivas han surgido respecto de la misma finca dos terceros del artículo 34. Cuestión diversa es la planteada por GARCÍA-MONGE y MARTÍN (*El tercero hipotecario ante la doble inmatriculación*, «R. de Derecho Privado», octubre de 1965, págs. 873 y sigs.), relativa a un conflicto de doble inmatriculación entre el verdadero dueño que es titular registral inmatriculante, no tercero, y el tercero registral adquirente de inmatriculante posterior que no era dueño. Distinguiendo el autor dos diversas invocaciones del registro en el artículo 34, registro folio la que hace determinar las facultades del transmitente, que resultan de su asiento de inscripción y Registro de la Propiedad en toda su amplitud, la que hace en su última palabra el primer párrafo del artículo 34, refiriéndose a las causas de nulidad o resolución del derecho del transferente. Apoyándose en que el asiento de quien inmatriculó siendo verdadero dueño tiene su expresión en el Registro y debe ser tratado con independencia de que haya dado o no origen a terceros esta inmatriculación, dice que la cuestión debe resolverse por Derecho civil (afirma que lo mismo se logra ajustándose a los principios hipotecarios). Estamos de acuerdo con la deficiencia de nuestro sistema registral, causada por nuestro Catastro, y que una interpretación literal del artículo 34 sería favorable al autor, mas la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, fin primordial del Registro, se vería turbada con esa interpretación a la cual se opone además de la teleológica la lógica, sistemática e histórica. Por otra parte, no hay que olvidar que si llevamos el problema al Código civil, para nosotros el tercero del artículo 34 es un adquirente *a non domino*, comprendido en el artículo 609, o sea, un adquirente *ex lege*. Hipotecariamente la doble inmatriculación con conflicto entre terceros e inmatriculante no es una excepción al artículo 34, rige el principio contenido en dicho artículo en beneficio del tercer adquirente del segundo inmatriculante, se trata de una inexactitud registral (no de causa de nulidad o resolución, causada por la doble inmatriculación, que la Ley Hipotecaria resuelve dejando incólume al asiento del tercero protegido por el artículo 34) (art. 40, apartado último). El tercero es el dios del comercio jurídico inmobiliario, que se venera en los templos del Registro de la Propiedad.

(42) NÚÑEZ-LAGOS (*Tercero y fraude*, cit., págs. 28 y sigs.) ha construido sus dos terceros externos, el de dominio y el de mejor derecho, partiendo del litigio que constituye el objeto de los juicios de tercería, la tercería de dominio y la tercería de mejor derecho, respectivamente. Esta se basa en una preferencia derivada de la Ley (privilegio) o en un derecho real (hipoteca). En aquélla chocan dos derechos reales incompatibles sobre el mismo objeto. La proyección registral de ambos terceros, terceros internos, origina el del artículo 32 y el del 34.

En síntesis, la negación del tercero del artículo 32 deja sin posible actuación la preferencia o prioridad registral consagrada en los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, cuyo supuesto de hecho es extraño al del artículo 17, dictado para títulos incompatibles que pretendan registrarse y al supuesto de hecho de este último artículo se refiere el 34, 1, mientras que al de los artículos 24 y 25 se refiere el artículo 32.

Que la rectificación de un asiento, en aras al principio de exactitud registral proclamado en el artículo 34, 1, no pueda nunca perjudicar al tercero protegido por dicho artículo, no puede deducirse que la extensión de un nuevo asiento perjudique siempre al tercero del artículo 32, cuyo asiento no se rectifica, porque tal tercero no existe. Será preciso demostrar que tal tercero no existe, y por ello no cabe perjudicarlo.

Los conflictos que plantea el tercero de la prioridad o de la inoponibilidad no provocan la rectificación del asiento de dicho tercero, este asiento no está equivocado; hay omisión de un asiento, porque no se ha inscrito o anotado un título relativo a un derecho del cual puede registrar y civilmente disponer el titular registral y para cuya disposición ulterior a favor del tercero del artículo 32 estaba legitimado.

El supuesto de hecho del artículo 40-a-1.º, que coincide con el de los artículos 24 y 25, no está comprendido en la letra del último párrafo del artículo 40.

El problema de la existencia del tercero de la prioridad no puede plantearse sobre la base de supuestos de hecho que sanen una titularidad inexistente, nula, anulable, resoluble, revocable o rescindible (43) del titular registral que transmite, para estos supuestos de adquisición *a non domino* está el artículo 34, 1, de la Ley Hipotecaria.

E) *La autonomía del tercero del artículo 32.*

Nosotros aceptamos la tesis de ROCA SASTRE, en cuanto exige en el tercero registral para adquirir *a non domino* los requisitos

(43) Nos referimos a supuestos de resolución por condiciones resolutorias expresas no inscritas, revocaciones por incumplimiento de cargas del donatario no inscritas, titularidades rescindibles por fraude de acreedores.

habilitantes de la buena fe y de la onerosidad, es decir, que solamente el tercero incurso en el supuesto de hecho del artículo 34, puede paralizar la rectificación de una inexactitud registral, por la cual desaparezca, disminuya o se desvirtúe la titularidad del transferente.

Mas de esto no concluimos que no exista más tercero que el del artículo 34, ni más inexactitud registral que aquella, que, afectando a la titularidad del transferente, repercute directamente en la titularidad del adquirente. En otros términos, que hay inexactitudes registrales, respecto a las cuales la rectificación del Registro no afecta al asiento del tercero, porque éste ha adquirido *a domino*, como el supuesto de hecho del artículo 40-a-1.º, que no están comprendidas en el apartado último del citado artículo 40.

La cuestión de la unidad o dualidad del tercero en nuestra Ley Hipotecaria hay que enfocarla desde el punto de vista de la causa y no del efecto, de la amplitud del supuesto de hecho del artículo 34, en el sentido de absorber el del artículo 32 o no.

El problema hay que plantearlo así: ¿Los supuestos de adquisición *a domino* están comprendidos en el artículo 34. 1º? ¿Señala este artículo unas preferencias en caso de adquisición del verdadero dueño real y registral, cuando vengan en conflicto dos derechos reales constituidos sobre una finca? ¿Proscribe este artículo la inoponibilidad?

Un ejemplo: A, dueño de un solar hipotecado, lo grava por medio de su apoderado B, por el lindero Este, con una servidumbre de vistas de tres metros en favor del edificio contiguo, recibiendo de su dueño C un precio de 100.000 pesetas. B, dueño del edificio contiguo, con el solar de A, por el lindero Oeste, adquiere posteriormente, y antes de abrirse ventana alguna a favor del edificio de C, otra servidumbre de vistas sobre dicho lindero, otorgándose la escritura entre A y B, por el precio de 100.000 pesetas. B inscribe antes que C. El acreedor hipotecario ejecuta la hipoteca, y después de pagados el crédito, intereses, costas y gastos, quedaron 100.000 pesetas. A no tiene más bienes ni deudas: ¿Quién cobra, B o C? Si cobra preferente C, tiene razón ROCA SASTRE. Si B preferentemente, estamos frente a un tercero del artículo 32, ya que su conocimiento de la inexactitud registral como apode-

rado de A le excluye del supuesto de hecho del artículo 34, 1 y 2, y tiene razón NÚÑEZ-LAGOS.

Es indudable que una comparación de los artículos de las Leyes de 1861, 1909, y la vigente se observa en esta última una clara tendencia a orientar la protección hacia el tercero del artículo 34, 1, evitando las dudas que podrían suscitar las Leyes anteriores, no sólo exigiendo los requisitos de la onerosidad desde el año 1877, y la buena fe, explícitamente desde el año 1944, incrustados en el artículo 34, 1, sino también invocando expresamente al tercero del artículo 34, 1, en artículos que las Leyes anteriores sólo mencionaban al tercero (44) o nombrándole en el artículo por vez primera (45). Sin embargo, hay muchos artículos que invocan simplemente al tercero, sin concretarlo en el del artículo 34, tales como el 11 (46), 13, 28, 37, 38-2, 69, 76, 129, 131, 5.^a, 134, 142, 144, 208 y 313, no sólo en la Ley Hipotecaria, sino también fuera de ella; v. gr. Artículo 5.^o, párrafo penúltimo, de la Ley de Propiedad Horizontal; artículos 606, 1.124-IV, 1.949, del Código civil.

Estos artículos, en cuanto justifican una adquisición *a non*

(44) Así el artículo 31 exhibe claramente la tendencia de la vigente Ley y el 35 de las anteriores en relación con el 36 de la vigente.

(45) Artículo 15-4 y 40, apartado último, que no tienen precedente que no pueden fundar una interpretación histórica, aunque justifican la tendencia.

(46) En el aplazamiento del pago del precio inscrito, nuestras Leyes hipotecarias anteriores (a) equiparaban la facultad de resolución del vendedor derivada de la naturaleza de las obligaciones recíprocas, como es la compraventa, al supuesto de que las partes elevasen a condición resolutoria expresa el impago del precio aplazado. En el primer caso, como la facultad de resolución era inherente al contrato, no afectaba a los terceros, salvo fraude. En el segundo sí. El artículo 1.504 del Código civil apuntó la diferencia, pero no le dio tratamiento diferenciado, porque era extraño al fin de dicho artículo. El artículo 1.124 del que es una especialidad y en un aspecto ajeno al que estudiamos el 1.504, decreta la oponibilidad del impago del precio a determinados terceros. Si esta oponibilidad al tercero está pensada para el fraude, es superfluo el último párrafo del artículo 1.124 y tiene razón NÚÑEZ-LAGOS. b) Si admitimos una mala fe en el segundo comprador o en el donatario del primero, que no sea fraudulenta, la inscripción hace inatacable la posición de estos dos últimos frente al primer vendedor.

a) Artículo 38-3.^a de la Ley Hipotecaria de 1861 y 38-2.^o de la Ley Hipotecaria de 1909

b) Fe pública especial, «R. D. N.», abril-junio de 1958, págs. 59 y sigs., donde afirma, que aunque esté debidamente inscrito conforme al artículo 10 de la Ley Hipotecaria resulta ineficaz por la naturaleza de la relación jurídica (contrato) y no perjudica a tercero esté o no inscrito el aplazamiento del precio. Ya antes se refirió al artículo 11 en el Registro de la Propiedad cit., págs. 231 y sigs. y 237.

domino, no es dudoso para nosotros que se refieren al tercero del artículo 34, 1. Así no son dudosos, como expresivos de esta tendencia, los artículos 28, 76, 144 y 208, porque sancionan adquisiciones, que serían *a non domino*, si el legitimado activamente, según el Registro, no fuese el verdadero dueño o titular o tuviese limitada su titularidad.

Respecto del artículo 13 (47), hay que distinguir el doble gravamen compatible otorgado por el dueño real y registral, cuyo adquirente es un tercero que adquiere *a domino* y, por tanto, nada tiene que sanar en su título adquisitivo el artículo 34, 1; del doble gravamen incompatible o de la transmisión por el titular del pleno dominio, cuando, en realidad, lo había gravado previamente con una servidumbre u otro derecho real no inscrito aún, en cuyos supuestos hay adquisición *a non domino* y juega el aforismo *nemo plus iuris in aliud transferre potest, quam ipse habet* y, por tanto, transmite sólo el dominio gravado, o juega el artículo 34, 1, y hay adquisición *a non domino* por ministerio de la Ley (48).

El artículo 37, silenciado por Roca SASTRE, en el sentido que le invocamos ahora, denomina tercero a un adquirente a título lucrativo: «Las acciones rescisorias de enajenaciones hecha en fraude de acreedores, las cuales perjudicarían a tercero: 1.º Cuando hubiese adquirido por título gratuito.» Luego el donatario, y para nosotros el legatario, son terceros sin protección cuando hay fraude de acreedores, y con ella, aunque no la del artículo 34, 1 y 3, cuando no hay fraude.

¿Qué supuestos pueden ser éstos? Para nosotros, entre otros, el del artículo 69. Este se refiere al tercero del artículo 32. Contemplemos el supuesto de que el acreedor refaccionario, después de terminadas las obras, pretenda anotar su crédito; mas la casa fue donada e inscrita la donación, siendo solvente el donante. No debemos admitir que, al amparo de ser privilegiado el crédito refaccionario, haya que negar el carácter de tercero del artículo 32 al donatario. Hay una inexactitud registral y una negligencia del acreedor refaccionario, y no hay razón para componer el conflicto

(47) Véase NÚÑEZ-LAGOS, *El Registro*, cit., págs. 221 y sigs., y 228 y sigs. En un sentido diverso del que aquí se expone y que ya aludimos a él al estudiar la buena fe.

(48) El artículo 13 de las Leyes anteriores no mencionaba al tercero.

de intereses en perjuicio del donatario, cuando el acreedor refaccionario, con alguna molestia mayor, judicial o no, puede cobrar su crédito, si el donante se opone, por cualquier causa, o está en otro lugar, donde tiene sus bienes.

Este supuesto abre nuevas posibilidades al tercero; no se trata de una graduación de derechos ni de un aniquilamiento del derecho del acreedor refaccionario, éste conserva su derecho inmutado, aunque ha perdido la preferencia sobre la finca objeto de las obras, el tercero no mejora su posición con relación al acreedor refaccionario, sino que el derecho de éste es inoponible al titular inscrito. Esto tiene su razón en que el tercero del artículo 32 está excluido, única y exclusivamente, de las adquisiciones *a non domino*; mas no agota su misión, resolviendo los conflictos a base de una jerarquía, sino de la inoponibilidad, respecto a la cual la graduación es su expresión relativa.

Para concluir, diremos que nuestra Ley Hipotecaria se orientó acertadamente hacia el tercero de los sistemas germánicos, pero sin agotar en su figura la protección registral del tercero. El tercero del artículo 34, 1, agota su misión en las adquisiciones *a non domino*; el tercero del artículo 32 no puede convalidar una adquisición *a non domino*, lo impide el artículo 33; mas si hacer inoponible a quien inscribe frente a quien no lo hace o conferir una prioridad a quien cumple con la carga de la inscripción o anotación con relación a quien descuida esta misma carga.

Entre ambos terceros no hay ninguna incongruencia que rompa la unidad de nuestro sistema hipotecario, pueden coexistir en la Ley sin violencias de ninguna especie. Cada uno de ellos tiene su campo propio de actuación, las adquisiciones *a non domino*, el del artículo 34, y las adquisiciones *a domino*, que después entran en colisión, el del artículo 32.

La finalidad jurídica del artículo 34 se agota, salvando o sanando la falta de legitimación activa del precedente titular registral, causada por su titularidad inexistente, invalida o tarada, y en beneficio, única y exclusivamente, del adquirente que inscribe, el cual «será mantenido en su adquisición» (49). Cuando el nego-

(49) La frase es de una técnica jurídica impecable: el verbo ser es usado en futuro, nada dice del pasado, del titular registral que transfiere: respeta la adquisición, no por el negocio traslativo, sino por incidir en el supuesto de hecho del artículo 34.

cio jurídico, es decir, el título del tercero registral no está viciado en su legitimación activa, no podemos incluirlo en el artículo 34, porque estamos al margen de su supuesto de hecho y frente a un tercero distinto, el tercero de la inoponibilidad, el tercero del artículo 32.

La protección registral del adquirente *a non domino* se decide en el artículo 34. La tutela registral del adquirente *a domino* en el artículo 32.

El tercero del artículo 32 es una figura jurídica útil e idónea, para componer unos conflictos de intereses, como los que hemos enumerado, y otros más que la realidad, en su perenne fluir, presenta y presentará.

E) *El tercero interno o registral de la inoponibilidad.*

La inoponibilidad es un concepto más amplio que el de prioridad, aunque en nuestra legislación hipotecaria más restringido que en los sistemas de transcripción, por exigencias del artículo 34, que quedaría inoperante en caso de aplicar el principio de inoponibilidad a adquirentes *a domino* y *a non domino*.

El principio de inoponibilidad aplicado al tercero registral expresa: que los títulos relativos a derechos reales inmobiliarios debidamente inscritos no pueden ser perjudicados por los registrados con posterioridad o no registrados.

Es el sentido jurídico del artículo 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código civil, «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos (o anotados) en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

El perjuicio al tercero puede causarse adquiriendo un grado superior el título que se inscribe después, si se atiende a la fecha del documento y no de la inscripción, lo que resultaría claro en materia de hipotecas, si la inscripción no fuese el último de los elementos o requisitos constitutivos del derecho real; mas no es difícil proyectar estas mismas consecuencias a los demás derechos reales limitados, que concurren sobre una misma finca, si el valor de ésta en caso de ejecución hipotecaria, destrucción con o sin

seguro, etc., no alcanza para cubrir el valor de todos ellos, en cuyos supuestos, al convertirse en derechos de crédito por el mecanismo de la subrogación real, la cuestión debe resolverse por vía de preferencias, medio idóneo y legal para solucionar los conflictos entre créditos.

Si los títulos antes expresados no registrados o registrados con posterioridad no perjudican al tercero inscrito, aunque sean de fecha anterior al de éste, estamos frente a una prioridad derivada única y exclusivamente del Registro en favor del tercero registral, el tercero interno de la prioridad.

En el campo de los derechos reales es difícil que se plantee este conflicto directamente. Solamente se nos ocurre una posibilidad, que nos limitamos a apuntar, sin pronunciarnos sobre el problema, nos referimos a la anticresis, siempre que se admita que la adquisición de los frutos por el acreedor es efecto natural y no esencial de esta figura jurídica, y en consecuencia sea derogable por pacto entre las partes.

Indirectamente, es decir, en los supuestos de purga de los derechos reales en cosa ajena, por ejecución, el conflicto es una realidad, aunque se plantee entre los derechos de crédito por la subrogación real.

No se agota la figura del tercero interno en la prioridad, sino que la tutela registral del mismo se extiende a supuestos donde no se discute un rango, sino un perjuicio a derecho inscrito. El ejemplo que hemos puesto del artículo 69 es una de las manifestaciones de esta tutela.

Sin entrar a analizar los preceptos de la Ley Hipotecaria que hemos citado referentes al tercero, muchos de los cuales han quedado examinados, nos interesa resaltar aquí las razones para exigir la cualidad de tercero interno en algunos supuestos en que la Ley Hipotecaria alude al tercero tanto civil como registral, al tercer poseedor, y de los que antes hemos dado noticia.

Se trata de los supuestos de hecho de los artículos 112, 114, 115, 120, 121, 126, 127, 147, 157, etc. En todos ellos, en nuestra opinión, se tutela con exceso al tercer adquirente de los bienes hipotecados, cuyo exceso redundaría en perjuicio del acreedor hipotecario y sobre todo del cesionario del crédito hipotecario. Este exceso y correlativo perjuicio no compone equilibradamente el con-

ficto de intereses. Contemplemos estos dos casos: El acreedor puede descuidar el cobro de los intereses confiando en la ampliación de la hipoteca, que a pesar de examinar periódicamente el Registro y de retrasar la ejecución confiando en la ampliación, no puede hacerla porque un tercero civil adquirió la propiedad de la finca hipotecada o la finca, cuya diferencia de valor con el crédito que garantizaba era mayor, fue vendida, y confiando en poder repetir por la diferencia, dejó de ejecutar la hipoteca de la otra finca por razón de intereses. El tercer adquirente del crédito confía en la repetición por la diferencia sobre una de las fincas o en ampliar la hipoteca y no puede, a pesar de que examinó el Registro antes de la cesión del crédito, porque las fincas han pasado a poder de un tercer poseedor.

La conversión del tercer poseedor en tercero interno nos parece una tendencia saludable, un quehacer de la política legislativa, una cuestión de *legé ferenda* a cristalizar en Ley.

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA.

Notario.

NOTAS

Nuestro Derecho hipotecario tiene por objeto principal proteger al adquirente de buena fe mediante título oneroso que se acoge al Registro de la Propiedad

Así como la medicina actúa ante la enfermedad para curarla y evitar su peligro, así el Derecho hipotecario sirve para proteger al adquirente del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles mediante título oneroso otorgado por su parte sin mala fe, acogiendo al Registro, ante cualquiera inexactitud que él desconoce respecto del derecho que adquiere.

Contemplemos nuestro sistema registral y veremos, si estudiamos profundamente y con aguda inteligencia, su objeto y alcance, que la inscripción, a más de sus efectos presuntivos en el ejercicio del derecho inscrito, redime al adquirente hipotecario de cuantas inexactitudes o enfermedades jurídicas pueda adolecer el derecho transmitido, que en el sistema español pueden ser frecuentes, por cuanto se admiten las adquisiciones de los inmuebles a espaldas del Registro de la Propiedad; y por esto mismo la necesidad de la protección registral es más patente.

SUPUESTOS DE INEXACTITUDES PARA QUE LA EFICACIA DE LA INSCRIPCION ACTUE

Para que se sienta la necesidad de la protección del tercero es supuesto necesario la exigencia de una inexactitud, que puede hallarse en la apariencia negativa o positiva, consistente: a) En la

ausencia de actos o contratos que estén desempeñando su eficacia fuera del Registro, según hacen referencia los artículos 32 y 37 de la Ley Hipotecaria y los artículos 606 y 1.473 del Código civil. b) En la presencia de actos o contratos que, si bien figuran en el Registro, son o pueden ser ineficaces, según el desamparo del artículo 33 de la Ley Hipotecaria. c) También ante la presencia de una inscripción que expresa un derecho que no existe en la realidad, pero que no está cancelado (arts. 31 y 76 de la Ley). Traemos aquí las palabras del ilustre Notario de Madrid, don Angel Sanz: «Cuando realidad y Registro coinciden, tiene mucho menos relieve la eficacia e independencia de la inscripción». Cuando no existe enfermedad el valor y la necesidad del médico no se aprecia.

La eficacia relevante de la inscripción en nuestro sistema se ve en las adquisiciones *a non domino* principalmente, que tienen lugar no sólo a virtud del artículo 34, sino mediante el artículo 32, en su amplio contenido, principalmente en los casos de la doble venta, según veremos.

Las inexactitudes a que acabamos de referirnos no resultan remediadas solamente por el contenido del artículo 34 de la Ley de reforma de 1944, cuyos autores se hicieron la ilusión de poder comprender en el mismo el concepto completo de tercero hipotecario y la total protección registral del mismo; pero así resulta empequeñecido el alcance de la protección, que no remedia muchas de las inexactitudes referidas, y afirmamos que tal artículo 34 no tiene mayor contenido en su primer párrafo que el de la Ley anterior, y por tanto seguirá siendo una excepción al artículo 33, por muchas vueltas que les den, y el artículo 23 (32) sigue siendo precepto de mayor contenido que el artículo 34, el cual es parte de aquél, que hace recaer en el tercero que se acoge a la inscripción todos los beneficios que constituyen el fin de la Ley Hipotecaria; o sea, que el tercero inscrito tiene frente a los demás interesados que aleguen algún derecho en el mismo inmueble, la prioridad formal y material de su título (art. 17 y 32 de la Ley y los 606 y 1.473 del Código civil), la legitimación dispositiva, según el artículo 20, la presunción de legitimidad y la fe pública registral, a tenor de los artículos 38, 34, 31, 40, 69 y 220 de la Ley; o lo que es lo mismo, que el tercero inscrito tiene una posición excluyente de los derechos ajenos.

IDEAS BASICAS PARA QUE LA INSCRIPCION SEA PERFECTA GARANTIA DEL ADQUIRENTE FRENTE A CUALQUIERA DE LAS INEXACTITUDES ANTES INDICADAS

Tenemos que apoyarnos en la idea de que nuestra Ley Hipotecaria es Ley de terceros: de que la inscripción es, ante dicha Ley, el modo de adquirir la propiedad inmueble preferido, y que nuestro sistema se afianza en la presunción de veracidad y de integridad del contenido del Registro:

TENDENCIA PROTECTORA DEL TERCERO

Para conocer la verdadera naturaleza del tercero hipotecario habremos de tener presentes los efectos de las inscripciones, considerándoos unas veces como generales o genéricos y otras como especiales, y no perdamos de vista que la inscripción, aun en los casos en que se considera *declarativa*, será siempre rectificadora, así como será creadora si es *constitutiva*, porque engendra un derecho de índole hipotecaria, y en uno y otro caso tiene fuerza legitimadora dispositiva del derecho inscrito y preclusiva respecto de todo título incompatible con el inscrito.

Esta eficacia de la inscripción, unas veces rectificadora y otras creadora estaba en los propósitos de los autores de la Ley de 1861, como se ve en la Exposición de Motivos al decir: «Según el sistema de la Comisión resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se consideran constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro».

En otras partes de la Exposición se alude a los estímulos de la inscripción fomentando la protección del tercero que inscribe, y bien claro está que tales estímulos, que tal protección, no podría estar solamente basada en el artículo 34 (de antes y de ahora), que sólo comprende efectos especiales, igual que el 31 y otros, sino en el artículo 23 (32), en el que caben los efectos especiales y generales de la inscripción a favor del tercero que inscribe.

Así podemos ver en el artículo 32 una tendencia protectora del tercero que inscribe.

SOLIDA INTERPRETACION DE DON JERONIMO GONZALEZ SOBRE LA PROTECCION DEL TERCERO

Don JERÓNIMO, al referirse a los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales sobre inmuebles dice: «Cómo se engrana este mecanismo (el mecanismo de los modos de adquirir en el Código civil) con los principios hipotecarios, no se dice claramente, aunque la intención de aplicarlos para proteger al tercero se vislumbra en el fondo y de cuando en cuando aflora a la superficie del articulado (en el art. 1.537). Momentos hay, sin embargo, en que puede creerse aceptada una orientación decisiva hacia la sustantividad de la inscripción, o mejor dicho, en que se atribuye valor constitutivo, por ejemplo, en el artículo 1.473, que, caso de doble venta de un inmueble, atribuye la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro, y con más energía en el 1.875, que exige igual requisito para que la hipoteca quede válidamente constituida».

Y dice don JERÓNIMO, al tratar de la concordancia entre la inscripción y la realidad: «Enfocado el principio de publicidad desde este punto de vista sustantivo o sustancial, presenta dos aspectos, positivo y negativo, según se afirme la verdad de los pronunciamientos registrales o su indefectibilidad. Es decir, el Registro es exacto por corresponder a la realidad jurídica, e íntegro, porque la agota. Lo inscrito es real y nada hay fuera de la inscripción que tenga ese carácter». «El artículo 1.537 del Código civil corrobora lo dispuesto en el artículo 606, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que no existe pugna o contradicción entre la Ley Hipotecaria y el Código civil, pues antes bien, los principios que informan los textos, así de la una como del otro, son idénticos, ratificando el Código civil los preceptos sustantivos de la Ley Hipotecaria, a la que el mismo se refiere en sus artículos 608 y 1.537 (sentencias de 25 de octubre de 1895, 15 de junio de 1897, 3 de enero de 1901 y 20 de diciembre de 1928)».

Dice don JERÓNIMO también que los autores de la Ley de 1861 al redactarla infundieron en los artículos relativos al valor de la inscripción energías positivas y efectos sustantivos. Y dice que a veces ven en el artículo un sucedáneo de la tradición. Y afirma igualmente don JERÓNIMO que los autores de la Ley también aluden a los estímulos de la inscripción, entre los cuales se halla la protección del tercero que inscribe. Sigamos recogiendo las ideas sólidas de don JERÓNIMO: «El principio de legitimación es paralelo al de la *fides* pública... Lo inscrito es real. En la Exposición de Motivos se destaca la distinción de publicidad formal y sustantiva con claridad, pero no así los aspectos positivo y negativo. Este último parece absorber la atención de los redactores, como reacción contra la plaga de los gravámenes clandestinos... A este criterio responden los artículos 23, 24 y 36... Pero no faltan, sin embargo, en aquella Exposición frases que, aunque imprecisas y aisladas, nos autorizan para concluir que los autores de la Ley, al redactarla, como la jurisprudencia y la doctrina de la Dirección, al aplicarla, infundieron en los artículos relativos al valor de la inscripción energías positivas y efectos sustantivos. A veces ven en el artículo un sucedáneo de la tradición: «Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero el dominio y los demás derechos reales, en tanto se consideran constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro». Otras veces aluden a los estímulos de la inscripción, entre los cuales se halla la protección del tercero que inscribe.

Decía también don JERÓNIMO sobre la integridad del Registro: «Negativamente considerado el principio que estudiamos, priva de efectividad respecto de terceras personas a cuantas pretensiones inscribibles carezcan de base hipotecaria o se apoyen en causas que no resulten claramente del Registro... De la presunción pasamos a una verdadera ficción legal: el tercero para la Ley conocía la situación del Registro y al adquirir la finca se confía a su amparo. Esta ficción se halla orientada en el sentido de favorecer al adquirente, no para perjudicarlo».

SENTIDO DEL ANTEPROYECTO DE LUZURIAGA DE 1848 SOBRE LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCION

Si queremos conocer a fondo nuestro sistema hipotecario, o sean, los efectos de la inscripción, debemos estudiar con sentido reflexivo el Anteproyecto de 1848, redactado por don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, y podrá observarse que en él se abrigaban sobre los efectos de la inscripción, dos propósitos que quiso traducir en postulados hipotecarios: El primer efecto de la inscripción es el de mera publicidad para dar a conocer al tercero la existencia de los actos que impliquen mutación o traslación de la propiedad; es, a saber, «ningún título traslativo de propiedad de bienes raíces o constitutivo de cualquier otro derecho real sobre los mismos, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro». El segundo efecto que el Anteproyecto atribuye a la inscripción no es, como ya decía OLIVER, una mera consecuencia del principio de publicidad, sino de aquel otro principio fundamental, cuya adopción propuso LUZURIAGA en 1843 a la Comisión General de Codificación, según el cual *la transmisión de la propiedad y la constitución de derechos reales debía depender de formalidades externas*; y así dice LUZURIAGA sobre este efecto de prioridad: «Cuando el propietario enajena unos mismos bienes raíces a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título». Este efecto de la inscripción, derivado de la formalidad externa legal en la transmisión de la propiedad y la constitución de derechos reales, pasó al artículo 1.859 del Proyecto del Código civil de 1.851, luego al artículo 23 de la Ley Hipotecaria a favor del tercero que cumple este requisito legal, según dice la Exposición de Motivos de esta Ley, y al artículo 606 y el 1.473 del Código civil.

De estos postulados no podemos prescindir en la interpretación del valor teórico y práctico de la inscripción en nuestro sistema, y debemos tener muy presente la eficacia inmediata de la inscripción por el valor sustantivo de su formalidad en favor de su titular.

A este respecto tengamos muy en cuenta lo que los autores de la Ley de 1861 decían: «Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el

dominio y los demás derechos reales, en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo (el Derecho civil), así una venta que no se inscriba, ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos, si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción». Por esto tenemos que afirmar que aquí la inscripción tiene un valor sustantivo de modo de adquirir, aunque no se den todos los requisitos del primer párrafo del artículo 34 de la Ley. Todo esto está comprendido, repetimos, en el artículo 32 de la Ley, en el artículo 606, en el 1.473 y en el 1.537 del Código civil. O sea, que en nuestro sistema no sólo se atribuye fe pública de apariencia positiva a los asientos del Registro (art. 34), sino al mismo tiempo fe pública de apariencia negativa, que confiere prioridad en favor del titular que inscribe, que cumple con la formalidad externa y que de ella nace el derecho en las mutaciones de los bienes raíces.

DON BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER, tan conocedor de nuestra Ley Hipotecaria, en relación con el Código civil, nos expresa el sentido de los efectos de la inscripción, y siempre con tendencia a que éstos produzcan estímulo a los titulares para inscribir, decía: «En cuanto a los efectos de la inscripción, declara en otros tantos artículos (la Ley de 1861) que los títulos que no están inscritos no perjudicarán a tercero (art. 23): que los títulos inscritos sólo surtirán efecto desde la fecha de su inscripción, entendiéndose por tal la de la presentación del documento; que la nulidad de la inscripción no perjudicará al derecho anteriormente adquirido por un tercero que no haya sido parte en el contrato inscrito (art. 34); que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes, pero que si éstos aparecen otorgados por persona que, según el Registro, tiene derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule el derecho de aquella persona en virtud del título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente de los libros del Registro...» (art. 34).

LÓPEZ DE HARO decía: «La máxima *prior tempore potior jure* no

es un premio a la diligencia, ni un castigo al abandono; tiene sus raíces en el Derecho civil, por la equivalencia de la inscripción a la tradición, de modo que no es sólo y simplemente una cuestión de fechas, sino de derechos, y tal es el sentido del artículo 1.473 del Código civil». Y dice también LÓPEZ DE HARO, el artículo 23 no excluye la aplicación de los artículos 33 y 34; ni el artículo 34 excluye la aplicación del 23, decimos nosotros. Lo mismo afirma LÓPEZ DE HARO: «La inscripción substituyó a la tradición».

EL TERCERO EN NUESTRA LEY HIPOTECARIA

La Ley Hipotecaria anterior estableció en su artículo 27 el concepto de tercero para los efectos de aquella Ley, diciendo que era el que no había intervenido en el acto o contrato inscrito. Esta definición tenía que referirse, por de pronto, al adquirente que dejaba de inscribir su título, y así habría de ser perjudicado por otro título inscrito; podría aludir también al sujeto beneficiado por las causas de nulidad, resolución, rescisión o revocación, que podrían dejar sin efecto el derecho del *tradens*, pero que no le afecta al subadquirente que inscriba su título.

Decía MORELL a este respecto: «Pudiera, pues, definirse el tercero en el mismo artículo 23 en ésta o parecida forma: tercero es aquel que no ha intervenido como interesado en el acto o contrato inscrito con relación a ese acto y a la persona que inscribe, y lo es también el que inscribe con relación a cuantos no intervinieron en el acto o contrato inscrito». «La Ley tiende siempre a amparar los derechos inscritos, a favorecer al que inscribe, y por tanto a que la inscripción verificada perjudique a los que no hubiesen inscrito. Por tanto, y como regla general, puede afirmarse que siempre que la Ley habla de perjuicio de tercero, ese tercero es el que define el artículo 27, el que no ha inscrito ni intervenido en el acto o contrato que se inscribió; y siempre que habla de no poder ser perjudicado un tercero, ese tercero es el que define el señor CALDERÓN, el que funda su derecho en un título inscrito».

El artículo 27 de la Ley anterior definía el tercero como titular de una relación jurídica distinta de la producida por el acto o contrato inscrito.

Decía don EUSTAQUIO DÍAZ MORENO, con la espléndida inteligencia que le caracterizaba: «El valor sustancial e interesante de la inscripción no es ése (el valor de la inscripción entre las partes), sino el que causa, respecto de tercero, punto sobre el cual gira todo el sistema de la Ley, llamada por tal motivo de terceros. Cuando la inscripción ha de referirse a derechos diferentes de los contenidos en ella, o sea, cuando su valor haya de determinarse frente a algún interés distinto del de los otorgantes del título inscrito, en el momento mismo surge el espíritu complicado y sutil de la Ley Hipotecaria para asumir la cuestión, proclamando la virtud intangible del principio de publicidad, conforme al que los derechos no inscritos deben sucumbir en los casos de oposición con los inscritos. De donde puede advertirse la verdad de estas dos afirmaciones: Primera: Que, para que la actividad de aquel espíritu de la Ley se produzca, es necesario siempre que exista un título inscrito, al cual haya de afectar en su relación con otros derechos. Segunda: Que, dijimos en otro lugar, la base sustantiva de la Ley está constituida por una negación, y a la vez ésta, fundada en el supuesto de que existan títulos o derechos sujetos a inscripción, pero no inscritos, pues si todos los que deben inscribirse a su tiempo se inscribieran, el juego del sistema quedaría reducido, de acuerdo con el Derecho civil, a determinar su valor respectivo, conforme a la preferencia natural de la fecha de la inscripción.»

«Los efectos de la inscripción, respecto de tercero, están señalados en la Ley, de los dos modos que era necesario, divididos en positivos y negativos, si bien los verdaderamente interesantes e hipotecarios, repetimos, son estos últimos, a los que se refiere el artículo 23, tratando de los positivos, los artículos 25, 26 y 28, en sentido general.» «Dice el artículo 23... Es preciso, sin embargo, decir que dicho artículo ha de entenderse con subordinación a la circunstancia de que exista un título inscrito, al cual los no inscritos pudieran perjudicar, manera de inteligencia, cuya exactitud ha reconocido el Tribunal Supremo en muchas sentencias...»

«Todos esos títulos o documentos, justificativos de actos y contratos sujetos a inscripción, no estando inscritos, no perjudican a tercero, llamando así por ahora, y para entendernos provisionalmente, a persona distinta de los otorgantes que haya adquirido sobre el mismo inmueble la propiedad o algún derecho real, regis-

trando su título. Vendidas dos veces la misma cosa, el dominio de ella pertenece al que inscribe la escritura, aunque su adquisición sea posterior, porque es tercero respecto de la primera enajenación, pues no fue otorgante en la misma, y además ha hecho público su derecho en el Registro, con lo que ese derecho es absoluto, perjudica a todos...»

«Nos parece, asimismo (sigue diciendo DÍAZ MORENO), que la noción del tercero es imposible fijarla con exactitud, si se adopta una forma abstracta o absoluta, siendo necesario reducirla a actos y contratos determinados, y así podría decirse que, con relación a cualquier acto o contrato, esté o no inscrito, es tercero quien, no habiendo sido parte u otorgante en él, adquiere después el dominio o un derecho real sobre los bienes a que se refiera. Si inscribe su título, será, respecto de actos o contratos no inscritos, el tercero a que alude el artículo 23, si no lo inscribe será un tercero civil...; o sea, que los títulos no inscritos no perjudican al inscrito y surge el corolario de que el título inscrito perjudica a los no inscritos, porque al fin, siendo opuestos, alguno ha de triunfar, y la Ley manda que sea el que se ha sometido a sus exigencias.»

Por todos estos razonamientos convincentes, nos inclinamos, una vez más, a considerar poco acertado el pretender encasillar el concepto de tercero hipotecario, adoptando una forma absoluta y abstracta, al amparo del artículo 34 exclusivamente, como intentaron los autores de la Ley de Reforma de 1944, suprimiendo, nada menos, el artículo 23.

Y sigue diciendo DÍAZ MORENO, refiriéndose al artículo 34 como excepción del artículo 33, que sigue siéndolo: «Como podrá advertirse, esta doctrina de excepción del artículo 33, contenida en el 34, es propiamente hipotecaria o exenta de las Leyes civiles, y responde al mismo principio esencial contenido en el artículo 23. Si los derechos reales declarados y perfectos, con sus títulos respectivos, se pierden no estando inscritos, en oposición con otros que lo estén, cuando la convivencia entre los inscritos y los no inscritos es imposible, o ceden su preferencia a los inscritos, aunque la fecha de su creación fuere anterior a la de éstos, necesario era reconocer que las meras acciones reales debían someterse a la misma Ley, y, en consecuencia, que el triunfo obtenido por su empleo no ha de perjudicar al derecho inscrito de un tercero, como la causa pro-

ductora de la acción, o sea, el hecho que la origine, no esté consignado en los libros del Registro.»

En fin, que el tercero del artículo 34 es el titular inscrito, que adquirió, mediante contrato oneroso y con buena fe, resultando tercero respecto del acto o contrato que se invalide, y tercero también, en cuanto a la persona que, fuera del Registro, sea titular civil del mismo derecho, adquirido luego por el adquirente, a tenor de este artículo, ya que en nuestro régimen hipotecario, tanto antes como desde la última reforma, hay que tener en cuenta para entender debidamente los efectos de la inscripción: 1.º, que haya un acto o contrato inscrito, y 2.º, que en este acto o contrato hay como interesadas o afectadas determinadas personas. Los que intervienen son partes, son interesados en los efectos de la inscripción protectora (arts. 23, 32 y 34), y los que no intervienen son los terceros a que se refería el artículo 27 de la Ley anterior; son los terceros perjudicados, son las partes en los actos o contratos no inscritos, o las partes en la relación jurídica inscrita a nombre del transferente, convalidada por la inscripción del causahabiente, según los términos del artículo 34 de la Ley.

Repitamos, pues, y como ya decía MANRESA, que la Ley tiende siempre a amparar los derechos inscritos, a favorecer al que inscribe, y, por tanto, a que la inscripción verificada perjudique a los que no hubiesen inscrito. Por tanto, y como regla general, puede afirmarse que, siempre que la Ley hable de perjuicio de un tercero, ese tercero es el que definía el artículo 27, el que no ha inscrito ni intervenido en el acto o contrato que se inscribió, y siempre que hable de no poder ser perjudicado un tercero, ese tercero es el que funda su derecho en un título inscrito. Tal tercero favorecido es el tercero del artículo 23 (32), el del artículo 31, el del 34, el del 37, el del último párrafo del 40, el del 69, el del 220 de la Ley vigente.

LOS TERCEROS DE LOS ARTICULOS 28 Y 207 DE LA LEY

Los terceros a que se refieren estos artículos son terceros civiles; el tercero del artículo 28 es el heredero que tiene mejor derecho a la herencia y tiene dos años para hacer uso de su derecho preferido, y el tercero a que alude el artículo 207 es tercero civil de

mejor derecho, y que, dentro de los dos años, puede pedir la nulidad de la inmatriculación, estando por ello—como decía MORELL—sujeto a una condición resolutoria el derecho del inmatriculante, durante el plazo de dos años, contados desde la fecha de la inmatriculación, pues cabe que, dentro de este término, se pida judicialmente la nulidad de tal inscripción de inmatriculación y de las que de ella se deriven. Transcurridos los dos años, la inmatriculación se hace firme contra todo tercero. Por esto mismo, sentencias recientes del Tribunal Supremo dan preferencia al inmatriculante en la doble venta de inmuebles, transcurridos que sean los dos años; sin embargo, si la inmatriculación se efectúa mediante título anterior a 1909, no tiene lugar la limitación del artículo 207, según el artículo 302 del Reglamento Hipotecario.

ANTECEDENTES EN NUESTRO SISTEMA DEL CONCEPTO DE TERCERO HIPOTECARIO

La génesis del tercero hipotecario de la Ley de 1861 se halla en la Base 52, reformada de LUZURIAGA: «Ninguno de los títulos sujetos a inscripción surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro.» Así se decía también en el Proyecto del Código civil de 1851. Luego, en el artículo 3 del Anteproyecto del Ministerio, ya se expresaba más concretamente al decir: «Careciendo los títulos de que se hace mención en los dos artículos precedentes de la toma de razón, no podrán perjudicar a tercero que haya cumplido por su parte con la misma solemnidad.» Luego se simplificó la redacción, estableciendo, en el artículo 23 (32), que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero. Este tercero es el titular que cumplió con el requisito de la inscripción, pudiendo considerar ineficaz cualquiera otra transmisión anterior no inscrita, siempre que haya incompatibilidad absoluta entre la personalidad del inscribiente protegido y la de otro titular o la del *auctor*, y por esto mismo, también cabe el alcance del artículo 34 en el contenido del artículo 32 de la Ley, ya que, si surge un tercero luego, preten-

diendo ser titular del mismo derecho, mediante título no inscrito, derivado del mismo *auctor*, el tercero inscrito tiene protección, no sólo amparándose en los términos del artículo 34, sino en la fuerza de la apariencia negativa comprendida en el artículo 32, que actúa o puede actuar, sin necesidad de que estén vigentes los asientos anteriores al otorgarse el título del tercero inscrito, cabiendo así la eficacia general del artículo 32, no sólo en las adquisiciones *a non domino*, a virtud del artículo 34, sino en las adquisiciones en que el tercero a título oneroso se ampara en las inscripciones previas para el tracto sucesivo, en las inscripciones de inmatriculación por información de dominio o por otros títulos cuando ya no exista la limitación de los dos años, y lo mismo respecto de las inscripciones de conversión de posesión en dominio.

SE TACHA DE POCO TECNICOS A LOS AUTORES DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861

Se les atribuye falta de técnica en el principio de publicidad registral, dejando de formular tal principio, se dice con sencillez y categóricamente, y han optado—dicen—por desarrollarle en varios artículos en forma empírica, de tanteo, casuísticamente, como si el legislador no hubiese asimilado el núcleo central del sistema germánico en que se había inspirado, y que la funesta técnica del tercero hipotecario, de invención transaccional, por un lado, y el admitir la adquisición extrarregistral de los derechos, de otro, son las causas de la confusión—dicen—de nuestro sistema y del fracaso de los buenos propósitos del legislador.

Nosotros decimos a esto que, de no establecerse la inscripción constitutiva para la adquisición del dominio y de los demás derechos reales sobre el inmueble, tenemos que hablar del tercero en la Ley Hipotecaria como titular preferido, y mientras así sea, cuanto más se pretenda formular un concepto único del tercero hipotecario a base del artículo 34, más limitada se hace la eficacia de la inscripción y más se separa nuestro sistema del pensamiento base de los autores del mismo que, al ser eclético, no podemos desentendernos del principal artículo para nosotros, que es el ar-

título 32, en el que se refugia el tercero adquirente inscrito, contra los titulares no inscritos del mismo derecho, y contra los títulos o circunstancias causantes de inexactitudes en el Registro, aunque tuviesen eficacia en la realidad.

TERCERO HIPOTECARIO

Adelantémonos a decir que tercero hipotecario, en términos amplios, es el adquirente, mediante título oneroso y válido, que otorga con buena fe, basada en la apariencia registral positiva o negativa y que luego inscribió.

Este tercero es el destinatario de la protección registral, tanto para que no le afecte lo no inscrito como para sostenerle en su propia adquisición inscrita, obtenida: unas veces, confianza en el asiento registral a nombre del *auctor* (apariencia positiva), y otras, espera la protección, fundándose en la apariencia negativa, refugiándose en el Registro con la presentación de su título en el mismo, con la esperanza de poder apurar el tracto sucesivo, si la finca ya figura inscrita o de poderla inmatricular mediante los procedimientos legales, para que, en uno y otro caso, tenga la protección del artículo 32 de la Ley y del artículo 1.473 del Código civil, y así existirá siempre estímulo para que el titular inscriba, estímulo que no tendría, si sólo hubiese protección para los que adquieran, según los requisitos del artículo 34, y se dirá seguramente que las inscripciones de adquisiciones, fundadas en la apariencia negativa, no convalida los vicios de nulidad que afectan al derecho del transferente; pero el último párrafo del artículo 40, en relación con el apartado d) del mismo artículo, puede inmunizar al tercero del vicio de nulidad o falsedad, y, desde luego, no le afectarán las causas de rescisión, revocación y resolución, al amparo del primer párrafo del artículo 37 de la Ley, y también subsana la inexistencia del derecho en el *auctor*, salvo la limitación del artículo 36.

GENESIS DEL TERCERO HIPOTECARIO

El concepto de tercero hipotecario se forma: unas veces por exclusión, negativamente, en relación a un determinado acto o también en relación a determinada situación jurídica, relativa a un mismo inmueble, y otras veces, positivamente, según operen los principios de apariencia negativa o positiva: lo no inscrito no existe; lo inscrito, existe. Y por esto mismo, el derecho del *tradens*, anulado que sea, resuelto, revocado o rescindido por causas que no consten en el Registro, o por otra razón que produzca la inexistencia en el *auctor* de aquel derecho, adquirido luego por el tercero inscribiente, éste será mantenido en su adquisición, si su título es válido (arts. 31, 32, 34, 37, 40, 220 de la Ley). El que no inscribe provoca una apariencia negativa que no debe perjudicar al subadquirente, que en ella confía, a virtud de la eficacia preclusiva de la publicidad, y también al amparo de la eficacia convalidante de la presunción de exactitud; o sea, que la inscripción, a nombre del tercero, provoca efectos de exclusión frente a otro título de imposible coexistencia, produciéndose el juego de dos contratos o negocios en relación a un mismo derecho: uno, anterior, que será extraño al otro, al del tercero protegido.

Así, el beneficiado por la fe pública registral (positiva o negativa), y el tercero registral, en sentido genérico, son, uno y otro, los llamados a la protección del Registro, los que pueden impetrar a su favor los efectos de la inscripción, principalmente los efectos defensivos o inmunizantes, basados, generalmente, en los postulados presuntivos y preclusivos. Para el tercero hipotecario, la realidad comienza y termina en los libros del Registro. La protección registral debe ser igual, tanto por efecto de la exactitud registral como por la presunción de integridad, si en uno y en otro caso existe la buena fe que justifique la protección; opera la fe pública, que declara señalativamente, por una parte, que el Registro agota la realidad jurídica en beneficio del protegido registral, contra cualquier titular que se haya descuidado en acudir al Registro, por efecto de la presunción de integridad, y, por otra parte, para el tercero protegido especial, el Registro es exacto, concordando

con la realidad jurídica, aunque el titular transferente no sea verdadero titular del derecho enajenado o por estar afectada su titularidad por causas que no consten en el Registro y sea desconocida la inexactitud por el subadquirente.

Es decir, que, con relación al tercero hipotecario, los términos *confiado* y *fundado* pueden ser consecuencia de la apariencia positiva o negativa, y así, como decía muy bien MOLINA RAVELLO, «si en el supuesto, por ejemplo, de la doble venta de un mismo inmueble, el segundo adquirente tan sólo se hace propietario cuando inscribe su título, ¿por qué se habrá de referir a un momento distinto a éste la necesidad de la previa inscripción de su causante?» En estos casos, el asiento de presentación del título del segundo adquirente hace impacto para la protección de este adquirente.

En una palabra, que en nuestro sistema se clama más que en otros de inscripción constitutiva por la protección del tercero, porque las disconformidades entre Registro y la realidad son más de tener en cuenta y justifican la atención de los autores de nuestra legislación ante la inexactitud, en la que hay que tutelar al que de buena fe quiere adquirir con seguridad.

EN NUESTRO DERECHO HIPOTECARIO, LA FE PÚBLICA ACTÚA EN SU ASPECTO POSITIVO Y NEGATIVO

En los regímenes alemán y suizo, el contenido del Registro vale como exacto; en los sistemas de inoponibilidad, la fe pública se entiende solamente en el aspecto negativo; pero en nuestro régimen hipotecario actúan los dos aspectos: negativo y positivo; o sea, que actualmente en nuestro sistema se puede afirmar que la fe pública, en razón de integridad, con respecto al tercero que inscriba, no queda su adquisición amenazada por las acciones de impugnación, por defectos en la titulación del transferente, toda vez que, no sólo mediante lo establecido en el primer párrafo del artículo 37 de la Ley, sino que el apartado d) del artículo 40 de la misma dice: «Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento (el asiento del transferente) y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anterior-

mente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial.» El último párrafo del mismo artículo 40 preceptúa: «En ningún caso, la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.»

Pero, además, el penúltimo párrafo del citado artículo 40 dice: «La acción de rectificación será inseparable del dominio o derecho real de que se derive.» Esto quiere decir que, el que entable la acción de rectificación, habrá de tener título de dominio o derecho real, que, si no está inscrito, resultará ineficaz para privar de tutela al tercero hipotecario, protegido por el artículo 32 de la Ley.

Queremos decir con esto que, queriendo o sin querer, los autores de la Reforma de 1944 han reforzado, con el artículo 40, el artículo 32, toda vez que en el mencionado último párrafo del artículo 40 se hace referencia a los derechos de todo tercero a título oneroso de buena fe, no sólo comprendido en el artículo 34, sino en el 32 y en el primer párrafo del 37, puesto que, si el legislador quisiera referirse solamente al tercero del artículo 34, lo diría, como lo dice en el artículo 31 y en el 69 de la Ley y también en el 15.

Nuestro sistema hipotecario apoya también la protección del tercero, basándose en la confianza derivada de la apariencia positiva, o presunción de exactitud del Registro, en la que se funda el alcance de los artículos 34 y del 76 de la Ley, dando eficacia positiva o sustantiva al derecho del causante, según la extensión y consistencia que resulte del Registro para la tuición del tercero.

NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO CONFIERE A LA INSCRIPCION: UNAS VECES, FORMA DE SER, Y OTRAS, FORMA DE VALER

Nuestro sistema hipotecario vigente, interpretado sin los criterios retorcidos de los tratadistas, confiere a la inscripción: unas veces, forma de ser, y otras, forma de valer. Forma de ser se alcanza en las inscripciones constitutivas, porque dan ser o existencia a los derechos que son objeto de inscripción. Forma de valer resulta, respecto de tercero, en la inscripción de los derechos que ya existían

en la realidad, pero que la constatación en el Registro les imprime un *valor* de seguridad excluyente que antes no tenían, provocando, por precepto legal, apariencia legitimadora que sostiene al titular actual como único portador del derecho inscrito, con aptitud para ejercitar todas las facultades que en la realidad constituyen tal derecho, del que nadie podrá disponer, sin consentimiento de tal titular (seguridad estática), manteniéndole de esta forma a cubierto de las transmisiones que pululen clandestinas fuera del Registro (seguridad dinámica), y así, el tercero se *enquicia* en las posibilidades previsibles de nuestro sistema para actuar *erga omnes* en la realidad dinámica de la propiedad inmueble.

MANUEL VILLARES PICO.

LEGISLACION

.

Crónica legislativa

SUMARIO: *Ley sobre Montes Vecinales en Mano Común.*—I. Su discusión en las Cortes—II. Concepto de Montes Vecinales en Mano Común.—III. Su régimen jurídico.—IV. Aprovechamiento y disfrute y redacción y aprobación, en su caso, de la ordenanza reguladora de los mismos.—V. Personalidad jurídica de la Comunidad y órganos representativos y de administración de ella.—VI. Inscripción en el Registro de la Propiedad de los Montes Vecinales en Mano Común.—VII. La participación individual de los vecinos en los aprovechamientos o en los rendimientos pecuniarios de los mismos.—VIII. Aprovechamientos inconvenientes.—IX. Distribución de los rendimientos pecuniarios de los aprovechamientos.—X. Juntas de Mancomunidad y aprovechamientos conjuntos.—XI. Jurados Provinciales de Montes Vecinales en Mano Común.—XII. Expedientes para la clasificación de los Montes.—XIII.—Efectos de la clasificación.

I

El *Boletín Oficial del Estado* de 29 de julio de 1968 publicó la Ley número 52/68, de 27 de julio, sobre Montes Vecinales en Mano Común.

En la discusión en las Cortes, CUÉLLAR CASALDUERO expuso todas las cuestiones esenciales que la Ley suscita y que a continuación se recogen sumariamente.

Hay que partir de la existencia, en el Norte y Noroeste de España, de montes pertenecientes a núcleos vecinales, no constituidos como Entidades Municipales.

Las titularidades de dichos montes en mano común fueron adquiridos por prescripción extraordinaria, o bien el título de adquisición fue—principalmente durante la desamortización—el de copropiedad de tipo romano, y se convirtieron, a través de los años, en verdaderas comunidades germánicas, haciendo posible que

labradores de minúsculos patrimonios agrícolas pudieran subsanar la escasez de tierras propias.

Ahora bien, con ello se originó una disociación entre la norma general y escrita que atribuía el dominio de los montes a los Ayuntamientos y la norma especial de uso y costumbre que confería a las comunidades, de hecho existentes, pero sin personalidad jurídica, el dominio y el aprovechamiento de los referidos montes. Esta anomalía planteó graves problemas, especialmente cuando los montes se incluyeron en inventario y catálogos municipales, y al entrar las comunidades germánicas en contacto con los organismos de la Administración forestal del Estado.

La naturaleza privada de estos montes, reiteradamente reconocida por los Tribunales de Justicia, ha dado lugar a que, tanto la Administración del Estado como la municipal, se desentendieran de ellos, sin que la Ley de Montes, ni su Reglamento, ni la Compilación de Derecho civil de Galicia, hayan puesto remedio a dicha situación, tan dañosa para una importante riqueza forestal.

El Consejo Provincial del Noroeste puso de manifiesto la gravedad y alcance del problema, y la necesidad de promulgar, para resolverlo, la Ley que se comenta.

Esta reconoce el carácter privado de los bienes en cuestión, en favor de las comunidades que, tradicionalmente, vienen explotándolos, garantizando sus facultades dominicales mediante las oportunas inscripciones registrales, pero dando, a su vez, a los Ayuntamientos una intervención decidida, en relación con su administración y tutela, así como a los órganos estatales encargados de la riqueza forestal, en orden a un mejor disfrute y aprovechamiento, llegando, incluso, cuando los intereses superiores lo reclamen a cambiar el régimen de explotación o a la expropiación forzosa, pero siempre con las debidas garantías de la participación del grupo comunitario, a través de la intervención y el asesoramiento de cuantos organismos y autoridades deban dar su parecer.

El precepto relativo a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los Montes Vecinales en Mano Común fue el más debatido en las Cortes y originó la edición de la única disposición transitoria que figura en el dictamen.

La ponencia modificó el texto enviado por el Gobierno, al aceptar la enmienda formulada por LIAÑO, en el sentido de que el ti-

tulo inmatriculador había de ser precisamente el Jurado quien lo expediera, una vez firme su resolución. Se rechazó el carácter cancelario de la resolución, como contrario a los principios que informan la legislación hipotecaria, acogiendo las enmiendas presentadas por PEREDA MURCIA, VIOLA SAURET, GARCÍA HERNÁNDEZ y RIVAS GUADILLA, estableciéndose que, en los supuestos de contradicción entre la resolución del Jurado y la constancia registral, se estará a lo dispuesto en tales casos en la Ley Hipotecaria y en su Reglamento, si bien se adicionó al proyecto una disposición transitoria, en virtud de la cual, durante el plazo de diez años, a partir de la vigencia de la Ley, la resolución firme del Jurado tendrá eficacia rectificadora de los asientos de inmatriculación, contradictorios en el Registro de la Propiedad, salvo cuando hubieran sido obtenidos a virtud de sentencia firme dictada en el juicio declaratorio correspondiente.

II

Recibirán la denominación genérica de montes vecinales en mano común, los pertenecientes a los vecinos agrupados en parroquias, aldeas, lugares, caseríos, barrios y otros similares no constituidos formalmente en Entidades municipales que, con independencia de su origen, vengán aprovechándose consuetudinariamente en régimen de comunidad, exclusivamente por los integrantes de dichas agrupaciones en su calidad de miembros de las mismas, ya se denominen en la actualidad montes de común de los vecinos, montes vecinales, en mano común forales u otros semejantes.

No será obstáculo para que dichos montes vecinales en mano común queden sometidos a la Ley el que alguno de tales montes esté incluido en un Catálogo, Inventario o Registro Público con asignación de diferente titularidad, siempre y cuando dichos actos formales no hayan sido acompañados de un cambio real y efectivo en la posesión a favor de los que en los mismos figuren como titulares durante el tiempo necesario para ganar el dominio por prescripción o las inscripciones se hayan producido en ejecución de sentencia dictada en el juicio declaratorio correspondiente.

Los montes vecinales en mano común para quedar sujetos a la Ley requerirán a estos efectos la previa clasificación oficial por el Jurado Provincial.

III

El Régimen Jurídico de dichos montes será el siguiente: a) Su titularidad y aprovechamiento corresponde, sin asignación de cuotas específicas, a los vecinos integrantes en cada momento del grupo comunitario de que se trate. b) Son bienes indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables y no estarán sujetos a tributación alguna, excepción hecha de las exacciones que graven o puedan gravar la circulación de los productos. No obstante su inalienabilidad, podrán excepcionalmente ser objeto de cesión total o parcial, o temporal o definitiva, al Estado, Provincia, Municipio, Movimiento Nacional u Organización Sindical, así como la cesión de uso a cooperativas, para obras, instalaciones, servicios o fines que redunden de modo principal en beneficios directos de los vecinos propietarios de los mismos. c) Por causas de utilidad pública o de interés social prevalente al que representan, podrán ser objeto de expropiación o imposición de servidumbre.

IV

El aprovechamiento y disfrute de los montes se efectuará exclusivamente por aquellos a quienes corresponda su titularidad, y según las normas escritas y situaciones consuetudinarias que vengán existiendo entre ellos.

Caso de que tales normas no figuren escritas o no tengan el contenido que la Ley previene y que después se dirá, deberá redactarse en el plazo de un año desde que el monte sea clasificado, una Ordenanza al efecto en la cual se recojan los usos y costumbres por los que venga rigiéndose la comunidad. Dicha Ordenanza, elaborada por una comisión de representantes de la comunidad propietaria, a la que se podrá adscribir un letrado o asesor técnico,

un miembro del respectivo Ayuntamiento y otro de la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos designados por las respectivas Corporaciones deberá obtener la conformidad de las dos terceras partes de quienes tengan derechos a los aprovechamientos y será remitida al Ayuntamiento respectivo a los efectos de su aprobación o, en su caso, de oposición total o parcial a la misma.

Si en el plazo de seis meses desde la clasificación del monte no se hubiere designado la expresada Comisión, el Ayuntamiento deberá proponer a la Comunidad los nombres de aquellos vecinos con derecho al aprovechamiento que hayan de integrar la Comisión redactora de las Ordenanzas y reiterará la propuesta cuantas veces sea necesaria hasta conseguir la aprobación de la mayoría de los miembros de la comunidad.

Las Ordenanzas habrán de regular cuando menos los siguientes extremos: a) Las circunstancias determinantes de la cualidad de comunero, adquisición, ejercicio y pérdida de los derechos que de ella se deriven. b) La participación en los aprovechamientos. c) Los órganos de representación y gestión, responsabilidad y facultades e impugnación de sus actos. d) Los planes de aprovechamiento. e) Causas de extinción de la comunidad y destino de los bienes comunes o de los que los hayan sustituido.

Cuando las Ordenanzas de la comunidad hubieran establecido, en atención a normas consuetudinarias, especiales condiciones relativas a los beneficios, tales como arraigo, permanencia, edad, participación u otras para el disfrute de tales bienes, se estará a sus disposiciones.

Una vez recibida la Ordenanza, el Ayuntamiento someterá un texto a información pública por término de dos meses, para que quienes se consideren de algún modo afectados por la misma puedan formular las observaciones pertinentes. Se hará, además, notificación directa a las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos y demás entidades sindicales que en el término municipal representen intereses agrarios.

El Ayuntamiento dentro del plazo de dos meses desde que termine la información pública, dictará resolución aprobando o rechazando la Ordenanza. El silencio del Ayuntamiento durante dicho plazo implicará la aprobación de la Ordenanza.

Los Ayuntamientos sólo podrán negar la aprobación de la Or-

denanza en resolución motivada, que se fundamente en alguna de las razones siguientes: a) Defectos de tramitación. b) Disconformidad atendida por la situación tradicional del disfrute. c) Disposiciones contrarias a las Leyes. d) Perjuicio directo a los intereses públicos del Estado, Provincia o Municipio o de otra comunidad vecinal.

Los acuerdos de los Ayuntamientos aprobando o rechazando las Ordenanzas serán recurribles en vía contencioso-administrativa.

V

La administración de los montes vecinales en mano común estará a cargo de las comunidades propietarias mediante los órganos que, según las normas por las que se rigen, vengan representándolas o, en su caso, de acuerdo con sus Ordenanzas.

Cuando no los tuvieren, nombrarán una Junta de Comunidad integrada por el Presidente y dos Vocales, elegidos unos y otros por los vecinos con derecho al aprovechamiento y de entre ellos mismos, por periodos determinados.

La comunidad tendrá personalidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, incluso el ejercicio en la vía judicial o administrativa de cuantas acciones sean precisas para la defensa de sus específicos intereses. La representación de la comunidad corresponde a la Junta respectiva, pero el ejercicio de acciones judiciales deberá ir precedido del dictamen del Letrado.

El Ayuntamiento del respectivo Municipio podrá inspeccionar, por su iniciativa o a solicitud de un tercio de los vecinos con derecho a aprovechamiento la actuación de los órganos de gestión, dando cuenta al Gobernador civil, quien podrá decretar la remoción de los miembros de la Junta y la elección de los miembros de una nueva, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar.

A falta de órganos que consuetudinariamente vengan representando los intereses de las comunidades propietarias, y mientras se constituyen las correspondientes Juntas, los Ayuntamientos asumirán transitoriamente sus funciones.

El presidente de la Junta de la comunidad será miembro nato

del Cabildo de la correspondiente Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos.

VI

Los montes vecinales en mano común se inscribirán en el Registro de la Propiedad con arreglo a las siguientes normas:

a) La resolución del Jurado provincial clasificando los montes, una vez haya adquirido la condición de firme, será título inmatriculador suficiente para el Registro de la Propiedad.

b) En los casos de contradicción entre la resolución del Jurado y lo que conste en el Registro, se estará a lo establecido para tales supuestos en la vigente Ley de Montes y su Reglamento, en concordancia con lo dispuesto en la Ley y Reglamento Hipotecarios.

Las certificaciones que en su caso se expidan contendrán los requisitos fijados en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria y concordantes de un Reglamento. Dichas certificaciones estarán exentas de los impuestos sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

VII

La participación individual de los vecinos en los aprovechamientos de pastoreo o esquila u otros semejantes, se regirá por las normas u ordenanzas que regulen su disfrute, bajo el principio de la justa distribución entre los miembros comunitarios.

Todo otro tipo de aprovechamientos que produzcan rendimientos pecuniarios directos se distribuirá en la forma señalada por la Ley y que después se expone.

VIII

Si se estimase por las Juntas de comunidad, por los Ayuntamientos, por las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos o por la Administración Forestal que el aprovechamiento que

se realiza por el grupo comunitario no es el más conveniente para la explotación racional del monte, se procederá a incoar por los Ayuntamientos respectivos un expediente para transformar la explotación, el cual habrá de contener cuando menos las siguientes actuaciones:

a) Estudio de los Servicios Técnicos del Ministerio de Agricultura, en el que se recojan los elementos de juicio básicos que fundamenten la propuesta de modificación que se haga indicando, en lo posible, el tiempo en que puede llevarse a cabo el proyecto, etapas de su ejecución y modo de atender las necesidades de los beneficiarios de los aprovechamientos.

b) Informe y acuerdo de la Junta de comunidad acerca de la transformación que trate de realizar.

c) Resolución del Ayuntamiento respectivo que cuando fuere conforme con el proyecto y con el acuerdo de la Junta de comunidad dará fin al expediente.

Si existiere discrepancia entre el acuerdo municipal, los informes técnicos y el acuerdo de los órganos de gestión de la comunidad, se elevará por el Ayuntamiento el expediente al Ministro de Agricultura, quien, previos los asesoramientos que estime adecuados, dictará la resolución pertinente determinando la forma y condiciones en que el aprovechamiento haya de realizarse.

Cuando proceda acudir a la repoblación obligatoria se estará a lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de Montes y los 316 y siguientes de su Reglamento, sea cualquiera la superficie afectada.

IX

El beneficio líquido de los aprovechamientos se distribuirá en la siguiente forma:

a) Un 50 por 100 se entregará en metálico por la Junta de la comunidad a quienes tuvieran derecho al aprovechamiento de dichos terrenos y se distribuirá de conformidad con las normas tradicionales o, en su defecto, por partes iguales entre ellos. No obstante, podrá establecerse con carácter temporal y previo acuerdo

favorable de las dos terceras partes de los miembros componentes de la comunidad titular, que todo o parte de este 50 por 100 incremente el porcentaje señalado en el apartado siguiente o que se emplee en otro fin que sea de interés general para la comunidad.

b) Un 20 por 100 se ingresará en el Ayuntamiento en concepto de gastos de gestión y participación en las cargas municipales.

c) Un 30 por 100 será invertido por el Ayuntamiento respectivo en obras y servicios que afecten de modo principal y directo a la parroquia, aldea, lugar, caserío, etc., cuyos vecinos tengan derecho a disfrute de dichos bienes. El plan de inversiones que propone la Junta deberá ser aprobado por el Ayuntamiento.

X

El régimen de aprovechamiento de montes vecinales en mano común tendrá carácter conjunto en los siguientes supuestos:

a) Cuando un monte pertenezca a dos o más agrupaciones comunitarias, aunque radiquen en diferentes Municipios.

b) Cuando la Administración Forestal del Estado considere de utilidad para la economía nacional la explotación conjunta de varias fincas forestales pertenecientes a diferentes comunidades.

c) Cuando dos o más montes enclavados en Municipios distintos pertenezcan a una sola agrupación comunitaria.

En tales supuestos deberán instituirse las correspondientes mancomunidades vecinales o de montes, que estarán regidas por una sola Junta o por una Ordenanza única. Reglamentariamente se establecerá la composición de las Juntas de mancomunidad, el sistema de elaboración de las Ordenanzas y la intervención de los Ayuntamientos y Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos afectados, sobre la base de que participen y estén representados todos los intereses comunitarios y municipales confluyentes, así como la distribución de los beneficios entre las distintas comunidades.

XI

La Ley crea en las provincias de La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra, así como en aquellas otras en que por haber montes de los comprendidos en la Ley lo acuerde el Ministro de Agricultura, un Jurado de montes vecinales en mano común, que tendrá competencia para conocer de las cuestiones que se promuevan sobre clasificación de los montes de tal carácter, así como las demás que legalmente se le encomienden.

El Jurado Provincial estará compuesto por los siguientes miembros: a) Presidente: el Gobernador civil. b) Vicepresidente: un Magistrado de la Audiencia designado reglamentariamente. c) El Delegado provincial del Ministerio de Agricultura. d) Un abogado del Estado, un Notario, un Registrador de la Propiedad y un Letrado en ejercicio designados por sus respectivos Colegios; un Ingeniero de montes de los Servicios Provinciales de Montes; el Jefe del Servicio Provincial de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales y sendos representantes de la Cámara Oficial Sindical Agraria y de la Diputación Provincial, así como de las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos y de los Ayuntamientos en cuyo territorio radiquen los montes y de la comunidad propietaria en cada caso implicada. e) Secretario: el Secretario general o un funcionario técnico del Gobierno civil, que actuará con voz, pero sin voto, en las reuniones.

XII

Los expedientes de clasificación de los montes vecinales en mano común se iniciarán de oficio por el propio Jurado Provincial o a instancia de los órganos de gestión de la comunidad o de los vecinos con derecho aprovechamiento, de los Ayuntamientos, de la Administración Forestal o de las Hermandades de Labradores y Ganaderos.

Las resoluciones que dicte dicho organismo habrán de ser siem-

pre motivadas con las referencias de hecho y fundamentos de derecho que resulten de cuantas actuaciones se practiquen.

Iniciado el expediente de clasificación los montes no podrán ser objeto de enajenación, división o gravamen, hasta que el Jurado dicte la resolución oportuna, a cuyo efecto se practicará la correspondiente anotación en el Registro de la Propiedad.

Por vía reglamentaria se concretará el procedimiento clasificatorio en su fase de incoación, instrucción y resolución, con sujeción a las siguientes prescripciones.

a) En el expediente serán oídas cuantas personas, Organismos o Corporaciones resulten interesados o se personen como tales en el mismo, debiendo informar cuantos Organismos y Entidades tengan competencia material o técnica en el asunto. Cuando el monte aparezca inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de persona o Entidades determinadas, habrán de ser notificadas inexcusablemente del procedimiento inicial, de modo análogo a lo establecido en la Ley Hipotecaria y su Reglamento.

b) En caso de que el bien clasificado estuviese incluido en el Inventario de Bienes Municipales o en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, los Ayuntamientos o el Estado no vendrán obligados a impugnar la resolución del Jurado.

Las resoluciones del Jurado podrán ser impugnadas en vía contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora.

Las cuestiones relativas al dominio y demás derechos reales de los montes serán competencia de los Tribunales de Jurisdicción Ordinaria, sustanciándose por los trámites del juicio declarativo ordinario que corresponda.

Para promover los expedientes de clasificación, la Administración Forestal confeccionará en el plazo de un año una relación de montes vecinales en mano común de la provincia, previa oportuna investigación de la naturaleza de todos y cada uno de los montes radicados en la misma. Tal relación podrá ser ampliada posteriormente si se tiene noticia de montes de esta clase no incluidos en la relación inicial.

A la vista de la indicada relación el Jurado Provincial de oficio

o a instancia de las Entidades anteriormente enumeradas, incoará los oportunos expedientes clasificatorios.

Las relaciones de montes vecinales en mano común tendrán virtualidad plena a efectos del mejor ejercicio de las facultades técnicas tutelares y de vigilancia que correspondan a la Administración Forestal.

XIII

La clasificación del Jurado Provincial de un monte vecinal en mano común, cuando sea firme, producirá los siguientes efectos:

1.º La exclusión del monte en el inventario de bienes municipales o del Catálogo de Montes de Utilidad Pública si en ellos figuran.

2.º Durante el plazo de diez años a partir de la vigencia de la Ley tendrá para rectificar las inmatriculaciones contradictorias del Registro de la Propiedad, salvo que las mismas se hayan producido en virtud de sentencia firme dictada en el juicio declaratorio correspondiente.

3.º Los montes se incluirán en las relaciones especiales que existirán en los Ayuntamientos a que estén vinculados y en la Administración Forestal.

4.º La Administración Forestal procederá al deslinde de dichos montes, si fuere necesario, y velará por su conservación e integridad.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

JURISPRUDENCIA

I.-Jurisprudencia monográfica

El legado de parte alícuota^(*)

(Continuación)

IV

NOTAS CRITICAS A CADA UNA DE LAS SENTENCIAS

Propuesto el tema de este estudio, expuesto el aspecto concreto del mismo a estudiar, relacionadas cronológicamente cada una de las sentencias del Tribunal Supremo a él referentes, parece conveniente que nos detengamos aquí para hacer un previo análisis de cada uno de los supuestos de hecho.

Junto a este análisis, la observación de la génesis de cada sentencia es asimismo inexcusable. Una vez conocidos todos los datos, en cada uno de los litigios, podremos inducir si ha habido o no una línea clara jurisprudencial sobre el legado de parte alícuota.

Al utilizar aquí la expresión «notas críticas», me estoy refiriendo al sentido pristino, auténtico, del término «crítica», del griego *kpinw*: separar, escoger, entresacar, distinguir, discernir, apreciar, interpretar. Con ello adelanto que este modesto estudio sólo pretende lo que al principio dije, sin que ello suponga una denuncia o acusación a las decisiones de nuestra Suprema Corte de Justicia: lo que en mis juicios hubiere de divergencia, no se entienda sino

(*) ADVERTENCIA.—En prensa este trabajo, llega a mi poder una edición, más bien *reimpresión*, de la obra *Apuntes de Derecho sucesorio*, de VALLET. Siendo idéntica a la de 1955, agotada, las referencias a las páginas de la misma que aquí se hacen mantienen su validez.

como interpretación o entresaca o apreciación en cada supuesto concreto.

Precisiones éstas que eran necesarias antes de entrar en el estudio crítico de cada una de las sentencias:

1.^a SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1898 (187).

— *Hechos*:

1. Parece incuestionable que el punto de partida de todo razonamiento hay que centrarlo en la situación de herencia indivisa a la muerte del matrimonio Aguilar-Alemán, y constitución de la comunidad hereditaria entre los nueve hermanos.

Este hecho, que la realidad nos muestra a diario, de la constitución tácita de una comunidad hereditaria, es en nuestro supuesto particularmente interesante, debido a la serie de fallecimientos y adjudicaciones que se dieron; pero mucho más por la decidida y mantenida voluntad de permanecer en el proindiviso los cuatro hermanos solteros.

Las vicisitudes de esta comunidad las conocemos a través de las referencias a las personas de sus cotitulares; habría sido muy interesante también rastrear la trayectoria de los bienes hereditarios y de sus frutos, por ejemplo. En este sentido, la hermana monja fallecida intestada, obviamente, no había repudiado tal herencia, pero, ¿se beneficiaba de los frutos de los bienes?, ¿qué derechos sobre tales frutos—hasta la fecha de su muerte—podía tener el Instituto religioso, en base a sus Reglas, que no conocemos?, ¿cabe hablar aquí de una *mortis causa capio* a favor del Instituto, pero de exigibilidad dudosa frente a los otros hermanos?

Entre los hechos alegados por el demandante destaca poderosamente esta decidida voluntad de co-posesión y disfrute conjunto de todos los bienes: incluso se destaca en cursiva (en la propia sentencia) que «los tres hermanos disfrutaron juntos, sin partir, cuantos bienes pertenecían a los cuatro...» (188). ¿Implica ello que

(187) Véase el detenido comentario de PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, volumen 1.º, págs. 72 y 86.

(188) Parece aquí aludirse a un convenio tácito de reparto, de participación inmediata en los frutos, sin esperar a la partición; véase sobre este punto FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, págs. 155 y sigs.

la hermana monja había repudiado tácitamente? ¿Y el artículo 1.008 del Código civil?

2. Por otra parte, del testamento de don Domingo sólo conocemos que deja todos sus bienes a las dos hermanas solteras. No aparecen transcritas otras cláusulas. Parece lógico, por tanto, suponer que en su mente no operaban ideas de cautelas o sustituciones, para prevenir el destino sucesivo de los bienes.

3. En cuanto a la sucesión de doña Asunción, habría sido quizá conveniente conocer exactamente el contenido del codicilo: el no existir problemas de derecho transitorio y la poca importancia que se le dedica en la exposición de hechos, hace que podamos dejar este punto tranquilamente.

4. El hecho básico objeto de discusión fue el otorgamiento de testamento notarial por doña Suceso. En la interpretación de sus cláusulas, y a la vista de los hechos acaecidos anteriormente, se llega por las dos partes a consecuencias distintas.

Nuestra interpretación sería más exacta si tuviéramos todos los datos posibles: fincas de la herencia y voluntad de la testadora, por ejemplo.

Con los datos que tenemos podemos afirmar: 1.º La voluntad de la testadora es favorecer al máximo a su sobrina doña D. Aguilar Navarro (la demandada). 2.º La nombra albacea (189), idea ésta no muy alejada de la de heredero. 3.º Legó el tercio de todos sus bienes a las hijas de la demandada. 4.º Instituye herederos «singulares» en una universalidad perfectamente diferenciada: los bienes que heredó de su hermano Domingo. 5.º No dispone de dos tercios de sus bienes.

En la interpretación de este testamento (190) hay que adoptar todos y cada uno de los cánones hermenéuticos aplicables, al objeto de poder llegar a conocer cuál fue la voluntad real de la testadora.

(189) Los términos utilizados—*de mancomun e in solidum*—por la testadora, que son términos técnicos en el mundo jurídico, no parecen, en buena lógica, estar al alcance del hombre medio. Incluso entre profesionales del Derecho se habla de actuaciones en forma mancomunada o solidaria con poca precisión técnica. A la vista de todo ello, si la testadora entendió lo que tales términos significan jurídicamente, y si se hizo cargo de lo que supone designar albacea, no es desproporcionado concluir que en su mente operaba tácitamente la idea de albacea heredero.

(190) En tema de interpretación del testamento, sigue siendo fundamental la monografía de JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Bosch, 1958, en especial págs. 77 y sigs.

Con el canon de la literalidad tropezamos ante el obstáculo de la aparente contradicción de las cláusulas 8.^a y 9.^a del testamento. Si el canon lógico parece que resuelve la contradicción, por sí solo no es suficiente, pues hay que acudir al canon sistemático y a los demás antecedentes y datos que nos lleven tras las huellas de la efectiva voluntad de la testadora.

En el caso de autos había que proceder a la indagación de la voluntad real de la testadora y a la integración de la voluntad declarada, utilizando al respecto cualesquiera medios de prueba. Entonces se llega a la conclusión de que la contradicción entre las cláusulas 8.^a y 9.^a era tan sólo aparente, por la evidente insuficiencia del canon literal. La cláusula 9.^a «instituye por herederos de todo lo que heredó de su hermano Domingo». No reúne las notas precisas para que se la pueda calificar de institución de heredero: no se da el llamamiento a una universalidad, sino a una parte de un todo (lo heredado de Domingo). Si, pues, no se trata de una institución de heredero, obviamente se trata de un legado. Entonces no vemos antagonismo alguno entre las cláusulas 8.^a y 9.^a del testamento: en ellas dispone dos legados distintos, no incompatibles.

Es muy aguda la visión realista de PUIG BRUTAU (191), al decir que «no será exagerado afirmar que la testadora llamó legatarias a las herederas y herederos a los legatarios». A esta misma conclusión se llega por nuestra parte, en atención a que la testadora: 1.º No hace una verdadera y propia institución de heredero. 2.º El llamamiento de herederos «singulares» no es de heredero propiamente dicho. 3.º El comportamiento, previo al otorgamiento, respecto de la aparente legataria es decisivo y básico (192). 4.º Su voluntad verdadera es favorecer primordialmente a doña D. Aguilar. 5.º Omite disponer de dos tercios de sus bienes, sin que tengamos datos para llegar a conocer cuál fue su voluntad real.

A nuestro entender, el testamento de doña Suceso plantea, entre otros, dos problemas básicos: a) Si su voluntad fue nombrar heredera a doña D. Aguilar (para lo cual hay indicios o huellas sugestivas, pero nos tememos que insuficientes). b) Si para el cálculo del legado del tercio de la cláusula 8.^a deben o no computarse los bienes que heredó de su hermano Domingo.

(191) Op. cit., pág. 72.

(192) Véase JORDANO, op. cit., pág. 93.

Nos resta, por tanto, la cuestión de la computación de los bienes heredados a efectos del cálculo del legado del tercio: a la vista de que el testamento contiene una serie de legados, no veo ninguna razón clara para excluir del cálculo dichos bienes. Solamente si el testamento de don Domingo hubiera contenido previsiones en el sentido de indicar la trayectoria futura de sus bienes después de morir doña Suceso, cabría tal exclusión; también se daría la exclusión si existiere una disposición de la testadora en tal sentido. La interpretación de dicha cláusula 8.ª, atendiendo a los elementos o cánones literal, lógico y sistemático, conduce a sentar la idea básica de que el legado del tercio abarca todos los bienes de la testadora, sin distinciones.

5. La demanda del actor contiene una serie de alusiones a hechos o situaciones que reafirman mi punto de vista anterior: que la demandada, a los ojos de la testadora (193), venía a ser la continuadora de su persona.

En cuanto al *petitum*, era obvia la incongruencia, denunciada muy certeramente por la demandada (194), por cuanto la solicitud de condena se refiere a las herencias de la testadora y de sus hermanas P. y A. Y al solicitar se declare que en el legado del tercio no se comprenden los bienes herederos de don Domingo, implícitamente se está solicitando la partición de la herencia de don Domingo.

Además, ¿existían diferenciados *per se* tales bienes heredados de don Domingo entre los relictos por la testadora? Creo que sostener esto es muy aventurado. Y sin embargo, así lo afirmaron tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo.

La Audiencia sienta otra afirmación un tanto ambigua y poco clara, al decir que «por ser incierto e ignorarse en poder de quién se halla la parte de bienes que en su día pueda adjudicarse al actor en las tres sucesiones ...» Lo cierto es que el actor solicitaba la partición de tales herencias, y ésta no se produjo.

— Doctrina del Tribunal Supremo:

1. El Considerando 1.º es técnicamente muy deficiente en su argumentación. Ya he expuesto cómo no hay tal antagonismo irre-

(193) Véase JORDANO, op. cit., y lo que dice del «ángulo visual» del testador.

(194) Véase nota 33 precedente.

ductible entre las citadas cláusulas 8.^a y 9.^a Lo procedente habría sido indagar cuál fue la voluntad real de la testadora; pero el Tribunal Supremo no lo hizo. Quedaba en pie toda la argumentación del motivo segundo del recurso.

2. El Considerando 2.º, que es el decisivo, tampoco es afortunado: en su parte inicial, la referencia a «como toda disposición testamentaria relativa a la universalidad de la herencia» no pasa de ser una generalización, de un mero *obiter dictum*; y en su parte final, el argumento relativo a los «herederos» de la cláusula 9.^a es perfectamente aplicable a los legatarios del tercio, y no demuestra nada.

Nos queda la tesis de que «el legado del tercio ha de formarse después de cumplidas las cargas de la herencia, regla-liquidación que debe suponerse aceptada por el propio testador». Esta tesis, genéricamente formulada, me parece dudosa y muy discutible. Ahora bien, aplicada al caso concreto, a la cuestión que origina el litigio, quizá condujo a una solución de equidad.

De modo que el Tribunal Supremo llegó probablemente a una solución justa, en base a una argumentación equivocada. Lo normal, atendiendo a la terminología del testamento y a los razonamientos del Tribunal Supremo, es entender que el demandante era heredero y las hijas de la demandada legatarias: con lo que el heredero debía esperar a la previa detracción de la serie de legados dispuestos por la testadora, regla-liquidación ésta que si es de validez y aplicación general a todo heredero instituido.

Entiendo que el Tribunal Supremo llegó a formular la conclusión errónea, pero justa, por utilizar una premisa menor equivocada: la de que la regla-liquidación se aplica a los legatarios del tercio. He aquí el verdadero problema.

2.^a SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1903.

— *Hechos*:

1. El hecho básico es, nuevamente, el testamento, otorgado aquí por doña María.

La peculiaridad del caso es que la testadora previó las posibles

premoriencias de los instituidos herederos, y cuidó de la trayectoria futura de los bienes.

Con los medios modernos de interpretación puede sentarse que la testadora quiso efectivamente instituir heredero en la cláusula 6.^a Lo que es más discutible es si tal institución «en el remanente» es o no correcta técnicamente:

— En contra de ella se dice: que responde a un concepto más económico que jurídico, que es de procedencia germánica (195) y que es una fórmula notarial incorrecta (196).

A favor de dicha fórmula está nuestra más reciente doctrina: LACRUZ BERDEJO nos dice que el remanente representa o el *universum ius* o una parte abstracta de él, y nunca bienes concretos, y que tal fórmula es correcta (197). PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en el mismo sentido, nos dice que tal institución concuerda con la idea residual de la herencia, de gran arraigo histórico en nuestro Ordenamiento desde Las Partidas; y que con dicha fórmula se acentúa un matiz ausente en otras más técnicas: se precisa con ella que lo que se integra indiferenciadamente en el patrimonio «personal» del heredero es sólo el remanente, el resultado de una liquidación (198).

Creo que en algunos casos—cuando el testador dispone una serie de legados, que cita LACRUZ—puede ser interesante acudir a tal fórmula de institución en el remanente. Pero la mayoría de las veces utilizar dicha fórmula puede inducir a confusión; lo preferible entonces es comenzar las cláusulas dispositivas con la institución de heredero universal y continuar luego con las mandas o legados.

Sea cual fuere la posición ante el problema de la institución de heredero en el remanente, parece perfectamente claro que la testadora en la cláusula 6.^a quiso verdadera y

(195) Véase BONET RAMÓN, *Derecho de sucesiones*, pág. 25, CASTÁN, *La dogmática*, cit., pág. 272

(196) Véanse Resoluciones de 23 de agosto de 1923 y 29 de noviembre de 1956, «Boletín del Colegio Notarial de Granada», 1967, núm. 179, pág. 208

(197) Véase *Derecho de sucesiones*, I, Parte general, págs. 95-96.

(198) Véase *La herencia y las deudas del causante*, cit., págs. 35, 128 y 201, y muy especialmente la nota 32 en pág. 129

efectivamente hacer una institución de heredero: en primer lugar, a favor de su madre; luego, si ésta la premoria, a favor de su esposo; y si ambos la premorian, a favor de los demandados (presumiblemente, sobrinos de su marido).

2. La cláusula 5.^a del testamento, debatida también a lo largo del pleito, me parece perfectamente clara e incuestionable: se dispone en ella un legado del tercio, o sea, un legado parciario, a favor del esposo de la testadora.

No veo incompatibilidad alguna entre esta cláusula 5.^a y la siguiente, antes estudiada: allí hay una institución de heredero; aquí hay un legado. La conciliación de ambas cláusulas, de las dos disposiciones, parece sencilla y no plantea problema alguno.

La demandante vio dudosa dicha cláusula, pensando en la premoriencia del beneficiado por ella, y su tesis la acogió el Juzgado. Personalmente, no creo defendible tal postura, en base a lo terminante de los artículos 766, 789 y 888 del Código civil. Ni siquiera partiendo de que se trataba de un caso de derecho transitorio, pues encaja de lleno en la disposición 12 de las transitorias del Código civil.

De modo que no cabe ver en la ineficacia de la cláusula 5.^a un supuesto de vacante del tercio, con apertura de la sucesión legítima. El viraje de los argumentos de la actora se observa muy claramente en su escrito de réplica, en el que pasa a sostener: que en dicha cláusula lo que la testadora quiso es hacer una institución de herederos, y que su voluntad evidente fue que ese tercio pasara a los legítimos sucesores de la madre de la testadora. Veamos ambas afirmaciones con detenimiento.

El sostener que la testadora, al decir «lega y manda a su esposo el tercio de sus bienes, derechos y acciones», lo que hace es instituir heredero, me parece cuando menos cuestionable. Sobre todo, a la vista de la cláusula 6.^a siguiente, que también aquí hay que tener en cuenta, pues no sería lógico que la testadora hubiera hecho una doble institución de heredero. Volveremos en seguida sobre esta cláusula.

En cuanto a que fue voluntad evidente de la testadora el que dicho tercio pasara a los legítimos sucesores de la madre de la tes-

tadora, parece poco defendible: ni aun con los medios de prueba extrínsecos al testamento podría llegarse a una interpretación tal.

3. Que la cláusula 5.^a era el único apoyo de la actora se observa relejendo los motivos del recurso—en realidad, único, que he desglosado para mayor claridad—. Veamos los argumentos de la recurrente y las notas típicas de la institución de heredero:

— Hay para la recurrente una institución de heredero en dicha cláusula, porque: 1) el tercio es una *universalidad*, pues no se fijan cantidades ni objetos para la sucesión; 2) la sucesión es, *además*, en acciones y derechos, o sea, en su personalidad; 3) la determinación en el Código civil del objeto legado excluye la posibilidad de un legado de parte alicuota; 4) de existir un legado parciario, *no* sería bastante a transmitir al legatario las *acciones y derechos* del causante; 5) las palabras «lega y manda» originan la duda a que se refiere el artículo 668, duda que se reafirma con la nota de sucesión «en bienes, derechos y acciones».

— Veamos las notas de la institución de heredero. Es la persona que subentra de un golpe—«uno ictu»—en el conjunto de todas las relaciones jurídicas transmisibles del difunto, y cuya posición dentro de ellas va a ser igual a la del difunto (199), o sea, que sucede también en su causa justificativa. Las consecuencias de ello son: responsabilidad por el pasivo hereditario, necesidad de aceptación, obligado a la colación, adquiere la posesión civilísima de los bienes, es participe en la comunidad hereditaria.

— De la comparación de estas notas características de la institución de heredero con la cláusula 5.^a del testamento y los argumentos de la recurrente, podemos resaltar: 1.º Que se llame al *tercio* de los bienes, derechos y acciones, lo que excluye el llamamiento a título universal, pues no se sucede en *todas* las relaciones jurídicas del de *cuius*. 2.º El que se hable de «sucesión en bienes, derechos y acciones», no implica suceder en una universalidad, ya que nada se dice del pasivo hereditario. 3.º El legado puede tener por objeto cualquier cosa que esté en el comercio, y no cabe decir que no puede extenderse a *acciones* del difunto, si éste así lo quiso. 4.º La determinación de la cosa legada no implica *per se* que se excluyan las cosas, o mejor, «bienes» consistentes en *porciones* de un

(199) Véase LACRUZ, op. cit., págs. 31 y sigs.

todo, referidas al valor de cada una de ellas en relación con el patrimonio. 5.º Parece que la testadora, a la vista de lo expuesto, quiso verdaderamente disponer un legado, y no instituir heredero.

Recordemos, finalmente, la cita de VINNIO que hace LACRUZ (200): «una cosa es adquirir a título universal, y otra adquirir una universalidad a título singular»: el que sucede en una parte de los bienes, o en una cuota del valor que puedan tener, no es un sucesor a título universal, ya que no sucede en el pasivo, lo cual presupone una liquidación para determinar el activo relicto.

En resumen, la testadora quiso: legar el tercio en la cláusula 5.ª, e instituir heredero en la cláusula 6.ª

— *Doctrina del Tribunal Supremo:*

1. La posición del Tribunal Supremo es correcta, al rechazar el recurso, y exacta, al interpretar la cláusula 5.ª, no sólo contemplada en sí misma, sino en función de lo ordenado en la cláusula 6.ª. Sus razonamientos, no por sencillos, dejan de ser certeros: la voluntad de la testadora fue nombrar a su esposo legatario del tercio de sus bienes, derechos y acciones; el tercio es una parte alicuota del caudal, que no constituye el título universal en virtud del que sucede el heredero; el Código civil no ha prohibido los legados de parte alicuota de la herencia; al existir heredero instituido y caducar el legado por premoriencia del legatario, el legado acrece a la masa hereditaria y no cabe el *ab intestato*.

Obsérvese la inteligente conclusión de PUIG BRUTAU (201), de que con la calificación de legado y la regla del artículo 888, lo que se hace es contribuir a reducir la diferencia práctica entre el sistema del Código civil de concurrencia de la sucesión testada e intestada y el sistema opuesto romanista vigente en Cataluña: tal refundición en la masa hereditaria hasta cierto punto viene a suplir al llamado derecho de acrecer forzoso o de no decrecer, que resulta de principio romano *nemo pro parte*...

2. Se abunda en el Considerando 2.º en la interpretación de la cláusula 5.ª del testamento, que para la recurrente era el motivo esencial de la litis. Aquí insiste el Tribunal Supremo en ideas

(200) Op cit, pág. 89.

(201) *Fundamentos...*, cit., tomo V, volumen, I, pág 87. nota 114

muy claras, que por mi parte expuse anteriormente: no cabe dudar de la inteligencia de dicha cláusula, cuyo sentido de «lego y mando» es inequívoco; debe entenderse, además, referida al conjunto del testamento todo, en el que se dispone una institución de heredero; la referencia del legado a «derechos y acciones» no induce a dudas ni oscuridades, ya que tales derechos y acciones son los comprendidos en el tercio de los bienes de la testadora.

— *Nota final:* Es ésta la sentencia en que con mayor claridad aparece afirmada la existencia de un legado de parte alicuota, en contraposición a una institución de heredero igualmente dispuesta por la testadora. Quizá no aparecen dibujados los rasgos distintivos de ambas figuras, ni los efectos de tal calificación: pero hemos de recordar, una vez más, la mecánica del recurso de casación, y que nuestro Tribunal Supremo en rigor lo que decide es un conflicto de intereses ante él planteado. Del *petitum* de la demanda, del escrito de réplica y del recurso, no cabía otra solución. Lo demás habría dado lugar a generalizaciones excesivas e innecesarias. La solución es justa y lógica, calificativos éstos que no siempre coinciden juntos.

3.ª SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1917.

— *Hechos:*

1. De nuevo el hecho fundamental es el otorgamiento de un testamento. La peculiaridad del caso de autos reside en que el testamento no era el ordinario abierto notarial, sino el extraordinario ante cinco testigos por inminente peligro de muerte. Por lo curioso del asunto, los detalles de redacción de las cláusulas me parecen interesantes para hacer un breve análisis del contenido del testamento.

No es muy abundante la bibliografía acerca del testamento en inminente peligro de muerte, normado por el artículo 700 del Código civil. Constituye una excepción el interesante estudio de MARTÍNEZ-CALCERRADA (202). Dicho estudio es una valiosa aportación

(202) Véase en «Revista de Derecho Notarial», 1966, núm. 52, págs. 119 y sigs., bajo el título *Examen de la normativa legal del denominado testamento «in articulo mortis»* (Sobre los presupuestos condicionantes de su admisibilidad).

para llegar a entender el porqué y el cómo de este peligroso testamento, de utilización bastante más frecuente de lo que se cree. De dicho trabajo, cuya crítica no es de este lugar, me interesa resaltar la importancia que el autor otorga a la imposibilidad de que intervenga el Notario, y la conjunción o trabazón íntima que para el autor tienen los dos motivos de este testamento: el peligro inminente de muerte y el que no sea posible acudir al Notario.

Sentada esta base doctrinal para nuestro supuesto, parece que lo cuestionable de manera previa en el caso de autos es de si en verdad nos hallábamos ante un testamento de los normados por el artículo 700. De la solución a que lleguemos resultará: o que no había tal testamento, o que si reunió los presupuestos condicionantes de su admisibilidad; y en el primer caso sería superfluo entrar en el examen de los restantes hechos concurrentes en el caso.

a) Veamos, pues, si en verdad se trataba de un testamento en inminente peligro de muerte. Seguimos aquí, en lo esencial a MARTÍNEZ CALCERRADA (203), trasladando a nuestro caso de autos las cuestiones que aborda el autor citado:

- a') *Caracterización del peligro de muerte y de su «inminencia»*: Es un presupuesto condicionante *de facto* para el otorgamiento de este testamento; no lo comporta la simple enfermedad, aunque sea grave, sino que se trata de una situación «urgente, inmediata y extrema que haga temer un próximo y fatal desenlace» y que imposibilite la intervención del Notario; la apreciación de la inminencia del peligro corresponde al Tribunal de Instancia, discrecionalmente.

De modo que no basta que el testador esté grave, pues si la gravedad no lleva consigo el inminente peligro de su fallecimiento, aunque éste haya existido, el testamento no será válido. A dicho estado de urgencia hay que añadir que no sea racionalmente prudente esperar la intervención del Notario, o sea, que el mismo no pueda acudir en el momento oportuno.

Si la situación de gravedad tuviera la apariencia de poderse prolongar en el tiempo la «inminencia» que la norma

(203) Op. cit., págs. 129 y sigs.

requiere, esa misma prolongación aniquila esa dimensión de proyección temporal de la enfermedad al fatal desenlace. Dicha prolongación temporal habría que potenciarla con la lucidez del enfermo, soporte indispensable para el ejercicio de su *testamenti factio* activa.

- b') *Integración del estado de peligro inminente de muerte:* Tal situación debe ser tal, que inmediatamente después fallezca el *de cujus*, y dicha inmediación está referida a la no posibilidad de acudir al Notario en el intervalo, o sea, desde que testó hasta que falleció. Si la muerte no se produce, y cabe que en el intervalo hasta el fallecimiento se pueda acudir al Notario, debe hacerse intervenir al Notario, pues, en otro caso, el testamento es nulo.
- c') *Ausencia del Notario:* La subsidiariedad de este testamento, respecto al testamento abierto ordinario, hace que sólo sea posible acudir a esta forma extraordinaria cuando no sea posible otorgarlo en la forma abierta, esto es, porque no puede «racionalmente» intervenir el Notario. El momento relevante de la incomparecencia del Notario ha de acaecer en relación con el instante del otorgamiento del testamento; y si bien el momento relevante recae cuando se otorga el testamento, ello no autoriza a la admisibilidad de uno «redactado, preparado con tiempo suficiente para, que durante el intervalo entre la preparación y la redacción, haber podido gestionar la intervención del Notario».
- d') *Idoneidad de los testigos:* Con esta cualificación se refuerza el aspecto de garantía de su intervención. Por eso ha dicho PUIG BRUTAU (204), que «la idoneidad de los testigos ha de juzgarse naturalmente, a tenor del artículo 681, y que, asimismo, le son aplicables las prohibiciones del artículo 682...» Además, por la posibilidad de «ambientes» sospechosos, la excepcionalidad de este testamento, y la doble

(204) Op. cit., V-II, pág. 131.

motivación o caracterización del mismo, la doctrina exige que los testigos habrán de ser *rogados*, esto es, deliberada y específicamente requeridos para ello. El reunir los testigos todas las condiciones de idoneidad comporta que no cabe ninguna excepción en contrario, ni tolerancia de género alguno.

- e') *Posibilidad de escribir el testamento*: Parece que, tanto los testigos como cualquier otra persona presente, pueden recoger por escrito lo que el *de cuius* exteriorice como su última voluntad. La doctrina, acorde con la jurisprudencia, ha distinguido entre las solemnidades fundamentales del acto y las meras ritualidades de la escritura. Conforme a las circunstancias *de facto* idóneas para que exista este testamento y con un módulo «racional», en la redacción del testamento, bastará que consten los requisitos siguientes: estado del enfermo (de él puede deducirse su inminencia y capacidad), contenido del testamento (de él se deduce el *animus testandi*), cualidades personales de los testigos (de él se deduce su idoneidad), lugar, fecha, firmas y rúbricas de testador y testigos. Lo sintomático del testamento «escrito» es que se redacta «cuando se está otorgando», y ahí reside su relevancia, siendo accesorio el que lo firme o no el testador.
- f') *Persistencia de la «inminencia»*: La «salida de la inminencia», en razón a la cual se otorgó el testamento, debe hacerse coincidir con el momento de su otorgamiento, que será el hito iniciador del decurso temporal. El fin de la inminencia básica u «originaria»—razón determinante del otorgamiento—es la muerte, bien súbita, bien antes del transcurso de dos meses. En este último supuesto, si el testador mantiene su testamento habiendo posibilidad racional de intervención de Notario, origina una hipótesis de dudosa solución: con un criterio literal, parece que sería viable el testamento; con un criterio lógico o finalista, sería inviable, por haberse podido acudir al Notario. Parece preferible este segundo criterio en situaciones claras,

en las que conste que el testador pudo otorgar su testamento ante Notario después de hacerlo en la forma excepcional.

— A la vista de la problemática apuntada por MARTÍNEZ CALCERRADA, cuyas soluciones han quedado resumidas, parece que, en el caso de autos, no se dieron con la claridad precisa, ni la caracterización ni la integración del estado de peligro inminente de muerte, ni la idoneidad de los testigos, ni la imposibilidad de acudir al Notario. Es sintomático que el testador falleciera una semana después de haberse otorgado el testamento, y nada conocemos de su estado o condiciones en tal intervalo. Parece poco clara, o dudosa, al menos, la persistencia de la «inminencia» del peligro, y nada sabemos de si se pudo o no avisar al Notario. La presentación como «escrito» del testamento nada prueba, ya que la «preparación» previa pudo demostrarse.

En conclusión, a la vista de las razones que apunta la doctrina, y de las características de nuestro supuesto, parece que tal testamento *in radice*, era inviable.

b) Pese a la fácil excusa de no analizar su contenido, por su inviabilidad, creemos útil hacer un breve comentario de su clausulado:

Prima facie, me parece redactado por persona no perita en Derecho, pero sí «habituada» al lenguaje jurídico sin haberlo asimilado plenamente (¿un zurupeto, quizá? Obsérvese, en especial, la cláusula 11.ª).

- Es curiosa la enumeración de bienes muebles de la cláusula 4.ª, innecesaria, por otro lado; y la excepción de los frutos pendientes sólo hace reafirmar la nota de persona poco conocedora de las normas sustantivas.
- En la cláusula 9.ª se hace, al parecer, una manda a una serie de sobrinos: la cuestión era de si había un legado de inmuebles por quintas y alicuotas partes, o si era una institución de herederos por iguales quintas partes. Por los comentarios hechos a la sentencia precedente, parece que, en principio, debe mantenerse la calificación utilizada por el testador; pero del testamento cabe inducir que el testador

lo que quiso es que se dieran los efectos de la institución de heredero. La distribución total de los bienes del testador parece implicar una institución de herederos: en este sentido, LACRUZ (205).

- La cláusula 11.^a, aparentemente técnica y redactada con sabor forense, tenía implícita la falla grave de la mancomunidad en el nombramiento de albaceas. Y así originó que el primer pleito promovido por los albaceas no pudieran llegar a término (206).
- Parece deducirse, aunque carecemos de datos, que el testador tenía verdadero *animus testandi* y que creía en la idoneidad de los testigos.

2. No entro en el examen de la argumentación de las partes en el pleito, pues entiendo es básico y previo resolver si había o no un verdadero testamento de los regulados por el artículo 700. Examinado ya el problema, la inidoneidad de uno de los testigos es un nuevo «plus» a añadir a lo ya expuesto precedentemente.

3. Me interesa aquí hacer hincapié en un punto: ¿quid de la renuncia de doña I., en escritura de 31 de agosto de 1912?

Por de pronto, tal renuncia es irrevocable (art. 997 del Código civil). Como ha escrito Díez-Picazo (207): «La renuncia de la herencia entraña simplemente la declaración de voluntad de no adquirirla.» En cuanto a su eficacia genérica, no es preciso que acepten la repudiación los coherederos (208).

La eficacia específica de la renuncia que comentamos nos plantea una doble cuestión: una, la de si era en perjuicio de tercero; otra, la de su posible nulidad, si se probare que la repudiante había aceptado tácitamente la herencia con anterioridad.

La cuestión del perjuicio de tercero no parece aquí aplicable. El demandado podía ser tercero, en verdad, pero no se alcanza a ver qué clase de perjuicio podía padecer por ello.

(205) Op. cit., pág. 94.

(206) Véase el epígrafe 5 de los hechos del caso.

(207) Véase *La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero*, en «Anuario del Derecho Civil». XII-I, 1959, págs. 168 y sigs.

(208) Véase Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 9 de octubre de 1901.

La cuestión de su nulidad, por previa aceptación tácita, aparece aludida en la contestación a la demanda, pero no desenvuelta con rigor técnico. Entiendo que el supuesto es dudoso: frente a la tesis de nulidad e incluso de la posible aplicación del principio basado en una previa conducta vinculante de la renunciante, está el hecho inconcuso, de que, al iniciarse el pleito, ya habían transcurrido tres años desde la renuncia, en cuyo lapso de tiempo la apariencia creada por tal acto parece que debía mantenerse en aras a la buena fe.

El cuestionar acerca de la nulidad de la repudiación de doña I. nos lleva a su otra vertiente, apuntada en el *petitum* de la demanda: ¿había nueva ineficacia parcial, respecto de los restantes llamados? La ineficacia parcial, de admitirse, comportaría la validez parcial del negocio (209). Para admitir la validez parcial parece que debe exigirse: que el negocio tenga un contenido plural o divisible, y que esa validez corresponda al propósito concreto negocial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio y las exigencias de la buena fe. De todo ello cabe deducir que no puede admitirse la validez parcial de la renuncia de doña I.

Otra cosa sería que los restantes llamados puedan o no beneficiarse de la renuncia, o de la oponibilidad de ésta frente a ellos: pero este punto nos llevaría lejos, por lo que queda sólo aludido en este lugar.

4. La conformación del recurso de casación no podía ser otra, después de triunfar la tesis del demandado en ambas instancias. El punto de apoyo de los demandados era doble: la cláusula 9.^a contenía un legado colectivo de parte alicuota, y lo legado es cantidad de poca importancia respecto del caudal relicto. Claro es que la segunda afirmación podía subsumirse dentro de la primera, sin la que carece de base. Establecidas tales premisas, y la de que el testigo don M. S. era, en verdad, pariente afín en segundo grado de doña I., la conclusión que se pretende es encajar el supuesto dentro del párrafo 2.º del artículo 682 del Código civil.

Veamos si tales afirmaciones y conclusión eran o no viables.

(209) Véase DE CASTRO, *El negocio jurídico*, págs. 491 y sigs.

En cuanto a si en la cláusula 9.^a hay o no un legado parciario, aparte lo dicho precedentemente al comentar el testamento y su contenido, nos parece claro que la posición del *heredero*, como subrogado en el lugar del causante, continuador de sus relaciones jurídicas, es posterior o subordinada a la práctica de las operaciones de liquidación hereditaria: pago de deudas, pago de legítimas y pago de legados (210).

La posición jurídica del heredero es idéntica a la del mismo testador, de quien emana la ordenación de legados. Parece lógico suponer, y se deriva de todo el contexto del testamento, que el testador hizo una serie de legados y dejó para el final la institución de herederos y la designación de albaceas y contador-partidor. Además, la distribución de todos los inmuebles como legado parciario colectivo no parece viable, si en la misma sucesión no existen herederos (211).

El argumento de que lo dejado era cantidad de escasa cuantía, no por cierto es decisivo. En verdad, 23.000 pesetas no son mucho hoy—en el año 1915 podían significar mucho más—; pero la eficacia de la significación de tal cifra viene íntimamente ligada a la configuración de la posición jurídica de doña I., con lo que su valor decae por completo.

El pretender encajar el supuesto, dentro del artículo 682-2.º del Código civil, es forzado, a la vista de lo dicho. Lo único que vendría a demostrar dicho precepto es que la diferencia entre herencia y legado es cualitativa y no cuantitativa. Pero como la apreciación de si el legado es o no de poca importancia es de libre apreciación de los tribunales, poco se puede añadir.

Mayor interés tiene la afirmación de que el testigo era idóneo al momento de iniciarse el otorgamiento, y sólo después incidió en incapacidad. Parece que tal incapacidad es «sobrevvenida», no originaria, y que sólo puede afectar a la prueba, pero no a la solemnidad o forma del testamento. Ahora bien, aunque mantengamos esta última distinción, ¿comporta la intervención de un testigo tal—don M. S. en el caso de autos—la ineficacia total del testamento o cabe sostener una ineficacia sólo parcial? Aunque el principio *utile per inutile non vitiatur*, de la validez

(210) Véase PUIG BRUTAU, op. cit., V-2º, pág. 360.

(211) Véase en este sentido VALLET, *Apuntes de Derecho sucesorio*, pág. 143.

parcial, se afirme como indiscutible en las disposiciones testamentarias, no es aplicable respecto de los requisitos de forma del negocio (212). Parece, pues. que del testamento se derivaba su ineficacia total.

Otra cosa es la alusión a la forma del testamento, en cuanto a la distinción entre falta total de solemnidades y la incapacidad o incompatibilidades relativa de un testigo. Podía el recurrente haber ahondado un poco más en este punto: el testamento, es sabido de sobra, es un negocio formal. Pero la forma significa, tanto «medio de expresión» como «formalidades» (213); y tales formalidades extrínsecas, cual es la presencia de testigos, parece incuestionable que en nuestro caso son a la vez formalidades intrínsecas o estructurales, por tratarse de un testamento ante testigos normado por el artículo 700 del Código civil. Creo, en consecuencia, que la sanción del artículo 687 del Código civil era y es la justa.

— *Doctrina del Tribunal Supremo:*

1. Analiza la cláusula 9.^a, a la vista de la terminología usada por el testador, y concluye se trata de una verdadera institución de herederos, sin entrar en excesivos detalles.

2. Configurada jurídicamente la citada cláusula, la adecuación a la llamada doña I. es consecuente y lógica: no es legataria de parte alicuota.

3. Demostrado el parentesco del testigo con doña I., se incide de lleno en el párrafo 1.º del artículo 682 del Código civil. Quizá hubiera sido conveniente analizar la eficacia de la renuncia de doña I., pero el Tribunal Supremo no lo estima necesario.

4. La incapacidad del testigo es originaria y persistente, y, por ser una formalidad indispensable y esencial, de ella se deriva la nulidad de dicho testamento. La argumentación es correcta.

— *Nota final:* El debate se centró, como vemos, acerca de la idoneidad o no de uno de los testigos. El tema del legado de parte

(212) Véase DE CASTRO, loc. últ. cit., pág. 492.

(213) Véase DE CASTRO, op. cit. y loc. cit., pág. 278

alicuota es lo secundario, y viene muy traído por los pelos por los recurrentes.

4.^a SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 1918.

— *Hechos:*

1. Nuevamente tenemos como hecho fundamental el otorgamiento de un testamento. También en el caso de autos se trataba de un testamento *in articulo mortis*, por lo que doy aquí por reproducido lo anteriormente expuesto y tomado de MARTÍNEZ CALCERRADA (214). Por las circunstancias concurrentes en el caso, la inminencia del peligro de muerte, la imposibilidad de firmar el testador, etc., parece que dicho testamento reunía todos los caracteres precisos para llegar a ser viable. Esto es, en cuanto a la forma.

Respecto de su fondo, o contenido, la cuestión era—y sigue siendo—ardua: decidir si se trata de una institución de heredero o de un legado parciario. Sobreviviendo un ascendiente del testador, la disposición a favor de la esposa era: o totalmente nula, de considerarse institución de heredero (art. 814), o sólo reducible por inoficiosidad, de tratársele como legado.

Parece que, conforme a un criterio puramente objetivo, lo que el testador hacía era una atribución de todo lo que le pertenecía considerado como unidad, y, por tanto, la esposa debía ser calificada de heredera (215). Ahora bien, conforme a un criterio subjetivista, o sea, atendiendo al efecto práctico realmente pretendido por el testador, que era no querer llamar al ascendiente, parece que la solución equitativa era mantener la calificación de legado.

Es extraordinaria y penetrante la crítica que de esta sentencia hace PUIG BRUTAU (216). Se pregunta el autor si es conveniente que efectos tan dispares como la nulidad total y la simple reducción, tengan que depender de un mero formalismo en la calificación

(214) Véase Op. y loc. cit., nota 202

(215) Véase LACRUZ, op. y loc. ult. cit

(216) Véase *Fundamentos*, cit., V-I, págs. 74 y 89.

que el testador otorga. O, de otro modo, cabe preguntar si la indagación de la voluntad clara del testador acerca de lo que es heredero, debe penetrar y hasta ponderar si quiso o pudo haber querido una diferencia tan radical en los efectos.

Parece, pues, una defectuosa política jurídica el hacer depender efectos sumamente diferentes de la concurrencia de supuestos de hechos susceptibles de confusión, nos dice el autor citado.

2. La posición de ambas partes en el pleito era normal y lógica. El actor pretendía la nulidad de la institución de herederos a favor de la esposa, por haber sido ordenada con preterición del padre (demandante). Me parece algo forzada la petición de que se declare a la viuda poseedora de mala fe de los bienes relictos, petición que no fue objeto de decisión, por cierto. La demanda adoptó una inteligente postura, consistente en reafirmar el hecho de que el testamento no contiene institución de heredero, y en solicitar «que se dé a las disposiciones legales y a la cédula testamentaria el sentido e interpretación pertinentes». Además, al reconocer la inoficiosidad del legado a su favor dispuesto, prácticamente dejaba en manos del juzgador la solución del conflicto.

3. El recurso está bien planteado y técnicamente es completo.

La disposición hecha por el testador, objetivamente hablando, era una institución de heredero: el llamamiento es a una universalidad, siendo evidente la intención del testador de instituir a título universal: de haber nacido vivo el hijo concebido por la demandada, hubiera sido heredero y no legatario, y lo mismo debe decirse respecto de la madre, llamada en segundo lugar.

No es tan convincente el motivo 4.º del recurso, al interpretar el artículo 807, pues las cualidades de heredero forzoso (o legitimario) y de heredero no tienen por qué coincidir (217).

Tampoco es convincente un argumento extraído *a contrario sensu* del artículo 763, por muy tópica que resulte su utilización por los autores posteriores.

(217) Acerca de la polémica sobre este punto véase VALLET, *Apuntes*, página 62; PUIG BRUTAU, *Fundamentos* ., V-2º, págs. 14 y 99 (y jurisprudencia que allí cita)

El traer a colación el artículo 891—no sabemos si forzado por algún argumento de la Audiencia—le permite insistir en su tesis: evidentemente, la distribución sugiere pluralidad de atributarios; pero a la vez comporta la no necesidad de instituir herederos.

— *Doctrina del Tribunal Supremo:*

1. La cita del artículo 891 del Código civil permite al Tribunal Supremo declarar no necesaria la institución de herederos para la subsistencia del testamento: claro que ello viene sancionado en el artículo 764 del Código civil y que la interpretación del artículo 891 puede tener otro alcance (218).

En cualquier caso, la posición del Tribunal Supremo es acorde con la mayoría de la doctrina, que entiende que, con este precepto, lo que el Código civil hace es pasar del principio de la innecesariedad de la institución de heredero para la validez del testamento al principio mucho más radical de la innecesariedad de herederos en la sucesión.

LACRUZ, no obstante, opone algunos reparos a esta tesis común, pues el artículo 891 no elimina la posible presencia de los herederos *ab-intestato*: lo único que hace es prescindir de la declaración de herederos *ab-intestato*, permitiendo que los legatarios liquiden la herencia por sí mismos. En definitiva, se aplica para LACRUZ dicho precepto, cuando tal es la voluntad del testador, dirigida, a través de este tipo de asignación, a impedir la forma ordinaria de sucesión universal.

Hechas estas precisiones acerca del artículo 891, entiendo que su aplicación, al caso de autos, era bastante forzada: la voluntad del testador era disponer de todo su patrimonio, es cierto; pero de esto a afirmar que lo que quiso es ordenar un legado, media un abismo.

Había que atenerse, dice el Tribunal Supremo, a las palabras claras y terminantes de la cláusula testamentaria; pero ello es insuficiente, según antes quedó expuesto. El legado de todos los bienes a favor de la esposa sólo debía sufrir reducción en lo que perjudicara a la legítima del padre; pero si se consideraba una institución de

(218) Véase PUIG BRUTAU, op. cit., V-1.º, pág. 280; LACRUZ, op. cit., pág. 96; VALLET, *Apuntes*, págs. 144 y sigs. y 165.

heredero, tal disposición hubiere quedado completamente anulada.

En definitiva, como dice PUIG BRUTAU, se trata en nuestro supuesto de un curioso caso, en que el Tribunal Supremo pone el formalismo al servicio de una solución de equidad.

5.ª SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1920.

— *Hechos:*

1. En este supuesto, el testamento otorgado era ológrafo. Hay algunas peculiaridades notables en su clausulado:

- La cláusula 5.ª contiene, es obvio, una institución de heredero a favor del niño Mario Alberto. El circulonguio inicial no nos interesa, pese a lo duramente que fue impugnado por el actor. El inciso final hace que quede indeterminada quién sea la persona que vivía en compañía del testador, y suscita la duda de si los fondos en cuentas corrientes derivados de valores depositados en Bancos pertenecen o no al heredero.
- La cláusula 6.ª contiene una sustitución, claramente matizada.
- La cláusula 8.ª contenía un legado de un crédito, hecho a favor de las hijas del deudor (219).
- La cláusula 7.ª fue la determinante del pleito: se disponía un legado «de todo el mobiliario, cuadros y objetos de arte...; una sortija... y un alfiler de corbata...» El actor, y luego recurrente, pretendía vanamente se le considerase como un legatario de parte alicuota, al objeto de promover el juicio de testamentaria. Su argumentación, endeble, se cifraba en ser legatario de un Museo (!) y en que el término «parte alicuota» tiene un sentido jurídico distinto del aritmético.

Parece incuestionable que el tal legado era de cosas concretas y determinadas, sin más.

(219) Véase acerca de los antecedentes romanos del *legatum nominis*, ARIAS RAMOS, R. G L J, 1950, tomo 187, págs. 60 y sigs.

2. Un punto interesante, derivado de una de las alegaciones iniciales del actor, es el de la pretendida (que no demostrada) existencia de dos testamentos ológrafos contradictorios. Demos por buena y probada tal afirmación. ¿Qué solución debiera darse?

El problema no está resuelto en nuestra legislación. Parece que si los dos testamentos tienen fechas distintas, prevalecerá el que tuviere la fecha más reciente. Mayor complejidad se nos presenta si ambos testamentos fueren de la misma fecha: creo que habría que distinguir: si sus respectivas disposiciones no se contradicen, parece haber base para sostener la validez de ambos y no la revocación tácita (220), y así lo ha concretado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 12 de septiembre de 1947 y 18 de diciembre de 1951; si sus disposiciones fueran contradictorias, parece preferible la sanción de la nulidad de ambos, aunque quizá debieran agotarse previamente los medios interpretativos para intentar salvar la contradicción.

3. La prevención del juicio de testamentaria, solicitada por el actor y acordada por el Juzgado, llevaba implícita la cuestión de si la demandada era efectivamente la persona a quien el causante se refería en las cláusulas 5.ª y 6.ª de su testamento. Si dicha señora justificó o no su personalidad debidamente, no nos consta, pese a los alegatos del actor y recurrente. Entiendo que, de haber base para ello, sólo tenía el recurso de acudir a la vía criminal, imputándole el delito de usurpación de personalidad distinta: ¿que ello era arriesgado?; por supuesto. Pero en la vía civil, poco más se podía hacer: ¿de dónde le vino el saber que ella y su hijo eran llamados por el causante, sino de éste mismo?

4. El recurso tenía, por tanto, una débil base:

- El recurrente, legatario de cosa determinada, no podía intervenir en el inventario, aunque muy bien pudo tratar de garantizar sus derechos en otra forma.
- Parece contradecirse entre las afirmaciones acerca de la identidad de la demandada y su hijo, y los actos realizados por aquélla como *pro herede gestio*.

(220) Véase Díez-PICAZO, *La pluralidad de testamentos*, «Revista de Derecho Notarial», 1960 págs. 7 y sigs.

No viene a cuento los artículos 1.025 y siguientes del Código civil.

— *Sentencia del Tribunal Supremo:*

1. Al rechazar el recurso, interpreta rectamente la cláusula 7.^a del testamento. El legado dispuesto por el testador, por ser de cosas específicas y determinadas, está comprendido dentro del artículo 882 del Código civil. No es un legado de parte alícuota, «concepto que no puede ser otro que el de indeterminado y proporcional y aun aritmético».

Hubiera sido deseable que el Tribunal Supremo fijase con mayor proporción qué es lo que entendía por «parte alícuota», pues la declaración transcrita, por su vaguedad, indica bien poco. No obstante, hay que reconocer que, en cuanto al pleito, la cuestión era tan evidente, que no merecía mayor extensión.

2. Al ser legatario de cosa determinada, no tenía derecho para promover el juicio de testamentaria, y obviamente, no tenía por qué intervenir en su ejecución. En consecuencia, no siendo parte legítima para promover dicho juicio, tampoco tiene personalidad para hacer reclamaciones relativas a la identidad de los herederos.

— *Resumen:* Los razonamientos de la sentencia comentada, escuetos, son correctos y no merecen más comentario. El tema del legado de parte alícuota, otra vez más, ha sido traído tan por los pelos que el Tribunal Supremo no tiene que hacer esfuerzo alguno para rechazar el recurso. El nudo de la cuestión no era, por tanto, el pretendido por el recurrente.

6.^a SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1920.

— *Hechos:*

1. El testamento notarial, otorgado en 1899 por don Pedro E. H., era el hecho básico y determinante de este pleito.

— Nótese que la posición del citado causante era de usufructuario en una mitad del tercio de mejora ordenado y dispuesto por su

padre (221). En pago de su haber, en la correspondiente partición, «se le había procurado pagar en fincas», y con el fin de garantizar la nuda propiedad a los interesados, dicho don Pedro E. H. había constituido sendas hipotecas a favor de su hermano y de sus sobrinos.

A la primera previsión del padre (primer testador), seguían las cautelas acordadas en el acto particional. Cautelas, quizá, relacionadas con la segunda esposa, pues los acontecimientos demostraron cómo tales previsiones no fueron infundadas.

— Si entramos en el análisis del contenido del testamento, vemos *prima facie* las siguientes disposiciones: un legado de parte alicuota, del tercio (libre a favor de la viuda; otro legado de parte alicuota del tercio) de mejora, a favor de sus nietos, y una institución en el remanente, a favor de su hija y de su segunda esposa (viuda).

La configuración de los legados de parte alicuota es clara e inequívoca, y aparece reafirmada por la institución de herederos. No creo necesario extenderme en ello.

La institución en el remanente tenía un matiz especial. Vimos anteriormente (222) lo debatido del tema, y cómo un amplio sector entiende es propia y verdadera institución de heredero. Aquí el matiz era, y es, curioso: «...herederas en la proporción y alcance del Código civil». Esta es la expresión, cuyo significado es todo menos claro.

Primeramente, conviene no perder de vista que, rigiendo el Código civil, en su redacción primitiva, parece que, en orden al usufructo vidual, debiera aplicarse el artículo 839 anterior (al actual), y sacarse *del tercio libre* dicha cuota vidual. Pero ello tropieza con la dicción literal de dicho precepto, «hijos de dos o más matrimonios» (en el caso de autos, tan sólo había una hija) y con la voluntad evidente del testador consignada en la cláusula 4.^a y reafirmada en la 5.^a Parece, pues, difícilmente viable la tesis propugnada, pero que podría mantenerse con una interpretación sistemática del testamento, sobre todo, inducida del espíritu de la cláusula 5.^a (manda el tercio de mejora a los nietos) y de la aplicación rigurosa del artículo 839 antiguo.

(221) Véase el epígrafe 1 de los antecedentes de esta sentencia

(222) Véase el comentario precedente a la sentencia de 1903, y las posiciones de nuestra más moderna doctrina: notas 197 y 198.

Aunque no prospere la tesis apuntada, seguimos ante la cuestión de descifrar qué es eso de «en la proporción y alcance del Código civil». El Código civil ordenaba entonces (y hoy lo mismo) sacar el usufructo vidual de la cuota de mejora, o bien del tercio libre, habiendo hijos de otro matrimonio. Todo gira, pues, acerca de si la interpretación del antiguo 839 había de hacerse extensiva o restrictivamente. Ahora bien, en el caso de autos observamos: que el tercio libre lo lega a la segunda esposa; que lega también el tercio de mejora a los nietos, cuyo usufructo—esto es lo cuestionable—es de la viuda; y que el otro tercio de legítima tiene un destinataria legal, la hija. ¿Dónde tenemos, pues, el pretendido «remanente»?

Me parece que la única idea clara del testador era favorecer a su segunda esposa e instituir la heredera. Del resto, no muy claro, se desprende la existencia de dos legados parciarios.

2. A lo largo de la *litis* aparecen probados una serie de hechos trascendentes: que la viuda se comportaba como verdadera propietaria de todos los bienes relictos, que tenía la administración de dichos bienes y que era poseedora real de las fincas del causante. Tales hechos comportan sus inevitables consecuencias. Veámoslas:

— Una de las fincas estaba sujeta a hipoteca en favor de los demandantes, los nietos del causante, titulares—según el Tribunal Supremo—de la nuda propiedad de la finca (223). Al morir el causante, habían consolidado la propiedad, por cumplirse el evento condicionante previsto por su bisabuelo (el primer testador). Y desde la fecha de la muerte del usufructuario, a ellos correspondían los frutos, intereses, rentas, etc., de la finca: todo ello, conforme al artículo 882 del Código civil, según el Tribunal Supremo.

Ahora bien, una cosa es que los frutos de la finca hipotecada correspondan a los acreedores hipotecarios, conforme a los artículos 1.095 y 1.100, desde la interpelación formalmente hecha; y otra cosa bien distinta es la titularidad de la finca, inscrita a nombre del causante, poseída de hecho por su viuda, a cuya titularidad van

(223) No queda muy claro en la sentencia. Entiendo que lo que se hipotecó, en el acto particional, fue una finca. Lo que tenían los nietos era un *crédito hipotecario*, adquirido en el acto particional, y no legado por su abuelo.

a acceder los nietos por su legado, de la mejora dispuesta a su favor.

— La posesión por la viuda, ¿la convertía en un tercer poseedor? Evidentemente, no era, en principio, deudora personal de la obligación garantizada con la hipoteca, pero su posición era la de cualquier propietario de un inmueble gravado con la hipoteca, con sus efectos de gravamen real y de imponerle una conducta de conservación del inmueble (el *quantum sufficit*). Era sujeto pasivo de la hipoteca (224). Pero para poder gozar de la condición de «tercer poseedor» era indispensable que la viuda no fuera heredera: ha dicho ROCA SASTRE (loc. cit., en nota anterior), que el adquirente a título de heredero no puede reunir el carácter de tercer poseedor, pues en virtud de la «sucesión» o subrogación en la misma posición jurídica del causante, tendrá la misma condición de éste, o sea, la de hipotecante por deuda propia, esto es, personal. Siendo la viuda heredera, estando de hecho en posesión de las fincas y administrando los bienes hereditarios, triple carácter condicionante de la demanda, es obvio que la conclusión del *petitum*—que pague la obligación garantizada y sus intereses—era viable y tremendamente justa.

3. El recurso de casación lo vemos desmesurado y falto de toda lógica y realismo.

— No tiene una base sólida el argumento de que la viuda tan sólo era heredera, «en cuanto a la cuota viudal usufructuaria, conforme al artículo 834 del Código civil», cuando la intención evidente del testador es inequívoca. La cita de varias sentencias no prueba nada, si no se nos pormenoriza acerca de los hechos subyacentes en cada pleito.

— Dificilmente puede sostenerse que el viudo sea un heredero «singular»; o es heredero, y, por tanto, universal, o no lo es; todo depende de la designación del testador y de los efectos realmente queridos por éste.

— Rechaza que la viuda sea administradora de la herencia, en base a que la *Administración* requiere: 1) un nombramiento o desig-

(224) Véase ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, Bosch, 1954, IV, págs. 117 y sigs., y I. págs. 497 y sigs.

nación *ad hoc*; 2) una pluralidad de actos y manifestaciones externas. Ambos requisitos nos parecen de poca consistencia.

Para un concepto claro de acto de Administración, puede verse a GITRAMA (225): aquel que, recayendo sobre un bien determinado o sobre un conjunto patrimonial de elementos igualmente individualizados, tiende, ya a la puesta en explotación de los mismos, ya a la percepción y utilización de sus productos, sin comprometer, en modo alguno, el valor, la individualización y la permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio.

De este concepto objetivo de acto de Administración, y de la intención manifestada por el administrador en el cumplimiento del mismo, podemos deducir que la viuda recurrente ejercía claramente de administradora. De un lado, por los hechos alegados y probados en el pleito; de otro, porque ni es necesario un nombramiento en forma, ya que cabe la gestión oficiosa de negocios, ni la pluralidad de actos puede entenderse en el sentido del recurso.

— Pretende sacar consecuencias de que la posesión de los bienes por la viuda es «material» y no jurídica: aparte de desconocer que las consecuencias prácticas de la distinción son nulas, en base al artículo 446 del Código civil, está el hecho de que la obligación garantizada con la hipoteca, al ser ésta un gravamen real, afecta a la cosa, «cualquiera que sea su poseedor». No creo necesario insistir en este punto.

— En cuanto al problema de la morosidad en el pago de los intereses de la deuda garantizada, es evidente que el cómputo debía hacerse desde la fecha de la muerte del deudor.

— Las alegaciones, relativas a que la recurrente es sólo legataria y heredera «singular» de su cuota viudal, quedaron antes examinadas, y no merecen comentario.

— *Sentencia del Tribunal Supremo:*

1. Rechaza el recurso, fundamentando su decisión en una argumentación, cuyo punto de partida es el Considerando 1.º

La argumentación es claramente de inspiración subjetiva. Las normas de nuestro Código civil, reguladoras de la sucesión *testada*,

(225) *La administración de la herencia*, págs. 10 y sigs.

obedecen primordialmente a dicho criterio, nos dice el Tribunal Supremo. Esto, obviamente, expuesto genéricamente, es cierto (226). La singularidad de la interpretación testamentaria está guiada tan sólo por el principio *voluntas spectanda*: no está en relación con la función *mortis causa* del acto de última voluntad, sino en relación con su irrelevancia jurídica externa, *ante mortem*, nos dice JORDANO (227). Precisamente, la función del intérprete es colocarse en la misma situación en que se hallaba el testador cuando dispuso. El intérprete debe proseguir en la misma dirección psicológica o subjetiva de la interpretación, reconstruyendo incluso la voluntad «presumible» del disponente.

Con estas citas del profesor JORDANO BAREA, parece que podemos centrar las afirmaciones del Tribunal Supremo: «La posición de heredero o legatario—viene a decir—depende de lo que se acomode a la Ley, y a la verdad, conforme a justicia y a la realidad, siempre que se deduzca lógicamente la voluntad del testador de transmitir a una persona los bienes de que dispone.» Esta idea, expuesta en 1920, con una notable anticipación a estudios posteriores, me parece de una modernidad y actualidad enormes, y de su bondad intrínseca podemos opinar si tenemos a mano cualquier manual o estudio sobre interpretación testamentaria.

2. Sentada la base de partida por el Tribunal Supremo, es obvio que, en el caso de autos, la viuda recurrente debía y merecía ser considerada como heredera, no sólo con el canon hermenéutico de la literalidad, sino también con el lógico y el sistemático o de la totalidad. Hasta aquí, el Tribunal Supremo opera con arreglo a toda lógica.

Dando por buena—aun hipotética—la idea de que la frase, «en la proporción y alcance del Código civil», implica un *límite* a la institución, o sea, que la institución es en las cuotas legitimarias, aun entonces, el Tribunal Supremo mantiene que la viuda no puede ampararse en tal doctrina, en base a sus actuaciones de gestión de los bienes hereditarios. Quizá hubiera sido oportuno que el Tribunal Supremo, en este punto, hubiera fijado lo que debía enten-

(226) Véase BETTI, *Interpretazione della Legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmática)*, 1949, págs. 280 y sigs.

(227) Op. cit., pág. 41.

derse como voluntad real o presumible del testador. Queda así la duda, si volviera a presentarse un caso similar, de si, en todo caso, puede considerarse como propia institución de heredero.

Las actuaciones como gestora oficiosa encargada de la Administración de los bienes hereditarios confieren a la recurrente la cualidad de representante del caudal relicto y, por tanto, viene obligada al pago de las deudas hereditarias. Esta última conclusión del Tribunal Supremo no es muy ortodoxa, aunque sí justa. El que, *de facto*, la viuda administre los bienes, no le convierte en deudora, no le responsabiliza su patrimonio: la responsabilidad le proviene del hecho de ser instituida heredera, y, por tanto, obligada a responder del pasivo hereditario.

3. En el Considerando 3.º no se analiza a fondo el punto derivado de la existencia de una hipoteca inscrita en el Registro. Aparte de remitirnos a lo antes expuesto, tomado de Roca SASTRE, creo que la argumentación de este Considerando es un poco forzada. Pasa a examinar el resultado práctico del testamento, y entonces declara como inconcuso que los demandantes sólo podían dirigirse contra la viuda demandada «en la parte de libre disposición, única que puede ser gravada». Esto no es muy exacto. La división en tercios es, a efectos de legítimas, de inoficiosidad de donaciones, de colación, pero no veo que tenga relación con el pago de deudas. De las deudas responderá el heredero instituido—*ultra vires*, según la concepción tradicional, o *intra vires*, para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS—, pero tales deudas siguen invariables e inmiscuadas en el patrimonio, sin distinguir en él porciones.

El Tribunal Supremo podía haber reforzado la idea inicial con la de que la viuda era heredera, pero no lo hace. En cambio, alude a que «posee y administra la finca hipotecada», lo que parece indicar que el Tribunal Supremo estaba pensando en función de la idea de «tercer poseedor», idea que ya vimos es inadecuada al supuesto y que debe rechazarse.

4. También en este Considerando, el Tribunal Supremo no discrimina lo que supone el que los demandantes sean acreedores hipotecarios, por un lado, y legatarios por su tercio de mejora, por otro. Creo que son dos titularidades totalmente distintas: la primera, de un derecho real de hipoteca, para cuya ejecución había

que estar a la cláusula correspondiente de la escritura particional en que se constituía; la segunda titularidad, por el legado, depende de la cosa en que se concrete el legado. Lo que sí es justo es la conclusión: siendo evidente que los demandados son acreedores, siendo su legado exigible a la muerte del testador (no tenemos datos), y no habiendo percibido ni los frutos ni la cosa legada, parece obvio que hay *mora debitoris* por parte de la viuda demandada.

— *Resumen*: Tenemos en esta sentencia un planteamiento inicial excelente y adecuado. Siguen una serie de razonamientos de diverso valor y unas conclusiones, por lo general, justas.

La generalización del Considerando 1.º es en la medida necesaria y no la creo excesiva.

En cuanto al tema de nuestro estudio, el legado de parte alicuota, vuelve a brillar por su ausencia en el caso de autos a la hora de la verdad y de las decisiones jurisprudenciales.

7.ª SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1940.

— *Hechos*:

1. Ante todo, conviene no perder de vista lo expuesto *ut supra*, porque, al tener amputada la parte expositiva de la sentencia, nuestras notas críticas se han de resentir del adecuado contraste de los hechos, aquí desconocidos.

Parece, *prima facie*, a mi modesto entender, que, en el litigio, el punto básico de discusión lo fue el de una rendición de cuentas, derivada de un albaceazgo y una tutela.

La argumentación del Tribunal Supremo radica básicamente en la distinción entre heredero y legatario de parte alicuota. Esta famosa sentencia—recuérdese lo dicho en la nota 80—ha sido ampliamente comentada por notables tratadistas y expositores, centrandó su comentario en esa distinción fundamental establecida en sus Considerandos (228).

(228) Véase OSORIO MORALES, en su *Comentario*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1941, pág. 148; BONET RAMÓN, en «Revista de Derecho Privado», 1941, pág. 39; ROCA SASTRE y PUIG BRULAU, en *Estudios de*

El único de los comentaristas que se atreve a atacar el tópico, comúnmente aducido, de que dicha sentencia aborda decididamente el problema de la distinción entre heredero y legatario de parte alicuota, ha sido PUIG BRUTAU, que califica la doctrina de esta sentencia de imprecisa y excesiva.

— Dados los fines de este trabajo, y pese a la exigüidad de los datos que tenemos, me parece insoslayable volver la vista a lo que constituyó el hecho básico determinante del pleito: la sucesión del súbdito ruso don A.

Me parece inevitable la aplicación de la Ley nacional rusa en orden a la sucesión de don A. (art. 10 del Código civil). Las peculiaridades de dicha sucesión testamentaria son: 1) una institución de herederos por partes iguales; 2) una designación de albacea, y 3) la delación testamentaria de tutor a favor de don B.

1) Parece—aunque carecemos de detalles—que la institución comportaba un llamamiento solidario, y, por tanto, con la aplicación, en su caso, del derecho de acrecer (o de la situación de acrecentamiento, según se prefiera). A la institución de herederos es aplicable la norma rusa, conforme al artículo 10 del Código.

2) La designación de albacea, en este concreto caso, es a favor de la persona que era mandatario en vida del causante. Toda la problemática acerca de si el albaceazgo es o no un mandamiento *post mortem* (229), podemos eludirla. En nuestro supuesto de hecho, el testador quiso verdaderamente que su mandatario fuera albacea después de su muerte, pero me temo que no tenemos otros datos. Por tanto, me parece dudoso que su intención o voluntad real fuera que tal albaceazgo se rigiese por las normas del mandato; desgraciadamente, no tenemos otros indicios, ni cabe acudir a los medios de prueba extrínsecos al testamento. Parece lógico concluir que a tal albacea sólo podrán aplicarse aquellas normas del mandato que la jurisprudencia del Tribunal Supremo estima apli-

Derecho privado, II, pág. 198, y II, pág. 142; VALLET, en *Apuntes de Derecho sucesorio*, pág. 265; CASTÁN, en *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, Separata, 1960, pág. 119, LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, Parte general, página 90, y PUIG BRUTAU, en *Fundamentos de Derecho civil*, V-1.º, pág. 90.

(229) Véase PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, cit., V-1.º, pág. 438, y autores en ella citados, y págs. 448 y sigs.

cables: la obligación de ajustarse al encargo recibido y la de rendir cuentas. No le es aplicable la norma del artículo 1.730 del Código civil sobre la retención de bienes (véase PUIG BRUTAU, loc. cit.).

Ante el supuesto de hecho, de sí poco explícito, parece que, en defecto de disposición del testador, la duración del albaceazgo no podía exceder de dos años, a contar desde la aceptación (art. 904 del Código civil). Hay notables decisiones de nuestro Tribunal Supremo en este sentido, y en el de que el encargo es temporal y no permanente, como el de heredero: me remito aquí a la obra citada de PUIG BRUTAU.

Parece que el albacea don B. no había formalizado inventario de los bienes relictos, ni tasado los bienes, ni procedido a vigilar la ejecución del testamento: esto se deduce de la somera exposición de hechos. El albacea, como tal, *no tiene* las facultades de administración de toda la herencia, ni de disposición, ni de partición, salvo que el testador se las hubiere concedido expresamente. Sin embargo, tenemos como probado el hecho de que «don B. realizó múltiples actos de gestión y disposición» inconciliable con la idea apuntada, y muchos menos con la de la función tutelar, sin autorización del consejo de familia.

La actuación del albacea don B., *prima facie*, había sido: no sujeta a plazo, y de gestión y disposición de la herencia. Ello implica un doble problema: el de si había cumplido realmente el encargo del testador y el de precisar con qué carácter intervino en los actos de enajenación. Ambas cuestiones, ante la carencia de detalles, no tienen fácil respuesta: podemos intuitivamente suponer que cumplió el encargo interesadamente—como se ve al observar el testamento del albacea don B.—, y no sabemos si las enajenaciones se hicieron con el consentimiento de los representantes legales de los menores (art. 903). Queda aparte también el problema de si don B. podía o no partir la herencia de A., cosa que no sabemos si realizó, problema que queda aludido y en el que no entramos.

A la vista de todo ello podemos concluir: 1.º, que don B. parece que se extralimitó en sus funciones (salvo pruebas en contra, que no constan); 2.º, que no podía retener los bienes de la herencia; 3.º, que estaba obligado a rendir cuentas.

3) La delación testamentaria de la tutela a favor de don B. es un «plus» a añadir a su condición de albacea.

La idea básica subyacente en la tutela es la de ser una institución supletoria de la patria potestad, tendente al cuidado de la persona y los bienes del o de los pupilos. Esa idea básica debe fundamentar todos los actos del tutor, que, caso contrario, obraría maliciosamente. En el supuesto de hecho que comentamos, esta actuación dolosa sería más grave, por ser persona de confianza del testador, que le nombró precisamente en atención a sus condiciones personales.

La organización tutelar moderna gira alrededor de un órgano de dirección y vigilancia del tutor, bien sea una asamblea de parientes, bien sea un Tribunal especial de tutelas.

La Ley aplicable al caso es la Ley nacional de los pupilos, o sea, la rusa. El Derecho ruso está incluido en el grupo, llamado germánico (230). La aplicación de la Ley rusa era obvia, máxime perteneciendo a un sistema de tutela completamente distinto al nuestro. Ahora bien, se presentaban dificultades para la aplicación de la Ley personal de los pupilos, en parte por las diferencias técnicas e institucionales entre la Ley rusa y la Ley española, y en parte, porque la Ley española no prevé la organización de la tutela de los pupilos extranjeros residentes en España, con lo que no hay autoridad encargada de promover la organización de tal tutela.

La única solución a este problema habría podido ser: o bien reconocer la competencia para organizar la tutela a los funcionarios diplomáticos y consulares rusos—no los había en España en el año 1940—, o bien resolver el problema mediante un Tratado entre las dos Naciones—Tratado también inexistente—. Existía la Convención de La Haya de 12 de junio de 1902, ratificada por España en 1904, aplicable solamente a los conflictos entre los Estados signatarios: entre dichos firmantes no estaba Rusia.

Así las cosas, parece que todo se reducía a alegar y probar en autos el Derecho ruso, que era el que técnicamente debía aplicarse. El principio *iura novit curia* no rige respecto de las Leyes extranjeras, no pudiéndose exigir a los funcionarios españoles que apliquen de oficio tal derecho, según tiene establecido de manera constante la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Siendo de difícil prueba en el año 1940 el contenido del De-

(230) Véase ARMINJÓN, NOLDE y WOLFF, *Traité de Droit comparé*, 1950, tomo I, págs. 272 y sigs.

recho ruso, la aplicación de la Ley del lugar de residencia de los pupilos (sistema supletorio del Convenio de La Haya) era inevitable, y, por tanto, la aplicación del Código civil español.

En nuestro sistema no bastaba la delación testamentaria para que don B. actuase de tutor, sino que se requería: la previa constitución del Consejo de Familia, el nombramiento de protutor, la prestación de fianza, conferir el Consejo la posesión al tutor y la inscripción del nombramiento en el Registro de Tutelas. Parece que nada de ello se había cumplido. En consecuencia, la actuación de don B., contemplada a la luz de nuestro Código civil, solamente podía calificarse de «irregular» o de gestión «de hecho» (231).

La gestión de un tutor «de hecho» debe sujetarse a un régimen, pero ¿cuál? Puede dudarse entre considerar aplicable al caso la normativa de la *negotiorum gestio* o la de la tutela. Parece preferible la solución de aplicar las normas de la tutela: de un lado, por ser más rigurosas las responsabilidades del tutor, y de otro, por ser mayores las garantías del pupilo y más favorables al mismo dichas normas.

Aplicando las normas de la tutela, lo primero que se nos presenta es que don B. no había tomado posesión de su cargo. Lo pertinente hubiera sido remover a don B. y proceder al nombramiento de nuevo tutor: pero no se hizo la remoción, por lo que se nos expone en el caso.

Las obligaciones de don B., al cesar la tutela, por mayoría de edad de los pupilos, eran las dos siguientes: rendir cuentas generales de su gestión y responder del saldo que resultare de ellas en contra suya. En el caso de autos, la hija de don A. llegó a la mayoría de edad, y el tutor no le rindió cuentas, falleciendo meses más tarde. La hija de A. conservaba su acción derivada de la tutela, cuyo plazo de prescripción es de cinco años (art. 287).

Ambas obligaciones del tutor son transmisibles a sus herederos: ello deriva del concepto técnico jurídico de sucesión universal. Además, viene reafirmado expresamente en el artículo 281 («el tutor o sus herederos...»).

Entiendo que, por otra parte, la hija de A. tenía la acción ten-

(231) Véase en lo relativo a este punto: ORTEGA PARDO. *La tutela de hecho* en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1947, segundo semestre, página 80.

dente a obtener la reparación de los perjuicios causados por B. Lo difícil será encuadrar la responsabilidad de B. por su gestión (232): CASTÁN parece aludir a la responsabilidad extracontractual («por culpa o negligencia», nos dice), y en idéntico sentido opina, aunque con reservas, LETE DEL RÍO. Creo que la responsabilidad del tutor —en este caso don B.— está intimamente ligada a sus obligaciones, y éstas derivan de la Ley (arts. 279 y sigs. del Código civil). Las obligaciones legales se rigen por lo prevenido en el artículo 1.090 del Código civil.

Las obligaciones *ex lege*, nos dice DÍEZ PICAZO (233), son las que nacen de los supuestos de hecho legalmente reglamentados. Son, por regla general, obligaciones de reparación, de indemnización o de restitución: en este grupo se incluyen todas las que tienden a reparar o establecer un equilibrio patrimonial roto como consecuencia de un enriquecimiento sin causa, de un gasto, de una lesión, de un daño o de un perjuicio. Parece, pues, claro el encuadre de las obligaciones de don B.

El deber primario de don B., como tutor, se concretaba en las dos obligaciones apuntadas, de modo que su deber primordial era el de desplegar aquella conducta o aquel comportamiento en que cada prestación consistía (234). Pero, además, debía prestar su cooperación, cuando ésta fuera necesaria para que se produjese un resultado útil de la prestación. Incluso podía pensarse en que don B. tenía, además, especiales deberes de «consideración», respeto, lealtad a la memoria de A. La infracción de cada uno de estos deberes comporta consecuencias distintas: la del deber primario o deber central de prestación entraña siempre un fenómeno de «incumplimiento»; la de los deberes accesorios de conducta implica un cumplimiento defectuoso, que cabe—en este caso—exigir juntamente con el deber principal; y la de los deberes de consideración puede comportar una indemnización por los daños y perjuicios causados.

Me han parecido convenientes estas precisiones conceptuales acerca de las obligaciones de B. derivadas de la tutela, y la con-

(232) Véase LETE DEL RÍO, *La responsabilidad de los órganos tutelares*, 1965.

(233) Véase *Lecciones de Derecho civil*, II, 1965, págs. 207 y sigs.

(234) Véase DÍEZ PICAZO, op. últ. cit., pág. 277.

creción de los deberes que comportan. Sigue en pie el problema de la responsabilidad, antes apuntado; el Tribunal Supremo (sentencias de 12 de marzo de 1934 y 8 de abril de 1936), solamente distingue tres clases de culpa: contractual (art. 1.104), extracontractual (art. 1.902) y criminal. Ahora bien, hemos de partir de la base de que la responsabilidad es una forma de sanción: el incumplimiento de un débito es un acto antijurídico, que debe ser sancionado. Lo que no queda muy claro es la sanción para el incumplimiento de aquellas obligaciones derivadas de la Ley y no constitutivas de un «ilícito» civil: frente a la tesis que aplica el artículo 1.902, se habla de incluir tal responsabilidad dentro de la normativa general del artículo 1.101. La cuestión es interesante y poco estudiada.

— En conclusión, podemos decir que la sucesión testada de don A. comportaba un problema de Derecho internacional privado. Aplicando la técnica preconizada por don FEDERICO DE CASTRO, y, en resumen, había que distinguir:

— A la delación de la tutela: aplicable la Ley nacional rusa de los menores o, en su defecto, la Ley del lugar de residencia (española) de los mismos (criterio supletorio del convenio de La Haya).

— A la designación de albacea, y a la institución de herederos: había que subdistinguir: en orden a la forma del acto, rige el principio *locus regit actum*; en orden al fondo, la aplicación de la Ley nacional del testador es incuestionable, en base al artículo 10-2.º del Código civil (235). Y en su defecto, o por reenvío, la Ley del domicilio, o sea, la española.

2. El segundo hecho fundamental lo constituye la muerte del albacea y tutor B. dejando incumplidas las obligaciones derivadas de su doble posición jurídica adquirida por muerte de A. Eran estas obligaciones:

— Como albacea y como mandatario: obligación de reparar los perjuicios causados por extrahimitarse en su gestión; obli-

(235) Véase, para un conocimiento del Derecho ruso en materia de sucesiones: ARMINJÓN..., cit., tomo 3.º, págs. 365 y sigs.; MARÍN PÉREZ, Separata de R. G. L. J., 1963, sobre los principios informadores del nuevo Derecho civil soviético, en especial págs. 55 y sigs.

gación negativa de no retener los bienes hereditarios; obligación de rendir cuentas.

- Como tutor: obligación de rendir cuentas generales de su gestión como tal; obligación de entregar el saldo resultante en contra suya; y obligación de reparar los perjuicios causados.

Como consecuencia lógica de los principios que informan la sucesión universal, y a la vista de los artículos 661, 659 y 660 del Código civil y de la cláusula del testamento de B. en que instituye heredera a su hija natural (la demandada), es obvio que ésta, por el hecho de aceptar se había colocado en el mismo lugar de su causante. El subingresso *uno ictu* de la heredera en las relaciones jurídicas de B. comportaba lógicamente los respectivos deberes primarios de prestación en cada una de las citadas obligaciones y la consiguiente responsabilidad caso de incumplimiento.

3. El tema del testamento de don B. sería, por sí, suficientemente interesante, de conocer la redacción de dicho testamento. No voy, por ello, a extenderme en este punto, y sí sólo a precisar el alcance que pudieran tener dos cláusulas: el legado en nuda propiedad a los hijos de A. y la prohibición de intervención judicial.

Si la hermenéutica es la ciencia consistente en precisar el sentido de una palabra o una frase mediante el contexto en que aparece (236), y parte del principio evidente de que «lo que es parte sólo puede entenderse si lo referimos al todo de que ello es parte», y lleva implícita la idea de que «la parte, por sí y aislada, carece de sentido porque es sólo «parte», por tanto, algo incompleto, puro fragmento» (237): todo ello nos lleva a concluir que en nuestro caso concreto el canon sistemático nos era y es indispensable para interpretar esta parte, o cláusulas, del testamento.

Tenemos una serie de indicios, un «comportamiento» del testador antes de su muerte—gestión de los bienes de A. sin rendir cuentas—y al otorgar su testamento—exclusión práctica de los hijos de A. de su herencia, y amenaza de pérdida de todos los beneficios—, que parecen suficientes y reveladores de que su volun-

(236) Así, ORTEGA, en *Velázquez*, pág. 95.

(237) ORTEGA, *Ibid.*

tad real era seguir dando largas a las obligaciones por él asumidas al morir A. y seguir beneficiando a los suyos en perjuicio de los hijos de A.

Incluso cabría aquí apuntar la posibilidad de un abuso de su derecho por B., al demorar de modo persistente e injustificado el cumplimiento de sus obligaciones.

4. El análisis del pleito ha de ser, necesariamente, breve: La demanda, o mejor, su *petitum*, es técnicamente correcta. Nos remitimos a lo antes expuesto. Si acaso, añadiré que desde el momento de la reclamación judicial, la hija de B. había sido colocada en mora (arg., art. 1.100 del Código civil).

— La Reconvención no desvirtúa las alegaciones ni el *petitum*.

— Las sentencias de las dos instancias son condenatorias, como no podía ser menos por la naturaleza de las cosas.

5. Del recurso sólo conocemos dos motivos:

— En orden a la penalidad impuesta por el testador: nada tenemos que objetar en cuanto a la voluntad del testador claramente expresada; ahora bien, podría cuestionarse si los deberes accesorios de conducta anejos a los deberes de prestación de cada una de las obligaciones adquiridas por la muerte de A., y si los deberes de «consideración» o de lealtad hacia A. imponían una distinta interpretación de dicha cláusula testamentaria.

— En orden a la alegación de que «a la heredera *no se le puede* exigir el cumplimiento *íntegro* de las obligaciones de su causante B., al existir también legatarios de parte alicuota»: ante todo, se me ocurre que el cumplimiento o es íntegro o no hay tal; otra cosa sería hablar de cumplimiento total y parcial, distinción que quizá era la idea latente en la recurrente. Pero, aun así, tal distinción hay que referirla a la existencia o no de heredero instituido: si no lo hay, los legatarios responden *cum viribus*, viniendo a ser cada cosa legada la concreción de la responsabilidad de cada legatario, y nada tiene ello que ver con un cumplimiento «parcial» o no íntegro; y si hay instituido heredero, responde de todas las deudas y cargas de la herencia, incluso con sus bienes propios (art. 1.003 del Código civil), responsabilidad que se deriva de la falta de cum-

plimiento y que se concreta en la parte o deuda que deje de cumplir.

La alegación de que existen también legatarios de parte alícuota, prueba poco: tanto lo eran los usufructuarios como los nudo propietarios del tercio legado; y sería absurdo pretender que estos últimos, hijos de A., y herederos, y por tanto, acreedores legítimos de la serie de obligaciones asumidas por B., transmisibles a su muerte, tuvieran que responder del incumplimiento de las obligaciones cuyo cumplimiento ellos mismos exigían.

La heredera de B. era, por tanto, la única persona obligada al cumplimiento de la serie de obligaciones transmitidas por su causante.

— *Sentencia del Tribunal Supremo:*

La primera observación es que hay que tener en cuenta la peculiar naturaleza de nuestro recurso de casación: el que el recurso sea acogido, no implica nada más que el Tribunal Supremo concede virtualidad a la penalidad impuesta por el testador.

La segunda observación es que, al desconocer la serie de Considerandos y atenerme a la exposición alfabética de la «Revista de Derecho Privado», quizá cometa alguna imprecisión de matiz.

— En el apartado a) parte el Tribunal Supremo de la existencia de un mandato, en verdad existente, pero no alude al albaceazgo, también existente. La implicación de ambos cargos en la misma persona hubiera necesitado de una mayor precisión conceptual. La consecuencia lógica y jurídica es evidente: la obligación de rendir cuentas. El inciso final, sobre «que se concreten en ejecución de sentencia los actos de gestión que ha de comprender la rendición de cuentas», es asimismo correcto y zanja la cuestión. Personalmente, hubiera preferido una más sólida base argumental en este punto, que estimo básico en el litigio.

— En el apartado b) parece que el Tribunal Supremo recoge una alegación de la recurrente de que «procedía aplicar por analogía la legislación española referente a la gestión de negocios ajenos». Entiendo algo complicada la argumentación del Tribunal Supremo rechazando esta alegación en base a que «uno de los térmi-

nos de la comparación es desconocido». Más técnico y correcto hubiera sido incidir en la aplicación del Código civil, como resultado inevitable al que conduce la recta interpretación de las normas de conflicto aplicables al albaceazgo y a la tutela, y de la tutela de «hecho» de B. En definitiva, aunque en forma sucinta, el Tribunal Supremo llega a la solución correcta.

— En el apartado c) se analiza «el tema básico sobre cuál sea la norma aplicable al caso en que la Ley rusa... no haya tenido comprobación en el pleito». El análisis del tema, las soluciones aducidas y la conclusión final manteniendo el fallo condenatorio de la Sala de Instancia, son técnicamente excelentes y correctos.

— Siendo evidente la obligación de rendir cuentas de la tutela y albaceazgo, y siendo la demandada la heredera de B., bastaban unas someras indicaciones o precisiones conceptuales relativas a la posición jurídica ostentada por la hija de B. y ligar estas precisiones a la conclusión final obvia.

Sin embargo, no opera así el Tribunal Supremo y se extiende con previsiones en orden a: la nota distintiva de los conceptos de heredero y legatario, tendencia espiritualista, trato jurídico del legado de «cuota», aspectos de concidencia y responsabilidad por deudas hereditarias (238). Desgraciadamente, y pese a la opinión de doctos maestros, creo que enfocadas estas precisiones a la luz de los hechos no pasan de ser meros *obiter dicta*, y no la *ratio decidendi* del litigio.

Es obvio que el apartado d) desarrolla el criterio objetivo, muy en boga en aquellos años de nuestra postguerra por influjo de los trabajos sobre nuestro Derecho sucesorio realizados por... FERRARA (239). Ahora bien, una cosa es desarrollar el criterio objetivo y otra extraer de él consecuencias hasta el último extremo: el Tribunal Supremo en este apartado d) no llega a decir que este principio objetivo prevalecerá, «aunque haya sido otra la voluntad del testador» (240).

(238) Véase los apartados d), e) y f) de la exposición de la sentencia.

(239) Véase «Revista de Derecho Privado», 1923, pág. 323: *Estudio sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española*.

(240) Y, sin embargo, esta afirmación la hace BONET RAMÓN: véase su *Comentario a esta sentencia*, cit., R. D. P., 1941, págs. 39 y sigs.

En el apartado e) se recoge el principio voluntarista, que es el tradicional en nuestro Derecho sucesorio. Visto con los ojos de un jurista de «1968», ello me parece lo lógico, lo normal, incluso lo tópico. Visto con los ojos de un jurista de 1940, decía BONET RAMÓN (241) que «es de lamentar que el Tribunal Supremo no se haya atrevido a romper por completo con los resabios del dogma de la autonomía de la voluntad, hoy en franca decadencia». El contraste es tan fuerte, que sólo puede explicarse: de una parte, en el gran influjo de las circunstancias ambientales, sean profesionales, sociales, políticas, etc., en el intérprete o juzgador (242): es lo que DE CASTRO denomina «la infraestructura ideológica» (243); y de otra, en que el progresivo intervencionismo de la Administración, en la vida económica (244), hizo en algún tiempo que se creyere definitivamente liquidado el principio de la autonomía privada. Ha sido el profesor DE CASTRO (245), quien ha puesto de relieve cómo la crisis de la autonomía privada procede de su propia naturaleza sociológica, y que, no obstante las presiones que de uno u otro lado recibe, la autonomía privada pervive, y en todo Ordenamiento jurídico se siente la necesidad de ampararla.

Es una *communis opinio*, que «esta sentencia tiene el mérito indiscutible de haber abordado de frente el problema de la determinación de los títulos de heredero y legatario, uno de los problemas más intrincados y fundamentales de nuestro Derecho sucesorio» (246). En una línea paralela, dice CASTÁN (247) que «esta importantísima sentencia tiene el mérito de haber sabido fijar una orientación, y una doctrina en materia, que hasta el momento sólo había sido tratada por la jurisprudencia a través de referencias incidentales y de manera confusa y que parecía vacilante».

Por mi parte, ante tan autorizadas opiniones—como la del admirado maestro y mentor de tantas generaciones de juristas españoles—, sólo me atrevo a destacar: primero, que es indudable el

(241) Véase *Comentario a esta sentencia*, op. y loc. cit.

(242) Véase al principio, nota 24.

(243) Véase *El negocio jurídico*, 1967, pág. 13.

(244) Véase VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, y su concepto derivado de la vieja idea romana de la *inmissio*

(245) Op. últ cit., pág. 17.

(246) Véase BONET RAMÓN, op cit.

(247) Véase *La dogmática...*, cit, pág. 120.

mérito de esta sentencia y laudable su propósito de señalar una orientación en tema tan debatido; segundo, que todo ello no es óbice a reconocer que el fondo del asunto eran el albaceazgo y la tutela, con sus correspondientes obligaciones de rendir cuentas pendientes; tercero, que las alegaciones de los apartados *d)*, *e)* y *f)* no parecen ser la *ratio decidendi* del litigio; cuarto, que el trato jurisprudencial del tema de nuestro estudio ni es incidental, ni confuso, ni vacilante, como puede deducirse por el paciente lector de la lectura detenida de todos y cada uno de los supuestos de hecho; y quinto, que no debe olvidarse que nuestro Tribunal Supremo, en puridad, sólo resuelve sobre su recurso de casación y, a su través, el pleito planteado.

— Veamos la caracterización que al legatario de parte alicuota asigna el Tribunal Supremo en esta sentencia, deducida de los apartados *e)* y *f)*: de una parte, no es continuador de la personalidad del causante; de otra, su responsabilidad por las deudas hereditarias es proporcional a su cuota, hasta el límite de su haber líquido, y no más. Ambos caracteres son bastantes imprecisos, y VALLET los califica de «deficientes» (248).

- En cuanto al primero, parece evidente hoy que el heredero no continúa (ni deriva, ni supervive) la personalidad del difunto: el heredero obra en su propio nombre, no en nombre del difunto.
- En cuanto al segundo, el tema de la responsabilidad por deudas no es tratado con la debida precisión técnica: ni se separan los conceptos de responsabilidad y de afección, ni se deslindan la posición jurídica del legatario de parte alicuota, frente a los acreedores de la herencia y en sus relaciones con los herederos.

Si dura es la crítica expuesta de VALLET, no lo es menos la de ROCA SASTRE (249). Porque el silogismo del apartado *f)*, cuyo término comparativo es el heredero a beneficio de inventario, puede muy bien invertirse, y entonces, ¿no será más bien que es el heredero a beneficio de inventario quien *se parece* al legatario de parte

(248) Véase *Apuntes...*, cit., pág. 267.

(249) Véase *Estudios...*, cit., II, pág. 198

alicuota? (250). Y aun así, se me hace muy cuesta arriba conceder al legatario de parte alicuota una posición intermedia entre la herencia y el legado, como modalidad «irregular» o «excepcional» de la institución de heredero, según afirma el maestro CASTÁN (251). Por ello, conviene precisar, siguiendo a ROCA SASTRE, «que el heredero a beneficio de inventario, tiene una responsabilidad limitada en el *quantum*, respecto de las deudas hereditarias, pero no por esto deja de ser un titular pasivo de ellas, como subrogado en la misma porción jurídica del causante; y el legatario de parte alicuota nunca deviene deudor personal de ellas, pues él sólo adquiere bienes, pero no se subroga por vía de *successio* en ese débito y consiguiente responsabilidad, pues sólo verifica una *adquisitio per universitatem*, y, por ende, las deudas de la herencia le afectan *a priori*, por cuanto disminuyen el caudal hereditario partible, como si respondiera de ella tan sólo *ob rem*, o sea, como desfalcos o detrimentos de la herencia. Tampoco es cierto que el legatario de cuota «haya de participar proporcionalmente en las deudas, a proporción de su cuota, y no más», o sea, *intra vires*, a no ser que esa «participación» se entienda en sentido económico, o sea, de merma en el valor que deba percibir el legatario, pues participa en ellas en este aspecto, pero no como «personalmente obligado», en virtud de la sucesión, pues ello es propio tan sólo del heredero» (252).

En el mismo sentido expuesto de ROCA SASTRE se expresan ALGUER, SANZ, ORTEGA PARDO, NÚÑEZ LAGOS, VALLET y PUIG BRUTAU (253). A voces y opiniones tan autorizadas y representativas poco se puede añadir ya, sino resumir que el legatario de parte alicuota, por definición, es un legatario, y como tal, no sucede en las relaciones jurídicas del causante, sino que adquiere una «cuota» del activo líquido, y por ser líquido le deben afectar las deudas de la herencia, aunque no le obliguen personalmente; y es de una parte alicuota, o sea, con derecho a adquirir aquella fracción del activo dispuesta por el testador que resulte después de extinguidas las

(250) Esta idea mía, derivada de una aplicación estricta de las reglas de lógica sobre sofismas y silogismos, veo que antes que yo otros lo habían intuido, véase GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios de arte menor*, Rialp, 1964, III, página 237.

(251) Véase *Dogmática...*, cit., págs. 121 y 122, y en especial la 131.

(252) Op. y loc. últ. cit.

(253) Véase VALLET, *Apuntes...*, cit., págs. 269 y sigs.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., V-1.º págs. 92 y sigs.

deudas del causante. El simil de la donación universal, con asunción de deudas por el donatario, y posterior donación de una parte alicuota del saldo resultante a un tercero—expuesto por PUIG BRUTAU—es suficientemente expresivo y creo no necesita comentarios (254).

— El apartado g) funciona como la conclusión del silogismo planteado en los precedentes: probados albaceazgo y tutela, la obligación de rendir cuentas y la condición de la hija de B. como heredera de éste, el resultado es inevitable. Me parece exacta la conceptualización del Tribunal Supremo, aunque quizá eran excesivos los razonamientos previos, como he señalado antes.

Solamente quiero apuntar dos consideraciones: una, que el Tribunal Supremo sólo trata de la obligación de rendir cuentas, con evidente omisión de todas las restantes (reseñadas en los epígrafes 1 y 2 de este Comentario a la Sentencia), que a don B. incumbían, y, por tanto, a su hija y heredera, la demandada; y otra, que el inciso final de este apartado, al aludir al «derecho... de llamar a juicio a los coherederos...», es equivoco y puede inducir a confusión: entiendo, por «coherederos», los instituidos conjuntamente y llamados como tales herederos, no así los legatarios de parte alicuota—sea ésta en usufructo o en nuda propiedad—que, por definición y esencia, no son herederos.

— El apartado h) puede ser iógico, en base a una interpretación literal de la cláusula, pero ¿es justa la conclusión? Me remito a lo expuesto (epígrafe 3, de estas notas a la Sentencia).

— *Comentario final:*

1.º Parece muy forzada la interpretación de los que ven en esta sentencia una orientación intermedia, en orden a la determinación de los títulos de heredero y legatario, y que llegan a decir «que el Tribunal Supremo no afirma que el legatario de parte alicuota sea un verdadero legatario» (255). Mi modesta opinión, es que esto es forzar las cosas con tal de encajar la tesis del autor, en lugar de aceptar, fría y realistamente, los hechos y el enjuicia-

(254) Op. últ. cit., pág. 93.

(255) Así, CASTÁN, op. cit., pág. 121.

miento hecho por la sentencia: la lectura de la sentencia, contemplada a la luz de los hechos, no puede menos de llevar a ver un legado en la cláusula testamentaria de B., pero nunca un heredero «irregular» o «excepcional». Honradamente creo que, si alguna idea clara tiene un testador, es la relativa a la de instituir heredero: ¿cómo pensar siquiera que un testador instituya heredero en una cláusula, llamándole a toda su herencia, y en la siguiente, por legar un tercio, haya que ver también un heredero «excepcional»?

2.º La equiparación o comparación entre heredero a beneficio de inventario y legatario de parte alicuota es inexacta e innecesaria (256), si se parte de la idea básica a que cada uno de estos conceptos responde: el *heredero* subentra en el lugar del causante y se convierte en titular activo y pasivo de sus relaciones jurídicas transmisibles, si bien puede limitar su responsabilidad, aceptando la herencia a beneficio de inventario (257); el *legatario de parte alicuota* adquiere una fracción del activo resultante, después de pagadas las deudas del causante. La confusión puede derivarse, en el caso de que se pague la fracción del activo al legatario de parte alicuota *antes* de liquidar el pasivo relicto, pues entonces el legatario debe restituir parte de lo percibido; pero ello es simplemente una rectificación de las operaciones y *no* un efecto de la participación del legatario en las deudas de la herencia. El legatario de parte alicuota, en suma, es un «tercero», frente a la relación de crédito a deuda que enlaza a acreedores de la herencia y a herederos (258).

3.º Parece también unánime la opinión de que, en la sentencia que comento, «se da definitiva carta de naturaleza en nuestra doctrina legal a la figura del legado de parte alicuota, si bien con efectos limitados» (259).

Cuando uno lee tales afirmaciones, hechas por notables autores y tratadistas, no puede menos de preguntarse si vive dentro de la misma parcela del universo jurídico español y si el aire y la inspi-

(256) Así, PUIG BRUTAU, op. últ. cit., págs. 92 y sigs.

(257) Véase, no obstante, la tesis de PEÑA B. DE QUIRÓS, op. cit., págs. 176 y sigs.

(258) Véase, en este sentido, PUIG BRUTAU, op. últ. cit., pág. 93.

(259) Así, CASTÁN, op. cit., pág. 121; BONET RAMÓN, op. cit.; éste calificaba al legado de parte alicuota de «construcción endeble» (!).

ración jurídica vital es la misma. Para mí, que pretendo ser un buen jurista práctico, continuador de la memoria de tantos ilustres notarios que me precedieron y de su labor de investigación, extraordinaria, en la esfera iusprivatista, es clarísimo que la realidad se impone a cualesquiera elucubraciones doctrinales. Y si de algo, aunque poco, sabemos los Notarios es de testamentos y de las voluntades reales de los testadores. Esto mismo, mejor dicho, y con más gracia, ha escrito GONZÁLEZ PALOMINO (260): «Mucho enseñan los libros, pero mejor maestra y más sabia es la realidad. De testamentos sabemos los Notarios algo más que los libros... Por ejemplo, sabemos que, cuando el testador Caio quiere dejar a su sobrino Titio una quinta parte de la herencia, quiere, en efecto, dejarle una quinta parte, pero ni más ni menos que una quinta parte. Esto, sin duda por deformación profesional, nos parece bastante claro. Y hasta legal... El legado «de quinto» venía funcionando a banderas desplegadas en los siglos imperiales, y aun mucho después de que dejó de haber Imperio: hasta la víspera del Código civil. ¿Es que en todos estos casos ha querido el testador hacer un llamamiento «universal», al todo hereditario?... Se nos hace muy cuesta arriba a los Notarios españoles, que sabemos de la voluntad de los testadores más que los libros y que quienes los escriben, tener que admitir que cuando Caio ha dejado a Titio una cuarta parte de su herencia, pero ni más ni menos que una cuarta parte de su herencia, le ha llamado a los cuatro cuartos de la herencia: al *universum ius*...»

Si algún reticente lector todavía abrigare alguna duda, le sugiero que se dirija a la Notaría más próxima y que se dedique a examinar el Protocolo en lo relativo a los testamentos. La enseñanza sería muy aleccionadora para muchos doctores, cuyas citas de autores extranjeros son tan largas como corta la vivencia que de la realidad jurídica tienen.

Y es que no se trata de abordar la cuestión de si existe el legado de parte alicuota y qué naturaleza jurídica tiene: toda esta especie de «rizar el rizo» es intrascendente e inoperante. Lo importante, lo *rigoroso*—en término orteguiano—, es enfrentarse con la realidad de la constante manifestación expresa de la voluntad de los testa-

(260) Véase *Estudios de arte menor*, cit., II, págs. 232 y sigs.

dores y llegar a precisar qué efecto jurídico o qué consecuencias económicas o sociales trató de alcanzar al establecer el legado de parte alicuota. Los verdaderos problemas que este legado plantea no son teóricos, sino que se desprenden del examen detenido de cada uno de los litigios en que se discutía su existencia; por ello, este estudio pretende extraer las conclusiones más evidentes para que sirvan de punto de partida a ulteriores investigaciones.

4.º Saber, en cada caso concreto, qué es lo que ha querido el testador es sólo un problema de interpretación de su voluntad. Modernamente, con las notables aportaciones de VALLET (261) y de LACRUZ BERDEJO (262), y los cánones hermenéuticos utilizables en la interpretación del testamento, podemos, en principio, delimitar una serie de supuestos:

- a') Legado de la totalidad de la herencia o de todos los bienes del causante, *sin* designar heredero: debe presumirse como institución de heredero.
- b') Legado de la totalidad o universalidad de la herencia, *con* designación de heredero: se presume es un fideicomiso universal puro (VALLET).
- c') Legados de *cuota* de herencia o de *cuota* de todos los bienes del causante que, sumados, agoten el caudal hereditario, *sin* designación de heredero: asimilable al supuesto a') anterior. No parece posible que, en este supuesto, el testador ordene expresamente que los designados no se entiendan herederos, sino legatarios (arg.: arts. 1.005 y 1.084, según VALLET).
- d') Legados de *parte* de herencia o de *parte alicuota* de todos los bienes, *con institución de heredero*: no hay duda de que suponen verdaderos legados «parciarios».
- e') Legados de *parte* de herencia o de *parte alicuota* de todos los bienes que, sumados, *no* cubren todo el caudal relicto, *sin institución* de heredero: no hay duda de que son pro-

(261) *Apuntes de Derecho sucesorio*, cit., págs. 258 y sigs.

(262) *Derecho de sucesiones*, Parte general. y en sus *Anotaciones al «Derecho de sucesiones»*, de J. BINDER.

pios legados «parciarios» que concurren con un llamamiento *ab-intestato* de uno o varios herederos.

- f') Institución de uno o varios herederos, en cosa cierta, y distribución del resto en uno o varios legados de parte alicuota o del remanente: el heredero en cosa cierta es heredero, y el legatario de cuota sólo es legatario. Hay datos suficientes para suponer que la voluntad del testador no se ajusta al artículo 768 (VALLET). (El planteamiento del supuesto se debe a ROAN.)

Parece, por tanto indudable que solamente en los supuestos encuadrados dentro de los epígrafes d'), e') y f'), cabe hablar de legado de parte alicuota. Pero existe una gran variedad de estos legados, cuya interpretación deberá hacerse en función de la voluntad real del testador. Siguiendo a VALLET y LACRUZ, cabe una última subdivisión:

- 1) Legado de *todo el activo* de la herencia: puede interpretarse, o como un supuesto de distribución de toda la herencia en legados (en un solo legado), que debe reconducirse a los epígrafes a') y c') anteriores; o como un supuesto de legado del derecho al activo, sin obligación de pagar las deudas, encuadrable en el epígrafe b') precedente.
- 2) Legado de *cuota del activo*: plantea el problema de si se refiere al activo bruto o al líquido. Conforme a la doctrina tradicional, debe entenderse referido al activo líquido, salvo la disposición expresa o tácita del testador en contrario. El legatario participa de la comunidad hereditaria.
- 3) Legado de *valor puro* de la herencia o parte de ella: es un legado obligacional: los legatarios son simples acreedores de los herederos. No participan de la comunidad hereditaria. Están «afectados» por las deudas, ya que su derecho versa sobre el remanente. Parece que la valoración habrá de referirse al momento de la división y liquidación del caudal, pues es la presumible voluntad del testador.
- 4) Legado del *remanente*: se presume referido al remanente de la herencia después de pagadas las deudas. No está claro si el legatario adquiere derecho a obtener una *pars hereditatis*

o una *pars bonorum*: Todo depende de la voluntad del causante. LACRUZ cree que este legatario es un comunero más, junto con los herederos, en la comunidad hereditaria. Al estar este legado supeditado a la previa liquidación de la herencia, parece que son preferentes a él los legados remuneratorios y los demás determinados en el artículo 887 del Código civil.

— Resumiendo estas conclusiones finales, tenemos:

- 1.º Que no es exacto configurar al legatario de parte alicuota como un heredero irregular o excepcional.
- 2.º Que es innecesario comparar al legatario de parte alicuota con un heredero a beneficio de inventario.
- 3.º Que la existencia del legado de parte alicuota data desde hace algunos centenares de años.
- 4.º Que, en cualquier caso, habrá que atender a la voluntad del testador para determinar qué es lo que realmente ha querido al disponer un legado de parte alicuota, y qué modalidad del mismo es ordenada, con los efectos consiguientes en cada supuesto de hecho.

(Continuará.)

JOSÉ CERDÁ GIMENO,
Notario.

II. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

REQUISITO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO GUBERNATIVO.—ES IMPRESCINDIBLE QUE EL REGISTRADOR AL CALIFICAR DENIEGUE O SUSPENDA LA INSCRIPCIÓN SOLICITADA, LO QUE NO RESULTA EN EL PRESENTE CASO AL APARECER YA EXTENDIDOS LOS ASIENTOS CUYA DENEGACIÓN SE HACE CONSTAR EN LA NOTA CALIFICADORA.

COMO ESTO PUEDE AFECTAR AL PRESTIGIO PROFESIONAL DEL FEDATARIO, OBLIGA A EXAMINAR LA CUESTIÓN PLANTEADA, DEBIDA SIN DUDA A LOS TÉRMINOS AMBIGUOS DE LA ESCRITURA, EN LA QUE JUNTO A SERVIDUMBRES EXPRESAMENTE PACTADAS POR PRIMERA VEZ EN ELLA SE CONSTITUÍAN OTRAS TRES NUEVAS QUE YA EXISTÍAN Y CONSTABAN EN EL REGISTRO.

PERO ACLARADA LA SITUACIÓN COMO LA CONSTANCIA DE LA NOTA DENEGATORIA PODRÍA INDUCIR A CONFUSIÓN AL NO ADAPTARSE A LA REALIDAD, EL REGISTRADOR, EN LA FORMA QUE ESTIME MÁS CONVENIENTE, HABRÁ DE PROCEDER, EN EL PROPIO TÍTULO, A SU CORRECCIÓN O ELIMINACIÓN.

Resolución de 5 de junio de 1968 («B. O.» de 1 de julio de igual año).

En escritura autorizada el 16 de febrero de 1966, don J. A. vendió a doña P. S. un solar sin número en el camino de Vall Calent a Cal Miró, partido de San Bernardo, que el vendedor segregó de finca urbana que le pertenecía y figuraba

inscrita en el Registro. En la citada escritura se estipuló que la finca segregada y vendida quedaba «gravada a favor del resto de la finca del señor A., para el caso de que las tuberías generales se hicieren en el camino de Cal Miró antes que en el sito en terreno del Seminario, con servidumbre que se constituye en esta escritura, de paso de las tuberías de agua, cloacas y demás servicios del predio dominante para enlazar con los generales. Tiene a su favor, para el caso de que las tuberías generales se hicieren en el camino sito en terreno del Seminario antes que en el de Cal Miró, las siguientes servidumbres: la que se constituye en esta escritura, consistente en poder colocar en el resto de la finca de don J. A. las tuberías necesarias para la efectividad de las que pasan a reseñarse, y éstas: sobre el camino o paso particular de seis metros de ancho que partiendo del linde de la cercana finca del Seminario. Conciliar de la Diócesis de Solsona con la del muy ilustre doctor don A. Ll. S., se dirige hacia el Este en unos 54 metros, 30 centímetros y tuerce en ángulo recto hacia el Sur durante unos 35 metros hasta enlazar con el camino de Vall Calent a Cal Miró, y para todas las necesidades presentes y futuras del predio dominante se pueden colocar las tuberías de agua, cloacas y demás servicios; dichas tuberías podrán instalarse a todo lo largo del repetido camino hasta llegar a empalmar con las cloacas y tuberías generales de Vall Calent o avenida de la Virgen del Claustro, siguiendo siempre aproximadamente en dirección de Oeste a Este sobre el dicho camino, mientras éste siga dicha dirección, o sobre la citada finca del Seminario Conciliar desde el punto en que el repetido camino no se prolongue en línea recta hasta alcanzar, en esa dirección o inclinándose algo hacia el Norte, la carretera del Seminario; dicha servidumbre, al salir del citado camino o en su caso de la finca del Seminario, cruza la carretera del Seminario y penetra, dirigiéndose ahora hacia el Norte, y siguiendo la pendiente del terreno, en la pieza de tierra llamada Lo Trosset de San Magí, finca registral 542, que linda al Sur con la finca de don J. C. B. Quien sea dueño de dicha finca del señor C. B., si en ella se construyera una cloaca para desagüe residual, debe permitir que el dueño de la finca que se está describiendo si en ésta se edificase, empalme dicha cloaca para el servicio de las edificaciones que levante, abonando una cantidad prudencial por dicho empalme. Sobre las tuberías de paso de agua, cloacas y demás primeramente indicadas podrá empalmar o conectar libremente el Seminario Conciliar o personas que de él traigan su derecho pagando la parte correspondiente al valor de la instalación y contribuyendo al sostenimiento proporcional de la misma».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento en los tomos, libros, folios e inscripciones que indican los cajetines puestos al margen de las descripciones de las fincas, denegando la inscripción de las servidumbres en terrenos del Seminario. Lo Trosset de San Magí y la finca de don J. C. B., por constar inscritas dichas fincas a favor de persona distinta del constituyente de la servidumbre».

Interpuesto recurso por don Enrique Jiménez Brumdelet, Notario autorizante de la escritura calificada, la Dirección acuerda:

1.º Confirmar el auto presidencial apelado en cuanto a la improcedencia del recurso.

2.º Ordenar al Registrador que verifique en el título la corrección de la nota de calificación, mediante la doctrina siguiente:

Que es requisito necesario para que proceda el recurso gubernativo, de acuerdo con el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento para su ejecución; que el Registrador al Calificar el título presentado, deniegue o suspenda la inscripción solicitada, por lo que carece de base cuando, como en el presente caso, no se plantea debate alguno al aparecer ya extendidos los asientos cuya denegación se hace constar en la nota de calificación, mas como quiera que la subsistencia de dicha nota, sin rectificación en su caso, podría afectar al prestigio profesional del Notario autorizante, obliga a examinar en estos estrictos términos la cuestión planteada.

Que la situación anormal producida se debió sin duda a los términos ambiguos de la escritura discutida, con olvido por parte del fedatario del mandato contenido en el artículo 148 del Reglamento Notarial, de haber de redactarse en estilo claro, puro, preciso y observando, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma, lo que se tradujo en la confusión de entender que junto a las servidumbres expresamente pactadas por primera vez en el título se constituían otras tres nuevas, cuando realmente esto último no había tenido lugar por tratarse de una simple referencia de las que ya existían y constaban en los libros registrales.

Que aclarada la situación y reconocido por el propio Registrador en su informe que como consecuencia de la segregación realizada aparecen expresadas en la nueva finca formada, por imperativo del artículo 47 del Reglamento Hipotecario, las susodichas servidumbres, la constancia en la nota de calificación de la denegación podría inducir a confusión al no ajustarse a la realidad, por lo que, en la forma que el Registrador estime más conveniente o apropiada, habrá de proceder, en el propio título, a su corrección o eliminación.

PERSONALIDAD DEL FISCAL DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL PARA ENTABLAR RECURSO GUBERNATIVO.—LA TIENE AL HABERSE DENEGADO LA INSCRIPCIÓN DE ADJUDICACIÓN DE FINCA PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL A LA MUJER DEL PROCESADO Y CUYA FINCA HABÍA SIDO EMBARGADA EN PIEZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL SUMARIO INSTRUIDO AL MARIDO POR ABANDONO DE FAMILIA.

FACULTAD DEL REGISTRADOR PARA CALIFICAR LOS DOCUMENTOS JUDICIALES.

SE EXTIENDE A LAS FORMALIDADES EXTRÍNSECAS DE ÉSTOS Y POR TANTO AL MANDAMIENTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN EN QUE CUMPLIMENTANDO CARTA-ORDEN DE LA SUPERIORIDAD, ORDENA LA INSCRIPCIÓN ARIPIA EXPRESADA.

Resolución de 6 de junio de 1968 («B. O.» de 2 de julio de igual año).

Instruido sumario en el Juzgado de Instrucción de Elche contra don F. por abandono de familia, en pieza de responsabilidad civil se embargó una finca presuntivamente ganancial del procesado y su esposa; la Audiencia Provincial dictó sentencia condenando al encausado, en ejecución de la cual, por auto de 22 de julio de 1964 acordó adjudicar a la esposa, doña T., en pago de indemnización a que tenía derecho, la finca embargada. Y en virtud de carta-orden de la Audiencia, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Elche libró mandamiento al Registrador para la práctica de la «inscripción a nombre de doña T. de la finca embargada a F».

Presentado en el Registro el anterior mandamiento fue calificado con la siguiente nota: «No practicada la inscripción de adjudicación de la finca a que se refiere el adjunto mandamiento a favor de doña T. por los siguientes defectos: 1.º No expresarse que concurren en el caso que motiva el mandamiento las circunstancias expresadas en el artículo 1.410 del Código civil, habida cuenta de que la finca embargada aparece inscrita como presuntivamente ganancial de la sociedad conyugal formada por F. y la adjudicataria. 2.º Omisión de los trámites que los artículos 1.489 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (aplicables por remisión de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) determinan para que puedan ser adjudicados los bienes inmuebles embargados. Este último defecto es insubsanable y por ello se toma anotación preventiva».

Interpuesto recurso por el Fiscal de la Audiencia Provincial de Alicante y dejado sin efecto por el Registrador en su dictamen el primer motivo de la nota, pero aduciendo que el Fiscal carecía de personalidad para interponer el recurso, la Dirección, con el informe del Presidente de la Audiencia Provincial, y reconociendo con ambos Presidentes—aquél y el de la Territorial—personalidad al Fiscal, revoca el auto del último (o sea, el del Presidente de la Territorial), que había rechazado totalmente la nota del Registrador, confirmando el segundo defecto señalado por éste, aunque considerando de carácter subsanable, mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que es cuestión previa al examen de este expediente la planteada por el funcionario calificador en el escrito de defensa de su nota, acerca de si tiene personalidad para interponer el recurso el Fiscal de la Audiencia de Alicante, cuestión que debe resolverse afirmativamente, dados los amplios términos en que aparece redactado el número segundo del artículo 112 del Reglamento Hipotecario, y en base a que por haber sido parte en el procedimiento y por su carácter de representante de la Ley debe procurar la efectividad de la resolución judicial recaída, que aparece obstaculizada por el no despacho del título.

Que solamente habrá que circunscribirse al segundo de los defectos seña-

lados por haber desistido el Registrador del primero, en donde reiterada doctrina de este Centro, plasmada en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, declara que en los documentos judiciales los Registradores limitarán su función calificadora a la apreciación de la competencia del Tribunal o Juzgado, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiese dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro, pero sin que se pueda revisar el fundamento del fallo, ya que ello equivaldría a invadir la esfera de actuación atribuida por la Ley a los Tribunales de justicia.

Que la providencia, para dar cumplimiento por el Juez de Elche a la carta-orden de la superioridad, aparece configurada como de mero trámite, según el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y carece de virtualidad suficiente para servir de título inscribible por no llenar las formalidades extrínsecas indispensables para que pueda practicarse la inscripción, y será necesario, dado que, conforme al artículo 1.505 de la misma Ley, el actor o acreedor ha pedido que se le adjudique el inmueble por falta de licitadores, que se presente el testimonio del auto de adjudicación al igual que en el supuesto del artículo 224 del Reglamento Hipotecario, pese a lo cual el defecto debe merecer la consideración de subsanable, susceptible de ser corregido mediante su aportación.

* * *

Adujo con razón el Registrador que los documentos judiciales que llegan al Registro se agrupan en dos clases: sentencias y autos que, recogidos en testimonios y certificaciones, dan lugar a inscripciones, y providencias que llegan al Registro en mandamientos que, por lo general, sirven para ordenar la expedición de certificaciones, la práctica de anotaciones o la cancelación de asientos. Esto sentado, lo que debió presentarse para la inscripción de la finca adjudicada fue un testimonio de adjudicación y no una providencia de cumplimiento de una carta-orden, que carece de los requisitos mínimos para producir una inscripción. También de dicho testimonio se desprendería si ha habido o no postor, etc., como se afirma.

Razones todas que recogidas con su habitual maestría por nuestro ilustrado Centro le inducen a confirmar el defecto apuntado, pero calificándolo con toda objetividad de subsanable.

REGISTRO MERCANTIL.—CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL HECHA POR LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA, QUE SEGÚN LOS ASIEN- TOS DE AQUÉL, APARECÍAN CON SU MANDATO CADUCADO POR HABER TRANS- CURRIDO EL PLAZO DE SU NOMBRAMIENTO Y NO CONSTAR HABER SIDO REELEGIDOS.

LA NECESIDAD DE LA EXISTENCIA PERMANENTE DE UN ÓRGANO QUE ESTÉ AL FRENTE DE LA VIDA SOCIAL IMPONE LA CONTINUIDAD, Y AL SEGUIR AC- TUANDO LOS QUE YA HABÍAN SIDO DESIGNADOS, CONSIDERARSE ÉSTA ANTE LA SITUACIÓN DE LOS LLAMADOS ADMINISTRADORES DE HECHO, CUYA ACTUACIÓN JUSTIFICA LA DOCTRINA APROXIMÁNDOLA AL SUPUESTO DEL FUNCIONARIO DE HECHO, EN BASE A CONSTRUCCIONES DE AUTORES DE DERECHO PÚBLICO.

AL CONCEPTUÁRSELES COMO EFECTIVOS ADMINISTRADORES QUEDA PATENTI- ZADO QUE LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA SE REALIZÓ POR QUIENES SE- GÚN EL ARTÍCULO 49 DE LA LEY TENÍAN ESA CONDICIÓN Y, EN CONSE- CUENCIA, AQUÉLLA QUEDÓ VÁLIDAMENTE CONSTITUIDA, POR LO QUE SE PUEDE AFIRMAR QUE UNA VEZ QUE PARA DAR CUMPLIMIENTO A LO DIS- PUESTO EN EL ARTÍCULO 72 SE HAGA CONSTAR EN EL REGISTRO LA REELECCIÓN YA HABIDA EN LA REALIDAD DE LOS ADMINISTRADORES NOM- BRADOS, RESULTA INSCRIBIBLE LA ESCRITURA.

Resolución de 24 de junio de 1968 («B. O.» de 20 de julio de igual año).

Por escritura de 4 de julio de 1957, autorizada en Vitoria por el Notario don Manuel Lejarreta Salterain, se constituyó la Sociedad Anónima de Bebidas Carbónicas «Sabeca», que fue inscrita en el Registro Mercantil, y en cuyos estatutos consta que el cargo de Administrador tiene una duración de cuatro años, renovándose el Consejo por mitad cada dos años. En Junta general extraordinaria celebrada el día 14 de marzo de 1962 se acordó una modificación parcial de estatutos y, en su consecuencia, se otorgó la correspondiente escri- tura, que fue inscrita en el Registro Mercantil. En esta inscripción consta que, según el artículo 23 estatutario, «el Consejo de Administración estará integrado por tres miembros como mínimo y diez como máximo, correspon- diendo la determinación de su número exacto a la Junta general de accio- nistas»; por ceses y nombramientos acordados en la citada reunión el Con- sejo de Administración quedó integrado por los siguientes señores, según consta en el Registro Mercantil: «Presidente: Don R. F. de R. A. Secretario:

Don J. I. V. M. Vocales: Don R., don J. M., don L. y don F. J. K. E., don M. G. L., don J. L. L. A., don M. A. y don L. V. M.»; también consta en la misma inscripción el cese en su cargo de Gerente por renuncia voluntaria de don L. K. E., y el nombramiento de Consejero-Delegado a favor de don F. J. K. E. En 16 de marzo se acordó designar una Comisión ejecutiva integrada por tres miembros, que se inscribió igualmente en el Registro Mercantil; por acuerdo de 9 de julio de 1962 se inscribió el cese como Administrador de don J. L. L.; en diversas Juntas universales celebradas el año 1964 se adoptaron otros acuerdos, entre ellos uno de aumento del capital social, en 12 millones de pesetas, que también se inscribieron. En Junta general ordinaria celebrada el 22 de marzo de 1967 con asistencia de tres de los cuatro socios que componen la Compañía y el 50,98 por 100 del capital social se acordó el cese del Consejero-Delegado, don F. J. K. E.—que continuará como Vocal del Consejo de Administración—, nombrándose para sustituirle como Gerente de la Sociedad a don J. L. G. Z., «a quien se le atribuyen las facultades contenidas en el artículo 29 de los Estatutos sociales»; tales cambios fueron recogidos en escritura pública que se inscribió en el Registro.

El 11 de mayo de 1967 se anunció en el *Boletín Oficial del Estado* la celebración de una Junta general extraordinaria de accionistas de la Sociedad Anónima de Bebidas Carbónicas «Sabeca», que tendría lugar el 29 de dicho mes en primera convocatoria, y, en caso de no poder celebrarse, el día siguiente 30, en segunda; el anuncio se publicó también en el diario *Norte Exprés* el día 8 del mismo mes; la reunión tuvo lugar el día 30, en segunda convocatoria, con asistencia de más del 50 por 100 del capital social, representado por la mayoría de los accionistas; en el acta del acto celebrado consta que los reunidos acordaron por unanimidad aumentar el capital social en 24 millones de pesetas, facultándose al Consejo de Administración para determinar la forma y fecha en que debería efectuarse dicha ampliación, aprobándose igualmente, en consecuencia, la modificación estatutaria correspondiente. Y el 6 de julio de 1967 se otorgó la correspondiente escritura autorizada por don Félix Wanguembert Lobón, como sustituto de su compañero, el Notario de Vitoria, don Manuel Crespo Alvarez, en la que compareció como otorgante don R. F. de la R. y A., facultado para tal acto por la citada Junta.

Presentada en el Registro primera copia del anterior documento fue calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento, que fue presentado en unión de fotocopia del *Boletín Oficial del Estado* de fecha 11 de mayo del año en curso y de un ejemplar del diario local *Norte Exprés* de 8 de los expresados mes y año, y que motivó el asiento número 889, obrante al folio 158 del Diario 14 de presentaciones con fecha 29 de agosto último, porque la convocatoria de la Junta general extraordinaria de accionistas de la Sociedad Anónima de Bebidas Carbónicas, en la que se acordó el aumento del capital de la misma, único extremo a que se contrae la calificación registral, no aparece firmada con el nombre y apellidos de quien la hizo, sino que simplemente lleva la antefirma de *El Presidente del Consejo de Administración*, y del examen del Registro resulta que tanto el que ostentaba dicho cargo como los restantes miembros del referido Organismo, por transcurso de los plazos legales y estatutarios, tienen caducado su cometido, sin que conste su reelección. Tal defecto se estima insubsanable, no procediendo, por tanto, la práctica de anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado».

Interpuesto recurso por don L. G. Z., como Director Gerente de la Sociedad expresada, el Registrador, si bien dictó acuerdo manteniendo su calificación, desistió del primero de los defectos que señalara, revocando la Dirección la nota en aras de la dúctil e interesante doctrina siguiente:

Que por haber desistido el Registrador de uno de los defectos señalados en la nota queda como única cuestión a resolver la de la validez de la convocatoria de Junta general hecha por los Administradores de una Sociedad Anónima, que según los asientos del Registro Mercantil aparecían con su mandato caducado por haber transcurrido el plazo de su nombramiento y no constar haber sido reeligidos.

Que la necesidad de la existencia permanente de un órgano que esté al frente de la vida social impone su continuidad (pues de otra manera la Sociedad quedaría paralizada), y de ahí que las disposiciones legales, y en especial el artículo 73 de la Ley de 17 de julio de 1951, se preocupen, de una parte, de la renovación parcial del Consejo de Administración para evitar que todos los vencimientos sean simultáneos, y de otra establecen la posibilidad de que el propio Consejo, excepcionalmente, pueda designar para ocupar interinamente una de las vacantes que por cualquier circunstancia haya podido producirse a alguno de los accionistas hasta tanto se reúna la primera Junta general.

Que el nombramiento de los Administradores—y lo mismo, en su caso, la reelección—surte efecto, según el artículo 72-2.º, desde el momento de su aceptación, si bien habrá de hacerse constar en el Registro Mercantil, a efectos de la publicidad necesaria, dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, circunstancia esta última que, hasta tanto no se cumpla, provoca una discordancia entre lo que el Registro publica y la realidad extrarregistral, que según la Resolución de 17 de julio de 1956 impide la inscripción de los actos realizados por los Administradores nombrados.

Que el presente caso, en principio, no parece encajar dentro del supuesto anterior, ya que al haberse hecho el nombramiento por un plazo determinado, vencido éste sin hacerse constar en el Registro la reelección o nuevo nombramiento, la publicidad registral publicaba la vacante del cargo y—dado que en nuestro Derecho no existe una norma similar a la de otras legislaciones en donde, en estos casos, el cese del Administrador saliente no se produce hasta que el Consejo de Administración sea completado—, al continuar actuando los que ya habían sido designados, se está ante la situación de los llamados Administradores de hecho, cuya actuación justifica la doctrina aproximándola al supuesto del funcionario de hecho, en base a construcciones de autores de Derecho público.

Además que en el caso del expediente se observa:

a) Que se trata de un tipo de Sociedad Anónima con un corto número de accionistas—cuatro, que se encuentran todos representados en el Consejo de Administración—, que modernas orientaciones legislativas tienden a separar de la gran Sociedad, dado que por el contacto y la íntima conexión de los socios no es necesario adoptar rigurosamente ciertas prevenciones y cautelas indispensables en esta última.

b) Que con posterioridad a la fecha de caducidad del nombramiento de

los Administradores se adoptan acuerdos en Junta universal que modifican los Estatutos, aumentan el capital social, etc., cuyas escrituras, otorgadas por los que según el Registro ya no son Administradores, se inscriben, sin embargo, en éste.

c) Que entre esos acuerdos figura uno en el que, al tiempo que se designa como Administrador a una persona distinta de las anteriormente nombradas, se dispone el cese de uno de éstos, y este cese se inscribe cuando de no considerarse aún vigente el nombramiento no habría hecho falta hacerlo—dado que el plazo de duración de su mandato ya había vencido—, y en otro acuerdo se señala a todos los componentes actuales del Consejo—que son los primitivamente nombrados, junto con los ahora designados para ocupar los nuevos puestos creados—, y esa relación figura mencionada en el Cuerpo de la inscripción realizada en el Registro y publicada materialmente por éste.

d) Que incluso en supuestos de acuerdos adoptados en Junta ordinaria—e inscritos, sin la concurrencia de todos los socios que figuran en el Registro—la convocatoria aparecía hecha por quienes se consideraban como tales Administradores.

Que todas estas circunstancias atestiguan que la Sociedad había prorrogado de hecho el mandato de sus Administradores, y así como la Resolución de 26 de febrero de 1953 declaró que no estaba legitimado para hacer la convocatoria de la Junta un socio que había sido Presidente con anterioridad, pese a aparecer su nombre como tal Presidente en el Registro Mercantil, pues tal facultad la Ley la atribuye a los efectivos Administradores de la Sociedad, sin que la inscripción tenga virtualidad suficiente para oponerse a una realidad extrarregistral conocida por los socios y relativa a relaciones internas entre los mismos, la Compañía y sus órganos respectivos, en el presente caso queda patentizado que la convocatoria de la Junta se realizó por quienes según el artículo 49 de la Ley tenían esa condición, y, en consecuencia, ésta quedó válidamente constituida.

Que esta tesis aparece avalada, a mayor abundamiento, por el proverbial principio de buena fe que regula las relaciones mercantiles y la doctrina de los actos propios—ya que todos los accionistas eran Administradores y tal carácter no se les ha regateado durante más de seis años, por lo que la conducta continuada de los socios está sancionando la reelección de los mismos—; hechos todos ellos que permiten afirmar que una vez que para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 72 se haga constar en el Registro Mercantil la reelección ya habida en la realidad de los Administradores nombrados, resulta inscribible la escritura calificada.

Finalmente que de llevarse a su última consecuencia la teoría del cese automático de los Administradores se llegaría en la Sociedad mencionada a la situación, evidentemente no deseada, de que al tener, de una parte, que ser designados aquéllos por la Junta general no podría, de otra, convocarse ésta válidamente al no haber persona alguna que ostentase el cargo de Administrador, conforme al artículo 49 de la Ley—salvo en el caso de Junta universal, y siempre en las circunstancias excepcionales en que tal situación tiene lugar—, por lo que nunca podría realizarse tal nombramiento y se produciría una paralización de la vida social sin solución posible, lo que constituye un resultado claramente contrario a los principios que han inspirado la Ley de 17 de julio de 1951.

El último Considerando es por sí solo sobradamente elocuente para justificar la hábil y ponderada construcción de la doctrina por la que nuestro Centro Rector rechaza la nota del Registrador.

Nota o calificación, queremos resaltar, rectamente fundada y defendida con precisión y argumentación sólidas.

Cuestionándose entre el funcionario y el recurrente sobre la temporalidad del cargo de Administrador, el último, conforme a la doctrina más autorizada, afirmó que el plazo máximo de cinco años de que habla el artículo 72 de la Ley especial está referido a los nombrados en el acto constitutivo, pero no, como en el caso debatido, a los designados en acto posterior, cual fue el reflejado en la escritura de 4 de julio de 1957 al que los otorgantes dieron el carácter de universal. A ello el Registrador opuso los términos contundentes de cómo se pronunció el Tribunal Supremo en 3 de mayo de 1956, al expresar que la temporalidad del cargo de Administrador se extiende al nombrado en acuerdo posterior al fundacional, por el espíritu de la Ley y el respeto debido a los derechos de las minorías.

¿Pero es que—puede oponerse a esta decisión de nuestro alto Tribunal, parafraseando a GARRIGUES, pág. 48, tomo II, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*—si expirado el plazo por el que se hizo el nombramiento de Administrador, por la causa que sea, no se ha reunido la Junta general que haya de nombrar los sustitutos, ha de entenderse que cesan automáticamente aquéllos? Parece obligado en tal caso la permanencia en el cargo hasta tanto que no se reúna la Junta general, para que no quede abandonada la administración de la Sociedad.

He aquí perfilados esos Administradores de hecho de que nos habla con finura y justeza la Dirección, tanto más de admitir en el caso en cuestión en que como manifestó el recurrente, todos los accionistas son Administradores o están representados en el Consejo de Administración, a cuyo efecto, y al amparo del párrafo último del artículo 55 del Reglamento del Registro Mercantil, aportó oportunas certificaciones acreditativas de su aserto.

Esto sentado, no obsta, si bien nos fijamos, para que a la postre, aunque indirectamente, resulte, si no triunfante oportuna y atinada la tesis del Registrador por cuanto para que esos Administradores de hecho legitimen sus actuaciones «tendrán que hacer constar en

el Registro Mercantil, la reelección ya habida en la realidad, para que resulte inscribible la escritura calificada» (*in fine*, penúltimo Considerando).

Poco o nada podríamos añadir que no esté perfectamente razonado por nuestro Ilustre Centro en la Resolución que nos ocupa, aunque sí insistir, como se advierte en el apartado a) del 5.º de sus Considerandos, en las diferencias que existen entre la gran Sociedad y las de tipo de corto número de accionistas—como la del recurso—para las que la rigurosidad de ciertas prevenciones y cautelas no son tan indispensables, por lo que es de *communis opinio* la necesidad de la reforma de nuestra ya—aunque de pocos años de vida—caduca Ley de Sociedades Anónimas.

INMUEBLE INSCRITO CON CARÁCTER PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL.—OBLIGÁNDOSE EL MARIDO EN ESCRITURA DE OPERACIONES PARTICIONALES DE SU DIFUNTA MADRE A TRANSMITIR UNA SEXTA PARTE INDIVISA DE DICHO INMUEBLE A CADA UNO DE LOS CINCO COHEREDEROS RESTANTES A CAMBIO DE RECIBIR DOBLE PORCIÓN DE BIENES HEREDITARIOS, EL ACTO ES CLARAMENTE ONEROSO POR SER CAUSA DE LA OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR LA RECEPCIÓN POR EL TITULAR REGISTRAL DE OTROS BIENES DE SUS COHEREDEROS.

SIENDO EL ACTO ANTERIOR A LA REFORMA DEL ARTÍCULO 1.413 DEL CÓDIGO CIVIL, PUDO REALIZARLO EL MARIDO POR SÍ SOLO, SIN CONSENTIMIENTO DE SU MUJER.

POR IGUAL RAZÓN, PERFECCIONANDO EL CONTRATO, Y NO TENIENDO DICHO ARTÍCULO CARÁCTER RETROACTIVO, NO ERA NECESARIO DEMANDAR A LA MUJER.

Y AUNQUE SE CALIFIQUE EN LA ESCRITURA Y EN EL FALLO DE LA SENTENCIA DE GRATUITO EL ACTO REALIZADO POR EL MARIDO (LO QUE HUBIERA EXIGIDO EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER, CONFORME AL ARTÍCULO 1.415 DEL CÓDIGO CIVIL) DE LOS ANTECEDENTES EXAMINADOS, ES CUETAMENTE EXPUESTOS, SE DEDUCE NO HUBO TAL GRATUIDAD; PERO COMO QUIERA QUE EL REGISTRADOR NO TUVO A SU DISPOSICIÓN LOS DOCUMENTOS NECESARIOS Y SÓLO PUEDE CALIFICAR POR LOS QUE SE LE HUBIEREN PRESENTADO, HASTA TANTO NO TENGA ESTO LUGAR NO PODRÁ SER REVOCADA O DEJADA SIN EFECTOS LA NOTA DISCUTIDA.

Resolución de 1 de junio de 1968 («B. O.» de 29 de junio de igual año).

En escritura autorizada por don Cándido Casanueva el 7 de noviembre de 1945, don E. M. S. adquirió, constante matrimonio, una casa-chalet, sita en Madrid, Avenida de Raimundo Fernández Villaverde, número 32, que se encontraba sujeta a la legislación de casas baratas y que fue inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad. Por otra parte, al fallecimiento de don J. M. S., padre del comprador, fueron sus herederos, además de éste y la viuda del fallecido, doña E. S. L., los otros hijos, doña C., doña M. P., don J. y don A. M. S., y una nieta, doña E. M. M., hija de otro hijo premuerto. Con este motivo se hizo constar en la escritura de operaciones particionales de fecha 12 de marzo de 1943 que la casa-chalet había sido comprada por don J. M. S. durante su matrimonio, y que aunque figuraría en su día como titular registral el hijo don E. M. S., ello sería debido a que era el único que reunía las condiciones exigidas por la legislación de casas baratas, a cuyo régimen estaba acogido el citado chalet, pero que en realidad éste pertenecía a la sociedad conyugal integrada por los padres del adjudicatario; como consecuencia de estas declaraciones, en la mencionada escritura no se adjudicaron bienes al expresado hijo don E. M. S., a cambio de que la casa-chalet reseñada se escriturase directamente a su nombre por la entidad vendedora, como así sucedió en 7 de noviembre de 1945. Fallecida la madre, doña E. S. L., el 20 de septiembre de 1950, en la escritura de operaciones particionales otorgada con este motivo el 15 de noviembre de 1954, convinieron los interesados, entre otros acuerdos que no interesan, que previa descalificación del chalet por parte de don E. M. S. se obligaría éste a transmitir una sexta parte indivisa a cada uno de los cinco coherederos restantes a cambio de recibir doble porción de bienes hereditarios, y a tal fin, en la misma escritura se cumplió esto último por los causahabientes al adjudicársele a don E. unas participaciones indivisas en dos casas de Toledo. Descalificada la casa-chalet y por no haber procedido don E. M. S. a dar cumplimiento a lo pactado en la mencionada escritura, fue demandado por los otros interesados, dictándose sentencia el 24 de diciembre de 1963, que quedó firme, por la que se declaran dueños por sextas e iguales partes de la finca discutida a todos los hermanos, debiendo aquél a cuyo nombre figura inscrita dicha finca, proceder «al inmediato otorgamiento de la oportuna escritura pública de cesión gratuita de una sexta parte del pleno dominio de dicho inmueble a favor de cada uno de los actores, para que sirva de título a éstos al objeto de inscribir como propias las mencionadas participaciones en el Registro de la Propiedad, y en cumplimiento de tal resolución judicial, el 17 de noviembre de 1964 se otorgó ante el Notario de Madrid don Alvaro Fernández Ramudo escritura pública, en la cual «don E. M. S. reconoce que una sexta parte del pleno dominio del chalet número 32 de la Avenida de Raimundo Fernández Villaverde, de esta capital, corresponde a cada uno de sus hermanos, doña M. del P., don J. y don A. M. S. y a su sobrina doña E. M. M. en pleno dominio, correspondiendo al expresado don E. M. S. la sexta parte restante, también en pleno dominio... debiendo figurar, por tanto, en lo sucesivo la referida finca en el Registro de la Propiedad indicado a nombre de todos en la proporción expresada de una sexta parte indivisa cada uno en pleno dominio».

Presentada en el Registro primera copia de la citada escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento, porque la finca número 6.708 de la 2.ª sección de este Registro de la Propiedad número 6, que se describe en aquél, aparece inscrita a favor de la sociedad conyugal representada por don E. M. S. y doña B. U. D. T. G. al folio 32 del libro 705 moderno del archivo, no constando el consentimiento de la esposa, prevenido en el artículo 1.413 del Código civil. Y no pareciendo subsanable dicho defecto, tampoco procede tomar anotación preventiva de suspensión, que no se ha solicitado».

Interpuesto recurso en donde el Juez que intervino en el procedimiento informó que de puño y letra de la madre del titular registral consta en la sentencia que se hizo la escritura a nombre de éste por ser el único hijo que reunía las condiciones para acogerse a la legislación de casas baratas, como también dicho interesado reconoció la realidad del pacto que le obligaba a compartir con sus hermanos y sobrina la propiedad indivisa de la finca en cuestión, es claro que ésta le fue adjudicada a título gratuito, sin participación ni beneficio alguno para su cónyuge.

Rechazada la nota calificadora por el Presidente de la Audiencia por razones análogas a las expuestas por el recurrente, de las que entresacamos lo siguiente: «que la sentencia contiene un pronunciamiento que declara a los recurrentes dueños de las cinco sextas partes de la casa número 23 del Paseo de Raimundo Fernández Villaverde, lo que equivale a decretar el carácter no ganancial del inmueble...», la Dirección, con revocación del auto apelado, confirma la nota del Registrador, en méritos de la doctrina siguiente:

Que dados los hechos recogidos en la parte expositiva de este expediente, la cuestión que se plantea consiste en resolver si en la escritura discutida que se autorizó en cumplimiento de la sentencia dictada debería haber prestado su consentimiento con arreglo al artículo 1.413 del Código civil, la mujer del cedente, a la que, efectivamente, no se demandó en el pleito entablado, habida cuenta del carácter presuntivamente ganancial del inmueble objeto de la transmisión.

Que la clave del problema se encuentra en la naturaleza onerosa o gratuita de los actos contenidos en la escritura de operaciones particionales causadas con ocasión del fallecimiento de la madre, doña E. S. L., de 15 de noviembre de 1954. en la que el hijo, don E., instituido por la causante exclusivamente en el tercio de legítima estricta frente a los otros cinco herederos que englobaban todo el resto de dicho tercio y los de mejora y libre disposición, se adjudica una mayor cantidad de bienes que la que debería haberle correspon-

dido a cambio de transmitir a cada uno de los otros interesados—una vez descalificada—la sexta parte indivisa del inmueble que con el concepto de presuntivamente ganancial aparecía inscrita en el Registro de la Propiedad, acto claramente oneroso en el que la causa de la obligación de transmitir tenía su fundamento en la recepción de otros bienes por las otras partes, y que indudablemente pudo realizarse por sí solo sin consentimiento de su mujer y producir todos los efectos, puestos que aún no había tenido lugar la reforma que la Ley de 24 de abril de 1958 introdujo en el artículo 1.413 del Código civil.

Que no puede estimarse mal planteada la *litis* que ha dado lugar a la sentencia que se cumplimentó mediante la escritura calificada, por lo que no es necesario demandar a la mujer, tal como declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1964, al decir que no es obstáculo, tratándose de bienes gananciales, la nueva redacción del artículo 1.413 del Código civil, pues cuando ésta se publicó no se le concedió efecto retroactivo, y ya se había perfeccionado el contrato en el que el marido tenía facultad para disponer de dichos bienes sin otras limitaciones o responsabilidades que las que la legislación entonces vigente reseñaba.

Que no obsta a lo expuesto el que en la escritura al igual que en el fallo de la sentencia se califique de cesión gratuita el acto realizado lo que hubiera exigido con arreglo al artículo 1.415 del Código civil el consentimiento de la mujer puesto que de los antecedentes examinados y del propio contenido de la sentencia fácilmente se deduce que no hubo tal gratuidad, mas como quiera que el Registrador no tuvo a su disposición todos los documentos necesarios y sólo puede calificar por los que se le hubieren presentado, hasta tanto no tenga esto lugar no podrá ser revocada o dejada sin efecto la nota discutida.

* * *

¿Qué apostillar a tan encontradas declaraciones del Juez que intervino en el procedimiento, las del Presidente de la Audiencia, que incluso expresamente decretó el carácter no ganancial del inmueble y las de nuestro Ilustrado Centro Directivo?

También el Registrador vacila entre su nota y dictamen. De aquella, al invocar el artículo 1.413 y presupuesta—no podía menos...—la ganancialidad del inmueble, se desprende enjuicia el acto como oneroso. Pero luego en el dictamen habla de cesión gratuita, y como es lógico, se refiere al 1.415. Aunque después, aludiendo a la reforma del primero de aquellos artículos manifiesta que para ambos es preciso el consentimiento uxorio y la demanda a la mujer. Claro es que por la fecha de la sentencia (no sabemos cuándo se inició el litigio) y la escritura de reconocimiento de don E. a sus hermanos y sobrina en la finca de cinco sextas partes, abonan su proceder, pues en este *totum revolutum*, como diría el Registrador Martínez Santonja, pensaría el calificador que era admisible todo.

La Dirección pone orden y claridad en la cuestión, razonando, en base de la escritura de partición de la madre de los litigantes de 15 de noviembre de 1954, al ser para ella—la Dirección—el acto típicamente oneroso, como puede leerse en el segundo Considerando. Y siendo todo ello anterior a la reforma de 24 de abril de 1958 y la finca ganancial no se precisaba el consentimiento de la esposa de don E.

Formalmente, desde el punto de vista registral, la solución es inteligente y, por tanto, aceptable. Desde el punto de vista de la «causa» de que habla la Dirección, la cuestión no aparece tan clara. A presencia de ambas escrituras de partición, la del padre y la madre de los interesados, se deduce que el inmueble fue adquirido por aquéllos. Se escrituró a don E. (a la sazón ya casado) por ser el único que tenía las condiciones para acogerse a la legislación de casas baratas. Por lo mismo, no se le adjudicaron bienes en la escritura del padre y en la de la madre, al obligarse a transmitir cinco sextas partes de la finca a sus hermanos y sobrina se le compensó con unas adjudicaciones en participaciones indivisas de otros inmuebles. Causas, o «causa» derivada de un bien adquirido por herencia, en modo alguno ganancial. Por ello el Juez y el Presidente discrepan con nuestro Centro en sus informes y auto, conceptuándolo como gratuito, sin que para nada afecte, como dice el Juez, al cónyuge del titular registral, pues con ambas particiones a la vista, que hay que reconocer que se complementan, el fundamento, esa «causa» de que proviene todo, se vislumbra diáfana: es la adquisición de un bien adquirido por herencia de los padres por todos los hermanos.

Los gananciales... ¡Cuánto precisa de reforma en ellos nuestro Código! Nunca se nos va de la memoria lo que con toda exactitud escribiera LACRUZ BERDEJO: «De considerar al artículo 1.407 como una fuente más de gananciales, hubiéramos debido añadir al artículo 1.401 un apartado 4.º: 'los procedentes del despojo legal de los cónyuges conforme al artículo 1.407'» (*Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, pág. 451, año 1963. Bosch, Barcelona).

Por lo demás, las razones de nuestro Centro para mantener la nota del Registrador—in fine, último Considerando—son indubitables, sin posible contradicción.

G. C. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ y JOSÉ CERDÁ GIMENO.

I. PARTE GENERAL

SIMULACION DE CONTRATOS: *Se requiere probar que no hubo transmisión, ni precio, ni propósito de poseer lo transmitido. Causa de los contratos: para la inexistencia de causa no debe existir precio. Buena fe: presunción del artículo 434 del Código civil. Valoración de la prueba de confesión.* González Gómez c. García Borgues y Sánchez, y González Castro (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1967).

Antecedentes.—Se dieron como probados los hechos siguientes 1.º Doña Leticia, madre del actor, con asistencia de su esposo, vendió ante Notario una finca al demandado señor Borgues en el año 1955, venta que fue inscrita en el Registro de la Propiedad. 2.º En 1957 el citado comprador vendió la misma finca al viudo de la anterior vendedora doña Leticia, también ante Notario, y se inscribió la venta en el Registro. 3.º En 1959 el viudo vendió la misma finca a un sobrino, hijo de su primo hermano, el demandado señor García, también ante Notario, y se inscribió en el Registro. 4.º Diversas certificaciones bancarias acreditaban que el saldo de la cuenta corriente del viudo en varios Bancos no había tenido ingreso alguno proveniente del demandado señor García, entre enero de 1959 y diciembre de 1960. 5.º El demandado señor García figuraba como arrendatario de una vivienda propiedad del viudo de doña Leticia. 6.º El viudo había vuelto a casar en segundas nupcias con la demandada señora G. C.

No aparece claro de la exposición de los hechos en la sentencia cuál fue el último testamento de doña Leticia: por una parte, en la demanda el actor alega que lo fue el de fecha 11 de marzo de 1944, en que «instituye único heredero a su hijo», el demandante (hijo natural de la testadora); por otro lado, en el escrito de recurso ante el Tribunal Supremo, el recurrente y actor habla del testamento en que doña Leticia « nombra heredero universal a su esposo, por no haber tenido descendencia ».

La demanda terminaba suplicando: que se declarasen nulos y sin ningún valor ni efecto, por simulación absoluta y ser inexistentes, los supuestos contratos y escrituras antes reseñados (números 1 a 3), y las correspondientes inscripciones en el Registro; que se declarase que la finca en cuestión pertenece a la masa hereditaria de doña Leticia, y, por tanto, a su único heredero, el actor; y que se condenase a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y a dejar a la entera disposición del actor la consabida finca o solar.

En la contestación a la demanda: el señor García negó la condición de hijo natural del actor y afirmó que su adquisición era la de un tercero hipotecario protegido por el Registro, solicitando se estimase la excepción de la falta de legitimación activa del actor o su falta de acción, y en cualquier supuesto que se le absolviese de la demanda; el señor Borgues se allanó a la demanda, reconociendo como ficticia su intervención en la transmisión en que fue parte, y la señora G. C., además de repetir la misma exposición del señor García, alegó que no tenía el carácter de heredera de su marido, pues el Tribunal Supremo niega al viudo o viuda el carácter de heredero para el efecto de ser demandados, y que no tenía ningún interés en el pleito.

El Juzgado desestimó en todas sus partes la demanda, absolviendo de la misma a los demandados, estimando la excepción de la falta de legitimación pasiva de la señora G. C. y desestimando la de falta de legitimación activa.

La Audiencia, estimando en parte el recurso, confirma la sentencia del Juzgado en cuanto absuelve a los demandados señores García y G. C., pero la revoca en cuanto absuelve a los esposos Borgues, a los que condena a estar y pasar por las declaraciones siguientes: que son nulos e inexistentes por simulación los contratos de 1955 y 1957 (hechos 1 y 2), e igualmente nulas las respectivas inscripciones, ordenando su cancelación.

El demandante interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, denunciando error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos auténticos, error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión e infracción de los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, al deducir la buena fe en el demandado señor García, e infracción de los artículos 1.281, 1.282, 1.261, 1.275, 1.276 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria. El Tribunal Supremo rechaza el recurso por las siguientes consideraciones:

Visto, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero.

Considerando: Que los dos primeros motivos del recurso, amparados en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el uno por error de hecho y el otro por error en la valoración legal de la prueba, no pueden ser acogidos, pues, si bien, en cuanto al *primero*, parte de los documentos invocados: escritura de venta de 25 de junio de 1959, acta de requerimiento notarial al señor Baus y copia del testamento de doña L. G. B., en el que nombra heredero a su marido, pueden ser considerados *formalmente* como auténticos, *no* reúnen esta condición los *demás enumerados en el* motivo primero del recurso; y *aquellos no contradicen de una* manera tajante y fundamental los *hechos* que como probados da la sentencia, lo que sería necesario según una constante jurisprudencia, concretada, entre otras muchas, en las sentencias de 27 de febrero, 5 de abril de 1950 y 4 y 17 de abril de 1967, tendentes a evitar que, por el cauce del número 7.º del artículo 1.692, se convierta la casación en instancia con posibilidad ilimitada de revisar toda la prueba, cerrando dichas sentencias, de una manera expresa, el acceso a la casación a aquellos

documentos que, como ocurre en el presente caso, fueron tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia; ni tampoco se ha incidido en error fundamental en la valoración de la prueba de confesión, a la luz de los artículos 1.232 y 1.233 del Código civil, como se pretende en el segundo motivo, pues las pequeñas diferencias a las que se alude en el recurso, como son cuantía del precio (aceptado) y existencia o no de parentesco (no aceptado) sólo muy indirectamente podrían repercutir, y siempre de forma accidental, en la cuestión debatida.

Considerando: Que el motivo tercero del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692, trata de desvirtuar las deducciones o valoraciones que hace la Sala de unos hechos, que al recurrir amparándose en el número 1.º del precitado artículo, hay que dar ya como definitivamente establecidos, o sea, se combate, no las declaraciones de hecho, sino el rigor lógico de las deducciones que hace la Sala de instancia, analizadas a la luz del artículo 1.253 del Código civil, en lo referente a la buena fe del tercer adquirente; y no es que desechemos la posibilidad de que así pueda acontecer, como se ha hecho en otras ocasiones (sentencias de 13 de febrero de 1958 y 31 de octubre y 22 de noviembre de 1963), sino que, con mayor rigor que la apreciación de la buena fe por la Sala de instancia, si llegamos a la conclusión de que el recurso había logrado destruirla, está la presunción legal del artículo 434 del Código civil y el deber que impone al que alega la mala fe de probarla cumplidamente; pero es que, además, en el caso que nos ocupa, para que pudiera prosperar este motivo, en el que se pretende la declaración de simulación del contrato de 25 de junio de 1959, sería preciso afirmar que no había habido transmisión, ni entrega de precio, ni propósito de poseer en ningún momento aquello que se decía que se transmitió, y esto no es posible hacerlo sin conculcar de forma esencial los supuestos fácticos de la sentencia recurrida.

Considerando: Que en cuanto al cuarto motivo del recurso, también amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se mezclan conceptos diferentes, ya que se denuncia: «la violación, por su no aplicación», de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil, «la violación, por no haberse aplicado», de la doctrina del abuso del derecho contenido en las sentencias que se mencionan, la aplicación indebida del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y la «violación por la no aplicación» del artículo 1.261 del Código civil, tampoco puede ser estimado, pues no se trata en el presente caso de interpretar contratos, para lo que sirven como medios instrumentales los artículos primeramente citados; para que se dé la inexistencia de la causa, que es para lo que se invoca el artículo 1.261 del Código civil, hay que partir del hecho básico de que no medió precio, con manifiesto olvido de lo que, de manera expresa y con determinación de cuantía se afirma por la instancia, y es cuestión nueva lo del abuso del Derecho.

Nota.—Parece este pleito evidenciar una doble simulación (véase DE CASTRO, páginas 342 y sigs. de *El negocio jurídico*) para burlar la prohibición de las donaciones entre cónyuges y para defraudar los derechos legítimos del hijo natural de la primera vendedora aparente. La dificultad de la prueba de la simulación se nos presenta en el caso con toda su crudeza; los indicios o presunciones que se nos dan parecen llevar a la «certeza moral»—en frase de DE CASTRO—de una simulación: transmisión hecha a favor de un pariente, casi nulo movimiento de la cuenta corriente del vendedor en diversos bancos, probable enemistad con el actor como hijo natural de su mujer... Y, sin embargo, el Tribunal Supremo no lo estima así, después de haber aceptado la tesis de la Audiencia de que las dos primeras transmisiones sí lo fueron simuladas.

Entonces, declaradas nulas las transmisiones primeras, ¿qué es lo que debía volver al patrimonio de doña Leticia, la finca o el dinero que se dice se pagó como precio? Problema éste grave, en íntima relación con el significado real del negocio ocultado al vender el viudo al hijo de su primo hermano. Todo ello queda sin resolver en la sentencia anotada.

El problema básico era el de si el demandado señor García era o no un tercero de buena fe que mereciera ser protegido: el Tribunal Supremo, sin más apoyo que el artículo 434 del Código civil, lo creó de buena fe. No hubiera estado de más exigir, como sugiere De Castro en este punto, una buena fe objetivamente razonable, dadas las circunstancias, habida cuenta de la condición de amigo y pariente del adquirente y del estado de las cuentas corrientes del vendedor.

Finalmente, queda aquí aludido el punto relativo a la posible coexistencia de dos testamentos de doña Leticia: mas, para ello, véase Díez-Picazo, *La pluralidad de testamentos*, «R. D. Not.», enero-marzo 1960, págs. 7 y sigs.

DOBLE NACIONALIDAD ORIGINARIA. LA NACIONALIDAD COMO HECHO. LA CERTIFICACION DEL REGISTRO CONSULAR COMO PRUEBA. PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR Y PERDIDA DE NACIONALIDAD. EJERCICIO DEL DERECHO DE OPCION PARA ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD. Bosch c. Campomar (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1968).

Antecedentes:

I El causante de ambas partes, esposo de la demandante y padre del demandado, había nacido en 1888 en Buenos Aires, hijo de padres españoles, siendo inscrito en el Registro Civil de dicha ciudad como argentino, y sin mencionarse siquiera en el Libro-Registro del Consulado español. A los catorce años vino a España y residió en Palma de Mallorca, ininterrumpidamente, hasta su fallecimiento. A los diecinueve años se inscribió como argentino en el Registro Civil del Vice-Consulado de dicha nación, en Palma de Mallorca. Al llegar a la mayoría de edad, se enrola en el ejército argentino para cumplir el servicio militar: de hecho, no prestó el servicio militar en la Argentina, ni tampoco en España. Ninguna declaración de voluntad fehaciente expresada, en orden a su nacionalidad, aparece ya hasta su muerte.

II. El referido causante contrajo primeras nupcias, de cuyo matrimonio tuvo dos hijos: una niña—fallecida, sin descendencia en 1927—y el hoy demandado.

III. Fallecida su primera esposa, contrae en 1935 matrimonio civil con la hoy demandante—a la sazón casada—, celebrándose entre ambos el matrimonio canónico en 1962. De esta unión no hubo hijos.

IV. Fallecido el causante en 1965 sin haber otorgado disposición de última voluntad, su hijo—aquí demandado—promueve expediente de declaración de herederos *ab intestato*, en el que se dictó auto, declarándole heredero, con reserva de la cuota legal usufructuaria, a favor de la segunda esposa. Promovido por el hijo el juicio universal de testamentaria de su padre, la viuda formula—con el carácter de cuestión incidental—demanda de juicio ordinario

declarativo contra el citado heredero, en la que solicitaba: que se declare: que el causante era de nacionalidad argentina, nulo y sin efecto el auto declaratorio del *ab-intestato*, el sobreseimiento del juicio universal de testamentaria, y, finalmente, que, acreditada la nacionalidad argentina del causante, debe ser aplicada la legislación argentina a la sucesión—dispone ésta que la viuda tendrá en la sucesión una parte igual a la de cada hijo—; y que se condene al demandado a estar y pasar por estas declaraciones, con imposición de costas.

Se propuso y practicó como prueba la documental por ambas partes. La parte actora presentó dos certificados expedidos por el suprimido Vice-Consulado de Argentina en Palma de Mallorca, de fechas 23 de octubre y 2 de noviembre de 1907: ambos acreditativos de la inscripción como argentino del causante en el Registro del citado Vice-Consulado; también presentaba la cartilla de enrolamiento expedida por dicho Vice-Consulado. La parte demandada presentó como documentos: un certificado del Registro del Consulado General de Argentina en Barcelona—a cuyo archivo pasó el del suprimido Vice-Consulado de Palma de Mallorca—, acreditativo de que el causante no figura en las listas de súbditos argentinos; otro certificado de la Dirección General de Seguridad, acreditando que el causante no figura en las listas de extranjeros de dicho organismo; y una certificación de nacimiento del causante inscrito en el Registro del Consulado español en Buenos Aires.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, dando lugar a la demanda incidental promovida en el juicio universal por la actora, y declaró: 1) que el causante era de nacionalidad argentina; 2) nulo y sin efecto el auto declaratorio del *ab intestato*; 3) que, siendo el causante de nacionalidad argentina, son sus herederos *ab intestato* su hijo y la segunda esposa, por mitad e iguales partes entre sí. No dio lugar al sobreseimiento del juicio universal, y ordenó que tan pronto fuera firme su resolución, se tuviera por Ley de la sucesión—a la que ha de acomodarse la distribución del caudal relicto—la anterior declaración tercera, con todas sus consecuencias legales.

La Audiencia, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el demandado, confirmó la sentencia apelada. Entre las consideraciones en las que basaba su resolución, cabe resaltar: que el conflicto de doble nacionalidad originaria hispano-argentina debe regirse, como fuente legal primaria, en el caso de autos, por el Tratado suscrito entre España y Argentina en 1863, cuyo artículo 7.º resuelve cualquier problema de doble nacionalidad, en el sentido de que «la simple inscripción en la matrícula de nacionalidad de las Legaciones y Consulados de uno y otro Estado, es la determinante de la nacionalidad respectiva»; que, al inscribirse el causante como argentino en el Vice-Consulado de Palma de Mallorca, es imposible reconocerle la nacionalidad española pretendida por su hijo; que la aplicación del *ius sanguinis* no ofrecería duda, si no fuese por lo dispuesto en dicho Tratado sobre la inscripción, como reflejo del derecho de opción de los interesados a elegir entre el *ius soli* o el *ius sanguinis*; que el acto de opción, realizado por el causante a los diecisiete años, pese a su ineficacia por falta de capacidad plena del optante, fue sanado por la ratificación del interesado después de su mayoría de edad, ratificación derivada de dos hechos importantes: el uno positivo, de enrolarse en el ejército argentino, y el otro negativo, de no haber realizado el servicio militar en España; y que, ante esta pérdida de la nacionalidad española por el causante, nada significa que en las oficinas y censo municipales figurase como vecino de Palma de Mallorca desde 1935 y como

elector, porque sólo pudo adquirir la nacionalidad española con arreglo a los artículos 19, 21 y 25 del Código civil, en su anterior redacción.

Contra esta resolución de la Audiencia, el demandado interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, articulado en cinco motivos, que a continuación extracto por el extraordinario interés de la doctrina en ellos contenida:

a) En el motivo 1.º se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, al no apreciar la certificación negativa expedida por el Consulado General de Argentina en Barcelona, certificación contradictoria de la otra positiva de 1907 expedida por el Vice-Consulado de Palma; ambos documentos, de igual rango formal y de contradictorio contenido, deben neutralizarse en su eficacia, lo que conduce a presumirlos inexistentes y reputar improbadamente el hecho de la inscripción.

b) En el 2.º se acusaba la interpretación errónea del artículo 7 del Tratado de 1863, pues el citado Tratado, en su contexto, no establece un derecho de opción incondicionado en todo caso de conflicto, sino que: 1) proclama que la determinación de la nacionalidad se hará, en cada país, conforme a su legislación propia; 2) establece una norma de solución del conflicto, en cuanto al servicio militar, de sujeción a uno solo, el país del *ius sanguinis*; 3) concede un derecho de opción limitado, no general, a modo de derecho potestativo de recobro o recuperación de la nacionalidad originaria perdida por adopción posterior de otra; 4) establece la inscripción en la matrícula de las Legaciones y Consulados como prueba del acto de opción, y no como formalidad decisoria del conflicto. Termina afirmando que la opción es un acto o declaración de voluntad, lo que reiteradamente proclaman las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado, y ello exige la residencia efectiva y el arraigo patrimonial y familiar.

c) En el motivo 3.º se denuncia la infracción del artículo 7.º del Tratado ya citado, ya que aparecen incumplidos los requisitos que el precepto exige para la pérdida de la nacionalidad española por quien la ostentaba—como el causante—a virtud del *ius sanguinis* desde su nacimiento. Ostentó desde su nacimiento las dos nacionalidades, sin que nunca perdiera, por adquisición derivativa de una de ellas, la otra. En él se produjo el clásico conflicto derivado de la doble nacionalidad originaria, para cuya solución la norma de colisión no es el derecho de opción; aunque lo fuese, es un hecho improbadamente, ya que la pretendida inscripción en el Vice-Consulado no puede estimarse como prueba de la opción, que requiere plena capacidad civil en el sujeto, ni tampoco sirve de prueba la no prestación del servicio militar en España. Tampoco cumplió el plazo de la opción que fija el precepto citado del Tratado—un año los presentes y dos los ausentes—, plazo más que caducado.

d) En el cuarto motivo se denuncia la infracción por inaplicación de ... y del artículo 17-2.º del Código civil: adquirida originariamente por el causante la nacionalidad española, no dejó nunca de ser español, ni necesitó ejercer opción alguna, ni obtener carta de naturaleza, ni recuperar una nacionalidad que siempre tuvo y jamás había perdido. Lo único cierto es que la nacionalidad española sólo puede perderse voluntariamente por renuncia, sujeta a rigurosas condiciones de fondo y forma, hoy agudizadas por el nuevo artículo 22 del Código civil. Y ninguno de los actos u omisiones del causante pudo bastar para extinguir una nacionalidad originariamente adquirida, y consolidada por el ejercicio efectivo y continuado de la misma durante su vida.

e) Y en el quinto motivo denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 3.565 y 3.570 del Código civil argentino, y la no aplicación de los 930 y siguientes del Código civil español, aplicables a un causante español.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, con la doctrina siguiente:

Visto: siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño.

Considerando: Que el único problema que realmente ha sido objeto de discusión a lo largo de la litis de que trae causa el presente recurso de casación, no es otro sino el relativo a saber si el causante de las dos partes que actualmente figuran interviniendo en este recurso tenía la condición de argentino en el momento de su fallecimiento, lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.º de nuestro Código civil obliga a discernir la consiguiente sucesión según las normas del Derecho civil de la República Argentina, o si, por el contrario, debía reputarse súbdito español, en cuyo caso las reglas aplicables no podrían ser otras sino las contenidas en los artículos 930 y siguientes de nuestro primer Código sustantivo, cuestión ésta puramente fáctica para cuya solución, y al modo como precisaron con sumo cuidado las dos sentencias de instancia, es necesario tener en cuenta la resultancia de los hechos que fueron declarados probados; de los que con toda evidencia aparece que el referido causante de las dos partes litigantes, hijo de padres españoles, nació en la ciudad de Buenos Aires el 1 de agosto de 1888, fecha en que aquélla ya ostentaba la capitalidad de la nueva República independiente, siendo inscrito en el Registro Civil de dicha ciudad, sin mención siquiera en el correspondiente libro-registro del ya existente Consulado español, viviendo allí hasta que vino a nuestra Patria a la edad de catorce años en 1902 e inscribiéndose con diecinueve años en el Registro del Viceconsulado a la sazón existente de Palma de Mallorca en 1907, en la que ininterrumpidamente vivió hasta el día de su fallecimiento, acaecido a la edad de setenta y siete años, sin haber rectificado aquellas primitivas inscripciones que motivaron como inevitable secuela su llamamiento a filas en el servicio militar de la República argentina y el desconocimiento de las autoridades españolas, donde no prestó el servicio de referencia, tan importante a estos efectos de discernir la pertinente nacionalidad que lleva consigo la fuerza vinculante de una u otra legislación nacional, en cuanto indica con todo lo demás de una voluntad decidida y constante, por encima del simple reconocimiento del principio de *ius sanguinis* admitido en el artículo 17 de nuestro Código civil.

Considerando: Que los datos de hecho de que se acaba de hacer mención y que fueron en los que se apoyó el Tribunal *a quo*, no han sido desvirtuados por el recurrente, que lo intentó en el primer motivo, que se formula correctamente desde el punto de vista procesal a través del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando error de hecho en la apreciación de la prueba; porque el único documento que aduce a los indispensables fines legales es el certificado del Consulado general de la República argentina de Barcelona, en el que se refundió el antiguo viceconsulado de Palma de Mallorca, que, por haber sido tenido presente y valorado por el juzgador de instancia, carece de requisito de autenticidad a estos efectos que la Ley exige inexorablemente; pero que, además, no dice lo contrario de lo sostenido por la sentencia recurrida, en cuanto que se limita a suministrar la prueba negativa de que aquel documento existente y válido no pudo ser localizado en el refundido y único archivo resultante, cosa totalmente distinta a la constatación en contra de la primitiva existencia, como pretende el recurrente, lo

que obliga a la desestimación del motivo que se examina y deja desprovistos de base de hecho a los restantes que se articulan.

Considerando: Que al quedar inconcusa la base fáctica relatada que el recurrente no logró desvirtuar, de acuerdo con la cual el tantas veces mencionado causante de las dos partes que ahora litigan tenía de hecho y de derecho la nacionalidad argentina, son totalmente inconsistentes los motivos señalados con los números 2, 3 y 4 del recurso donde, siempre por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se denuncia interpretación errónea, una vez, y otra, aplicación indebida, del artículo 7.º del Tratado de Reconocimiento, paz y amistad entre España y la Argentina, de 21 de septiembre de 1863—ratificado el 21 de junio del siguiente año de 1864—, así como violación del artículo 1.º de la Constitución monárquica española de 1876 y el número 2.º del 17 del vigente Código civil, porque en los tres casos se está haciendo supuesto de la cuestión relativa a la nacionalidad de hecho, que la indicada prueba decide, sin embargo, en favor de la Argentina en la forma antes relatada.

Considerando: Que, como consecuencia de todo lo anterior, y habida cuenta de la referida nacionalidad argentina que el causante no se ha demostrado dejase de haber tenido hasta el fin de su vida, es incuestionable, de acuerdo con la norma del artículo 9.º de nuestro Código civil también recordada con precedencia, que la Ley aplicable al presente supuesto no podía ser otra sino la argentina, que el Tribunal *a quo* tuvo en cuenta especialmente contenida en los artículos 3.565 y 3.570 del Código civil de dicha República hispánica, en contra de lo que sin fundamento alguno se dice en el motivo quinto y último del recurso—también formulado al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley procesal civil—, que consiguientemente debe ser desestimado, y con él el recurso en su totalidad, con los obligados pronunciamientos del artículo 1.748 del mismo texto legal.

Nota.—I. El problema de la doble nacionalidad originaria: Un tema clásico del Derecho internacional privado es el relativo a la situación de hecho que se produce cuando se enfrentan los sistemas del *ius sanguinis* y del *ius soli*, muy frecuente en aquellos países—como el nuestro—de fuerte emigración. El conflicto entre la legislación española y una sud-americana (que impone el *ius soli* a los nacidos en su territorio) es inevitable, ante la norma del artículo 17-1.º del Código civil. En previsión de ello, España ha suscrito diversos tratados internacionales con varias Repúblicas americanas, que resuelven, en principio, el conflicto. Existiendo tratado, hay que estar a lo en él establecido, según unánime doctrina de los autores.

Del Tratado de 1863 con Argentina sabemos lo que de los antecedentes del pleito se desprende: la necesidad de la inscripción en los Registros respectivos, como determinante de la nacionalidad. Pero ante divergentes interpretaciones de dicho requisito, parece oportuno referirnos aquí a los principios generales del *Derecho de colisión* o internacional privado.

Delimitada la situación de hecho, y calificada la relación jurídica en la que está inserta, el punto de conexión a aplicar nos da la norma de colisión: en tema de *nacionalidad*, los puntos de conexión son la *lex patriae* y, en su defecto, la *lex domicilii*. Determinada la norma de colisión, y designada la legislación aplicable, si ésta fuere la *lex fori* quedaría resuelto el problema; en otro caso, será aplicable la *lex domicilii* aunque para ello habrá que resolver quizá problemas complejos.

En nuestra doctrina fueron los comentadores de ENNECERUS (véase «Parte general», vol. I, págs. 274 y 396, ed. de 1934), quienes con su (habitual claridad sentaron la distinción entre los casos de doble) nacionalidad *impuesta y no deseada*, conservando la de origen por llenar los requisitos exigidos para ello—en los que se aplica la *lex patriae* originaria—, y aquellos otros casos de doble nacionalidad *por otros motivos*—en que se aplica la nacionalidad robustecida por el domicilio—. En el mismo sentido, con gran precisión técnica, el *Proyecto* de Ley de Reforma del título preliminar de nuestro Código civil, en su artículo 9.º, párrafo 7.º, dispone que «las personas sin nacionalidad, con nacionalidad indeterminada o desconocida se registrarán por la Ley del lugar de su residencia».

Las anteriores precisiones doctrinales son inevitables ante la ausencia de una norma de colisión clara, reguladora de los conflictos de doble nacionalidad, en nuestro Código civil, que indica el estatuto personal en su artículo 9.º como norma «genérica». Sin embargo, el Código civil argentino (art. 7.º) establece la *lex domicilii* para los casos de capacidad.

La doctrina suele inducir de los varios Tratados con Repúblicas Hispano-americanas que, si una de las nacionalidades en conflicto es la española, será aplicable la Ley española. Ante la doctrina común en este tema, no deja de ser sorprendente que el Tratado de 1863 atienda a la inscripción como determinante de la nacionalidad. Sin embargo, los más modernos Tratados—de 1961, con Nicaragua y con Guatemala—establecen que la nacionalidad se adquiere *por el solo hecho* de fijar el domicilio en uno de los dos países, con la posterior obligación de inscribir el cambio en los Registros competentes.

II. *La nacionalidad como «quaestio facti» en el caso litigioso*: El verdadero problema radica en el supuesto de hecho—como era en el caso que comento—en que una persona cuya nacionalidad según el *ius sanguinis* es absorbida por la del *ius soli*, que cambia su domicilio al país de origen y allí reside hasta su muerte, todo ello *sin* una manifestación de voluntad auténticamente expresada. Ante tal supuesto, cabe cuestionar: ¿persisten válidas las reglas generales expuestas sobre la norma de colisión en la materia?, ¿qué criterio será el informante de la adquisición de una de las dos nacionalidades, y consiguiente pérdida de la otra?, ¿qué medios de prueba serán los procedentes ante la falta de inscripción en el Registro Civil?

Parece obvio suponer que los principios generales informantes en la materia no deben quedar desvirtuados por las circunstancias del caso. También parece lógico suponer que las normas del Código civil en orden a adquisición y pérdida de nacionalidad—especialmente artículos 17-1.º, 18-1, 2.º, y 18-2, 22, 24 y 26—permanecen inalteradas. Lo mismo cabría decir de los medios de prueba supletorios de la inscripción en el Registro Civil, que serán los ordinarios, pero cumpliendo lo dispuesto en la legislación del Registro Civil.

Como en el caso de autos coincide la Ley del domicilio y la Ley del foro con la Ley española, parto de la base de lo en ésta dispuesto en la materia (Código civil y Ley y Reglamento del Registro Civil). Con un criterio puramente personal cabría atender a varios criterios, en lo relativo al caso de autos, para la *adquisición* de la nacionalidad española o, más bien, *conservación* de la misma: 1) el *subjetivo*, basado en una declaración de voluntad u opción; 2) el *objetivo*, basado en la residencia habitual y efectiva, que implica un *animus morandi* expresivo de un comportamiento concluyente en orden al arraigo familiar; y 3) el *formal*, basado en la inscripción en el Regis-

tro correspondiente, o sea, el Registro civil. De estos tres criterios parece preferible el primero, cuyos requisitos y formalidades rigurosas establecen los Códigos civiles de cada país, y que lleva implícito el tercero, ya que tal declaración de voluntad se inscribe en el Registro Civil.

Parece, por consiguiente, deducirse de lo expuesto que es inexcusable la declaración de voluntad expresa ante el encargado del Registro Civil, tanto para el ejercicio de la opción, como para los casos de recuperación o conservación de la nacionalidad española, o de renuncia a la misma. Lo confirman los artículos citados del Código y las reiteradas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En cualquier caso, el plazo de un año para efectuar la declaración es de caducidad, inevitable y automático.

Como presupuesto del ejercicio de la opción (renuncia, etc.) se requiere la mayoría de edad o emancipación. Dicen FÉREZ Y ALGUER (op. et loc. cit.) que, como requisito previo a la opción, los efectos de ésta no pueden anticiparse y alcanzar a una situación previa. Estas consideraciones son perfectamente aplicables al caso de autos.

Las mismas razones valen, *mutatis mutandis*, para los casos de pérdida de la nacionalidad española por renuncia. Los requisitos del Código civil, desarrollados por la Ley (art. 67) y Reglamento (art. 232) del Registro Civil, determinan la necesidad de la inscripción en el Registro Civil y en virtud de documento auténtico que la acredite plenamente. Se requiere una declaración de voluntad expresa: ¿Cabe entender como tal el enrolamiento o alistamiento? No parece que si el interesado se limita a sufrir la conscripción ello determine la automática pérdida de la nacionalidad española: véase la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de febrero de 1968, en el sentido expuesto. Incluso la prestación del servicio de las armas, por sí sola, no es determinante de la pérdida de la nacionalidad: véase Resolución citada.

III. *El proceso sucesorio y la cuestión incidental o previa*: En un proceso sucesorio el problema principal es el sucesorio y el *previo* es aquel cuya solución condiciona la del principal. Por ello tal situación debe ser establecida jurídicamente de acuerdo con su Ley determinante, ya que de tal situación derivan derechos subjetivos: véase en tal sentido la novísima obra de SIMO SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado*, págs. 116 y sigs. En el caso de autos, la *cuestión incidental o previa* de la doble nacionalidad originaria podía ser calificada independientemente de la principal—aplicándole su propia norma de colisión—, o podía englobarse en la cuestión principal sucesoria—y aplicar a ambas la norma material designada por la norma de colisión sucesoria—.

La norma de colisión de la *cuestión incidental* era la Ley del domicilio, según hemos apuntado en el apartado I de estas notas. La norma de colisión sucesoria está conectada al *estatuto personal*, determinado por la *nacionalidad* del causante o por su *último domicilio*, según las distintas legislaciones: la española se rige por la Ley nacional (art. 10-2.º del Código civil) y la argentina por la Ley del domicilio (art. 3.283 de su Código civil: «el Derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros»). Se nos aparece aquí con nitidez el llamado «reenvío de primer grado o reenvío de retorno», uno de los puntos más notables de «contestación» en el Derecho internacional privado: SIMO (op. cit., págs. 97 y sigs., en especial la 102) se declara partidario del mismo por razones de tipo práctico, por la conveniencia de

aplicar siempre que sea posible el Derecho material del foro. Consecuentemente, la Ley aplicable a la sucesión *debía ser* la Ley del domicilio del causante o *lex fori*.

Podemos, por tanto, concluir que la Ley del domicilio o *lex fori* era aplicable tanto a la cuestión incidental como a la principal, bien se englobaran ambas o se calificaran cada una por separado.

IV. *Consecuencias de la aplicación o no de la norma de colisión sucesoria:* Habría aquí que establecer una distinción:

A) Si se parte de la norma de colisión española y *no se acepta* el llamado «reenvío»: *previa* la determinación de la Ley nacional del difunto, resolviendo la *cuestión incidental*, cabrá asignar a aquél o la nacionalidad española—norma de colisión del domicilio, usual—o la argentina—conforme al principio de la inscripción—. Los efectos de asignarlo la nacionalidad argentina, entre otros, son: 1) que la Ley nacional sucesoria *regirá* todo lo relativo a la apertura de la sucesión, orden de suceder y concurrencia de herederos, grados de parentesco, forma de distribución de los bienes, adquisición y aceptación de la herencia, legitimación activa y pasiva, práctica de la partición, determinación y composición de la masa hereditaria, formación de los lotes, colación, reducción de liberalidades, deudas y efectos respecto de los herederos; 2) que, calificado de argentino el causante residente en Baleares, todas sus adquisiciones *posteriores* al año 1935 efectuadas *sin* la autorización militar preceptiva (por Ley de 23 de octubre de 1935) serán nulas de pleno derecho; 3) que tal nulidad implicará la de los asientos registrales, conforme al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, *sin perjuicio* de la eficacia de la inscripción del acto o contrato nulo y de los efectos de éste frente a los asientos posteriores.

Se regirán por la *legislación española*, pese a la nacionalidad argentina del causante: 1) la capacidad de los herederos para aceptar (Ley personal); 2) las formalidades de la aceptación y de la partición (Ley *locus regit actum*); 3) la protección de los terceros, el régimen inmobiliario y la publicidad de los bienes (*lex rei sitae*).

B) Si se acepta el «reenvío»: si se le asigna la nacionalidad argentina, estaremos en el caso anterior, con los efectos señalados; si se parte de la nacionalidad española, Ley fijada por la conexión que el domicilio determina, las *consecuencias* serán bien distintas: 1) la norma de conexión, Ley del domicilio del causante, o mejor, la *lex fori*, regirá todas las incidencias del proceso de liquidación de la herencia; 2) no hay cuestiones acerca de la nulidad de las adquisiciones onerosas posteriores a 1935, ni en orden al Registro; 3) cabe cuestionar la posible aplicación al supuesto de la *reserva binupcial* y de la *reserva del 811* (si la hija premuerta del primer matrimonio hubiere heredado a su madre); 4) la adquisición de la nacionalidad española, o su *conservación*, o *recuperación*, determinarían la de la vecindad civil foral balear (así, en Proyecto de Ley de Reforma del título preliminar del Código civil, art. 15-1.º); 5) los efectos personales y patrimoniales del matrimonio civil, contraído en 1935, podrían ser muy complejos y habría que estar a la legislación española comprendida entre 1935 y 1962 (año del matrimonio canónico); 6) cabe ejercitar la acción declarativa «de estado», tendente a obtener la declaración de nacionalidad española del causante, *sin perjuicio* de las actuaciones en expediente gubernativo ante el encargado del Registro Civil.

V. *Recapitulación:* De todo lo expuesto se deduce: 1) que en tema de doble nacionalidad originaria, la norma de colisión la da la Ley del domicilio,

en este caso la española; 2) que la nacionalidad, como *quaestio facti*, debe regirse por el criterio subjetivo, plasmado en una declaración de voluntad expresa e inscrita en el Registro Civil; 3) que las consecuencias de atribuir al causante la nacionalidad argentina, y aplicarle la norma de colisión sucesoria española, son muy graves; y 4) que aplicar la norma de colisión argentina supone dar entrada al «reenvío» de primer grado, y aplicar la legislación española como *lex fori*.

VI. *La doctrina del Tribunal Supremo*: De la lectura de los Considerandos de la sentencia se desprende que la *ratio decidendi* del litigio radica en la cuestión de hecho de la nacionalidad. Se parte, para ello, de los *hechos* de: la inscripción del nacimiento del causante en Buenos Aires como argentino, la del Vice-Consulado de Palma, y el enclavamiento. Podemos concluir que en el caso ha seguido el Tribunal Supremo el criterio formal. Lo importante es preguntarnos si esta decisión formará «jurisprudencia», en el sentido de «precedente» vinculante para decisiones posteriores de la misma Sala.

Nuestra pregunta no es ociosa, ya que me temo fundadamente una posible repetición de casos similares en nuestra patria: hijos de emigrados que regresan a España, que aquí viven y se casan, y no manifiestan su voluntad de ser o no españoles ante el Registro Civil. Situación nada infrecuente en Baleares, por la aplicación del sistema de legítimas foral y la consiguiente emigración de los que no percibieron en tierras su legítima; emigración dirigida a Hispanoamérica, al regreso de ellos y de sus hijos y su posterior asentamiento, ¿habrá que exigirles, a la más leve sospecha de su condición, que acrediten al Notario su nacionalidad cuando ante él comparecen?

Las consecuencias de la posición que adopta el Tribunal Supremo, que quedaron expuestas en el apartado IV-A), no dejan de ser trascendentes. Quizá la última *ratio* de la decisión haya sido, como en tantas ocasiones se suele indicar, la idea de *equidad*: la consideración de que la viuda tiene mayores derechos sucesorios *ab intestato* en el Derecho argentino que en el español.

J. C. G.

II. DERECHOS REALES

REIVINDICACION DE FINCAS: La «*probatio diabolica*» en la acción reivindicatoria y el litisconsorcio pasivo necesario.—**LEGITIMACION «AD CAUSAM»:** La pretensión de ser propietario de una finca legítima para iniciar el proceso de reivindicación.—**POSESION DERIVADA DE ADQUISICION EN DOCUMENTO PRIVADO:** Los actos de dominio y aprovechamiento presuponen la posesión real y la tradición del inmueble; la inscripción causada en virtud de un deslinde notarial y subsiguiente escritura de transacción carece de validez. Rodríguez Ravena c. Quintana, Mendaña, Martínez y Hernández (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1967).

Antecedentes.—Resultaron probados los siguientes hechos: 1) En 1940, la demandante, en virtud de escritura de protocolización de partición de bienes, heredó de su marido una finca, que fue inscrita en el Registro al número 410,

de una superficie de 25.680 m²; la inscripción era la 5.ª, y, como las precedentes, describía así la finca: «Lindante Este, tierra de la Memoria, fundada por el señor S., y Norte, Sur y Oeste, la cierran dos arroyos, uno de ellos llamado 'Chopos de Barrero'. 2) En 1945, la demandante trató de conseguir la inscripción de un exceso de cabida de la finca número 411, lindante por Norte, con la número 410, pues la finca se hallaba 'agotada' registralmente desde 1935: acudió al expediente de dominio, tramitado sin oposición, y transformó la citada finca número 411 en otra mayor. 3) En 1955, promovida cuestión extrajudicial entre la actora y la Compañía 'El Coto, S. A.', acerca de los linderos exactos entre la finca número 410 y las propiedades de la Compañía, se practicó deslinde amistoso, con levantamiento de plano, protocolizándose notarialmente el deslinde y otorgando escritura transaccional subsiguiente; se incluyeron 11.890 m², al parecer, de hecho, pues la cabida de la finca seguía siendo la de las inscripciones anteriores, y se rectificaron los linderos de la finca, causando la inscripción 6.ª, que sigue: 'Linda: Norte, sin límites exactos, puesto que termina en punta; Este, más bien Nordeste, finca propia de 'Saconia, S. A.'; Sur, arroyada, que vierte en el Arroyo de los Chopos, que sirve de divisoria, con finca propia de la Compañía 'El Coto, S. A.', y Oeste, con el 'Arroyo de los Chopos'. 4) En 1962, la actora interpuso interdicto de recobrar la posesión contra el último y actual arrendatario de los servicios de explanación del solar descrito, pretensión que fue rechazada en primera instancia. 5) La finca de autos, la número 410, había arrastrado una vida registral ciertamente lánguida, sin segregaciones ni enajenación alguna, y con una realidad física de dudosa determinación, lo que parecía implicar un caso evidente de discordancia entre Registro y realidad. 6) Los demandados lo fueron por su relación y titularidades sobre la siguiente finca, número 11.948: 'Solar de figura triangular, de superficie de 14.567 m², a la izquierda de la autopista de Barajas; linda: Norte, con el 'Arroyo de los Chopos'; Noroeste y Este, 'Saconia, S. A.'; Sur y Oeste, antiguo Camino de Canillas, hoy Colector de Ramírez de Arellano». El demandado, señor H., había adquirido dicha finca por documento privado de la señora B., al parecer en 1927, pero se presentó otro posterior, fechado en 26 de febrero de 1963 (*posterior* a la demanda); el señor H. vendió verbalmente la finca al también demandado, señor M. en 1949, sin acreditarlo; y el señor M. vendió ante Notario en 1960 la finca a los también demandados, señores M. y Q., causando la inscripción 1.ª, de cuya finca tomaron posesión real y procedieron a acondicionarlo y efectuar labores de explanación, siendo, a mediados de 1962, cuando la actora planteó el interdicto de recobrar la posesión, desestimado.

El *petitum* de la demanda contenía los siguientes extremos: 1) Que se declare que la finca número 410 era propiedad plena de la actora. 2) Que se declare que la finca número 11.948, inscrita como de propiedad de los demandados, señores M. y Q., era parte integrante de la de la actora antes dicha. 3) Que se declare que el señor H. no había sido nunca propietario de la finca reseñada de los demandados, ni la había poseído jamás, sin que su supuesta propiedad se basase en título alguno, oneroso ni lucrativo, ni en una adquisición por prescripción. 4) Que se condene al señor H. a estar y pasar por las anteriores declaraciones. 5) Que se declare nula, por no pertenecer al transmitente, por ningún título legítimo, ni haberla adquirido con posterioridad, la venta de la finca citada ante Notario en 1960. 6) Que, en consecuencia, se declare nula dicha escritura, por ser totalmente simulada y, por tanto inexistente. 7) Que, en consecuencia, se ordene la cancelación de la inscripción practicada en el Registro. Solicitaba también la anotación preventiva de la demanda.

Los demandados negaban que, entre las fincas número 410 y número 11.948, existiera la menor identidad, afirmaban la propiedad y posesión pacífica e ininterrumpida sobre su finca desde el año 1927 cuando menos, que el deslinde bilateral, efectuado en 1955, no podía afectar a terceros, y previa súplica de que se les absolviese de la demanda, terminaron formulando *Reconvención*, por la que solicitaron las declaraciones siguientes: 1) que los demandados eran plenos y legítimos propietarios de la finca número 11.948, por haberla adquirido del señor M., y éste del señor H., y éste de la señora B., y por conservar permanentemente la posesión de dicha finca, conforme a derecho; 2) que la finca número 410 era completamente diferente, por su situación y linderos, de la finca de los demandados; 3) que ni la actora ni ninguno de sus causantes había sido nunca propietario, ni tenía ninguna relación con la finca de los demandados; 4) que la inscripción 6.ª de la finca número 410, causada por el deslinde, era nula, en cuanto a terceros, y en especial, respecto a los demandados y reconvinentes; 5) que, en consecuencia, se ordene la cancelación de la inscripción 6.ª de la finca número 410. Solicitaron también la anotación preventiva de la demanda.

Al evacuar el traslado de *réplica*, la representación de la actora suplicó que se declarase no haber lugar a la *Reconvención*, por no haber sido parte en el pleito la Compañía «El Coto, S. A.», que había sido parte en la escritura de transacción y deslinde, y, si no se estimare dicha excepción, por carecer de acción los demandados para formular las peticiones reconvencionales; y, en consecuencia, se hicieran las declaraciones y condenas pedidas en el escrito inicial del pleito.

El Juzgado, con suspensión del término para dictar sentencia, acordó para mejor proveer: 1) que se practicara prueba pericial, para que se determinara la superficie real planimetrada de ciertos planos aportados por las partes; 2) que se practicara reconocimiento judicial de los terrenos objeto del pleito. Una vez realizado, dictó sentencia por la que, desestimando la demanda, absolvió de la misma a los demandados; y, estimando en parte la reconvención, declaró únicamente «que la inscripción 6.ª de la finca número 410 era nula, por lo que procedía su cancelación», y absolvió a la actora del resto de la reconvención.

Apelada la sentencia por la actora, la Audiencia dictó sentencia por la que, confirmando en parte la apelada y revocándola en parte, declaró: 1) que absolvía a los demandados de la demanda, con el solo alcance de que la falta de legitimación pasiva de los demandados—por ser diferentes las fincas números 410 y 11.948—, y de que la falta de litisconsorcio pasivo necesario—por no haber sido litigante ni llamada a litigar la señora B. (vendedora al señor H.)—impedían decidir sobre las cuestiones de fondo; 2) que absolvía a la actora de la demanda reconvencional, y, en una parte, con el solo alcance de que ello obedece a la falta de legitimación activa de los reconvinentes; 3) que declaraba que las absoluciones acordadas no constituían obstáculo alguno para que las citadas pretensiones se plantearan y decidieran en otro litigio, si se estimará pertinente.

Se interpusieron sendos recursos de casación por la actora y por los demandados reconvinentes. El de la actora, articulado en ocho motivos, se basaba: en error de derecho en la apreciación de la prueba, al conceder al documento privado de 1963 un valor absoluto en cuanto a su fecha y su contenido; en infracción de los artículos 1.262, 1.445, 1.462 y 1.261 del Código civil, por entender que el citado documento contiene una compraventa consumada, pues de su con-

texto se desprende que no hubo consentimiento del comprador ni consumación del contrato, sino una sola manifestación de la oferente en vender; en infringir la doctrina legal, sobre litisconsorcio pasivo necesario; en incidir en incongruencia, al acoger una excepción no alegada por las partes y resolver *ex officio* una cuestión no discutida en primera instancia; en infracción del artículo 38-1.º de la Ley Hipotecaria, por ser preferente la presunción de posesión a favor de la recurrente sobre la del artículo 1462 del Código civil; en infringir el artículo 1261 del Código civil, al no declarar que la escritura de 1960 es absolutamente nula e inexistente, por ser totalmente simulada; y en infringir el principio hipotecario *prior tempore potior iure* y los artículos 17, 24, 25, 38, 39, 40 y 78-3.º de la Ley Hipotecaria y 313 del Reglamento Hipotecario, y 1473 del Código civil, por ser preferente la inscripción que refleja la titularidad de la recurrente y gozar ésta de la condición de tercero protegido.

Los demandados reconvinentes basaron su recurso, articulado en cuatro motivos, en las siguientes infracciones: del artículo 348 del Código civil y 533-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimar la Sala, que los recurrentes no estaban legitimados activamente para formular la petición reconvenzional 4ª (anulación de la inscripción 6ª de la finca número 410), alegando el concepto de legitimación en general y su distinción entre legitimación como presupuesto procesal y legitimación *ad causam*, que en la acción reivindicatoria no se exige que el actor sea dueño, sino que «se presente» como dueño, que se presentan como dueños de la finca número 11948, y demuestran que ésta y la 410 son enteramente diferentes, por lo que están legitimados *ad causam* para solicitar la anulación y cancelación de la inscripción 6ª de la finca número 410; de los artículos 40-1.º y 82 de la Ley Hipotecaria, por estimarse legitimados para pedir la anulación de una inscripción (y su cancelación) que perjudica a sus intereses; del artículo 313 del Reglamento Hipotecario, aplicable al caso, que, asimismo, les legitima para accionar; y de los artículos 384 del Código civil, 12 del Reglamento Hipotecario y 2.064 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haber sido citados los recurrentes al deslinde practicado en 1955 y porque «las simples actas notariales de deslinde no son inscribibles»...

El Tribunal Supremo acogió ambos recursos de casación, y establece la siguiente doctrina:

Vistos: siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente-Tutor y Guelbenzu.

Considerando: Que, entrando primero en el estudio del recurso formulado por la demandante doña C. R. R., se combate la sentencia impugnada, en cuanto desestima la demanda, fundándose para ello en no estar bien constituida la relación jurídico procesal, porque no aparece demandada la señora B., que se dice transmitió la finca que los demandados reivindican al señor H., en 15 de enero de 1927; y como quiera que consta en los autos la alegación de que el señor H. transmitió dicho fundo al señor M. y éste en escritura de 9 de julio de 1960 a los demandados, señores M. y señorita Q., que es el documento que se impugna en la demanda; es evidente que la señora B., que se desligó de la finca en el año 1927, habiendo sufrido el inmueble tres transmisiones con posterioridad, no tenía por qué ser demandada y debe estimarse bien admitido el *litis consorcio* pasivo necesario, ya que admitir lo contrario equivaldría a exigir en toda acción reivindicatoria la prueba diabólica de acreditar todas las transmisiones de los inmuebles desde tiempo inmemorial, en contra de lo previsto en el artículo 348 del Código civil, que, en su párrafo 2.º, concede acción

contra el tenedor y el poseedor de la cosa, sin perjuicio de la citación de evicción que corresponde a los últimos para justificar su legítima adquisición, y el de la precedente.

Considerando: Que, sentada la anterior doctrina, debe prosperar el recurso formulado por la señora R. R., casando y anulando la sentencia recurrida, en cuanto absuelve de la demanda por la causa expuesta, y su aceptación parcial de los cuatro primeros motivos del recurso y sin necesidad de entrar en el estudio de los restantes, que, además, afectan al fondo de la acción que no enjuicia la resolución impugnada al aceptar *ex officio* la excepción antes estudiada y que ninguna de las partes propuso.

Considerando: Que el segundo de los recursos formulado por los demandados, actores de la reconvención, combate la sentencia, en cuanto absuelve de ella, basado en que dichos reconvinientes carecen de legitimación *ad causam* para accionar, por su declaración de que la finca de la actora es otra y distinta de la que es objeto de reconvención; y habida cuenta que ambas partes pretenden ser propietarios de una misma porción de terrenos con realidad física, esté o no enclavado en la propiedad de la demandante, y que presenta cada una de las partes su respectivo título de dominio inscrito en el Registro de la Propiedad, es evidente que, conforme a los preceptos que se citan en los cuatro motivos del recurso, los demandados están legitimados de causa para iniciar este proceso, cualquiera que sea su resultado, en el que precisamente habrá de ventilarse la valoración de sus títulos respectivos, en relación a la identificación sobre el terreno y demás problemas derivados, y procede dar lugar al presente recurso, casando y anulando la sentencia recurrida.

Establece el Tribunal Supremo en su segunda sentencia:

Considerando: Que por los propios fundamentos de la sentencia apelada que han sido aceptados y se dan por reproducidos al presente, en los que se hace un detenido estudio de los problemas planteados, del resultado de las pruebas practicadas y de los preceptos jurídicos aplicables, procede la íntegra confirmación del fallo recurrido, sin necesidad de nuevos razonamientos que entrañarían una repetición innecesaria de aquéllos; sin que las alegaciones contenidas en los últimos motivos del recurso de casación, formulado por la demandante y que afectan al fondo del asunto, hayan logrado desvirtuar los razonamientos del Juez *a quo*, ya que, como se fundamenta en la sentencia, los demandados probaron estar en la posesión del bien que reivindicán, aprovechando y arrendando los pastos y realizando actos de dominio, que suponen, no sólo su adquisición por la escritura de 1960, sino la tradición del inmueble, y entrando en su posesión real y efectiva; no habiéndose acreditado tampoco que tal escritura fuera simulada, ni con simulación absoluta ni relativa; ni, por último, que se trate de una doble inmatriculación del fundo en cuestión, ya que, si bien de hecho existe, carece de validez la inscripción 6.ª de la finca de la demandante, en cuanto fue lograda en virtud de un deslinde notarial y subsiguiente escritura de transacción, sin las solemnidades y garantías precisas en aquél para su acceso al Registro.

Nota: En este interesante litigio aparece conveniente resaltar los puntos debatidos más importantes: 1) el de identidad o no de las fincas número 410 y número 11.948; 2) el de la validez y eficacia del deslinde notarial y su inscribibilidad; 3) el del conflicto entre las presunciones de posesión—artículo 38 de la Ley Hipotecaria—y de tradición ficta—artículo 1.462 del Código civil—, y 4) el de la posible simulación de los contratos de compraventa anteriores al de 1960.

1) El punto de la no identidad de ambas fincas fue exhaustivamente demostrado por los demandados y reconvinientes. Requisito éste fundamental, al efecto de poder ejercitar con éxito la reivindicatoria, no parece que la actora lo hizo con suficiencia. De haberlo hecho, ¿qué cauce se habría dado a su pretensión? Porque la finca físicamente había «desaparecido», al proceder ya en 1945 a una ampliación de la cabida de otra colindante, la número 411.

2) El punto relativo al deslinde notarial, que trataba de concordar el Registro y la realidad, es asimismo grave. Notarialmente hablando, se tratará de un acta de presencia, en la que pueden o no incluirse unas actas de referencia, con los problemas aludidos en mi comentario a la sentencia de 28 de diciembre de 1967 (Armas c. Cusine), en esta misma Sección. Registralmente, las referencias a este tipo de actas son nulas, y escasas o inexistentes en la doctrina (ROCA, *Derecho Hipotecario*, 1954, II, pag. 140); otra cosa sería si el deslinde se hace mediante escritura—en el caso lo era de transacción subsiguiente al deslinde—y con intervención y consentimiento de los titulares de los predios colindantes, escritura perfectamente inscribible como abona con poderosas razones SANZ FERNÁNDEZ (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, página 267). Lo que no se nos dice en la sentencia es cómo se realizó exactamente el deslinde, ni el contenido de la escritura. De cualquier modo, me parecen excesivamente generales las afirmaciones últimas de la sentencia segunda.

3) El aparente conflicto entre las presunciones de posesión y de tradición, soslayado por la sentencia, es tan interesante como trillado por abundantes comentaristas de la rama hipotecaria en sus tratados y en las páginas de esta misma REVISTA, lo que nos excusa de incidir en él.

4) La prueba de la posible simulación de las ventas previas a la efectuada en escritura en 1960, parece que no se consiguió plenamente, lo que explica el fracaso de su alegación.

Se trata, en suma, de una sentencia de sumo interés que resuelve en equidad las contrapuestas pretensiones de ambas partes. Para el Notariado representa una advertencia, ya que, al ser requerido el Notario para practicar un deslinde y levantar de ello acta, parece que deberá hacer ver al requirente que el medio adecuado sea una escritura y no un acta.

J. C. G

ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. No es aplicable en el caso de venta de un solar que estaba afectado de un derecho de retorno, no inscrito, procedente de arrendamiento sobre edificación desaparecida. Presunción de que el adquirente conocía la inexactitud registral (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1968).

Se vendió un solar como libre de cargas y arrendatarios. Estaba afectado de un derecho de retorno, no inscrito en el Registro, cuando se efectuó la venta. El comprador, demandante, invocó el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para amparar su criterio de no ser perjudicado o afectado por ese derecho de retorno. El, el comprador, sostenía que sólo debía pechar con las cargas que publicara el Registro, y el Registro nada decía de cargas, de afecciones ni de retornos.

No triunfó la demanda en ninguna de las instancias. Sí prosperó la reconvencción referente a la existencia y validez, con todas sus consecuencias del derecho de retornar el arrendatario al nuevo edificio, construido en la forma y condiciones prevenidas en la L. A. U.

El Tribunal Supremo no accedió a la casación.

Los Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo dicen :

Considerando: Que el presente recurso pretende traer a la decisión de la Sala, el sugestivo tema relativo a la subsistencia o ineficacia, frente a quien adquiere un solar, del derecho de retorno que había sido declarado por sentencia firme, en favor del arrendatario de una finca en la que éste ejercía la industria de garaje, y reparación de automóviles, y cuya finca había sido incluida, a petición del propietario-arrendador, en el Registro Público de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa, habiéndosele después reservado al arrendatario, en el expediente administrativo, el derecho de retorno a la nueva edificación, que se levantase en sustitución de la que se había de derribar, conforme a lo que disponía el Decreto de 5 de septiembre de 1952, entonces vigente.

Considerando: Que el recurrente basa todo su recurso en la protección registral que al tercero hipotecario otorga nuestro Ordenamiento jurídico en circunstancias normales; pero olvida, en primer lugar, que la Ley posterior perfecta deroga a la anterior, y que la norma de carácter especial deja sin efecto, en esa materia, a la de carácter general, y olvida, además—y esto es también muy importante—, que, al no atacar por vía adecuada y en forma eficaz los supuestos de hecho en que se apoya la sentencia recurrida y las calificaciones de derecho que a ellos le otorga, quedan aquéllos incontrovertidos, y no puede sustituirlos, caprichosamente, por los que convenga a su tesis impugnativa.

Considerando: Que la sentencia recurrida, en el tercero de los fundamentos del Juzgado—aceptado como los demás, por la Sala de apelación—, proclama que «el comprador, don H. M., no puede alegar su condición de tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, basando su pretensión en que adquirió de buena fe, y por título oneroso, la finca de quien, según el Registro, era dueño de ella, sin que constara ninguna anotación preventiva de demanda ni nota marginal indicadora del derecho de retorno», y se apoya para ello, dicha sentencia, en las afirmaciones fácticas, no controvertidas, de que, «aunque adquiriera un solar, *hay que estimar que conoció la inexactitud registral de lo manifestado por el vendedor*», porque «es céntrico el lugar donde está ubicada la finca» y «notorio el hecho de que don F. A. C. era arrendatario desde el año 1935, de un garaje, establecido en la edificación derribada», y, además, porque «pudo muy bien cerciorarse de estas circunstancias, sin más que acudir al Registro Público de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa, donde fue inscrita, por acuerdo de la Comisión Municipal Permanente de 20 de enero de 1954, confirmada, de manera definitiva, por el Ministerio de la Gobernación, el 15 de febrero de 1955, y donde consta que el señor Anglada y el señor D. de R.—que fue el vendedor—, fueron requeridos por la Alcaldía, a los efectos de ejercitar la opción, por el retorno o por la indemnización».

Considerando: Que, por tanto, sea cual sea el acierto con que el juzgador haya deducido, del hecho probado de estar ubicada la finca en un lugar céntrico, la presunción de que, por ello, conocía el comprador la inexactitud de lo

manifestado por el vendedor, respecto a la inexistencia de cargas y gravámenes sobre dicho solar, como quiera que tal presunción no fue combatida, queda incólume, y, además, siempre subsistiría la afirmación de que, en el Registro Público de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa, constaba la existencia de ese derecho de retorno sobre la edificación que se levantase en el solar que se obtuviese con el solicitado derribo.

Considerando: Que, por los anteriores razonamientos, parece el motivo 1.º del recurso, en el que se denuncia la interpretación errónea del artículo 15 del Registro Hipotecario, y para cuyo éxito sería preciso que el comprador demandante pudiera ostentar el carácter de tercero hipotecario, que le mega la sentencia recurrida, apoyándose, precisamente, en supuestos de hecho que no fueron controvertidos, y por los mismos razonamientos, también claudica el motivo 2.º, que sostiene que se han infringido, por violación, los artículos de la Ley Hipotecaria, referentes a la protección registral en favor de tercero, cuyas características, como ya queda explicado, no reúne el comprador recurrente, que, según la sentencia impugnada, conocía la inexactitud de las manifestaciones del vendedor, relativas a la libertad de cargas del solar que adquiriría.

Considerando: Que, sentado lo que antecede, y proclamado que el comprador recurrente, cuando adquirió el solar litigioso, «conocía la inexactitud de lo manifestado por el vendedor», respecto a las cargas y gravámenes que pesaban sobre dicho solar, resulta evidente—como también sostiene la sentencia recurrida—que dicho comprador queda obligado, en su calidad de causahabiente del vendedor, a reservar al arrendatario los locales y espacios que tal vendedor le tenía comprometidos por disposición de la sentencia firme que le impedía esa reserva, pues el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece «la prórroga obligatoria para la propiedad de la finca, del contrato locativo», «aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones»; por lo que también claudica el motivo 3.º del recurso, que entiende que se aplicó indebidamente al caso debatido, el referido precepto, y sin que la invocación, que se hace de la indebida aplicación del artículo 94 de la Ley especial, tenga virtualidad para acarrear la casación que se postula, porque, aun cuando, en realidad, ese precepto, regula un supuesto distinto al que se contempla, no es, sin embargo, el único que sirve de sostén a la tesis absolutoria de la sentencia recurrida, la cual, por tanto, tiene que quedar subsistente.

Toda la fuerza dialéctica del recurso se ha escapado por esos poros (tan frecuentes en la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria), de la supuesta falta de buena fe en el adquirente. Los juzgadores de Instancia han sentado la presunción de que el comprador conocía la existencia del derecho de retorno, y el Tribunal Supremo ha decidido que esa presunción no se ha combatido en forma eficaz y, por consiguiente, es firme. El adquirente del solar no está adornado de todos los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Por ello, no triunfa.

Hasta aquí todo va bueno Pero hay unos razonamientos en el segundo Considerando; luego no desarrollados, pero que ahí quedan, que nos inquietan angustiosamente.

«Considerando, dice la sentencia, que el recurrente basa todo su recurso en la protección registral que al tercero hipotecario otorga nuestro Ordenamiento jurídico en circunstancias normales; pero olvida, en primer lugar, que la Ley

posterior perfecta deroga a la anterior, y que la norma de carácter especial, deja sin efecto, en esta materia, a la de carácter. '»).

¿Qué quiere esto decir? ¿Que si el comprador hubiera tenido buena fe, hubiera desconocido de verdad la existencia del derecho de retorno, tampoco hubiera triunfado? ¿Es que las Leyes de arrendamientos urbanos—Ley perfecta, posterior y especial—han dejado fuera de juego el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en todo caso y supuesto? ¿Es que el derecho de retorno es tan fuerte que puede ignorar y vencer al Derecho registral o inmobiliario—que también es especial en su ámbito—, e incluso prescindir del cauce que tiene para ser publicado, que no es otro que el del artículo 15 del Reglamento Hipotecario: inscripción por medio de nota?

Afortunadamente, todo el razonamiento de la sentencia se centra y desarrolla, repetimos, en la presunción de conocimiento por el comprador; pero esas razones entrecomilladas ahí quedan, y nosotros, actuando de buena fe, debemos dejar constancia también de esas interrogantes amedrentadas, angustiosas, un tanto asombradas.

También los compradores de solares necesitan de la seguridad jurídica. Los titulares de derecho de retorno bien la pueden tener con la inscripción por medio de nota marginal, según lo previene el artículo 15 del Reglamento Hipotecario, o, en su caso, con la anotación de demanda.

NATURALEZA DEL DERECHO DE HIPOTECA. SU COMPATIBILIDAD CON EL ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1968).

El artículo 104 de la Ley Hipotecaria es compatible con que el dueño de la finca hipotecada utilice el procedimiento del artículo 541 del Código civil para crear servidumbres de luces y vistas en favor de otra y en contra de la hipotecada.

La tesis principal del recurrente, que fue rechazada en ambas Instancias y en casación, es que la hipoteca, por definición, artículo 104 de la Ley Hipotecaria, «sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida». La hipoteca (sigue diciendo el recurrente) subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados (art. 122 de dicha Ley). Y toda la regulación legal de este derecho real de garantía, tiende a la inalterabilidad de los bienes para el acreedor hipotecario, a partir del momento en que se constituyó la hipoteca.

La sentencia recurrida (sigue argumentando el recurrente), al declarar la existencia de una servidumbre de luces y vistas entre las fincas de los litigantes, en virtud de unos hechos posteriores a la constitución de la hipoteca, en perjuicio del acreedor hipotecario de quien trae causa el recurrente, infringe, por aplicación indebida, el artículo 541 del Código civil.

Hemos dicho que esta tesis fue rechazada por los juzgadores de Instancia y por el Tribunal Supremo.

Los Considerandos de éste exponen:

Considerando: Que con total independencia del problema genérico, relativo al alcance y eficacia que pueda tener el establecimiento de un grava-

men sobre un fondo precedentemente hipotecado, que es el que plantea el recurrente por el cauce del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el primer motivo de los formulados, que implica, a su vez, la cuestión puramente teórica de la auténtica naturaleza del derecho de hipoteca, puesto en contraste, sobre todo, con derechos reales tan genuinos como el de la servidumbre, resulta incuestionable que dicho derecho, bien se le considere como la panacea aseguradora de las titularidades jurídicas patrimoniales o como el *punctum saliens* del funcionamiento constitutivo de las inscripciones registrales, o más simple y consistentemente como un puro medio protector de un derecho de crédito, consecuencia concreta y específica de la obligación que con carácter general establece el artículo 1.911 del Código civil, no tiene otra finalidad ni persigue otro objetivo que el de tratar de obtener, con vistas a este intento, la realización de un valor pecuniario, lo que ni puede modificar la naturaleza ni estructura del derecho de propiedad, ni resta alguna dentro del complejo de las facultades que corresponden al propietario, incluida la de enajenar, perfectamente compatible todo ello con el sujetamiento directo e inmediato, característico de los derechos reales en general a que se refiere el artículo 104 de la vigente Ley Hipotecaria, y con la posibilidad, cual la que aquí se contempla, de que el propietario de las fincas utilice el procedimiento del artículo 541 del Código civil, con signo aparente de servidumbre, en contra de la hipotecada con precedencia, y en favor de la que, con posterioridad, enajena a los hoy recurridos.

Considerando: Que las posibilidades teóricas a que se acaba de hacer referencia se acreditan, si cabe, en el supuesto que origina este recurso, habida cuenta que, según los hechos declarados probados por el Tribunal *a quo* y que el recurrente dice respetar, el establecimiento tácito de la servidumbre de luces y vistas que ahora se discute, con indiscutible signo aparente que legalmente y a todos los efectos constituye el título, una vez conocido por el acreedor hipotecario fue completamente respetado, sin hacer uso del derecho que le concedía el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, como igualmente lo respetó en el momento en que se inicia el procedimiento del artículo 131 del propio texto legal, e incluso cuando como resultado del mismo, se le adjudicó la finca en cuestión, en pago de la deuda vencida a su favor, todo lo cual destruye el argumento de los hoy recurrentes posteriores adquirentes de dicho acreedor adjudicatario, esgrimido después de más de dos años de verificar su adquisición, en contra de una apariencia y realidad válida de suyo y reconocido por todos, teniendo en consideración su propia entidad y una manifestación externa y conduce a la desestimación del motivo que pretende lo contrario.

Considerando: Que el perecimiento de este motivo lleva consigo la del señalado con el número 2 y último del recurso, en que también, por el cauce del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, se denuncia violación por inaplicación del artículo 582 del mismo Código civil, pues si, como se acaba de exponer, la aplicación del 541 fue correcta y debida a la manera efectuada por los juzgadores de Instancia, es evidente que no tenía que ser tomado en consideración—según reconoce en su razonar a *sensu contrario* la sentencia recurrida—el precepto que aquí se alega como implicado, todo lo cual conduce a la desestimación del recurso en su totalidad, con los obligados pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las cuestiones estudiadas en esta sentencia nos traen el recuerdo de un dictamen emitido por el ilustre jurista, letrado de la Dirección de los Registros

y registrador de la Propiedad, don Sebastián Moro Ledesma. Versa sobre la relación entre el arrendamiento y la hipoteca, y se publicó en «Anuario de Derecho Civil», tomo IX, fascículo IV.

De él tomamos lo que sigue, lo mismo lo que hace a la naturaleza de la hipoteca, que al problema de, si una vez constituida la hipoteca, quedan afectados los derechos de goce y disposición del propietario por un ius prohibendi, atribuido al acreedor hipotecado, para prevenir o remediar posible perjuicio en la cosa hipotecada.

La hipoteca, derecho real de garantía, tiende a asegurar el cumplimiento de una obligación. El Código civil alemán, en el párrafo 1.113, declara que la hipoteca es el gravamen impuesto sobre una finca, por virtud del cual, aquel en cuyo beneficio se establece, puede obtener de ella determinada suma de dinero para cobrarse un crédito reconocido a su favor. Para Nussbaum, «la hipoteca es un derecho real sobre cosa ajena, entraña un derecho absoluto, eficaz contra terceros y establecido directamente sobre una finca». Olff, al examinar la esencia del derecho de garantía, tanto si se constituye sobre muebles como si versa sobre inmuebles, afirma que implica un gravamen de la cosa, que produce un señorío jurídico sobre la misma y una pretensión erga omnes para que se omita cualquier menoscabo que pueda lesionar aquel señorío. Este poder consiste en la realización del valor de la cosa.

Sohm y Meibom afirman que la hipoteca, no sólo da derecho a reclamar el pago de una deuda garantizada, sino que constituye una obligación que debe clasificarse entre los derechos de crédito.

Partimos, añade Moro, de esta concepción dominante dentro de la que se afirma el deber de pagar del deudor propietario, bien a través de la teoría de la obligación real o del débito, con la responsabilidad limitada. Tanto en el Código civil español como en la Ley Hipotecaria aparece reconocida la concepción de la hipoteca como derecho real de realización de valor de la cosa. Al analizar los artículos 1.876 del Código civil y 104 de la Ley Hipotecaria, también lo reconocen los anotadores de Ennecerus, Pérez González y Alguer, y la generalidad de los civilistas patrios.

Roca Sastre también destaca como características fundamental la ya expresada.

El ius distrahendi, esencial efecto de la hipoteca, juntamente con el ius disponendi y el ius vindicandi, típicos de los derechos reales, permanecen, durante un cierto lapso de tiempo, en estado de quiescencia, como latentes, sin que deba considerarse que la hipoteca deje, por ello, de constituir un gravamen actual, con efectos, frente a terceros. Es en el momento de la ejecución, cuando el derecho de hipoteca se pone claramente en evidencia, se actualiza y consume.

Consecuencia de tales derechos atribuidos al acreedor hipotecario es el reconocimiento de facultades para evitar el menoscabo de la finca hipotecada; la denominada acción de devastación, recogida en el artículo 117 de nuestra Ley Hipotecaria.

La sentencia de 5 de febrero de 1945, también aludida por Moro, se enfrentó con el problema de si la ejecución hipotecaria implicaba la resolución de un arrendamiento rústico convenido después de la hipoteca. De ella son las siguientes palabras (tercer Considerando): «Que la hipoteca, derecho real de máxima garantía para la realización del valor en la cosa gravada, efectuada por el titular de pleno dominio, naturalmente pulveriza cuando su efectividad llega, cuantas cargas o limitaciones de disposición, use y disfrute, figuren es-

tablecidas en el fundo posteriormente a la fecha de aquélla, momento en que fue perfecta y al que han de retrotraerse todos sus efectos; produce, sin duda, tal destrucción incluyente de cualquier cohibición del goce y la perdurable cesión de éste, y cuando se trate de arrendamiento a largo plazo, estipulado después de dicha garantía, ocasiona el finiquito de éste.» «Lo determina registralmente al ser cancelada su inscripción, si lo estuviere como derecho real...; la propia hipoteca deshace el derecho del arrendador... De no entenderse así, el efecto hipotecario sería vacío, pues a dejarlo inerte bastaría ceder el disfrute por tantos años, que prácticamente si se abonaran anticipados —y ni en el tiempo ni forma de pago hay legales topes—, reducirían poco menos que a la nada el valor en cambio de la finca.»

Hay que advertir que esta sentencia es de la Sala de lo Social, por tratarse de materia de arrendamientos rústicos.

La sentencia que estudiamos no ha concedido plenos efectos al artículo 104 de la Ley Hipotecaria, frente a esa servidumbre, creada extrarregistralmente después de constituida la hipoteca; pero téngase en cuenta que la cuestión no se ha presentado pura y clara ante el juzgador, sino, como acontece con frecuencia, envuelta en circunstancias y matices que condicionan la resolución. Así, la sentencia se refiere a que el acreedor hipotecario respetó la servidumbre, no hizo uso del derecho que le concedía el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, etc.

Si tales detalles no hubieran existido, tal vez hubiera sido otro el fallo.

B. M. B.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

RENDICION DE CUENTAS: *Excepción perentoria no propuesta por el demandado y acogida de oficio por la Sala: Incongruencia.* Montesinos Jiménez contra Banco Hispano Americano, S. A. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1967).

Antecedentes:

1. Parece desprenderse de la sentencia que el actor—junto con sus dos hermanos—debía cobrar del Ayuntamiento de ... la cantidad de 5.850.292 pesetas, que el Municipio ingresaría en la sucursal del Banco en la plaza. Posteriormente, en 1947, el actor reconoció adeudar al Banco la cantidad de 1.624.000 pesetas, más los intereses al 5 por 100 en proporción al tiempo que tardase en cobrar el crédito, otorgando la oportuna escritura notarial de reconocimiento de deuda. En 1950 se otorgó otro documento entre los mismos interesados, por el que el Banco debía incluir en su liquidación la deuda de una hermana del actor, frente al Banco, consistente en la suma de 661.650 pesetas.

2. Parece también que, previamente a este litigio, hubo otro seguido por el actor y sus dos hermanos contra el citado Banco, que culminó con sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1960

3. Finalmente, la demanda fue deducida por el actor en noviembre de 1963. Terminaba suplicando: que se declarase la obligación que tiene el Banco de rendir cuentas detalladas y justificadas al actor de la suma cobrada por el Banco del Ayuntamiento, previa la deducción de la suma que el actor reconoció adeudar al Banco en escritura de 1947, y de entregarle el exceso de lo cobrado después de cancelar el crédito citado y los intereses al 5 por 100 anual desde la fecha en que cobró el exceso sobre lo adeudado hasta que haga efectivo lo retenido; que se condenase al Banco a estar y pasar por las anteriores declaraciones, a la reparación de los daños y perjuicios causados si fueren superiores a los intereses de demora, y al pago de las costas por su culposo proceder.

El Juzgado de Primera Instancia, rechazando la excepción dilatoria propuesta por el demandado, estimó parcialmente la demanda, declarando: la obligación de rendir cuentas el Banco al actor de la suma cobrada, la obligación de reintegrar, en su caso, las cantidades que resultase haber recibido por exceso, y, en este último supuesto, abonar los intereses legales producidos por dicho exceso desde la fecha en que el reintegro debió tener lugar.

La Audiencia, con revocación de la sentencia apelada, declaró la falta de acción en el actor por carencia de legitimación activa, a los fines que solicita en el litigio, y absolvió al demandado de la demanda.

El demandante interpuso recurso de casación por infracción de Ley, basándose, fundamentalmente, en existir vicio de incongruencia al estimarse una excepción no propuesta en ningún momento procesal por el demandado.

El recurso prosperó en méritos de los siguientes Considerandos:

Considerando: Que la facultad que la jurisprudencia de esta Sala reconoce a los Tribunales de justicia para declarar incluso *de oficio* mal constituida la relación jurídica procesal en el supuesto de que no se hubiere llamado al juicio a la totalidad de los elementos subjetivos a quienes pudiera afectar la decisión judicial que le pusiére término, no puede ser aplicada en el presente proceso, por limitarse su escrito inicial a solicitar la condena de la Entidad demandada a la rendición de cuentas al actor de ciertas cantidades que exclusivamente le adeudaba el Municipio de su residencia y que fueron percibidas por aquélla, puesto que los hermanos del primero son ajenos al resultado favorable o adverso de semejante pretensión, según para un caso análogo al aquí dilucidado se resolvió en la sentencia de 13 de noviembre de 1961, sin que, por consiguiente, les alcancen los efectos de la cosa juzgada, como sería preciso para que el litis consorcio necesario pudiera ser estimado (sentencias de 17 de febrero de 1928 y 31 de diciembre de 1949).

Considerando: Que sentado lo anterior, la resolución impugnada, al haber apreciado la excepción perentoria de falta de legitimación activa del actor, no propuesta por la otra parte contendiente en los escritos a que se refieren los artículos 542 y 548 de la Ley de Trámite, contravino lo dispuesto en el artículo 359 del mismo Cuerpo legal, que, pese a la doctrina recogida por los principios generales de Derecho *«jura novit curia»* y *«Da mihi factum et ego tibi dabo ius»*, que, entre otras, reconocen las sentencias de esta Sala de 31 de diciembre de 1952, 1 de junio de 1964, 8 de enero de 1959 y 8 de junio de 1960, no permite a los Tribunales acoger excepciones no aducidas en el pleito oportunamente (sentencias de 23 de junio de 1919, 23 de febrero de 1934 y 15 de abril de 1955), como la que es objeto de este estudio (sentencia de 14 de mayo de 1966), incidiendo con ello en el vicio de incongruencia denunciado al amparo del número 2 del artículo 1692 de la mencionada Ley en el primer motivo

del presente recurso, que por ello debe prosperar, sin que sea preciso analizar los restantes.

Considerandos de la segunda sentencia:

Considerando: Que, por los razonamientos expuestos en dicha sentencia y en la del Juzgado de Primera Instancia, que sustancialmente se aceptan, debe desestimarse la excepción de cosa juzgada propuesta por la Entidad demandada y declaramos la obligación en que la misma se halla de rendir cuentas de las cantidades que por orden del actor percibió del Ayuntamiento de Melilla, conforme se previene en el artículo 1720 en relación con el 1.709 del Código civil, y se ordena en la sentencia de esta Sala de 11 de mayo de 1960.

Considerando: Que, en cambio, no es posible acceder totalmente a la petición contenida en la súplica del escrito de demanda relativa a que de la suma a que se refiere el razonamiento anterior se detraiga únicamente la cantidad que le adeudaba el demandante, más los intereses pactados, tanto porque el conjunto de elementos probatorios aportados al juicio, y muy especialmente los documentos que se unieron a las actuaciones y las manifestaciones vertidas por dicha parte en alguno de sus escritos (motivo cuarto del recurso), demuestra de un modo evidente que *la relación jurídica material* concertada por escritura pública de 28 de marzo de 1947 fue posteriormente modificada por acuerdo de los contratantes en el sentido de que el Banco habría de incluir en su liquidación la deuda de una hermana del actor, que asumió éste y debe pagar por imperativo de lo que establecen los artículos 1.089, 1.091, 1.258 y 1.278, en relación con los 1.203, número 2, y 1.205 del Cuerpo legal mencionado; como, porque de adoptarse otra solución, no sólo se vulnerarían dichos preceptos, sino que se burlaría lo acordado en la sentencia de esta Sala de 11 de mayo de 1960, que previó la posibilidad de que las cuentas a rendir por la demandada terminasen con un saldo favorable o adverso respecto al señor Montesinos, razones todas ellas que obligan a revocar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo que afecta a dicho particular, sin incurrir con ello en vicio de incongruencia, por no oponerse al artículo 359 de la Ley Procesal las resoluciones judiciales que cuantitativamente otorgan menos de lo pedido, según con reiteración se ha proclamado por la jurisprudencia de esta Sala.

Considerando: Que, por las razones antes indicadas, la demandada deberá abonar al actor la cantidad que en su caso pueda adeudarle como consecuencia de la rendición de cuentas antes aludida, pero no los intereses legales de la misma, por no incurrir en mora, a efectos del artículo 1.100 y concordantes del Código mencionado, aquel a quien se reclaman sumas ilíquidas (sentencia de 13 de junio de 1910 y 1 de diciembre de 1951) o superiores a las debidas (sentencia de 16 de enero de 1910).

Considerando: Que no es de apreciar temeridad por parte de los litigantes en lo que afecta a las costas de segunda instancia.

Fallamos: Que, confirmando en parte la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Melilla con fecha 2 de diciembre de 1964, debemos desestimar la excepción de cosa juzgada alegada por el Banco Hispano Americano y declaramos: 1.º Que dicha Entidad está obligada a rendir cuentas a don N. M. J. de los 5.850 292,95 pesetas, que en su día cobró en diversas partidas, y tiempo del Ayuntamiento de Melilla, de cuya cantidad debe deducir 1.624.000 pesetas, que el demandante reconoció adeudar, el 28 de marzo de 1947, los intereses de esta suma al 5 por 100 producidos durante el tiempo que tardó en hacer efectivo su crédito, y las demás deudas asumidas por dicho

señor. 2.º Que la citada Entidad bancaria está obligada a reintegrar al actor, en su caso, las cantidades que hubiere percibido por exceso; absolviendo al demandado de los restantes pedimentos, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

ARBITRAJE DE EQUIDAD. Recurso de nulidad contra el laudo. Cuestiones sometidas. Interpretación del compromiso Partición. Pareto y Jordana Pareto c. Jordana Pareto. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1967).

Antecedentes: A) En virtud de convenio de 18 de noviembre de 1958 la familia (madre e hijos) J. P. constituyó lo que se llamó «un solo fondo económico fiduciario», formado por bienes procedentes de su común causante, don E. J. y doña A. P., y se trazaba una distribución o partición por lotes, aunque sometidos todos los bienes al usufructo vitalicio de doña A. P.. En la cláusula XIII de dicho pacto se decía: «Se conservará el patrimonio como común hasta el fallecimiento de la usufructuaria, o bien cuando, transcurridos dos años, por mayoría de criterio, se considerase llegado el momento de dar la adjudicación por definitiva». B) Otorgada por los interesados escritura de compromiso el 31 de marzo de 1965 ante el Notario don Ramón María Roca Sastre, se nombraron tres árbitros de equidad, cuya misión era la de dictar un laudo que resolviera las cuestiones siguientes: «declarar si, de conformidad con lo convenido en 18 de noviembre de 1958, procede la partición y adjudicación, a favor de los compromitentes, de los bienes relictos por su causante; determinar cuáles son los bienes, caso de estimar procedente aquella partición, que han de adjudicarse a cada uno de los compromitentes en pago de sus derechos; determinar y fijar las cantidades que cada uno de los compromitentes debía satisfacer a los demás, y, en consecuencia, condenar a los que resultaren obligados a la entrega de los bienes adjudicados y al pago de las cantidades de que fueren deudores»... C) Los árbitros designados dictaron laudo con fecha 27 de agosto de 1965 y, en primer lugar, procedieron a formular las correspondientes adjudicaciones o hijuelas en pago a cada interesado de cuanto pudiera corresponderles en la herencia de su padre causante, y en méritos de lo convenido el 18 de noviembre de 1958; ratificaron la declaración de los propios interesados en el citado convenio, expresiva de dar por canceladas las legítimas que pudieran corresponderles en la herencia de su padre, en atención a recibir más de lo que por tal concepto pudieran tener derecho, por aplicación estricta del testamento del causante; fijaron el valor del usufructo de la viuda en el 10 por 100 de las hijuelas y bienes adjudicados a cada uno de los hijos, quienes podrían liberar los bienes de tal usufructo satisfaciendo éste en metálico dentro de los seis meses siguientes a la fecha del laudo; agruparon las reclamaciones mutuamente formuladas para ser examinadas conjuntamente y resolviendo las cuestiones con relación a cada interesado; simplificaron las operaciones definitivas mediante una serie de liquidaciones entre los interesados; fijaron un plazo límite que terminaría el 14 de enero de 1969 para hacer efectivas sus respectivas obligaciones cada uno de los compromitentes con relación a los demás; declararon, a todos los efectos de Derecho, y por el presente laudo se declara ejecutado y cumplido el convenio de 18 de noviembre de 1958, y declararon resueltos todos y cada uno de los extremos de la escritura de compromiso sometidos a arbitraje, desestimándose los que no hubiesen sido aceptados total o parcialmente.

Se interpuso recurso de nulidad del laudo por parte de algunos de los comprometidos, en base a que los árbitros resolvieron puntos no sometidos a su decisión, al adjudicar los bienes sin decidir previamente si a tenor del convenio de 1958 procedía o no tal partición, y al declarar con la partición resueltos los extremos sometidos a su decisión.

No prosperó ante el Tribunal Supremo dicho recurso, por las siguientes consideraciones:

Considerando: Que el arbitraje de equidad confiere a los laudantes una facultad tan amplia que de manera inapelable deciden las cuestiones que válidamente les son sometidas, lo que excluye la jurisdicción ordinaria para su resolución, quedando ésta limitada al sólo efecto del extraordinario recurso que establece el artículo 1.691-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que por la vía de la casación anula aquélla dentro de límites tan estrictos que, más que al contenido o procedencia sustantiva del laudo, afectan a su inexistencia legal, dado el tiempo extemporáneo en que fue dictado, bien por decidir sobre materia que no fue sometida a resolución, ya por la imposibilidad jurídica de resolver cuestiones excluidas de su competencia sin afectar a la virtualidad de la escritura de compromiso, por razones de orden civil, ni atacar lo decidido como opuesto a las normas sustantivas, ni por el carácter perjudicial para los que se sometieron a este medio para la resolución de sus divergencias.

Considerando: Que los dos motivos del recurso comprenden una sola cuestión en esencia, la de si los árbitros han resuelto puntos que no fueron sometidos a su decisión, basándose en haber dejado de pronunciarse respecto a un extremo previo a las demás cuestiones que les habían sido señaladas, cuestión consistente en declarar si procedía efectuar la partición de bienes, que el recurrente relaciona exclusivamente, sin base en la escritura de compromiso ni en el laudo, con la estipulación contenida según afirma en el convenio familiar de 18 de noviembre de 1958, cláusula que no aparece transcrita en dicha escritura ni en la resolución impugnada... Al otorgamiento de la escritura de compromiso concurrieron todos los interesados y en ella cada uno de los comprometidos expusieron los extremos sobre los que habían de resolver los árbitros, exponiéndolos de modo minucioso, sin que en ellos exista el menor indicio o referencia sobre la oportunidad de llevar a efecto en aquel momento la partición por aplicación de la cláusula ahora alegada. En la primera de las cuestiones propuestas se dice que «los árbitros decidirán, si de conformidad con lo convenido... procede la partición y adjudicación...», lo que no plantea duda alguna sobre si era llegado el momento de llevar a efecto la partición, ni por tanto los árbitros, al examinar las cuestiones propuestas, pueden tratar de la cuestión que ahora por vez primera se plantea, a la que tampoco aludió el voto particular disconforme formulado. Tampoco puede olvidarse que fueron todos los interesados los que otorgaron la escritura de compromiso y que mediante el *arbitraje de equidad* se dirigían al fin de partir y adjudicar los bienes, y no cabía entre ellos duda lógica sobre la restricción que tal cláusula les hubiese impuesto, ya que habían transcurrido con exceso los dos años a que aquélla se refería. En tal sentido, los árbitros expresaron de manera clara su estimación sobre la cuestión encomendada, al decir que «del análisis de los extremos formulados resulta coincidente la voluntad de las partes de ejecutar la partición de los bienes relacionados en el convenio familiar de 1958». , estimación sobre la procedencia de ésta que reiteran en sus consideraciones, siempre con respecto a los bienes, y no dando a aquella cláusula un sentido

contrario del que lógica y gramaticalmente debe atribuirse, ya que sería contradictorio que acudieran al arbitraje los interesados en su totalidad, si la mayoría entendía que—no obstante el transcurso de los dos años previstos y su coincidente voluntad—no era procedente practicar entonces tal partición por imperativo de dicha cláusula.

De todo lo cual ha de concluirse: a) que, atendidos los términos de la escritura de compromiso, no se planteó cuestión alguna sobre la procedencia de llevar en aquel momento a efecto la partición—cuestión nueva ahora alegada—, sino la de comprender en la misma determinados bienes materia de controversia; b) que el hecho de acudir a la decisión arbitral todos los interesados para la práctica de la partición, excluía la posibilidad lógica, por parte de éstos, de duda sobre si era llegado el momento de realizarla; c) que, consecuentemente, no se planteó la cuestión previa sobre si procedía llevar a efecto la partición, de la cual, al ser decidida en sentido afirmativo, hubiere de depender la práctica de aquélla, faltando así el supuesto en que apoya sus motivos el recurrente, y ello hace inaplicable la doctrina que invoca.

Concluye afirmando que los árbitros no resolvieron puntos no sometidos a su decisión, sin que quepa aludir a otras cuestiones, cual la incongruencia

DAÑOS EXTRACONTRACTUALES: *Distinción entre «quaestio facti» y «quaestio iuris» Relación de causalidad entre la acción y el resultado lesivo. Concurrencia de culpa del perjudicado.* Amor y Pérez c. Cortés, Eroles y Seguros «La Unión» (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1967).

Antecedentes.—Los demandantes eran los padres y herederos legítimos de un joven, fallecido a consecuencia de un atropello causado por el demandado principal señor Cortés, como conductor de un turismo propiedad del señor Eroles, vehículo asegurado en «La Unión». Como consecuencia del siniestro se instruyó sumario, recayendo en él fallo absolutorio de la Audiencia. Los hechos probados, como resultaba de las actuaciones sumariales, eran los siguientes: «El turismo circulaba dentro de la calzada, en una carretera de tramo recto, de perfecta visibilidad y con pavimento seco, sin tener en su camino obstáculo alguno. El conductor vio desde unos sesenta metros antes la presencia de dos personas que circulaban en dirección contraria a su marcha (o sea, los peatones iban por su izquierda, en la forma correcta), así como que existían montones de gravilla en los márgenes de la carretera. Unos veinte metros antes de llegar a los peatones, el turismo se cruzó con un autocar, sin frenar ni disminuir su marcha. Inesperadamente, al llegar a la altura de los peatones, el segundo de éstos asomó la cabeza al camino, siendo arrollado por el vehículo».

El *petitum* de la demanda se concretaba a solicitar la condena, solidariamente, del demandado principal y del dueño del vehículo, y subsidiariamente de la Compañía aseguradora «La Unión»: a abonar a los actores la suma de 200.000 pesetas por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la muerte de su hijo por causa de imprudencia del obligado principal. Con base en el artículo 1902 del Código civil.

El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la demanda, teniendo en cuenta las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1964 y de 10 de julio de 1943, 23 de febrero de 1950, 24 de mayo de 1954 y 9 de abril de 1963; estableció que el accidente no se produjo por fuerza mayor o como suceso

inevitable, y si por el contrario al no observar el conductor del taxi la diligencia debida; a ello se llega por la simple observación, derivada: de que el conductor vio con la suficiente anticipación a los dos peatones y los montones de gravilla que dificultarían los movimientos de estabilidad de los peatones; que la carretera era de un firme de anchura de cinco metros y ochenta centímetros; que al cruzarse con el autocar no había señales de haber frenado ni disminuido la marcha (prueba evidente de no haber procedido con la diligencia y cuidado debidos, puesto que ni previó el peligro ni lo evitó, y al obrar así incurrió en culpa civil, por leve que sea).

La Audiencia revocó totalmente la sentencia del Juzgado, fundándose: en que no cabía estimar culpa o negligencia en el conductor del turismo, pues circulaba por su parte de la calzada, sin tener obstáculos en su camino, no siendo previsible que la víctima invadiera el camino del turismo y mucho menos en la forma en que lo hizo (sólo con la cabeza y a una altura que indica una posición anormal), por lo que el hecho de presentársele dicho obstáculo es notorio que hubo de ser en forma inesperada; no siendo dable establecer, aun con cualquier doctrina, el elemento de existencia de culpa en el autor del hecho.

El recurso de casación de los demandantes, con un motivo único, prosperó ante el Tribunal Supremo, en méritos de los Considerandos de la siguiente sentencia, de la que fue ponente don Emilio Aguado González—tras una brillantísima distinción inicial y una magistral labor de análisis de las distintas sentencias del Tribunal Supremo recaídas en la materia—

Considerando: Que, como expresa la sentencia de esta Sala de 5 de junio de 1944, en los litigios sobre culpa extracontractual, y a efectos del recurso extraordinario de casación que se planteen contra las sentencias dictadas en los mismos, es necesario distinguir: la cuestión de «hecho», referida a la propia existencia del daño o perjuicio que la genere y a la realidad de la acción u omisión que se impute al demandado, y el problema de «derecho» que, partiendo de aquellos elementos fácticos, se enfrenta con la calificación jurídica de la acción u omisión, como determinante de la imputabilidad, por razón de culpa o negligencia, abordando el tema de la relación o enlace, directo y preciso, entre el hecho o acto imputado (causa) y el daño o perjuicio que se produzca (efecto); pues mientras la primera cuestión, por ser de hecho, sólo puede ser traída a casación, por el estrecho cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, la segunda pone en juego, unas veces, la aplicación de normas jurídicas, y otras, en que se precisa un juicio o comparación de ideas para establecer la relación de causa a efecto, ha de acudir como normas lógicas de presunción, a las reglas del criterio humano, en cuyos supuestos el número 1.º del citado artículo ofrece vía apropiada y de mayor amplitud que la del número 7.º; añadiendo la de 15 de abril de 1964, que esa mayor amplitud se debe, naturalmente, a que a su amparo y en una visión del problema planteado en su totalidad, es posible, sin contradecir el resultado probatorio declarado en la instancia, atender a elementos o factores que, sin ser negados en el mismo, tampoco se fijaron con la precisión y claridad que requiere la determinación exacta de los elementos de hecho concurrentes en el caso, como piedra de toque de la responsabilidad exigida.

Considerando: Que, por lo dicho, los problemas referentes a la existencia y suficiencia del nexo causal no son exclusivamente de índole fáctica, sino que requieren una solución jurídica, cuyos factores, si bien en principio fijados en la instancia, se pueden ponderar o conjugar, con libertad de criterio, en este

trance, para juzgar si realmente puede existir el enlace, que la Sala estableció, entre las acciones u omisiones procedentes de los sujetos activo y pasivo, intervinientes en el hecho y el resultado lesivo que se produjo; y si conforme a las directrices que han de presidir el juicio humano, tal resultado no se justifica debidamente, por las causas que el Tribunal de instancia señaló, cabra denunciar, en casación, con éxito, la infracción del artículo 1.902 del Código civil, sin necesidad de remover previamente los elementos de hecho que la Audiencia fijó.

Considerando: Que asimismo ocurre en el caso de autos, en que la Sala sentenciadora—disintiendo del parecer del Juzgado, que subrayaba la responsabilidad del conductor, por ceñirse peligrosa e innecesariamente al límite de la calzada, pese a discurrir cerca de ella y en sentido contrario dos caminantes, uno detrás de otro, resultando el que iba en segundo lugar alcanzado y muerto por el vehículo—establece que fue la víctima quien invadió el camino por el que transitaba el coche, pero «sólo con la cabeza y a una altura que indica una posición anormal», sin apreciar, por parte del conductor, acción u omisión alguna, determinantes o coadyuvantes al efecto dañoso; pero semejante criterio ha de estimarse como insuficiente, para tener por bien fijado el enlace causal, pues es evidente que el letal resultado no se habría producido, a no caminar el coche excesivamente apegado al borde del camino, pese a que el conductor vio venir a los peatones, y como reconoce la Sala, la carretera «es de tramo recto, de perfecta visibilidad y con pavimento seco, sin tener en su camino obstáculo alguno», pese a lo cual, no realizó el conductor maniobra alguna para acortar la distancia tan pequeña a que debía efectuarse el cruce, que un simple movimiento de cabeza de la víctima pudo determinar y ocasionó el resultado mortal; por lo que ha de concluirse que hubo, al menos, una concurrencia de culpas que no puede determinar la absolución decretada, y que por ello procede estimar el único motivo en que el recurso se apoya, con los pronunciamientos legales procedentes, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.745 de la Ley procesal.

Segunda sentencia:

Por los propios fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación de esta misma fecha y aceptando, en lo sustancial, y en cuanto no se opongan a la presente resolución, los Considerandos de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Considerando: Que al haber de apreciarse una concurrencia de culpas, dimanante de las acciones y omisiones que condujeron a la producción del hecho, por parte del conductor del coche y de la propia víctima, su obligada compensación en derecho, a efectos de fijar la cuantía de la indemnización procedente, imponen la confirmación de la sentencia apelada condenatoria, pero rebajando a 150.000 pesetas la cantidad que debe señalarse como cifra de aquélla.

Considerando: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe a los efectos de costas.

Fallamos: Que, dando lugar en parte, al recurso de apelación deducida, debemos confirmar y confirmamos la sentencia condenatoria que en 14 de diciembre de 1964 pronunció el Juzgado de Primera Instancia de Puigcerdá, pero modificándola respecto a la cuantía de la indemnización procedente, que se rebaja a la cifra de 150.000 pesetas, sin hacer expresa imposición de costas en cuanto a las causadas en primera y segunda instancia, e insértese esta sentencia en la certificación mandada librar.

DAÑOS EXTRACONTRACTUALES: *Culpa por falta de revisión. Carga de la prueba de la revisión. Sajarrista y Mallona c. Capanaga.* (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1967).

Antecedentes.—En accidente causado por la colisión del camión conducido por el demandado con la motocicleta en la que viajaban los reverendos Urresti (hijo de la señora Sajarrista) y Mallona, resultó muerto el señor Urresti y gravísimamente herido el señor Mallona (hospitalizado con varias fracturas durante más de seis meses). Las dos reclamaciones derivadas de dicho accidente fueron acumuladas a un mismo pleito.

La demandante señora Sajarrista alegaba que, junto con una hija soltera, convivía con su finado hijo, al que se hallaban supeditadas con las percepciones de éste por el ejercicio de su ministerio sacerdotal, cifraba las sumas derivadas de los perjuicios irrogados y de los daños causados en la motocicleta, y de los gastos de entierro y funeral. Solicitaba que el demandado fuera declarado obligado a indemnizar a la actora por daños y perjuicios, la cantidad de 490.000 pesetas.

El demandante señor Mallona alegaba—además de lo relativo a sus heridas y hospitalización—que tuvo que abonar unos gastos de estancia en el hospital por un total de 73.336 pesetas, y otros gastos menores, así como que estaba pendiente de una nueva intervención quirúrgica; que, como consecuencia del accidente, le había quedado una incapacidad permanente, por diversos trastornos orgánicos, que le limitaba ostensiblemente el ejercicio de su ministerio sacerdotal. Suplicaba que se declarase que el demandado estaba obligado a indemnizarle por daños y perjuicios en la cantidad de 473.336 pesetas.

El demandado reconocía el accidente y el que le era imputable, pero no su culpabilidad: alegó que hizo todo cuanto pudo por evitarlo, pero los frenos no le respondieron al rompersele la mangueta de la dirección del camión, y que su nerviosismo posterior al accidente era el propio de cualquier conductor en parecidas circunstancias.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando en parte las demandas, condenó al demandado a abonar a la señora Sajarrista la suma de 250.000 pesetas, y al señor Mallona la cantidad de 150.000 pesetas, en concepto de indemnización a cada uno, y absolvió al demandado del resto de las pretensiones de los actores.

La Audiencia resolvió la apelación del demandado—a la que se adhirió la parte demandante apelada—en el sentido de confirmar en parte la sentencia del Juzgado y estimar también parcialmente las demandas, y condenó al demandado a abonar a la señora Sajarrista la suma de 250.000 pesetas y al señor Mallona la de 152.662 pesetas, ambas en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

El demandado interpuso recurso de casación, basándose fundamentalmente en que la conducta por él observada no era culposa o negligente, en que el accidente fue debido a caso fortuito y en la regla de prueba del artículo 1.214 del Código civil.

El Tribunal Supremo rechaza dicho recurso, en sentencia de la que son los siguientes Considerandos:

Considerando: Que el primer motivo del recurso, amparado procesalmente, en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia

la violación en la sentencia recurrida del artículo 1.214 en relación al 1.902, ambos del Código civil, por entender el recurrente que aquella establece que le incumbía la prueba de que el vehículo no había sido sometido a una frecuente y esmerada revisión en sus elementos mecánicos, con lo que se hubiera previsto la rotura de la manguera de la rueda delantera izquierda y evitado el accidente de autos, siendo así que tal prueba correspondía a los demandantes que accionaron, según el precepto primeramente invocado, y habida cuenta que la revisión de referencia constituiría, de haber existido, una causa de exención de responsabilidad, de oposición a la demanda: es evidente que su acreditamiento correspondía al demandado recurrente y no puede prosperar el motivo, máxime si se tiene en cuenta que la no revisión del autocamión en relación a los demandantes sería un hecho negativo no susceptible de prueba y que, en caso de haberse practicado, sólo el demandado como dueño y conductor del vehículo podía probar, conociendo el momento y lugar o taller en que se había llevado a efecto.

Considerando: Que por el mismo cauce procesal que el anterior, el segundo de los motivos articulados alega la violación del citado artículo 1.902, modificado por la Ley de 24 de diciembre de 1962, que no empezó a regir hasta 1 de junio de 1965, en la resolución impugnada, basado para ello en que, ocurrido el suceso origen del proceso el 22 de mayo de 1962, no es aplicable al caso dicha Ley que determina hasta ciertos límites la responsabilidad objetiva del conductor, por todo lo que sólo puede entrar en juego para la resolución del juicio el artículo 1902, razonando que los dos elementos que acoge la sentencia de instancia—falta de revisión de vehículo y falta de presencia de ánimo, nerviosismo del conductor en el momento del accidente—no son suficientes, no encierran la entidad bastante para estimarlo culposamente o negligente, por lo que procede declarar que el caso fue fortuito y estimarle exento de responsabilidad al haber procedido con la diligencia de un buen padre de familia, que es la exigida por el Código: y habida cuenta que las dos declaraciones de hecho contenidas en la sentencia, la primera—falta de revisión del vehículo—ya ha sido tratada en el fundamento precedente y la segunda—falta de presencia de ánimo del conductor—que le hizo perder el dominio del autocamión a que todo conductor viene obligado en todo momento, conforme al Código de la Circulación, no ha sido combatida en el recurso, es evidente que subsisten y originan la responsabilidad subjetiva, que sanciona con la correspondiente indemnización, y perece el motivo.

Considerando: Que por último, y con idéntica sustentación procesal que los anteriores, se articula el tercer motivo, denunciando la violación en la resolución de instancia del artículo 1.105 del Código civil, por entender que no puede responder de los sucesos imprevisibles o inevitables, motivo que perece por las mismas razones antes expuestas y al faltarle la sustentación fáctica en que se apoya.

Nota crítica.—Las precedentes sentencias de 15 y 17 de noviembre de 1967, ambas relativas al Derecho de daños, merecen un breve comentario. Como notas comunes a ambas, podemos señalar: acción culposa imputable al causante del accidente, por falta de la debida diligencia; existencia de un daño; nexo de causalidad entre la acción y el evento dañoso; obligación del agente de indemnizar el daño causado.

1. La imputación al conductor de la culpa del accidente obedece: en la sentencia del 17, a la falta de diligencia derivada de la no revisión del vehículo;

y merece señalarse que la prueba del hecho negativo de la no revisión no puede desplazarse a los demandantes; en la sentencia del 15 obedece a la falta de diligencia «de un conductor prudente», inducida de las reglas del criterio humano de presunción del nexo causal entre la acción y el resultado lesivo, demostrado que el autor no previó el peligro ni lo evitó guardando las necesarias precauciones.

En ambas decisiones la idea latente es la de la culpa, o sea, la de la responsabilidad subjetiva, la referencia a la sentencia de 9 de abril de 1963 es importante, aunque no se desarrolla el principio en ella apuntado tímidamente de que «la responsabilidad que deriva para el poseedor de un vehículo de motor, por los daños que el mismo cause mientras es utilizado, se considera, en general, como una responsabilidad por riesgo, es decir, derivada del simple hecho de aquella posesión o utilización, prescindiendo de la culpa de las personas que lo manejan, por estimar que el uso de un automóvil ya de por sí implica un riesgo para el tráfico, y este riesgo es suficiente para acarrear aquella responsabilidad». Esta tendencia a la responsabilidad «por riesgo», iniciada en la citada sentencia de 1963, se continúa en las de 15 de junio de 1967 y de 29 de noviembre de 1967 (puede verse en esta REVISTA, número 464, del pasado enero, en pág. 140, extractada por mi compañero BARTOLOMÉ MENCHÉN). Lo cual contrasta notablemente con las dos sentencias que comento, pues en ellas el Tribunal Supremo atiende a las consecuencias que derivan de una responsabilidad por culpa manifiesta, si bien sin salirse del ámbito de la idea de culpa.

2. El resultado lesivo se dio con gran complejidad en la sentencia del 17, que comento: daños propiamente patrimoniales (gastos de clínica y hospitalización, impedimento para el ejercicio del ministerio sacerdotal...), daños consistentes en la pérdida de la vida humana y daños materiales y morales sufridos por los herederos perjudicados (véase Díez Pícazo, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, págs. 671 y sigs., y su penetrante comentario a la sentencia de 17 de febrero de 1956). Esta sentencia del 17 de noviembre no entra en distingos sobre la categoría y peculiaridades de cada uno de los daños causados, y concede la indemnización de forma genérica a los perjudicados, como ya habían hecho el juzgador de instancia y la Audiencia.

3. El nexo causal entre la acción y el daño tenía un especial relieve en la sentencia del 15 de noviembre, por las circunstancias del caso. Dicho enlace lógico había sido fijado por el Juzgado, a partir de la base de que el accidente no se produjo por fuerza mayor o como suceso inevitable (en palabras de la sentencia de 9 de abril de 1963) y sí por no observar el agente la diligencia correspondiente a las circunstancias del momento y lugar (véase art. 1.104 del Código civil). El problema era de valoración del comportamiento del conductor: se le valora como culposo por la previsibilidad y evitabilidad del accidente. Pero probablemente la idea latente en la decisión a la hora de fijar el nexo causal no es una acción, sino una «omisión», la de no haber tomado las medidas que la prudencia de un buen conductor hubiera aconsejado. Finalmente, a la valoración de esta culpa *in omittendo* se añade la cuestión de si existió una concurrencia de culpa del perjudicado: la sentencia alude a una «concurrencia de culpas que no puede dar lugar a la absolución», y en la segunda sentencia, de casación, expresa que tal concurrencia de culpas «impone su adecuada compensación en Derecho», que lleva a efecto rebajando ligeramente la indemnización a abonar decretada por el Juzgado.

Esta cuestión de la concurrencia de culpas, aludida brevemente por el Tribunal Supremo, *per se*, es suficientemente ardua y compleja. Recordemos que la reiterada posición del Tribunal Supremo—sentencias de 18 de enero de 1936, 24 de mayo de 1947, 13 de marzo de 1953, 14 de octubre de 1957, 6 de febrero de 1958 y 25 de noviembre de 1959, entre otras—es que, para que la concurrencia de culpas sea compartida o compensable, es imprescindible que aquéllas sean de igual grado y de idéntica virtualidad jurídica. No parece que se diera esta circunstancia en la sentencia que comentamos; pero el ponente—sin duda guiado por la idea de equidad—recogió del principio tan sólo su simbolismo y no decretó ni la absolución ni una fuerte atenuación de la responsabilidad del conductor, limitándose a rebajar un poco la cifra de la indemnización.

4. La obligación de indemnizar los daños causados no tiene un especial relieve en las dos sentencias que comento: viene a ser una consecuencia de la imputación del daño al agente y de la culpabilidad de éste. Es lo normal, producto de las ideas tradicionales. Lo que cabría cuestionar es si no sería preferible indemnizar a la víctima o herederos en todo caso, independientemente de la idea de responsabilidad del agente, con un sistema de seguros obligatorios (PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-2.º, págs. 705 y sigs.).

PAGO INTERRUMPIDO DEL RESTO DEL PRECIO. *Venta de maquinaria para la fabricación de pan. Prescripción de la acción ejercitada e interrupción de la prescripción como cuestión nueva.* Ferrer Matheu, S.A., c. Pareja (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1967).

Antecedentes.—La Compañía demandante había vendido al demandado un horno continuo giratorio retentor para la fabricación de pan, en base a un contrato suscrito en el año 1952. El comprador interrumpió el pago del precio en septiembre de 1953. El vendedor presentó la demanda ante un Juzgado de Barcelona en agosto de 1956, personándose el demandado en el Juzgado de Primera Instancia de Don Benito, planteando cuestión de competencia por inhibitoria. Cuestión resuelta por el Tribunal Supremo accediendo a la inhibitoria y ordenando la remisión de las actuaciones al Juzgado requirente, a donde llegaron en octubre de 1964.

La parte actora se personó, solicitando se dictara sentencia por la que se declarase: 1.º Que la Compañía actora vendió al demandado un horno para la fabricación de pan. 2.º Que el demandado es deudor, como saldo del precio de la venta referida, de la cantidad de 120.766 pesetas. Y solicitando se condenase al demandado: a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y a hacer efectiva a la Sociedad demandante la cantidad señalada como saldo más los intereses legales de demora de dicha cantidad a partir de la interpelación judicial.

El demandado fue declarado en rebeldía, siguiendo el juicio en todos sus trámites. En primera instancia se dictó sentencia en rebeldía estimatoria de las pretensiones de la demanda.

El demandado apeló la sentencia, pero sin comparecer en la apelación ni tampoco efectuó alegación alguna. La Audiencia confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, basado en un único motivo, y alegando la violación del artículo 1.967-4.º del Código

civil y del artículo 944-2.º del Código de comercio, estimando prescrita la acción encaminada al cobro del precio de los géneros vendidos y el que ambos tienen la condición de comerciantes. El Tribunal Supremo rechaza el recurso en base a las afirmaciones que se exponen a continuación:

Siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero.

Considerando: Que para decidir sobre el único motivo del recurso, que, amparándose en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega como violado el artículo 1.967 del Código civil, habría que concretar fechas que aparecen dispersas en la sentencia de instancia, si es que hubiera lugar a ello después de confrontar las pretensiones expuestas por las partes en el pleito, y de analizar si la cuestión que hoy es objeto del recurso fue o no deducida en la instancia; y, abundando en este propósito, aparece que se reclama el pago, interrumpido el 12 de septiembre de 1953, de maquinaria suministrada en virtud de contrato suscrito el año 1952, se presentó la demanda el 14 de agosto de 1956, ante el Juzgado número 13 de Barcelona, y el 11 de septiembre del mismo año se personó la parte demandada, que había sido oportunamente emplazada, ante el Juzgado de Primera Instancia de Don Benito planteando cuestión de competencia por inhibitoria, que, a través de todos sus trámites, se resolvió por el Tribunal Supremo el 28 de marzo de 1964, accediendo a la inhibitoria y ordenando la remisión de las actuaciones al Juzgado requirente, a donde no llegaron hasta el 30 de octubre de 1964, y ante el que se personó la parte actora el 16 de noviembre siguiente; pero no la demandada, por lo cual se dictó en primera instancia sentencia en rebeldía, de la que apeló dicha parte sin volver a comparecer en la apelación, que terminó con el fallo que hoy es objeto de impugnación en este recurso.

Considerando: Que habiendo estado ausente del pleito la parte demandada, sin haber comparecido en él más que para proponer la inhibitoria primero y para apelar después contra la sentencia del Juez de Primera Instancia, no ha hecho durante la tramitación del pleito alegación de ninguna índole en ninguna de las instancias, por lo cual la que hoy se plantea en el recurso ha de ser considerada como «cuestión nueva» de las comprendidas en el número 5.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que, en el momento procesal en que nos encontramos, constituye razón suficiente para su total desestimación.

DAÑOS Y PERJUICIOS: *Daños en árboles frutales de cuyo aprovechamiento es titular el arrendatario. Necesidad de informe pericial.—RECIBIMIENTO A PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA* Nuevos hechos ocurridos después de la prueba en primera instancia, de influencia en la decisión del pleito. Necesidad del informe pericial. Arnas c Cusine (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1967).

Antecedentes.—En la demanda se exponían los siguientes hechos, que luego fueron probados: 1) el actor era «propietario» (*sic*) del aprovechamiento de los árboles frutales de una finca, habiendo concertado en el año 1946 contrato de arrendamiento con el anterior propietario en escritura pública, posteriormente modificada por otra escritura de 1955, y con alcance temporal hasta septiembre de 1968; 2) los demandados eran los actuales propietarios de la finca en virtud de reciente escritura de compraventa; 3) los demanda-

dos, por sí o por medio de personal a sus órdenes vinculado a la explotación de la finca, prendieron fuego a diferentes parcelas de la finca con objeto de quemar la paja y rastrojos quedados tras el cultivo en ella de cereales de invierno, alcanzando y dañando el fuego a gran cantidad de árboles frutales de la «posesión» (*sic*) del demandante; 4) el actor hizo reconocer la finca por un Notario y dos Peritos agrónomos, y en la oportuna acta el Notario hizo constar la quema del rastrojo y los Peritos informaron en el mismo acto sobre el valor de los daños y perjuicios sufridos en la explotación de los árboles de la finca, cuya tasación fue de 369.982 pesetas.

En el *petitum* de la demanda se suplicaba: que se declarase la culpabilidad de los demandados en orden a los daños y perjuicios sufridos por el demandante en el arbolado frutal de la finca de autos, como consecuencia del fuego prendido en el rastrojo de ella, y en su virtud se condenase a aquéllos a satisfacer la cantidad en que se tasaban los daños, o aquella mayor o menor que resultase acreditada en período probatorio, y los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la litis.

De la contestación a la demanda interesa aquí resaltar las siguientes alegaciones: 1) se negaba que la naturaleza jurídica del contrato otorgado en 1946 fuera la de arrendamiento, aun cuando se titulase así la convención, reservándose los demandados las acciones pertinentes; 2) se afirmaba que el acta notarial no tenía ninguna relevancia (*sic*) para este proceso, y que el titulado dictamen pericial carecía de fuerza probatoria al no ser practicado con las exigencias procesales requeridas para garantía y seguridad jurídica de los litigantes; 3) se aducía incompetencia de jurisdicción, en base a que la cláusula 10 del contrato de 1946 sometía a los otorgantes al procedimiento de amigables componedores para cualquier duda o cuestión acerca de la intervención o aplicación del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia, desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, estimó la demanda y declaró responsables culposos por culpa *in vigilando*, de los daños y perjuicios sufridos por el actor, a los demandados, y les condenó a abonar al actor, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la cantidad de 16.064 pesetas, más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda.

Apelada dicha sentencia exclusivamente en orden al *quantum* de la indemnización concedida al demandante, éste, en trámite de instrucción, solicitó por otrosí de su escrito el recibimiento del juicio a prueba: se basó en que en los informes periciales practicados en la prueba en primera instancia se consignaba por los Peritos que en algunas especies de los frutales «se observa una floración o brote normal», por lo que consideraban que no se habían producido daños en ellos; sin embargo, con posterioridad, muchos de dichos árboles habían perecido, hecho éste nuevo de evidente influencia en el pleito para determinar el *quantum* del perjuicio causado, por lo que se interesaba de nuevo dictamen pericial. La Audiencia dictó auto declarando no haber lugar a recibir el juicio a prueba, por estimar no comprendido lo solicitado en el artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; interpuesto contra dicho auto recurso de súplica, fue desestimado por otro auto, considerando que, nacidos los hechos después de promovido el pleito, los derechos correlativos también han nacido después de entablado el pleito y podrán ser objeto de otro nuevo, pero no del presente, pues tales hechos como no ocurridos tampoco fueron objeto de la demanda, a cuyo momento hay que atender para resolver sobre las peticiones de ambos litigantes. La Audiencia acordó, asimismo, proceder

a la formación de la consiguiente causa criminal en averiguación de la existencia o no de posible delito en la producción del fuego por orden de los demandados, instruida dicha causa por el Juzgado de Instrucción, la Audiencia Provincial dictó sentencia absolviendo a los demandados, presuntos responsables civiles en orden a la responsabilidad criminal. Tras una petición de «diligencia para mejor proveer» denegada, la Audiencia Territorial dictó sentencia confirmando la apelada en todas sus partes.

Interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma, por estimar infringidos los artículos 862-3.º y 860 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que los nuevos hechos alegados ante la Audiencia eran de influencia notoria en el pleito, pues no había podido justificar el motivo de la apelación que era precisamente fijar el *quantum* de los perjuicios causados, que nacían de los huecos producidos por la naturaleza, que, hallándose escondidos en el interior del arbolado, traían su origen del hecho ya conocido en el pleito, o sea, el fuego producido en la finca que afectó al arbolado de la misma.

Siendo ponente don Francisco Bonet Ramón, prosperó el recurso en base a la siguiente doctrina:

Considerando: Que instado por el recurrente en el otrosí del escrito de instrucción ante la Audiencia de 5 de diciembre de 1963, al amparo del artículo 860, en relación con el 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recibimiento a prueba en esa segunda instancia, por haberse producido hechos nuevos después del escrito de proposición de prueba en primera instancia, que fue denegado por auto de 23, digo 23 de enero de 1964, objeto de suplicación por escrito de 29 de enero de 1964, igualmente denegada por auto de 20 de febrero de 1964, se dictó sentencia resolutoria en segunda instancia con fecha 14 de octubre de 1966, contra la que se formaliza el presente recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el número 3.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por haberse faltado al recibimiento a prueba en la segunda instancia», citando como infringido el número 3.º del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que autoriza el recibimiento a prueba en la segunda instancia, cuando hubiera ocurrido algún hecho nuevo de influencia en la decisión del pleito, con posterioridad al término concedido para proponer la prueba en primera instancia.

Considerando: Que consignado en los informes periciales practicados en primera instancia, que «en las especies peral y manzano se observaba un brote normal, encontrándose llenos de flor», por lo que parte del arbolado sobre el que versaba el informe parecía no haber sufrido daños, y sin embargo con posterioridad a haberse efectuado tales informes se alega que muchos de los árboles han perecido; éste es un nuevo hecho producido, que cae dentro de lo establecido en el número 3.º del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de evidente influencia en el pleito para determinar el *quantum* del perjuicio, para lo cual se necesitan conocimientos científicos o prácticos, por lo que es necesario nuevos informes de Peritos agrícolas o Ingenieros agrónomos, procediendo la estimación del recurso.

Nota.—De esta sentencia interesa aquí aludir a algunos puntos contenidos en la síntesis de los hechos. Podemos centrarlos en tres: cuál era realmente el dispositivo técnico elegido por los firmantes del contrato del año 1946 para la protección de sus intereses, la eficacia de la cláusula compromisoria inserta en dicho contrato, y la afirmación de que «el acta notarial es irrelevante por no tener las garantías que exige la seguridad jurídica».

De estos problemas, los dos primeros se nos escapan, al carecer de los datos más elementales, como sería el texto del citado documento.

El problema de la eficacia de las actas notariales que recogen hechos y apreciaciones técnicas o periciales es grave y poco trabajado. Aparentemente se trataba de un acta de presencia, haciendo constar el hecho de la existencia de unos daños, en la que—además—unos técnicos determinaban el origen de los daños y los evaluaban: o sea, que a su vez contenía un acta de referencia. El problema que tales actas plantean se refiere a su eficacia en un juicio posterior. Procesalmente hablando, las declaraciones de Peritos o testigos hechas fuera del juicio, no tienen valor como prueba testifical. Pero este criterio—observa GIMÉNEZ-ARNAU—no se observó siempre: así, en los Derechos griego, romano, inglés y pontificio. Lo que me parece claro y evidente es que las manifestaciones y declaraciones efectuadas ante el Notario no presuponen un futuro pleito, y en todo caso siempre se tratará de una prueba documental que el Juez podrá valorar al menos como una simple presunción. El problema sería ciertamente más complejo si el acta hubiera sido de las «de notoriedad» y el Notario hubiera valorado las pruebas ante él realizadas, por la presunción de veracidad implícita en tales actas. En cualquier caso, la laguna legal acerca del valor de las actas de referencia permite estas afirmaciones en los pleitos, en las que se pone en duda su relevancia jurídica.

HONORARIOS DE LETRADO: Dictamen realizado con posterioridad al hecho del desistimiento del recurso. Sebastián Escrich c. «Muebles Más y Montesinos, S. A.», y otros. (SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1968).

Antecedentes.—Los demandados interpusieron recurso de casación por infracción de Ley, que les fue admitido, señalándose la vista para el día 23 de octubre de 1967. Posteriormente presentaron escrito desistiendo del recurso, que tuvo ingreso en el Tribunal el 14 de octubre. Con fecha 17 del mismo mes se dictó auto por la Sala teniendo por apartados y desistidos del recurso a los recurrentes.

Practicada la tasación de las costas ocasionadas en el recurso, se incluyó la minuta del Letrado de la parte recurrida y demandante. Dicha minuta ascendía a 5 000 pesetas, por el concepto de «estudio del recurso, del dictamen del Ministerio Fiscal, y preparación para la vista señalada para el 23 de octubre de 1967».

De la tasación practicada se dio traslado a los recurrentes, que impugnaron la minuta por considerarla indebida, estimando que habiendo desistido del recurso el 11 de octubre y habiéndosele tenido por desistidos en auto del 17 del mismo mes, la parte adversa tuvo de ello conocimiento con la antelación suficiente para no ser necesaria la preparación para la vista. Para su caso, anunciaron también la impugnación de dicha minuta por excesiva.

La parte recurrida se opuso a la impugnación de la minuta por indebida, estimando que es práctica constante en los Tribunales incluir en las tasaciones de costas las minutas de los honorarios de los Letrados de las partes recurridas cuando la suspensión de las vistas se verifica poco tiempo antes del día señalado, y cuyo margen de cinco días, como en el caso de autos, cree dentro de la previsión y de la lógica.

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión incidental y establece:

Considerando: Que, para resolver acerca de si son o no realmente debidos los honorarios del Letrado, es preciso valorar la efectiva intervención de dicho profesional tal y como sucedió en el presente caso, circunstancia que no puede ser desvirtuada por el hecho del desistimiento y caducidad, respectivamente, de los recursos interpuestos, dado el plazo con que tuvo conocimiento de los mismos el Letrado que minuta, para lo cual ejercita un derecho incuestionable, que obliga a desestimar la impugnación formulada. Con independencia de la cuantía exacta en que se cifra aquella actuación...

Fallamos: Que declaramos no haber lugar a la impugnación de honorarios por indebidos... a que este incidente se concreta, y siga la tramitación de la oposición a la tasación de costas respecto a ser excesivos los honorarios del citado Letrado, a cuyo fin se le oirá por término de dos días

REVOCACION DE DONACION POR INGRATITUD: *Cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Lueje y Marcos c. Lueje Marcos (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1968).

Antecedentes.—El matrimonio demandante había otorgado escritura de donación el 16 de julio de 1963, a favor de una hija, la demandada, de la finca llamada «Loreto», «con cuanto a la misma sea accesorio y dependiente»... Tal donación fue pura, simple y gratuita, o *subsidiariamente*, según los demandantes, donación condicional, si se demostrase que existía tal condición, por adquirir la donataria cierta obligación respecto de los donantes. Posteriormente, la donataria escribió unas cartas en las que se hacían manifestaciones y comentarios despreciativos de los donantes, y al parecer había echado a éstos de la finca. El suplico de la demanda se concretaba a solicitar los siguientes pronunciamientos: 1.º que se revoque por causa de ingratitud la donación pura, simple y gratuita, verificada por los demandantes a favor de la demandada, y para el caso de que se alegara o probara que tal donación no fue gratuita, sea revocada también por la propia causa de ingratitud; 2.º que en consecuencia se cancelen las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad; 3.º que en consecuencia, se condene a la demandada a devolver a los demandantes la finca donada, con todo lo demás que fue objeto de donación conforme a la escritura; 4.º que se condene a la demandada a devolver a los demandantes todos los bienes muebles relacionados en la demanda—mobiliario y objetos sitos en el interior de la casa en el momento en que se donó la finca—, retenidos sin el menor título por la donataria; 5.º que se condene a la donataria a devolver los frutos producidos por la finca donada, desde la fecha de interposición de la demanda hasta el día en que se restituya la finca, a determinar en periodo de ejecución de la sentencia, calculados prudencialmente en 50.000 pesetas anuales, 6.º que se condene al pago de las costas a la demandada.

En la contestación a la demanda se negaban por la donataria los hechos de que hubiera arrojado a sus padres de la casa y el que las cartas pretendidamente injuriosas hubieran llegado casualmente a poder de los demandantes. Alegaron que tales cartas les habían sido sustraídas al destinatario de las mismas—otro hermano—por un tercero que las dio a la publicidad incluso con

fotocopias. En cuanto a la donación, ésta no fue pura, simple y gratuita, sino que tuvo *su antecedente* en un contrato familiar de *renta vitalicia* pactado entre los padres demandantes y todos los hijos (salvo uno de ellos), firmado el 31 de marzo de 1963, por el que los padres cedían sus bienes inmuebles sitos en Asturias a sus hijos, a cambio de percibir la pensión anual correspondiente. En la misma fecha se firmó otro documento, por todos los intervinientes en el citado contrato, en el que adjudicaban los bienes inmuebles de referencia. La donación a la demandada, como lo demuestra el contrato de renta vitalicia, se hizo en un sentido amplio y comprensivo de todo lo contenido en la finca, inclusive los muebles. Teniendo la donación objeto de este proceso, como *causa inmediata*, dicho contrato de renta vitalicia, si aquélla fuera revocada se daría el caso absurdo de envolver tal revocación un enriquecimiento injusto a favor del resto de los hermanos de la demandada; y ésta, privada de la donación, pero vinculada por el citado contrato de renta vitalicia a seguir satisfaciendo la pensión a sus padres. Con ello resultaría el absurdo jurídico de que el citado contrato de renta vitalicia, como *causa*, pervive, pero la donación, como *efecto*, perece. Terminaba suplicando: 1.º que se estime la excepción de incompetencia de jurisdicción, y se desestime la demanda, absolviendo a la demandada; 2.º subsidiariamente, que se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda y absolviendo de ella a la demandada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y revocó por causa de ingratitud la donación pura, simple y gratuita efectuada por los demandantes a favor de la demandada.

La Audiencia, revocando totalmente la sentencia apelada, declaró no haber lugar a las acciones revocatoria de donación y reivindicación ejercitadas en la demanda, que desestima en todas sus partes, y absolvió a la demandada.

Interpuesto por los demandantes recurso de casación por infracción de Ley, articulado en cinco motivos, no prospera ante el Tribunal Supremo en base a la siguiente doctrina—siendo ponente don Francisco Bonet Ramón—:

Considerando: Que esta Sala viene manteniendo con gran reiteración, que los requisitos que con rigurosa exigencia establece el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *se cumplan estrictamente en la formalización de los recursos de casación por infracción de Ley, o sea, que en los distintos motivos que se propongan se exprese de manera separada sus distintos fundamentos, excluyendo toda conjunción de ellos en un mismo motivo*, que, al producir confusión en su desarrollo, opuesta a la claridad y precisión que debe presidirlo, *hace equívoca u oscura su inteligencia* para la adecuada resolución, como sucede en el caso de autos con los motivos primero, segundo, tercero, en cada uno de los cuales se denuncia la «interpretación errónea y consiguiente equivocada inaplicación; concepto este último que, además, no está tipificado en la Ley, ni por la jurisprudencia, y que parece referirse al de aplicación indebida, como se hace en el motivo quinto, dualidad de conceptos que hace incurrir a todos esos motivos en la causa de inadmisión del número 4.º del artículo 1.729 de la Ley, por haberse dejado de cumplir lo prevenido en el precitado artículo 1.720, y que en el actual trámite procesal es causa de desestimación.

Considerando: Que el motivo cuarto tampoco puede prosperar, por no tener el carácter de auténticos los documentos en que se funda el pretendido error de hecho en la apreciación de la prueba, al haber sido objeto de examen por la Sala sentenciadora, y no hacer prueba por sí mismos sin necesidad de interpretación, ni haberse alegado error de Derecho que es al que se refiere.

PREFERENCIA DE CREDITOS *Artículos 1.924-2.º-D del Código civil y 59 de la Ley del Contrato de Trabajo; los créditos de los trabajadores son «singularmente privilegiados» y las normas citadas implican un beneficio establecido a su favor. Créditos por las costas judiciales: artículo 1.924-2.º-A del Código civil e interpretación restrictiva del mismo.—TERCERIA DE MEJOR DERECHO: Su finalidad es la comparación de los títulos para determinar la prioridad y preferencia de los créditos en litigio. El ámbito de la tercera es determinar la preferencia de los créditos laborales respecto a otros créditos.—ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: Para su aplicación es necesario que concurren determinados requisitos; además, es preciso demostrar la procedencia de la acción o excepción de enriquecimiento; es cuestión nueva. Martínez y otros c. Cosialls y Compañía Nacional de Electricidad. (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1968).*

Antecedentes: 1) Los demandantes habían deducido sus pretensiones ante la correspondiente Magistratura de Trabajo, como consecuencia de expediente de despido seguido contra ello por su patrono, el demandado señor Cosialls, y se les reconocieron sus derechos al percibo de los emolumentos derivados de sus relaciones laborales con el demandado, dictándose las oportunas resoluciones judiciales que condenaron al patrono a pagar a los actores la suma de 403.433 pesetas. 2) Para hacer efectivas las cantidades adeudadas, se embargaron en los autos laborales bienes propios del demandado, sitos en la mina «La Sultana», cuyos bienes se encontraban ante la Magistratura en período de valoración para celebrar la oportuna subasta. 3) Se alzó el embargo sobre dichos bienes en razón de que los mismos pertenecían a una Compañía minera extranjera y a otra S. A. española, cuyos hechos se acreditaron en las correspondientes tercerías de dominio. 4) Al parecer, otra empresa explotadora de la mina se había hecho cargo de ella y los productores despedidos habían sido readmitidos. 5) Los demandantes, habido conocimiento de que los bienes citados del demandado señor Cosialls se habían embargado y se anunció la subasta en un Juzgado de Madrid, se dirigían a él en derivación de juicio ejecutivo, sobre reclamación de cantidad por la entidad demandada Compañía Nacional de Electricidad contra el otro demandado señor Cosialls; los bienes fueron tasados, previa deducción de las deudas a favor de las Compañías mineras aludidas, en un total de 936.100 pesetas. 6) La Compañía Nacional de Electricidad pretendía hacer efectiva su deuda por valor de 923.702 pesetas, importe de lo que se le debía por el señor Cosialls por suministro de maquinaria e instalaciones. 7) En consecuencia, los demandantes y la Compañía Nacional de Electricidad, para cobro de sus respectivos créditos, habían embargado bienes del demandado señor Cosialls, siendo los mismos e idénticos que no alcanzaban a cubrir las dos deudas. 8) La subasta se celebró y se habían adjudicado los bienes a la Compañía demandada y a otro postor; en ese momento procesal es cuando se instó por los demandantes la «tercería» de mejor derecho.

En la demanda se suplica: que se declare la preferencia de los actores para el percibo de sus créditos, por ser privilegiados, respecto al de la entidad Compañía Nacional de Electricidad, y que en consecuencia los actores debían percibir preferentemente a dicha entidad el importe del precio total o valor íntegro consignado resultante de la subasta celebrada, sin que su percibo rebasase las 403.433 pesetas; y que se condene a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones.

El demandado señor Cosialls no compareció, por lo que se le declaró en rebeldía. La Compañía demandada compareció y contestó a la demanda; entre sus alegaciones, son aquí interesantes: 1) Si los demandantes habían sido readmitidos, extrañaba que además pretendieran percibir la indemnización por la inadmisión o por despido, y si otra empresa explotadora sucedió al señor Cosialls, debería haberse hecho cargo de las deudas por continuidad laboral; resultaba que unos bienes, propiedad ajena, además de ser embargados, estaban trabajando a favor de no se sabía quién. 2) Los bienes aún estaban en la mina, en marcha, trabajando y produciendo, sin que las Sociedades propietarias los hubieran retirado. 3) El metálico obtenido en la subasta no había estado en ningún caso incorporado a la empresa del señor Cosialls y no había sido propiedad suya, con lo que dicho metálico obtenido en el remate de sus bienes no podía ser objeto de tercera.

El Juzgado dictó sentencia por la que declaró: que los demandantes gozaban de preferencia para el cobro de sus créditos, por ser singularmente privilegiados, respecto al crédito de la Sociedad ejecutante y demandada en esta tercera, y con cargo al producto de los bienes objeto de la subasta; que, por tanto, los demandantes debían percibir con preferencia a la Compañía demandada, y hacer suyo con prioridad a ésta el importe del valor íntegro consignado resultante de la subasta celebrada de los bienes embargados, y sin que tal percibo rebasara la expresada cantidad importe de los créditos existentes a favor de los actores; se ordenó a la entidad demandada a hacer pago de la suma mencionada a los demandados, y se condenó a ambos demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y pronunciamientos.

La Audiencia confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

La entidad demandada interpuso recurso de casación, basándose: en la violación por no aplicación de la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto, ya que en caso del despido o se indemniza o se readmite, pero no las dos cosas; en error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba; en infracción del artículo 79 LCT y del artículo 1.924-2.º a) y b), sobre preferencia de las costas, pues los gastos del procedimiento habían sido pagados por la recurrente y de ello se beneficiaban los terceristas, con lo que las costas judiciales debían ser preferentes a cualesquiera otras. El recurso fue rechazado por el Tribunal Supremo en méritos de la siguiente doctrina:

Visto siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato.

Considerando: Que, para determinar el ámbito en que debe desenvolverse este recurso, con relación al juicio de tercera decidido en segunda instancia por la resolución recurrida, conviene resaltar que, cual se sostiene en la sentencia de esta Sala de 23 de enero de 1942, y de acuerdo con lo ya establecido en la de 21 de noviembre de 1917, que en aquella se menciona, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y reiterada jurisprudencia sobre su aplicación, las tercerías, como incidencias de un juicio ejecutivo, cuando son de mejor derecho de un tercero a ser reintegrado de su crédito, con preferencia al acreedor ejecutante, con el producto de los bienes embargados al deudor común, en atención a su naturaleza y propia finalidad, que no puede ser otra que la de comparación de los títulos, para determinar la prioridad y consiguiente preferencia, entre los dos créditos en litigio, no admite a discusión y resolución cuestiones ajenas al expresado objeto, las que, en su caso, habrán de ventilarse en distinto procedimiento.

Considerando: Que en el primero de los motivos de este recurso, por el cauce procesal que ofrece el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la violación, por no aplicación, de «la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto», con cita de las sentencias de este Tribunal que se invocan y del «párrafo tercero del artículo 81 de la Ley de Contrato de Trabajo, texto refundido aprobado por Decretos de 26 de enero y 31 de marzo de 1944»; mas debe notarse, en primer lugar, que la tesis sustentada en este motivo tiene marcado carácter laboral y rebasa el ámbito propio de la tercería de mejor derecho, y que, para sostenerla, se recurre a afirmaciones fáctico-probatorias alegadas por vía inidónea; pero, sobre todo, hay que destacar que a través de esta motivación se pretende introducir en el recurso una cuestión nueva sobre enriquecimiento injusto o torticero que no ha tenido en el periodo expositivo del pleito un adecuado y necesario planteamiento, siendo de advertir, al respecto, la forma vaga, imprecisa e interrogativa en que la Compañía demandada, ahora recurrente, se ha producido en su escrito de contestación, rehusando hacer afirmaciones concretas.

Considerando: Que, reiteradamente, tiene declarado esta Sala, que son ineficaces en casación los motivos referentes a cuestiones nuevas no alegadas y discutidas en el pleito, y que deben reputarse como tales, a todos los efectos, las suscitadas con posterioridad a los periodos de alegación y discusión, pues no es posible en casación tener en cuenta problemas jurídicos que dejaron de plantearse en el pleito, ni puntos o cuestiones no invocadas en él y, consiguientemente, no comprendidas en los términos del debate; advirtiéndose, además, que para poder aplicar la doctrina sobre enriquecimiento torticero, es necesaria la concurrencia de determinados requisitos (sentencias de 16 de diciembre de 1959, 25 de enero de 1958 y 26 de marzo de 1958, entre otras que pudieran citarse) y que, cual se dice en la sentencia de esta Sala de 12 de enero de 1943, si bien este Tribunal Supremo ha invocado en copiosa jurisprudencia el principio antes citado, para atender a múltiples situaciones en que la equidad exigía su aplicación... no basta invocar el principio de que se trata a modo de una regla general y abstracta, sino que es preciso *demostrar y justificar en cada caso* la procedencia concreta de la acción (o excepción) de enriquecimiento; todo lo que está indicando la inexcusable necesidad de que una cuestión de tal importancia sea debidamente alegada y planteada en el periodo expositivo del pleito, aduciendo, en tal caso, la existencia de los requisitos necesarios para su justificación, y, al no haberse hecho así y suscitarse ahora una cuestión en realidad nueva, se ha incurrido en una causa de inadmisión—número 5.º del artículo 1.729 de la Ley Procesal Civil—que en esta fase decisoria lo es de desestimación.

Considerando: Que, desechado el motivo primero, tampoco puede ser acogido el segundo, formulado al amparo del número 7.º del antes mentado artículo 1.692 de la Ley Procesal, en el que se denuncia error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, resultante, en opinión de la recurrente, de documento auténtico que demuestra la equivocación evidente del juzgador, pues, en primer lugar, tal motivo se encamina a demostrar la tesis del enriquecimiento injusto, cuestión ésta rechazada como nueva al ser desestimado el anterior motivo; pero, además, tampoco se discriminan con claridad las dos diferentes clases de error alegadas y, en cuanto al *de hecho*, es claro que no pueden tenerse como documentos auténticos, a efectos de casación, las actas de confesión en juicio de los terceristas, pues por sí misma no evidencian la absoluta e irrefutable certeza de su contenido; y en lo que concierne al

supuesto error *de derecho*, ni siquiera se cita, en calidad de norma valorativa de prueba infringida, el artículo 1232 del Código civil, que sería, en principio, el aplicable, ni, por otra parte, dan todos los terceristas confesantes contestación afirmativa a las dos posiciones que se indican, sino que algunos las contestan negativamente; pero, además, teniendo presentes las confesiones, en su totalidad, carece esa prueba del valor decisivo que quiere atribuirsele, siendo obvia su intrascendencia al ser rechazado el primer motivo.

Considerando: Que el verdadero *ámbito* de la tercería de mejor derecho ha quedado fijado en el razonamiento inicial de esta sentencia, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que en el mismo se recoge; mas la parte recurrente, a medio del motivo tercero (también respaldado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento), trata de hacer valer una cuestión de índole laboral con base en el artículo 79, párrafo 1.º, de la Ley de Contrato de Trabajo, cuestión que no puede afectar a la tercería, dadas las circunstancias que en el caso concurren, pues es obvio que el derecho de los actores terceristas se ampara en resoluciones firmes dictadas por la Magistratura de Trabajo de Orense, recaídas en expedientes contencioso-laborales sobre salarios y despido, que proclaman la obligatoriedad de sus créditos; y la preferencia de los mismos está consagrada, conforme a la sentencia recurrida, por el artículo 1.924-2.º-D del Código civil, en relación con el segundo del artículo 59 de la Ley de Contrato de Trabajo, cual acertadamente se razona en el fundamento segundo de la sentencia de primer grado y en el primero de la recurrida, procediendo la efectividad sobre el importe de los bienes embargados, por estar éstos incorporados a la Empresa o explotación en que los trabajadores reclamantes prestaban sus servicios, teniendo sus créditos la calidad de «singularmente privilegiados», y por eso no puede negársele ese derecho al existir tales bienes de la Empresa cesante, sin que en este supuesto sea obligado para los trabajadores hacer uso de una norma, que implica un beneficio establecido a su favor, y no de un tercero ajeno a la relación laboral, razones por las que la Sala sentenciadora no ha incurrido en la infracción que se denuncia en el motivo 3.º, y éste debe ser igualmente desechado.

Considerando. Que, finalmente, tampoco puede prosperar el motivo 4.º, en el que, por el mismo cauce procesal, se acusa la violación, por no aplicación «de la doctrina del artículo 1924, número 2.º, apartado a), en relación con el apartado b) del número 3.º de tal artículo del Código civil, y la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto», pues, en primer lugar, habida cuenta de los razonamientos contenidos en el segundo de los fundamentos de la sentencia impugnada y de la resultancia del apuntamiento, tampoco aparece que la cuestión suscitada en este motivo haya sido debatida y adecuadamente planteada en la instancia, puesto que la *súplica* del escrito de contestación tiene un carácter global y se refiere, de una manera general, al pago de costas y parte del principal e intereses reclamados en el juicio ejecutivo, pero no concretamente a las costas causadas en el procedimiento de apremio, que serían las únicas que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, podrían redundar en interés común de los acreedores sin que, por otra parte, y dadas las razones ya expuestas, sea de aplicar la doctrina sobre enriquecimiento injusto; debiendo advertirse, además, que la propia parte recurrente viene a reconocer que en el escrito de conclusión—y, por tanto, extemporáneamente—se manifestó que se *ampliaba* el apartado B) del tercero de la demanda; siendo claro que tampoco se determinó cuál fuese el importe de las costas abonables, ni tal punto se relegó para ejecución de sentencia; siendo de notar, finalmente,

que, dados los estrictos términos del apartado 2.º, letra A, del artículo 1.924 del Código civil, tampoco puede darse a esta norma la interpretación extensiva que, al parecer, se pretende por la parte recurrente.

Considerando: Que, al no ser estimado ninguno de los motivos que sirven de fundamento al recurso, es procedente declarar no haber lugar al mismo, con los demás pronunciamientos inherentes a esa declaración.

J. C. G.

LOS ARTICULOS 77 Y 79 DE LA LEY DEL SUELO NO IMPIDEN LA APLICACION DEL ARTICULO 400 DEL CODIGO CIVIL. DIVISION DE LA COSA COMUN: NO SIGNIFICA PARCELACION URBANISTICA (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1968).

Existía una comunidad, por mitades indivisas, entre el demandante y el demandado, respecto de dos parcelas. Una parcela tenía de extensión 83 áreas, 49 centiáreas; la otra, 1 hectárea, 9 áreas, 37 centiáreas, 16 centésimas.

El demandante pidió en la demanda la disolución de la copropiedad o división material de las parcelas.

El demandado se opuso, alegando, entre otras razones, que existían inconvenientes de orden jurídico y fáctico que limitaban la posibilidad de división física de las fincas, pues las mismas se hallaban enclavadas en la zona denominada de «reserva urbana», prevista en el Plan General de Ordenación Urbana de S'Agaró-Playa de Aro, aprobado por la Comisión Provincial de Urbanismo, con fecha 10 de noviembre de 1959, y de conformidad con las directrices del citado Plan de aprovechamiento urbanístico de las fincas, y que habrá de sujetarse a lo que resulte del mismo. Que resultaba imposible proceder a una partición o división física, so pena de correr el riesgo de que, en función de las situaciones en que pudieran quedarse las porciones de finca dividida, quedasen materialmente sin valor y desproporcionadas con la estimación que hoy se podría computar, teniéndose en cuenta sólo la superficie y accesos.

Añadió cierta reconvencción sobre liquidación de frutos, rentas y utilidades.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda y absolvió al demandante de la reconvencción. La Audiencia dictó sentencia, por la que revocó la apelada y declaró disuelta la comunidad y ordenó se procediera a la división de las fincas, teniendo en cuenta sus características y salidas a caminos.

Interpuesto recurso de casación, no prosperó. Quedó firme la sentencia de la Audiencia Territorial.

Dice la sentencia del Tribunal Supremo:

Considerando: Que los dos motivos del recurso, ambos por el cauce procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tienden a demostrar que el precepto del artículo 400 del Código no es absoluto, por lo que ha sido erróneamente interpretado en la resolución impugnada, y que tal norma ha sido modificada y limitada por los artículos 77 y 79 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1966, que han sido violados por inaplicación en la sentencia recurrida, y habida cuenta que, conforme a los términos absolutos y terminantes en que está redactado el artículo

lo 400, concede a todo copropietario el derecho inalienable e imprescriptible de poder pedir en todo tiempo, salvo pacto temporal en contrario, la división de la cosa común; es evidente que el Tribunal de Instancia interpretó fielmente el precepto y perece el motivo, sin que quepa, en modo alguno, admitir que tal artículo 400 ha sido modificado y limitado por los 77 y 79 de la Ley del Suelo, en cuanto éstos se refieren a prohibir la parcelación urbanística de una finca; o sea, el establecimiento de una urbanización limitada a la finca misma, con sus accesos, servicios, etc., no sometida al Plan Parcial de Ordenación del sector correspondiente, previamente aprobada; pero no puede afectar a la división de una cosa poseída en régimen de comunidad, que, aun cuando entrañe una parcelación al resultar la finca dividida, no significa una parcelación urbanística y decae el recurso en su totalidad.

Interesante fallo que distingue entre la división que pudiéramos llamar civil, de cosa poseída en régimen de comunidad y división por parcelación urbanística. Viene a ilustrar sobre una cuestión que preocupa a los profesionales que intervienen en la formalización de la titulación en zonas—hoy numerosas—afectadas por planes urbanísticos.

Es comprensible la postura del demandado, que convenció al Juez de Primera Instancia y fracasó en la Audiencia. El artículo 78 de la Ley del Suelo dice sencillamente: «Serán indivisibles...» El 79, en su número 3, preceptúa que «los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos que se acredite el otorgamiento de licencia, que los primeros deberán testimoniar en el documento». Aunque es de tener en cuenta que estos artículos se están refiriendo a parcelaciones y reparcaciones urbanísticas.

La decisión de esta sentencia despejará dudas y vacilaciones.

B. M. B.

V. SUCESIONES «MORTIS CAUSA»

TÍTULOS NOBILIARIOS: *Determinación del orden sucesorio; sucesión regular y sucesión agnaticia. Título de la concesión de la merced: interpretación de la expresión «casa». Mayorazgo instituido en testamento cerrado. Hurtado de Amézaga y Caballero c. Hurtado de Amézaga y Armada. (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1967).*

Antecedentes:

1. Con fecha 27 de junio de 1708, el Rey Felipe V, en recompensa de los servicios prestados por su Mariscal de Campo, le concedió el título de Castilla, llamado «Marqués del Riscal de Alegre», con carácter perpetuo, expresando se hacía «para vos y los sucesores en vuestra casa»...

2. El nuevo Marqués, posteriormente, con fecha 28 de marzo de 1719, otorgó testamento cerrado por el cual, entre otras disposiciones, creó un mayorazgo;

disponía, además, expresamente que «entre los bienes integrantes de dicho mayorazgo se contara el antiguo solar infanzón de Amézaga»; y establecía expresamente el orden de suceder en los bienes del mayorazgo recién constituido: «llama a él, en primer lugar, a su hijo primogénito, y, a falta de éste, a sus hijos y descendientes legítimos y de legítimo matrimonio (*sic*), varones de varones, sin interposición de hembras, prefiriendo el varón mayor al menor. En defecto de varones de esta línea, llama a su hija legítima, y, después de ella, a sus hijos y descendientes legítimos, de varón a varón, con la misma preferencia que los de la línea del hijo y sin la interposición de hembras. A falta de esta línea, llama a una segunda hija, y a sus descendientes varones legítimos; después, a sus sobrinos y a sus hijos varones descendientes legítimos y después a otros sobrinos, con la misma descendencia. Sólo acabadas que fuesen las líneas y llamamientos referidos, y guardando el mismo orden y disposición que se dejaba expresado, disponía que heredaran los varones de hembras, y a falta de éstos, las hembras, para cuya titularidad será requisito indispensable la llevanza del apellido Hurtado de Amézaga en primer término».

3. Tras una curiosa serie de vicisitudes en el árbol genealógico, al VII Marqués de Riscal le concedió el Rey Afonso XIII la Grandeza de España «como ajea e inherente a su título de Marqués de Riscal».

4. A la muerte del citado VII Marqués, don José Hurtado de Amézaga y Zabala, le sobrevivió una hija, doña Milagros, la cual no solicitó la carta de sucesión en la merced.

5. La situación litigiosa se produjo entre dos descendientes de un hermano menor de don José, llamado don Francisco Javier. éste era el tronco común de ambas partes litigantes. Doña Belén (hija de su hijo mayor Camilo) era la demandada, y don Luis (hijo menor de don Francisco Javier) era el actor.

6. El actor había pretendido anteriormente que su mejor derecho le fuera reconocido en la vía administrativa, pero el Ministerio de Justicia no le otorgó tal derecho por no considerar eficaz la institución del orden sucesorio hecha por el concesionario de la merced.

Ambas partes coincidían sustancialmente en que el nudo de la cuestión litigiosa se concretaba en si el marquesado de Riscal debía o no considerarse como un título agnaticio «agregando».

El demandante pretendía que en la ordenación sucesoria dispuesta en 1719 quedaba expresamente incluida la merced nobiliaria del marquesado de Riscal, al dictarse precisamente para él «y para su casa»; además, creía tener derecho preferente al título por ser varón—frente a una hembra, aunque ésta fuere de línea anterior—por el principio de agnación a que el título obedece. La tesis era unir el mayorazgo a la merced.

La demandada entendía: que las expresiones «para persona y casa», «los sucesores de vuestra casa», etc., solamente significaban «hijos y sucesores», interpretadas gramatical y lógicamente (el testamento de 1719 decía «se hizo merced, para mí y mis hijos y sucesores»...); que la casa de Amézaga era un bien adquirido por el I Marqués poco antes, y no estaba vinculada en él mismo; que el mayorazgo instituido tenía cierto carácter agnaticio, pero no era de rigurosa agnación, y que los llamamientos a la sucesión del mayorazgo eran inoperantes en el pleito, que se concretaba exclusivamente al mejor derecho del título de «Marqués de Riscal»; que, de admitir la incorpo-

ración del marquesado al mayorazgo, se admitiría la posibilidad de disposición de una merced real y de alteración del orden regular sucesorio establecido al ser aquélla otorgada.

El Ministerio Fiscal se opuso a la demanda, negando sobre todo que el orden de suceder en el título de Marqués de Riscal sea el establecido en el testamento de 1719.

La tesis del demandante fue acogida por el Juzgado y por la Audiencia.

La demandada interpuso recurso de casación, dirigida por don Eduardo García de Enterría, desarrollando y precisando algunas de las alegaciones de la contestación a la demanda, que sustancialmente eran idénticas.

Recojo en forma extractada algunas interesantes afirmaciones del recurso, articulado en seis motivos, por ser posteriormente acogido por el Tribunal Supremo:

Motivo primero: Denuncia la infracción por violación del artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1948, de la Ley 8.ª del título 17 del libro 10 de la Novísima Recopilación, y de la doctrina legal reiteradamente establecida en numerosas sentencias. Partía de la base de que es un principio esencial de la sucesión nobiliaria que «el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia». Que hay, pues, un orden sucesorio normal o «regular», que es el tradicional de sucesión a la corona, el cual se aplica siempre que no exista precepto claro contrario en el título de concesión de la merced, esto es, siempre que no conste un orden «irregular» o de cláusula en la real cédula de concesión. Que, por tanto, es elemental concluir que la presunción opera en favor de la regularidad sucesoria, tanto porque las excepciones al orden regular no pueden presumirse y deben ser expresas, como por exigencias de la seguridad jurídica.

Motivo segundo: Denuncia la infracción de la Ley 42 de Toro y de la doctrina legal de numerosas sentencias sobre declaraciones tácitas de voluntad. Recoge un inciso de la sentencia de 22 de noviembre de 1963, sobre la «Casa de Pinés». Afirma que el mayorazgo instituido en el testamento de 1719 es claramente un mayorazgo no precedido de real licencia, ya que tal licencia no se dio ni se ha intentado probar; a la declaración real contenida en el título de concesión le falta todo significado de voluntad o de consentimiento en el sentido de otorgar un derecho al concesionario, lo que es inexcusable para poder hablar de «autorización tácita».

Motivo tercero: Denuncia la infracción por violación del artículo 1.253 del Código civil, sobre los límites y condiciones de las presunciones judiciales. Porque no hay ningún enlace preciso y directo, y ni siquiera impreciso ni indirecto, entre el hecho de que se traten de retribuir los méritos colectivos de una familia (a ello equivale la expresión «la casa») y el hecho pretendidamente deducido de que con ello se implica una autorización al concesionario del título para ordenar libremente la sucesión de éste. Entre ambos hechos no existe la menor conexión lógica, ni tampoco hay otras pruebas directas o indirectas que permitan al Tribunal su apreciación conjunta, de modo que la conexión entre uno y otro hecho se presenta desnuda y simple.

Motivo cuarto: Denuncia la infracción por violación de la doctrina legal establecida reiteradamente por el Tribunal Supremo sobre indisponibilidad de los títulos nobiliarios.

Motivo quinto: Denuncia la infracción por interpretación errónea de la Ley 45 de Toro, tal como esta interpretación ha sido establecida por la sentencia de 9 de junio de 1964. Dicha Ley dispone que «la posesión civilísima sobre los mayorazgos (y, por ende, sobre los títulos nobiliarios) se traslada a quien, según disposición del mayorazgo, debiera suceder en él, aunque otro ostente su posesión de hecho». Esta es la base de las acciones de desposesión nobiliaria. Tradicionalmente se venía entendiendo que para beneficiarse de esta posesión civilísima bastaría que el demandante justificase *un mejor derecho relativo* que el poseedor del título, aunque existiese o pudiesen existir otros terceros mejor situados a su vez.

Motivo sexto: Denuncia la infracción de la Ley 2.^a del título 15 de la partida segunda y de la Ley 40 de Toro, que definen el orden regular de sucesión en los títulos nobiliarios. Demostrado que la real Carta de concesión del marquesado de Riscal no constituyó ni directa ni indirectamente un orden sucesorio específico al cual atenerse, es de obligada aplicación el orden regular de sucesión, que es el tradicionalmente seguido en la materia, el viejo orden sucesorio de la Corona; este orden sucesorio consagra los principios de primogenitura y de representación, por los cuales queda definida la preferencia del Derecho de la recurrente sobre la parte contraria, ya que la demandada y recurrente es hija primogénita del hermano mayor del actor, y en ella está representada, por tanto, la persona de su padre y por tanto alcanza a ella la preferencia del hermano mayor (causahabiente suyo) sobre el menor, que es la parte contraria.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente don Manuel Lojo Tato, acoge dicho recurso en méritos de la siguiente doctrina:

Considerando: Que antes de entrar en el examen de otras cuestiones es conveniente consignar que en el *pleito* que da origen al presente recurso de casación se *ventila*, entre partes, el *preferente derecho genealógico para llevar y ostentar el título de Marqués de Riscal*, con la Grandeza de España al mismo inherente, debiendo señalarse que la parte demandada, en el hecho sexto de su contestación, fija y concreta la cuestión planteada, y así, después de decir que en líneas generales coincide con la que se dice en el correlativo de la demanda, seguidamente expresa: que «si la sucesión en el título de Marqués de Riscal fuese *agnaticia*, tendría mejor derecho a él el demandante», y «si, por el contrario, la merced es de *sucesión regular*, el mejor derecho de la demandada sobre el actor será indiscutible»; diciendo además: «El problema se limita así a la *determinación del orden sucesorio*»; «resuelta esta cuestión, las demás son simples consecuencias»; mientras que la parte *actora* claramente manifiesta en su escrito de réplica, bajo el mismo ordinal: «El hecho sexto de nuestra demanda se refiere al *planteamiento final de la presente cuestión litigiosa*, cuya solución depende, en definitiva, de que el marquesado de Riscal deba considerarse como un *título agnaticio o no «agregando»*, coincide sustancialmente con este planteamiento la parte contraria, hasta el punto de reconocer expresamente que si el título fuera *agnaticio* nosotros (es decir, el demandante) tendríamos mejor derecho a él; por tanto, no es preciso insistir más en este extremo».

Considerando: Que, como se desprende del precedente fundamento, son las propias *partes* litigantes las que en el período expositivo del pleito *delimitaron* tanto el *alcance de la discusión jurídica* como el *planteamiento fáctico de la cuestión debatida* en el juicio, de manera clara y precisa, y, siendo ello así, resulta inadecuada y extraña a ese planteamiento la *cuestión nueva* que se formula a través del *motivo quinto* de este recurso, relativa al llamado *poseedor civilísimo óptimo*, pues tal cuestión no sólo no ha sido formalmente alegada en la instancia, sino que se desplaza de aquella delimitación aceptada por ambas partes litigantes, quedando fuera de ello, y, en consecuencia, dicho motivo debe ser desestimado, por estar incurso, sin duda, en el número 5.º del artículo 1.729 de la Ley Procesal Civil.

Considerando: Que, no obstante lo expuesto en el primero de los razonamientos de esta sentencia, es bien aclarar, a fin de evitar confusiones, que aun cuando las *partes*, al establecer los términos en que resumen la cuestión litigiosa, se refieren a una *sucesión agnática en contraposición* a una *sucesión regular*, no se trata, en el primer supuesto, de una *agnación rigurosa y absoluta*, sino de un *orden de suceder con cierta preferencia de varones*, tal como se dispone en el *testamento cerrado* otorgado por don B. H. de A. el 28 de marzo de 1719, el cual viene a ser el *documento básico* en que el accionante asienta su preferente derecho al título de Marqués de Riscal con la Grandeza de España al mismo inherente.

Considerando: Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1948, dictado en virtud de la disposición final de la Ley de 4 de mayo de 1948, sobre grandeza y títulos nobiliarios, «el orden de suceder en *todas las dignidades nobiliarias* se acomodará *estrictamente* a lo dispuesto en el *título* de concesión, y, en su defecto, al que *tradicionalmente* se ha seguido en esta materia», de donde *claramente se infiere* que el mejor derecho a los títulos y mercedes nobiliarias ha de ser conforme con lo establecido en el *acto soberano de la concesión*; mas en el *título* otorgado en el mes de junio de 1708 por el Rey Don Felipe V, en el cual se hace merced de título de Castilla a don B. H. de A. y «los sucesores en vuestra casa, cada uno en su tiempo, perpetuamente para siempre jamás», dándole el de Marqués de Riscaldalegre (actualmente Marqués de Riscal), *para nada se hace relación al carácter agnático de la sucesión*; siendo de advertir que al referirse la *concesión* a los *sucesores* en la casa, o usar en la Real Carta la frase «vos y los sucesores en vuestra casa», con ello sólo *se alude a la sucesión familiar, linaje o progenie* del don B, pues que otra cosa claramente no consta: pero, por otra parte, es claro que, a falta de *mayor determinación*, *el único orden que, en principio, puede estimarse aplicable es el de sucesión normal o regular tradicionalmente admitido*, visto que las *palabras empleadas por la disposición legal son contrarias a una interpretación extensiva*, no existiendo base para creer o presumir que el *Monarca, creador de la merced*, haya autorizado ni explícita ni implícitamente cualquier *otra clase u orden de sucesión especial e irregular*, pues tal cosa *no es deducible del título de concesión*, ni tampoco puede fundarse en la retribución de los reconocidos méritos del concesionario y su familia, ni en el uso y empleo de las palabras «casa»; y tal conclusión es aventurada y carente de fuerza lógica, máxime teniendo presente lo dispuesto en la *Ley 8.ª del título XXVII, libro X*, de la Novísima Recopilación, en orden a la sucesión de las hembras en los mayorazgos.

Considerando: Que cual se expresa en el *fundamento octavo* de la sentencia de primer grado, *aceptado* sustancialmente y sin contradicción en este punto por la recurrida, los *dictámenes rendidos por la Diputación de la Grandeza* y el *Consejo de Estado*, así como por la *Sección correspondiente del Ministerio de Justicia*, testimoniados en autos, son *contrarios* a la pretensión del demandante, debiendo destacarse que en el mentado fundamento se *aduce*, partiendo del *contenido* no negado de tales informes, que al entender que la *sucesión de la Grandeza de España* a dicho título (el marquesado de Riscal) *debió implicar un cambio respecto a las normas sucesorias*, no se tiene en cuenta, según el juzgador, «que el título es lo principal y la grandeza lo accesorio, y que la *regulación sucesoria estaba en el testamento cerrado* del primer Marqués de Riscal»; mas a esto hay que decir que, según el hecho cuarto de la demanda, la *Grandeza de España* le fue *concedida* a don J. H. de A. por su majestad el Rey Don Alfonso XIII, y que en la súplica de la demanda se recaba el derecho a ostentar el título de *Marqués de Riscal*, «con la Grandeza de España a él inherente», y emanando la Real Carta de un acto soberano, a ella debe estarse, y aun en el supuesto de que fuese *modificativa de un orden señalado, siempre tendría propia virtualidad*, cual viene a sostenerse en la sentencia de esta Sala de 10 de abril de 1923, aunque realmente lo que se mantiene por el Rey no es otra cosa que el orden regular de la sucesión, según la más corriente fórmula.

Considerando: Que si en principio el término «casa» quisiera referirse al *mayorazgo* o a algo en el orden sucesorio relativo al mismo, éste (el mayorazgo) *debiera tener existencia en la fecha de la concesión de la merced, lo cual no ocurre en el caso presente*, puesto que el título es concedido en el año 1708 y don B. H. de A. otorga su testamento cerrado, disponiendo la *fundación*, en el año 1719, sin que sobre esa fundación del mayorazgo y la vinculación conste la *Real licencia precisa ni tampoco la posterior aprobación Real*, en contra de lo previsto en la Ley 42 de Toro y segunda del título XVII, libro X, de la Novísima Recopilación, no estando demostrada la derogación de la expresada Ley en la fecha en que la merced ha sido concedida.

Considerando: Que, en virtud de los razonamientos precedentes, deben ser *estimados los motivos primero, segundo y tercero, sin que sea necesario entrar en el examen del cuarto*, y, como consecuencia de la estimación de los tres motivos antes mencionados debe serlo también el sexto, una vez que es *de aplicar el orden regular de sucesión nobiliaria*, conforme a lo establecido en la Ley 2.ª, título XV de la partida segunda y Ley 40 de Toro, así como el artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1948, por todo lo que, de acuerdo con el planteamiento de la cuestión hecho por las partes, debe declararse haber lugar al recurso, con los pronunciamientos procedentes y devolución del depósito constituido y sin hacer expresa condena en costas.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por doña M. del B. H. de A. y A.

DECLARACION DE MEJOR DERECHO A TITULO NOBILIARIO: *La referencia de las sentencias del Tribunal Supremo sobre que el mejor derecho genealógico se relaciona con el último poseedor es sólo permisiva y no una exigencia, el mejor derecho al título se defiende conforme a los criterios tradicionales.*—**PRUEBA DE LA LEGITIMIDAD DEL PARENTESCO:** *La excepción alegada en el escrito de conclusiones; la cuestión no es de si la prueba fue o no suficiente, sino de si la Sala incidió en error en la valoración de la prueba. Para que exista error de derecho en la valoración de la prueba, la infracción debe referirse a una apreciación deficiente o errónea más que a la insuficiente, y debe tratarse de una norma con carácter de «valorativa» de la prueba; los artículos 108, 53, 115 y 327 del Código civil no son normas valorativas de la prueba.* Torres c. Benjumea, Piñar y el Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1968).

Antecedentes: 1. Por el Rey Carlos III se hizo merced del título de Marqués de Monteflorido a don F. S., pero los sucesores de su hijo renunciaron a la dignidad y el título caducó. 2. En 1908 el Rey Alfonso XIII rehabilitó dicho título a favor de don E. B. 3. En 1956 el Jefe del Estado concedió carta de sucesión a favor del hijo del señor B. 4. En 1957 el actual demandado, señor P., promovió litigio contra el señor B., sobre mejor derecho al marquesado de Monteflorido, alegando descender de una hermana mayor (doña C.), de la que era estirpe (doña V.) del señor B.; litigio fallado por el Tribunal Supremo, declarando que el actor, señor P., tenía mejor derecho genealógico para suceder en dicho título, por descender de una hermana mayor de la que descendía el demandado, ambas nietas del primer Marqués. 5. Era cosa juzgada para los hoy demandados las afirmaciones sentadas en el anterior pleito entre los mismos: entre los documentos aportados a dicho pleito había unas certificaciones de las partidas de bautismo de las hermanas, de las que se deducía la existencia de una hermana (doña F.) mayor que doña C. 6. El hoy actor acreditaba ser descendiente directo y primogénito de dicha señora, pero no pudo presentar certificación de las partidas de bautismo ni de casamiento de dicha señora por haber sido destruidos los libros parroquiales en 1936, y presentó una copia autorizada del testamento de doña F.

El actor suplicaba que se dictara sentencia por la que: se declarase que tenía mejor derecho genealógico que los demandados al uso y disfrute del título nobiliario de Marqués de Monteflorido.

De la demanda se dio traslado a los demandados y al Ministerio Fiscal. Este contestó y se opuso a la demanda, en tanto no se probasen los hechos expresados en la misma y la pertinencia de los fundamentos en ella invocados.

El demandado señor B. no compareció ni contestó, por lo que se le declaró en rebeldía y se tuvo por contestada la demanda.

El demandado señor P. contestó y se opuso, negando las afirmaciones del actor, las genealogías aportadas y la eficacia probatoria de la documentación aportada por el actor; también alegó que las declaraciones del mejor derecho a la sucesión en el título en cuestión en el pleito precedente se habían hecho atendiendo a dos razones genealógicas de derecho: una, por descender el señor P. de línea primogénita del primer Marqués, en relación con el señor B., y otra, porque el señor P. era pariente más *propinquo* del último poseedor

legítimo del título, es decir, del segundo Marqués. Suplicaba que se desestimase la demanda y se le absolviese de ella.

El Juzgado, con suspensión del término para dictar sentencia, acordó para mejor proveer que se emitiera informe pericial. Efectuado ello, dictó sentencia por la que, rechazando las alegaciones del demandado, estimó la demanda y declaró: que el actor tenía mejor derecho genealógico que los demandados al uso y disfrute del título nobiliario de Marqués de Monteflorido, como descendiente en línea directa de doña F., hermana mayor de doña C. y doña V., de quienes respectivamente descendían los demandados señores P. y B.

El demandado señor P. interpuso recurso de apelación ante la Audiencia, pero ésta confirmó la sentencia del Juzgado.

Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo por el demandado, éste lo articuló en cuatro motivos, basándolo en las siguientes infracciones: de la Ley 2.^a, título XV, partida 2.^a y Reales Decretos de 1922 y doctrina legal sobre la legitimidad del parentesco que se alegue en estos pleitos, cuya legitimidad no se ha probado; de los artículos 108, 53, 115 y 327 del Código civil y doctrina legal que contienen, por error de derecho en la apreciación de las pruebas, si se estima probada la legitimidad en base a la prueba documental practicada, por ser imposible probar la filiación legítima de tres generaciones con la exhibición de un testamento; de reiterada doctrina legal en los pleitos de mejor derecho a título noble, que exige que *hay que relacionar* a los litigantes tanto con el *concesionario* o primer titular cuanto con el *último poseedor legítimo de la merced*; y de la misma doctrina legal, que declara que es requisito inexcusable para que prosperen las demandas nobiliarias que se acredite por el actor *su parentesco preferente* en relación con el que se haya reconocido al demandado para legitimar el estado posesorio que disfrute, y el recurrido no ha demostrado dicha preferencia.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, sentando la doctrina siguiente:

Visto siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González.

Considerando: Que los problemas planteados en el recurso, se refieren a dos puntos del litigio: A) A la cuestión relativa a la legitimidad del parentesco alegado por el actor (motivos primero y segundo). B) Al mejor derecho que el demandado esgrime para ostentar la merced discutida (motivos tercero y cuarto): lo que permite y aconseja estudiar tales motivos en el mismo orden sistemático con que aparecen desarrollados en el recurso interpuesto.

Considerando: Que en el primer motivo y por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la sentencia recurrida de haber violado por inaplicación la Ley 2.^a, título 15 de la partida segunda, el artículo 5.º del Real Decreto de Gracia y Justicia de 6 de julio de 1922, así como también el artículo 10 de la Real Orden del mismo Ministerio de 21 de octubre de 1922, y la doctrina legal contenida, entre otras, en las sentencias de este Tribunal de 19 de enero de 1924, 5 de julio de 1960, 21 de mayo de 1964 y 15 de diciembre de 1965; conforme a cuya legislación y jurisprudencia, tanto para impetrar la posesión de una dignidad noble, como cuando se demanda la declaración de un mejor derecho sobre la misma, debe justificarse el solicitante, no sólo su parentesco de consanguinidad con el concesionario de la gracia, sino que este parentesco reúna la condición de ser «legítimo»; y el recurrente estima que, de este requisito tan necesario para mantener la pureza de sangre, se ha prescindido en el caso de autos, pues al mismo no se refiere la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, íntegramente acep-

tada por la Audiencia Territorial, y en la proferida por ésta se da como buena y probada tal legitimidad, en gracia a estimar suficiente para ello la prueba documental aportada por el demandante y el no ser lícito a éste ponerla en duda por serle sobradamente conocida; pero a tal argumentación de la parte recurrente es de oponer: Primero: Que al no combatirse previamente, la apreciación de la prueba hecha en la instancia y dirigirse este primer motivo por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley rrituaria, tal motivo empieza por hacer supuesto de la cuestión. Segundo: Que esa cuestión, en el terreno procesal, puede estimarse como «nueva», ya que no fue planteada en los escritos de la fase expositiva del proceso, y, como el propio recurrente reconoce, esta «excepción fundamentalísima» (según de modo literal se expresa) no fue tratada hasta el escrito de «conclusión», lo que equivale a reconocer que, como tal excepción, no se planteó el tiempo oportuno. Tercero: Que ello no empece, naturalmente, a la obligación que pesa sobre todo actor de probar los hechos normalmente constitutivos de la procedencia de su pretensión y, por tanto, en el evento de autos, la del demandante de acreditar su consanguinidad y legitimidad, a efectos de la litis entablada; pero es el caso que así lo entendió el accionante, ofreciendo la prueba que, a tal efecto, tenía a su alcance y la que fue estimada como suficiente por el Tribunal de Instancia. Cuarto: Que ante ello, y cualquiera que sea el valor que pueda darse en Derecho a la afirmación de la Sala sentenciadora, sobre no ser legítima al demandado la alegación de su duda sobre lo que bien conoce, es lo cierto que en este trance no cabe discutir si la prueba fue suficiente o insuficiente al fin pretendido, sino si, al apreciarla o valorarla, incurrió la Sala en error denunciante al amparo de otro cauce, entre los que establece el artículo 1.692 de la Ley procesal; por lo que el primer motivo se desvanece para dar paso al segundo de los que integran el recurso interpuesto.

Considerando: Que en el segundo motivo, y ya actuando por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se denuncia error de derecho cometido en la apreciación de las pruebas; es sabido que tal error consiste —según reiterada jurisprudencia— en no conceder a determinado medio probatorio la fuerza o importancia, en orden a la acreditación de los hechos, que le conceda alguna norma legal, ya proceda del Ordenamiento sustantivo o procesal; la infracción que indudablemente se refiere a la apreciación *deficiente o errónea* más que a la *insuficiente*, requiere para su debida formalización la cita de la norma legal que se suponga infringida, con los requisitos que determina el párrafo 1.º del artículo 1.720 de la Ley de enjuiciar, siempre que tal norma tenga el carácter de ser *valorativa* de prueba; en el caso de autos se aducen al efecto, como violados por inaplicación, los artículos 108, 53, 115 y 326 del Código civil; pero analizando someramente el contenido de tales disposiciones se advierte que: el artículo 108 se limita a establecer una presunción de legitimidad, contra la cual no puede accionarse, sino probando la imposibilidad física de acceso a que se refiere; afecta, pues, al «objeto» de la prueba, no a los «medios» que pueden emplearse para justificar el hecho único que, para contrarrestar la fuerza de la presunción, admite: por tanto, no establece ninguna norma valorativa de prueba; el artículo 53 se refiere sólo a la prueba del matrimonio y establece los distintos *medios* que pueden emplearse para acreditarlo, a la vista de la fecha de la celebración y de las circunstancias extraordinarias que puedan concurrir, pero no alude a la intrínseca valoración de los medios que autoriza; el artículo 115 concede exclusividad probatoria de la filiación legítima, al acta de nacimiento extendida en el Registro Civil,

salvo en los casos excepcionales que se contemplan en los artículos 110 a 113; y el artículo 327 atenúa la rigidez del artículo 115, permitiendo que la prueba del estado civil pueda ser «suplida por otras» cuando las actas del Registro Civil no hayan existido o hubiesen desaparecido o cuando se suscite contienda ante los Tribunales; relacionando las disposiciones legales, que el motivo cita, con las circunstancias de hecho, concurrentes en el caso de autos, no se aprecia que el Tribunal haya desconocido o vulnerado ningún precepto valorativo de la prueba, en cuanto puedan tener carácter de tales los que el recurso menciona; cierto, por otra parte, que el artículo 117 del Código civil autoriza la prueba «por cualquier medio» de la filiación legítima, en caso de no existir acta de nacimiento, documento auténtico, sentencia firme o posesión de estado, y que condiciona la aptitud de los medios autorizados a que haya un principio de prueba, por escrito, que provenga de «ambos» padres, conjunta y separadamente, y el recurso, en cierto eslabón de la cadena genealógica, entiende que falla esa exigencia en cuanto a uno de los progenitores, pero al no señalar como infringido, con los requisitos que impone el párrafo 1.º del artículo 1.720 de la Ley Procesal, el artículo 117 del Código civil, no puede el mismo tenerse en cuenta a los fines pretendidos por el que recurre, y, al no existir legalmente acreditado el error de derecho que se denuncia, y unido ello, a mayor abundamiento, a las circunstancias anormales que la Sala invoca, en cuanto a la destrucción de los registros parroquiales, con motivo de nuestra contienda civil, y a la propia actitud procesal de la parte demandada, con la extemporaneidad de su excepción, que indudablemente, hubiera opuesto en primer término, de tener el convencimiento de su veracidad y no limitarse a utilizarla como medio defensivo complementario, imponen la desestimación del motivo, quedando en pie lo declarado, al respecto, por el Tribunal de instancia.

Considerando: Que los motivos 3.º y 4.º del recurso pueden estudiarse simultáneamente, ya que, en ambos, se postula mejor derecho genealógico del demandado, por estimarlo como más propincuo pariente del último poseedor legal de la Merced discutida; y, al efecto, se hace una hábil selección de sentencias de esta Sala, extractándolas en lo favorable a su propósito, para inferir de las mismas que, *en todo caso*, el derecho de los contendientes, se ha de relacionar con el concesionario o fundador del título (primer poseedor de la Merced) y con el más próximo a ellos, conforme a derecho, que la haya disfrutado (último poseedor legal); pero el recurso da a su argumentación un carácter de generalidad que no tiene la doctrina que se invoca; ésta, lo que ha proclamado, reiteradamente, es «que no hace falta llegar hasta la persona del concesionario o fundador del Título, sino que basta referirse al último poseedor, cuando de él derive asimismo el parentesco invocado, y ello por razones de economía probatoria y, en definitiva, procesal, simplificando justificaciones que, por referirse, a menudo, a circunstancias o hechos remotos, envuelven dificultad»; que no debe confundirse lo simplemente «permisivo» con la «exigencia», imponiendo la referencia al último poseedor, cuando la línea genealógica supone menos grados de parentesco, para llegar al primer titular que al postrero, como sucede en el caso de autos, en que caducado, renunciado o inexistente el derecho que pudiera alegarse por los descendientes del segundo Marqués, los litigantes ofrecen y ostentan la condición de descendientes directos del concesionario, como hijos de la hija del primer Marqués, que fueron los ascendientes capaces de transmitirles su derecho al Título, el que habrá de deferirse por los criterios atinentes a la estir-

pe, grado, sexo y edad, correspondiendo el mejor derecho—según lo aprecia, acertadamente, la Sala—al actor, por proceder de nieta del concesionario, de mayor edad que la que tenían sus hermanas.

Considerando: Que, por todo lo expuesto, al carecer de viabilidad los fundamentos en que se apoyan los motivos que integran el recurso, procede la desestimación del mismo, con los pronunciamientos accesorios complementarios, conforme a lo establecido en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Nota.—Merece resaltarse la extraordinaria labor realizada por el Magistrado ponente, señor Aguado, descartando aquellas alegaciones del recurrente, basadas en simples *obiter dicta*, de precedentes sentencias sobre el tema.

Pese a la aparente condición anacrónica de estos litigios, su relativo auge reciente es, hasta cierto punto, revelador: o se trata de un mero interés «personal-familiar», jurídicamente protegido por las normas sustantivas comunes, o en ocasiones cabe deducir otros intereses patrimoniales, ligados a la pertenencia de un título (pensemos en la adscripción al título de una famosa marca de vinos, de una ganadería, etc.), cuya trascendencia económica es evidente. En cualquier caso, estas breves consideraciones de tipo genérico pretenden centrar la atención de los juristas sobre esta parte de nuestro Derecho sucesorio, olvidada de la doctrina, y cuyas conexiones con otras zonas del Derecho privado—derecho de marcas, v. gr.—son posibles y trascendentes.

El interés del caso de autos se debe a que la sentencia matiza el carácter de la relación con el último poseedor del título, y la entiende, no como una exigencia insoslayable. Por otro lado, quizá por razones de equidad, se admite una prueba ciertamente insuficiente de la legitimidad del parentesco, en base a la destrucción de los libros parroquiales.

J. C. G.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

LA ENTRADA EN VIGOR DE LAS DISPOSICIONES
REGLAMENTARIAS

SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1968.

I. PLANTEAMIENTO.

1. *Los hechos.*

a) Por Orden del Ministerio de Obras Públicas de 27 de julio de 1960, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 11 de agosto de 1960, se levantó la prohibición de admisión de instancias y proyectos para obtener concesiones de nuevos servicios regulares de viajeros por carretera, prohibición que había sido impuesta por Orden de 11 de enero de 1955.

b) D. R. F. presenta el 12 de agosto de 1960, en el Registro del Ministerio de Obras Públicas, instancia, solicitando le fuera admitido un proyecto de un servicio regular de viajeros. Esta petición se reitera el día 1 de septiembre de 1960.

c) El 19 de agosto de 1961 se autorizó la presentación de la oportuna solicitud. Y, presentada ésta, previos los trámites preceptivos, se acordó la adjudicación provisional del servicio por Orden de 4 de mayo de 1966, y la definitiva, por otra de 16 de diciembre de 1966.

d) D. A. R. interpuso recurso de reposición contra la última Orden, en el que estimaba la nulidad de las actuaciones del expediente, basándose en que «la petición inicial motivadora de la presentación del proyecto se encuentra articulada antes de la vigencia de la Orden Ministerial de 27 de julio de 1960, al haberse presentado en 13 de agosto de tal año, siendo así que la vigencia de la referida norma no comenzaba hasta transcurridos veinte días desde su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, que tuvo lugar, inicialmente, el día 11 de igual mes de agosto, y en forma definitiva, el 29 del mismo mes, citando en apoyo de sus argumentos las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1962 y 21 de marzo de 1966».

2. *La sentencia de 26 de octubre de 1968.*

En esta sentencia, de que fue ponente don Fernando Roldán Martínez, se sienta la siguiente doctrina, en sus Considerandos 1.º, 2.º y 3.º:

«1. Que la única cuestión a resolver en el presente recurso es, como señala la propia parte recurrente, determinar si don R. F. C. formuló su petición de que se le autorizase para presentar un Proyecto de servicio regular de trans-

porte de viajeros por carretera, entre Ripollet y Masrampiño, antes o después de la entrada en vigor de la Orden de 27 de julio de 1960, que levantó la prohibición de admisión de instancias y proyectos para obtener concesiones de nuevos servicios regulares de viajeros por carretera, impuesta por Orden de 11 de enero de 1955.

2. Que la jurisprudencia sentada por esta Sala, en orden a la fecha en que entró en vigor la Orden Ministerial de 27 de julio de 1960, a los veinte días de su promulgación en el *Boletín Oficial del Estado*, ya consignada por la sentencia que resolvió el recurso contencioso que afectaba al actual recurrente de 21 de marzo de 1966, que declaró que la citada Orden comenzó a regir a los veinte días, a partir del 11 de agosto de 1960, fecha de su promulgación, por lo que, manteniendo esa misma doctrina, también ahora se fija el mismo día inicial—11 de agosto—para el cómputo de los veinte días, y si esto es así, hay que reconocer que, con arreglo a la regla clásica de que el día inicial no se computa, pero, en cambio, se computa y debe transcurrir por entero el día final, por lo que se deduce que, si la publicación tuvo lugar el 11 de agosto, hay que reconocer que el plazo de los veinte días terminó el 31 del propio mes—desde el 12 al 31, ambos inclusive—, por lo que es forzoso reconocer que ya estaba vigente la citada Orden cuando, en fecha 1 de septiembre de 1960, R. F., dirigió la instancia, transcribiendo su petición de que le fuera admitido el Proyecto de servicio regular de viajeros entre Ripollet y Masrampiño.

3. Que, siendo doctrina establecida en orden a la aplicación de la Ley en el tiempo, que las disposiciones aclaratorias e interpretativas por venir a formar parte o integrar a las que se proponen aclarar o interpretar, se han de entender publicadas en el momento en que fueren éstas con mayor razón legal, es de aplicar este criterio, cuando—como sucedió en el caso que nos ocupa—la tan repetida Orden de 27 de julio de 1960 se publicó íntegramente en el *Boletín Oficial del Estado* de 11 de agosto no se hizo fraccionadamente en sucesivas fechas—ni tampoco sufrió una segunda inserción íntegra—, supuestos ambos en que habría de entenderse por fecha de promulgación el día en que terminara la inserción en el Periódico Oficial, por lo que debe considerarse que la publicación se hizo y terminó el 11 de agosto, al ser íntegramente insertada en el *Boletín Oficial del Estado* de dicho día, careciendo por completo del valor jurídico, a efectos de la determinación de la fecha en que han de entenderse publicadas las Leyes y disposiciones generales, la simple corrección de erratas que no modifica ni afecta al contenido de la norma, por lo que debe rechazarse la tesis del actor, que articuló su pretensión de extemporaneidad de la petición formulada por D. R. F. el 1 de septiembre de 1960, con base en que en el *Boletín Oficial del Estado* de 29 de agosto se había publicado una corrección de errata de la Orden, que se había insertado en el día 11 anterior del mismo mes, pues, tal corrección de errata, no repercute ni afectó al contenido de la citada Orden, y, consiguientemente, la orden quedó publicada el día 11 de agosto, y el 29 no se publicó más que una sencilla rectificación de errata padecida al hacer la referencia, que se hacía en el apartado 5.º al número 3.º, debía decirse al número 2.º que, como se ve, es una simplísima corrección, sin trascendencia para los efectos de la publicación y eficacia de la referida Orden de 27 de julio de 1960 »

II. LA ENTRADA EN VIGOR DE LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS.

1. En nuestro Ordenamiento jurídico es frecuente la utilización del concepto de Ley como «norma jurídica de Derecho positivo», si bien, como dice DE CASTRO, en los siguientes varios sentidos:

a) En el sentido amplio de norma de Derecho positivo. Así, en los artículos 3, 9, 10, 11 y 15 del Código civil

b) En el sentido de norma estatal. Así, los artículos 1º, 7º y 16 del propio Código.

c) Y, por último, como norma estatal primordial.

El artículo 1º del Código, pues, emplea el concepto de Ley como norma jurídica estatal. Por tanto, la regulación de la entrada en vigor de este precepto es aplicable a la Ley formal y a las disposiciones administrativas.

2. Es el Código civil el que regula la entrada en vigor de las disposiciones administrativas. Ni la Ley de régimen jurídico ni la de procedimiento administrativo contienen normas específicas sobre el momento de entrada en vigor de las disposiciones de carácter general que emanan de los órganos administrativos. El artículo 29, LRJ, y el artículo 132, se remiten al artículo 1º del Código civil. La Ley general tributaria, en la misma línea, en su artículo 20, dispone que «las normas tributarias entrarán en vigor con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1º del Código civil» (1).

Hay que estar, por tanto, a lo dispuesto en esas normas de Derecho común que se incluyen en el título preliminar del Código. En consecuencia, se impone la distinción entre la regla general de la *vacatio legis* y los supuestos especiales en que, apartándose de aquella, se adelanta o demora la entrada en vigor de la disposición.

III. LA REGLA GENERAL DE «VACATIO LEGIS».

1. El artículo 1º del Código consagra el principio general de *vacatio legis*: las Leyes—Leyes en sentido formal y disposiciones reglamentarias—entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispusiera otra cosa.

El momento de la vigencia se establece, por tanto, en función del hecho de la publicación. Una vez publicada la disposición en el *Boletín Oficial del Estado*, empezará a correr el periodo de *vacatio legis*, que termina el vigésimo día.

Siguiendo el principio general de *dies a quo non computatur in termino*, no se contará el día de su publicación, sino que empezará el cómputo el día siguiente al de la publicación. A partir del día siguiente se cuenta el plazo. Y la entrada en vigor se produce, no después de los veinte días, sino precisamente el día 20. Y así lo establece la sentencia comentada de 26 de octubre de 1968, en su 2º Considerando.

(1) Me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, páginas 620-622. Cfr., también, BOQUERA, *La publicación de las disposiciones generales*, RAP, núm. 31, págs. 91-93.

2. Ahora bien, la norma del artículo 1.º es subsidiaria. Rige en tanto no se disponga otra cosa. Una disposición puede regular un régimen distinto de entrada en vigor y a él habrá que estar. Y no es infrecuente que las disposiciones administrativas contengan un precepto especial sobre entrada en vigor, señalando una fecha concreta para el comienzo de la vigencia, que puede ser el mismo día de la publicación o una fecha determinada. Pero no conteniendo norma especial de vigencia, comienza a los veinte días de su promulgación en el *Boletín Oficial del Estado* (sentencias de 4 de febrero de 1960 y 2 de noviembre de 1964).

IV. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL.

La regla general de la *vacatio legis* tiene importantes excepciones. Aparte de los supuestos en que la propia disposición estableciese otra cosa, pueden señalarse las siguientes excepciones:

1.ª Las normas permisivas. Se ha dicho que la norma del artículo 1.º del Código civil se aplica sólo a las normas prohibitivas o imperativas, pero no a las permisivas, que establecen un derecho o facultad de que pueda hacer uso. Así se desprende del vocablo «obligarán» del precepto del Código, que implica sustitución de preceptos, no concesión de facultades. Y así parecen entenderlo las sentencias de 18 de mayo de 1907 y 25 de mayo de 1925.

2.ª Las normas interpretativas, cuya vigencia se retrotrae al momento de la vigencia de la norma objeto de interpretación. Así, sentencias de 29 de diciembre de 1959 y 8 de junio de 1961 (2). También se ha aplicado la regla de la retroactividad a las normas positivas, en cuanto fueren más favorables.

3.ª Por último, respecto de aquellas disposiciones publicadas con errores que después se rectifican, pueden citarse las siguientes sentencias (3):

— Una sentencia de la Sala 2.ª de 16 de abril de 1941, que declara «la publicación definitiva y eficaz de una Ley debe referirse a la fecha en que se rectificaron los errores de su primitivo texto, ya que realmente tan sólo entonces se verificó la inserción válida y auténtica del único (texto) que había de regir y ser aplicado en lo sucesivo».

-- Otra sentencia de la Sala 5.ª de 24 de junio de 1949 dice: «Si la rectificación no se limita a subsanar omisiones o errores materiales, sino que cambia el sentido de la disposición anterior, entonces ha habido un nuevo acto que debe estar sujeto, en sus efectos y formalidades, a las normas que regulan su válida aparición en la vida del Derecho».

V. LA ENTRADA EN VIGOR DE LA ORDEN DE 27 DE JULIO DE 1960.

Respecto de la entrada en vigor de esta disposición administrativa ha recaído reiterada jurisprudencia, que se planteó el tema de hasta qué punto, por ser una

(2) Cits. por VALLINA, en *La retroactividad del acto administrativo*, Madrid, 1964, páginas 69-70.

(3) Citadas por BOQUERA, *La publicación de disposiciones*, cit., pág. 93. Cfr. PÉREZ SERRANO, *Las erratas de las Leyes*, «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid», vol. I, núm. 2, 1957, págs. 315-316.

norma permisiva, era aplicable desde la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. El tema fue tratado con la debida extensión en la sentencia de 21 de marzo de 1966, quinto Considerando, de que fue ponente don Sabino Alvarez Gendín. En este Considerando se dice: «Que en práctica de esta labor hay que tener presente lo preceptuado en el citado artículo del Código sustantivo (el que a efectos de su aplicación comprende, además de las Leyes, los Reglamentos, Decretos, Instrucciones Ordenes y Circulares, referido a que tales disposiciones tienen fuerza de obligar a los veinte días de su promulgación 'si en ellas no se dispone otra cosa'; excepción ésta no contenida en la Orden de última referencia. Y si bien es cierto que existen dos sentencias fechadas en 18 de mayo de 1907 y en 25 de marzo de 1925, confirmando ésta incidentalmente la anterior, las que enseñan que no es aplicable el plazo dicho a las normas de carácter imperativo o prohibitivo, no lo es menos que esta doctrina ha de entenderse depuesta por criterio más moderno establecido por nosotros en sentencia de 21 de diciembre de 1962, que, como más reciente, establece el verdadero alcance de la interpretación que, respecto al particular, ha de tenerse como procedente el que además es sustentado por el propio Ministerio de Obras Públicas en resolución de 19 de enero de 1961, comentando la eficacia jurídica de tan repetida Orden y remite su vigencia al transcurso de veinte días a partir de su publicación en el antes mencionado período oficial, destacando que tuvo ésta efecto en 11 de agosto de 1960, y en base a lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo en relación con dicho primero del Código civil. Deduciéndose de lo razonado la evidencia de la extemporaneidad, denunciada por el actor, de ambas solicitudes del que actúa en autos como demandado: la de 8 de junio de 1960, como producida en tiempo en que no podía ser admitida a tramitación por impedirlo la Orden de 11 de enero de 1955, y la de 17 de agosto de 1960 (conceptuada por el Ministerio con alcance de petición de autorización comprendida en la otra Orden de 1960) por no estar vigente ésta a la ocasión, y como consecuencia, carentes una y otra instancias a efectos jurídicos; por lo que resultan nulas todas las actuaciones administrativas derivadas de las mismas, que por razón de tal ineficacia no pueden conducir a las determinaciones resolutorias de referencia, las que, por tanto, también adolecen de nulidad».

La sentencia que hoy comentamos reitera esta doctrina. Ahora bien, respecto de la rectificación de error viene a sentar un criterio que se aparta del precedente, mantenido en las sentencias antes citadas de 16 de abril de 1941 y 24 de junio de 1949.

J. G. P.

LIBROS

IRTI, NATALINO: *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*.

Editorial Giuffrè, Milán, 1967, 263 págs.

El análisis del tema, disposición testamentaria al arbitrio de otro, lleva a IRTI a plantear una serie de cuestiones fundamentales en materia sucesoria, especialmente las relativas a la función que el testamento desempeña en el fenómeno sucesorio y al modo de actuarla. Problemas que comienza tratando desde un punto de vista metódico y sistemático en progresivo análisis que finaliza con el del tema concreto. Se estudian los principios de personalidad y formalidad. El del «negocio jurídico *per relationem*», y las disposiciones testamentarias al arbitrio de otro, etc.

La figura supone una excepción a los principios generales testamentarios. Se dice que hay disposición testamentaria encomendada al arbitrio de un tercero cuando el testador confiere a éste el encargo de designar el objeto del testamento o la persona del llamado.

En Derecho italiano la doctrina antigua conectaba el tema con el principio de certeza de las disposiciones testamentarias que se desprendía del artículo 834, 1.º, del Código civil de 1865. Principio de certeza derivado de las fuentes romanísticas. Principio que exigía que el testador al tiempo de la elaboración del negocio se representase la persona del llamado y el objeto del testamento. Certeza que, pone de relieve IRTI, tenía carácter subjetivo, hacia referencia no a la estructura del negocio, sino al estado de conciencia de su autor. Un análisis más detenido del tema llevó a la conclusión de que en el Derecho positivo italiano no estaba vigente este principio, que del artículo 830 se desprendía que la incerteza subjetiva no comprometía la validez del negocio, que cabía la individualización mediante circunstancias extrínsecas al negocio, así los artículos 724 y 764, preveían la institución del concebido y no nacido y de los *nascituri non concepti*, ambos sustraídos a la esfera de la cognoscibilidad del testador.

De la conexión de los preceptos 830 y 834 se desprendía que no se exige el elemento de la certeza psicológica, sino el de la simple determinabilidad. La doctrina se inclinó a favor de esta interpretación, con lo cual el encargo conferido a tercero para designar el heredero o el objeto del testamento quedaban dentro del régimen positivo. Esta doctrina tuvo un influjo decisivo en el artículo 628 del Código civil vigente italiano, en el que no queda rastro de referencia a certeza psicológica: y aparece manifiestamente el criterio de la determinabilidad, admitido, y, por tanto, cabe que también se admita el supuesto que estudiamos (*E nulla ogni disposizioni fatta a favore di persona che sia indicata in modo da non poter essere determinata*, art. 628). No hay por qué hacer distinción entre los modos de determinación que hacen referencia a simples elementos naturales e históricos y aquel que se deja a la elección de un tercero.

Pero el problema se plantea porque frente al criterio que parece expresarse en el artículo 628, los artículos 631 y 632, sancionan con la nulidad a las disposiciones testamentarias con las que se haga depender del arbitrio de un tercero la indicación del heredero, del legatario, o bien la determinación de la cuota hereditaria, o el objeto o la cuantía del legado.

Así, pues, la admisión de las disposiciones testamentarias remitidas al arbitrio de otro imponen la necesidad del análisis de los principios sucesorios en materia testamentaria, o que lleva a cabo IRR a continuación.

En primer término hace referencia a los principios de personalidad y formalidad, para ver si son compatibles con la figura estudiada. Pone de relieve que el recurso al arbitrio de otro no es un fenómeno de representación voluntaria, no admitido en materia testamentaria. El principio de la personalidad supone que sólo el testador puede señalar la dirección del fenómeno sucesorio, porque sólo a él autoriza la Ley para llevarlo a cabo.

En materia testamentaria el efecto sucesorio es inevitable y para nada depende de la voluntad del testador, al cual sólo es permitido señalar la concreta y específica dirección del mismo. Es la norma la que decide el fenómeno hereditario. El contenido legal es la regla y el privado, manifestado en el testamento la excepción. El testador recibe esta concreta competencia de la norma jurídica; el efecto sucesorio sólo puede ser orientado por aquel que en el momento anterior a la muerte era titular de los derechos y obligaciones a que hace referencia el fenómeno testamentario. El testamento no provoca ni elude el fenómeno sucesorio; está habilitado sólo para operar, no en cuanto al ser, sino en cuanto al cómo de éste.

Pues bien, si la designación de heredero o del objeto del testamento es función que la norma atribuye al testador en el ámbito de producción de los fenómenos jurídicos, esta función no podrá ser llevada a cabo por otros. El Ordenamiento jurídico, en éste como en otros aspectos en materia testamentaria, pretende así tener un control sobre el negocio testamentario (ejemplo, cuotas legitimarias, etc.). Resumiendo: el testamento debe de ser imputado al testador porque a él ha conferido la norma la función de establecer el modo de las consecuencias jurídicas. En este orden de ideas la disposición testamentaria al arbitrio de tercero viola este principio y debe de ser prohibida. Esta figura quebranta la relación entre la norma y el de *cuius*, relación de donde al particular le viene conferido el poder de tornar inaplicable la disciplina de la sucesión legítima.

Sin embargo, la excepción al principio de la personalidad reside en esto: que el negocio testamentario no contenga la directa indicación de los términos heredero, objeto, los cuales serán colegidos de la elección del tercero. El reenvío a la elección por tercero permite calificar al testamento como negocio *per relationem*. La *relatio* mira en este caso al lado sustancial del negocio.

La elección del tercero sirve de medio para designar a un término del fenómeno sucesorio; la designación en este supuesto no se lleva a cabo directamente por el testador, sino que recurre a elementos extrínsecos. El negocio no es incompleto, sino que no basta para la producción del efecto, necesita de un elemento integrativo.

La calificación de negocio *per relationem* nada dice en cuanto a la validez del testamento; únicamente hace referencia a la peculiar manera como el autor del negocio ha formado su intención: acudiendo a datos extraños. El reenvío no supone falta, sino modo de deliberación.

A continuación hace referencia expresa al principio del formalismo del negocio testamentario. El testamento, negocio solemne, desde el punto de vista de la estructura del negocio, del autor del mismo de la relación

entre negocio y orden jurídico, según el cual, faltando la forma prescrita el supuesto no se perfecciona. Analiza detenidamente el principio formalista que inspira el régimen del testamento, tras de lo cual concluye que el reenvío a datos extraños para la determinación de los términos del testamento no se opone al formalismo testamentario, porque la decisión se manifiesta con observancia de la Ley. El reenvío opera en el momento de la eficacia, cuando el intérprete es llamado a individualizar los términos del fenómeno sucesorio (objeto y destinatario). La decisión tiene un específico modo de ser: el testador ha deliberado mediante el envío a fuentes extrínsecas. No cabe hablar de distinción entre reenvío a meros eventos históricos y reenvío al arbitrio de otro. El testador declara directamente una decisión por reenvío a través de la forma legal, el intérprete reconstruye una deliberación *per relatio*.

En el capítulo II el problema que se analizó antes dentro del cuadro general de los principios generales de derecho testamentario, ahora se estudia en virtud de los de método y análisis de los efectos sucesorios: problemas de la perfección y eficacia del negocio.

Problemas de naturaleza netamente constructiva. Analiza los elementos estructurales del negocio testamentario, su composición. Destaca el nexo entre el supuesto de hecho «disposición testamentaria» y la disposición testamentaria remitida al arbitrio de otro. Supuestos fungibles y alternativos, el primero es el principal, el segundo el secundario. Se plantea el problema de si la elección llevada a cabo por el tercero es elemento para la validez o para la eficacia del negocio, es decir, el de la validez de una designación que no se lleva a cabo directamente por el testador, sino a través del arbitrio del tercero. La respuesta conduce a un problema de método en el que se detiene. Punto de partida de este análisis es el del efecto sucesorio que el testador, dentro de ciertos límites, está legitimado para dirigir. Objeto particular de examen será en la sección segunda del capítulo todo lo relativo al efecto sucesorio. El efecto sucesorio puede describirse así: como pérdida por un sujeto de la titularidad de un derecho y formación de una nueva titularidad que reclama y reanuda la anterior. El problema dogmático descansa en definir el nexo de continuidad, las soluciones, como es conocido, giran en torno a una doble posición: la teoría monística; que el derecho mantenga su propia identidad, y la dualística: que atribuye al sucesor un nuevo derecho, si bien equivalente y conexo con el anterior, supone esta solución la extinción de la vieja relación y la constitución de una nueva. Lleva a cabo la crítica de la teoría dualista desde el punto de vista positivo y desde el lógico.

Hace referencia especial a la doctrina de CZYHLARZ, que trata de resolver el problema de la continuidad diciendo que el nuevo derecho es de la misma naturaleza que el derecho originario y surge en virtud de éste. Así como a la de CARNELUTTI, que postula una sucesión en el interés y satisface la exigencia de la continuidad jurídica (del interés), extendiendo al nuevo titular la influencia de los hechos sucedidos frente al antiguo.

Concluye IRTI, después de su detenido análisis, que las teorías dualistas no han llegado a descubrir un ligamen de continuidad entre la antigua y la nueva relación. Niega, asimismo, la posibilidad de sucesión en el hecho y el efecto jurídico, pero trae ciertos corolarios de esta crítica: el concepto de sucesión satisface la necesidad de continuidad de la vida jurídica, la continuidad implica un subseguirse en el tiempo de situaciones que por un lado cambian y en otro aspecto permanecen idénticas; el factor de identidad, que salvaguarda la continuidad en el cambio y liga lo anterior a lo posterior debe de ser considerado en el campo jurídico. El problema dogmático de la sucesión no es, a fin de

cuentas, sino el mismo que el del cambio de titularidad del derecho subjetivo. Realiza un estudio de la titularidad del derecho y, finalmente, del substrato material del fenómeno sucesorio y de la situación de hecho y el efecto sucesorio, resumiendo que el efecto sucesorio se desenvuelve frente a un derecho y un sujeto determinados, que tal determinación proviene del área del supuesto de hecho, y que, como consecuencia, la elección del tercero es un presupuesto indeclinable para que el efecto llegue a producirse. Se detiene en la consideración del efecto sucesorio, para concluir que consiste en el unir un derecho preexistente a una persona determinada.

El contenido del capítulo tercero hace referencia al contenido y objeto del negocio testamentario, siempre en orden a la justificación del tema. Se plantea el problema del análisis interno del supuesto de hecho, como categoría funcional que tiene una estructura en la que cada elemento tiene asignada una distinta posición y calificación. El estudio pretende aislar en el conjunto de datos del supuesto de hecho el negocio testamentario, esto es, el núcleo de elementos a los que la norma da un típico *nomen* y una específica disciplina.

El negocio testamentario está dotado de energía innovadora, no desenvuelve ni modifica la realidad jurídica preexistente; fuente de lo nuevo y distinto es el efecto que la norma hace surgir del negocio. La unión entre el pasado y el futuro es, asimismo, obra del negocio. El negocio determina el contenido del efecto sucesorio que llena el esquema legal abstracto. El negocio como presupuesto para la entrada en vigor de la norma tiene una función descriptiva de los términos concretos del mismo. El negocio testamentario es un momento intermedio entre los efectos ya verificados y aquellos que han de realizarse. Lleva a cabo IRTI un cuidadoso análisis del negocio testamentario, de su contenido legal mínimo, de sus elementos, un grupo de los cuales tiene la función precisa de dirigir, encaminar el efecto de la sucesión.

En el capítulo IV se estudia la configuración del objeto y contenido del negocio testamentario, para lo cual examina una serie de teorías de BRUNETTI, PUGLIATTI, NICOLÒ, ALLARA, BARBERO, RUBINO y RESCIGNO sobre los distintos aspectos del tema.

Se intenta establecer qué posición ocupa el testamento en el fenómeno complejo que se desarrolla de la antigua a la nueva titularidad. Lo sistematiza alrededor de los dos momentos fundamentales: las situaciones inicial y final del fenómeno sucesorio. La situación inicial a la que el testamento hace referencia consta de la pérdida del derecho por un sujeto a causa de su muerte y de la pluralidad de sujetos abstractamente idóneos para asumir la titularidad de ese derecho.

Pone de relieve la diferente forma de actuación de la transmisión *inter vivos* y la sucesión *mortis causa*.

La pérdida de un derecho por causa de muerte es, a la vez, resultado y principio, efecto de un supuesto de hecho y elemento de otro supuesto de hecho, duplicidad de funciones explicada por el carácter relativo y dinámico de las situaciones jurídicas, dice IRTI.

Característica del negocio testamentario es que la situación inicial es necesariamente futura. Refuta IRTI el argumento de que el Derecho y la persona del llamado existan ya al tiempo de la elaboración del testamento. Escribe IRTI que el negocio *mortis causa* decide en torno a una realidad: la muerte del sujeto. El testador decide algo que ahora no es, que podrá ser sólo después de su muerte. Función de la muerte: produce la situación inicial (pérdida de derechos) y combinándose con el negocio testamentario, integra el supuesto de hecho.

La situación final consiste en que lo perdido por el de *cuius* viene imputado a otro; en la nueva titularidad se resuelve el fenómeno suce-

sorio propiamente. Destaca cómo la nueva titularidad no se une al testamento, se firma también, aunque el de *cuius* no quiera o no concluya el negocio. El efecto sucesorio se produce en todo caso. Singularidad que pone en tela de juicio la teoría unitaria del negocio jurídico.

Examina diversas teorías acerca de la función del testamento en el fenómeno sucesorio. En primer término la de BRUNETTI, haciendo especial referencia a la idea del testamento como ejemplo de la crisis de la voluntad privada. En los negocios jurídicos *inter vivos* la voluntad privada es la generadora de los efectos jurídicos, en la sucesión testamentaria al tiempo en el que la voluntad sería llamada a producir efectos jurídicos, el particular ha muerto y por tanto deben de ser producidos por una voluntad inexistente. La teoría de BRUNETTI es una perspectiva voluntarista del problema: allí donde la voluntad del particular no puede producir efectos, subentra la voluntad del Estado, que obedeciendo a una vinculación asumida con la Ley, sigue las indicaciones del testador. IRTI rechaza la teoría voluntarista, por entender que el efecto no lo produce la voluntad del particular ni la estatal, sino la norma jurídica que lo prevé y vincula a un supuesto de hecho. La doctrina tiene el especial interés de poner de relieve el problema dogmático del testamento, ¿si el efecto sucesorio se debe al hecho jurídico de la muerte; qué función desempeña el negocio jurídico testamentario?

El testamento que no resuelve la vieja titularidad no es idóneo tampoco para reconstruirla en cabeza del nuevo sujeto. La muerte es la causa jurídica de la sucesión, esto es, el supuesto de hecho al que la norma vincula el subentrar de otro sujeto. El testamento no transfiere el derecho. El testamento no tiene influencia sobre la producción del efecto, no puede provocarlo, no está en la posibilidad de eliminarlo. De todo ello se concluye la autonomía del efecto frente al negocio testamentario; y la accidentalidad, por el contrario, del negocio testamentario. Hace expresa referencia y critica a las posiciones frente al problema de BRUNETTI, PUGLIATTI y NICOLÒ, para los que el testamento es condición por la que surge el deber del Estado de distribuir los bienes del difunto del modo indicado por él. Las ideas de vocación hereditaria como vocación que tiene siempre carácter legal y de que el particular se limita a influir en el *modo* de la sucesión. El efecto del testamento se limita a determinar el modo y contenido de la sucesión. El testamento no es causa de la sucesión, sino fuente de designación dentro de los límites y en la forma fijada por la Ley del nuevo titular.

En la misma línea de ideas ALLARA, y más recientemente BARBERO.

También se recogen las teorías de RUBINO y RESCIGNO, en las que no podemos detenernos

A continuación exprime una serie de conclusiones, que en muchos casos son repetición de las ideas expuestas, acerca de la relación entre el testamento y el efecto sucesorio: el testamento no tiene eficacia para desanudar el ligamen del antiguo titular ni para recomponerlo en el nuevo, la norma conecta la pérdida y adquisición del Derecho al hecho jurídico de la muerte; el testamento entra en función cuando se trata de vincular a otro el derecho perdido por el de *cuius*, el testamento se limita a sustituir el contenido legal de la sucesión, etc.

Hace una especial referencia al contenido y objeto del testamento: el contenido del testamento está formado por decisiones actuales sobre la suerte de los bienes. El objeto se descompone en dos aspectos o mejor términos: la descripción del derecho perdido por el de *cuius* a causa de la muerte y la designación de la persona a la cual el derecho está destinado.

El objeto del testamento, añade IRTI, se resuelve siempre en el perfil descriptivo de una realidad futura.

Modos como el testador puede llevar a cabo la designación de los términos de la sucesión (modos en todo caso dispuestos por la norma, pero que deben de resultar de la declaración testamentaria): son dos (artículo 628): determinación e indicación; explica los términos: la determinación supone elección por parte del testador, en este supuesto es completa la designación. Cabe la determinación acudiendo a datos extraños, extratestuales; limite a esta fórmula es que el de *cuius* determina la persona del llamado en todo caso.

Indicación: Artículo 628 la contempla bajo dos aspectos: negativo—inexistencia de la determinación de la persona y el objeto—; positivo: el testamento ofrece el instrumento para llevar a cabo la determinación. La determinación no se encuentra en el negocio, hay un reenvío a una fuente externa. La indicación da lugar a un proceso determinativo que lleva al negocio hacia el exterior. El texto es insuficiente en orden al contenido del efecto. La doctrina habla de negocio *per relationem*. *Relatio* es el reenvío a fuentes externas, el especial modo que el testador emplea para designar el objeto del negocio: persona o Derecho.

Pero no cabe hablar de que el negocio sea incompleto estructuralmente. En el capítulo V se hace referencia especial a las fuentes determinativas externas, siguiendo así una línea de sistemática trazada desde el comienzo.

Distingue IRTI entre fuentes determinativas del Derecho (técnicamente calificada de fuentes de calificación) y fuentes determinativas de la persona del llamado. Analiza también la especie y cualidad de los eventos que el testador puede emplear en la función de fuentes determinativas. Los eventos objeto de la *relatio* pueden ser clasificados en anteriores, contemporáneos y posteriores al negocio testamentario. Con respecto a sus características objetivas cabe encuadrarlos en: situaciones (estados de cosas), actos humanos, hechos naturales. En el Derecho italiano las fuentes externas de imputación del llamado aparecen de modo general en el artículo 628; es válido, se infiere del mismo, el testamento en el que la persona del llamado se induce mediante el recurso a una fuente externa. La *relatio* es uno de los modos en que puede presentarse el negocio testamentario, la norma no hace una enumeración de los eventos a los que el testador puede recurrir para la determinación mediante medios extraños. Hace análisis de algunos supuestos. Es posible que el testador recurra como fuente determinativa al arbitrio de otro para llevar a cabo la elección. Y este aspecto es objeto especial de atención en el capítulo VI, que trata de la estructura y función del reenvío al arbitrio de otro, fórmula que describe el fenómeno, pero no ofrece la línea dogmática del mismo.

Supone la fórmula que analizamos la derogación del principio de la personalidad. Exige el tema preguntarse de qué instrumentos podrá servirse el testador para que la elección del tercero asuma la función de fuente determinativa.

En primer lugar IRTI realiza el examen crítico de la teoría del *mandatum inter vivos*. Distinguiendo las tres hipótesis de encargo: que deba ejecutarse en vida del mandante, que *pueda* ejecutarse después de la vida o *deba* ejecutarse después de la vida. En el supuesto de negocio testamentario el encargo ha de colegirse necesariamente del testamento. La *relatio* tiene su sede necesaria en él, el de *cuius* al disponer sobre el objeto del negocio, reenvía a una fuente extrínseca. El negocio testamentario privado de *relatio* sería imperfecto. Sólo el encargo a tercero que tiene sede en el negocio alcance relieve y recibe la calificación de «disposición dejada al arbitrio de tercero». La *relatio* tiene por objeto la finalidad de una elección a llevar a cabo por un tercero después de la vida del *cuius*; el encargo debe de revestir la forma testamentaria.

Bajo este perfil, el *mandatum (inter vivos) post mortem exequendum* debe de considerarse inadmisibile. También rechaza la construcción de un sector de la doctrina, COVIELLO, CARIOTA FERRARA, que lo clasifica de mandato unilateral, lo que está en contradicción con el carácter necesariamente bilateral del mandato en el Derecho italiano.

SANTORO-PSARALLI y ALLARA sugieren la idea del negocio autorizativo; el testador conferiría al tercero el poder de influir con su declaración de voluntad, sobre una esfera jurídica extraña. El fenómeno vendría resuelto en una combinación de negocios unilaterales: del negocio que atribuye los bienes y del negocio, que confía al tercero el encargo de la elección. La *electio* asume así el carácter de negocio auxiliar que completa el contenido y provoca la eficacia de la declaración principal. IRTI rechaza también esta figura que, manifiestamente, está en oposición con las ideas por él sostenidas acerca de las disposiciones testamentarias al arbitrio de otro y con la figura unitaria del testamento *per relationem*.

Otros autores (CORRADO, ABBAGNANO) ven en la *electio* de un tercero un negocio de *ascertainment*: la parte atribuye al tercero el poder de definir la modalidad de la relación; poder que aquélla omite ejercitar. El tercero cumple lo que la parte pudo cumplir directamente. Como vemos, la construcción tiene dos aspectos: el negocio, con el cual la parte confiere al tercero el poder de *ascertare* (negocio autorizativo), y el negocio, con el cual el tercero decide la modalidad de la relación (negocio de *ascertainment*). IRTI hace análoga crítica a esta construcción que antes hiciera al examinar la teoría del negocio de *ascertainment*: que quebranta la unidad lógica y normativa del testamento *per relationem*; que donde el objeto de la *relatio* son hechos naturales o acaecimientos históricos, no es concebible ni un negocio autorizativo ni de *ascertainment*.

Después se plantea la cuestión de si el significado del término «incertidumbre» es siempre el mismo, si la incertidumbre dependiente del reenvío a la elección de tercero coincide con la incertidumbre, que viene eliminada mediante un tipo de negocio jurídico. Si es idéntica la situación sobre la que opera un negocio de *ascertainment* que aquélla sobre la que opera la elección de un tercero, para concluir negativamente.

Finalmente, analiza la estructura de la *relatio*: el reenvío no es un negocio que aparezca al lado del negocio principal, sino un elemento del mismo. Para indicar los términos de la situación anterior, objeto y llamado, el de *cuius* puede utilizar uno de los dos esquemas legales: valerse de datos intrínsecos o acudir a una fuente extraña. Ambos garantizan la perfección del contenido y la validez del negocio. El reenvío se entiende como un *modo* de designar los términos del efecto, *modo* que la norma prevé y ofrece a la elección del testador. Como elemento, es necesario para la perfección del negocio. Carece la *relatio* de toda autonomía formal, es decir, de una existencia distinta a la del negocio, en el que se inserta. Existe sólo como parte del negocio que, sin ella, sería imperfecto. Ni quizá sea enteramente exacto decir que el resultado de la elección viene comprendido entre los elementos de la relación, sino que el resultado de la elección consiste únicamente en la determinación del derecho o del sucesor, mientras que los elementos de la relación son el sucesor y el derecho.

La elección por tercero es uno de los eventos que el testador puede utilizar para individualizar los términos del efecto sucesorio.

Es, a juicio de IRTI, algo que cobra relieve, no como actividad del hombre, sino como evento necesario para alcanzar un fin. Con la «fórmula» elección del «tercero», se describe un hecho, no se confiere un poder, ni se toma del exterior un elemento del negocio. Sólo la determinación que proviene de aquel hecho sirve para producir y conver-

tir en cognoscible el fenómeno sucesorio. *Relatio* es, insiste, asunción de un evento extrínseco, que tiene por fin indicar uno u otro términos del efecto.

A continuación procede al análisis del dato extrínseco al que el testador reenvía: distingue entre arbitrio simple o ilimitado y prudente o limitado. Establece sus diferencias que es ocioso consignar aquí.

La Ley, estima, no ofrece un régimen que consienta o vete, en línea de principio, el recurso al arbitrio de otro. Tampoco cabe tratar unitariamente los dos objetos de la elección: elección de derecho y de sujeto. Analiza el régimen positivo italiano en este orden de ideas.

Del artículo 628 se desprende que el negocio testamentario es nulo sólo si no se ha previsto un modo idóneo de determinación. Pero teniendo también en cuenta las normas prohibitivas del artículo 631, el supuesto de elección al arbitrio de otro tiene carácter excepcional. Hace el examen de diversos supuestos legales. Finalmente, concluye que, en cuanto a la hipótesis de reenvío a la elección del tercero del sucesor, el reenvío tiene naturaleza de arbitrio prudente o limitado del tercero.

Después analiza el supuesto de la elección haga referencia al derecho, supuesto que no tiene una norma paralela a la del artículo 628, sino únicamente a una serie de casos que se recogen en diversos preceptos del Código civil italiano, para llegar a una conclusión análoga.

Por último, hace especial referencia al tercero encargado de la elección. Cuestionándose si habrá de ser una persona cualquiera simplemente diversa al testador, o también lo habrá de ser extraño al fenómeno sucesorio. Concluyendo que habrá de ser extraño al fenómeno sucesorio y aquellas personas que están comprendidas en grupos de categorías familiares, indicadas por el testador, no podrán recibir el encargo de la elección. Pues representan el ámbito, dentro del cual habrá de cumplirse precisamente la elección.

* * *

El estudio de IRTI sobre el tema disposiciones testamentarias al arbitrio de otro nos abre un amplio margen a la reflexión: junto con un régimen jurídico, inspirado en análogos principios, nos encontramos dentro de nuestro Código civil, con un precepto semejante al artículo 628 del Código civil italiano, el artículo 750: «Toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta.» Aparte la excepción al principio de la personalidad que aparece manifestada en el artículo 671. Esto nos induce a preguntarnos si cabría intentar la defensa de la posibilidad de hablar dentro de nuestro derecho de la validez de las disposiciones al arbitrio de un tercero, siempre dentro de los términos que hemos visto irse dibujando en la Monografía de IRTI. La sugerencia queda como posible tema de un estudio, por muchas razones, obvias de señalar, interesante y práctico.

TERESA PUENTE MUÑOZ,

Profesor Adjunto de Derecho Civil.

LALAGUNA, ENRIQUE: *La enfitensis en el Derecho civil de Baleares*. Pamplona, 1968, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., prólogo de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, 119 págs.

Estamos ante una obra de reducida extensión, pero—dentro de la problemática de la enfitensis en el Derecho balear—de importancia, teórica y práctica, muy acusada.

Como dice muy bien el catedrático de Derecho Civil, SANCHO REBULLIDA, en el Prólogo a esta obra, el profesor LALAGUNA «manifiesta en este libro virtudes científicas, evidenciadas ya en trabajos anteriores, es decir: concisión expositiva, hermanada—y no es fácil hacerlo—con la claridad y la elegancia; rigor científico, sobre todo en el manejo directo y puntual de una bibliografía exhaustiva, que se enriquece con los puntos de vista doctrinales del Derecho común y del Derecho de Cataluña, en relación de afinidad o contraste con el tema tratado.

Este tema no es otro que el de precisar el significado y alcance que, en sus artículos 55 a 63, dedica al censo enfitéutico, o «alodial», la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares.

Los trabajos monográficos, de instituciones de Derecho foral, ofrecen al estudioso interés acusado; más acusado, naturalmente, cuanto más vitalidad haya conservado y más proyección de futuro ofrezca—también para el propio Derecho común—la institución estudiada. Es decir, con palabras de LALAGUNA, «examinar de qué manera y en qué medida responde la Compilación balear a las exigencias del sistema de Derecho, en el men especial del texto compilado y el régimen general del Código». que, históricamente, ha pervivido el censo enfitéutico mallorquín, y, por otra parte, en qué condiciones han de coexistir en el futuro el régimen especial del texto compilado y el régimen general del Código».

Estoy conforme, en parte, con el autor, al estimar que el plan de Compilaciones, propuesto por el Congreso de Derecho civil de 1946, «nace con el designio de salvar en su integridad, con el debido ajuste a las necesidades de nuestro tiempo, *el sistema* (el subrayado es mío), en el que han arraigado, históricamente, las instituciones peculiares de cada región». Digo que estoy conforme, en parte, pensando en que no todos los Derechos forales son iguales, ni siquiera análogos. Algunos, el balear desde luego, tuvieron configuradas desde antiguo algunas instituciones peculiares, y para él—y otros Derechos, como el de Galicia, por ejemplo—vale la afirmación. Ahora bien, otras regiones de fuera no solamente tienen instituciones nitidamente diferenciadas, sino que desprendidas de ellas, o, mejor, abstrayéndolas de las instituciones peculiares, pueden configurarse principios—tal, por ejemplo, el de la plena libertad dispositiva del Derecho navarro—que demuestran la existencia de un verdadero sistema de Derecho, vivo y en evolución, y con una proyección futura tan importante, al menos, como el Código civil para el Derecho común.

Que éste recoja, en su día, instituciones y principios de los sistemas civiles forales, habrá de ser cuestión aparte. Precisamente en esta materia de censos—suscribo la opinión del prologuista del trabajo recensionado—, el profesor LALAGUNA, «que se propuso—y logra cumplidamente—una aportación constructiva al Derecho civil de Baleares, lo cierto es que, además, se ha encontrado con otra aportación positiva a la temática general de los censos, tan necesitada de tratamiento profundo, claro y riguroso».

Y es que no cabe duda, como se ha escrito recientemente, que los Derechos forales—ya se consideren conteniendo pocas o muchas instituciones peculiares, ya se configuren como sistemas de Derecho propio—, los Derechos forales, repito, «han ido eliminando lo que venía condicionado por contingencias históricas periclitadas y amoldando a su manera de ser y condiciones reales unas y otros; por lo que el jurista—también el de Derecho común—no puede menos de quedar convencido que de las más altas tradiciones pueden extraerse todavía, si se mantienen una actitud de vital fidelidad a las mismas, los más ajustados avances doctrinales».

Los presupuestos críticos que integran el capítulo I del libro, permiten suponer—en palabras del autor—que los libros de aplicabilidad del Código civil, en materia de censos, han de topar necesariamente—más necesariamente que, por ejemplo, en materia de régimen económico del matrimonio, o de sucesión *mortis causa*, objeto de reelaboración más detenida y en las que las deficiencias de sistema son menos acusadas—; han de topar o, mejor dicho, precisarse con ayuda de la interpretación histórica.

El estudio, exhaustivo, de precedentes históricos y de fuentes escritas sobre el censo enfiteutico mallorquín, integra el capítulo II del trabajo de LALAGUNA. a mi modo de ver, el más interesante del libro. Como no podía por menos, la costumbre—al igual que en los Derechos forales de mayor contenido—es la primera fuente que configura la institución del censo enfiteutico en Mallorca; y también, como en casi todos los Derechos forales, los precedentes romanos fueron fuertemente influidos por otros más o menos germánicos: «alodio» parece proceder del franco «alod», significativo de la propiedad plena. Posteriormente, siglos XIII al XV, las costumbres de Barcelona, y el Derecho consuetudinario de algunas comarcas catalanas, influyen también, de modo notorio, en el Derecho balear, y no sólo en la institución estudiada; vigencia formal del Derecho de Cataluña, admitido como supletorio entre las fuentes del Derecho mallorquín.

La conclusión del autor, finalizado el estudio histórico y exegetico, se desprende, clara y exacta, en la noción del censo alodial, en la distinción con los censos propiamente dichos y con arrendamiento, y, finalmente, en la concreción de la naturaleza jurídica de la institución, distinguiendo las relaciones reales de las obligatorias y destacando la condición del enfiteuta como titular de un *ius in re aliena*; consideración ésta que «evita el riesgo de una construcción de la enfiteusis, basada en el predominio de unos puntos de vista—aspectos obligacionales—que conducirían a su encuadramiento en la teoría de los censos».

El análisis del autor es certero, al señalar que, si la expresión «fincas gravadas con censo» del artículo 59 de la Compilación (tomada de los artículos 1.617 y 1.627 del Código civil), es válida para el Derecho común, «donde, por ser propietario el enfiteuta, se puede decir con razón que el pago de la pensión grava la propiedad», no es exacta en la enfiteusis de Mallorca, puesto que «el censo alodial no es *carga* ni *gravamen*, sino manifestación de reconocimiento del dominio».

Y éste es un ejemplo, mínimo, pero muy real, de que es difícil, en la obra de las Compilaciones forales, recoger sin adherencias extrañas—aunque sean del Código civil—el Derecho privativo.

El régimen de la enfiteusis de la Compilación es objeto de estudio en el capítulo III del libro criticado. Destaca, a mi juicio, el análisis de la antinomia de los artículos 57 y 63, con sus dos procedimientos de redención, evidentemente incompatibles, que el autor resuelve, con sentido jurídico (y sentido que ahora está de moda llamar «social»), en favor del artículo 63.

La redimibilidad del «alodio» es la novedad más destacada de la Compilación. A mi me parece que hoy día—en todo Derecho, común y foral—es de necesidad ineludible proclamar la redimibilidad de ésta u otras instituciones afines; debe darse este paso—lo ha dado la Compilación balear—de manera decidida, e ir, en derecho constituido y constituyente (pienso en el Derecho foral navarro), a la declaración de redención de censos (también el consignativo) y situaciones de dominio, dividido en fincas o derechos, como las «corralizas», en Navarra. Sólo proclamando la redención, subsistirán en el futuro estas instituciones.

Claro es que, en la determinación de precio de la redención, ha de darse—por pura justicia—un amplio margen al acuerdo, y, a su falta, al arbitrio judicial, atendidas las necesidades actuales y los beneficios que la redención suponga para quien se quede con la finca y sus mejoras, los cuales, naturalmente, también han de estimarse, y su valor, computarse en el total de la finca.

Repito nuevamente que estamos ante un trabajo, si breve en extensión, jurídicamente muy valioso: reúne el rigor científico y las consecuencias prácticas más claras y ajustadas. Por ello, sin duda, habrá de ser tenido en cuenta—y no sólo en el Derecho civil balear—en la revisión del régimen censal del Código civil, tan necesitado de revitalización.

J. JAVIER NAGORE YÁRNOZ,
Notario.

MOLAS VALVERDE, J.: *Normas procesales de especialización en propiedad intelectual*. Ediciones Nauta, S. A., Barcelona, 1968.

1) *El propósito de la obra*.—Un nuevo libro de reciente aparición es siempre una ilusionada aventura en que el autor se embarca, un afán plausible de intercomunicación humana. Es una evidencia tópica que no siempre el contenido de un libro responde a su título; y es, asimismo, que la personalidad y formación del autor predeterminan y cualifican lo que será la esencia de su escrito. En la parcela del Derecho privado, la cualificación del contenido de lo escrito suele venir impuesta por la formación del autor y su profesión jurídica: y así, por ejemplo, nos encontramos ante nuevos libros, bien de iniciación, bien de investigación, de erudición, de divulgación, o de especialización jurídica.

El libro que comentamos está escrito por un abogado experimentado, y su contenido responde a la especialización del autor, respecto de las normas procesales sobre propiedad intelectual. Esta nueva publicación viene a ser la continuación de otra anterior del mismo autor, denominada *Propiedad intelectual-Suma Jurídica para la práctica forense* (Ediciones Nauta, Barcelona, 1962). Ello lleva implícito una necesaria remisión, en cada uno de los conceptos jurídicos sobre la propiedad intelectual, a la primera obra del mismo autor; éste, en el prólogo, expone gráficamente que: «en la presente obra, que forzosamente presupone en el lector el conocimiento de nuestra primera sobre la materia, o aparte de la misma, el sentido jurídico propio y bastante de los profesionales del Derecho, nuestro propósito es facilitar aquellas normas de especialización orientadoras en el terreno procesal»...

Estas precisiones del autor me eximen de ulteriores comentarios acerca de la finalidad de la obra que comento.

2) *El contenido de la obra*.—Cabe diferenciar en ella dos partes, como ya se indica en el subtítulo. La primera, relativa a normas procesales de especialización (pleitos-querellas-orientación jurisprudencial extranjera y española); la segunda, titulada «Anexo», complementa la obra anterior del mismo autor, citada, y comprende: Estudios-Legislación complementaria española (1962-1968), Jurisprudencia española (1962-1967) y la Conferencia de Estocolmo de 1967.

La primera parte de la obra, cuyo contenido ha dado el nombre a la misma, viene configurada en tres grandes apartados o capítulos: uno, sobre la elección del procedimiento a seguir, civil o criminal, en las infracciones de la propiedad intelectual; el segundo trata de la calificación y procedimientos aconsejables en las infracciones de los distintos derechos integrados en la propiedad intelectual; y el tercero, relativo a los procedimientos civiles y criminales y su preparación.

El «anexo», o parte segunda, comprende los cuatro apartados que quedaron reseñados. De el primero de ellos, dedicados a *Estudios* es importante el comentario a la Convención de Roma de 1961, sobre los llamados «Derechos conexos» al derecho de autor, así como la interpretación del autor al nuevo artículo 534 del Código Penal (revisado en 1963).

Todo este muestrario de cuestiones viene a indicar la amplitud del tema tratado, que obedece a la amplitud de esta parcela de nuestro Derecho, no demasiado sobrada de estudios profundos y esclarecedores.

Puede observarse cómo el contenido de la obra responde a su propósito y finalidad: coinciden así el *quid nominis* y el *quid rei* del tema estudiado por el autor.

3) *Comentario*.—Centraré el comentario en tres puntos: la Legislación, la Jurisprudencia y las normas procesales de especialización propiamente dichas.

1. En cuanto a la legislación nacional, cabe citar, entre otras, las siguientes particularidades: el que «las producciones grabadas de material no informativo con destino a programas de televisión», cuyos requisitos vienen fijados por Orden ministerial, ciertamente pueden afectar en forma grave al dominio privado de los autores sobre las obras que son base para la grabación o reproducción; la regulación de los derechos de propiedad intelectual en las películas cinematográficas por Ley de 31 de mayo de 1966, cuya normativa es encuadrada por el autor «como un lado arbitral para dirimir un conflicto entre partes (autores y exhibidores)», más que como un nuevo Ordenamiento que trata de colmar notorias lagunas en las normas legales vigentes.

Particularmente interesante resulta el estudio dedicado al nuevo artículo 534 del Código Penal. Parece evidente que no cabe considerar eliminado el concepto de propiedad intelectual en aras de un pretendido tecnicismo; ello lleva como consecuencia lógica que la infracción que dicho artículo sanciona es un verdadero delito contra dicha propiedad, viniendo a constituir una especie del género defraudación. Parece, asimismo impreciso, y falta de toda lógica, la tesis—rechazada por el autor—de que el supuesto perjudicado es quien debe probar la intencionalidad del inculpaado, tesis contraria al bien común, pues claramente establece el artículo 1.º del Código Penal la presunción de voluntariedad en las acciones u omisiones penadas por la Ley, sin perjuicio de que el presunto delincuente pueda combatir la presunción legal.

Merece también especial mención el comentario dedicado a la Convención de Roma de 1961, sobre los llamados *Derechos conexos* al derecho de autor. Tales derechos conexos, también llamados *derechos vecinos* al derecho de autor, consisten en la protección internacional de los artistas, intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonógramas y de los

organismos de radiodifusión. El autor califica dicha Convención, como reguladora de dichos derechos conexos, como de norma improcedente: en primer lugar, porque tales derechos conexos no existen con sustantividad y autonomía propias, por no darse propiamente una identidad ontológica entre lo que es creación (la obra del espíritu) y lo que es ejecución o interpretación de dicha obra; y en segundo lugar, por oponerse esencialmente la citada Convención al Convenio de Berna, revisado en Bruselas en 1948, que otorga a los autores «el derecho exclusivo de autorizar la representación y ejecución pública de sus obras»..., «la radiodifusión de las mismas» ..., etc.

2. En cuanto a la utilización de la jurisprudencia, la relación de Sentencias extranjeras es tan numerosa como sorprendente. La cita de las Sentencias españolas suele ir acompañada de una breve nota o comentario. Por regla general, el autor no suele distinguir entre los *obiter dicta* y la *ratio decidendi* de cada litigio, aunque presumiblemente las citas parecen referirse a la decisión del asunto litigioso.

Cabe citar, por su interés, las Resoluciones de la Dirección General de Archivos y Bibliotecas de 15 de abril y de 27 de junio de 1964: la una, sobre la inscripción de obras de súbditos norteamericanos en el Registro General de la Propiedad Intelectual de España, y la segunda, sobre el símbolo (©) del «copyright», que deben llevar las obras que se presenten a la inscripción en dicho Registro.

Por otra parte, es interesante el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1965, sobre cesión de derechos de autor ya cedidos a otra editorial, en relación con el *derecho de colección*, concedido a una editorial distinta: es doctrina del Supremo, que «la enajenación del derecho de colección tiene que hacerse de forma clara y expresa, es decir, con palabras o demostraciones claras, ya sea completa, ya escogida»...

3. La materia tratada con más cuidado es la relativa a las normas procesales de especialización propiamente dicha, cuya relación de temas quedó antes indicada.

Entre otras afirmaciones del autor, cabe mencionar: que, en igualdad de condiciones, es siempre preferible elegir el procedimiento criminal; critica el autor nuestro deficiente sistema de prevención de las cuestiones prejudiciales en el proceso penal; critica el lamentable artículo V de la Convención de Ginebra de 1952, sobre las traducciones; recuerda, en tema de cintas magnetofónicas, que «ni siquiera los particulares, aunque sea sin ánimo de lucro, pueden impresionar las obras sin permiso de sus autores, ni en discos, ni en cintas magnetofónicas»; aduce la conveniencia de que las llamadas *impresiones efímeras*, efectuadas por los organismos de radiodifusión, sean reglamentadas adecuadamente; en materia de representación o proyección y de ejecución públicas de obras por medio de películas cinematográficas, corresponde a los exhibidores o empresarios el pago de los derechos de autor; trata de la configuración de los derechos de *colección* y de *continuación* o «*de suites*»; y, finalmente, justifica la procedencia de invocar la numerosa jurisprudencia extranjera ante nuestros Tribunales.

Particular relieve tiene el capítulo III de la parte primera, en el que el autor inserta diversos ejemplos de demandas por plagio y de querellas por reproducción ilegal de obras: ello ccadyuva a la finalidad práctica de la obra, destinada al uso forense.

4) *Repercusiones iusprivatistas*.—Parece conveniente aludir aquí a una serie de *sugerencias* que para los profesionales del Derecho ofrece la obra.

1. *Para el Notariado*, atento siempre con su jurisprudencia cautelar a la prevención de litigios, es ciertamente elogiosa la mención del autor de que «los requerimientos y actas notariales sustituyen con ventaja por su mayor rapidez y flexibilidad a los actos de conciliación». Ello se traduce en la necesidad de que la actuación notarial sea lo más cuidadosa posible adaptando los deseos del requirente al contenido del acta pretendida.

En cuanto a la preparación del procedimiento en la materia de propiedad intelectual, el autor aboga por el uso de un *acta de requerimiento*, propiamente dicha, que a su vez contiene una *notificación* al requerido de que se le prohíbe el uso de las obras; el requirente, además, entrega al Notario una carta dirigida al requerido en la que se expresa el hecho determinante de la ilegalidad, protocolizándose por el Notario un duplicado de la misma. Como complemento de tales actuaciones, y para el caso de que el usuario infractor no atienda la prohibición que le fue notificada, el hecho delictivo quedará evidenciado mediante una nueva acta notarial: es ésta un *acta de presencia* de hechos, en la que el Notario los describe y detalla como mero espectador, o los relaciona según las manifestaciones de los técnicos o testigos idóneos que pueden acompañarle—en este último caso se trataría de un *acta de referencia*, lo que otorga cierta complejidad al acta inicial propuesta—.

Para el autor, la procedencia de la causa criminal, en orden a las alegaciones a efectuar en la querella de defraudación, queda completada con un modelo de acta notarial que acredita y evidencia el hecho delictivo. El tipo de acta propuesto es el último citado, o sea, un *acta de presencia* de hechos que contiene a su vez un *acta de referencia* al dictamen de dos técnicos emitido ante el Notario.

Finalmente, trata el autor del uso en casación de las actas notariales aludidas, lo que viene condicionado al alcance y fuerza probatoria que nuestro Tribunal Supremo les otorga. Precisamente las llamadas *actas de referencia* por los notarialistas difícilmente suelen tener la eficacia que los requirentes pretenden, porque el Tribunal Supremo no otorga plena fe a las manifestaciones hechas ante Notario. Estas dificultades, puestas de relieve por prestigiosos autores, evidencian la necesidad de un estudio profundo de este tipo de actas, por la gravedad que para el Notario implica la reiterada posición del Supremo: equivale a reducir la fuerza probatoria de un dictamen pericial solamente a los producidos ante *iudicem* y no a los emitidos ante el Notario.

2. Para los estudiosos del *Derecho registral, en general*, la obra que comentamos viene a apuntar algunas de las deficiencias de nuestro actual Registro de la Propiedad Intelectual. Sería conveniente un detenido estudio del alcance y contenido de la fe pública registral en esta materia, así como una actualización del Reglamento de 1880 a las exigencias de la vida moderna. En esta fecha siguen sin solucionarse, en orden a la inscripción en el Registro español, los problemas de las Enciclopedias, Diccionarios y obras similares; las obras inéditas pendientes de inscripción, y obras extranjeras publicadas ya por primera vez fuera de España.

En toda esta serie de cuestiones las sugerencias y comentarios del autor son muy certeros y marcan una pauta a seguir en futuras investigaciones.

3. Para el *uso forense*, la obra es insustituible para quienes en el foro ejercen la profesión Jueces y Abogados encontrarán en esta obra centenares de datos o noticias útiles a los efectos de resolver o plantear una demanda o querella en materia de propiedad intelectual. Conviene distinguir de manera especial los pleitos por plagio o por reproducción ilegal de aquellos otros basados en el incumplimiento de contratos o en

débitos de derechos de autor: estos últimos, como muy bien apunta el autor, hay que centrarlos en la invocación de los fundamentos legales suministrados por el Derecho de obligaciones.

5) *Resumen critico*.—En una obra de investigación científica sería inexcusable la referencia, con notas a pie de página, a las fuentes o publicación de donde se toma el dato utilizado; habría que distinguir en cada litigio lo que fue un mero *obiter dictum* de la verdadera *ratio decidendi* para el tribunal, se impondría una rigurosa sistematización del material utilizado; finalmente, habría que partir de unos presupuestos y fijar unas claras conclusiones.

Todas estas exigencias y precisiones que comporta una obra de investigación pueden atenuarse ante las pretensiones muy concretas de una obra *práctica* destinada al *uso forense*, en la cual cabe admitir un menor rigor científico a cambio de una mayor agilidad o utilidad.

La probada vocación a la materia que el autor siente, su gran caudal de experiencia profesional, su acendrado amor a las obras del espíritu y su justísima y apasionada defensa de la propiedad intelectual le hacen acreedor al reconocimiento público por esta obra y otras de la misma materia. Por otro lado, como capacitado para empresas mayores, es dable esperar que el autor culmine sus ya numerosos trabajos de especialización en esta materia de propiedad intelectual, con una obra profunda de investigación.

JOSÉ CERDÁ GIMENO,
Notario.

PANUCCIO, VINCENZO: *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*. Pubblicazioni dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Università di Messina, núm. 53, Milano, Giuffrè, 1966 (Rústica, VIII + 384 págs.).

Siempre son de gran interés aportaciones como la presente, concernientes a la Teoría General del Derecho. El autor intenta, y consigue con éxito, extraer consecuencias que afectan a distintas ramas jurídicas y que son susceptibles de extenderse a otras.

Comprende la obra tres partes. La primera lleva por título «La distinción entre negocios y declaraciones no negociables de voluntad». La tradicional distinción entre actos y negocios jurídicos es aquí replanteada a fondo, principalmente a la luz de la doctrina germánica. Las declaraciones negociales se presentan en el campo del Derecho con un carácter de autonomía de plenitud de efectos en sí mismas consideradas. Pueden establecerse algunos criterios dogmáticos distintivos: efectos *ex lege* de las declaraciones no negociables, efectos *ex voluntate* de las negociables; plena congruencia entre los efectos prácticos y jurídicos en las declaraciones negociales; mayor o menor relieve del elemento de la voluntad.

La segunda parte comprende un estudio sistemático y exhaustivo de las distintas declaraciones de voluntad no negociales, en un total de seis capítulos. El primero de ellos se ocupa de los posibles criterios de clasificación: declaraciones de legitimación cierta y de legitimación incierta; declaraciones del titular del derecho y declaraciones del obli-

gado; relativas a la propia actividad o a la ajena. Partiendo de estas últimas, establécese una distinción muy importante entre declaraciones permisivas, imperativas-determinativas y prohibitivas, de gran riqueza por sus aplicaciones en la práctica. Las primeras son las participaciones de voluntad que autorizan un comportamiento del destinatario, que le confieren el poder de asumir un proceder determinado. Las segundas imponen a su destinatario una obligación positiva de comportamiento, o sea, la realización de ciertos actos. Las prohibitivas imponen un comportamiento negativo, una abstención.

Una pormenorizada tipología es hecha en el segundo de los capítulos. La primera de las categorías antes apuntada es estudiada con la rúbrica genérica de «Permisos». Singular importancia tienen los que dirigen a excluir la existencia de un ilícito penal (para los penalistas, consentimiento del ofendido o del derechohabiente), expresado en el aforismo *volenti non fit iniuria*. Ello da ocasión al autor para dar un rápido, pero apretado, repaso a la doctrina penalista sobre el particular (GRISPIGNI, ANTOLISEI, BETTIOL, etc.). En cuanto a los efectos generales del permiso, señala el autor la eliminación de todo posible resarcimiento por daños patrimoniales, por daños morales y de la acción por enriquecimiento indebido. Afírmase que el permiso es una verdadera figura de la teoría general del Derecho, enraizada con la noción misma de derecho subjetivo. Desde luego, existen figuras jurídicas muy afines (autorización, comodato, contrato con obligaciones unilaterales del proponente) que no se confunden con él. La doctrina se ha esforzado por desentrañar su carácter negocial o no negocial, inclinándose por la negativa el autor tras un concienzudo examen. Por último, se señala que el permiso debe constituir una verdadera declaración, y se estudia el problema del carácter recepticio o no recepticio (permiso al público) y de su revocación.

Abórdase luego el examen de las declaraciones imperativas y determinativas en general. Figuran aquí las órdenes, instrucciones, peticiones e intimaciones. Son también emanaciones inmediatas del derecho subjetivo, del empresario, mandante, acreedor, etc. Va, pues, siempre implícita la idea de una relación de subordinación entre dos sujetos. Y como las principales manifestaciones corresponden ahora al Derecho del Trabajo, recurrese con frecuencia al testimonio de los laboristas (BARRASSI, DE LITALA, GIUGNI, etc.). Se termina con un ensayo clasificatorio de tales declaraciones.

Las órdenes son declaraciones de voluntad por las que un sujeto exige de otro un determinado comportamiento. Comiénzase con una referencia al significado del término en la Filosofía del Derecho y de sus antecedentes en el Derecho romano, citándose para ello los testimonios de HOBBS, THOMASUS, OLIVECRONA y BATTAGLIA. Actualmente es en el Derecho laboral donde más relieve alcanzan, por lo que las observaciones de SANTORO-PASSARELLI, CORRADO, GRECO, etc., son repetidamente citadas y analizadas. El régimen positivo de la orden en el Derecho italiano es estudiado en sus elementos de capacidad, interpretación, vicios de la voluntad e ineficacia. Conclúyese, finalmente, su carácter no negocial, por su falta de autonomía en su producción.

Son instrucciones los actos que un sujeto dirige a otro con el fin de establecer modalidades genéricas de un encargo, directivas técnicas o líneas de comportamiento. Nos encontramos, pues, en una esfera de discrecionalidad técnica, especialmente en materia de contratos de obra.

Aparecen luego estudiadas las «declaraciones determinativas menores»: del objeto de la prestación (elección en las obligaciones alternativas), del lugar o del tiempo del cumplimiento, del beneficiario de la prestación (en contratos de ejecución continuada o periódica). En cualquier caso, queda excluido su carácter negocial.

Intimaciones son, en general, las solicitudes de cumplimiento que el acreedor dirige al deudor en forma más o menos perentoria. Su eficacia es, pues, determinativa. Su naturaleza es clara, por obligar *ex lege* al destinatario.

Entramos ahora en un apartado muy interesante, cual es el destinado a los «Oposiciones». Existen supuestos en que el titular de un derecho declara a un destinatario determinado su propia voluntad de que éste no realice una determinada acción. Según PANUCCIO, existen oposiciones del titular de un derecho fundadas, por tanto, en una legitimación del sujeto, y oposiciones que prescinden de tal legitimación, con una eficacia meramente suspensiva. Ciertas oposiciones, calificadas de «genéricas», son emanación inmediata del derecho subjetivo y pueden reconducirse al contenido mismo de tal derecho. Otras, por el contrario, son «específicas», como las oposiciones al cumplimiento o pago, a la devolución de la cosa depositada, las del representante del menor, etc.; las del autor a la deformación o mutilación de su obra; de los actores o artistas frente a las actividades en perjuicio de su honor. Estos dos últimos supuestos denominanse «oposiciones sancionatorias», a manera de intimaciones de contenido negativo que, exigiendo la total cesación de cierta actividad, vienen a constituir actos preparatorios de un procedimiento. Junto a ellas existen «oposiciones invalidantes», tendentes a hacer nula, anulable o inoponible la actividad de otro sujeto. (Oposiciones de un socio por falta de regular convocatoria de la Junta, del acreedor del propietario de una cosa común en el momento de su división.) Trátase de preservar ciertos derechos o facultades. Algunas tienden a producir la ineficacia relativa de un acto, la inoponibilidad de efectos con respecto al formulante (ineficacia *erga omnes* o *erga personam*). Hay también oposiciones con efecto suspensivo (al matrimonio, a la división de la dote, a la reducción del capital social, a la fusión de Sociedades, etc.).

Un tercer capítulo se destina a las declaraciones del titular de un derecho sobre su propio comportamiento, ya sea con carácter exclusivo (reservas de derechos), ya con carácter conminatorio y tendentes a provocar la actividad ajena. El estudio de estas últimas viene pormenorizado en el capítulo cuarto.

El quinto estudia las declaraciones no negociales plurisubjetivas. Y en el sexto y último de esta segunda parte se hace como una recapitulación, abordando el estudio y tratamiento unitario de todas las manifestaciones no negociales: capacidad de declarante para obligarse (salvo en el caso de que no pueda derivársele perjuicio alguno) y del destinatario si la declaración es recepticia; supuestos posibles de representación activa y pasiva; vicios de la voluntad; determinación posterior del contenido de la declaración; forma e interpretación. Y se termina con un repaso de los principios generales y con la afirmación de la improcedencia de aplicación de los remedios negociales.

La tercera y última parte de la obra estudia la relación entre las declaraciones negociales y las no negociales. El autor entiende que el régimen jurídico es distinto y que el estudio separado es necesario con el fin de evitar cualquier confusión. La eficacia innovativa del negocio frente a la no innovativa de las meras participaciones de voluntad marca una separación de radical importancia.

En este último punto la doctrina germánica ocupa en la obra un papel de tanta importancia como la italiana (ENNECERUS, KLEIN, MANIGK, NIPPERDEY, THUR, WINDSCHEID, ZITELMANN, etc.).

La obra incluye índices por autores, por materias y por disposiciones legales.

PEDRO A. FERRER SANCHÍS.

REGGI, ROBERTO: *Ricerche intorno al beneficium inventarii*, Giuffrè, Milano, 1967, 170 págs.

El autor nos ofrece un estudio valioso del beneficio de inventario en el Derecho romano. Pero su utilidad es escasa para el civilista, cada día más obligado a poner su disciplina en consonancia con las nuevas formas de vida social. Es hora de romper ese «fatal compromiso entre ciencia romanista y ciencia civilista» de que habla CALASSO (*Storicità del Diritto*, Milano, 1966, pág. 166), tan contraproducente para nuestra disciplina. Y es que resulta imposible una conciliación entre dos conocimientos, advierte el gran historiador italiano, madurados en contemplación de mundos profundamente diversos. Las enseñanzas jurídicas de Roma son útiles como historia de una rica experiencia y el civilista puede servirse de ella en calidad de presupuesto metodológico. Incluso como ejemplo que nos muestre la forma de salir airosos de esa «crisis» del Derecho civil, tan proclamada a los cuatro vientos. El Derecho romano sufrió hondas depresiones que amenazaron con hundir definitivamente el viejo *ius civile*. Piénsese, por ejemplo, en la que tiene lugar una vez que el triunfo sobre Cartago hace de Roma la gran potencia del Mediterráneo. Las viejas instituciones quiritarias no sirven para regular una sociedad que ha cambiado sustancialmente sus estructuras culturales y económicas. Lejos de los prejuicios de tradición y respeto a los *mora maiorum*, el *praetor peregrinus* da vida a modernas fórmulas jurídicas. Mientras tanto, la pretura urbana va adaptando lentamente los arcaicos preceptos decenvirales a las nuevas exigencias de la organización republicana. Precisamente un romanista de gran relieve, ORESTANO (*Introduzione allo studio storico del Diritto romano*, 2.^a ed., Torino, 1961), nos enseña a valorar el Derecho romano como realización de una experiencia histórica y a liberarnos de su consideración como ciencia dogmática, según la dirección prevalente desde las concepciones pandectistas. Entonces puede ofrecer interés destacar los rasgos de una institución como la herencia beneficiada, magistralmente elaborada por Justiniano. El autor en este sentido, con gran penetración histórico-crítica, somete a revisión en el capítulo primero los presuntos antecedentes clásicos del beneficio de inventario. Como es bien sabido, en el Derecho romano-clásico el heredero sucede al difunto *in universum ius*. La confusión de patrimonios es inevitable consecuencia de la *successio*, por lo que su responsabilidad era necesariamente *ultra vires hereditatis*. La doctrina romanista ha creído ver en las fuentes prejustinianas alguna excepción a la aceptación pura y simple. En este sentido se cita un rescripto del Emperador Adriano por el que se concede la *restitutio in integrum* a un mayor de veinticinco años que ha aceptado una herencia gravada con grandes deudas (Gal. 2,163 e I. 2,19,6); el mismo beneficio se concede a los militares por el Emperador Gordiano si éstos aceptan *per ignorantiam* una herencia dañosa (I. 2,19,6 y C. 6,30,22 pr.). BIONDI recuerda también el supuesto del *heres necessarius*, esclavo manumitido e instituido heredero, que sólo respondía *intra vires* si no se inmiscuía en la herencia del *dominus*. Se le otorgaba en este caso el beneficio de la *separatio bonorum*. Por lo que se refiere a los dos primeros supuestos, el autor llega a la conclusión de que no son excepciones a la responsabilidad *ultra vires*, sino rescisiones a la aceptación de una herencia onerosa. En orden al problema del *heres necessarius*, estima que tampoco se puede considerar un ejemplo de heredero beneficiado, precisamente

porque el requisito de no inmiscuirse en la herencia del patrono implicaba una situación extraña a la cualidad de heredero. Un análisis de la Constitución de Justiniano, denominada tradicionalmente *Scimus*—por la primera palabra—, le lleva a una conclusión ya sostenida en el siglo pasado por ZACHARIÄ VON LINGENTHAL: el Emperador, respetuoso con el antiguo Derecho, atribuía a Gordiano el único precedente clásico del *beneficium inventarii*. Sería el supuesto de que aparecieran deudas insospechadas—*improvisis debitis*—una vez adida la herencia. Justiniano extendió el beneficio a todos los herederos que inventariaran el caudal relictos, mientras Gordiano se limitó a concederlo únicamente a los militares. Pienso, no obstante los argumentos utilizados, que todo precedente clásico en esta materia es puramente conjeturable. En pocas materias llevó a cabo la Compilación una reforma tan completa y radical como en la relativa a la herencia beneficiada. Resulta, por ello, muy difícil trazar aquí con alguna seguridad las fronteras entre las aportaciones de la época clásica y las llevadas a cabo por los comisarios bizantinos. De todos modos, puede sospecharse, con la autorizada opinión de SOLAZZI, que la Constitución del emperador Gordiano supuso un auténtico precedente de la responsabilidad *intra vires*. Tal vez el único, y en ello estoy plenamente de acuerdo con el autor.

El capítulo segundo, en mi opinión el más seriamente elaborado se dedica a estudiar el beneficio de inventario en el seno del Derecho justiniano. Especialmente se detiene en el análisis de la famosa Constitución *Scimus* del 27 de noviembre del año 531. Está recogida en el *Codex repetitae praelectionis* (6, 30, 22). A través de ella el Emperador sienta las líneas cardinales del beneficio de inventario. Pueden acogerse a él todos los llamados a una sucesión, bien por testamento o *ab intestato*. No es preciso que el heredero lo pida expresamente, pero sí que se haga una descripción o inventario del patrimonio hereditario. Acreedores, legatarios y fideicomisarios vienen obligados a no molestar al heredero durante el término fijado para llevar a cabo el inventario, que ordinariamente es de tres meses. Se concede excepcionalmente el plazo de un año si el acervo hereditario o una parte muy considerable del mismo se encuentra en lugares distintos y alejados del domicilio del heredero.

Tras analizar la famosa Constitución de Justiniano, el autor examina el beneficio de inventario en otro conocido pasaje del *Corpus iuris civilis*: I. 2, 19, 6. Más que resumir la doctrina justiniana, como parece lógico, el recopilador—un tal Doroteo, profesor de Berito—, en tono enfático y pedantesco, se limita a exaltar el beneficio concedido por el Emperador bizantino el año 531. Está muy influido por la versión clásica de las Instituciones de Gayo.

Finalmente, concluye el capítulo segundo con el estudio de la novela I, 2, 2, del año 535, donde se decreta la pérdida de la *Falcidia* para aquellos que acepten una herencia sin acogerse al beneficio de inventario.

En el capítulo tercero y último hace un estudio comparativo de los diversos pasajes de la Compilación que regulan el beneficio de inventario. Se da la circunstancia de que el Digesto desconoce el *beneficium inventarii*. El heredero responde siempre *ultra vires*, pese a que fue publicado dos años después de la Constitución del año 531. La gran reforma en la materia la hallamos en el *Codex* (6, 30, 22), y su continuación lógica es la Novela del año 535. Las Instituciones no hacen otra cosa que proseguir y ampliar el remedio rescisorio de la aceptación a todos los súbditos del Imperio. No se refieren propiamente al beneficio de inventario. ¿Por qué esta total ausencia que la responsabilidad *intra vires hereditatis* encuentra en una parte del *Corpus iuris civilis*, es decir, en el Digesto y en el manual de Instituciones? Probablemente, como el autor señala, la causa está en que la Constitución *Scimus* del año 531, por su

gran fondo polémico, no entra en vigor hasta el año 534, en que se compila el *Codex repetitae praelectionis*. De ahí que fuera desconocida por los maestros bizantinos, que un año antes elaboran el Digesto y las Instituciones. La Novela I del año 535 confirma que ya en esa fecha las disposiciones sobre la herencia beneficiada tenían plena vigencia.

MARIANO ALONSO PÉREZ.

ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA: *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1968, 6.ª ed., tomos III y IV, 1.º; IV, 2.º

En la recensión de los tomos I y II de esta monumental obra sobre Derecho Hipotecario, en su sexta edición, ya habíamos advertido que interrumpíamos la materia contenida en esos tomos para dar una cierta unidad a la exposición de estas líneas. Y así, al llegar al problema de las anotaciones preventivas, como sólo dos temas a ellas destinadas se incluían en los tomos dichos, aplazamos su comentario para este momento. De esta forma podemos dividir la exposición, distinguiendo: a) Las anotaciones preventivas. b) Las menciones y notas marginales. c) La extinción de los asientos. d) La concordancia entre el Registro y la realidad. e) Inscripciones específicas. f) Derecho real de hipoteca. Siguiendo este orden, que es el que marca el programa a que la obra se ajusta, proseguimos nuestra labor.

A) LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS.

De los siete temas que en el programa de 1945 destinaba a esta materia han quedado reducidos en el actual a cuatro. Ello ha provocado una inevitable poda en la materia con merma de cierta claridad o, por lo menos, con limitación de casos y problemas que pueden plantearse. Se ajusta la exposición a un debido y repetido orden sistemático que facilita el estudio y la busca de apartados sobre cada punto.

Con la edición que nos sirve de contraste es preciso observar que la clásica definición sobre anotaciones ha sido variada sensiblemente, tratándose ahora de un asiento extendido en los libros de inscripciones del Registro de la Propiedad, de carácter generalmente principal y caducable, cuyo objeto es la publicidad registral de situaciones inmobiliarias de contención judicial, de secuestro o de prohibición, judicial o administrativa, de disponer, y de títulos que por defectos subsanables o por otras circunstancias no pueden ser objeto de asiento de inscripción al que tienden, o bien que además tengan por objeto constituir una especial garantía registral. Se hace eco del trabajo sobre anotaciones de Díez-Picazo con su crítica respectiva.

Clasifica las anotaciones por vía de enumeración (aunque la enumeración no es exhaustiva, ni muchísimo menos), por su objetivo o finalidad especial, por su función, por el grado de afectación, por el modo de producirse el Registrador, por su duración y por los bienes sobre que recaen. La clasificación anterior incluía los efectos como medida determinativa para un posible encuadramiento; ello ha pasado a convertirse

en pregunta especial, que comprende el problema de la enajenación de los bienes anotados y del derecho objeto de ellas.

Entrando en el estudio específico de las diversas anotaciones, señalaremos cómo en la de demanda se afrontan los problemas de su finalidad, ámbito, naturaleza, efectos, procedimiento, práctica, duración y cancelación, que también se repiten en cuanto a la anotación preventiva de demanda de incapacidad. Merece destacarse una novedad interpretativa en orden a la anotación preventiva de embargo en la cual, siguiendo las mismas directrices de otras anotaciones y haciendo una enumeración muy completa de los casos en que procede, se sostiene que la práctica registral de la misma no supone un caso de asiento constitutivo. Estudia el problema del gravamen solidario que la anotación preventiva puede provocar en ciertos casos y el de si el mandamiento que la ordena ha de ser firme. En forma simplista, casi esquemática, expone las anotaciones de secuestro y prohibición de disponer.

Suprimiendo conceptos sobre Derecho civil puro, estudia, bajo la misma sistemática, las anotaciones de Derecho hereditario, de legados, de acreedores de una herencia, concurso o quiebra, acreedor refaccionario y la por defecto de los títulos. En esta última añade, por cuenta propia, la problemática de la anotación por imposibilidad del Registrador que al redactor del cuestionario oficial se le escapó en un poco acertado momento de falta de inspiración.

B) LAS MENCIONES Y LAS NOTAS MARGINALES.

Agrupados en un solo tema se ofrecen al lector estos dos puntos necesarios para llegar al pleno conocimiento de la mecánica registral y de toda su complicada problemática. Sobre la mención sigue manteniéndose el acertado concepto que en su día perfiló frente a las tesis de SANZ y GIMÉNEZ ARNAU. Destaca en este punto aquella serie de supuestos que se excluyen de la mención y que son tratados con la precisión con la que el autor acostumbra (cargas o gravámenes constituidos en el título, constancia de la cualidad del predio dominante, el arrastre de cargas, los derechos cuya inscripción es constitutiva la mención de derechos personales y la de legados no legitimarios).

Respecto de la nota marginal también se respeta el concepto que se ha hecho clásico. Se atribuye a la nota el carácter de asiento definitivo, aunque existen algunas con vida limitada. Después de estudiar los requisitos y tratar de los efectos, plantea el problema de la nulidad de dichos asientos.

C) LA EXTINCIÓN DE LOS ASIENTOS.

Dentro del marco de la extinción de los asientos registrales se van examinando las diversas causas que la producen. Se precisa que la transferencia no produce propiamente verdadera extinción; se señalan las causas de caducidad de los diversos asientos; se concreta el concepto y la forma de la conversión, terminando el tema con el problema que plantea la nulidad de las inscripciones y anotaciones preventivas. Hemos de señalar que al comienzo se explican someramente otras causas de extinción, como la rectificación, el agotamiento de la finalidad perseguida y la renuncia.

También se hace alusión a la cancelación, pero donde propiamente se desarrolla el concepto y problemática de la misma es en el siguiente tema, en el que se configura la cancelación como la forma registral de extinguir formalmente otro asiento registral, siendo sus características las de tener un contenido negativo, incondicionado y ser accesorio. Se procede seguidamente a examinar cuándo procede cada una de las cancelaciones o clases de cancelaciones que enumera (totales y parciales; con, contra o sin el consentimiento del titular y las a instancia de parte, por orden de la autoridad y de oficio), seguidamente se abordan las formalidades del asiento, los efectos y las cancelaciones de anotaciones preventivas. Se puntualizan algunos casos de cancelaciones de otros asientos como los de notas marginales, asientos de presentación, menciones y cancelaciones. Para estos últimos se afirma que pueden ser cancelados por medio de otro asiento de cancelación, con lo que se hace revivir el asiento antes extinguido (casos éstos que circunscribe al de nulidad del asiento). Con este punto se enlaza la última pregunta que trata precisamente del problema de la nulidad de las cancelaciones.

Una de las novedades más destacables de este apartado es la postura que el autor sostiene frente a los conceptos de nulidad y, sobre todo, en la distinción que suele hacerse entre nulidad material y formal. Para él debería ser sustituido el concepto de nulidad formal por el «defectuosidad de asientos del Registro» y prescindirse por completo de la distinción antes apuntada. En esta tesis puede verse cierta influencia de las opiniones del profesor LACRUZ BERDEJO.

D) LA CONCORDANCIA ENTRE EL REGISTRO Y LA REALIDAD.

Reunimos bajo este epígrafe una serie de materias que guardan cierta correlación y que también el cuestionario que ha servido de guía agrupa en una zona próxima del programa. De ahí que tratemos de la concordancia, de la inmatriculación y sus medios, de la doble inmatriculación, del expediente de liberación y de la inexactitud registral.

La concordancia entre el Registro y la realidad jurídica se define en forma negativa: es lo contrario de discordancia, que es el único concepto que la Ley recoge. Al examinar las formas de lograr esa concordancia se detiene en dos de las tres que señala la Ley: la inmatriculación y el expediente de liberación de cargas y gravámenes.

De la inmatriculación afirma Roca que no es un caso de verdadera corrección de inexactitud registral. Lo contrario ha sido afirmado por SANZ, aunque la obra de Roca no recoge el sensacional trabajo de SANZ sobre *El Registro y la realidad jurídica*. Tampoco a la inmatriculación, según el criterio de LACRUZ, la considera como un caso de excepción al tracto sucesivo. De la inmatriculación da, sin embargo, el concepto que tradicionalmente ha mantenido en otras ediciones y que difícilmente puede superarse. Reconoce la posibilidad de la inmatriculación de cuotas o participaciones de fincas y señala, casi en forma exhaustiva, los medios inmatriculadores existentes en la actualidad. Especial desarrollo ofrece la materia del expediente de dominio, las actas de notoriedad, el título público de adquisición y la certificación administrativa de dominio. En un inciso toca la proyección del expediente de dominio tanto para la reanudación del tracto como para hacer constar los excesos de cabida.

Fiel a sus construcciones, considera que no deben reputarse títulos de transferencia dominical de fincas los deslindes judiciales o administrativos, los títulos de concesiones administrativas, los de partición o divi-

sión de bienes y los sucesorios que provocan una indivisión entre los interesados.

También se aborda el problema de la doble inmatriculación y los dos criterios que pueden resolverla: el del derecho civil puro y el de la antigüedad, citándose diversas y recientes sentencias que avalan uno u otro criterio. Completan el estudio de esta materia el problema de la inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas y la exposición del expediente de liberación de cargas y gravámenes.

Antes habíamos apuntado que en materia de inexactitud no se recoge el trabajo de SANZ, y de ahí que el lector se pierda la inestimable crítica que el autor podía habernos ofrecido. Su exposición varía muy poco de las que tradicionalmente nos tiene acostumbrados, aunque es de señalar una mejor sistemática y mayor comprensión de supuestos.

E) INSCRIPCIONES ESPECÍFICAS.

Para no hacer excesivamente larga la enumeración de las que se comprende, agruparemos las que presenten ciertas afinidades o estén contenidas en un mismo tema. Y así distinguimos:

a) *Inscripciones de los derechos de opción, arrendamiento, retorno, usufructo, uso y habitación, superficie, censos, foros y subforos.*—En la inscripción del derecho de opción la tesis que se mantiene es la de que el derecho de opción de trascendencia real es inscribible *per se*, mientras que la opción que regula el artículo 14 del Reglamento Hipotecario exige convenio expreso de las partes para que se inscriba.

En materia de arrendamientos sitúa la razón de su inscripción relacionándola con el problema de la estabilidad arrendaticia y sosteniendo que lo procedente hubiese sido reflejar la situación arrendaticia a través de una anotación preventiva. Sobre el derecho de retorno tiene en cuenta el trabajo de Díez-Picazo, aceptando su tesis con ciertos condicionamientos. Es partidario de una posible prórroga de la nota marginal al estilo de las anotaciones preventivas.

En la inscripción del derecho de usufructo se afrontan los problemas de la inicial inscripción de constitución, la de sus transmisiones, modificaciones y cancelaciones. Después de examinar los usufructos legales y los derechos de uso y habitación, se estudia con mucho detenimiento el derecho de superficie que ya monográficamente ha sido desarrollado por el autor en diversos trabajos. En forma independiente se examina el derecho de elevación y el de profundización.

Por lo que respecta a los censos, foros y subforos se ajusta a la exposición tradicional clasificándola en forma más ordenada y ajustándola a la legislación vigente tanto en Galicia como en Cataluña.

b) *Propiedad horizontal.*—En este punto Roca Sastre hace un estudio previo del título constitutivo de la división de casas por pisos y otro de los títulos de división de casas o edificios en copropiedad, para su constitución en propiedad horizontal; luego pasa a la inscripción propiamente dicha y remite al lector al tema de la finca para que allí pueda estudiar la inscripción independiente de los pisos. Ya habíamos hecho referencia en la recensión anterior a este punto.

Respecto de los pisos meramente proyectados acepta la solución legal, aunque no deja de considerar que el supuesto sólo debiera ser admitido en el caso del derecho de mayor elevación a que se refiere el artículo 16, 2,

del Reglamento Hipotecario. Esta tesis ha sido defendida brillantemente por CAMY en un trabajo que la obra no recoge. Tanto este trabajo, como el de JOSÉ LUIS ALVAREZ, hubieran producido necesarios comentarios llenos de enseñanza para el estudioso de los problemas que plantea la propiedad horizontal. Se completa la materia con los estatutos, su inscripción y efectos.

En el mismo tema se aborda la exposición de los tanteos y retractos en general y referidos a las transmisiones de fincas rústicas o urbanas en los que pueden entrar en juego. Rechaza la inscripción de los tanteos convencionales, critica la tesis de TIRSO CARRETERO en orden al acceso registral de los retractos legales y estudia las repercusiones del retracto convencional.

c) *Inscripciones de bienes a favor del Estado, Provincia, Municipio, Iglesia, de los adquiridos por expropiación, por vía de apremio y las a favor de los establecimientos de Beneficencia.*—En materia de bienes del Estado, la Iglesia y la Beneficencia, así como de la Provincia y el Municipio, se ajusta la exposición a las líneas clásicas del autor, aunque es de señalar que se recoge la nueva legislación existente sobre estos puntos con dos pequeñas lagunas: el dar implícitamente como vigente la legislación desamortizadora, salvo para Municipios y Provincias, y el no haber recogido el *Motu Proprio Pastorale Munus* de 30 de noviembre de 1963, que fija el tope de 66.000 francos suizos, equivalentes a un millón de pesetas, para la enajenación de bienes de la Iglesia. Pero esta omisión, como alguna otra que pueda reseñarse, se salvan pensando en la tremenda renovación a que el legislador somete a sus disposiciones y cuya prisa y furor no son alcanzados por el lento tecleo de nuestras linotipias.

Se expone con rigor sistemático la materia de bienes adquiridos por expropiación forzosa, por vía de apremio y los pertenecientes a las Capellanías. Especialmente se recogen los casos de enajenación de parcelas sobrantes y la inscripción de los montes de utilidad pública.

d) *Inscripción de concesiones administrativas.*—Respondiendo a las líneas estructurales clásicas que este autor utilizó desde sus primeras ediciones, sigue manteniendo el concepto de concesión y la problemática de la inscripción en la cual recoge la inscripción de obras públicas en general, la inscripción de los ferrocarriles y canales (dedicando un especial estudio a la RENFE), aprovechamientos de aguas e inscripción de concesiones mineras.

e) *Inscripción de adquisiciones hereditarias.*—En este punto, después de hacer un pequeño resumen evolutivo, se ciñe a exponer la inscripción a favor del heredero único, la inscripción de las diversas clases de partición, la adjudicación para pago de deudas, las legítimas, la inscripción de sustituciones fideicomisarias y la inscripción de legados. También en estos puntos no coge el tren de la última reforma del Reglamento Notarial y de la problemática planteada por su reforma en torno a las actas de notoriedad.

f) *Inscripciones derivadas del régimen familiar.*—Con una sistemática bastante perfecta afronta la exposición de estas materias que comprenden la inscripción de capitulaciones matrimoniales, los contratos sucesorios, los heredamientos y la problemática del sistema ganancial. En la inscripción de los contratos sucesorios, y por lo que a Aragón se refiere, se da como vigente el ya derogado Apéndice Foral. Brilla la maestría de Roca en la materia de heredamientos estudiados sólo con referencia a Cataluña en su versión con arreglo a la legislación vigente. En

materia de gananciales se destaca la opinión del autor negando el acceso al Registro de los actos otorgados por el marido sin el consentimiento de la mujer. En este punto se incluye todo lo referente a la anotación de embargo sobre bienes gananciales y al artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

g) *Inscripciones de resoluciones judiciales sobre capacidad civil.*—El tema es el tradicional de todos conocido. Se sigue combatiendo la tesis de HERMIDA LINARES.

F) DERECHO REAL DE HIPOTECA.

Desde la página 119 del cuarto tomo hasta la 1.165 del mismo, en que termina la obra, se destinan al estudio de la institución de la hipoteca y su problemática.

Comienza por el concepto, la historia y los caracteres de la hipoteca que magistralmente supo resumir en su definición. Sigue manteniendo que la hipoteca es un derecho real. Se exponen los principales tipos de esta figura en el Derecho alemán y en el suizo, estudiándose la posibilidad de su adaptación al sistema español.

Como la obra se ajusta al cuestionario de Notarias y en él se sigue la clásica exposición que distingue los elementos personales, reales y formales, también por este mismo orden se van estudiando los problemas del sujeto activo y pasivo, de las cosas y derechos que pueden hipotecarse, el fenómeno de la extensión objetiva de la hipoteca, su determinación y distribución de la responsabilidad, obligaciones que pueden ser garantizadas con hipoteca y elementos formales.

Como hipotecas que sobresalen de la regulación general, aparte los casos del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, se examinan la hipoteca unilateral, la constituida simultáneamente a favor de varias personas, la hecha en testamento, la de rentas, la en garantía de cuentas corrientes y la de títulos transmisibles por endoso o al portador.

La materia de hipotecas voluntarias se cierra con el estudio de la cesión de créditos. Dentro de las hipotecas legales se va examinando su concepto y naturaleza y las distintas clases de ellas en los tres temas destinados a las mismas.

Se termina la obra y el estudio de la hipoteca con los problemas que plantea la extinción de las mismas, los procedimientos a utilizar para la ejecución y lo referente al Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ.

SAARIO, VIENO VOITTO: *Estudio sobre la discriminación contra las personas nacidas fuera de matrimonio*. Naciones Unidas, Nueva York, 1967 (un volumen en cartóné, VII + 238 págs.).

El presente estudio, debido a un prestigioso jurista finlandés, Magistrado en su país, ha sido realizado por encargo de una Subcomisión de las Naciones Unidas, constituyendo la última palabra en Derecho comparado sobre condición de los hijos ilegítimos. Precisamente, el gran riesgo que ofrecen los estudios de Derecho comparado, su desactualización, ha quedado obviado aquí por el gran acopio de datos no sólo sobre toda clase de legislaciones, sino sobre su aplicación en la práctica, tarea que únicamente en el ámbito de la Organización universal podía tener lugar.

Las cuestiones abordadas no se limitan a lo estrictamente jurídico, sino también a sus aspectos sociológicos, estadísticos y de toda índole.

El estudio comprende una introducción y cuatro partes. La primera atiende a los antecedentes históricos (Derecho romano y orientales, Derecho canónico y medieval, Derechos occidentales); al problema de la terminología y a la fijación de los principios que el autor considerará como básicos a lo largo de su estudio.

El primer aspecto («Primera parte») en que puede operar la discriminación contra los nacidos fuera de matrimonio es el de la determinación de la filiación. Frente al régimen ordinario del nacido de matrimonio (presunción de legitimidad, acciones de estado, etc.), en el nacido fuera del mismo, no tiene la filiación carácter indivisible, habiéndose de determinar por una parte la materna, bien de una manera necesaria como consecuencia del hecho del nacimiento, bien por reconocimiento voluntario de la madre o por determinación judicial; con la diferencia de unos casos la determinación de parentesco se extiende a los parientes de la madre y en otros no. Por otra parte se ha de determinar la filiación paterna, bien por medio de reconocimiento voluntario, bien por determinación judicial, en la medida y con el alcance que en cada caso permitan y determinen las Leyes. Existirán también casos en que tal determinación pueda perderse, con su repercusión consiguiente en la condición legal de la persona.

Respecto a la accesión a la condición de persona nacida de matrimonio aparecen estudiadas las formas clásicas de legitimación, por subsiguiente matrimonio—prácticamente universal—; por decisión ejecutiva, judicial o incluso legislativa, y también por testamento.

La segunda parte estudia las distintas esferas en que puede operar el trato discriminatorio contra las personas nacidas extra matrimonio: nombre, sujeción o no a la patria potestad respecto a uno o a sus dos progenitores, domicilio, alimentos y derechos sucesorios de forma testamentaria o intestada y concurriendo o no con descendientes legítimos. También se considera la situación legal de tales personas ante la sociedad (nacionalidad, prevención de la apátrida, naturalización, derechos públicos y servicios de protección social; posición social efectiva y honorabilidad).

Bajo la rúbrica de «Otros aspectos del problema», la tercera parte se inicia con la cuestión de la revelación del hecho del nacimiento extra-matrimonio por los asientos del Registro Civil, por el contenido de certificados, extractos y testimonios del acta de nacimiento o por el acceso

de personas distintas de las interesadas a las actas o por posibilidad de obtener certificaciones. Seguidamente, la obra se ocupa de la institución de la adopción como posible medio de mejorar la condición de las personas objeto de consideración, dado el considerable incremento y flexibilización que experimenta en todos los países, estudiándose sus distintas modalidades, requisitos y efectos.

Llegamos así a la cuarta parte, «Principios generales y medidas propuestas». Sostiénese que el nacido fuera de matrimonio debe tener derecho al reconocimiento legal de su filiación paterna y materna, con efectos semejantes a los de la filiación matrimonial. La filiación materna se determinará automáticamente por el hecho del nacimiento, y la paterna se determinará por distintos medios (reconocimiento, presunciones de derecho, decisión judicial). Se acogerá ampliamente la presunción *pater est is quae nuptiae demonstrant*. Debe reconocerse el derecho a un apellido. La patria potestad no debe tener distinto contenido a la ejercitada sobre hijos legítimos. Similar al de éstos debe ser el derecho de alimentos y el derecho a un domicilio; así como también en el campo sucesorio, nacionalidad y derechos públicos y sociales. La información sobre el nacimiento debe limitarse al particular o autoridad que ostente un interés legítimo. El adoptado deberá quedar plenamente incorporado a la familia adoptante. Y en general deberán tomarse las distintas medidas que favorezcan el reconocimiento de la dignidad de la persona.

Acompañanse diversos anexos con documentación nacional e internacional. En cada punto se citan a pie de página las legislaciones de los países que siguen los criterios respectivos.

Estamos, pues, ante una obra que creemos no puede dejar de ser consultada.

PEDRO A. FERRER SANCHÍS.

SCALABRINO, UBALDO: *Le quote di eredità nella successione legittima e testamentaria*, Giuffrè, Milano, 1966, 3.ª ed., 224 págs.

Estamos ante una monografía de carácter eminentemente práctico. Mediante gráficos y operaciones aritméticas se hace aplicación de la conocida doctrina de Cicu en torno a la distinción entre una cuota de reserva y otra de legítima. Estudia en primer término el parentesco y sus grados, así como la representación en el Derecho sucesorio. Ajeno a toda preocupación científica, los problemas se tratan de manera sencilla, ofreciendo una serie de ejemplos aplicativos de los diversos artículos del *codice* sobre la materia. Al referirse a la sucesión de los legitimarios, opina que la ley ha tratado de protegerlos adecuadamente mediante la introducción de una cuota de reserva y otra de legítima. Sabemos que el autor, discípulo de Cicu, ha seguido fielmente la famosa distinción que en el año 1941 estableció por primera vez el antiguo profesor de Bologna (cfr. *Successione legittima e dei legitimari*, 2.ª ed., Milano, 1943). La tesis dominante identificó ambos conceptos. Cicu ve una distinción de cuotas, lo que significa, en opinión de MENGONI, uno de los momentos «más felices y convincentes de las enseñanzas de Cicu en el campo de las sucesiones *mortis causa*». La reserva tiene como finalidad determinar la parte que la ley garantiza al legitimario sobre los bienes relictos, incluso contra la voluntad del *de cuius*, y se refiere, por tanto, a los bienes

hereditarios que existen en el momento de abrirse la sucesión. La legítima, en cambio, permite establecer si el causante, mediante donaciones y liberalidades dispuestas en el testamento, ha superado en perjuicio del legitimario la cuota de la que podía disponer libremente. La legítima, por tanto, puede lesionarse aun estando integrada la cuota de reserva. Esta se compone de aquellos bienes pertenecientes al difunto al tiempo de su muerte y que pueden verse reducidos si se hacen donaciones o legados. En tal caso, los bienes del legitimario experimentan una disminución correlativa. Para evitar que con tales liberalidades el testador pueda reducir el as hereditario, el Código ha fijado una cuota de legítima—cuota activa y no hereditaria—que ponga a salvo el derecho del legitimario. La ley, en definitiva, no se limita a *reservar* al legitimario una *pars hereditatis*, sino que le proporciona una utilidad neta integrada por un conjunto de bienes (*pars bonorum*) en concepto de cuota legitimaria. De este modo, como observa Cícu, se ha llegado a una fusión de los sistemas romano y germano-francés.

El autor, a lo largo de la obra y en sucesivos apartados (sucesión legítima, sucesión del cónyuge, sucesión del Estado, capacidad de recibir por testamento), va haciendo el cálculo de las cuotas de legítima y reserva correspondientes a los diversos llamados por ley o por testamento. Una serie amplísima de ejemplos, operaciones de cálculo y abundantes gráficos ilustran prácticamente los diversos preceptos legales. Su utilidad es indudable para los profesionales del Derecho en Italia. Claro está, siempre teniendo en cuenta que la famosa bipartición de cuotas se admita en aquel Ordenamiento. La tesis de Cícu ha encontrado seguidores. El autor de este libro, en el orden práctico, muestra su perfecta aplicación. Autores como VOCINO, BARASSI y L. FERRI parecen seguirla en cierta medida, quizá, como ha señalado MENGONI, «debido más a la gran notoriedad del llorado maestro que a una razonada adhesión». Este último autor, que mostró un gran entusiasmo por la postura de Cícu en su escrito de juventud: *la posizione giuridica del legittimario preterito* («Studi in onore di A. Cícu», I, Milano, 1950, págs. 497 y sigs.), en su magna obra *Successioni per causa di morte. Parte speciale*, Milano, 1967, páginas 39 y sigs., esp. págs. 49 y sigs., vuelve contra su postura inicial. MENGONI, aun cuando reconoce que el punto de partida de la tesis de Cícu es totalmente exacto, sin embargo, expresa su inconsistencia, como ya lo habían hecho SANTORO-PASSARELLI y PINO. Contra la opinión de Cícu, piensa MENGONI que no se trata de dos derechos sucesorios diversos; reserva y legítima son en la actualidad dos aspectos de un único derecho sucesorio.

Y realmente se ha dicho—entre ellos el propio MENGONI, inicialmente seguidor incondicional—que la distinción fue elaborada por Cícu según el esquema, históricamente superado, de las antiguas costumbres francesas. Se ha afirmado incluso que ni la letra del *codice* la abona ni se halla de acuerdo con la jurisprudencia.

También en España el profesor G. GARCÍA-VALDECASAS (*la legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, R. D. P., 1963, págs. 957 y sigs.) ha querido ver en el régimen sucesorio del Código civil español una distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima. Pienso que dicha distinción, especialmente por lo que respecta al Derecho español, resulta totalmente inadmisibles después del completísimo artículo de VALLET DE GOYTISOLO (*Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, A. D. C., enero-marzo, 1965, páginas 3-139). A él me remito porque estimo que sus argumentos son de una solidez irrefutable.

MARIANO ALONSO PÉREZ.

SERNA, J. CH.: *Le réfus de contracter*, Paris, 1967.

En el artículo 37 de la ordenanza francesa de 30 de junio de 1945 aparecía como delito el denominado «réfus de vente», figura que se había ido delimitando como consecuencia de un estado de cosas económico, escasez de ciertos bienes, protección de las tasas acordadas para los bienes de primera necesidad, necesidad de proteger al consumidor.

Más adelante, superado el periodo de emergencia, aparece la noción de «orden público económico», cuyo reconocimiento supone la quebra en buena medida de los principios liberales y democráticos al uso tradicional. Así, cabe proteger en la esfera mercantil, mediante la intervención del Estado, la concurrencia contra la misma concurrencia. En 1953 se sigue, dentro de este orden nuevo, prohibiendo esta «negativa a contratar». Pero los fundamentos del concepto de «réfus de vente» son diferentes; se intenta proteger al detallista más débil, protegiendo así indirectamente al consumidor. Se intenta también, en orden de protección al consumidor y al comerciante más débil, evitar la concentración económica, que va en contra de los principios de la libertad de concurrencia. Como consecuencia de este nuevo orden de ideas, en 1958, un decreto que modifica la ordenanza de 1945, sigue manteniendo la negativa de contratar como un acto ilícito que exige la correspondiente sanción. Esta idea nueva en la esfera de la contratación clásica, que se delimita en estos textos legales haciendo referencia a una esfera determinada de la contratación, tiene unos términos más amplios. Se presenta como un concepto nuevo que exige su consideración dentro de los moldes clásicos del derecho. La jurisprudencia y la doctrina se preocupan de delimitar el concepto de negativa de contratar. DE SERNA, en su documentada monografía, recoge la doctrina y jurisprudencia más relevantes en torno a la materia, para sostener que, en términos del derecho positivo francés, no cabe hablar de una negativa a contratar, de la existencia de un «réfus de vente» en términos de derecho contractual. Para nosotros, especialmente después de la aparición de la reciente ley contra las prácticas restrictivas de la competencia, el tema tiene un evidente interés, aunque ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, ni en el derecho positivo hayamos llegado a concretar un concepto de «réfus de vente» como en el derecho francés. Por otra parte, como habremos de ver, en materia de contratación en exclusiva, la idea de la negativa a contratar tiene una especial relevancia. Y es innegable que en nuestros días la contratación en exclusiva goza de un creciente favor en la esfera de nuestro orden económico.

DE SERNA parte de una premisa: la de que dentro del Código civil francés parece haber una institución perfecta, cuya evolución no se concibe: el contrato. El contrato concebido como instrumento o medio que permite modificar una situación, jamás fin en sí mismo. Se contrata para modificar un *status*, para transformar un estado de cosas.

Al final de la evolución del contrato, en éste la voluntad de los individuos es la medida de su contenido. La autonomía de la voluntad se manifiesta de forma soberana tanto en la posibilidad de contratar o no, como en la de determinar la estructura y contenido del contrato. Es, por la sola fuerza de la voluntad de los individuos que tiene existencia jurídica (CARBONNIER).

A principios de siglo esta concepción será objeto de severísimas críticas, una vez superado el individualismo y el principio absoluto de

autonomía de la voluntad. La libertad de contratar se verá sometida a los límites de la necesidad de no obrar arbitrariamente y a los de no ser objeto de abuso del derecho. RIFERT escribía en la *Règle morale dans les obligations civiles* que "le droit de faire des actes juridiques est comme tous les autres droits, susceptible d'abus". En esta línea de principios cabe plantear el problema del "réfús de contracter". SERNA expone dos de las más relevantes soluciones doctrinales al mismo, la tesis de JOSSEERAND y la de RICOR. Para el primero, la negativa a contratar, en principio, puede tener dos aspectos reprobables: como acto intrínsecamente ilícito y como acto abusivo. Habla de circunstancias que califican la negativa a contratar, y de motivos legítimos para ejercitar este derecho en principio reconocido a los individuos. La libertad de contratar tiene para este autor siempre un límite en el ejercicio abusivo de la misma, que se fundamenta en el móvil ilegítimo o en la intención maliciosa.

Para RICOR, la negativa a contratar es la expresión de un derecho: el derecho de no contratar, que es uno de los aspectos de la libertad de contratar. En todo caso tendrá sus límites, para llegar a los cuales RICOR entiende que hay que delimitar primero el derecho de «réfús de contracter». No hay nada más que una fórmula de delimitación y es negativa: la ausencia de un derecho contrario. Derecho absoluto, pero con limitaciones voluntarias, legales y jurisprudenciales. Las legales hacen referencia a las restricciones a la libertad de comercio y a la libertad de obrar de los funcionarios. Las jurisprudenciales responden a una inquietud: la protección de los intereses privados y se traducen en dos clases de hipótesis: ruptura de negociaciones en materia de contratos, y ruptura de promesa matrimonial.

Estas son las dos posiciones, una vez negados los dogmas de la autonomía de la voluntad y el individualismo para resolver el problema de la negativa a contratar.

Para SERNA, sin embargo, las soluciones no son convincentes. No basta con la evolución de las ideas, sino que hay que resolver el problema dentro de los estrictos términos del derecho positivo. El problema de la negativa a contratar no se planteó a los redactores del Código francés. Dentro del Código no sólo se regula el mecanismo de la materia contractual, sino muchas otras, familia, propiedad, sucesiones. Por otra parte, cabe plantearse la cuestión de si la fuerza obligatoria del contrato existiría si la ley no la hubiera reconocido. Es innegable que los principios de libertad contractual y liberalismo económico son peligrosos. Pero en pura técnica lo que hay es que plantearse el problema en términos del derecho positivo, dentro de la teoría clásica del contrato y dentro de ésta, para que el contrato exista, es preciso el consentimiento de las partes, siempre en los límites marcados por la ley. Consentimiento libremente emitido. Toda amenaza de sanción de la negativa a contratar es un obstáculo que vicia la voluntad de aquél al que se fuerza a contratar; no puede haber negativa a contratar punible, porque no puede haber contrato obligatorio, bajo pena de ver anulada la que se ha denominado «pureza del consentimiento»; consentimiento base de toda la teoría contractual. Es cierto, reconoce DE SERNA, que el consentimiento legal en la formación de la relación contractual ha venido a ser norma. Que se manifiesta bajo la forma de una «obligación legal de contratar», o por la creación de «una relación contractual de origen legal», marcando el abandono de la concepción individual en la organización de las relaciones privadas (DURAND), pero lo cierto es que en el Código civil la teoría del contrato descansa sobre la base de la noción del libre consentimiento. Encuentro de dos voluntades libres. «Se debe, en principio, ser libre de no contratar y la negativa a contratar no es una falta...» (MARTY ET RAYNAUD). Cabe encontrar en el Código disposiciones que encierran cierta

limitación a la libre autonomía, siempre en sentido negativo, artículos 6, 1.128, 1.131 y 1.134 (todas las cuales tienen su correspondencia dentro de nuestro Código civil). A través de las mismas cabe hablar de canalización, dirección de la libertad de contratación. Dentro del Código, no obstante, si el libre consentimiento no es una condición suficiente para la existencia del contrato, si que es una condición necesaria, «la notion d'obligation de contracter que cette obligation soit legal ou non, est donc incompatible avec la construction fondamentale élaborée par le Code Civil».

Será fuera del Código que aparezca, como consecuencia de la economía dirigida y de las situaciones económicas de emergencia, la idea y la estructuración de un delito de "réfús de vente".

Aporta SERNA, en su obra la teoría soviética del contrato, como derecho nuevo de la contratación; contrato como medio, sistema que no distingue entre un derecho público y un derecho privado, existencia de dos sectores económicos de actividad, el socialista y el privado. Resumiendo, dentro de este sistema, detrás de la voluntad particular y preexistiendo a ella, están las medidas de orden económico concebidas en interés del Estado y erigidas en directoras de la voluntad privada... Entre los dos extremos, el nuevo estado de cosas económico que impone el dirigismo y la intervención, sin llegar a suprimir las concepciones tradicionales del derecho.

SERNA concluye que no cabe hablar de "obligaciones legales de contratar", que no cabe «habiller de vêtements anciens techniques nouvelles issues du dirigisme économique». Existen dos maneras de modificar una relación jurídica, cuyos dominios respectivos están condicionados por el lugar que se deja a la libertad privada. El primero es el del Código civil: contrato libre, instrumento de cambios económicos. Técnica liberal, que ignora la contratación forzosa y en el que la negativa de contratar no es un delito. La segunda, consecuencia de la economía planificada: «c'est, dans un droit qui s'avoue un moyen, le contrat symbole de l'obligation assumée. Elle est contrainte par elle-même. Et pour le Code civil, elle n'est pas contrat. Elle ne peut donc connaître le refus de 'contracter'". Dentro de este cuadro de ideas estudia SERNA el problema del denominado «réfús de contracter». En la primera parte del estudio el problema se analiza en las hipótesis de la intervención estatal y en la segunda en un sistema puramente liberal.

La primera parte, dedicada a la negativa de contratar y el intervencionismo, está dividida en dos subepígrafes: las actividades controladas y la negativa a contratar y el derecho del trabajo y la negativa a contratar. Algunas de las ideas expresadas en estas páginas tienen un evidente interés y son exponente de la amplitud del problema.

Por lo que respecta al primer subepígrafe, uno de los fundamentos del carácter delictivo de la negativa a contratar es el de que la jurisprudencia en varias ocasiones la ha condenado, teniendo en cuenta que el obligado a contratar gozaba de su posición de privilegio otorgada por el poder público, o, al menos, ejercía unas actividades de interés público. En la primera categoría se encuadran los denominados monopolios de derecho. Se trata de personas o empresas que ejercen una actividad concedida por decisión estatal. En la segunda, las profesiones liberales, que tienen «una relación de parentesco con la función pública».

En los supuestos de monopolio de derecho, la doctrina entiende que se está más cerca de un servicio público que de una relación contractual. Así, JEZE y DUGUIT, que niegan que pueda hablarse de relaciones contractuales con los usuarios. No existe una libertad contractual, como en la esfera común. No hay contrato y no cabrá hablar de «réfús de contracter». El régimen especial que la situación impone ante la negativa a

conceder el servicio se fundamenta para SERNA, que recoge la crítica a las teorías anticontractualistas de JÈZE y DUGUIT (p. ej., de DEMOGUE y WALIN), en la igualdad de todos los usuarios ante el servicio y en el hecho de que existe una oferta permanente por parte del concesionario de aquel monopolio de derecho.

El problema de la negativa a contratar cuando el que se niega ejerce una actividad controlada, una actividad de las denominadas liberales, impone la distinción entre los denominados «officiers ministériels», que gozando de su poder por concesión del Estado, que no cabe que rehúsen sus servicios al que los solicita y la de los que ejercen otro tipo de actividades, de profesiones, que de algún modo participan de la idea de servicio público: abogados, médicos, etc. El abogado es libre de rehusar un asunto que no está de acuerdo con su interés privado. En esto su conciencia es su primer juez. Más complejo es el caso del médico, en el que las circunstancias para negarse a la asistencia a un enfermo pueden dar lugar a una negativa calificada de ilícita.

No nos importa aquí detenernos en el contenido de la negativa a contratar y el derecho del trabajo, objeto de todo un capítulo, en el que se analiza la jurisprudencia en torno a la materia; basta la referencia a algunas de las conclusiones para darnos idea de cuáles son los términos en los que el problema se plantea. Se parte del principio que inspira al derecho francés, en el que el que emplea tiene derecho a elegir su personal. Hay que destacar en esta esfera el relieve del «in tuitus personae», que juega un importante papel. Es también destacable el hecho de que pueda influir en la decisión del empresario la condición del que ha de ser empleado, condición de soltería, por ejemplo, que en ocasiones es motivo de preferencia, o la de casado, que supone un obstáculo para alcanzar el empleo. Debe de procurarse que en materia de trabajo no sea la condición de casado obstáculo para el posible contrato de trabajo. En definitiva, en esta esfera juega primordialmente la legislación especial laboral, que habrá de resolver los problemas que rebasan, además, la esfera de los intereses particulares de las partes, por ser verdaderamente cuestiones sociales.

Finalmente, en esta parte se estudia por SERNA la cuestión de la negativa a contratar y la libertad de comercio, especialmente en consideración a la intervención de la ley penal en la misma. Para SERNA cabe hablar en materia de intervención de la ley penal en las relaciones vendedor-adquirente, de una intervención contra la libertad y una intervención en defensa de la libertad. El análisis de la intervención en contra de la libertad le lleva a realizar un cuidadoso análisis histórico de las diferentes medidas tomadas por el Estado en la esfera del comercio privado, aparición de la tasa en los precios, medidas para conciliar el espíritu liberal de la contratación y las tasas, etc. Se detiene especialmente en el momento en el que el perfeccionamiento del sistema de tasas supone ya una influencia en el problema de la negativa a contratar, año 1940, al que hemos hecho en su momento referencia. La «réfús de vente» se presenta como una extensión, sin embargo, de las previsiones de la ley penal para el cumplimiento de la política de tasas.

En el capítulo II de esta materia se estudia la intervención como medida aseguradora de la libertad. Este aspecto tienen las medidas intervencionistas que vemos aparecer ya a partir de la ordenanza de 1945, en la que, como dijimos, aparece consagrado el delito de «réfús de vente». Lo que se intenta no es superar la crisis de un periodo de penuria, sino restablecer la libertad de concurrencia comercial. Luego, un fenómeno nuevo se origina: la tendencia a la concentración comercial e industrial, que también precisan de un control. La protección al consumidor se lleva

a cabo mediante la protección, ya lo dijimos, al detallista. Que éste pueda aprovisionarse en las mismas condiciones que sus competidores.

Lo importante es que el problema del «réfús de vente», según el decreto de 1958, se complica por la falta del acuerdo en la existencia de causas justificativas de este delito y especialmente por el de si los contratos de exclusiva caen dentro de la esfera del mismo. El decreto de 24 de junio de 1958 considera incurso en el delito de «réfús de vente» «a todo aquel productor, comerciante, industrial o artesano que rehúsen satisfacer, en la medida de sus posibilidades y en las condiciones establecidas por los usos del comercio, las demandas de los compradores de productos, o las demandas de prestación de servicios cuando estas demandas no presenten algún carácter anormal que emanen de demandantes de buena fe y que la venta de productos o la prestación de servicios no esté prohibida por la ley o por un reglamento público, así como practicar habitualmente condiciones discriminatorias de venta o recargos discriminatorios de precios que no están justificados por aumentos correspondientes del precio de coste del material o del servicio». Por otra parte, una serie de normas dictadas a partir de 1945 intentan limitar la concentración de empresas que tengan como objeto prácticas anticoncurrenciales. Los contratos de exclusiva caen dentro de estos regímenes prohibitivos. Los contratos de exclusiva suponen, en todo caso, una prohibición de contratar, entrañan siempre la idea de una negativa a contratar.

Dentro de esta normativa, el autor del «réfús de vente» es siempre, según el artículo 37, 1, a), un productor, comerciante, industrial o artesano, es decir, un profesional; el legislador busca sanear la concurrencia comercial y reformar los circuitos de circulación. En cuanto a los contratos de exclusiva, en sí llevan el germen de la negativa a contratar. Dentro del derecho francés cabe distinguir la simple cláusula de exclusiva y el contrato de concesión. La primera cláusula, de exclusiva de aprovisionamiento, en la que el comerciante no compra sino a un solo comerciante o fabricante, en la que, a juicio de SERNA, no existe peligro de «réfús de contracter»; la exclusiva de aprovisionamiento, que obliga al comerciante o fabricante a no vender sino a un determinado comerciante, que si supone la negativa a contratar. La cláusula que vincula en exclusiva a ambas partes, al que vende y al que compra, y que puede originar verdaderas ententes de fabricantes y distribuidores, dando lugar al contrato de concesión. El contrato de concesión, dentro de las características del derecho francés, es una verdadera técnica de concentración de empresas (CHAMPAUD) en el que se complica la cuestión del problema de la negativa a contratar.

Las cláusulas de exclusiva en el régimen francés eran válidas en todo caso; ¿lo son a partir de la aparición de la legislación especial, Ordenanza de 30 de junio de 1945 y decreto de 1958?

SERNA lleva a cabo un análisis detenido de ambas disposiciones legales y concluye que cabía la convivencia de la cláusula de exclusiva con la ordenanza de 1945 y que es el decreto de 1958 el que enturbia la materia. Es a través de la jurisprudencia que hay que intentar buscar la solución al problema. Para ello aporta alguno de los fallos más interesantes en torno al tema; jurisprudencia poco abundante, alguna sólo referida a supuestos de negativa a contratar, otra a supuestos de negativa a contratar y pactos de exclusiva o de concesión de exclusiva. En un principio la jurisprudencia se muestra favorable a las cláusulas de exclusiva, que no se entienden contrarias al decreto de 1953; posteriormente parece ser que la línea de la jurisprudencia se mantiene en estos términos, no encon-

trándose en el texto del decreto de 1958 fundamento jurídico bastante para declarar ilícitos los contratos de exclusiva; éstos serán ilícitos sólo cuando su objeto claramente esté incurso en la prohibición del artículo 37, citado, del decreto de 1958.

Finalmente, SERNA se cuestiona: ¿el delito de «réfus de vente» será realmente una sanción a una negativa a contratar? ¿Es posible deducir del derecho positivo una obligación de contratar para ciertas personas? Por una parte hay que considerar que para que se produzca un delito de negativa a contratar ha de haber una serie de condiciones. Que cabe hablar de un dominio restringido de la «réfue de vente», límite objetivo: sólo se refiere a ciertas categorías de bienes. También el «intuitus personae» limita la esfera del «réfus de vente» como delito. Para SERNA, la sanción penal de «réfus de vente» se presenta no como una reglamentación autoritaria de la oferta de contratar, sino como una sanción de un principio antidiscriminatorio que se impone al comerciante, como se impone al servicio público el principio de igualdad o al empresario el de neutralidad. Concluye que en el actual estado de cosas es prematuro sostener que la legislación económica es el origen de un «réfus de contracter» que será civil y penalmente sancionado, y todavía más prematuro el decir que crea un contrato obligatorio. Todo lo que cabe afirmar es que en ciertas hipótesis la ley sanciona penalmente el hecho, para algunos, de restringir la oferta.

El tema se ofrece a reflexión; dentro de nuestro derecho la reciente ley de represión a las prácticas restrictivas de la competencia, que no hace sino recoger la experiencia legislativa en este orden de otros países, como Francia, también plantea la cuestión de la posibilidad de subsistencia de los pactos de exclusiva. En un trabajo, hace poco publicado, sobre el tema tuvimos ocasión de fundamentar nuestra opinión favorable a la subsistencia de los pactos de exclusiva, que no siempre caen bajo la órbita de este régimen protector de la libertad de concurrencia (véase «Revista de Derecho Mercantil», núm. 101).

La segunda parte del trabajo la encuadra SERNA bajo el epígrafe general de «Le refus de contracter et le libéralisme». En ella estudia el problema de la negativa a contratar en un régimen ausente de toda intervención estatal, e intenta fundamentar su teoría negativa, es decir, su teoría de que no cabe hablar en la esfera contractual de una responsabilidad surgida de la negativa a concluir un contrato. Divide esta parte en la negativa a contratar y la formación del contrato, y la negativa a contratar y a las denominadas negociaciones precontractuales. Intentando demostrar que en ninguno de los dos casos puede incluirse el «réfus de contracter» técnicamente.

Se pretende, en todo caso, fundamentar la responsabilidad del que se niega a contratar. Se cuestiona si es un acto lícito o simplemente abusivo. Se plantea de nuevo el problema de si en los supuestos en que estemos ante un monopolio de hecho cabrá fundamentar en él la responsabilidad por la negativa a contratar, como sucedía en el supuesto de monopolios de derecho. Analiza una serie de supuestos jurisprudenciales para concluir que no cabe una solución uniforme, pero que en todo caso no es de la situación de monopolio de donde pueda fundamentarse la responsabilidad por la negativa a contratar.

Algunos fallos jurisprudenciales parecen querer fundamentar en el abuso del derecho la negativa a contratar, abuso del derecho de no contratar cuando concurren determinadas circunstancias. La jurisprudencia que define el abuso del derecho de no contratar da lugar a dos grupos de decisiones: las que no reconocen la responsabilidad del soli-

citado a contratar, testimoniando así una negativa lícita a contratar, y las que reconocen esta responsabilidad. Para concluir la imposibilidad de hablar del abuso del derecho como fundamento del «réfús de contracter», SERNA comienza demostrando la dificultad de definir esta noción en relación con el mismo. Hay un derecho a contratar, corolario de la libertad de contratación, y también de él surge un derecho a no contratar. Libertad de comercio y libertad de contratación estrechamente unidas. La jurisprudencia se hace eco de esta libertad de comercio y hemos visto cómo la legislación se preocupará de proteger la libertad de concurrencia. Se dice que hay abuso del derecho en cuanto que el solicitado a contratar a veces ocupa una posición preeminente; ejemplo aportado, el del hotelero que ejerce solo su industria. Se habla de «motivos legítimos», «motivos serios» para la negativa a contratar. Lo cierto es, dice SERNA tras su estudio de la jurisprudencia, que muchas veces lo que hay no es una negativa a contratar en los supuestos analizados, sino una verdadera obligación contractual incumplida.

¿Cuál es la verdadera naturaleza del «réfús de vente»? SERNA desecha todas estas teorías de abuso del derecho, monopolio de hecho, etc., que intentan fundamentar la negativa a contratar cuando no ha existido ninguna relación contractual todavía y cuando la obligación de contratar tampoco tiene su fundamento en algún régimen legal especial. La idea del monopolio de hecho no es tampoco fundamento suficiente para SERNA. El que rehúsa contratar no tiene responsabilidad alguna. Para SERNA, en los casos en los que en los fallos jurisprudenciales se ha llegado a reconocer la responsabilidad del que se negaba a contratar era porque en realidad había una oferta de contrato. Es su tesis: siempre que se llega hasta el reconocimiento de responsabilidad por no contratar es por la existencia de una *pollicitatio* del solicitado a contratar. *Pollicitatio*, que es la medida de su compromiso, destacando que las decisiones jurisprudenciales que reconocen el «réfús de contracter» acuden a la *pollicitatio*. Idea que no es sino la aplicación al problema de la teoría de la oferta permanente. La oferta es, en definitiva y a condición de que sea lícita, la medida del contrato y el *pollicitante* no está obligado sino en los límites de la misma. Como consecuencia SERNA analiza la teoría dentro del sistema francés, que busca en todo caso la seguridad de los contratantes. La distinción que en el mismo cabe hacer de la *pollicitatio* firme y la oferta sin compromiso. La segunda no tiene, a juicio de SERNA, la precisión necesaria para considerarla base de un contrato. El problema de la posibilidad de rehusar el contrato en estos casos quizá esté, más que en saber si la oferta era firme en el momento de la aceptación, en el de saber si existía una reserva *intuitu personae*, que permitiese en todo caso la negativa a contratar. Se ocupa de la licitud y posibilidades de estas reservas. Finalmente analiza el problema en cuanto a los contratos de adhesión: concluye la similitud de argumentos empleados en la crítica del «réfús de contracter» y de los contratos de adhesión. El contrato es vehículo indispensable a la vida jurídica y económica; sería, por tanto, intolerable que la posición de ciertos individuos, su poder, les permitiese excluir a otros de esta esfera jurídica. En este tipo de contratos hay una superioridad económica de uno de los contratantes, las cláusulas se imponen unilateralmente y en interés exclusivo del que las impone. Son invariables para la parte más débil. Caracteres que encontramos en la oferta permanente. El «réfús de contracter» no es sino un aspecto complementario del problema del contrato de adhesión. En realidad, más que de un problema de orden jurídico cabe hablar de un problema de orden moral y económico.

Todavía intenta encuadrar el "réfús de contracter" dentro de las denominadas negociaciones precontractuales (*pourparlers*). Las negociaciones precontractuales, fase preliminar del contrato, en las que se discuten las cláusulas del mismo. No hay todavía contrato ni oferta de contrato. Sólo proposiciones y contraposiciones. Se discute por la doctrina si hay responsabilidad contractual en este periodo. Para algunos como RICOT y JOSSEMAN el problema que puede derivarse de la responsabilidad en estas negociaciones y el del «réfús de contracter» es el mismo. Para otros autores, entre los que se encuentra SERNA, no. Una serie de dificultades de varia índole se oponen, así la dificultad de delimitar los momentos en que comienzan y terminan estos tratos preliminares, etc. Todo ello le lleva a concluir la independencia de los problemas. SERNA se detiene también en el análisis de algunos supuestos jurisprudenciales, en los que fundamenta su aserto. Tiene especial interés todo lo referente a la técnica de interpretación de los contratos y los tratos preliminares, así como la noción del «acuerdo en principio» y ciertas técnicas de formación del contrato y de su aplicación a la venta, a ensayo y a prueba, así como a otros contratos.

Finalmente, concluye SERNA, con frase de RIPERT, «il n'y a point place rationnellement pour l'abus du droit de ne pas contracter», en derecho francés, añadiendo SERNA que ninguna responsabilidad es racionalmente concebible para la negativa a contratar; ni teórica, ni técnicamente puede ser fundamentada en términos del derecho clásico positivo.

TERESA PUENTE MUÑOZ,
Profesor Adjunto de Derecho Civil.

REVISTAS

**REVISTA DE DERECHO
ESPAÑOL Y AMERICANO**

Núm. 17, julio-septiembre 1967.

Posibilidad de investigación sociológica en problemas de Derecho natural, por Angel Sánchez de la Torre, págs. 11 a 54.

Desorganización internacional, orden mundial y doctrina católica contemporánea, por Leandro Rubio Garcia, págs. 55 a 72.

Naturaleza de la opción, por José Sánchez Fontans, págs. 73 a 96.

Numero 18, octubre-diciembre 1967.

La relación de rango entre las exigencias individuales y las exigencias sociales de la Justicia, por José Castán Tobeñas, págs. 11 a 22.

Unificación del Derecho privado material y unificación del Derecho internacional privado, por Antonio Marín López, págs. 23 a 42.

La noción de Orden Público y su evolución útil, por Fernando Fuego Laneri, págs. 43 a 60.

Delitos contra la fe pública en el Derecho uruguayo, por Antonio Caamaño Rosa, págs. 61 a 96.

La capacidad para ser donatario, por José Menéndez, págs. 111 a 112.

Número 19, enero-marzo 1968.

El régimen jurídico de la planificación en Puerto Rico, por Eduardo Vázquez Bote, págs. 11 a 34.

La teoría del abuso del Derecho como principio informador en las relaciones de vecindad, por Manuel González - Alegre Bernardo, págs. 35 a 74.

El usufructo de disposición y el fideicomiso de residuo, por Vicente Font Boix, págs. 75 a 100.

Anotaciones sobre las empresas públicas, por Juan Antonio Sagardoy, págs. 135 a 144.

Principios orientadores de la concentración parcelaria, por Jesús López Medel, págs. 145 a 162.

**REVISTA DE DERECHO
FINANCIERO Y DE HACIENDA
PUBLICA**

Número 73, enero-febrero 1968.

Consideraciones en torno a la Orden del Ministerio de Hacienda de 1 de abril de 1967, sobre nueva estructura presupuestaria, por

Eusebio González García, págs. 9 a 42.

Desgravaciones tributarias y política fiscal agraria, por José Luis Batalla Carilla, págs. 71 a 100.

Número 74, marzo-abril 1968.

La retención a cuenta, por Carlos Palau Taboada, págs. 257 a 299.

La revolución de 1868 y el Tribunal de Cuentas, por Rafael de Mendizábal Allende, págs. 301 a 376.

Número 75, mayo-junio 1968.

La política fiscal para la estabilidad monetaria, por Cesare Cosciani, págs. 523 a 545.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Octubre de 1968.

Función del justo título en la adquisición de derecho por usucapión, por Diego Espín Cánovas, págs. 833 a 841.

El problema de la jubilación del trabajador autónomo arrendatario de local de negocio, por Eugenio Llamas Valbuena, págs. 842 a 852.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Octubre-diciembre 1968.

El prelegado en el Derecho civil especial de Cataluña, antes y después de la compilación de 21 de julio de 1960, por Miguel Píllach Barceló, págs. 833 a 875.

Reconsideración y reforma de la regulación de la adopción, por Juan Verger Garau, págs. 901 a 959.

Silencio administrativo y Ley del Suelo, por Juan Antonio Martín Bagué, págs. 963 a 972.

