

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLII * Septiembre-Octubre 1966 * Núm. 456

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Excmo. Sr. D. Ramón de la Rica y Arenal.

Ilmo. Sr. D. Federico Bas y Rivas.

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. Francisco Sánchez de Frutos.

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

Precio : 200 pesetas al año.

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, 1966.

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
«El Registro de la Propiedad y los actos dispositivos sobre inmuebles gananciales, consentidos sólo por el marido», por RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL	1185
«División material, división horizontal, división de comunidad y disolución de sociedad», por PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS	1231
NOTAS:	
«Registro de modelos y diseños industriales en la Argentina y el Depósito internacional», por J. J. SANTA-PINTER	1257
LEGISLACION:	
Crónica legislativa, por FRANCISCO DE COSSÍO	1271
VIDA JURIDICA:	
«Problemas de una Notaria turística», por VICENTE ESPERT	1287
«VII Congreso Internacional de Derecho Comparado», por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS	1301
JURISPRUDENCIA:	
I Jurisprudencia comentada:	
1. Civil: «Ejercicio de la patria potestad y renuncia de los derechos de los hijos», por PEDRO ANTONIO FERRER SANCHÍS	1311
2. Contencioso-administrativa: «El silencio administrativo positivo», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	1323

	<u>Págs.</u>
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
Civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN	1337
Fiscal, por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL	1347

LIBROS:

«Introducción al Derecho registral», de ANGEL CRISTÓBAL MONTES, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO	1359
«Manual del Registro de la Propiedad», de JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, EUGENIO FERNÁNDEZ CAVALEIRO y VICENTE AGERO HERNÁNDEZ, por FRANCISCO SÁNCHEZ DE FRUTOS	1370
«Derecho de obligaciones», de LUDVIG ENNECERUS, por CARLOS HUIDOBRO GASCÓN	1373
«Código de las Leyes Administrativas», de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, por FRANCISCO SÁNCHEZ DE FRUTOS	1383

REVISTAS:

Por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	1389
--	------

ESTUDIOS

MEDITACIONES HIPOTECARIAS

El Registro de la Propiedad y los actos dispositivos sobre inmuebles gananciales, consentidos sólo por el marido

SUMARIO: I. Preliminar.—II. Planteamiento del problema.—III. Antecedentes y motivación del artículo 94 del Reglamento Hipotecario.—IV. La licencia marital y el consentimiento *uxoris*.—V. La cancelación de hipoteca ganancial sólo por el marido.—VI. Conexión y armonía de las reformas del Código civil y del Reglamento Hipotecario.—VII. Valor y jerarquía de la jurisprudencia como fuente del Derecho.—VIII. Decisiones del Tribunal Supremo con eficacia jurisprudencial sobre la falta del consentimiento de la mujer.—IX. A) Opiniones doctrinales, y B) criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—X. Finalidad y principios de nuestro sistema registral-inmobiliario.—XI. A modo de colofón.

I

PRELIMINAR.

Siempre he rehuido las controversias doctrinales, y en tal posición negativa me hace persistir la experiencia que se va atesorando con los años y las enseñanzas que cada uno nos depara. Pienso con RAMÓN Y CAJAL que nada hay menos edificante que las polémicas entre personas circunspectas y autorizadas.

Y no es que niegue validez al viejo tópico que proclama «de la discusión nace la luz», pues reconozco que el contraste de las diversas opiniones puede permitir un mejor esclarecimiento de los problemas. Es que en materias jurídicas todo o casi todo es opi-

nable y se halla entregado a los criterios subjetivos de los opinantes, ya que el Derecho, en cualquiera de sus ramas, no es una ciencia exacta, si es que todavía, a la luz de las nuevas concepciones relativistas, que socavan los tradicionales cimientos de la Matemática y la Física, existe alguna ciencia exacta. Si a algo tan palpable y tangible, tan corporal, como la materia—*quod tangere possunt*—los físicos modernos oponen la «antimateria», imagínese en algo tan sutil e inmaterial, tan de matices, como la ciencia jurídica, a lo que podrá llegarse en punto a dudas, pareceres y teorías. Y en verdad que polemizar en torno a estos matices, á estas apreciaciones, a estas interpretaciones, suele ser en el mejor de los casos una manera más o menos agradable de pasar el tiempo, como sin duda lo pasaron los romanos de Occidente con sus cuestiones domicianas y los de Oriente con sus discusiones bizantinas.

Hay, sin embargo, ocasiones en que es necesario no polemizar, pero sí reconsiderar y reafirmar las propias convicciones para tratar de hacer comprender a los demás su solidez racional y su conveniencia práctica. Y una de estas ocasiones me la deparó el destacado y llorado jurista José AZPIAZU, en un sugestivo trabajo publicado en esta misma REVISTA (1), al aludirme tan insistentemente y con tan inmerecidas frases de elogio, que guardar silencio parecería, si no menosprecio, si descortesía.

Fallecido inesperadamente el buen amigo y brillante escritor, deseo que este trabajo, escrito con anterioridad a su óbito, sirva como homenaje a su memoria, pues aunque algunas veces defendimos criterios dispares, siempre nos unió un mismo amor y una idéntica devoción por nuestras instituciones registrales.

II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El problema jurídico planteado es sencillo: La reforma del artículo 1.413 del Código civil, *tendente a favorecer la posición jurídica de la mujer casada* (2), ha exigido el consentimiento de

(1) JOSÉ AZPIAZU RUIZ: *Más sobre el artículo 1.413 del Código civil*, en esta REVISTA, núm. 452, págs. 95 y sigs.

(2) No debe olvidarse que los preámbulos y Exposiciones de Motivos re-

ésta para la disposición por el marido de los inmuebles gananciales. La falta de ese consentimiento carece de sanción expresa en el Código, y por ello las opiniones doctrinales se han dividido en cuanto a los efectos de tal omisión. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que la falta del consenso *uxoris* no determina la nulidad de pleno derecho del acto dispositivo realizado sólo por el marido, sino únicamente su *anulabilidad* (3), que sólo pueden instar la mujer o sus herederos.

Pues bien, sobre estas bases se sugiere que a estos actos anulables se aplique la misma regla excepcional que para la disposición por la mujer de sus parafernales sin licencia marital previenen los artículos 169 del Reglamento Notarial y 94 del Hipotecario. El problema, pues, estriba en precisar si esa aplicación extensiva y analógica se ajusta a la legalidad vigente, si encaja dentro de los principios normativos de nuestro sistema registral inmobiliario y, en último término, si es o no conveniente para el tráfico jurídico de los inmuebles.

visten la máxima autoridad para interpretación de las Leyes porque definen la *mens legislatoris*, y, según afirma la sentencia de 15 de febrero de 1943, «para fijar el sentido y alcance de una Ley no hay fuente de interpretación más directa que la procedente de su Exposición de Motivos». Pues bien, en el preámbulo de la Ley de Reforma del Código civil de 24 de abril de 1958 se dice textualmente: «Se atribuyen a la mujer nuevas facultades en orden a la disponibilidad y gravamen, constante matrimonio, de los bienes gananciales». Y cabe preguntar: ¿Cuáles serían esas *nuevas facultades*, de prevalecer la tesis de un considerando de una sentencia del Tribunal Supremo y las consecuencias deducidas por AZPIAZU? Porque el derecho a la impugnación por la mujer o sus herederos de los actos dispositivos realizados por el marido en contravención del Código o en fraude de aquélla, ya estaba consignado en la primitiva redacción del artículo 1.413, y si es a esto sólo a lo que quedan reducidas las «nuevas facultades», según resulta de aquella tesis, ¿en qué ha sido beneficiado el progreso jurídico de la mujer con la reforma del Código?

(3) En rigor, según opina con acierto el Notario JOSÉ ESTEPA, «la falta del consentimiento de la mujer convierte al acto dispositivo de inmuebles gananciales sólo por el marido en *acto nulo*, aunque sea ratificable aplicando la doctrina del artículo 1.259 del Código». Véase su trabajo, titulado *En torno al artículo 1.413 del Código civil y cuestiones con él relacionadas*, en el número de marzo-abril de esta REVISTA, págs. 187 a 206. Para FEDERICO DE CASTRO y otros juristas, la reforma del Código ha de entenderse como condena implícita de los poderes concedidos al marido en la Ley anterior por peligrosos y excesivos. También el maestro CASTÁN se manifestó siempre favorable a mejorar la condición jurídica de la mujer casada.

III

ANTECEDENTES Y MOTIVACIÓN DEL ARTÍCULO 94 DEL REGLAMENTO
HIPOTECARIO.

La historia legislativa de este precepto reglamentario, que permite inscribir los actos y contratos otorgados sin licencia marital por la mujer casada, aunque haciéndose constar en la inscripción la falta de licencia en los casos en que sea necesaria, es harto conocida y bastará una breve referencia a la misma (4).

Esos actos y contratos son declarados nulos por los artículos 4.º y 62 del Código civil, si bien, a tenor del 65, únicamente pueden reclamar la nulidad el marido o sus herederos. Y aun esto, conforme al artículo 1.301, si no han transcurrido cuatro años desde la disolución del matrimonio. Por tal razón, el Tribunal Supremo consideró que esa nulidad está subordinada al ejercicio de una acción de impugnación que sólo compete a determinadas personas, o sea, dicho con el tecnicismo actual, que esos actos y contratos no son *nulos* de pleno derecho, sino simplemente *anulables*.

La Dirección General de los Registros tardó en aceptar esta doctrina; pero, al fin, rectificó su anterior criterio, opuesto a la inscripción de aquellos actos y contratos, y admitió que la falta de licencia marital no es un defecto insubsanable, por no ser necesariamente nulo el acto realizado por la mujer sin licencia del marido, ni tampoco subsanable, pues no constituye un defecto formal del título, sino que afecta a uno de los elementos esenciales del acto, a la capacidad, entendiendo que tal falta origina la anulabilidad del acto, el cual antes de ser anulado produce todos sus efectos jurídicos. Por consiguiente, permitió que tales actos y contratos pudiesen ser inscritos, expresándose en el asiento la falta de dicho requisito con el fin de advertir a los terceros de la posible anulación. Pueden citarse las Resoluciones de 25 de agosto de 1911, 19 de julio de 1922 y de 15 de diciembre de 1933, aunque

(4) Pueden consultarse, para conocer mi opinión sobre esta materia, mis *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo I, págs. 67 a 73, y mis *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, págs. 89 a 91.

esta última se inspiraba en otras consideraciones por estar dictada bajo el signo de la igualdad de derechos para los dos sexos proclamada por la Constitución republicana de 1931.

Los Reglamentos notariales, por su parte, también cambiaron de criterio. En el preámbulo del de 7 de noviembre de 1921 se decía que había que «adoptar una medida para impedir una corrupción en que incurrian algunos Notarios al autorizar contratos otorgados por la mujer sin licencia marital, ya que si no se previera tomaría carta de naturaleza, por cuanto facilita la contratación». Y tal medida se adoptó en el artículo 243, que prohibió a los Notarios autorizar contratos de mujeres casadas cuando no comparezcan asistidas de sus maridos o no acrediten con documento fehaciente que obtuvieron anteriormente la licencia de aquéllos en los casos en que fuera necesaria. En cambio, el de 8 de agosto de 1935, ya influido por las directrices jurídicas de la República y reconociendo además que la cuestión era un «problema de capacidad», autorizó que pudiera otorgarse el documento por la mujer sin licencia marital, aun cuando ésta se precisare, si en ello estuvieren conformes los interesados, subordinándolo a la condición suspensiva, en cuanto a su perfeccionamiento, de la ratificación o consentimiento por el marido, sin perjuicio de la validez o eficacia del mismo, si el marido o sus herederos no lo impugnaran. Y este precepto ha sido, finalmente, reproducido en el artículo 169 del vigente Reglamento Notarial de 1944.

En este estado el problema, se llega al Reglamento Hipotecario de 1947. Este, gustase o no a sus redactores, se vió obligado a ratificar la orientación seguida por el Tribunal Supremo, la Dirección General y el Reglamento del Notariado, so pena de introducir peligrosas antinomias normativas. Pero, además, en esa fecha mediaban unas circunstancias históricas de todos conocidas que aconsejaban ineludiblemente continuar por ese camino, a pesar de lo perjudicial que resultaba para la certeza e irrevocabilidad del dominio inscrito. Me refiero a que existían millares de españoles expatriados que habían huído al extranjero, principalmente a América, al final de la guerra civil, dejando a sus esposas en la Península; y a los graves trastornos que surgirían si a esas mujeres se les exigiese, para la disposición de sus bienes propios y para otros muchos actos jurídicos la legalmente necesaria licencia ma-

rital, que casi siempre les era imposible obtener; situación que en nuestros días se prolonga por el éxodo de la mano de obra hacia los países europeos. Todo ello justificaba una regla de emergencia, que puede o no gustar, pero que es necesario acatar, como ocurre, por ejemplo, con la legislación especial de arrendamientos urbanos, que, parezca justa o injusta, es indispensable, por imperiosas razones sociales, promulgar y mantener.

Corroboraba todo esto que la Comisión redactora del Reglamento de 1947, en la que tuve el honor de colaborar bajo la dirección del eximio jurista EDUARDO LÓPEZ PALOP, no fué la creadora de la teoría excepcional que, nacida mucho antes, cristalizó en el artículo 94 y que respondía a una necesidad evidente. Por otra parte, mi opinión sobre ese texto extensamente y coincidiendo con la de MARTÍNEZ SANTONJA (5), la expuse en otro lugar, al que me remito.

Era evidente que esa doctrina permisiva perturbaba hondamente la institución registral, porque la constancia en la inscripción de que el contrato se había otorgado sin plena capacidad por la mujer equivalía a una causa de resolución explícita constatada por el Registro y dejaba a tales actos—me refiero a los dispositivos, pues en los adquisitivos la falta de licencia marital produce consecuencias menos graves—exceptuados de la inmunidad registral, conforme al número 1.º del artículo 37 de la Ley Hipotecaria, y privaba a todo adquirente posterior de la cualidad de tercero inatacable, o sea, de la fuerte protección dispensada por el artículo 34.

Tanto era así que al reformarse el Reglamento en 1959 se trató de paliar en lo posible estos inconvenientes, limitándolos en su duración temporal; y al efecto se agregó un párrafo nuevo al artículo 94, por el que se permite que se haga constar en el Registro, a solicitud de cualquier interesado y siempre que no exista obstáculo registral, el haber transcurrido cuatro años desde la disolución del matrimonio mediante el documento que la acredite (6).

(5) JOSÉ MARTÍNEZ SANTONJA: *¿Son inscribibles en el Registro de la propiedad los actos y contratos otorgados por mujer casada sin licencia marital ni autorización judicial?*

(6) AZPIAZU RUIZ, en el primero de sus trabajos sobre el artículo 1.413 del Código civil, publicado en esta REVISTA, año 1964, pág. 781, afirmaba que en la última reforma del Reglamento Hipotecario «el artículo 94 no sufrió modi-

Leyendo el artículo 94, tal como quedó después de la reforma de 1959, y meditando sobre la significación del párrafo agregado. se intuye fácilmente que el legislador pretendió evitar en lo posible—y acaso con no demasiada fortuna—la perdurabilidad indefinida de la desvalorización que para las fincas afectadas representaba la inscripción de esos contratos, en la que de modo expreso se advertía la posible revocación del dominio.

Todo ello pone de relieve que lo dispuesto en el artículo 94 es una medida excepcional que, aun justificada por razones de emergencia, perjudica al tráfico inmobiliario y a la seguridad de los adquirentes y pugna con la estabilidad y certeza que deben reunir los dominios inscritos en el Registro. Y, en definitiva, que como norma especialísima, no puede extenderse a más supuestos que a los expresamente contemplados por el texto, o sea, a los actos y contratos otorgados por la mujer casada sin licencia de su marido.

IV

LA LICENCIA MARITAL Y EL CONSENTIMIENTO «UXORIS».

El caso de disposición de inmuebles gananciales sólo por el marido, sin consentimiento de la mujer, difiere no poco del de disposición por la mujer de sus bienes propios sin licencia del marido, pues entre ellos no hay más semejanza que la de reputarse ambos, según la jurisprudencia, como actos anulables, ni otro parentesco que el de afinidad, por referirse los dos a una pareja conyugal.

Licencia y consentimiento no tienen el mismo significado, ni semántica ni jurídicamente. Hace ya mucho tiempo que su diferente valor fué advertido por los autores y por la jurisprudencia. «La licencia marital—dice MANRESA (7)—sólo significa la necesi-

ficación alguna. Quedó exactamente igual que cuando nació en el Reglamento de 1947».

(7) JOSÉ MARÍA MANRESA: *Comentarios al Código civil*, tomo IX, pág. 695. Sabido es que la mujer, fuera de los gastos diarios normales o del caso de habersele conferido la administración de la sociedad conyugal y obtener autorización judicial, no podrá obligar los bienes gananciales sin *consentimiento* del marido. Nótese que el Código no habla de «licencia», sino de «consentimiento», lo mismo que hace ahora en el nuevo artículo 1.413. Y cabe pre-

dad de la intervención del marido como jefe de la familia en cuantos asuntos interesan a la comunidad. Por ello, la simple licencia marital en ningún caso equivale, en nuestro Derecho, al consentimiento exigido en el artículo 1.416 del Código para que la mujer con sus actos pueda obligar los bienes de la sociedad conyugal». Y las Resoluciones de 15 y 19 de diciembre de 1933 declararon que la licencia concedida por el marido no equivale a su consentimiento, ya que no siendo sinónimos ni teniendo igual alcance tales palabras en la técnica jurídica, si la mujer es quien contrata y se obliga, la licencia del marido sólo supone la intervención exigida por la Ley al jefe de la sociedad conyugal.

La licencia marital es un complemento de la capacidad de la mujer y se deriva de la autoridad que nuestra legislación atribuye al marido, al cual debe aquélla obediencia y que es por él representada. El Código limita la capacidad femenina no sólo en cuanto a la enajenación de sus bienes, sino también respecto a su adquisición por título lucrativo u oneroso, a la comparecencia en juicio y a otros actos de la vida civil. Aunque algún jurista piense que el considerar la licencia marital como algo que afecta a la capacidad sea una antigualla, una «vieja tesis», es oportuno recordar que expresamente lo reconoce así, aparte de la *communis opinio* de los tratadistas, el propio Reglamento Notarial vigente, que no es ciertamente un texto visigodo, sino de 1944 (8).

El consentimiento de la mujer para la disposición de inmuebles gananciales, en cambio, no es un elemento que integre o complete la capacidad del marido, lo que no se compaginaría con la autori-

guntar: ¿Por qué ambos consentimientos van a ser diferentes? Porque si el que ha de prestar la mujer para los actos dispositivos, aunque se omita, puede producir actos inscribibles, ¿por qué, si el que se omite es el del marido, los actos de la mujer que obliguen los bienes gananciales no pueden ser inscritos? Pues no parece dudoso que si una mujer por sí sola obliga una finca ganancial con una fianza hipotecaria, este acto no será inscribible mientras el marido no lo consienta de modo expreso, sin que entre tanto surta efecto de ninguna clase. También resulta extraño que el consentimiento de la mujer a que se refiere el artículo 1.413 no tenga el mismo significado y valor que el que ha de dar para que su marido pueda enajenar efectos públicos, valores cotizables, etc, conforme al artículo 1.359.

(8) El Reglamento Notarial vigente, de 2 de junio de 1944, reproduciendo en este extremo el texto del anterior, de 1941, dispone en su artículo 169 que el Notario, como problema de capacidad, resolverá si es o no indispensable la licencia marital, teniendo especial cuidado de expresar, con arreglo a su criterio, la finalidad y el alcance de aquélla en orden a la validez del documento.

dad de éste ni con el deber de obediencia de la mujer, sino que es una declaración de voluntad que, concurriendo anticipada, simultánea o posteriormente, con la del marido, perfecciona y otorga validez y eficacia al acto dispositivo, el cual, sin dicho doble consentimiento, no está ajustado a la Ley y se halla incurso en la sanción del artículo 4.º del Código. Este consentimiento *uxoris*, más que a la licencia marital, podría asimilarse a otros consentimientos a que se refiere el mismo Cuerpo legal, como, por ejemplo, el consentimiento que el marido ha de prestar para que la mujer pueda obligar los bienes de la sociedad de gananciales (artículo 1.416), o el consentimiento que la mujer ha de dar para que el marido ejercite acciones sobre bienes parafernales (art. 1.383), o para que legitime por concesión real a un hijo natural (artículo 125). En todos estos casos el vocablo «consentimiento» ha de tener el mismo valor para el legislador que lo utiliza: es un acto de volición que perfecciona los contratos, y que cuando la mujer ha de prestarlo, no afecta a la capacidad del marido, sino solamente a su facultad o poder de disposición. Ya veremos más adelante cómo JERÓNIMO GONZÁLEZ explicaba las diferencias existentes entre la capacidad y la facultad de disponer. Resulta absurdo pensar que el legislador emplee en un mismo Cuerpo legal un vocablo tan claro como *consentimiento* cada vez con una significación diferente.

Pero aún hay más en torno a la diferenciación entre licencia marital y consentimiento *uxoris*. La primera se exige a la mujer para la disposición de sus bienes propios; el segundo, al marido para la disposición de los inmuebles gananciales. En cuanto al patrimonio privativo de la mujer, el marido no tiene ningún derecho sobre el mismo, salvo el de que sus productos ingresen en la sociedad conyugal y salvo el caso de que la mujer le hubiere entregado su administración bajo la fe de Notario. Pero no podrá ejercitar acciones de ninguna clase respecto a los bienes parafernales sin consentimiento de la mujer (art. 1.383). Si los parafernales se transmiten sin licencia del marido, éste no sufre ningún perjuicio en su patrimonio propio.

En cambio, nadie pondrá en duda que la mujer tiene unos derechos perfectamente definidos sobre los bienes gananciales, que ambos cónyuges harán suyos por mitad al disolverse el matrimo-

nio, según declaración terminante del artículo 1.392 del Código. Esto ha motivado que la Dirección General, en sus Resoluciones de 30 de junio y 19 de octubre de 1927, declarase que la sociedad de gananciales es «una especie de mancomunidad de bienes entre marido y mujer, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división mientras dura la vida común, esencialmente distinta a la de propiedad *pro indiviso*; y que la masa de bienes gananciales, sin constituir una verdadera persona jurídica distinta de la personalidad de marido y mujer, funciona como masa patrimonial afecta a fines peculiares del matrimonio» (9). Y tampoco nadie dudará que si el marido enajena los inmuebles gananciales sin intervención o consentimiento de la mujer, ésta puede ser perjudicada en sus derechos presentes y futuros.

Con todo ello fácil es comprobar la radical disimilitud existente entre la licencia marital y el consentimiento de la mujer, lo que explica que el tratamiento registral en caso de su omisión en los actos inscribibles, no deba ni pueda ser el mismo, sin olvidar, por último, que el facilitar o no la entrada en el Registro de esos contratos imperfectos constituye materia de la exclusiva competencia de la legislación hipotecaria.

V

LA CANCELACIÓN DE HIPOTECA GANANCIAL SÓLO POR EL MARIDO.

Vuelve a tratarse incidentalmente de la debatida cuestión relativa a la cancelación de créditos hipotecarios gananciales sólo por el marido acreedor; y sobre ello nada he de añadir a lo tal vez demasiado prolijamente expuesto en mi estudio, publicado en esta misma REVISTA (10). Sólo interesan unas breves apostillas que no carecen de significado.

Dijo AZPIAZU que el ilustre comentarista GINÉS CÁNOVAS, para mí tan querido y admirable, en reciente comentario (11), desgra-

(9) Citadas también por el Notario ESTEPA en el trabajo mencionado en la nota 3.

(10) *Meditaciones hipotecarias: La mujer casada y la cancelación de créditos hipotecarios gananciales*, en esta REVISTA, año 1965, págs. 245 a 288.

(11) GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO: *Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, en esta REVISTA, año 1965, págs. 916 a 921. En

na una serie de razones incontestables que dejan «muy mal parada la tesis» que sostuve en mi mentado trabajo. Más cierto es, sin embargo, que CÁNOVAS, en razón a su desfavorable opinión sobre la reforma del Código y la subsiguiente del Reglamento Hipotecario, se inclina a cuanto pueda restar efectividad a ambas nuevas regulaciones, y que, en punto a la cancelación de hipotecas, sostiene con su habitual brillantez una interpretación puramente civilista de la doctrina cancelatoria, olvidando las normas registrales. Sus opiniones armonizan con la legislación estrictamente civil, pero no cabe decir otro tanto respecto a las normas hipotecarias, que en materia de cancelación de asientos del Registro forzoso es reconocer que deben pesar algo. En su atractiva argumentación, coincidente con la de competentes Notarios, se echa de ver en seguida que ni siquiera menciona lo relativo a la accesoriedad de la hipoteca que fué el fundamento principal, básico y casi único de las Resoluciones del Centro directivo, las cuales, contra la opinión sustentada por los Registradores y los Presidentes de las Audiencias, hicieron caso omiso de los principios hipotecarios y del tradicional concepto que de la cancelación como acto dispositivo, no de administración, mantuvo siempre nuestra jurisprudencia.

Tan poco convincentes fueron las bases dialécticas de aquellas tres Resoluciones que habrá Registradores que en tanto no se modifique el Reglamento y para eximirse de posibles responsabilidades, inscribirán las cancelaciones de hipotecas gananciales no consentidas por la mujer sólo cuando el Centro directivo, previo recurso, se lo ordene.

Así lo comprueba el que muy recientemente, en un recurso resuelto en primera instancia por la Audiencia Territorial de Sevilla, un competente Registrador defendió su nota denegatoria, no

este comentario, interesante como suyo, CÁNOVAS, discrepando de mi opinión, afirma que «se está sencillamente ante un caso de *capacidad*, la del marido, al que el artículo 1.412 del Código se la concede plena: para cobrar y para cancelar». Es de presumir que al hablar de cancelar quiera decir extinguir el crédito personal, porque en cuanto a la cancelación registral de la hipoteca... ¿De verdad cree el querido y admirado CÁNOVAS que quien puede administrar, puede cancelar hipotecas? Si ese marido, tan plenamente capacitado según él, confiere poder a tercera persona simplemente para administrar los bienes gananciales, ¿se atrevería CÁNOVAS a inscribir la cancelación de hipoteca otorgada sólo por ese apoderado?

obstante conocer y citar las Resoluciones de 23 de mayo y de 3 y 8 de junio de 1964, fundado en la de 26 de octubre del mismo año, en la que la Dirección General volvió a la doctrina tradicional de reputar la cancelación de hipoteca como acto de enajenación, aunque el crédito esté ya pagado. Y lo corrobora el interesante auto dictado por el Presidente de la Audiencia en 24 de enero de 1966, en el que destaca el penúltimo Considerando, que dice: «Que en definitiva puede afirmarse que cancelar es enajenar y, por tanto, es un acto de disposición sobre inmuebles, afirmación que produjo esta Presidencia en auto de 19 de septiembre de 1964 y que fué íntegramente confirmado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en 26 de octubre de 1964 afirmando que la cancelación de hipoteca supone un desprendimiento de derechos que equivale a una enajenación». Claro es que si este auto se apela, es de presumir que el Centro directivo mantenga su conocido criterio (12).

VI

CONEXIÓN Y ARMONÍA DE LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

La reforma del Código, en lo atinente a la disposición de inmuebles gananciales—que ha suscitado dudas y críticas adversas, acaso por su timidez y eclecticismo—, no ha satisfecho a muchos de nuestros más reputados juristas, esforzados en navegar contra la corriente contemporánea de igualación jurídica de los dos sexos, olvidando que esa proyección universal es consecuencia ineludible de las nuevas estructuras sociales, de la vital liberación femenina y, sobre todo, de haberse incorporado plenamente al trabajo la mujer. Y por lógica reacción, tampoco ha agradado a esos juristas la reforma del Reglamento Hipotecario en la parte relativa a la inscripción de las adquisiciones y disposiciones de inmuebles gananciales, lo que es perfectamente explicable, ya que

(12) Y así ha ocurrido, efectivamente, en la Resolución de 23 de febrero de 1966 (*B. O. del E.* de 12 de marzo siguiente), que ha llegado a mi conocimiento después de escrito este trabajo

dicha última reforma ha procurado la efectividad y el debido cumplimiento de lo innovado por el legislador civil.

Pero no se debe olvidar que la reforma reglamentaria fué consecuencia obligada de la del Código, como ya lo declara su preámbulo, que sirve de autorizado comentario hecho por el propio legislador a su obra. Se fundamenta la reforma en la necesidad de recoger numerosas e importantes disposiciones posteriores al Reglamento de 1947, unas sustantivas y otras reglamentarias, «que inciden en el campo de su aplicación». y entre las cuales figura «la última y sustancial reforma del Código civil». Esta, con su profundo cambio en cuanto a la disposición de inmuebles gananciales, tenía que reflejarse por fuerza en los asientos registrales, y por ello resultaba necesaria una nueva redacción de los artículos 95 y 96 del Reglamento, en la cual, según el preámbulo, «se dictan normas claras para la inscripción de bienes gananciales o presuntivamente gananciales y para los actos dispositivos».

Achacan algunos juristas a las nuevas normas reglamentarias el haber rebasado o superado la reforma civil, yendo más allá de lo que ésta preceptuaba. Pero es, en verdad, muy discutible esa tajante imputación, que, por otra parte, olvida la diferencia existente entre la facultad dispositiva civil y la facultad dispositiva registral, que en ocasiones llega hasta provocar adquisiciones *a non domino* convalidando enajenaciones hechas por quien civilmente no es dueño, y olvidan también principios cardinales de nuestro sistema, como el de legalidad, el de tracto sucesivo y el de consentimiento.

En primer lugar, es sabido que la reforma reglamentaria de 1959 se aprobó de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado, cuyas indicaciones fueron todas recogidas en el articulado, lo que robustece su autoridad jerárquica de disposición de carácter general, pues si la pretendida divergencia o desconexión entre Código y Reglamento fuese cierta, no habría sido favorable el dictamen del más Alto Cuerpo consultivo del Estado, que debe velar por la debida jerarquización de los preceptos legales y gubernativos.

Tras esta consideración previa, de índole abstracta, constitucional, podría decirse, debe pasarse a los temas concretos para discernir si existe o no la supuesta colisión de normas, que tanto

ha sobresaltado a algunos civilistas pusilánimes. Y ha de tenerse en cuenta, como bases del raciocinio, que la reforma de los dos consabidos artículos es puramente registral y se refiere, por tanto; sólo a la propiedad inscrita y, dentro de ella, nada más que al modo de inscribir los actos adquisitivos de inmuebles gananciales o presuntivamente gananciales y a la inscripción de los actos dispositivos sobre los mismos. Conviene examinarlos por separado.

A) *Actos adquisitivos*.—Respecto a éstos, el artículo 95 del Reglamento introduce una novedad: las adquisiciones de tales bienes no se inscribirán, como antes, a nombre del marido o a nombre de la mujer, según fuere el cónyuge que en el título figurase como adquirente, aunque sin justificar que el precio o contraprestación fuese de su exclusiva propiedad. Este antiguo modo de inscribir ya había sido objeto de diversas críticas, pues cuando figuraba como adquirente la mujer, sin acreditarse la calidad de parafernalia, podía luego el marido por sí solo enajenar tales bienes, sin consentimiento ni aun conocimiento de la mujer a cuyo nombre se había practicado el asiento. Este contrasentido ya había sido denunciado y dulcificado por la jurisprudencia hipotecaria—pueden consultarse las Resoluciones de 7 de septiembre de 1921 y 28 de abril de 1941 (13)—, y posteriormente corregido por el Reglamento de 1947, en cuya redacción tan decisiva parte tuvo el insigne Notario y Registrador—esto es, civilista e hipotecarista a la vez—que desempeñaba a la sazón la Dirección General. Ordenó aquel Reglamento que los actos dispositivos sobre los bienes presuntivamente gananciales así inscritos correspondería a

(13) En la de 13 de septiembre de 1921 se trataba de una finca inscrita a nombre de la mujer, quien la había comprado con dinero que el marido confesó ser privativo de su esposa, sin que se justificase, y luego dicha señora la vendió con licencia y consentimiento de su marido. Denegada la inscripción por el Registrador, la Dirección declaró bien extendida la escritura, porque en el caso discutido se ponía de relieve una divergencia entre las declaraciones formales del Registro a favor de la mujer y los derechos sustantivos del otro cónyuge, que en los actos de enajenación cabe resolver con la comparecencia de ambos ante el Notario autorizante para que aquélla asuma el papel de transferente, en consonancia con los precedentes de la inscripción realizada, y el marido preste su conformidad en el doble concepto de jefe de la sociedad conyugal e interesado directo en la transferencia. En la de 28 de abril de 1941 se autoriza la inscripción de una escritura de venta de finca ganancial otorgada por un apoderado de ambos cónyuges, o sea, una venta hecha conjuntamente por marido y mujer.

la mujer con consentimiento del marido, o sea, en sustancia, una disposición hecha conjuntamente por ambos (14), con lo que se satisfacían simultáneamente las exigencias del Derecho civil y la titularidad registral.

La novedad del artículo 95 reformado consiste en que esos bienes presuntivamente gananciales se deben inscribir «a nombre de ambos cónyuges, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal»: fórmula que a CÁNOVAS le parece barroca, pero que es jurídicamente exacta, pues como ya afirmaba MANRESA (15), «los bienes gananciales, en la regulación civil, pertenecen al marido y a la mujer durante el matrimonio, y la propiedad de la mujer no es una propiedad nominal ni teórica, sino real y efectiva, y prueba de ello son todas las limitaciones impuestas al marido».

Esa fórmula de inscripción concuerda con la naturaleza jurídica de nuestra sociedad de gananciales, asimilada a una comunidad de tipo germánico, en la que no existe adscripción de cuotas como en la pro-indivisión romana; y también lo está con el número 1.º del artículo 1401 del Código, que reputa como bienes gananciales a los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos. Luego, diga lo que diga el título respecto al cónyuge adquirente, la verdadera titularidad civil corresponde a la sociedad conyugal, máxime después de la reforma del Código civil, que al exigir ahora los consentimientos de marido y de mujer para los actos dispositivos, no se enfrenta ni es incompatible con el referido artículo 95, toda vez que en el asiento de inscripción se hace constar de modo expreso «y para la sociedad conyugal», que es en rigor a cuyo favor se inscribe, no haciéndose de modo directo a su nombre, porque todavía no le ha sido legalmente reconocida una personalidad jurídica distinta de la de los cónyuges. (Consúltense las Resoluciones de 9 de febrero de 1917, 15 de julio de 1918, 10 de julio de 1935 y 11 de octubre de 1941). Ciertamente el marido es el administrador de

(14) Véase el documentado estudio sobre *La titularidad registral de la mujer casada y el nuevo Reglamento Hipotecario*, de PEDRO CABELLO DE LA SOTA, en esta REVISTA, año 1947, pág. 238, y también mis *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, tomo I, págs. 80 y sigs.

(15) JOSÉ MARÍA MANRESA: *Comentarios al Código civil*, tomo IX, pág. 695.

la sociedad conyugal, lo mismo antes que después de la reforma del Código; pero ¿es que acaso los inmuebles que adquiere una sociedad se inscriben a nombre de sus administradores?

Por otra parte, el nuevo artículo 95 no ha hecho sino recoger doctrina de la Dirección General. Recuérdese la Resolución de 13 de enero de 1913, que admitió en la sociedad conyugal una especie de personalidad jurídica propia al reconocer que una finca ganancial debe reputarse como perteneciente a la sociedad conyugal y virtualmente inscrita a favor de la misma (16).

En resumen: el artículo 95 no es herético ni ha ido más allá del espíritu ni de la letra del Código. Por el contrario, ha implantado una expresión registral que armoniza perfectamente con la realidad jurídica de los bienes gananciales y con lo ordenado por el Código para su transmisión y gravamen.

No sería justo silenciar que uno de los más esclarecidos y ponderados juristas de nuestro tiempo, ANGEL SANZ FERNÁNDEZ (17), que colaboró en la Comisión redactora de la reforma reglamentaria, hace también algunas objeciones a la fórmula del artículo 95. Pero, en mi opinión, sus argumentos carecen de la solidez habitual en sus siempre bien meditados razonamientos. Dice que la comunidad de gananciales es de tipo germánico, pero referida al total patrimonio ganancial, no a cada uno de sus elementos; mas lo cierto es que lo que se afirma del todo puede también afirmarse de las partes, y no lo contrario, según la regla de la Lógica. Y es que esa comunidad aplicable a la masa es también perfectamente aplicable constante matrimonio a cada uno de los inmuebles que pueden integrarla, no divididos por cuotas y sin que los comuneros puedan pedir la división. Al disolverse el matrimonio es cuando desaparece la comunidad germana respecto a cada elemento singular, e incluso puede llegarse a una propiedad indivisa por cuotas entre el supérstite y los herederos del premuerto.

En cuanto a la titularidad de los bienes gananciales, ya hemos

(16) Las Resoluciones de 12 de diciembre de 1935 y 8 de noviembre de 1944 definen a la sociedad conyugal como «una mancomunidad de bienes entre marido y mujer en la que no hay atribución de cuotas ni facultades para pedir la división y en la que el marido ejerce el poder de disposición». No se olvide que ambas son anteriores a la reforma del Código.

(17) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, en su magnífico y completo estudio sobre *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*, publicado en el tomo I de *Estudios jurídicos varios*, con motivo del Centenario de la Ley del Notariado.

visto que el artículo 1.401, número 1.º, del Código, la atribuye en definitiva a la sociedad, sea cualquiera el cónyuge que figure como adquirente, siempre que la adquisición sea a título oneroso y a costa del caudal común. El desacuerdo entre título inscribible y asiento registral es más aparente que real, pues en definitiva si en el título figura el marido o la mujer, siendo los bienes gananciales, el verdadero titular es la comunidad conyugal, y por eso se inscribe a favor de los dos cónyuges para dicha comunidad. Y si la adquisición la hace uno solo de los esposos, aseverando el otro ser el precio o contraprestación de la exclusiva propiedad del adquirente, pero sin justificarlo, la inscripción se efectúa ya a su nombre, según la regla 2.ª del artículo 95, sin que el asiento prejuzgue la verdadera naturaleza de los bienes, y con lo cual existe completo paralelismo entre título y asiento. Y, finalmente, en cuanto a que el artículo 1.413 del Código debe interpretarse restrictivamente, yo pienso que la reforma reglamentaria no ha hecho una interpretación extensiva, sino que se ha limitado a interpretarlo en sus términos literales y más conformes con el espíritu puesto de relieve en el preámbulo de la Ley de 1958.

B) *Actos dispositivos*.—En cuanto a éstos, la correlación entre reforma civil y reforma reglamentaria es absoluta y no deja margen para la duda. La regla 1.ª del artículo 95 se limita a decir: «los actos dispositivos sobre los bienes expresados en la regla 1.ª del artículo anterior (o sea, los inscritos a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal), se regirán por las normas de los bienes gananciales», lo que equivale a decir por las normas contenidas en la legislación civil relativas a la disposición de inmuebles gananciales. ¿Y cuáles son estas normas? No hay problema interpretativo, ni antinomia legislativa: después de la reforma del artículo 1.413 del Código, el marido podrá disponer de tales bienes con consentimiento de la mujer, o, en su defecto, con autorización judicial. Si no existen aquel consentimiento ni esta autorización, el acto dispositivo del marido se habrá efectuado en contravención a lo ordenado por el Código y el principio de legalidad vedará su acceso al Registro.

Finalmente, dos palabras sobre la regla 2.ª del artículo 96, que

antes de reformarse el Código parecía estar en cierto grado de discrepancia con éste. Me refiero a los casos en que los bienes gananciales estén inscritos sólo a nombre de uno de los cónyuges, pero sin que se haya justificado su pertenencia privativa. En tal supuesto, el acto dispositivo deberá otorgarse, para su eficacia registral, por el cónyuge titular con consentimiento del otro: virtualmente, una disposición conjunta, consentida por ambos cónyuges.

Pues bien, esta norma, que al dictarse por el Reglamento de 1947 implicaba una desviación de lo dispuesto en el primitivo artículo 1.413 del Código, que permitía al marido disponer de los gananciales sin intervención alguna de la mujer, no es, como se ve, una innovación de la reforma reglamentaria de 1959. El de 1947 la estableció con referencia sólo a los gananciales inscritos a nombre de la mujer, a la cual facultaba para disponer de ellos, con consentimiento del marido, para evitar ciertas comprobadas anomalías y en aras de los principios de tracto sucesivo, titularidad y consentimiento hipotecarios. Lo que en 1959 se ha hecho ha sido solamente extender esta regla a la disposición de los gananciales inscritos sólo a nombre del marido, permitiéndole disponer de ellos, con consentimiento de la mujer, que es lo mismo que ordena ahora el Código. Se comprueba, por tanto, que lo que hizo el Reglamento de 1947 fué iniciar el camino seguido luego por la reforma del Código, y que el Reglamento de 1959 está perfectamente conexionado con esta reforma y que, sobre inspirarse en su orientación, asegura su eficacia. Estén inscritos los bienes gananciales a nombre de los dos cónyuges o al del marido o al de la mujer, para inscribir los actos dispositivos de los mismos será necesario el consentimiento de ambos consortes: esto es lo que ordena el Reglamento Hipotecario, y esto es Código civil puro, sin mixtificaciones ni ardides para soslayarlo. Que la iniciativa de disponer corresponda al marido o a la mujer, es un detalle íntimo de las relaciones conyugales que algunos comentaristas han puesto de relieve. La experiencia nos demuestra, sin embargo, que en muchos casos, incluso cuando el marido era el único árbitro de las facultades dispositivas, quien de verdad ejercía el poder y llevaba la iniciativa económica era la mujer. Lo esencial para el Derecho vigente no es el bizantismo de indagar si el marido dis-

pone y la mujer consiente, o si es la mujer quien dispone y consiente el marido: lo esencial jurídicamente es que consientan ambos.

VII

VALOR Y JERARQUÍA DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO.

Se nos recuerda con énfasis que el Tribunal Supremo ha declarado que «para solucionar las lagunas que la reglamentación del consentimiento *uxoris* origina habrá de aplicarse a los casos en que tal consenso falta las mismas soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital». Y que por ello esos actos dispositivos de gananciales, faltos de aquel consentimiento, deben inscribirse en el Registro, haciéndose constar en el asiento para publicidad de su defectuoso perfeccionamiento que la mujer no prestó su consentimiento y. es de suponer, que no medió tampoco autorización judicial. «A estas declaraciones nos tendremos que atener, mal que nos pese», sostenía AZPIAZU, rindiendo homenaje a la «irrebatible autoridad» que para él tenían las decisiones del Tribunal Supremo. Y concluía afirmando que «tanto los Registradores, como los Notarios, como la propia Dirección, no tendrán más remedio que aplicar la técnica del artículo 94 del Reglamento Hipotecario a las disposiciones de gananciales, sin el consenso *uxoris*, porque así lo ha dispuesto quien lo puede disponer, y a los demás no nos queda otro camino que obedecer, porque lo contrario sería salirse de la legalidad, ya que "la legalidad, hoy por hoy, es esa jurisprudencia"».

Tan hiperbólica valoración de esta fuente complementaria del Ordenamiento jurídico, a la que apenas llegaron los juristas de las escuelas libres del Derecho, bien merece unas breves consideraciones, no sin antes proclamar—como más adelante se ha de ver—que ninguna sentencia de nuestro más alto Tribunal ha declarado que sean inscribibles en el Registro las enajenaciones de inmuebles gananciales no consentidas por la mujer ni autorizadas por el Juez, y que ni siquiera se ha planteado el caso ante la Sala

primera. La sentencia de 13 de marzo de 1964, tan comentada por unos y por otros, ha resuelto una cuestión completamente distinta.

Definía en su cátedra el maestro CLEMENTE DE DIEGO, siguiendo a MORATÓ, la jurisprudencia como la «ciencia que nos enseña la recta inteligencia de las Leyes y el modo de interpretarlas y aplicarlas a los casos particulares», y en un sentido más restringido y técnico, referido a la actividad judicial, como el «criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho mostrado por las sentencias del Tribunal Supremo», o «el conjunto de sus sentencias por los que se revela el modo uniforme de aplicar el Derecho». Y, dicho con léxico más al día, «un complejo de afirmaciones y decisiones contenidas en las sentencias del más alto órgano jurisdiccional del país», según la definición del Profesor Díez Pícazo (18).

Nadie más entusiasta que yo de la enorme y merecida autoridad que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha alcanzado en nuestros días para bien de nuestro progreso jurídico (19). Aunque el Código civil la omitiese al ir señalando sin método las

(18) LUIS Díez PICAZO: *Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la jurisprudencia en broma y en serio*, «Revista de Derecho Privado», noviembre de 1964, págs. 925 y sigs.

(19) Conforme dijo SAVIGNY, las Leyes no son más que puntos geométricos, y es la jurisprudencia la que marca las líneas. Sin embargo, nuestros Códigos antiguos negaron a los Jueces la función de interpretación, no pudiendo sus fallos aclarar los textos legales (Ley 14, tit. I, Partida 1.^a; Ley 6.^a, tit. IV, Partida 3.^a; Ley 4.^a, tit. XXXIII, Partida 7.^a, Novísima Recopilación; Ley 3.^a, título II, libro 3.^o; Reglamento de Justicia de 26 de septiembre de 1835); pero es que la jurisprudencia no podía prosperar mientras que los fallos no fuesen fundados y sin la existencia de un Alto Tribunal que diese unidad a esos fallos. Creado el Tribunal Supremo, y estando obligados Jueces y Tribunales a fundamentar sus resoluciones, quedó expedito el camino para que la jurisprudencia ocupase el lugar que hoy tiene como fuente complementaria del Derecho. A pesar del silencio del Código, que sólo alude en su título preliminar a la Ley, a la costumbre del lugar y a los principios generales del Derecho, lo cierto es que no deja de conceder valor a la jurisprudencia, pues, conforme a su disposición adicional 5.^a, ha de ser tenida en cuenta para la incumplida revisión decenal del mismo. Por otra parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil permite el recurso de casación no sólo por infracción de Ley, sino también por infracción de doctrina legal (arts. 1.888 y 1.892), y ésta no es otra que la establecida con repetidas e idénticas decisiones del Tribunal Supremo aplicables al caso del pleito; e incluso los principios de Derecho, para su eficacia jurisdiccional, han de haber sido recogidos en una Ley o en la doctrina legal. Es de esperar que en alguna de las frecuentes y parciales reformas del Código se dé a la jurisprudencia el gran valor que actualmente se le reconoce en la práctica forense.

fuentes directas del Derecho, su importancia es máxima en el Foro y fuera de él. Muchas disposiciones legislativas y reglamentarias se inspiran en sus dictados y hasta las corrientes jurídico-científicas se orientan frecuentemente en sus criterios. Su misión integradora y complementaria del Derecho positivo, así como su función interpretativa, son innegables e indispensables en todo Estado que se base en el Derecho.

Pero de aquí a atribuirle fuerza bastante para introducir un Derecho nuevo, incluso opuesto a normas positivas vigentes, media un abismo. Ya nos enseñaba DE DIEGO que la creación de nuevas normas jurídicas no es de la competencia de Jueces y Tribunales, porque su misión se circunscribe a la aplicación del Derecho preexistente. La autoridad que tienen las decisiones judiciales cuando son uniformes y constantes, es inmensa; pero esa autoridad es moral e intelectual—fuera del poder efectivo y coactivo que reviste en el caso concreto juzgado—y no guarda paridad con la legislativa y con la gubernativa, que se imponen a la voluntad individual.

Esto nos lleva a reconocer una prioridad entre las fuentes del Derecho, un rango o jerarquía entre los diversos factores que las integran. Es obligado admitir la primacía de la Ley y de las disposiciones de carácter general que hayan sido formuladas por los órganos competentes y por sus cauces normales, si no se contraponen a un precepto legal. La jurisprudencia *contra legem* es inconcebible, salvo los casos excepcionales en que la investigación correctora del Derecho positivo actúe por las difíciles sendas de la equidad que pueden aplicar, con prudente flexibilidad, los Tribunales.

Significa esto, en relación con el caso que se estudia, que la jurisprudencia, aunque fuese reiterada, no puede sobreponerse al mandato de una Ley o de un Reglamento dictado por el Gobierno, de conformidad con el dictamen del más alto Cuerpo consultivo, a no ser que sus normas se contrapusieren a un precepto legal vigente. Y aún hay más. La fuerza de la jurisprudencia sólo se engendra con su uniformidad, es decir, con su reiteración, y ha de entenderse su valor y efectos sólo en cuanto se refiere al problema jurídico que la decisión judicial ha resuelto, interpretado o aclarado, en aplicación precisamente del Derecho preestable-

cido. Una sola sentencia no constituye jurisprudencia, aunque inicie su camino, y un solo considerando no es más que un argumento, un razonamiento de indudable valor científico y racional, que sirve de base lógica a una resolución que, conforme a las normas legales rituarias, debe ser *fundada*.

Porque no puede olvidarse tampoco otro aspecto importante: y es el valor que ha de atribuirse a los considerandos. La sentencia decide siempre un caso concreto, un problema de hecho y de Derecho surgido en la realidad, una vivencia anormal que exige una solución dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado, y el valor o eficacia de esta solución—que tiene la drástica potencia de la cosa juzgada en cuanto a ese caso concreto o de autos—se extiende a los demás casos análogos que en el ritmo vital del Derecho puedan acaecer. Con acierto sostiene Díez Pícazo (20) que sólo es jurisprudencia lo que el Tribunal Supremo decide—de modo reiterado, por supuesto—y la razón inmediata de decidirlo, en estrecha vinculación con el caso decidido. En definitiva, lo que constituye auténtica jurisprudencia es el fallo, la parte dispositiva, en conexión con los considerandos que le sirven de fundamento, y ese fallo es fuente del Derecho sólo respecto a los casos en que medien iguales circunstancias.

Incurren en grave yerro, a mi juicio, quienes atribuyen valor inatacable, por encima de disposiciones legales o reglamentarias, a un simple considerando de una sentencia que sugiere soluciones analógicas a un problema que no se ha planteado en la *litis*, porque olvidan que media gran diferencia entre los considerandos o razonamientos que sirven de base inmediata a la decisión o fallo (*ratio decidendi*) y aquellos otros que son meras apreciaciones incidentales, cuyo valor reside únicamente en el prestigio y autoridad de quien las formula. Luego se examinará el problema jurídico resuelto por la sentencia de 13 de marzo de 1964 y podrá comprobarse cómo el Tribunal Supremo no ha dicho hasta ahora que las enajenaciones de inmuebles gananciales no consentidas por la mujer ni autorizadas judicialmente sean inscribibles en el Registro. En rigor de doctrina, una declaración de esta índole corresponde en primer lugar a la Dirección General, a través de un

(20) En su trabajo citado en la nota 18.

recurso gubernativo, y el Tribunal Supremo sólo sería competente para hacerla si entre las partes interesadas se suscitase el juicio ordinario a que se refiere el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y el 132 del Reglamento para su ejecución.

Y todavía existe otra consideración digna de ser tenida en cuenta. Y es la de la innegable dualidad existente, se quiera o no se quiera, en nuestro régimen inmobiliario, la evidente verdad de que al lado de una propiedad inscrita en el Registro, bajo la salvaguardia de sus inmunidades y normas propias y especiales, existe una gran masa de propiedad no inscrita, acaso mucho mayor que aquella en superficie, aunque no en valor, que vive a la intemperie jurídica, bajo sólo los preceptos de la legislación civil. Ciertamente, las declaraciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo, como es lógico y obligado, afectan por igual a ambas categorías de propiedad, pero sus pronunciamientos sobre lagunas de reglamentación pueden ser exactos respecto a la propiedad no inscrita y no serlo respecto a la inscrita, si una norma legal o reglamentaria vigente ha colmado o subsanado tal laguna. En los inmuebles gananciales no inscritos, el marido podrá realizar actos dispositivos por sí solo en patente contravención con lo ordenado por el Código, y como no existe control alguno sobre tales actos, generalmente formalizados en la imperfecta documentación privada, tendrán plena eficacia entre vendedor y comprador y los terceros civiles, en tanto la mujer o sus herederos no entablen la correspondiente acción de nulidad. Pero tratándose de propiedad registrada, cuya titulación es fehaciente, notarial casi siempre, bajo el control de un funcionario perito en Derecho y que ha de sufrir además la calificación registral para producir sus efectos en los libros públicos, el problema es muy distinto. El acto dispositivo, contrario a un precepto legal, no es inscribible, ya se repunte de inexistente, de nulo, de anulable o simplemente de imperfecto. La negativa a inscribir es perfectamente compatible con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las aludidas sentencias que consideran la omisión del consentimiento *uxoris* como un vicio de anulabilidad, porque en ningún momento, hasta hoy, ha declarado el alto Tribunal que deba aplicarse a tales actos la disposición excepcional del artículo 94 del Reglamento Hipotecario. Y no se olvide, por último, para cerrar el paso a toda aplicación analó-

gica, la enorme diferencia cuantitativa y cualitativa entre la propiedad privativa de la mujer y la ganancial o presuntivamente ganancial (21).

VIII

DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO CON EFICACIA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.

Hora es ya de indagar el valor jurisprudencial de las tres sentencias—únicas hasta la fecha conocidas por mí—que se han dictado sobre el problema de que se trata.

Para tal indagación es necesario atender a lo que ordena el alto Tribunal en la parte dispositiva o fallo de sus sentencias y a lo que constituyó el fondo del debate forense, al problema de la *litis*, formulado por las partes en sus alegaciones y peticiones. En suma, qué es lo que se pedía por el actor en su demanda o por el demandado en la reconvencción, y analizar lo que el Tribunal ha resuelto, pues eso, y no otra cosa, es el valor que como fuente complementaria del Derecho objetivo reviste la jurisprudencia, tanto en su función integradora e interpretativa como en la más delicada de correctora cuando prudentemente aplica normas de equidad que se atemperen más al espíritu que a la letra de la Ley. Es indispensable estudiar, con la sentencia, su «circunstancia».

A) *Sentencia de 7 de febrero de 1964.*—El caso que resolvió es el siguiente: un marido vendió una finca ganancial al luego demandante, por documento privado de fecha 10 de abril de 1958, o sea, con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del Código de 24 de los mismos mes y año. El contrato lo otorgó sólo el marido, ejercitando las facultades exclusivas que le concedía el antiguo artículo 1.413 de aquel Cuerpo legal. Incumplidas por el marido vendedor sus obligaciones de otorgar escritura pública y de entregar la finca vendida y demandado por ello, se opuso a la

(21) *Cualitativa*, en razón a la gran diferencia que media entre los derechos del marido sobre los parafernales, y los de la mujer sobre los gananciales, y *cuantitativa*, porque es infinitamente superior el número de títulos inscribibles relativos a estos últimos que el de los referentes a aquéllos.

demanda alegando que a la venta no había prestado consentimiento su mujer. El Tribunal Supremo, con plena razón, negó la retroactividad de la reforma del artículo 1.413 y adujo, a mayor abundamiento, que aunque el contrato se hubiese celebrado después de la vigencia de la reforma y adoleciera de algún vicio que pudiera privarle de eficacia, únicamente se originaría una acción de anulabilidad que correspondería, si se trataba de la falta del consentimiento *uxoris*, a la mujer o a sus herederos, pero nunca al propio marido otorgante y causante del vicio o defecto perseguido. El valor jurisprudencial de esta sentencia es inequívoco: la reforma del artículo 1.413 no tiene efecto retroactivo y el marido no es parte legítima para pedir la anulación del contrato fundándose en la falta del consentimiento de su mujer.

B) *Sentencia de 13 de marzo de 1964.*—Es la más importante por la profusión de sus argumentos. Resolvió definitivamente un pleito procedente del Juzgado de Palencia relativo a una permuta de un solar por dos casas. El contrato era un compromiso privado en el que no había intervenido la esposa de uno de los permutantes, a pesar de tratarse de una finca ganancial y estar ya en vigor la nueva redacción del artículo 1.413 del Código. El marido se negó a cumplir sus obligaciones derivadas de aquel compromiso y fué demandado por ello. El Juzgado de Primera Instancia le absolvió de la demanda; la Audiencia territorial de Valladolid le condenó, y el Tribunal Supremo, con razón sobrada, confirmó el fallo de segunda instancia, declarando subsistente la obligación del marido y no ser necesario el haber demandado también a la mujer, contra la cual la parte actora carecía de acción.

Fúndase esta sentencia, como es sabido, en que la falta de consentimiento *uxoris* origina tan sólo una anulabilidad que únicamente se traduce en nulidad cuando la mujer o sus herederos la postulen judicialmente, por ser los únicos legitimados para el ejercicio de la correspondiente acción. Al marido no puede concedérsele esta facultad de accionar o de excepcionar porque concedérsela sería opuesto al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, toda vez que la inobservancia de aquel requisito sólo a él le es imputable, y aunque la mujer obtenga la nulidad, ello no obstará a la subsistencia de las obligaciones y responsabi-

lidades que haya podido contraer el marido, sin perjuicio de que se destruya o anule el acto dispositivo.

Contiene además esta sentencia otro considerando en el que se invoca el «estrecho parentesco y paralelismo del consentimiento *uxoris* con la licencia marital», por consistir ambos en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación dispositiva impuesta al otro, por cuya razón *parecen* aplicables *en principio* y *por analogía*—los subrayados son míos—, con el fin de solucionar las lagunas que la reglamentación del consenso *uxoris* origina, las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital».

Este considerando carece de valor jurisprudencial, pues no corresponde a las circunstancias del caso o problema debatido en la *litis*, en la que no se trataba de aplicar esas soluciones ideadas para permitir la inscripción de actos dispositivos de la mujer respecto a sus bienes propios sin licencia del marido. Viene a ser lo que Díez Pícazo, siguiendo la tradición romana, califica de *obiter dicta*, o sea, un argumento accesorio que tiene la autoridad magistral de una opinión autorizada, pero no el valor de fuente complementaria del Derecho. A su doctrina es lícito oponer con todo respeto argumentos adversos, como ya se ha hecho, aduciendo que en el terreno estrictamente registral no existe laguna en cuanto a la inscripción o no inscripción de las enajenaciones de inmuebles gananciales sin consentimiento de la mujer, que tiene respecto a ellos unos derechos de que el marido carece respecto a los parafernales. En efecto: la reglamentación hipotecaria, al ordenar que esos bienes gananciales se inscriban conjuntamente a nombre de marido y de mujer y para la sociedad conyugal, y al preceptuar igualmente que las disposiciones de los mismos se efectúen con sujeción a las normas que regulan la enajenación de tales gananciales inmuebles, no deja vacío alguno y el problema queda tan claro que llega a ser translúcido: la adquisición se inscribe a favor de los dos, y la enajenación sólo se inscribirá si ambos titulares la consienten, lo que coincide plenamente con la reforma civil y asegura su cumplimiento, puesto que si la mujer niega sin razón su consentimiento, éste puede ser suplido por la autorización judicial. Y el Reglamento, disposición legal de carácter general, no ha ordenado ni de cerca ni de lejos que pueda

aplicarse a esos casos en que falte el consentimiento de la mujer la norma excepcional del artículo 94. La laguna de Derecho, si existe, será respecto a otras derivaciones, civiles o procesales, de la nueva redacción y nuevo espíritu del artículo 1.413; pero nunca en cuanto a la legislación hipotecaria se refiere.

C) *Sentencia de 21 de abril de 1964.*—Resuelve un caso en que el marido se negó a cumplir lo pactado en una transacción que puso fin a un juicio de retracto y en la cual se obligó a ceder una finca ganancial a favor de la retrayente, fundando su negativa en que no había consentido su mujer. El Tribunal Supremo reitera su doctrina anterior, a saber: no debe considerarse radicalmente nula la transacción por defecto del consentimiento *uxoris*, y el marido no está legitimado para pretender tal nulidad, toda vez que la reforma del Código civil no atribuye el poder de disposición de los inmuebles gananciales a ambos cónyuges conjuntamente, sino que, continuando tal poder en el marido, la mujer puede potestativamente asentir o no al acto dispositivo, y la impugnación de los actos en que no haya prestado su consentimiento corresponde exclusivamente a ella o, en su caso, a sus herederos, pero nunca al marido, quien dando posibilidad a su ejercicio, no puede aducir que aquella falta le ocasione perjuicio alguno.

En resumen: lo que hoy es doctrina legal sancionada por el Tribunal Supremo es, como se ha visto antes, que la falta del consentimiento *uxoris*—el alto Tribunal emplea como sinónimo de *consentir* el verbo *asentir*, no obstante haberse rechazado en las Cortes el empleo de este último vocablo—representa un acto anulable, no nulo *ipso jure*, y que el marido no puede impugnar sus propias disposiciones otorgadas sin tal consentimiento ni autorización judicial. Pero el Tribunal Supremo no nos ha dicho en ninguno de esos tres fallos que los actos y contratos en que falte tan importante requisito—la declaración de voluntad o aquiescencia, si se quiere, de uno de los partícipes en la sociedad conyugal—puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad, en el cual el principio de legalidad cierra el paso a los actos realizados en contravención de la Ley.

Claro es que, a mi juicio, esta doctrina jurisprudencial, basada en motivaciones menos prácticas que científicas, e incluso en téc-

nicas más exóticas que nacionales, al considerar el acto dispositivo de inmueble ganancial sin intervención de la mujer y sin autorización del Juez, como una disposición eficaz en tanto la interesada o sus herederos no la impugnen, deja a la mujer casada exactamente en igual postura de indefensión en que la dejaba el artículo 1.413 antes de su reforma y no se ajusta a la finalidad perseguida por el legislador de 1958, que quiso «conceder a la mujer "nuevas facultades" en orden a la disponibilidad y gravamen de los bienes gananciales». En efecto: el antiguo artículo 1.413 centraba en el marido todo el poder dispositivo sobre tales bienes, pero agregaba que «no podría perjudicar a la mujer ni a sus herederos toda enajenación o convenio que sobre dichos bienes hiciera el marido en contravención a este Código o en fraude de la mujer». Es decir, que ya ésta tenía el mismo derecho que ahora respeta también el nuevo artículo reformado y que es extensivo no sólo a los inmuebles y establecimientos mercantiles, sino a toda clase de bienes gananciales. Por consiguiente, si hoy, después de la trascendental reforma, el derecho de la mujer se reduce como único recurso para remediar su no intervención a impugnar los actos dispositivos así realizados por el marido, ¿qué es lo que ha ganado con la reforma?, ¿dónde están las nuevas facultades que el legislador quiso concederle?

Y, llegado el caso de impugnación por la mujer, surge una nueva incógnita que la jurisprudencia futura habrá de despejar: ¿Será obligada, automáticamente, por decirlo así, la anulación del acto dispositivo otorgado sólo por el marido o únicamente podrá prosperar si, como parece lógico, se acredita que existió fraude o se irrogó perjuicio a la mujer? Porque si es lo segundo, entonces la mujer ha quedado igual que antes de la reforma y de nada habrá servido imponer la necesidad de su consentimiento; pero si es lo primero, podrá abrirse paso a peligrosas maquinaciones realizadas de acuerdo por ambos cónyuges.

Con la interpretación del Tribunal Supremo sólo se brinda a la mujer como remedio contra la egolatría o egotismo marital, un proceso judicial, con los disgustos, dispendios e incertidumbres que todo pleito engendra, aparte del quebranto de la paz conyugal, que no se concibe cuando la mujer pleitee contra lo hecho por su marido.

Para fruto tan mezquino era innecesaria una reforma que tanto estrépito jurídico-forense ha producido y seguirá produciendo, no obstante hallarse en consonancia con las orientaciones modernas y universales tendentes a equiparar los derechos civiles de ambos cónyuges en el matrimonio; y se frustra el propósito del legislador y las profundas motivaciones sociales inspiradoras de su mandato.

IX

OPINIONES DOCTRINALES Y CRITERIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

A) *Opiniones doctrinales.*—Ciertamente que la tesis de AZPIAZU, compartida también por MENCHÉN (22), tiene escasas probabilidades de prevalecer. No ya porque equivaldría a dejar por completo inoperante la reforma del artículo 1.413, según sagazmente advirtió el Notario BORRACHERO (23) al poco tiempo de ser promulgada, sino también por ser destructiva de los presupuestos en que se cimentó la institución registral y por ir contra las ideas y fines concebidos por los legisladores de 1861, 1909 y 1944.

Sea cual fuere su opinión sobre la discutida naturaleza del consentimiento *uxoris* y los efectos que se atribuyen a su omisión, la mayoría de nuestros juristas especializados reconoce no ser inscribibles en el Registro de la propiedad las enajenaciones de inmuebles gananciales carentes de tal requisito o elemento perfeccionador. Una brevísima recensión de tales opiniones adverará mi aserto.

ANGEL SANZ, en su magistral estudio anteriormente citado (24), después de reputar el consentimiento de la mujer como requisito indispensable para la plena eficacia del acto dispositivo, considera su omisión como defecto subsanable y agrega que «no siendo

(22) BARTOLOMÉ MENCHÉN: Véase su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1964, publicado en esta Revista, año 1965, página 178.

(23) MIGUEL BORRACHERO: *La mujer casada y las escrituras de cancelación de hipotecas*, en esta REVISTA, año 1959, págs. 243 y sigs.

(24) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, en el estudio citado en la nota 17.

de posible aplicación la doctrina del artículo 94 sobre actos realizados por la mujer sin licencia marital, el efecto de su omisión es hacer defectuoso el título que, por tanto, no será inscribible».

PARRA JIMÉNEZ (25) no opina sobre el problema del acceso al Registro de esos títulos defectuosos; pero es lícito adivinar su criterio contrario, pues considera al consenso *uxoris* como emplazado en la misma línea del que la mujer ha de prestar en los supuestos de los artículos 1.053, 1.359, 1.363 y 1.383 del Código y opina que el acto dispositivo en que falte es un acto en el que concurren los requisitos del 1.261, pero que adolece de un vicio que lo invalida con arreglo a la Ley, haciéndolo relativamente nulo. Luego, siendo así, no parece que pueda inclinarse en pro de su inscripción en el Registro.

BATALLA GONZÁLEZ (26) estima que a los actos dispositivos del marido, no consentidos por la mujer, no pueden aplicarse por analogía las disposiciones de los Reglamentos Notarial e Hipotecario sobre actos realizados por la mujer sin licencia marital, porque no pueden llevarse al Registro actos rodeados de incertidumbre sin que exista disposición categórica que ordene la inscripción.

VENTURA TRAVESET (27), que es partidario de la teoría de la co-disposición o disposición conjunta por marido y mujer de los inmuebles gananciales, sostiene su consecuencia obligada: que si no hay consentimiento de la mujer, el contrato es nulo o inexistente, y no cabe admitir su inscripción.

Para el maestro CASTÁN, siempre ecuaníme y ponderado, la doctrina carece de un criterio unitario para fijar el tipo técnico de ineficacia con que debe ser sancionada la ilegalidad de los actos del marido (al disponer por sí solo de los inmuebles gananciales o al defraudar los intereses de la mujer) y prefiere encuadrar cada uno de esos supuestos en un tipo particular de ineficacia de

(25) JOSÉ PARRA JIMÉNEZ: *Actos de disposición sobre gananciales*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», año 1960, pág. 311.

(26) MANUEL BATALLA GONZÁLEZ: *Bienes de la sociedad conyugal según el Código civil, el Derecho foral y la legislación hipotecaria*, Conferencia en el Colegio de Abogados de Zaragoza, publicada en esta REVISTA, año 1962, página 614.

(27) ANTONIO VENTURA TRAVESET: *La Ley de 24 de abril de 1958 (Repercusiones de la reforma del artículo 1.413 del Código civil en ciertos contratos)*, en esta REVISTA, año 1959, págs. 465 a 484

los admitidos legalmente: inexistencia, nulidad de pleno derecho, nulidad relativa, anulabilidad, rescisión o ineficacia en sentido estricto. Al tratarse de actos realizados por el marido sin poder suficiente, queda insinuado el camino para aplicar a tales actos la sanción de la ineficacia en sentido estricto. Para el ilustre civilista, la falta del consentimiento *uxoris* entraña una contravención del Código, o sea, un acto ilegal, y siendo ésta su opinión, no es dudoso que no pueda aceptar la inscripción registral de un acto de esta naturaleza, aunque no se plantee de modo concreto este problema registral (28).

El Profesor FEDERICO DE CASTRO, también maestro de civilistas, sostiene que para la validez del acto de disposición de inmuebles gananciales se requiere la voluntad concorde de la mujer como elemento constitutivo. Y agrega que la voluntad de la mujer, al expresar su consentimiento, tiene naturaleza distinta de la licencia del marido. Ese consentimiento significa más exactamente el ejercicio de una facultad dominical, aquella que compete a la mujer con el marido sobre los bienes gananciales. Siendo, pues, la opinión de CASTRO, que se trata de una atribución conjunta del poder dispositivo sobre gananciales inmuebles a marido y mujer, si falta el consentimiento *uxoris* el acto jurídico carece de uno de sus elementos constitutivos y no podrá tener acceso al Registro (29).

MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, en una sugestiva y amplia monografía (30), se ocupa concretamente de la inscripción de esos contratos en que falta el consentimiento de la mujer y como supuesto posible de inscripción de los mismos, alude a un caso anormal, a saber: el de que el marido oculte su estado al adquirir el inmueble y figure como soltero o viudo al enajenarlo, ya que entonces el contrato se inscribiría sin dificultad. Claro que esa hipótesis supone la comisión de dos delitos de falsedad y además no es el caso real de enajenación por un marido sin consentimiento de la mujer, pues de los títulos no constaba la existencia del ma-

(28) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, 8.^a edición, tomo VI, pág. 318.

(29) FEDERICO DE CASTRO: *Compendio de Derecho civil. Apéndice*, 1958, página 49.

(30) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, tomo XII del *Anuario de Derecho civil*, 1959, págs. 864 y 861.

trrimonio ni, por tanto, la cualidad de ganancial. Pero CÁMARA, no obstante su conocida tesis de identidad entre la licencia marital y el consenso *uxoris*, y su criterio sobre el significado de la palabra «consentimiento» en el artículo 1.413, inspirado aquél en doctrinas germánicas que carecen todavía de carta de naturaleza en nuestra legislación, se plantea con exactitud el problema y lo resuelve correctamente, en armonía con las normas interpretativas generales y con los principios de la legislación hipotecaria. Se pregunta: «¿Será lícito aplicar a los actos dispositivos del marido la doctrina sentada en cuanto a su escrituración e inscripción para los contratos celebrados por la mujer casada sin consentimiento del marido? La respuesta ha de ser negativa». Y como su estudio es completísimo, llega a prever el supuesto de que el marido comparezca sólo en la escritura de enajenación y asevere bajo su responsabilidad hallarse autorizado para el acto por su mujer, y en tal caso opina con razón que la escritura de enajenación no será tampoco inscribible hasta que se justifique en forma fehaciente la prestación del consentimiento femenino.

LACRUZ BERDEJO (31) se manifiesta conforme con CÁMARA en la no inscribibilidad de la escritura en que falte el consentimiento de la mujer, a pesar de que también, como aquél, cree en la similitud entre licencia marital y consentimiento *uxoris*.

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS (32) opina que esas enajenaciones hechas sólo por el marido son un negocio en sí válido, pero que, por faltarle el consentimiento de la mujer, no produce ni siquiera *prima facie* los efectos correspondientes. Se trata de un caso de ineficacia en sentido estricto y vecino al acto dispositivo verificado sin poder de disposición. Respecto a la mujer, es un acto inexistente. Y la falta de su consentimiento constituye un defecto que impide la inscripción.

ROCA SASTRE se refiere a los varios criterios existentes para puntualizar la naturaleza jurídica del *consentimiento uxoris*, entre los cuales el más viable, a su juicio, es el de considerarlo como un consentimiento de «control». Con arreglo a esta construcción,

(31) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Derecho de familia: el matrimonio y su economía*, Editorial Bosch, 1963, pág. 540.

(32) ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS: *Disposición onerosa de inmuebles gananciales*, en «Revista de Derecho Notarial», julio-diciembre de 1958, pág. 211.

las facultades dispositivas a título oneroso de bienes gananciales están concentradas en el marido, en virtud del estatuto jurídico que establece un órgano de gestión de la comunidad ganancial; pero cuando versen sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles requieren para su validez (obsérvese que Roca, tan escrupuloso en el uso del vocabulario jurídico, no dice «eficacia») el consentimiento de control de la esposa. Dada esta concepción, resulta evidente que para el gran hipotecarista no son inscribibles los actos de disposición de tales inmuebles consentidos sólo por el marido. Considerar el consentimiento *uxoris* como un mero asentimiento responde—añade—a una antigua concepción de la sociedad conyugal; pero si se tratase de ello, el legislador no habría empleado la palabra «consentimiento» (y mucho más cuando en la Comisión de las Cortes se rechazó el uso de la palabra «asentimiento»). Finalmente, concluye Roca Sastre afirmando que no es admisible el equiparar ese consentimiento a la licencia marital, porque ésta se funda en la jefatura doméstica que el marido ejerce y se refiere a bienes privativos de la esposa, en tanto que los gananciales pertenecen a ambos cónyuges (33).

El Catedrático y Magistrado del Tribunal Supremo, BONET RAMÓN, en un magnífico estudio sobre los poderes dispositivos de la mujer, se declara partidario, lo mismo que CÁMARA, de la doctrina germana relativa a los negocios «de asentimiento», que, según VON THUR, son aquellas declaraciones de voluntad por las cuales su autor da a conocer que está conforme con el acto jurídico de otra persona. Esto hace advertir a BONET el estrecho parentesco y paralelismo del nuevo consenso *uxoris* con la licencia marital, considerando que aquel consenso no significa un poder dispositivo conjunto a favor de marido y mujer, lo mismo que la licencia no implica que el marido comparta con la mujer la facultad de disposición de los bienes de aquélla. Ciertamente que el marido—reconoce BONET—no es cotitular de los parafernales ni de los dotes inestimados y, en cambio, la mujer sí lo es de los gananciales; pero el paralelismo no se rompe, a su juicio, por esa circunstancia. Le parece viable aplicar por analogía al consentimiento *uxoris* muchas de las soluciones elaboradas a propósito de la licencia mari-

(33) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Suplemento al tomo III de Derecho Hipotecario*, 1960, pág. 39.

tal. Considera acto anulable la enajenación de inmueble ganancial hecha sólo por el marido, si bien se trata de una *anulabilidad especial*, no sólo porque los requisitos y presupuestos de la acción que corresponde a la mujer son distintos a los que fundamentan la acción de anulabilidad en las hipótesis clásicas de actos anulables, sino además porque es también distinto su alcance, ya que la ineficacia, una vez reclamada, no es tan absoluta como para destruir todos los efectos que haya surtido el acto. Admite la interpretación restrictiva de la aplicación del artículo 1.413 como consustancial a las limitaciones de capacidad y prohibiciones legales, pues el consentimiento de la mujer equivale a levantar una limitación impuesta al marido. No se pronuncia BONET de modo expreso sobre la posibilidad de inscribir los actos dispositivos consentidos sólo por el marido; pero del contexto de su trabajo se deduce que faltando este requisito no es posible la inscripción, a menos de aplicar por analogía alguno de los remedios aplicables a los casos de faltar la licencia marital; si bien tampoco alude de modo concreto ni al artículo 169 del Reglamento Notarial ni al 94 del Hipotecario (34).

El Notario Díez GÓMEZ (35) se pregunta: ¿Es el marido el que enajena con el consentimiento de la mujer o enajenan ambos conjuntamente? Y parece inclinarse a la última solución por argumentos de diverso orden, a saber: De orden *gramatical*, por la significación etimológica de la palabra «consentimiento»; *histórico*, por tratarse de una ampliación a la disposición de inmuebles de los requisitos exigidos para la disposición de gananciales a título gratuito; *lógico*, por ser los gananciales un supuesto de comunidad en el que se atribuye la titularidad a ambos cónyuges; y de orden *sistemático*, porque al no modificarse los preceptos relativos a la nulidad de los contratos, concretamente el artículo 1.301, parece darse a entender que la falta del consentimiento *uxoris* no produce la anulabilidad, sino la inexistencia. Como todos estos argumentos producen impresión, dice Díez GÓMEZ, será prudente

(34) FRANCISCO BONET RAMÓN: *Los poderes dispositivos de la mujer casada en el Derecho común*, en *Estudios jurídicos varios*, del Centenario de la Ley del Notariado, 1962, tomo II.

(35) AURELIO Díez GÓMEZ: *La Ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, con una breve exégesis*, «Revista de Derecho Notarial», julio-diciembre 1958, pág. 382.

que el Notario proceda pensando en la posibilidad de que la no intervención de la mujer dé lugar a la ineficacia absoluta de la enajenación, *sin que en ningún caso deba aplicarse por analogía el artículo 169 del Reglamento Notarial*. Dados estos razonamientos, resulta indudable que, a juicio de este autor, las disposiciones sólo por el marido consentidas no son inscribibles ni aun con la fórmula del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, relativa a la falta de licencia marital, ya que tampoco, a su juicio, cabe aplicar en la escritura la fórmula del 169 del Notarial.

Finalmente, debe hacerse especial mención de las opiniones del Profesor Cossío (36), que ha dedicado bastante atención a estos problemas. Al analizar el ámbito de aplicación del artículo 1413 del Código, opina que es clara la necesidad del consentimiento de la mujer para la cancelación de hipotecas gananciales, aun no siéndolo para la eficacia del pago del crédito garantizado por dicho derecho real. Sostiene que en realidad la voluntad de la mujer juega en los casos de enajenación de inmuebles gananciales el mismo papel que la del marido cuando de la enajenación de bienes parafernales se trata; y es tan extrema su opinión en este particular, que denomina «*licencia uxoria*» al consentimiento de la mujer. Para inscribir los actos dispositivos de inmuebles gananciales será necesario acreditar de modo fehaciente la conformidad de la mujer al acto; si no se acredita, constituirá un supuesto de falta subsanable por no ser radicalmente nula la transmisión y llega a preguntarse, al referirse al artículo 144 del Reglamento Hipotecario: «¿No sería más lógico en este caso de las enajenaciones realizadas por el marido sin licencia de la mujer un trato análogo al que el artículo 94 del Reglamento Hipotecario da a las de parafernales enajenados por la mujer sin la licencia de su marido?» Sin embargo, Cossío tampoco se inclina por esta solución *más lógica*, según se comprueba en otros pasajes de su obra.

Opina que la enajenación sin *licencia* de la mujer adolece de una ineficacia relativa, cuya razón no radica en la existencia de fraude para la mujer, sino en que admitida la cotitularidad mancomunada de disposición, no cabe entender que el marido pueda llevar a cabo una disposición perfecta sobre los inmuebles ga-

(36) ALFONSO DE COSSÍO Y CORRAL: *Tratado práctico y crítico de Derecho civil: La sociedad de gananciales*, pág. 171.

nanciales, ya que para ello su sola voluntad no basta, sino que es además necesario para ello la voluntad de la mujer. En el fondo, tal disposición, llevada a cabo solamente por el marido, supone que el mismo al efectuarla se ha arrogado unos poderes de disposición de los que carecía o una representación que no le había sido conferida. Tanto en un caso como en otro nos encontramos ante un negocio jurídico claudicante, que para obtener su plena eficacia exigiría la ulterior ratificación de la mujer o la autorización judicial subsidiaria.

No se trata—añade Cossío—de un caso de anulabilidad de la misma naturaleza del que se produce en los supuestos en que la mujer dispone de sus parafernales sin la licencia del marido, ni pueden, por tanto, ser de aplicación las normas relativas a tal anulabilidad al supuesto que ahora examinamos. La diferencia fundamental consiste en que la mujer tiene plena iniciativa en la disposición de sus parafernales, y la licencia marital actúa como un simple complemento de la capacidad de la mujer, es decir, que cuando el marido presta tal licencia no equivale su actuación a un consentimiento en la enajenación o gravamen de bienes propios; y por otra parte, cuando la mujer dispone de sus parafernales, no se atribuye unas facultades que no le correspondan, sino que actúa sobre bienes propios y su consentimiento es, en definitiva, lo decisivo; en cambio, en el caso de la disposición de gananciales, hay que tener en cuenta que los bienes no son privativos del marido, sino bienes comunes, y que cuando la mujer consiente, no viene a complementar la capacidad del marido, sino que dispone de algo que le corresponde, de un derecho en cuya cotitularidad participa. Si el marido se arroga su representación o se atribuye una titularidad exclusiva de los bienes, es evidente que el defecto es un defecto de consentimiento propiamente dicho, y que si el consentimiento de la mujer es uno de los elementos esenciales del contrato, según el artículo 1.261 del Código, en relación con el 1.413, no habrá contrato o, por lo menos, ese contrato no podrá obligar a la mujer, porque lo impide, además, la general doctrina del 1.257.

Con todos los anteriores razonamientos, que, a mi juicio, son exactos, Cossío se da respuesta a su anterior pregunta sobre aplicación de las normas del artículo 94 del Reglamento Hipotecario

a los supuestos de enajenaciones realizadas sin el consentimiento *uxoris*, y la respuesta es que esa aplicación resulta ilógica y antijurídica, lo mismo que, a la luz de todas aquellas razones, resulta la equiparación total de ese consentimiento a la licencia marital y lo arbitrario que es denominar licencia a dicho consenso.

Finalmente—agrega Cossío—, que como no se trata simplemente de un negocio anulable—el de la enajenación no consentida por la mujer—no puede entenderse que el acto de disposición produzca sus efectos en tanto no sea anulado y que la acción de impugnación prescriba a los cuatro años. No se producen efectos por la sencilla razón de que falta el consentimiento, o lo que es lo mismo, que no nos encontramos ante un consentimiento imperfecto, como sería el de la mujer al enajenar sus parafernales sin licencia, sino ante un caso de falta total de consentimiento de uno de los titulares del bien que fué objeto de disposición por el marido. De tan claras y terminantes palabras se colige que, a juicio de Cossío, no son inscribibles en el Registro esas enajenaciones imperfectas consentidas sólo por el marido y que tampoco cabe asimilar la falta de licencia marital a la falta del consentimiento de la mujer, no obstante los juicios del mismo autor al principio transcritos.

Tras esta tal vez fatigosa exposición de opiniones doctrinales, puede llegarse en resumen al convencimiento de que casi unánimemente se rechaza la inscripción de los actos dispositivos de inmuebles gananciales sólo consentidos por el marido y de que son escasísimos los que sostienen que puedan por analogía aplicarse a esos actos dispositivos las fórmulas excepcionales de los artículos 169 del Reglamento Notarial y 94 del Hipotecario, que exclusivamente se refieren al modo de facilitar la titulación y la inscripción de actos otorgados por la mujer casada sin la necesaria licencia marital sobre sus bienes propios.

Porque es perfectamente comprensible que el legislador español, ante las corrientes universales de emancipación de la mujer, haya arbitrado remedios o fórmulas especiales para subsanar la falta de licencia marital en los casos en que, según nuestro anticuado Código civil, sea necesaria, pues con ello se evitan posibles y graves trastornos y perjuicios a muchas mujeres casadas, sino también porque esa licencia, después de todo, es un simple

requisito inspirado en un viejo concepto de la autoridad marital llamado a desaparecer, como ya ha sucedido en muchas legislaciones, cuando se llegue a la completa equiparación jurídica de los dos sexos. Privado el marido de la jefatura absoluta de la familia, como antes se privó al *pater familias* de sus poderes omnimodos, la licencia marital es un concepto que ha entrado en crisis. No es, en cambio, tan comprensible que intérpretes y Tribunales traten de aplicar fórmulas y remedios similares para suplir la falta de consentimiento de la mujer en la disposición de ciertos gananciales para la que el Código le exige, puesto que ese consentimiento no es un simple requisito complementario de una capacidad disminuida, sino una sustantiva declaración de voluntad que con el tiempo, cuando se llegue a la total igualdad jurídica de marido y mujer, se convertirá en una efectiva codisposición de los bienes gananciales o comunes.

Juristas e intérpretes no deben olvidar que la necesidad de la licencia marital tiende a desaparecer (37) y que la del consentimiento de la mujer para la disposición de esos bienes conyugales tiende a incrementarse. Muchos juristas enemigos de las nuevas ideas que imperan en la vida social contemporánea se esfuerzan en vano en remar contra la corriente; pero lo sensible es que la jurisprudencia se sume a esos esfuerzos baldíos (38).

(37) En este sentido, cabe citar la reciente Ley de 13 de julio de 1965, modificativa del régimen económico-matrimonial francés, por la cual se concede a cada cónyuge la administración, goce y libre disposición de sus bienes propios, excepto en cuanto a los derechos que aseguren el alojamiento de la familia y los muebles del mismo, para los que se requiere la disposición conjunta o consentida por ambos cónyuges. Sobre esta materia debe consultarse el interesante estudio del Notario MANUEL M. SÁINZ LÓPEZ-NEGRET: *El nuevo régimen matrimonial francés*, publicado en el número anterior de esta REVISTA. También es de recordar la humorística opinión del Notario de Barcelona MARTÍNEZ SARRIÓN, en su reciente conferencia, *La mujer casada y la disposición de sus bienes*, pronunciada en la Academia Matritense del Notariado: «mantener el requisito de la licencia marital viene a ser sinónimo de país subdesarrollado».

(38) Después de escrito este trabajo, pronunció en la Academia Matritense del Notariado una muy interesante conferencia el perspicaz jurista y destacado Notario FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ sobre *Actos dispositivos realizados en contravención del artículo 1.413 del Código civil*. Me interesa subrayar algunas de sus autorizadas apreciaciones, que vienen a coincidir con las sostenidas en este trabajo. El consenso *mulieris* es para ESCRIVÁ un consentimiento esencial que forma parte del acto dispositivo mismo, el cual no adquiere plena eficacia hasta que ha sido prestado. Sin ese consentimiento, el acto no es simplemente anulable, sino que es un acto incompleto. No cabe asimilarlo a la licencia marital, y si para dejar sin efecto el acto dispositivo se obliga a la mujer a ejercitar una acción de nulidad, resulta notablemente perjudicada. La

B) *Criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado*.—¿Qué ha dicho el Centro directivo sobre estos problemas? No ha dictado hasta ahora, que yo sepa, ninguna resolución que se refiera de modo concreto a la inscripción o no inscripción de las enajenaciones hechas sólo por el marido; pero existen manifiestas y suficientes pruebas de que seguirá el recto camino, en bien de la institución registral y para efectividad de la reforma del Código civil.

En efecto: ya en sus Resoluciones de 1 y 2 de marzo, 28 de mayo y 11 de junio de 1963 se admitió la inscripción de las enajenaciones conjuntas hechas por ambos cónyuges respecto a inmuebles gananciales y de las ventas hechas por la mujer, con consentimiento de su marido, respecto a bienes inscritos a su nombre, pero presuntivamente gananciales, con lo que la Dirección puso de relieve su estricto cumplimiento de las reglas establecidas en los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, reformados en 1959

Mas la principal es la Resolución de 9 de abril de 1965 (*Boletín Oficial del Estado* de 24 de los mismos mes y año), en la que se exigió para la validez de la escritura de hipoteca naval que constase el consentimiento de la mujer del hipotecante, en aplicación de la nueva norma del artículo 1.413 del Código civil. Aquí, el criterio del Centro directivo es terminante: para inscribir la hipoteca—acto dispositivo, de gravamen—es indispensable el consenso *uxoris*. Y eso que por la especial circunstancialidad del caso habría sido posible un criterio más benévolo, habida cuenta de que el marido puede enajenar por si solo el buque ganancial, con-

disposición de los inmuebles gananciales sólo por el marido no produce efectos jurídicos reales. ni transmisión de la propiedad, ni tampoco es inscribible en el Registro, al amparo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, que no puede aplicarse por analogía.

En mi opinión, la disposición de esos bienes sin el consentimiento de la mujer es, para ésta, un acto inexistente, y, en general, es un acto nulo, ilegal, aunque convalidable, en cuanto se preste ese consentimiento o se autorice por el Juez o surja alguno de los eventos anómalos que cita Escrivá. Es difícil sostener la doctrina de la simple anulabilidad, porque ésta comprende más bien aquellos actos o negocios válidos y eficaces en principio, pero que luego pueden ser anulados, en tanto que la falta del consenso *uxoris* da lugar a un negocio nulo e ineficaz en principio, pero que luego puede ser convalidado y completado. Y bien lo acredita la opinión de Escrivá, íntegramente compartida por mí: esas disposiciones sólo por el marido no operan la transferencia del dominio y no son inscribibles en el Registro.

forme al artículo 1.585 del Código de Comercio, que reputa al buque como bien mueble; y que la calidad de inmueble que se le atribuye en la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893 es al solo efecto de admitir su hipotecabilidad y no pasa de ser una de tantas ficciones de que se vale el Derecho desde la época romana para permitir lo que sin ellas sería imposible, y tal ficción, hoy que se ha admitido y regulado en nuestro Ordenamiento legal la hipoteca mobiliaria, resulta anacrónica y exige una revisión legislativa. En definitiva, existe una especie de antinomia, pues si la hipoteca es una venta potencial, resulta extraño que para ella se exija un consentimiento que no se exige para la venta efectiva, pues lógicamente quien puede lo más puede lo menos. El Código Mercantil estimó al buque como bien mueble, y no previó ni su hipoteca (para lo que hubo que recurrir a la antedicha ficción), ni que la disposición de que los gravámenes hipotecarios gananciales sobre inmuebles hubieran de consentirse por la mujer. Es claro que en Derecho constituyente no habrá dificultad en su día en declarar hipotecable al buque sin que por ella pierda su calidad jurídica de bien mueble. Pero justo es reconocer que la Dirección, con recto sentido, se ha atendido a la letra de la Ley y ha evidenciado un criterio que es claro y también ajustado a la letra y al espíritu de la reforma civil de 1958.

Con este antecedente no parece dudoso que si se presenta el caso el Centro directivo ha de exigir también el consentimiento de la mujer para la enajenación o gravamen de inmuebles gananciales.

X

FINALIDAD Y PRINCIPIOS DE NUESTRO SISTEMA REGISTRAL-INMOBILIARIO.

Es oportuno ahora recordar los principios fundamentales de la legislación hipotecaria y las finalidades que se propusieron los legisladores de 1861 al implantar un sistema técnico de Registro que acabase con la pretérita incertidumbre del dominio. Y es oportuno porque el problema de aplicación extensiva del ar-

título 94 del Reglamento a las enajenaciones otorgadas sólo por el marido, o sea, el de dar entrada en el Registro a actos jurídicos sin validez ni eficacia plenas, a contratos que no se acomodan a la legislación civil, reviste caracteres de gravedad para el porvenir de la institución registral y para los presupuestos que sirven de cimiento a su meditado sistema.

Casi es superfluo recordar, por harto sabido, que el Real Decreto de 8 de agosto de 1855 condenó severamente el sistema anterior a la Ley Hipotecaria, porque las Leyes antiguas no garantizaban suficientemente la propiedad, ni asentaban sobre sólidas bases el crédito territorial, siendo, por consiguiente, urgente dar certidumbre al dominio. Don BIENVENIDO OLIVER (39), que tan minuciosamente historió los trabajos preliminares, los objetivos y el planteamiento de la nueva legislación hipotecaria, decía que con ella se trataba, en primer lugar, de dar nueva base firme y segura al dominio de las fincas. Con un dominio estable, cuya adquisición no pudiese ser revocada ni discutida, se tenía una base cierta y firme para sustentar el crédito territorial, que permitiría el desarrollo de la industria y la agricultura, y que hoy, merced al acierto del sistema, ha permitido lo que ya se denomina el «milagro español», es decir, el auge inverosímil de nuestra expansión urbana e industrial, levantada sobre algo tan espiritual como la hipoteca, fórmula feliz e insustituible de la garantía territorial.

Decía la Exposición de Motivos de 1861 que para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales no basta que el vendedor o imponente sea dueño de ellos, es además necesario que el que transmita tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. «Si la Ley no atendiese, pues, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido».

Este vaticinio se convertiría en realidad si prevaleciese la tesis que defiende la inscripción en el Registro de las enajenaciones de gananciales no consentidas por la mujer, aunque sea con reservas, salvedades o advertencias para aviso de terceros. Si esos

(39) BIENVENIDO OLIVER ESTELLE: *Derecho inmobiliario español*, pág. 73

actos, nulos o anulables, y desde luego contraventores del Código, se inscribiesen, el dominio resultante no sería seguro e inatacable, sino inseguro y revocable, y no serviría como base para el crédito. Quien adquiriese la finca, quedaba expuesto a un pleito, y ante temor tan justificado, pagaría por ella mucho menos de su verdadero valor, y quien sobre ella prestase dinero, retendría una buena parte para cubrirse del posible riesgo o, acaso, no la admitiría como garantía. Esos bienes así inscritos se desvalorizarían, tanto para el tráfico como para el crédito. El Registro de la Propiedad llegaría a ser un Registro de la «propiedad revocable», y perdería, con su prestigio, su razón de ser.

Tampoco parece necesario recordar que nuestra legislación hipotecaria, como conjunto orgánico o sistemático de preceptos que guardan entre sí un lógico enlace, obedece a algunos principios fundamentales, que, aunque no se enuncien de modo explícito en su texto, por ser innecesario, inspiran directamente el articulado.

Uno de ellos, y de los más importantes, es el de *legalidad*. Explicó la Exposición de Motivos que «el Registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales, cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a los que las leyes nieguen fuerza coactiva». Comentando esto, dice con acierto ANGEL CRISTÓBAL MONTES (40): «En los sistemas que reconocen a la inscripción efectos sustantivos, constitutivos o convalidantes, y en los que con base al principio de fe pública se otorgan excepcionales ventajas a los terceros adquirentes, es evidente y lógica la existencia de una rigurosa censura previa de los actos inscribibles, una especie de juicio registral que, en base a los documentos presentados y a los datos obrantes en el Registro, sirva para asegurar el paralelismo entre los asientos y la realidad jurídica. De otro modo, como dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos litigios». Y en vista de lo anterior, el mismo autor venezolano define el principio de legalidad como «el que impone que los títulos que pretendan ser registrados sean examinados, verificados o calificados antes de ser inscritos, al objeto de que sólo tengan acceso al Re-

(40) ANGEL CRISTÓBAL MONTES: *Principales sistemas de publicidad registral inmobiliaria*. Publicación del Ministerio de Justicia de Venezuela año 1964, página 238.

gistro los títulos válidos y perfectos». Coincide con este criterio el fino hipotecarista cubano ANGEL DORTA DUQUE (41), al decir: «el principio de legalidad consiste en que sólo pueden inscribirse en el Registro los títulos que reúnan los requisitos formales e intrínsecos de acuerdo con la legislación, lo que hará prevalecer la autenticidad, certeza y seguridad de los actos inscritos».

Piénsese cuánto se vulneraría este principio si se permitiese la inscripción de actos nulos o anulables, imperfectos, contrarios desde luego a lo legislado. También se vulnera, hay que reconocerlo, con la inscripción de contratos otorgados por la mujer sin licencia marital en los casos en que ésta sea necesaria; pero ello constituye una excepción, admitida primero por la jurisprudencia y después por los Reglamentos Notarial e Hipotecario, y cuya gravedad se atenúa, no sólo por las razones sociales que la justifican, sino también por la menor importancia que tiene el que la mujer disponga por sí sola de lo que es privativo suyo, si se compara con que el marido disponga por sí solo de lo que no es suyo propio, sino de la sociedad conyugal o, lo que es lo mismo, de los dos cónyuges.

El que se repite la falta del consenso *uxoris* como causa determinante de anulabilidad, no de nulidad absoluta, no constituye razón para permitir su inscripción, pues ambos vicios del contrato provienen de la contravención de una norma legal, más o menos imperativa, y su inscripción pugna con el principio de legalidad. En opinión de DORTA DUQUE (42), cuando el defecto advertido en el título produzca la anulabilidad o nulidad relativa del acto, puede considerarse que adolece de falta insubsanable, aunque la jurisprudencia hipotecaria haya establecido alguna excepción.

JERÓNIMO GONZÁLEZ (43) explicaba «que la facultad de disponer, esencialmente distinta de la capacidad, hace referencia a la relación existente entre el sujeto otorgante y el objeto—finca o derecho—que se transfiera o grave. El Registrador tendrá en todo caso (en acatamiento del principio de legalidad) que examinar la

(41) ANGEL DORTA DUQUE: *Curso de legislación hipotecaria*, tomo II, página 294.

(42) Op. cit., tomo XI, pág. 302.

(43) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principios hipotecarios*, Edición Honenaje del Colegio de Registradores, año 1932, pág. 278.

existencia de este presupuesto; pero igualmente quedan sometidas a su decisión las prohibiciones de disponer que limitan dicha facultad, ya sean legales, ya judiciales, ya voluntarias». En el problema que se estudia, el Código civil exige para la disposición de inmuebles gananciales que el marido necesita del consentimiento de la mujer o, en su defecto, de autorización judicial: luego, conforme a la doctrina de JERÓNIMO GONZÁLEZ, queda demostrado que se le veda o prohíbe disponer por sí solo y que un acto de transferencia de esta especie no puede tener acceso al Registro, si la calificación quiere apoyarse en el principio de la legalidad.

También los principios de tracto sucesivo y de consentimiento se oponen a que esos actos de disposición unilateral se inscriban en el Registro, pues, según dijo también JERÓNIMO GONZÁLEZ, nuestro sistema da valor preponderante al consentimiento de transferente y adquirente, sobre todo al del titular según el Registro que resulte perjudicado por el acto inscrito» (44). Con referencia al tracto sucesivo, nos enseñó el inolvidable maestro que «este principio en su aspecto sustantivo hace referencia a que el acto inscribible se derive del titular inscrito e impone que los libros hipotecarios deben mostrar el encadenamiento del causante al sucesor mediante eslabones formales que registran en serie los actos de transferencia, constitución y extinción de los derechos reales inmobiliarios; y que cada uno de estos asientos, que reflejan el historial de la finca y encierran el contenido real de los títulos presentados, se apoyan según hemos visto en el consentimiento del anterior titular hipotecario» (45).

Aplíquese tan racional doctrina al caso debatido. En el terreno puramente registral, que es donde radica la clave del problema puesto que se trata de inscribir o de no inscribir, resulta evidente que mientras esté vigente la reforma reglamentaria, los inmuebles gananciales se inscriben a nombre de marido y mujer conjuntamente y para la sociedad conyugal. Luego, los actos dispositivos, para ser inscritos sin vulnerar ambos principios de nuestro sistema, deben registralmente ser consentidos por ambos cón-

(44) Op. cit., pág. 210.

(45) Op. cit., pág. 231.

yuges titulares, y con mayor razón cuanto que la misma norma dispositiva se contiene también en el Código civil reformado.

XI

A MODO DE COLOFÓN.

Para finalizar estas consideraciones en torno a un tema tan sugestivo en la vida jurídica como en la vida real, debo aludir a una hipótesis que AZPIAZU formulaba en una pregunta que venía a resumir su opinión. «¿No es mejor y más eficaz—dijo—para defensa de los derechos de la mujer que se permita el acceso al Registro de esos actos (los dispositivos de gananciales sólo por el marido) haciendo constar la falta del consentimiento *uxoris*, con lo cual queda allí clavada la posible acción de defensa?»

Esta idea, harto candorosa, equivale *mutatis mutandi*, a creer que para impedir el riesgo de un posible desvalijamiento del hogar es defensa más segura confiar en que, si se produce, los Tribunales obligarán al culpable a resarcir los daños, que el adoptar la más simple de las precauciones: cerrar bien las puertas y encargar a un guardián fiel que las vigile.

Con aquel procedimiento la mujer sabrá que si entabla un pleito y lo gana, el acto dispositivo ilegal del marido será anulado y la transferencia del inmueble quedará deshecha por la autoridad judicial; pero mucho más segura estará y más confiará en que su derecho no será lesionado, si sabe que otros funcionarios jurídicos del Estado—el Notario y el Registrador—no documentarán ni permitirán la entrada en el Registro de esos actos y contratos que ella no ha consentido ni tal vez conocido, realizados por el marido en contravención de lo ordenado por el Código. Este sencillo procedimiento, únicamente factible en cuanto a la propiedad inscrita, asegura plenamente no sólo a la mujer, sino también al cumplimiento de la Ley.

Mediten, mediten objetivamente quienes se inclinan por el primero de ambos sistemas. Porque son ya varios los problemas registrales planteados en los últimos tiempos cuyas soluciones no parecen muy concordes con los principios y finalida-

des de nuestro régimen inmobiliario y que, si se persiste en la misma orientación, pueden comprometer la salud de nuestra admirable institución registral, paciente labor de más de un siglo. Tal vez llegue el momento de que cuantos se han consagrado a realizarla y perfeccionarla tengan que defenderla contra esas heridas invisibles, de las que cabe decir lo que los antiguos decían de las horas desgranadas por el reloj, al fluir incesante del tiempo: «*omnia vulnerant, postrema neeat*». Porque si así lo hacen quienes tienen el deber de hacerlo, podemos abrigar la fundada esperanza de que subsista y perdure un sistema que tanto ha contribuido a nuestro progreso jurídico y al desarrollo nacional; ya que, pese a los presagios de agoreros y detractores, habrá que confiar en que, según frase también latina que nos legó Horacio: «*Non omnis moriar*».

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

Académico de número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.

División material, división horizontal, división de comunidad y disolución de sociedad

I

BASE DE PARTIDA.

1. Se ha dicho que la existencia de las distintas herejías es uno de los motores que hizo adelantar los estudios dogmáticos de la Iglesia. Y la razón es evidente. Con más afán se investiga y aclara aquello que se discute y combate que no lo que pacíficamente se posee. La defensa, al tener que buscar argumentos, logra arrojar luz sobre algunas facetas que de otra forma quedaban relegadas.

Salvadas todas las diferencias, que no son pocas, otro tanto podría decirse de la influencia que la normativa fiscal puede tener en el Derecho civil. La tensión de los contribuyentes para no caer en las figuras definidas como sujetas y los esfuerzos de la Administración para defender el gravamen, han contribuido con frecuencia a delimitar más certeramente algunas instituciones. Ni puede olvidarse que alguna de éstas ha recibido un tratamiento más detenido precisamente en la órbita fiscal (el caso de las adjudicaciones y el de los excesos podría ser ejemplar). Y es que frente al litigio civil, menos frecuente en general de lo que parece, salvo en zonas polémicas, la discrepancia en la aplicación de los impuestos alcanza una estadística creciente por el peso de la tribu-

tación y la complejidad de la misma, a su vez exigidas por la actividad administrativa cada día mayor.

En esta tensión fiscal unas veces la norma acierta a delimitar la figura gravada, otras deja un portillo abierto a la evasión, otras por contra pretende sujetar más hechos de los que institucionalmente correspondía. Y es, en último término, la jurisprudencia la que se encargará de templar y corregir o bien el excesivo rigor de la norma o bien el intento de eludir su aplicación con argumentos capciosos.

Precisamente el caso que vamos a estudiar es uno de aquellos donde el precepto tributario no destaca por su precisión. A tenor del mismo, la jurisprudencia no siempre ha acertado a delimitar su ámbito conforme pedía una concepción institucional y finalista. Unas veces por exceso y otras, en cambio, por defecto. Y quizá la razón de ello esté en que, desde el punto de vista civil, las figuras estudiadas no reciben un tratamiento dogmático inequívoco.

2. El punto de partida para el examen que intentamos se halla en la disolución de sociedad. El número tercero del artículo 144 de la vigente Ley de Reforma Tributaria grava dicho acto. Pero tampoco cabe olvidar que, conforme al número 12 del párrafo segundo del artículo 150 de la misma Ley, en la disolución social la base será el valor de los bienes o derechos que se adjudiquen a los socios.

Es lógico que así ocurra, porque al pasar los bienes de poder de la sociedad a uno de sus socios se da un cambio de titularidad (son personalidades distintas), y por tanto existe una transmisión gravable por el impuesto. Si bien por razones económicas el tipo aplicable es mucho más moderado que el de las enajenaciones o ventas.

II

LA DIVISIÓN MATERIAL EN EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES.

1. El número 20 del artículo 155 de la Ley de Reforma Tributaria expresa que la división material de bienes poseídos en común se estimará como disolución de sociedad cuando hayan sido adquiridos a título oneroso.

Dejando a un lado la exclusión de la división de los bienes transmitidos a título gratuito, parece cierto que en el supuesto gravado la base será también el valor de los bienes adjudicados a los comuneros. No hay aquí dos personalidades distintas, ni propiamente transmisión; por eso la Ley dice «se estimará» como disolución de sociedad. Es uno de los varios supuestos en que la figura fiscal es más amplia que la base civil.

2. La división material de bienes comunes, entendida literalmente, abarcará sólo los supuestos en que aquéllos fueran objeto de fraccionamiento o desmembración simple. Aún podría admitirse como división el que las diversas partes se adjudicaran a cada comunero. Cualquier otra figura no encajaría ya en la literalidad del concepto.

Sin embargo, tradicionalmente la interpretación ha sido otra. Bajo la división material se ha cobijado la cesación de comunidad en cualquiera de sus modalidades, con o sin efectiva división o fraccionamiento. Buena prueba de ello es que textos reglamentarios anteriores concretaban la aplicación del precepto a cuando no se adjudicaran al comunero bienes que excedieran de su haber.

La jurisprudencia ha interpretado también con notoria extensión la rúbrica «división material». El análisis que luego se hará nos confirmará el aserto. Es más, la Circular número 2 de 1965 de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, al analizar el precepto relativo a la división material, lo hace bajo este título: «división de comunidad». El dato no puede ser más valioso.

III

PRECISIONES CONCEPTUALES.

1. División material. Por ella habría que entender, cual hace la legislación hipotecaria, el acto por el que el dueño de una finca o predio, divide éste en dos o más partes. Esta división o fraccionamiento puede darse en las fincas rústicas y urbanas, aunque por su naturaleza es más fácil en las primeras.

A esta división cabría llamarla también vertical, puesto que el

corte o sección se da en ese sentido. Su resultado es constituir nuevas fincas con plena sustantividad o autonomía.

2. División horizontal. Por ella entendemos la típica división de un edificio en sus diversos pisos o apartamentos. Es en definitiva la constitución de la llamada propiedad horizontal. También el Derecho hipotecario se ocupa del caso.

Si hablamos de división horizontal es porque los distintos pisos de un edificio se separan por cortes en sentido paralelo al suelo. Lo que no excluye que en una planta existan varios departamentos o viviendas. Los pisos que resultan de esta división (a diferencia de lo que ocurría en la vertical) no puede decirse que tengan una autonomía o sustantividad total; pero esto se verá más adelante.

3. División o cesación de comunidad. Es simplemente el hecho de poner fin a ese estado de cotitularidad sobre uno o varios bienes. Las formas de ello son muy diversas:

A) Mediante la división material (la que hemos llamado vertical) del bien, adjudicando las partes a los distintos comuneros.

B) Mediante la división horizontal (o por pisos) del edificio, adjudicando aquéllos a los distintos condóminos. Sobre esta fórmula, nueva por cierto, se harán algunas precisiones.

C) Mediante la adjudicación de los diferentes bienes del condominio a los distintos socios, formando lotes proporcionales a su haber. En este supuesto los predios siguen conservando su integridad física.

D) Mediante la adjudicación del bien (o los bienes) a un solo comunero que satisface a los demás su parte a metálico. Esta solución provoca unas consecuencias fiscales distintas.

E) Mediante la venta del bien y reparto del precio entre los cotitulares. Para el Derecho tributario esta salida no comporta especial dificultad.

IV

DIVISIÓN MATERIAL REALIZADA POR UN PROPIETARIO.

1. Esta división era un acto gravado antes por el impuesto de Timbre y hoy por el de Actos Jurídicos Documentados; siempre que se haga en escritura pública. La sujeción la determina la letra g) del artículo 164 de la Ley de Reforma. El número 16 del párrafo segundo del artículo 165 declara exenta la división de terrenos (es un caso de división material) para fines urbanísticos de parcelación.

En esta división material es indiferente que el propietario sea una persona o varias en pro indiviso. En efecto, la copropiedad recae sobre el bien unido o sobre sus fracciones, sin que ello afecte a su esencia. Desde el punto de vista hipotecario, la división puede pedirla el dueño individual o los titulares en común.

2. La jurisprudencia, atendida en este caso al tenor literal de la Ley, no siempre lo ha entendido cual proponemos. Así en el caso decidido por la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de diciembre de 1961. Se trataba de la división de una finca en otras dos que seguían en la misma situación de copropiedad que la matriz. Se giró liquidación por la disolución de sociedad. Se fundaba la solución (literalmente la división de finca poseída en común era evidente) en que esa división implicaba una novación objetiva de la copropiedad.

Precisamente por ello nos parece inoportuna la liquidación. La mera división, sin adjudicación de partes a los comuneros, no produce transmisión alguna, ni devolución de bienes, por lo que no debe tributar como disolución de sociedad. Igual que no se grava el hecho de que una sociedad divida un bien que le pertenezca. Y en cuanto a la novación de la comunidad (podría hablarse de mera modificación objetiva de la misma) es acto no sujeto a tributación. Para que ocurriera lo contrario haría falta un precepto que dijera que la modificación de comunidad se liquidará como modificación de sociedad. Y esa norma no existe.

Mayor fundamento tenía el gravamen en el supuesto contem-

plado por la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1962. Se trataba de una finca urbana con cuatro titulares. Estos dividen la finca en otras dos. Mientras que dos comuneros seguían siendo titulares de los predios resultantes en la misma proporción, los dos restantes concretan su derecho a una sola de las fincas (cada uno a una). La sentencia mantiene que hay unas nuevas comunidades y una división de la anterior. Por tanto, la modificación era incuestionable.

Y en efecto, modificación la hubo, pero ésta ya hemos dicho no se halla gravada. Y en cuanto a disolución de la primera comunidad, sólo la hubo para los dos socios que concretaron su derecho en una sola finca, pero no para los otros dos. Por tanto, como disolución de sociedad sólo debió liquidarse la cuota de los primeros. (Débese advertir que en las adjudicaciones no hubo excesos).

En definitiva, la mera división material de bienes hecha por propietarios indiviso, sin adjudicarse partes concretas, sólo debe tributar por Actos Jurídicos Documentados y no por el impuesto de Transmisiones. La novación modificativa de comunidad no es acto sujeto a este último. Precisamente porque no hay bienes adjudicados a los socios.

V

DIVISIÓN HORIZONTAL REALIZADA POR UN PROPIETARIO.

La división de una casa en pisos hecha por un dueño es acto sujeto al impuesto de Actos Jurídicos Documentados y no al de Transmisiones. La razón sigue siendo la misma: no hay adjudicación de bienes a los socios. Y ello ocurre, bien sea un solo dueño o varios pro indiviso.

El número 14 del párrafo segundo del artículo 165 de la Ley de Reforma Tributaria exime de tributar por Actos Jurídicos Documentados «la división material» de edificios construidos con viviendas de protección oficial. Y el texto debe estar aludiendo a la división horizontal del inmueble.

VI

CESACIÓN DE COMUNIDAD EN BIENES ADQUIRIDOS LUCRATIVAMENTE.

Por disponerlo así la Ley, esta división o disolución de comunidad no está sujeta al impuesto de Transmisiones. La consecuencia es que el acto deberá tributar por Actos Jurídicos Documentados. Otra cosa sería si aquella división se hallase sujeta a gravamen de Transmisiones, pero gozase de exención; en este caso tampoco se liquidaría por Actos Documentados.

Si al disolverse la comunidad hay excesos de adjudicación, éstos podrían tributar como cesión, a menos que pudieran acogerse a la exención para las diferencias que hayan de abonarse los herederos (número 13 del artículo 146 de la Ley de Reforma Tributaria). Pero este problema lo soslayamos, pues es tangencial a nuestro propósito.

En general, los distintos interrogantes que plantea la cesación o división de comunidad los reservamos para cuando se analice la de bienes adquiridos a título oneroso. Esto es lo que con algo más de detenimiento haremos a continuación.

VII

CESACIÓN DE COMUNIDAD EN BIENES ADQUIRIDOS A TÍTULO ONEROSO: CASO DE QUE SE HAGA POR DIVISIÓN MATERIAL.

Es quizás el supuesto típico contemplado por el precepto fiscal. El bien o los bienes que integran la comunidad se dividen o fraccionan y cada parte se adjudica a un socio o comunero. Aquí la asimilación a la disolución de sociedad es lógica y explicable, pues existe adjudicación de bienes a los distintos partícipes. A estos efectos es igual que la copropiedad recayera sobre una finca o sobre varias.

En puridad, en este caso existe una división material del bien (que habría de tributar por Actos Jurídicos Documentados) y una

posterior adjudicación a los comuneros (gravada como disolución de comunidad). Lo que ocurre es que existiendo una liquidación por el impuesto de Transmisiones, no procede girar otra por Actos Documentados en el mismo documento.

En cuanto al aspecto sustantivo o civil, cabría plantear el problema de si la cesación de comunidad, por adjudicación de las fracciones del bien, implica transmisión. La cuestión empero se abordará al tratar el tema de la división horizontal o por pisos entre los condóminos.

VIII

LA PSEUDOAGRUPACION.

Nos referimos al caso de agrupación de bienes de distinto propietario. Supuesto similar es el de la constitución, por actos «inter vivos», de comunidad de bienes para la explotación de negocios gravados por los impuestos Industrial o de Sociedades (número 20 del artículo 155 de la Ley de Reforma Tributaria). Esta comunidad tributa como constitución de sociedad sobre el valor de los bienes aportados. De dicha figura se ocupa BAS Y RIVAS en sus comentarios a la legislación del impuesto de Derechos Reales.

Respecto a la agrupación de fincas de distinto dueño, ROCA SASTRE no acepta esa posibilidad, puesto que la legislación hipotecaria exige que los bienes pertenezcan a un solo propietario o varios pro indiviso. Lo que ocurre es que puede darse previamente un contrato por el cual las fincas se hagan comunes y sólo luego podrá practicarse la agrupación.

Sin ese contrato previo no cabe agrupar. Y la solución es aplicable aunque se trate de bienes gananciales a unir con los de un esposo. Otra cosa sería dejar al libre arbitrio de los cónyuges la calificación de los bienes del matrimonio, pues mediante agrupaciones y posteriores divisiones se podría hacer cambiar de dueño buena parte del caudal matrimonial.

Pero supongamos que se realiza el previo contrato de comunicación de bienes y la posterior agrupación. ¿Qué trascendencia fiscal tendrá ello? Lógicamente hay que pensar que el bien resul-

tante se adjudica por cuotas a los comuneros. Esta determinación viene totalmente exigida por el principio de especialidad (que exige que el sujeto del derecho quede claramente fijado) y por la misma esencia de la comunidad. Tal necesidad la contempla acertadamente la resolución del Tribunal Central de 17 de enero de 1963. Según ella, la comunidad con pluralidad de objetos y distintas titularidades dominicales de sus respectivos partícipes no es admisible sin la previa agrupación unitaria de los bienes y sin la consiguiente atribución proporcional (a los distintos partícipes) de cuotas sobre la totalidad.

Es el supuesto de que dos propietarios, dueños de sendos fundos de igual valor, los comuniquen o hagan comunes, los agrupen y luego se adjudican por mitad y pro indiviso la finca resultante. Pues bien, en este caso, aunque el resultado sea una comunidad, ésta se ha producido por otro contrato (ya que no existe el contrato de comunidad: ésta es más bien un resultado) que no es desde luego el de la sociedad que se ha excluido. Y esa otra convención no puede ser más que una permuta de partes. Cada dueño cede la mitad de un predio para hacerse titular de medio fundo del socio; al fin, cada uno es propietario de la mitad de ambas fincas. Claro que en pro indivisión. Pero está generalmente admitido que en la copropiedad romana o por cuotas (y esa sería la creada) los derechos de cada condómino se encuentran en cada molécula del bien poseído.

Por tanto, esa comunicación y posterior agrupación sería liquidable como permuta. En cambio, la ulterior disolución de esa comunidad tributará normalmente como disolución de sociedad.

Piénsese que de no ser así y de querer liquidar como constitución de sociedad aquella comunicación de bienes, la tributación de las permutas se burlaría siempre, acudiendo a aparentar un condominio que luego se disuelve. Ello no es posible por la razón de que aquella comunicación primera (la que hemos llamado pseudoagrupación) debe gravarse como permuta. En las sociedades, donde es posible el arbitrio (pagar por constitución o disolución cuesta menos que tributar por compra o permuta), la letra e) del párrafo primero del artículo 152 de la Ley de junio de 1964 sale al paso del fraude.

IX

CESACIÓN DE COMUNIDAD POR DIVISIÓN HORIZONTAL DEL EDIFICIO
Y ADJUDICACIÓN DE LOS PISOS A LOS CONDÓMINOS.

1. Esta figura encaja dentro de la división material de bienes poseídos en común sujeta a tributar como disolución de sociedad. En efecto, hay división o fraccionamiento material, que en este caso es en sección horizontal. Para nuestro objeto es indiferente que haya un edificio o varios.

Al igual que dijimos en la división vertical, aquí hay primero un fraccionamiento y luego una adjudicación. Sin embargo, tributa esta segunda por el impuesto de Transmisiones (y no la primera por Actos Documentados), por cuanto que hay entrega de bienes a los socios.

2. Puede ocurrir que hecha una obra de construcción por varios comuneros, en una misma escritura declaren lo realizado, dividan el edificio en pisos y se los adjudiquen en pago de su haber. ¿Existe en este caso la posibilidad de atribuir a cada socio una vivienda sin pasar por la previa división? Fiscalmente supondría evitar el impuesto por disolución de sociedad.

Más que argumentar al respecto, creemos preferible transcribir unas palabras del insigne hipotecarista don Jerónimo GONZÁLEZ en su trabajo sobre la propiedad de pisos y habitaciones.

Las cosas del mundo exterior sobre las que recae directamente el derecho de propiedad han de presentar un cierto grado de independencia y sustantividad para que pueda ser posible un aprovechamiento integro por el titular y la exclusión de cuantas personas pretendieran invadir su esfera jurídica.

La lana, la piel, los huesos y la carne de una oveja no pueden ser objeto de sendos dominios mientras el animal vivo asuma (en su individualidad perfectamente determinada) todos estos elementos integrantes. Se necesita esquilarlo, desollarlo, descuartizarlo y limpiarlo para que cada una de sus partes sustanciales pueda entrar como objeto jurídico en la relación de propiedad correspondiente.

Algo análogo diríamos nosotros. No parece claro que un propie-

tario pueda decir que ha construido el piso cuarto o quinto de un inmueble más la parte proporcional de elementos comunes. Porque ¿de qué serviría la quinta parte de una escalera o un sexto de ascensor? La respuesta es, pues, negativa. No se edifican diez pisos que luego se agrupan; se levanta un inmueble que después se divide en pisos. Hipotecariamente, el número 5.º del artículo 8 de la Ley de 1946 (reformada por la de propiedad horizontal) permite inscribir el piso, pero presupone la previa inmatriculación del inmueble y un régimen de propiedad especial.

X

SI LA ADJUDICACIÓN DE PISOS A LOS DISTINTOS CONDÓMINOS IMPLICA TRANSMISIÓN. EL PROBLEMA CIVIL Y EL FISCAL.

1. *Jurisprudencia civil antigua.*

Se basa fundamentalmente en los artículos del Código civil dedicados a la comunidad. Es la primera la sentencia de 14 de junio de 1895. A petición de varios condueños se acordó la cesación del condominio mediante la venta del edificio. A ello se opuso, sin éxito, un comunero pidiendo que la división se hiciera por pisos con adjudicación de éstos. Según el Tribunal Supremo, el artículo 396 del Código dicta reglas para un condominio posible, pero no obliga a dividir por pisos el edificio. Y añade: «Pues esto sería en todo caso cambiar la forma del condominio». Lógicamente, según esta doctrina, no cabe apreciar transmisión en la propiedad horizontal.

Más argumentos da la sentencia de 17 de abril de 1896. El artículo 396 (que por cierto forma parte del título que regula la comunidad de bienes) da normas para cuando los diferentes pisos de una casa pertenecen a distintos propietarios. Con ello reconoce que el mero hecho de la división en pisos no borra la comunidad real y efectiva que establecen la unidad de la techumbre, solar, paredes maestras y medianeras y las demás cosas y obligaciones de carácter necesariamente común.

Aún afina más el fallo de 18 de marzo de 1897. Existe comu-

nidad de bienes entre los distintos propietarios de pisos. A todos pertenece proindiviso el dominio sobre la totalidad de la finca y el de las partes de interés común: por tanto, concurre la indivisión que engendra la comunidad.

El derecho privativo de cada comunero se analiza con gran precisión en esa sentencia. Este derecho sobre un piso (por ser inseparable del edificio entero) presupone la existencia de la comunidad y está subordinado a la misma indisolublemente, de forma que no puede conservarse tal derecho sino en tanto la casa esté en indivisión.

La sentencia de 8 de enero de 1912 abunda en la misma línea. Por ello no puede extrañar que el Tribunal Supremo en los casos de venta de un piso concediera sin vacilar a los dueños de los restantes el derecho de retracto propio del comunero. La línea doctrinal era unívoca. Y todo debe decirse: en algún caso llevaba a soluciones forzadas y duras.

2. *Jurisprudencia civil más moderna.*

La sentencia de 9 de noviembre de 1931 sigue en la misma tónica. La comunidad de casas por pisos se ajusta a la teoría de la copropiedad en tanto no se contradigan las normas del artículo 396 del Código civil.

Un hecho de gran interés es la aparición de la Ley de 26 de octubre de 1939. En ésta el dueño en régimen de propiedad horizontal tenía un derecho singular sobre su piso y una copropiedad sobre los elementos comunes. Este último derecho es anejo inseparable de la parte privativa. Finalmente, la Ley otorga el derecho de retracto, cual venía concediendo la jurisprudencia.

Por todo ello no puede extrañar que, aparecida esa disposición, la sentencia de 24 de mayo de 1943 diga que la Ley de 1939 ha de entenderse que aclara e interpreta los artículos del Código civil relativos a la propiedad de casas por pisos. A parecida conclusión llegaba don Jerónimo GONZÁLEZ cuando al comentar aquella Ley (en su artículo «la copropiedad pro diviso») decía: en definitiva, barajando el texto modificado y el Código civil, la jurisprudencia puede dibujar un tipo de copropiedad que no estaba en la mente de los autores del proyecto.

De un gran interés es la sentencia de 9 de julio de 1951. Expresa que la división de casas por pisos es una forma de cesar en la copropiedad. «En el régimen de casas por pisos la propiedad independiente de éstos es lo más importante; la comunidad de los otros elementos, lo accesorio. Por tanto, aquella división es de efecto traslativo». Como se ve, el cambio de líneas es bastante acusado. Sorprende por ello que el fallo acabe expresando que la doctrina sentada no contradice la jurisprudencia anterior (que hemos reseñado).

La sentencia de 18 de mayo de 1960 abunda en la misma idea: los elementos comunes o en copropiedad son lo accesorio. La propiedad horizontal, se concluye, es un dominio anómalo.

3. *Ultima fase jurisprudencial y nueva Ley.*

Viene señalada por la publicación de la Ley de 21 de julio de 1960. No haremos un comentario de la misma, que ya se ha realizado por plumas bien prestigiosas. Sólo en el punto concreto que analizamos (si la división entraña transmisión) haremos un somero repaso de sus preceptos.

La sentencia de 16 de octubre de 1964, aplicando ya la nueva Ley, establece que la división de casas por pisos es una forma de ejercer el derecho del artículo 400 del Código civil. Sobre esto volveremos.

4. *Jurisprudencia fiscal.*

En algún caso concreto (y a efectos de la exención del impuesto de Derechos reales de la primera enajenación en planes de ensanche urbanístico) el Tribunal Supremo estimó que la división del inmueble en pisos implicaba la primera transmisión. Manteniendo un criterio contrario, pueden citarse la Resolución del Tribunal Central de 8 de julio de 1952 y la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1953.

La Resolución del Central de 26 de mayo de 1959 plantea el problema de la primera enajenación de viviendas de renta limitada. Se había hecho la división de la casa y luego se vendió el

piso. Se dice que es primera venta la realizada por el constructor. Como el edificio fué construido en comunidad, los constructores no pierden su condición de tal por haber practicado la división horizontal; antes bien, conservan el derecho al beneficio fiscal de la primera venta que se haga a tercero.

5. *Nuestra postura: argumentos.*

A) El criterio que mantenemos es el mismo de la resolución últimamente citada. Existe, además, un argumento de índole puramente técnica, que por ello sólo se apuntará. A la declaración del Tribunal Supremo de que las partes comunes son lo accesorio, cabe oponer que, desde el punto de vista arquitectónico, la conclusión podría ser la contraria. Compútese el valor del solar, la cimentación, las paredes o muros maestros, la techumbre, escaleras, ascensores, calefacción central, porterías, etc., y se verá que el montante de todo ello seguramente supera al de los pisos particulares. Al menos en este plano, más bien serían los elementos comunes lo principal. O si se prefiere, que ambas partes son de igual valor y trascendencia, puesto que en definitiva son integrantes de un todo superior.

B) En el terreno puramente fiscal o de exención de la primera venta, una interpretación teleológica de la Ley Tributaria debe inclinar a que lo que realmente quiso favorecerse fué la primera transmisión a los adquirentes. El hecho de que el constructor fuera una comunidad, que disolviera previamente su condominio, no afecta al supuesto básico.

Es más, el número 30 del artículo 146 de la Ley de Reforma Tributaria, al eximir la primera transmisión de dominio de viviendas de protección oficial, habla luego de «venta» como refiriéndose a algo en todo análogo. Además sistemáticamente si la división horizontal (que tributa como disolución de sociedad) se hallara exenta, esa exención se hubiera encuadrado entre los números 54 a 56 de aquel artículo, o incluso en el número 78. (Y es que dicho artículo 146, al enumerar las exenciones, va siguiendo los números del 144. El número 1 de éste abarca hasta el 40 del 146; el segundo comprende los números 41 a 53; el tercero

—sociedades—queda reflejado en los números 54 a 56; el cuarto abarca desde el 57 al 65; el quinto, los 66 a 68; el sexto—arrendamientos—, los números 69 y 70; el séptimo, los 71 y 72; y el octavo abarca los números 73 a 75. Quedarian fuera de lugar los números 76 a 79). Sin embargo, hay que reconocer que este argumento sistemático no tiene valor decisivo, porque la Ley fiscal no extrema su rigor en ese aspecto.

Más interés tiene, en cambio, plantear el problema en el terreno civil. ¿Es transmisión la división horizontal entre varios comuneros? Esto es lo que examinamos a continuación.

C) La Ley de Propiedad horizontal, aun en su Exposición de Motivos, no da una solución terminante. Se dice del instituto que modernamente se subrayan los perfiles que lo independizan de la comunidad. La Ley pretende llevar al máximo posible la individualización de la propiedad. Finalmente, se habla de un alejamiento del sistema de la comunidad de bienes. La Ley excluye el retracto de los cotitulares.

Sin embargo, esta eliminación no sólo se opera por consideraciones técnicas. La Ley mantiene el derecho privativo sobre el piso y un derecho compartido de los elementos comunes. Y añade: «pero estos derechos se reputan inseparablemente unidos, unidad que también se mantiene respecto de la facultad de disposición». Pero en esa unión ¿qué parte impondrá su peso decisivo?

Es de interés la disposición transitoria segunda, que permite conservar en ciertos casos el derecho de retracto. A su vez, el artículo 12 permite acogerse al régimen de administración del Código propio de la comunidad de bienes. Queda, pues, la duda en pie.

D) La Ley de 1960 cuida de evitar el nombre de «comunidad horizontal o de casas por pisos». Sólo habla de «propiedad». Pero es extraordinariamente significativo que la palabra comunidad surja constantemente en el texto legal. Cuando se regulan los órganos de la misma, al tratar de los derechos y obligaciones, de la actuación en juicio. Es más, el esfuerzo organizativo que la Ley desarrolla se compadece muy poco con una teoría abiertamente individualizadora.

Precepto de gran importancia para el punto que nos ocupa es el artículo 21 de la Ley. Según el mismo, el régimen de propiedad

horizontal se extingue por conversión en propiedad o copropiedad ordinarias. Piénsese que si la Ley negara la doctrina de la comunidad le hubiera bastado decir «propiedad ordinaria o copropiedad». Cuando el adjetivo ordinarias se aplica en plural, es porque califica también a la copropiedad. Y si existe una copropiedad común es porque hay otra especial. Este condominio especial sólo puede ser la comunidad de casas por pisos (pues no es de suponer que la Ley se refiriera a la copropiedad germánica o en mano común, que es peculiar de la herencia no distribuida o de la misma sociedad de gananciales).

Todavía hay otro argumento a favor de que la división en pisos ni implica transmisión, ni rompe definitivamente la comunidad anterior. El párrafo añadido por la Ley de 1960 al artículo 401 del Código civil establece que la división de un edificio podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos. Esto se volvería contra nuestro criterio, pues parece dar a entender que se divide la comunidad. Pero es extraordinariamente significativo que esa adición se haya hecho al artículo 401, que regula un caso de indivisión; lo que da a entender que en la propiedad horizontal continúa el régimen comunitario.

Si realmente hubiera transmisión y fin total de la copropiedad, la adición nueva se hubiera hecho al artículo 400 ó al 402 del Código civil. Y no se diga que esa cuestión de sistemática es indiferente, pues cuando el legislador escogió el artículo 401 para hacer la modificación sus razones tuvo.

E) Argumentos a mayor abundamiento. Toda transmisión implica el traspaso de un bien o derecho entre dos personalidades distintas. Enajenar (salir fuera de sí), alienar (irse fuera: en francés), vender, todas esas expresiones implican cambio de titular. Por ello nadie podrá negar que, a ciertos efectos, la disolución de sociedad con adjudicación de bienes a los socios implica transferencia.

Una cierta dosis de transmisión cabría apreciar en la partición, aunque la doctrina más generalizada le niega este carácter y prefiere hablar de mera especificación. Y al fin en la partición hubo un origen de los bienes de tercera persona (el causante), o aún pudo haber un estadio intermedio de herencia yacente. Pero, como dijimos, prospera la tesis de la no transmisión.

Pues bien, si ello es así, con mucho más motivo ha de decirse lo propio de la división de copropiedad, donde en modo alguno existe cambio de titularidad, ya que el condominio no tiene personalidad en nuestro Derecho. No en balde la Ley fiscal ordena que aquella división se liquide como la sociedad, pero sin decir que «sea» una disolución social.

Y si la división de copropiedad ordinaria no implica transmisión, aunque se adjudiquen las partes a los socios, mucho menos podrá apreciarse efecto traslativo en la división horizontal, donde no sólo la copropiedad previa carece de personalidad, sino también la resultancia es otra especie de comunidad (aunque sea especial, o pro diviso, como apuntaba don Jerónimo).

F) El artículo 399 del Código (al limitar el efecto de la enajenación a la parte que se adjudique al condueño) es una prueba más de que no hay verdadera transmisión en la cesación de la comunidad.

Y más expresiva aún resulta la norma del artículo 450 del mismo Código, al referir la posesión del condómino a aquella fracción del bien que en definitiva se le adjudique. En efecto, si esto juega en la posesión, que como elemento fáctico se aviene mal a forzamientos, mucho más ha de aplicarse al dominio, que como factor jurídico se amolda mejor a las exigencias de la Ley, y a las conceptuales.

XI

CESACIÓN DE COMUNIDAD MEDIANTE ADJUDICACIÓN DE LOS DISTINTOS BIENES A LOS SOCIOS O COMUNEROS.

En este supuesto no hay propiamente división material de bienes, porque éstos se adjudican enteros a los distintos comuneros. Sin embargo, tradicionalmente, el supuesto (que es desde luego de cesación de comunidad) se ha encajado entre los que tributan como disolución de sociedad. Procede liquidar a cada socio por el valor de los bienes que se le adjudican.

Si al efectuar la división se dan excesos de adjudicación, éstos tributarán como cesión. Hoy el artículo 152 de la Ley de Reforma

Tributaria equipara el exceso a la transmisión onerosa. Personalmente entendemos que ese exceso es el que se aprecia en los valores declarados y no el resultante de la comprobación administrativa, la cual afecta a veces a los distintos bienes con un rigor muy diverso. Este criterio no impide apreciar el exceso conforme a los valores comprobados, siempre que tenga cierta notoriedad o evidencia.

Cuando en la cesación de comunidad todos los bienes se adjudiquen a un solo comunero, entonces éste tributará por cesión o venta. Así lo establece la Resolución de 28 de septiembre de 1946.

El mismo supuesto contempla la Resolución de 9 de enero de 1945. Todo se atribuyó a un socio; se liquidó por cesión. El Tribunal Central puntualizaba que no cabía aplicar la exención de los excesos a metálico (cuando se adjudica bien indivisible), porque la misma está prevista para los supuestos de partición y no para la división de comunidad de bienes a título oneroso.

En este caso de adjudicación total a un comunero la liquidación por venta es la única exigible. Si se pretendiera girar otra por disolución de sociedad, resultaría que la misma convención se grava dos veces con el mismo impuesto.

XII

DISOLUCIÓN SIMULTÁNEA DE VARIAS COMUNIDADES.

1. *Jurisprudencia inicial del Tribunal Supremo.*

Es de capital importancia la sentencia de 18-19 de noviembre de 1921. Pero es de significar que en ella el Supremo se limitó a aceptar los considerandos del Tribunal Contencioso de Palma de Mallorca. Se trataba de dos fincas adquiridas por mitad por dos comuneros en distinta ocasión. Se salió de tal estado adjudicando un inmueble a cada uno. El Tribunal anuló las liquidaciones por permuta.

Se decía que el documento no contenía un contrato de permuta, sino de división de bienes poseídos en común. Por tanto, no

eran aplicables los preceptos que se refieren a las permutas, sino los que determinan la forma y concepto en que debe liquidarse la división de cosas poseídas pro indiviso, ya que en definitiva simplemente se modificó la forma de poseer.

Se añadía: la circunstancia de ser varias las cosas poseídas en común y haber sido adquiridas en fecha y en virtud de títulos diferentes no altera el concepto ni las consecuencias legales de la comunidad regulada por el artículo 392 y siguientes del Código civil. Aunque esos preceptos se refieren a «la cosa común», no quiere decir ello que la comunidad no pueda recaer sobre varias cosas. Porque no es la singularidad material de la cosa, sino la del disfrute o condominio entre los partícipes (que siendo varios posean como si fuera una solo), la unidad jurídica determinante del concepto de comunidad.

En la sentencia de 18 de febrero de 1922 no está claro si las comunidades se disolvieron mezclando sus bienes. En todo caso los inmuebles fueron adquiridos por herencia (por lo que jugaba la exención). Además, había unos excesos que tributaron como cesión.

El pronunciamiento que ahora nos interesa es el siguiente: no importa que los causantes de las herencias fueren tres y fallecidos en diferentes tiempos. Como decimos, se declaró la exención por Derechos reales.

La sentencia de 13 de diciembre de 1922 plantea casi exactamente el mismo problema de la anterior. No estaba claro que hubiera entrecruzamiento de comunidades. Los bienes eran hereditarios. Hubo un exceso liquidado como cesión, porque no se probaba en forma alguna la indivisibilidad del bien respectivo. La división sí se eximió.

En lo que ahora nos atañe, el fallo decía que no era óbice a la exención el hecho de que los bienes procedieran de distintas herencias.

Como resumen podemos decir que es la primera sentencia, la de 1921, la única que razona el criterio. Los argumentos, por otra parte, fueron los que proporcionó el Tribunal de Palma.

2. *Crítica del criterio anterior.*

Vaya por delante otra sentencia del Tribunal Supremo: la de 16 de abril de 1930. En aquel supuesto los bienes hereditarios se adjudicaron en pro indiviso a todos los herederos. Se dijo: con ello quedaron establecidas tantas comunidades como bienes distribuidos.

Piénsese qué lejos estamos de la sentencia de Palma. En la de 1930 hay varios bienes. Pero todos ellos proceden de una misma herencia o título. Sin embargo, al hacerse una adjudicación pro indiviso a todos los herederos (convirtiendo la comunidad germánica en romana o por cuotas sobre cada bien) se estima que hay tantas comunidades como bienes adjudicados.

Pero volvamos al fallo de 1921. Puede aceptarse que no se había pactado un contrato de permuta, aunque la tributación atiende a la verdadera naturaleza del acto y no al nombre. También puede admitirse que cabe una sola comunidad que recaiga sobre varias cosas. En efecto, no es la singularidad material del inmueble lo que determina el condominio. Sería una concepción muy estrecha y materialista. Pero el criterio de aquel fallo es discutible. Se funda la comunidad en la singularidad del disfrute o aprovechamiento o condominio. Y si del anterior criterio cabía decir era material, de éste puede predicarse un carácter exclusivamente económico.

La unidad de disfrute se da en otras muchas situaciones o contratos y no por ello vamos a decir que estemos ante una comunidad. Es claro el caso de la sociedad, donde hay esa utilización en común y no existe condominio propio; o bien la aparcería; o ciertos casos de propiedad dividida. En suma, un criterio cual el del disfrute puede ser válido en economía, pero no en derecho. La nota diferenciadora para apreciar si existe una o varias comunidades sólo puede ser jurídica.

Y ese criterio forzosamente ha de ser el título. Habrá un condominio cuando exista un título, varios si hay diferentes. Y este canon es independiente del número de bienes. Sobre una sola cosa puede haber varias comunidades, un condominio puede recaer sobre varios objetos.

En un edificio con dos pisos, cada uno atribuido a dos dueños distintos, cabe apreciar hasta tres comunidades: una sobre cada vivienda y otra sobre el inmueble total. En cambio, cabe un condominio entre dos que recaiga sobre varias fincas.

Desde luego que cuando los comuneros sean distintos, en cada caso hay diferentes condominios. Pero aun siendo los mismos, las comunidades serán diversas si el título constitutivo varía.

Con estos criterios habrían de resolverse los problemas liquidatorios que plantea la disolución simultánea de varias comunidades. Veamos cómo el Supremo sigue este camino.

3. *Cambio jurisprudencial.*

Se produce este cambio con la Resolución de 11 de diciembre de 1951, del Tribunal Central, que tiene el interés especial de haber sido dictada en recurso de alzada promovido por la Dirección General de lo Contencioso del Estado.

En una herencia donde había varias ramas interesadas y para pago de deudas se adjudicaron varios lotes. En estos cuatro lotes, a cuatro herederos de una rama a cada uno se adjudicó la tercera parte de cada conjunto. Por tanto, había cuatro comunidades; cada heredero formaba parte de una junto con otros interesados.

Luego se deshicieron los cuatro lotes y los bienes se refundieron en un único conjunto. Entonces a los cuatro herederos de aquella rama se les adjudicó un tercio del total de bienes (en pro indiviso por cuartas partes a aquellos cuatro).

El Central razona así: esos herederos eran titulares de un tercio en cuatro lotes de fincas. Luego, al refundirse, transmitieron tres cuartos de su derecho (un cuarto a cada uno de los otros tres hermanos) y recibieron un cuarto de cada hermano (en los otros tres lotes). Por tanto, en esa proporción se produjo una permuta de bienes inmuebles.

No se admitió que existiera una división material de bienes (o cesación de comunidad), porque ésta sólo se da cuando por acuerdo de los interesados se disuelva un condominio (tenga éste por objeto una o más fincas).

4. *Consagración de la correcta doctrina.*

La hallamos en la importante Resolución del Tribunal Central de 17 de enero de 1963. Expongamos el supuesto. Había seis hermanos: tres varones y tres hembras. Jugaban tres fincas: la primera atribuida por iguales partes a los seis; la segunda era de los tres varones; la tercera pertenecía a las tres hembras. Se salió de esa situación de la forma siguiente: la primera finca se adjudicó por cuartas partes a tres hermanos y una hermana; la segunda (que era sólo de los varones) se adjudicó a una hermana; la tercera se atribuyó a un hermano.

El Tribunal provincial calificó esas cesiones de permuta, visto el concepto que de este contrato da el artículo 1.538 del Código civil. Se rechazaba la pretendida cesación de comunidad. En efecto, unas fincas se encontraban inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de todos los partícipes, y otras sólo a nombre de algunos; por tanto, respecto a éstas no se da comunidad alguna con los que no son copartícipes de ellas. Podrá existir una comunidad de explotación familiar, pero esto nunca podrá sostenerse cuando las convenciones realizadas han de perjudicar a tercero.

El Tribunal Central confirma el criterio. Reconoce que las tres fincas se integraban, a efectos de disfrute o aprovechamiento, en una comunidad de explotación (por sextas partes entre todos los hermanos). Pero esa circunstancia económica no puede desvirtuar la realidad jurídica; en efecto, la comunidad con distintas titularidades dominicales sobre varias fincas no es admisible sin la previa agrupación unitaria de los bienes, unida a la atribución proporcional de cuotas a los distintos partícipes. Incluso aunque aquella comunidad de explotación se hubiera inscrito (lo que niega), la conclusión hubiera sido la misma, porque el impuesto grava el acto según su verdadera naturaleza.

El fallo del Central fué recurrido al Tribunal Supremo, y éste lo confirmó en la trascendental sentencia de 27 de febrero de 1965. Se ratifican las liquidaciones por permuta. Y es que (pese a la alegación de explotación en común) la realidad es que existían tres condominios con plena individualidad y distintos socios. Por tanto, la transmisión onerosa tuvo lugar al ceder parte de los bienes de un condominio (o todos) a un tercero que era extraño en esa

comunidad. Y al operar ese trasvase entre las distintas comunidades apareció la permuta.

Para que hubiera liquidación por cesación de comunidad o disolución de sociedad se hubiera requerido que la división de los bienes jugara entre los titulares de un mismo condominio. Pero como hubo fincas que salieron de una comunidad para ir a parar a los titulares de otra, respecto a ellas la tributación correcta era por transmisión.

En cuanto al punto de estimar si las comunidades existentes son varias o una sola, nos remitimos a lo antes dicho. En general, serán diversas si los titulares varían. Pero, aun siendo los mismos, puede que sean varias si el título constitutivo de ellas es diferente.

XIII

CONCLUSIÓN Y PROPUESTA.

El trabajo que hemos acometido mira fundamentalmente al campo fiscal, concretamente a la tributación de ciertos negocios por los impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. No obstante, por la exigencia de liquidar según la verdadera naturaleza de la convención, a veces se ha ahondado en problemas civiles de cierta enjundia. La alusión a facetas registrales ha sido, en cambio, muy somera, aunque el tema era interesante, porque parecía preferible remitir esa consideración a plumas más calificadas.

Dentro de la esfera fiscal se podría concluir con una propuesta de redacción de los preceptos reguladores de la materia que hemos estudiado. La fórmula que se propone responde a los criterios que se han mantenido a lo largo de este trabajo, y desde luego es más completa y matizada que la escueta de la actual Ley de Reforma Tributaria. Hela aquí:

1. *Impuesto de Transmisiones.*

En la comunidad de bienes, adquiridos a título oneroso, tributará como disolución de sociedad la división de aquélla, bien se

haga mediante división material u horizontal de los bienes o adjudicando éstos a los distintos comuneros.

En estos casos se liquidará por el valor íntegro de los bienes, sin tener en cuenta la existencia de deudas que pesen sobre ellos.

Cuando al efectuar la división, por alguno de los medios del párrafo primero, algún comunero tenga exceso de adjudicación, éste tributará como transmisión, conforme al artículo 152 de la Ley.

Si todos los bienes se adjudicaran a un comunero, se liquidará a éste por transmisión sobre la base de las cuotas de los restantes condóminos. Igual ocurrirá cuando sea un solo bien, sin que haya lugar a la exención porque éste sea indivisible.

Cuando se disuelvan varias comunidades y bienes de una se atribuyan a los titulares de otra, respecto a esa parte se liquidará como transmisión. Para determinar la existencia de pluralidad de condominios se atenderá a sus componentes y a los títulos constitutivos de aquéllos.

2. *Gravamen por actos jurídicos documentados.*

La división de comunidad, tratándose de bienes adquiridos a título gratuito, no estará sujeta al impuesto de Transmisiones y tributará, en cambio, por Actos Documentados.

Respecto a los excesos de adjudicación, será de aplicación, en su caso, la exención para los casos de bienes indivisibles.

Se liquidará por actos jurídicos documentados la división material u horizontal de bien o bienes que haga un solo propietario o varios pro indivisos sin adjudicaciones entre ellos de las partes resultantes.

Con vista a los textos refundidos del impuesto de Transmisiones, hemos ofrecido gustosos esta modesta aportación. La guía un deseo de claridad y justicia. Pero, desde ahora, se acata lo que con más acierto decida la superioridad.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS.

Abogado del Estado en la provincia de Sevilla.

NOTAS

Registro de modelos y diseños industriales en la Argentina y el Depósito internacional

SUMARIO: I. *Preliminares*.—II. *Concepto y propiedad*.—III. *El registro*: 1. Datos requeridos. 2. Procedimiento.—IV. *Cambios en el registro y restricciones*: 1. Cesión. 2. Cancelación. 3. Conversión. 4. Restricciones.—V. *Acción judicial*.—VI. *Tasas y derechos*.

I

PRELIMINARES.

Intentaremos dar el panorama del régimen argentino en materia de depósito de modelos y diseños industriales en base al Decreto-Ley (DL) 6.673/63, de 9 de agosto de 1963, publicado en Boletín Oficial (BO) de agosto 16 del mismo año (1), incluyendo su Reglamento (R) el Decreto 5.682/65, de 20 de julio de 1965, publicado en BO del 28 de julio del mismo año (2). Aunque la Argentina no es parte por el momento de los instrumentos internacionales firmados sobre la materia, como el Acta de Londres de 1934, el Acta de La Haya de 1960 y el Acta adicional de Mónaco de 1961, revisando todas estas Actas al Arreglo de La Haya de 1925, la idea original del autor fué presentar la concordancia entre el régimen argentino y el internacional, concordancia que hará más fácil una eventual adhesión de parte de la República Argentina a los mencionados instrumentos relativos al depósito internacional de modelos y diseños industriales.

(1) Este DL fué ratificado por Ley 18.478, texto en RLO, 99-21 (RLO = «Revista de Legislación Ordenada»).

(2) Texto en RLO, 119-14.

II

CONCEPTO Y PROPIEDAD.

El artículo 3 del DL define el concepto de modelo y diseño industrial como «las formas o el aspecto incorporados o aplicados a un producto industrial que le confieran carácter ornamental», mientras que el artículo 1 del mismo DL dispone que «el autor de un modelo o diseño industrial, y sus sucesores legítimos, tienen sobre él un derecho de propiedad y el derecho exclusivo de explotarlo, transferirlo y registrarlo, por el tiempo y bajo las condiciones establecidas por este Decreto» (3). Este artículo también dispone en sentido similar para las personas que trabajan en relación de dependencia, excepto cuando exista relación contractual entre ellas en sentido contrario, así como para las personas que trabajen en conjunto.

Esta disposición (4) concuerda con el artículo 4 del Acta de Londres de 1934 que revisó el Arreglo de La Haya de 1925, relativo al depósito internacional de dibujos o modelos industriales en cuanto al inciso 1 dispone que «el que efectúe el depósito internacional de un dibujo o modelo industrial será considerado, mientras no se pruebe lo contrario, propietario de la obra», siendo el depósito puramente declarativo (inc. 2) (5).

No obstante, tal derecho reconocido de propiedad será aplicable también a modelos creados en el extranjero en base de reciprocidad (DL, art. 2), lo cual conceptualmente equivale al contenido del inciso 2 del artículo 4 del Acta de Londres: «Tal depósito producirá en los países contratantes los mismos efectos que si los dibujos o modelos hubiesen sido depositados directamente en ellos». En igual sentido podemos citar también el artículo 7 del Acta de La Haya de 1960: «Todo depósito registrado en la

(3) Véase *ut infra*.

(4) Este principio es, en realidad, una consecuencia del artículo 17 de la Constitución nacional de 1853 y de los artículos 1.º de la Ley 111 (sobre patentes de invención y 6.º, 8.º y 12 de la Ley 3.975 (sobre marcas de fábrica, comercio y agricultura).

(5) Cfr. el artículo 25 del Acta de La Haya de 1960.

Oficina Internacional (6) producirá, en cada uno de los Estados contratantes designados por el depositante en su solicitud, los mismos efectos que si el depositante hubiese cumplido todas las formalidades previstas por la legislación nacional para obtener la protección, y que si la Administración del Estado hubiese llevado a cabo todos los actos administrativos previstos con dicho fin».

Obra la presunción sobre derecho de prioridad para el que primero haya hecho el depósito (DL, art. 5; art. 4, inc. 4 del Acta de Londres).

III

EL REGISTRO.

1. Datos requeridos.

El registro de modelos o diseños industriales es necesario para poder gozar de los derechos reconocidos por el DL que nos ocupa. A tal efecto, el registro se efectuará en el Registro de Modelos y Diseños Industriales de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, dependiente de la Secretaría de Industria y Minería (DL, arts. 4 y 13, y R, art. 1). Por su parte, el artículo 6 del Acta de La Haya de 1960, en su inciso 1, dispone que la Oficina Internacional de la Propiedad Industrial de Berna llevará el «Registro Internacional de los Dibujos y Modelos y procederá al registro de los depósitos internacionales» (7).

La solicitud de registro se hará en la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial y deberá contener, conforme al artículo 10 del DL, los siguientes datos:

- a) Una solicitud, acompañada del comprobante, de haber abonado la tasa prevista en el artículo 9;
- b) los dibujos del modelo o diseño;
- c) una descripción del mismo;

(6) Cfr. *ut infra*.

(7) Cfr. el Comité Internacional de los Dibujos o Modelos creado por el artículo 21 del Acta de La Haya de 1960 y el Comité de Expertos provisional, creado por una Resolución que acompaña al Acta de La Haya de 1960.

d) una autorización especial del solicitante a favor del representante si no podrá hacer el trámite personalmente.

Ello concuerda mayormente con el artículo 2 del Acta de Londres de 1934, con la excepción de que éste permite el uso de una fotografía, y prescribe doble ejemplar para la solicitud en la lengua francesa.

El Reglamento del Decreto-Ley, en su artículo 2, prescribe el uso de la lengua castellana, así como los siguientes datos:

a) Nombre, apellido e identidad del solicitante (sea persona física o persona jurídica) (8):

b) el domicilio real y legal;

c) declaración bajo juramento de que es autor del diseño o sucesor legítimo del autor;

d) indicación de la naturaleza del producto al que se refiere el modelo;

e) el poder, si se actúa como mandato (9).

Por el artículo 3 del mismo Reglamento se deben acompañar, además, los siguientes pormenores:

a) Constancia de haber abonado las tasas respectivas;

b) en caso de modelo extranjero, los datos del depósito extranjero en la lengua castellana;

c) un juego de dibujos, el original en cartulina lisa; una copia en tela de calcar y dos copias fijas en papel fotosensible, sobre fondo blanco;

d) descripción de los elementos de composición del dibujo;

e) un clisé reproduciendo cada lámina de los dibujos y diez ejemplares del facsímil de los mismos;

f) un poder, si éste es especial.

La presentación debe reunir, además, los requisitos establecidos por la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial (art. 4). Sin los requisitos mencionados la solicitud será rechazada (artículo 5).

(8) Véase el artículo 3.º del Acta de La Haya de 1960.

(9) Cfr. artículo 5.º del reglamento del Acta de La Haya de 1960.

Por su parte, el Reglamento del Acta de Londres de 1934, en su artículo 2 prescribe doble ejemplar en la lengua francesa en un formulario administrado por la Oficina Internacional con las siguientes indicaciones:

- a) Nombre y dirección del depositante;
- b) designación breve del título de los dibujos y de la clase a que pertenezcan;
- c) la naturaleza del depósito, es decir, de si es cerrado o abierto, conforme al artículo 6 del Acta de Londres de 1934, de la cual este Reglamento es la reglamentación;
- d) la cantidad de los dibujos depositados, indicando su número relativo (10);
- e) la fecha del primer depósito en un país de la Unión cuando se invoque el derecho a la prioridad, establecido conforme al artículo 4 del Arreglo de 1925, invocado en el inciso 4 del artículo 4 del Acta de Londres de 1934.

Podemos agregar el artículo 14 del DL argentino, que dispone que los modelos depositados en el extranjero podrán ser depositados en el Registro argentino con igual sistema de beneficios para los dibujos argentinos.

En virtud del artículo 5 del Acta de La Haya de 1960, el depósito internacional incluye, además de la solicitud, fotografías del dibujo y el pago de los derechos respectivos, también los siguientes datos:

- a) La lista de los Estados contratantes en los que el depositante pide que surta efecto el depósito internacional;
- b) la designación del objeto al que pertenezca el dibujo;
- c) y demás informaciones exigidas por el Reglamento, como hemos mencionado;
- d) una breve descripción de las características del dibujo;
- e) el nombre del creador original;

(10) Conforme al artículo 9.º del DL, un mismo registro puede comprender hasta cincuenta ejemplares de realización de un solo modelo o diseño, siempre que exista entre ellos homogeneidad; cfr. el artículo 2.º del reglamento del Acta de La Haya, que habla de veinte y cien ejemplares, según que se solicite o no aplazamiento de la publicación, es decir, veinte si no se solicita y cien si se solicita tal aplazamiento.

f) una petición de aplazamiento de la publicación, conforme al artículo 6, párrafo 4 (11), que, no obstante, no excederá de un plazo de doce meses (12):

Conforme al artículo 17 del Acta de La Haya de 1960, el Reglamento fijará detalles como lo referente a los idiomas y el número de ejemplares de la solicitud, tasas, formato y número de las fotografías, tamaño de las descripciones, cuestiones relativas a la publicación y otros pormenores.

Por su parte, el artículo 1 del mismo Reglamento del Acta de La Haya de 1960 reglamenta el artículo 5 de la misma Acta, disponiendo de los datos que la solicitud deberá contener: el apellido y el nombre o el nombre comercial, la dirección del depositante o, en su caso, del mandatario; indicación de los Estados donde el depositante tenga establecimientos industriales; designación del objeto al que el modelo está destinado a ser incorporado; enumeración de la documentación agregada; la lista de los Estados en los cuales el depositante solicite que el depósito surta efecto; indicación de fecha, Estado y número del depósito para vindicarse la prioridad, conforme el artículo 9 del Acta de La Haya de 1960, y la firma del depositante o de su mandatario.

Además, es facultativo agregar otros datos, como la descripción del dibujo, sus colores; declaración indicando el nombre del verdadero creador del modelo; modelos o maquetas; pedido de aplazamiento de la publicación, etc., como reza el artículo 5 del Acta de La Haya de 1960.

2. Procedimiento.

Después de caratular la solicitud conforme a los artículos 6, 7 y 8 del Reglamento del DL argentino, el registro se efectuará por partida doble, o sea, numéricamente y por objeto y en doble

(11) Ello se refiere al precepto del artículo 6.º, párrafo 3.º del Acta de La Haya de 1960 de publicarse por la Oficina internacional en un boletín-periódico las reproducciones (en blanco o en colores) a petición del interesado (cfr. también el artículo 4.º de su reglamento), la fecha del depósito y demás pormenores previstos por el reglamento.

(12) Cfr. el artículo 3.º del reglamento del Acta de La Haya de 1960.

juego, uno de los cuales está abierto a la inspección del público (art. 9) (13).

No puede rechazarse la solicitud, salvo por falta de cumplimiento con los requisitos enumerados anteriormente, conforme al artículo 10 del DL. Existe recurso contra la denegación del registro ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial o ante los Tribunales federales, excluyendo una vía la otra (art. 12 del DL). La apelación deberá seguir las normas establecidas por la Ley 50 (14) (art. 21 del R).

El registro se acreditará con un certificado otorgado por la oficina, especificando los datos necesarios requeridos por el artículo 10 del R. Igualmente, el Reglamento del Acta de Londres de 1934, en su artículo 5, inciso 1, dispone que la Oficina Internacional certificará con su firma y sello en los dos ejemplares de la solicitud que el depósito ha tenido lugar, quedándose un ejemplar en la Oficina y el otro enviándose al interesado.

Sobre la publicación del modelo registrado versan el artículo 16 del DL argentino y los artículos 11 y 12 de su reglamento, así como también el inciso 2 del artículo 5 del reglamento del Acta de Londres de 1934 y el artículo 6, inciso 3, del Acta de La Haya de 1960. Por su parte, el artículo 9 del reglamento del Acta de La Haya de 1960 crea el órgano «Bulletin International des Dessins ou Modèles», o sea, la «International Designs Gazette».

La duración de la protección concedida es de cinco años, pudiendo ser prolongada en dos periodos consecutivos (DL,^o art. 7). El artículo 11 del Acta de La Haya establece igual término (15). Para la renovación del depósito con seis meses de anterioridad a la caducidad, el artículo 11 del DL argentino establece las mismas condiciones que para el depósito original (16). Para la renovación del depósito internacional, el artículo 10 del Acta de La Haya de 1960 (cada cinco años) y el artículo 6 de su reglamento contienen las normas respectivas. En caso de depósitos de modelos

(13) Véase el artículo 19 del Acta de Londres de 1934

(14) Véase texto en LO 17-113 (LO = Legislación Ordenada).

(15) Acta de Londres de 1934, artículo 7.^o: quince años, período dividido en dos, uno de cinco y otro de diez años. Durante el primer período de protección los depósitos se admitirán en pliego abierto o cerrado, mas durante el segundo período sólo en pliego abierto (art. 8.^o).

(16) Igualmente, los artículos 14, 15, 16 y 17 del Reglamento argentino.

extranjeros, la protección no excederá del plazo de la vigencia del depósito original (DL argentino, artículo 14, segundo apartado).

IV

CAMBIOS EN EL REGISTRO Y RESTRICCIONES.

1. *Cesión.*

El DL argentino en su artículo 15 autoriza la cesión del dibujo por su titular, que deberá anotarse en el registro para que surta efecto legal, mientras el Reglamento establece las condiciones para la transferencia (art. 19) y el requisito de su publicación (art. 20). Igualmente, el Acta de Londres de 1934, en su artículo 17, párrafo 3, autoriza al titular de un depósito para ceder la propiedad de los dibujos estableciendo las reglas respectivas. Se anotarán todos los cambios en el titular (art. 17 del Acta de Londres de 1934; art. 12 del Acta de La Haya de 1960).

2. *Cancelación.*

El registro de un modelo podrá ser cancelado si hubo fraude en su concesión, pero sólo por orden judicial firme y a instancia de la parte interesada o afectada, aunque no tenga registrado su modelo con anterioridad (DL, art. 17). Esta acción prescribirá a los cinco años de la fecha del depósito (DL, art. 18).

Por su parte, el artículo 13 del Acta de Londres y el artículo 13 del Acta de La Haya de 1960 autorizan a los depositantes a renunciar total o parcialmente a su depósito por nota enviada a la Oficina Internacional, en cuyo caso el depósito será devuelto al titular.

3. *Conversión.*

Cuando se solicite por error una patente de invención para proteger un modelo industrial y tal solicitud es objetada por la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, el interesado podrá

convertirla en solicitud de dibujo industrial (DL, art. 28, segundo apartado). Tal facultad, conforme al artículo 22 del Reglamento, deberá ser ejercida dentro de los treinta días hábiles siguientes a la notificación de la objeción mencionada. Tal solicitud deberá seguir las normas del artículo 7 del reglamento.

4. *Restricciones.*

El artículo 6 del DL argentino excluye del registro a los modelos que ya han sido publicados o explotados públicamente; los que carezcan de una «configuración distinta y fisonomía propia y novedosa» con respecto a modelos anteriores; modelos cuyos elementos estén impuestos por la función que debe desempeñar el producto; cuando se trate de un mero cambio de colorido conocido en otros modelos y cuando sea contrario a la moral y a las buenas costumbres.

Otra restricción es el hecho de que no se dará curso a las solicitudes de renovación que se presenten con una anterioridad mayor a los nueve meses de la fecha de vencimiento del registro original (art. 18 del Reglamento argentino).

V

ACCIÓN JUDICIAL.

El titular de un registro de modelos tiene acción judicial contra todo el que explote sin autorización un diseño depositado. La jurisdicción federal es la competente y la acción es—por norma general—civil (DL, art. 19). Todo infractor de los derechos reconocidos a favor de un modelo registrado deberá resarcir los daños y perjuicios causados (DL, art. 20), estableciendo el artículo 21 una tabla de sanciones de acuerdo con el grado y gravedad y circunstancias de la infracción.

Toda acción para imponer las penas del artículo 21 mencionado será privada, debiendo acompañarse el título del registro que se invoque a toda acción (DL, art. 23). Por su parte, el artículo 24 autoriza al titular de un depósito a solicitar al Juez para incau-

tarse de un ejemplar del producto en infracción. Tal mandamiento judicial se expedirá dentro de las veinticuatro horas de solicitado. Igualmente, podrá pedir, en incidente separado, una caución al demandado (DL, art. 25). Las acciones para la aplicación de las sanciones de los artículos 21 y 22 se prescribirán a los dos años desde el momento en que el delito dejó de cometerse (DL, artículo 27).

Debemos agregar, para aclarar, que las acciones pueden ser también de carácter penal si, conforme al artículo 19 del DL, «se persigue, además, la aplicación de las penas» establecidas en el Decreto-Ley (que es Ley, pues ha sido ratificado por el Congreso, como queda dicho en la nota 1). También lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto-Ley sobre el acompañamiento del título del registro que se invoca corresponde tanto en las demandas civiles como penales.

El importe de las multas, así como los fondos recaudados en concepto de tasas, se ingresarán en la cuenta especial de la «Dirección Nacional de la Propiedad Industrial-Servicios Requeridos» (DL, art. 26 y R, art. 25, respectivamente).

Los artículos que impliquen modelos declarados en infracción serán destruidos, excepto los productos ya entregados por el infractor a compradores de buena fe (DL, art. 22).

El artículo 28 del DL en su primer párrafo prohíbe invocar simultáneamente en la defensa judicial el modelo registrado conforme a este DL, que podía haber sido objeto también de un depósito conforme a la Ley 11.723 sobre la propiedad intelectual (17). Por su parte, el artículo 18 del Acta de La Haya de 1960 establece que el Arreglo no será óbice para reivindicar las disposiciones más favorables en la legislación nacional de un Estado contratante y que el Arreglo no afectará a la protección concedida a obras artísticas conforme a convenios internacionales sobre el derecho de autor.

En el Acta de Londres de 1934 hay alusión a una acción judicial (art. 14; art. 21) y también en el Acta de La Haya de 1960 (art. 8).

(17) Texto en LO 31-260.

VI

TASAS Y DERECHOS.

Sobre tasas y derechos a percibir por los servicios versan los artículos 8 del DL y 23 de su reglamento, quedando autorizada la Secretaría de Estado de Industria y Minería para modificar anualmente dichos montos (R, art. 24).

Numerosos artículos de los instrumentos internacionales que nos ocupan están dedicados a este tópico: Acta de Londres de 1934, artículos 15 y 16; su Reglamento, artículos 3, 7 y 8; Acta de La Haya de 1960, artículos 15, 16, 19 y 20; su Reglamento, artículos 7, 8 y 12; el Acta Adicional de Mónaco de 1961, artículos 1, 2, 3, 4 y 5.

DR. J. J. SANTA-PINTER.

Profesor de la Facultad de Derecho.
Universidad de San Diego. California (EE. UU.).
Director del Instituto de Derecho Comparado
de Puerto Rico.



LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: 1.—Ley de reforma parcial de la de Enjuiciamiento Civil: su discusión en las Cortes. 2.—De los Procuradores y Abogados. 3.—De las cuestiones de competencia. 4.—De los actos de conciliación. 5.—Reglas para determinar el juicio correspondiente. 6.—De los juicios verbales. 7.—De los embargos preventivos. 8.—Del procedimiento ejecutivo. 9.—Del procedimiento de desahucio en los Juzgados Municipales o Comarcales. 10.—Del procedimiento de desahucio en los Juzgados de Primera Instancia. 11.—De la ejecución de las sentencias de desahucio. 12.—Formación de notas del pleito en los Tribunales Colegiados y supresión del apuntamiento. 13.—De los casos en que procede el recurso de casación. 14.—Competencia de los Juzgados Municipales y Comarcales. 15.—Disposiciones derogadas. 16.—Disposiciones transitorias.

1. El *Boletín Oficial del Estado* número 176, de 25 de julio de 1966, publicó la Ley 45/66 de 23 de julio sobre la reforma parcial de la de Enjuiciamiento Civil.

De la discusión en las Cortes se desprende con suficiente claridad la situación previa a la reforma, la finalidad de la misma, las objeciones que se le opusieron y las modificaciones introducidas en el proyecto gubernamental.

En cuanto a la situación previa a la reforma destacan los siguientes datos estadísticos: en los últimos cinco años, el número absoluto de los asuntos que la justicia municipal ha tenido que tramitar ha descendido en un 10 por 100, mientras que los tramitados por la justicia de partido ha aumentado en un 13 por 100; la media de asuntos que tiene que resolver cada Juzgado Municipal es aproximadamente 300 por año, en cada Juzgado Comarcal dicha media es de 36 anuales, y en cada Juzgado de Primera Instancia la media se eleva a más de 500 anuales; cada uno de los Magistrados de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo tiene que formular cuatro po-

nencias semanales, estudiar cuatro pleitos y redactar cuatro proyectos de sentencia; la sección de dicha Sala que entiende sólo de arrendamientos no tiene absolutamente ningún retraso de los asuntos, mientras que la sección que conoce de los demás asuntos civiles tenía hace cuatro o cinco años un retraso de diez años, y aun cuando este retraso quedará pronto anulado, esto se debe exclusivamente al manifiesto sacrificio que se han impuesto los Magistrados para lograrlo, y los asuntos civiles cuya cuantía está comprendida entre 150.000 y 500.000 pesetas no pasa del 25 por 100 de todos los asuntos de dicha clase pendientes de despacho en el Tribunal Supremo.

La finalidad de la reforma, según el criterio del Gobierno, de la ponencia y de la mayoría de la Comisión de las Cortes está sujeta a una doble limitación: a la de ajustarse a las directrices del anteproyecto del Código Procesal Civil, hoy en estudio muy avanzado, y en el que se mantienen los tipos de proceso vigentes, utilizándolo del modo más eficiente y reordenando las competencias, y realizar, previamente, reformas parciales, como la de la demarcación judicial y la que ahora se comenta para tener en cuenta en su día los resultados y las consecuencias que se vayan produciendo y para vencer los obstáculos que en mayor medida puedan dificultar la elaboración del anteproyecto.

Ambas limitaciones fueron combatidas en la Comisión de las Cortes, sosteniendo que la cuantía determinante de los distintos tipos de proceso, no debía de superar la que impone la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, pues ello impedirá el acceso a la casación en términos inadmisibles, y que en cuanto al juicio ejecutivo, la cuantía debe ser la requerida para no entorpecer el descuento bancario y la situación privilegiada de los acreedores con título ejecutivo en caso de quiebra y suspensión de pagos, y que la reforma parcial no era aconsejable estando ya próximo a presentarse el proyecto de Código Procesal Civil.

Atendiendo estas objeciones la Comisión al redactar su dictamen introdujo modificaciones en el proyecto del Gobierno, tanto para permitir en ciertos casos el acceso a la casación de los juicios de menor cuantía como para facilitar el embargo preventivo cuando el acreedor ostente algunos tipos de título ejecutivo.

Paliados así en la Comisión los reparos principales puestos al

proyecto, en la sesión plenaria se insistió solamente sobre la cuantía de los respectivos tipos de proceso.

Y con esto ya se concreta la divergencia fundamental: para el Gobierno y para el criterio que prevaleció en la Comisión la reforma de la cuantía determinante de los tipos de proceso no obedece, como en las llevadas a cabo anteriormente, a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, sino al designio de lograr, con las necesarias garantías, una justicia más próxima al justificable, y a la vez procesos más rápidos y más baratos, utilizando los Jueces técnicos, no legos, a quienes está encomendada principalmente la justicia municipal. La razón genérica aducida impone examinar sus variantes respecto a los diferentes tipos de proceso.

La cuantía de las cuestiones entre partes que se decidían en juicio verbal fue fijada en mil pesetas en el año 1924. Desde entonces no ha sufrido variación. Teniendo en cuenta que entonces se tramitaban por Jueces legos y hoy—salvo los de cuantía de 250 pesetas que competen a los Jueces de Paz—ante Jueces técnicos, se eleva la cuantía a 10.000 pesetas.

La elevación de la cuantía máxima del juicio verbal determina la modificación de la mínima del juicio ejecutivo, esta correlación entre ambos juicios se ha mantenido siempre y ahora se conserva, por no encontrarse justificada la puesta en marcha del complejo y costoso mecanismo de la ejecución anticipada, cuando puede recurrirse a un procedimiento rápido, barato y sencillo, si bien acogiendo las enmiendas presentadas en la Comisión de las Cortes, se facilitó, en ciertos casos, el embargo preventivo, aunque el título ejecutivo sea inferior a 10.000 pesetas.

En cuanto al juicio de cognición se eleva su cuantía a 50.000 pesetas, como consecuencia de la Ley de demarcaciones judiciales, cuya finalidad quedaría frustrada de no conceder mayor competencia a los Juzgados Municipales y Comarcales.

En el juicio de menor cuantía se decidirán, como consecuencia de la reforma, las demandas ordinarias cuyo interés pase de 50.000 pesetas y no exceda de 500.000. La elevación en este caso ha sido la mayor y más discutida, pero tampoco obedece a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, sino a la regulación del proceso en cuestión, que se considera modelo en el sistema procesal español, porque conteniendo todas las garantías necesarias, jue-

gan en él las dos instancias. También para atender a las enmiendas presentadas se admite el recurso de casación cuando la cuantía exceda de 300.000 pesetas.

No se limita la reforma a la elevación de la cuantía de los diferentes tipos de proceso y a la reordenación de las competencias; alcanza también a la representación y postulación procesales, a los juicios de desahucio y a la supresión del apuntamiento, todo ello fundado en la finalidad general de la Ley que quedó expuesta. También, como era obligado, se modifican los preceptos que distribuidos en las diferentes rúbricas de la Ley de Enjuiciamiento Civil guardan relación con los suprimidos o derogados.

En la sesión plenaria de las Cortes el debate quedó circunscrito a dos extremos: la elevación del juicio de menor cuantía y la del juicio ejecutivo.

Contra la primera se objetó: 1.º Que la cifra de 300.000 pesetas necesarias para el acceso a la Sala 1.ª del Tribunal Supremo es muy cuantiosa para la mayoría de los españoles. 2.º Que no se cohonestaba dicha elevación con las que les han precedido, ni con la devaluación producida en nuestra moneda. 3.º Que cercenará gravemente la jurisprudencia. 4.º Que técnicamente no parece admisible que tratándose de sentencias dictadas en una misma clase de juicio unas sean recurribles en casación por infracción de Ley y otras no, en función exclusiva de que el contenido litigioso exceda o no de 300.000 pesetas. 5.º Que constituye un contrasentido que el recurso de casación por infracción de Ley ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo exija que lo litigado sea superior a 300.000 pesetas, y que, sin embargo, esa misma Sala, en materia de arrendamientos urbanos, conozca a través del recurso de injusticia notoria asuntos cuyo contenido económico resulta muchas veces inferior a 10.000 pesetas y de recursos de casación que correspondan a juicios de desahucio de establecimientos fabriles o industriales con renta superior a 2.500 pesetas. 6.º Que no mantiene la elevación propuesta adecuación y proporcionalidad con el contenido económico exigido para que intervengan las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, ni tampoco para el recurso de casación en materia laboral.

Contra la segunda se adujo que la reforma que eleva de 1.000 a 10.000 pesetas la cifra necesaria para el despacho de la ejecución

no protege a los acreedores más débiles y si a los poderosos cuando se trate de letras de cambio debidamente protestadas.

Se argumentó también, en la sesión plenaria, contra las expresadas objeciones.

Se replicó a las primeras: 1.º Que la cifra de 300.000 pesetas necesaria para el acceso a la Sala 1.ª del Tribunal Supremo no sólo no es excesiva, sino muy moderada, si se tiene en cuenta el tanto por ciento de asuntos de esta naturaleza que llega a dicha Sala. 2.º Que la reforma no obedece, como ya se dijo, a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda. 3.º Que por la misma razón no se cercena gravemente la jurisprudencia, pues tendrán acceso a la Sala 1.ª suficiente variedad de asuntos para lograr, amplia y completa interpretación de las Leyes. 4.º Que técnicamente, sentencias dictadas en una misma clase de juicio son recurribles o no, según la cuantía, como ocurre en la jurisdicción laboral, en la contencioso-administrativa y también en los pleitos de arrendamientos, en los recursos de casación y de injusticia notoria. 5.º Que en el recurso de casación no juega sólo la cuantía, sino la complejidad del asunto u otros principios, como el social, de protección de los arrendamientos que tienen trascendencia en lo propiamente individual y social.

En cuanto al juicio ejecutivo se combatieron los argumentos en contra de la reforma, afirmando que ésta protege a los acreedores modestos, los cuales no tienen que acudir a un procedimiento costoso—para una letra de cambio de 1.000 ó 1.500 pesetas supone un gasto de 5.000 a 6.000 pesetas—, sino al mucho más económico del juicio verbal, habiéndose eliminado las desventajas de éste haciendo preceptivo, no potestativo, el embargo preventivo, de los títulos ejecutivos comprendidos en los números 1.º y 4.º, 5.º y 6.º del artículo 1.429, sin necesidad de que concurren los otros requisitos del artículo 1.400, y también admitiendo a tal efecto la acumulación de títulos.

El dictamen emitido por la Comisión de las Cortes quedó aprobado con 11 votos en contra.

A continuación se recoge el texto legal, bajo las rúbricas que figuran en el sumario de esta crónica.

2. Podrán los interesados comparecer por sí mismos, pero valiéndose de otra persona que no sea Procurador habilitado en los pueblos donde los haya: 1.º En los actos de conciliación. 2.º En los juicios verbales y de desahucio, competencia de la justicia municipal. 3.º En los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Junta. 4.º En las diligencias urgentes que sean preliminares del juicio. Se exceptúan de la limitación a que se refiere el párrafo anterior el factor mercantil cuyo apoderamiento figure inscrito en el Registro Mercantil para ostentar la personalidad de sus mandantes en los actos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento o la empresa.

Los litigantes serán dirigidos por Letrado habilitado legalmente para ejercer su profesión en el Juzgado o Tribunal que conozca de los autos. Exceptúanse solamente: 1.º Los actos de conciliación. 2.º Los juicios verbales de cuantía inferior a 5.000 pesetas y los de desahucio, competencia de los órganos de la justicia municipal, salvo los que se funden en la falta de pago de la venta de locales de negocio. 3.º Los actos de jurisdicción voluntaria no atribuidos al conocimiento de los Juzgados de 1.ª Instancia y los que siendo de la competencia de éstos no exceda de 25.000 pesetas, así como los que tengan por objeto la adopción de medidas urgentes o que deban instarse en un plazo perentorio. 4.º Los escritos que tengan por objeto personarse en juicio, pedir prórroga de plazos, suspensión de vistas y cualquier otro de mera tramitación. Cuando la suspensión de vistas, prórroga de plazos o diligencias que se pretenda se funde en causas que se refieran especialmente al Letrado, también deberá firmar éste el escrito, si fuera posible.

Las inhibitorias se propondrán siempre por escrito, con firma de Letrado. Únicamente se exceptúan de esta regla las que se planteen en juicio verbal, cuya cuantía no exceda de 5.000 pesetas, las cuales podrán proponerse y sustanciarse por medio de comparecencia o por escrito, sin necesidad de firma de Letrado, pero oyendo por escrito al Ministerio Fiscal.

3. Lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto, por el mismo Juez ante el que se celebró, por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias dictadas

en juicio verbal, cuando se trate de asuntos de la competencia propia del Juez. En los demás casos tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne.

Contra lo convenido en acto de conciliación, podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. La demanda, ejercitando dicha acción, deberá interponerse ante el Juez de 1.^a Instancia del Partido, dentro de los quince días siguientes a la celebración del acto, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda a su cuantía y sin ulterior recurso cuando aquélla no exceda de 50.000 pesetas.

4. Se decidirán en juicio ordinario de mayor cuantía: 1.º Las demandas cuyo interés exceda de 500.000 pesetas. 2.º Las demandas cuya cuantía sea inestimable o no pueda determinarse ni aun de forma relativa por las reglas que se establecen en el artículo 489: 3.º Las relativas a derechos políticos u honoríficos, filiación, paternidad, interdicción y demás sobre el estado civil y condición de las personas.

Se decidirán en juicio de menor cuantía las demandas ordinarias cuyo interés pase de 50.000 pesetas y no exceda de 500.000.

Se decidirá en juicio verbal toda cuestión entre partes cuyo interés no exceda de 10.000 pesetas.

Las demandas de tercería y las demás que siendo incidentales o consecuencia de otro juicio deban ventilarse en la vía ordinaria, se sustanciarán por los trámites establecidos para el juicio declarativo que corresponda, según la naturaleza o cuantía de la cosa litigiosa. Si ésta no excediere de 50.000 pesetas y la demanda fuera incidental de un juicio del que conozca el Juez de 1.^a Instancia, contra la decisión de éste no cabe ulterior recurso.

Cuando en los juicios verbales hubiera duda sobre la cuantía litigiosa, la decidirá el Juez, oyendo a las partes en el mismo acto de la comparecencia para el juicio. Contra su fallo declarándose competente no se dará apelación, pero si se interpusiere de la sentencia definitiva, podrá el Juez de 1.^a Instancia declarar la nulidad del juicio por falta de competencia o inadecuación del procedimiento seguido. Contra el acto en el que el Juez declare no ser de su competencia la cuantía o materia litigiosa se dará recurso de apelación en ambos efectos para ante el Juez de 1.^a Instancia del Partido.

5. Los Jueces Municipales y Comarcales serán competentes para conocer en juicio verbal de toda demanda cuyo interés no exceda de 10.000 pesetas. Los Jueces de Paz conocerán por los mismos trámites de las demandas cuya cuantía no exceda de 250 pesetas.

Si no compareciese el demandante en el día y hora señalados, se le tendrá por desistido de la celebración del juicio, condenándole en todas las costas y a que indemnice al demandado que hubiera comparecido los perjuicios que le haya ocasionado. En el acta que se extenderá, el Juez, oyendo al demandado, fijará prudentialmente y sin ulterior recurso el importe de dichos perjuicios, sin que puedan exceder de 250 pesetas cuando entendieran los Jueces de Paz, y de mil pesetas cuando los Municipales o Comarcales, a no ser que aquél renunciare a los mencionados perjuicios. No renunciándoles se exigirán con las costas por la vía de apremio.

La comparecencia se celebrará ante el Juez y el Secretario en el día señalado. En ella expondrán las partes, por su orden, lo que pretendan y a su derecho conduzca, y después se admitirán las pruebas que presentaren, uniéndose a los autos los documentos. Si se admitieran pruebas que no sean practicables en el acto, el plazo para evacuarlas no podrá exceder de doce días, excepto cuando hubiera de otorgarse el extraordinario de prueba conforme a los artículos 555 al 562 de esta Ley. A esta comparecencia podrá concurrir acompañando a los interesados para hablar en su nombre la persona que elijan que deberá reunir la condición de Letrado o Procurador en ejercicio. De su resultado se extenderá la oportuna acta, que firmarán todos los concurrentes y los que hubieren declarado como testigos.

Celebrada la comparecencia, el Juez, a continuación del acta, dictará sentencia definitiva en el mismo día o, a no ser posible, dentro de los tres siguientes. No se admitirán reconvencciones ni tercerías que excedan de las señaladas en el artículo 715 de la Ley, según los casos. En los juicios verbales fundados en título ejecutivo, las costas se impondrán preceptivamente a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas; únicamente cabrá no hacerlo así cuando el Juez, motivándolo en la resolución

que dicte, entendiére justificado, por razones de hecho o de derecho, el planteamiento de la acción o de la oposición.

La sentencia será apelable en ambos efectos ante el Juez de 1.^a Instancia competente. La apelación podrá interponerse en el acto de la notificación de la sentencia, consignándolo el Secretario en la diligencia o dentro de los tres días siguientes, por escrito o por comparecencia ante el Secretario.

Admitida la apelación, se remitirán los autos al Juzgado de 1.^a Instancia, emplazando a las partes por el término de diez días para que comparezcan, si les conviniera, a usar de su derecho.

Si se presentare en tiempo el apelante, lo cual se hará constar por diligencia, acordará el Juez de 1.^a Instancia la convocación de las partes a una comparecencia en el día y hora que señalará.

En el acto de la comparecencia se dilucidarán las cuestiones pendientes, incidentales o principales, pudiendo el apelado adherirse a la apelación, y quedará el negocio concluso para sentencia. Si alguna de las partes pidiera una diligencia de prueba que no se hubiera practicado en primera instancia por causa no imputable a quien la solicite, podrá el Juez acordarla, para mejor proveer, dentro del plazo máximo de diez días. Si no hubiere comparecido el apelado, se le citará en estrados para dicho acto.

Si en la ejecución de la sentencia se entablare tercería de dominio o de mejor derecho sobre los bienes embargados, la decidirá el mismo Juez por los trámites del juicio verbal, cuando el valor de lo reclamado no exceda de la cuantía límite de su competencia en este juicio. Si excediere de 250 pesetas o 10.000, según los casos, conocerá el Juez que resulte competente por la cuantía y por los trámites del juicio declarativo que corresponda a la misma, si resultare competente un Juez distinto del que conociere de la ejecución, entablada la tercería se ordenará al inferior que suspende el procedimiento hasta que recaiga la sentencia en el juicio de tercería, si ésta fuere de dominio, y si fuere de mejor derecho que se consigne en la Caja de Depósitos el importe de los bienes, si se vendieren.

6. Corresponderá a los Jueces de 1.^a Instancia decretar los embargos preventivos cuando se pidan para asegurar el pago de una deuda que exceda de 50.000 pesetas. Si la deuda no excediere de

esta cantidad, podrán decretarlos Jueces Municipales o Comarcales si se pidiere al tiempo de proponer demanda reclamando el pago de aquélla. En los casos de urgencia, aunque la deuda exceda de 50.000 pesetas, podrá también decretar el embargo preventivo el Juez Municipal o Comarcal en cuya jurisdicción se hallen los bienes que hayan de embargarse, según se previene en la regla 12 del artículo 63, pero hecho el embargo remitirá inmediatamente las diligencias al Juez de 1.^a Instancia, el cual podrá decretar, a instancia de parte, la subsanación de cualquier falta que se hubiere cometido.

Si el título presentado fuere ejecutivo, podrá, desde luego, decretarse el embargo preventivo. Cuando el título de que resulte la deuda sea uno de los relacionados en los números 1.º, 4.º, 5.º y 6.º del artículo 1.429 y no sobrepase las 10.000 pesetas, se decretará el embargo preventivo sin necesidad de que concurren los requisitos del número 2.º del artículo 1.400 y siempre que se pida en escrito con firma de Letrado. Si el título presentado no fuere ejecutivo sin el reconocimiento de la firma del deudor, podrá también decretarse por cuenta y riesgo del que lo pidiere. En el caso de que el deudor no supiere firmar y lo hubiere hecho otra persona a su ruego, podrá igualmente decretarse el embargo preventivo por cuenta y riesgo del acreedor, siempre que, citado aquél por dos veces, con intervalo de veinticuatro horas, para que declare bajo juramento indecisorio sobre la certeza del documento en que consta la deuda, no compareciese al llamamiento judicial. Reconocido el documento, aunque se niegue la deuda, podrá decretarse el embargo en la forma antedicha.

El que haya solicitado y obtenido embargo preventivo por cantidad superior a 50.000 pesetas deberá pedir su ratificación en el juicio declarativo o ejecutivo que proceda, entablando la correspondiente demanda, dentro de los veinte días de haberse verificado. Transcurrido este plazo sin entablar la demanda ni pedir la ratificación del embargo, quedará éste nulo de derecho y se dejará sin efecto a instancia del demandado, sin dar audiencia al demandante. Contra este auto procederá el recurso de reposición, y si no se estimare el de apelación en ambos efectos.

7. Sólo podrá despacharse ejecución: 1.º Por cantidad líquida en dinero que excediere de 10.000 pesetas. 2.º Por cantidad líquida

en especie, computándola a metálico, siempre que su valor exceda de 10.000 pesetas. El límite de cantidad establecido podrá obtenerse mediante la adición de varios títulos. En todo caso, será preciso que haya vencido el plazo de la obligación.

8. Los Jueces Municipales o Comarcales del lugar en que esté sita la finca conocerán en primera instancia de los desahucios, cualquiera que sea la causa en que la demanda se funde, salvo cuando el arrendamiento tenga por objeto un establecimiento mercantil o fabril o una finca rústica, cuya renta anual exceda de 2.500 pesetas. En estos casos conocerán los Juzgado de 1.^a Instancia que son competentes conforme a la regla 13 del artículo 63.

Cuando la demanda de desahucio se funde en la falta de pago del precio convenido, la competencia corresponderá, en todo caso, a los Jueces Municipales o Comarcales del lugar en que esté sita la finca. El desahucio podrá ser enervado por el arrendatario mediante la consignación de rentas adeudadas y costas causadas, si fueren conocidas, y, en su caso, por la cantidad alzada que al efecto se fije por el Juzgado durante el período comprendido entre la citación y el señalado para la celebración del juicio verbal.

9. En los casos en que corresponda a los Jueces Municipales o Comarcales conocer el desahucio en primera instancia, se sustanciará este juicio por los trámites establecidos para los verbales, con las modificaciones en la Ley establecida.

Concurriendo las partes al juicio verbal, expondrán en él por su orden lo que a su derecho conduzca y formularán en el acto toda la prueba que les convenga. Admitida la que se estime pertinente, se practicará dentro del plazo fijado por el Juez, que no podrá exceder de doce días. Cuando la demanda de desahucio se funde en la falta de pago del precio estipulado, no será admisible otra prueba que la confesión judicial o el documento o recibo en que conste haberse verificado dicho pago.

10. La demanda de desahucio en los casos de competencia de los Juzgados de 1.^a Instancia se sustanciará en juicio verbal, empleándose el mismo procedimiento establecido para los que se celebran ante los Jueces Municipales y Comarcales con las modificaciones en la Ley establecidas.

La demanda se presentará por escrito y formulada conforme a lo establecido para el juicio ordinario. El juicio verbal se celebrará dentro de los ocho días siguientes al de la presentación de la demanda mediando por lo menos cuatro días, entre dicho juicio y la citación del demandado. Si compareciendo el demandado, conviniere con el demandante en los hechos, dictará el Juez sentencia, sin más trámite, declarando haber lugar al desahucio si lo estimare procedente. No compareciendo el demandado, se le tendrá por conforme y se dictará en rebeldía la sentencia antedicha. Si el demandado se opusiere al desahucio en el juicio verbal y no conviniere en los hechos, precisará los que negare y las razones en que se funda. Consignado así en el acta, el Juez dará por terminado el acto y conferirá traslado de la demanda al demandado por término de seis días, continuándose el ejercicio por los trámites y con los recursos establecidos para los incidentes.

11. Si el demandante limitare su reclamación a la cantidad que resulte del avalúo y éste no excediere de 50.000 pesetas, conocerá de ella en juicio verbal, el Juez Municipal o Comarcal que hubiere conocido del desahucio, en otro caso conocerá también en juicio verbal el Juez de 1.^a Instancia del Partido.

12. Para suprimir el apuntamiento y generalizar en todos los Tribunales Colegiados la formación por el Secretario de notas suficientes del pleito, se han suprimido o modificado los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que enumera el artículo 3.º de la reforma parcial que se comenta.

En lo referente a las cuestiones de competencia se suprime el artículo 102 y se modifica el 103; en los que tratan del despacho ordinario y vistas, se suprime el artículo 320 y se modifican los artículos 318 y 319; en los que se regula el juicio de menor cuantía se suprime el artículo 706 y se modifican los artículos 705, 708 y 709; en las apelaciones de las sentencias definitivas en pleitos de mayor cuantía se suprime el artículo 856 y se modifican los artículos 855, 857, 869, 870 y 872; en las apelaciones de sentencias y autos dictados en incidentes y en los juicios que no sean de mayor cuantía se suprimen los artículos 889, 890 y 902 y se modifican los artículos 888, 891 y 895; en los relativos a la preparación del

recurso por infracción de Ley o doctrina, se modifica el artículo 1.708, en los de interposición y admisión de dicho recurso, se modifica el artículo 1.717, y en los de sustanciación y decisión también del mismo recurso, se suprimen los artículos 1.737, 1.738 y 1.746 y se modifican los artículos 1.734, 1.735 y 1.740, y, por último, respecto a la interposición, admisión y sustanciación del recurso por quebrantamiento de forma se suprimen los artículos 1.761 y 1.762 y se modifican los artículos 1.760, 1.763 y 1.764.

13. Tendrán el concepto de definitivas, a los efectos del recurso de casación, además de las sentencias que terminan el juicio: 1.º Las que recayendo sobre un artículo, pongan término al pleito o hagan imposible su continuación, y las que resuelvan incidentes sobre la aprobación de cuentas de los administradores de *ab intestato*, testamentarias y de los sindicos de los convenios, en el caso del artículo 1.245. 2.º Las que declaren haber o no lugar a oír un litigante que haya sido condenado en rebeldía. 3.º Las que pongan término a los juicios de desahucio y a los de alimentos provisionales. 4.º Las pronunciadas en actos de jurisdicción voluntaria, en los casos establecidos en la Ley.

No se dará recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina legal: 1.º En los juicios de menor cuantía, salvo que exceda de 300.000 pesetas. 2.º En los incidentes de pobreza, cuando sean coincidentes las sentencias de primera y segunda instancia. 3.º En los juicios ejecutivos, en los posesorios, ni en los demás en que después de terminados pueda promoverse otro juicio sobre el mismo objeto, excepto en los casos comprendidos en los números 3.º y 4.º del artículo 1.690. En todos estos juicios serán procedentes los recursos que se funden en el quebrantamiento de alguna de las formas del juicio, expresadas en la Ley.

14. Los Jueces Municipales y Comarcales, según el artículo 4.º de la Ley, serán competentes: 1.º Para la sustanciación en primera instancia, fallo y ejecución por los trámites de juicio verbal de aquellos asuntos de cuantía no superior a 10.000 pesetas que correspondan a la capitalidad del Juzgado Municipal o Comarcal y de los que excedan de 250 pesetas sin pasar de 10.000, correspondientes a Juzgados de Paz dependientes de los mismos. 2.º Podrán conocer también en primera instancia, fallar y ejecutar, en la

forma que se determina en el número 27 y siguientes del Decreto de 21 de noviembre de 1952, por el que se desarrolla la base 10 de la Ley de 19 de julio de 1944 los procesos de cognición de cuantía comprendida entre más de 10.000 y 50.000 pesetas, que correspondan a las poblaciones en que radique el Juzgado Municipal o Comarcal o los Juzgados de Paz agrupados a los mismos. 3.º De los demás procesos contenciosos o actos de jurisdicción voluntaria que en función propia o preventiva corresponda su conocimiento a los Jueces Municipales con arreglo a la legislación vigente.

15. Además de los artículos suprimidos que se enumeran en el número 12 de esta crónica, el artículo 5.º de la Ley deroga los artículos 1.587, 1.588 y 1.689. caso 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el Decreto de 21 de noviembre de 1952, por el que se reforma el de 27 de enero de 1947 sobre competencia de la justicia municipal y cuantas disposiciones se opongan a los preceptos contenidos en la Ley de Reforma.

16. Los asuntos cuya demanda hubiera sido presentada antes de la entrada en vigor de la Ley, cualquiera que sea su estado procesal, continuarán sustanciándose en todos sus trámites y recursos, por las normas vigentes a su presentación, salvo que lo dispuesto en el artículo 3.º de la Ley se aplicará a todos los recursos de apelación y casación que se preparen o interpongan con posterioridad a dicha entrada en vigor.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

VIDA JURIDICA

Problemas de una Notaría turística

La presencia de estas líneas en una revista con el rango científico de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, requiere alguna explicación. Puedo aportar tres: en primer lugar, la amable y quizá optimista invitación que se me ha hecho; en segundo lugar, el hecho de que de las tres cualidades que según GONZÁLEZ PALOMINO debe reunir un Notario, es decir, consciencia, ciencia y experiencia; la última la he adquirido sirviendo ininterrumpidamente durante siete años una Notaría turística, y contemplando tanto el impacto del fenómeno turístico en el ámbito geográfico de mi jurisdicción, en el aspecto económico, social y jurídico, como el efecto y la impresión que los súbditos extranjeros experimentan cuando entran en el radio de acción de nuestro Ordenamiento jurídico y quedan sometidos al mismo; en tercer lugar, la lectura del artículo sobre los extranjeros publicado por el doctor BONET CORREA, en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», en que hace una exposición muy completa de la legislación vigente, pero que a mi juicio no toca el aspecto práctico, vital, y en definitiva candente de la aplicación de ese Ordenamiento jurídico a los súbditos extranjeros.

En mi opinión el juicio crítico de un Ordenamiento jurídico debe estar basado no solamente en su estudio sobre los *Boletines Oficiales del Estado*, más o menos iluminado por la proyección de las opiniones doctrinales, sino que es necesario someterlo a una auténtica prueba de fuego, es decir, es necesario saber si ese Ordenamiento jurídico se aplica, si se aplica con fluidez, si se aplica con eficacia y si se aplica sin choques violentos con el sentimiento jurídico de las personas sometidas a su ámbito de eficacia.

El fenómeno turístico del que se beneficia nuestro país desde hace algunos años es, en mi opinión, pieza fundamental en el desarrollo futuro de nuestra economía, pero funciona, creo yo, un poco montado en el aire. Todo cuanto se haga para dotarlo de un almacén sólido y durable debe ser favorecido.

El propósito de estas líneas, que no merecen el nombre de artículo, no es enciclopédico. Voy a exponer algunos problemas concretos que me han surgido en la práctica profesional, y al mismo tiempo expondré las ideas que la solución o falta de solución de estos problemas me han sugerido.

I

El hecho de que miles de personas, de nacionalidad extranjera (no contemplaré el mismo fenómeno respecto de los nacionales), por un aumento de su capacidad económica, por una curiosidad e inquietud cultural, por un deseo, en algunos casos hasta voluptuoso de cultivar el cuerpo, o de exponerle a un clima profundamente atractivo, por una necesidad de vivir en un país de unos precios más asequibles, por un deseo de descanso, y por otras varias motivaciones, adquieran en nuestro país propiedades inmuebles en forma de parcelas, chalets, casas de campo, apartamentos, etcétera, constituye una industria en la que podemos apreciar un proceso semejante a cualquiera otra. Existe una materia prima: tierras generalmente situadas en las costas o próximas a ellas, en climas soleados y benignos, en muchas ocasiones sin valor agrícola, y por ello sin una titulación jurídica clara, sin unos límites precisos, sin estar inscritas en el Registro de la Propiedad, y, en general, depreciadas en el momento de su descubrimiento. Primero los pioneros y luego los especuladores, adquieren estas tierras, que cambian rápidamente de manos mientras sus precios suben de un modo astronómico: es el fenómeno del intermediario. En un momento determinado, agrupadas, segregadas, parceladas y reparceladas, dotadas de servicios, urbanizadas, en definitiva, manufacturadas metafóricamente hablando, son vendidas a los consumidores en forma de parcelas para construir a su propio capricho, o chalets ya contruidos, o apartamentos. Este proceso.

a veces largo, y a veces más corto, nos aporta al final del mismo dos tipos de personas: o bien un turista habitual (o varios, ya que se alquilan entre sí las casas), o bien un extranjero residente. Trataré de exponer cómo se comporta, cómo reacciona y qué dificultades plantea nuestro Ordenamiento jurídico en alguno de sus aspectos, al aplicarlo a estos nuevos sujetos de derecho, que el turismo trae consigo y que son los extranjeros.

II

No es el problema más frecuente, pero sí de una gran importancia en la vida jurídica y, además, típicamente notarial, es la redacción en determinados casos de los testamentos de nuestros visitantes extranjeros. Antes de entrar en materia quiero puntualizar que me voy a referir exclusivamente al testamento abierto notarial en el territorio de Castilla, es decir, de Derecho común. Y ello porque considero útil en casos excepcionales el testamento ológrafo, pero peligroso casi siempre, a menos que sea redactado por un técnico. Y porque jamás he visto un testamento cerrado. Por último, porque no he tenido ocasión, y espero no tenerla en el futuro, de redactar un testamento bajo cualquiera de las formas de Derecho regional no castellano.

Con relación al testamento abierto notarial en el territorio de Derecho común, quiero distinguir dos aspectos: su forma y su fondo.

En cuanto a la forma, opino que no hay ningún problema si el otorgante conoce el idioma castellano, porque entonces la forma es completamente normal. El Código se refiere al «testamento en lengua extranjera», en el artículo 684, pero no al testamento del extranjero. Pero si el extranjero (o el español no residente) no conocen el idioma castellano, surgen una serie de problemas que ya han sido tratados por la doctrina muy ampliamente, y por ello voy a ocuparme de las dificultades que plantea el otorgamiento en la vida real.

Interpretado literalmente, el Código civil piensa en el Notario carpetovetónico que no conoce ningún idioma extranjero, y sin abrir el portillo del artículo 150 del Reglamento Notarial, exige

la presencia de cinco personas: dos intérpretes elegidos por el testador y tres testigos (que han de conocer el idioma del testador, por imperativo del artículo 681, párrafo 4.º). Me gustaría poder contar con todo detalle una tarde de noviembre, con un extranjero residente, moribundo en el campo, lo que me costó encontrar cinco personas sabiendo inglés. Opino que la dinámica de la vida moderna es incompatible con el artículo 684 del Código civil. La vida moderna exige una gran agilidad idiomática, la máxima agilidad posible, basada en la conciencia profesional del Notario y su riguroso sentido de la responsabilidad. Y opino que es necesario llegar a poder emplear indistintamente cualquier idioma que sea suficientemente (y esta palabra tiene para mí un sentido serio), conocido por el otorgante y el fedatario. Un testamento abierto ante tres testigos que conozcan al testador más o menos bien, que sepan que está otorgando testamento, que es capaz mentalmente y libre desde el punto de vista de exento de toda coacción, escrito en castellano, y traducido verbalmente bajo su responsabilidad por el Notario al testador, en cualquier idioma conocido por ambos, y con constancia de este hecho en el instrumento, es, a mi juicio, garantía suficiente para un buen hacer testamentario, y nos evitaremos las caras de asombro de nuestros visitantes cuando creen que para hacer testamento en España es casi necesario organizar un «meeting».

Mucho más peliagudo es el problema del contenido de la disposición testamentaria otorgada por un extranjero. El imperio de su ley personal obliga a extremar las precauciones con objeto de asegurar la eficacia de la disposición.

En mi opinión, se pueden tomar dos caminos: o bien un testamento con disposición a título singular sobre los bienes de su propiedad radicantes en España, con cláusula expresa de no revocar cualquier testamento válido que haya otorgado en su país, cuya vigencia mantienen, y con inclusión de una advertencia en el sentido de que el testamento autorizado puede quedar revocado si con posterioridad otorgan uno perfecto en su país, a menos que salven en este último la eficacia del otorgado en España. O bien un testamento referente a todo el patrimonio del testador (frecuente cuando se trata de extranjeros residentes). Entonces hay que tener en cuenta la existencia de posibles derechos here-

ditarios de carácter forzoso, que hay que dejar a salvo con fórmulas de carácter general. En mi opinión, a pesar de que soy ardiente partidario de palabras técnicas con un contenido típico, en el caso que estamos contemplando creo que es mejor emplear palabras y fórmulas narrativas, para que la disposición del testador aparezca diáfana al intérprete, aunque se efectúe una traducción no demasiado técnica ni especializada.

Cuando el Código civil dice que el testamento se ha de escribir en las dos lenguas, no impone, a mi juicio, la doble columna, ya que la Ley del Notariado se remite y deja claramente a salvo las normas exclusivamente civiles sobre forma, y no creo indispensable la doble columna, como exige el artículo 150 del Reglamento Notarial. Es mucho más cómodo de escribir el testamento, primero en castellano, y a continuación en el idioma correspondiente; la comparación y cotejo de los dos textos es, sin embargo, mucho más fácil escribiendo a doble columna.

En base de todo lo anterior, *de lege ferenda*, opino que el testamento abierto ante Notario podría ser mucho más frecuente y útil aligerándolo de sus formalidades arcaicas, reposando sobre la seriedad y responsabilidad de la función notarial la clave de la garantía, y haciéndolo semejante al otorgamiento de un acto entre vivos. El Derecho vive terriblemente lastrado por el peso de la tradición, pero si la tradición es buena, como resultado de una experiencia acrisolada, no debe nunca ser el refugio de la pereza mental. Y en esto tenemos mucho que aprender de nuestros visitantes.

Es muy importante también no olvidar que se está tratando con gentes de otros países, de otras culturas y de otras religiones. Una actitud cerrada, o de asombro simplemente, frente a disposiciones que no son acordes con el modo de vivir español, pero que sin ser inmorales ni ir contra el orden público o nuestras Leyes, forman parte de las costumbres, de las Leyes o del modo entrañable de vivir de otros países o razas, deben ser respetados y tratados con suma delicadeza, comprensión y hasta caridad. Ya habló un ilustre compañero del testamento con cláusula de cremación de cadáver, otorgado por un hindú, y a mi juicio, completamente lícita. Y yo añado: no hay que olvidar la licitud del divorcio vincular en otros países, la presencia de dos o tres esposas

sucesivas con su respectiva prole. La existencia de prole equiparada a la legítima por otras legislaciones, sin la adecuada esposa o esposo. La (a mi juicio, más dudosa) posibilidad de legados en favor de animales, o de personas jurídicas para cuidar de los mismos, y tantas otras cosas chocantes, pero no ilegales desde el punto de vista de su ley personal.

Es muy importante, a mi juicio, cuando se trata de testamentos de súbditos británicos, o sujetos a regímenes jurídicos de tipo anglosajón, tener en cuenta el sistema sucesorio de liquidación de la herencia, propio de estos países, y creo que debe constituirse un albaceazgo con facultades amplísimas, dirigido fundamentalmente a liquidar la herencia y entregar el activo líquido a los sucesores. Así, se le debe facultar para posesionarse de los bienes de la herencia, cobrar créditos, pagar deudas, vender toda clase de bienes, incluso inmuebles, y el remanente distribuirlo entre los herederos en la proporción que establezca el testador, o constituir toda clase de «trust», o situaciones jurídicas de administración y fiducia en provecho de los mismos herederos, y en general facultándole para todo cuanto sea propio de su cargo en el país de origen del testador, o en que tenga que surtir efecto el testamento.

Conviene tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 121, apartado a), de la Ley de Reforma Tributaria, el impuesto de sucesiones parece tener un ámbito extraterritorial para bienes muebles cuando el causante es español; pero cuando el causante es extranjero, el impuesto sucesorio se exigirá por los muebles e inmuebles en territorio español, pero no por los muebles en territorio extranjero. Hay que cuidar de que la interposición de un ejecutor testamentario de tipo anglosajón no aparezca ante el Fisco como una adquisición hereditaria entre extraños, y encima haya que pagar por las enajenaciones onerosas de liquidación, o, por lo menos, por estas últimas. Respecto a las primeras, tenemos el problema en todo caso de si se puede al menos considerar por el Fisco como una adjudicación para pago de deudas.

Del examen de cuanto antecede se puede llegar a la conclusión de que el redactar el testamento de un extranjero es un asunto francamente delicado. Y considero como muy aconsejable lo siguiente: interrogarle sobre si tiene o no testamento hecho en

su país, y en caso negativo, aconsejarle que lo haga de acuerdo con sus propias leyes. Y entonces hacer un testamento confirmativo del hecho en su país de origen, manteniendo en lo posible separadas las dos sucesiones, objetivamente hablando, es decir, la referente a los bienes fuera de España y a la de los bienes en nuestro país, testamento de tipo codicilar o complementario, pero con la suficiente autonomía para poder prescindir por completo, documentalmente hablando, del realizado en el extranjero, si bien articulándose en el sistema del mismo, que jugará como pieza maestra de la transmisión sucesoria. Salvo casos de suma urgencia, es muy conveniente meditar profundamente y consultar en lo posible el Derecho del país que va a mandar la sucesión, pero no crear un verdadero conflicto de normas sucesorias.

A pesar de la aparente y real dificultad, estimo altamente aconsejable el otorgamiento del testamento, teniendo en cuenta todo cuanto he dicho, y creo que son mayores las ventajas que los inconvenientes, tanto para los herederos como para los encargados de convertir en documentos aptos para el tráfico los derechos surgidos o transmitidos con ocasión del fallecimiento.

III

Como dijimos al principio de estas líneas, para juzgar la bondad de un sistema es necesario experimentarlo, igual que no basta para juzgar de la calidad de un coche el verlo en un escaparate y leer el folleto de características editado por la casa constructora: hay que rodar varios de ellos durante muchos kilómetros, y entonces sabemos cómo es el coche.

Todos hemos estudiado, ¡y de qué modo!, que nuestro sistema registral, o de publicidad inmobiliaria, era bastante bueno. Y realmente, yo creo que lo es. Parece bastante indiscutible que se obtiene una razonable seguridad en la titularidad jurídica, y sus principios, eminentemente claros y armónicos, dejan pocas brechas abiertas a la mala fe y al fraude. Pero, bien entendido, desde el exclusivo punto de vista la titularidad jurídica.

Hay una cruz muy pesada, sin embargo, para los que tenemos que manejar nuestro sistema inmobiliario frente a nuestros visi-

tantes extranjeros. Esta cruz también se arrastra frente a los españoles, pero es mucho más llevadera, porque están habituados a ella. Se trata de la enorme inseguridad que se tiene respecto a la extensión y datos físicos de las fincas, especialmente rústicas. Bastantes de nuestros Registros de la Propiedad y Notarias fueron destruidos durante la Guerra Civil. Y los campesinos, o no aprovecharon las oportunidades de reconstrucción de Registros y Archivos notariales, o solamente las aprovecharon en lo que les interesaba directamente: las tierras agrícolas. Pero da la casualidad de que las tierras de valor turístico, por su proximidad al mar, por su carácter abrupto, por su carencia de riegos, etc., carecen, en principio, de valor agrícola (de ahí sus bajos precios iniciales). Por ello, ante una transmisión a un extranjero hay que partir a veces prácticamente de cero, y montar una transmisión sobre un documento público de transmisión y un acta de notoriedad complementaria, o cualquier otro de los procedimientos de que más cómodamente se pueda echar mano, de los contenidos en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario.

Cuando uno piensa en que la finca puede ser inventada, pura y simplemente, por mucho cuidado que se ponga en evitar todo fraude, aparece con toda gravedad el problema de la extraordinaria imperfección del Catastro, de la absurda alegría con que se corrige y se confecciona, y de la necesidad imperiosa de que por un procedimiento o por otro se cuente con un medio de identificación fehaciente de la finca en cuanto se refiere a su existencia real, a su extensión francamente aproximada, y a los linderos, también francamente exactos. Y si fuera posible, de un plano de la misma. El sistema de la Cédula urbanística de la Ley del Suelo podría ser perfectamente una solución viable.

Pero en todo caso, y para nuestro conocimiento íntimo y conservación de nuestra modestia, debo advertir que nuestros visitantes extranjeros se encuentran muy regocijados cuando se les habla de la perfección de nuestro sistema inmobiliario y luego se dan cuenta de que todo está realmente montado en el aire. Porque el riesgo de prisión por falsedad en documento público que aparece en el acta de notoriedad, o la garantía por evicción o saneamiento, etc., e incluso la posible aparición de un delito de estafa, no pueden consolar a quienes pierden o pueden perder su

dinero y luego encontrarse sin finca, sin dinero y con responsables insolventes, por muy en la cárcel que estén. Si hemos de exportar nuestro país, lo hemos de exportar con las garantías de calidad que acreditan una buena mercancía: en Inglaterra, en que tanto se controla la calidad de las importaciones alimenticias, son muy confiados ante los productos lácteos y agrícolas con la inscripción «danish», porque saben que los daneses no juegan con las calidades. Hay que conseguir lo mismo para nuestra exportación turística, Afortunadamente, «el ambiente de honestidad de los negocios españoles», de que habla GARRIGUES, aún no ha producido grandes escándalos a nivel nacional o europeo; pero Dios nos libre de un estudioso extranjero dispuesto a organizar un negocio de mal estilo amparado por dicha falta de fehaciente concordancia entre nuestro Registro de la Propiedad y la realidad topográfica de las fincas.

IV

ADQUISICIONES DE FINCAS RÚSTICAS POR EXTRANJEROS RESIDENTES EN EL EXTRANJERO.

Voy a excluir de este comentario las adquisiciones en zonas estratégicas del litoral, o isleñas, cuya inscripción declaró «necesaria» la Ley de 12 de mayo de 1960, y en cambio, trataré en este mismo apartado de algunos comentarios que surgen al contemplar el problema de los límites de extensión que se imponen a las adquisiciones de los extranjeros y al problema de la repatriación de los capitales invertidos.

Respecto al primer problema, es decir, el límite de extensión de las adquisiciones, está contenido en el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962. Según la misma, hay un límite de cuatro hectáreas en regadío y veinte en seco, que sólo se puede sobrepasar mediante autorización del Consejo de Ministros, solicitada a través de la Presidencia del Gobierno. En el artículo 3.º se declara constitutiva la inscripción de las adquisiciones y nulos los actos de transmisión hasta obtener la inscripción.

Se han ocupado varios autores de la materia en su aspecto substantivo. Veamos el aspecto práctico.

En primer lugar, no hay ningún registro de ningún tipo que lleve un control de las adquisiciones de los extranjeros, los que pueden eludir los topes legales de multitud de formas, desde la interposición de personas físicas, hasta repartiendo propiedades entre sus familiares, pasando por la interposición de una persona jurídica de nacionalidad española.

La *ratio legis* de esta Ley no la veo muy clara, aunque supongo que será evitar el control de la agricultura por extranjeros, evitar latifundios en sus manos que un día deban ser objeto de una reforma agraria que quite seguridad a los posibles adquirentes, evitar especulaciones de tierras, etc. Desde el punto de vista de la especulación, más peligrosa es la acumulación de solares, aunque quizá el legislador piensa que es suficiente el cúmulo de garantías tomadas en otras normas contra este peligro.

En todo caso, es una disposición ésta de la limitación de extensión que no ha sido dotada de una eficacia suficiente, quizá porque no obedece a una razón suficiente.

La limitación se refiere a todos los extranjeros, aunque sean residentes; es decir, es una desconfianza *iur sanguinis*, pero una desconfianza que puede destruir la confianza en el Registro de la Propiedad. En efecto, si todo acto contrario a la Ley es nulo, la adquisición fuera de límites es nula, y esta causa de nulidad aparece como potencial por el solo hecho de la vigencia de la Ley y de la adquisición de un extranjero, habiendo como una advertencia al tercer adquirente que destruirá su buena fe registral, sin que se pueda llegar a una certeza por falta de Registro Central.

¿Y qué pasa durante el tiempo en que los títulos están pendientes de despacho en los Registros de la Propiedad? ¿Puede quedar paralizado el tráfico jurídico de la finca durante este lapso de tiempo por la falta de admisibilidad del título que establece el artículo 4.º de la Ley? ¿Qué valor puede tener un documento privado para salvar el puente? ¿Es una simple promesa de venta?

Y entonces, hechas todas estas preguntas, el propio legislador se da cuenta de la necesidad de librarse de la traba, y en el artículo 62, apartado 1, letra f), del Reglamento de la Ley de zonas y centros de interés turístico nacional, de 23 de diciembre de 1964, da por concedido el permiso para sobrepasar los límites

implicitamente en la declaración de centro o zona de interés turístico.

Esto prueba una vez más que el manejar nuestra legislación exige una gran agilidad mental para tener en cuenta normas tan dispersas referentes a las mismas materias, y además una gran fortaleza física para trasladar de la biblioteca a la mesa las colecciones legislativas, y una mesa del tamaño de un *ping-pong*, con una pasarela superior, que permita tener todo abierto a la vez y leerlo al mismo tiempo.

El segundo problema y último que voy a tratar es el de la repatriación de plus valías, y lo voy a tratar sólo en relación con los extranjeros no residentes.

Este problema, en teoría, debería ser uno de los más claramente resueltos en nuestra legislación sobre extranjeros en materia de adquisición de fincas rústicas, y debería, en teoría también, ser uno de los obstáculos que más frenaran la adquisición de tales fincas, que, convertidas en chalets, villas, apartamentos, etc., experimentan notabilísimas plus valías, cuyo futuro es objeto de las presentes líneas. Sin embargo, y es curioso, los extranjeros pocas veces se inquietan acerca del futuro de sus inversiones, lo que prueba que vienen a nuestro país con un cierto candor acerca de nuestra claridad legislativa.

Para abordar este problema voy a distinguir dos períodos de tiempo: el primero se refiere a las fincas compradas antes de la legislación que distingue entre pesetas convertibles y pesetas interiores. El segundo período se refiere a las fincas compradas después de esta legislación.

Respecto del primer período, cuando se venden fincas que se compraron con pesetas no convertibles ni interiores, la reventa permitirá obtener pesetas que no serán convertibles, y por consiguiente, parece lógico aplicarles el tratamiento de las pesetas interiores. Por consiguiente, el producto de la reventa se tendrá que depositar en una cuenta de pesetas interiores, tanto si es una cantidad igual al precio de compra, como si ha habido una plus valía.

En el período posterior creo que ocurrirá lo mismo cuando se haya comprado con pesetas interiores. El problema hay que cen-

trarlo en lo que ocurrirá con las plus valías cuando se haya comprado con pesetas convertibles.

Sólo he encontrado una referencia legislativa en el artículo 2.º del Decreto de 17 de mayo de 1962, pero no parece que se refiera, dado el tenor del artículo 1.º de dicho Decreto, a la compra de inmuebles. Es curioso constatar que el problema de la aplicación de las plus valías va en cierto modo conectado con el problema de si es necesaria la autorización gubernativa para la reventa de dichas fincas. Y frente a este problema la Oficina de coordinación y programación económica, Sección de Inversiones Extranjeras, de la Presidencia del Gobierno, y de otro lado el Instituto Español de Moneda Extranjera. mantienen criterios diversos

La Presidencia del Gobierno, en respuesta a una consulta de fecha 20 de julio de 1964, afirma textualmente que no se necesita ningún permiso para vender las fincas adquiridas, cualquiera que sea la fecha y la forma de adquisición. Pero asegura que es necesaria la previa autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera para la repatriación de rentas o plus valías, de lo que se deduce que siempre que se obtenga dicha autorización. las plus valías sí que son repatriables.

El Instituto Español de Moneda Extranjera, respondiendo en 8 de julio del pasado año a una consulta de idéntico contenido, afirma categóricamente que es necesario su autorización para la reventa de las fincas, y que se autoriza solamente la repatriación de las divisas que se utilizaron para la compra de la finca, pero que las plus valías quedarían abonadas en una cuenta extranjera en pesetas interiores a favor del vendedor.

Quizá el Instituto sufre el conocido fenómeno de resistencia a abandonar competencias, pero en todo caso creo aconsejable solicitar de dicho Instituto, en cada caso concreto y exponiendo las razones adecuadas, permiso para la repatriación de los capitales invertidos en la compra de inmuebles. Me es grato declarar que el Instituto contesta en plazo muy breve, lo que indica un giro muy favorable en el modo de tratar los asuntos frente a épocas anteriores, en que era mucho más costoso obtener una respuesta.

Al terminar estas páginas, y aunque fuera de la esfera de mi competencia, he tenido conocimiento de la resolución de un problema bastante interesante que puede plantearse cuando un ex-

tranjero quiere solicitar permiso de residencia en España y es ya una persona mayor: el artículo 264 del Código de la Circulación, apartado b), según reforma de 20 de mayo último, exige que para obtener un permiso de conducción tipo B se requiere no haber rebasado la edad de sesenta y cinco años, salvo si se hubiese sido titular de permiso de la misma o superior clase que el que se solicite.

Se planteaba el problema de si un extranjero mayor de sesenta y cinco años, titular de un permiso de conducción de vehículos de turismo expedido en su país de origen o en otro país y vigente, podía aportarlo como permiso habilitante cuando por fijar su residencia en España necesitase proveerse de un permiso de conducción español, clase B.

La Jefatura Central de Tráfico, respondiendo a una consulta, ha declarado, con fecha 2 de septiembre actual, en sentido afirmativo.

Son múltiples los problemas que plantea el impacto del turismo en nuestra Patria, tanto de índole económico como social, moral y jurídico. Y el derecho que vivimos ya no es el derecho de los romanos ni el de la Edad Media. Sería muy conveniente que las autorizadas plumas jurídicas de nuestro país escribieran algo orgánico y hasta cierto punto enciclopédico sobre estos problemas. Todavía se malgasta mucha tinta escribiendo sobre problemas superados, o agotados, saltando por encima de soluciones vitales plenamente aceptadas y que la vida ha impuesto. No dejemos que la vida nos desborde y nos rezague demasiado. Hay que mantener un paralelismo lo más firme posible entre la vida, la Ley y la doctrina, y si la doctrina va rezagada, difícilmente la Ley podrá ser algo más que una solución de urgencia casuística e impremeditada en constante cambio, dispersión y perplejidad.

VICENTE ESPERT.

VII Congreso Internacional de Derecho Comparado

De los días 6 al 13 de agosto último ha tenido lugar, en Uppsala (Suecia), el «VII Congreso Internacional de Derecho Comparado», organizado por la *Academie Internationale de Droit Comparé*, con la colaboración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Uppsala y de la Asociación sueca de Derecho comparado.

El éxito ha subrayado, una vez más, esta nueva edición de los congresos que, periódicamente, organiza cada cuatro años la Academia Internacional de Derecho Comparado, con el concurso directo e indirecto de las asociaciones e institutos de Derecho comparado de cada país que, a través de aquéllos, es miembro. Congregando, esta vez en Uppsala, como hace cuatro años en Hamburgo, a casi medio millar de juristas, procedentes de todas las partes del mundo, pues únicamente, de manera excepcional, pueden señalarse los países de los que ha faltado alguna representación.

El marco elegido para el congreso de este año ha supuesto, sin duda, un poderoso atractivo para los numerosos congresistas, pese, para algunos, a las dificultades de desplazamiento. Pero la curiosidad no deja de ser un aliciente, sobre todo cuando se trata de un lugar como Uppsala, precedido de fama mundial por su antigua Universidad, actualmente una de las más prestigiosas de Europa. En este sentido, el objetivo de los congresistas, seguramente que ha quedado satisfecho.

En cuanto a su procedencia, es de notar una mayor afluencia de americanos y un número bastante elevado de canadienses e

ingleses, lo mismo que de japoneses y de otros países orientales, es decir, la presencia de los países ricos se ha hecho notar claramente. Entre los europeos han dominado en número seguramente los alemanes, aunque no proporcionalmente, por razón de su proximidad, y especialmente los belgas. Los franceses constituían, como siempre, el grupo más nutrido, como suele suceder en toda reunión comparatista; en cambio, los italianos han concurrido con una representación proporcionalmente reducida. Por el contrario, la representación de los países de Europa oriental era especialmente numerosa (sobre todo polacos, yugoslavos y rumanos), así como de Grecia y Libano, e igualmente de Turquía—donde tendrá lugar el próximo congreso, con sede en Istambul— y aun del mismo Israel. La representación española, a pesar de que era mayor el número de los inscritos que el de los asistentes, se puede decir que era bastante numerosa. En contraste con la casi escasa representación de los países hispanoamericanos, a pesar de que, en conjunto, no fuera un número despreciable.

Por lo que respecta al interés científico, informativo y de contactos de todo tipo del congreso, habría mucho que hablar y cada uno de los asistentes podría contar sus personales experiencias, en las que siempre habría algo de interesante. Pero dar una idea general en este aspecto es poco menos que imposible, dada la diversidad de secciones y subsecciones, en las que se habían dividido las materias objeto de estudio en el congreso, y que suponían otros tantos grupos de trabajo cuyas sesiones, en su mayor parte, tenían lugar de manera simultánea, a pesar de que habían tratado de combinarse, por grupos, de la mejor manera posible, con el objeto de que los congresistas pudieran participar en el mayor número de las que les interesaran, pero dada su extraordinaria abundancia era totalmente imposible tomar parte en más de dos o tres grupos de trabajo, aparte de los actos comunes y de las actividades sociales y turísticas del mismo congreso. Por eso, para dar una idea, nos vamos a limitar aquí a indicar las distintas secciones, con expresión de los que habían sido designados presidentes, vicepresidentes y secretarios de las comisiones de trabajo y de los ponentes generales respectivos, añadiendo, en todo caso, el nombre de los españoles que participaban también como ponentes particulares:

Así, la *Sección primera, o general*, se hallaba dividida en seis subsecciones, a saber:

Sección I-A), *Historia del Derecho*, tiene como temas de trabajo: «Derecho público y Derecho privado» y «La noción de la Ley». Actuó como presidente H. Coing (Frankfurt a. m.); como vicepresidente, J. H. Merryman (Stanford, USA) y E. Szlechter (París), y como secretarios, R. Dalcq (Lovain) y J. L. de los Mozos (Valladolid). Del primer tema fué ponente general G. Chevrier (Dijón), y del segundo, G. Astuti (Roma).

Sección I-B), *Derecho canónico*, tiene como temas de trabajo los mismos de la anterior. Presidentes: G. Hubrecht (Bordeaux) y L. de Luca (Pisa). Vicepresidentes: H. Ankum (Leyden), S. Gagner (München) y P. Lombardía (Pamplona). Secretarios: F. Oyamburu (Madrid) y P. A. Perlado (Pamplona). Del primer tema fué ponente general A. Bernárdez (Barcelona), y del segundo, Ch. Lefèvre (París), presentando comunicaciones los españoles Reina y de la Hera (Pamplona) y Hervada (Zaragoza).

Sección I-C), *Etnología jurídica*, que se dedica al estudio del tema «Modernización del Derecho en los nuevos Estados». Presidentes: A. N. Allot (Londres), B. T. Blagojevic (Belgrado) y R. Mankiewicz (Montreal). Vicepresidentes: J. Hernández-Canut (Madrid), J. Hilaire (Montpellier) y F. A. Riad (El Cairo). Secretarios: J. Minattur (Singapoor) y C. G. Nisser (Uppsala). Siendo ponente general A. Schiller (Columbia, USA).

Sección I-D), *Derecho oriental*, que se dedica a los temas de «La concepción nueva de la familia musulmana en las recientes reformas legislativas en materia de matrimonio, divorcio y sucesiones», «La relación entre el Derecho y la religión en los sistemas jurídicos orientales» y «El concepto de derecho subjetivo según el Derecho musulmán». Presidente: B. Tabbah (Beyrut). Vicepresidentes: A. Colomer (Montpellier) e Y. Linant de Bellefonds (París). Secretarios: Ch. Munier (Strasbourg) y C. Politi (Roma). Siendo ponentes generales de los temas respectivos, Ch. Chahata (El Cairo), S. Habachy (Columbia) y H. Afchar (Teheran).

Sección I-E), *Filosofía del Derecho*, que se dedica a los temas de «La influencia del Derecho natural en el Derecho positivo» y «Valor

actual de la máxima: nadie está excusado de ignorar la Ley». Presidentes: W. Friedmann (Columbia) y L. Legaz Lacambra (Madrid). Vicepresidentes: R. A. Pascal (Luisiana) y P. O. Ekelöf (Uppsala). Secretario: Z. Peteri (Budapest). El ponente general del primer tema fué H. Thieme (Freiburg i. Br.), y del segundo, I. Szabo (Budapest). Presentando comunicaciones los españoles García Valdecasas (Granada), Sánchez del Río (Zaragoza), Fernández Serrano (Madrid) y Serrano Villafañe (Madrid).

Sección I-F), *Estudio y enseñanza del Derecho comparado*, en la que se estudiaron los siguientes temas: «El problema de la coordinación de los movimientos de unificación del Derecho», «La enseñanza del Derecho y su relación con las ciencias políticas y económicas» y «El uso que se hace por la jurisprudencia del Derecho comparado». Presidentes: A. Jauffret (Aix-en-Provence), F. H. Lawson (Oxford), Smith (Edimbourg) y F. Stone (Tulane, USA). Vicepresidentes: M. Arguas (Buenos Aires), W. Hauschild (Bonn), Y. Yadin (Jerusalem). Secretarios: F. Murillo (Madrid), G. Roujou de Boubee (Toulouse). Siendo ponentes generales, respectivamente, J. Limpens (Bruxelles), R. David (París) y L. Baudouin (Québec). Presentado comunicación de los españoles, V. Fairén (Valencia), que no pudo asistir personalmente.

La *Sección II* se halla dividida en cuatro subsecciones y comprende las siguientes materias:

Sección II-A), *Derecho civil*, que se dedica a los siguientes temas: «La transformación del patrimonio en el Derecho civil moderno», «La evolución de la legislación sobre la filiación natural» y «La sanción de inejecución del contrato». Presidentes: A. Alessandri Rodríguez (Santiago de Chile), A. Gams (Belgrado). T. Ionasco (Bucarest), M. Rheinstein (Chicago). Vicepresidentes: J. H. Beekhuis (Groningen), W. Czachorski (Varzaw), S. Ginossar (Jerusalem), J. Hellner (Tokyo) y P. J. Zepos (Athenes). Secretarios: Castán Vázquez (Madrid), Madame Rood-de Boer (La Haya), y F. Vega Sala (Barcelona). Siendo ponentes generales, respectivamente, P. Raynaud (París), A. Ionasco (Bucarest) y V. Knapp (Praga). Presentado comunicaciones, los españoles, por orden de temas, respectivamente, Hernández-Canut (Madrid), López Jacoiste (Pamplona), Casals Colldecarrera (Barcelona), Castán Vázquez (Madrid)

y Díez-Picazo y Ponce de León (Valencia), así como Espin Cánovas (Salamanca).

Sección II-B), *Derecho internacional privado*, dedicada a los temas siguientes: «Los regímenes jurídicos de inversión de capitales extranjeros», «La determinación del tribunal competente en Derecho internacional privado». Presidentes: Y. Loussouarn (París), A. Makarov (Heidelberg) y H. Valladao (Río de Janeiro). Vicepresidentes: P. A. Crépeau (Montreal), O. Lando (Copenhague) y A. E. v. Overbeck (Fribourg). Secretarios: B. Houin (París) y D. Mitrovic (Nis). Siendo ponentes generales, respectivamente, M. Bartos (Sofía) y H. Schima (Viena). Presentando comunicaciones, de entre los españoles, Olivencia Ruiz (Sevilla) y V. Garcés (Barcelona).

Sección II-C), *Derecho procesal civil*, en la que se estudió el tema de «El procedimiento civil no contencioso». Presidentes: W. J. Häbscheid (Würzburg) y B. Poznic (Belgrado). Vicepresidentes: A. Bruzelius (Lund), V. Fairén (Valencia) y L. N. Brown (Birmingham). Secretario: A. de Vitta (Firenze). Estando la ponencia general a cargo de J. Jodkowski (Varsovia).

Sección II-D), *Derecho rural*, dedicada a los temas de «La agrupación agraria» y de «La planificación en la agricultura». Actuando de presidente el vicepresidente H. Perret (Bordeaux), por ausencia del presidente Martín-Ballester (Zaragoza) y como secretario A. Carrozza (Pisa). El ponente general para el primer tema fue K. Kooeschell (Göttingen), y para el segundo, G. Bolla (Firenze). Presentando comunicaciones al primero de ellos los españoles Martín-Ballester (Zaragoza), G. García Cantero (Valladolid) y J. L. de los Mozos (Valladolid).

La *Sección III* comprende otras cuatro secciones, que se refieren a las siguientes materias:

Sección III-A), *Derecho mercantil*, dedicada a los siguientes temas: «Métodos de agrupación de sociedades», «Sociedades de un solo socio» y «Cheques de viaje». Presidentes: J. Baugnet (Bruxelles), E. v. Caemmerer (Freiburg i. Br.), M. de Capriles (New York) y S. Menschokov (Chicago). Vicepresidentes: S. Frédéricq (Gand). K. Rodhe (Stockholm) y P. Verrucoli (Pisa). Secretarios: G. Hors-

mans (Bruxelles), A. Piras (Pisa) y T. Salinas (Madrid). Siendo ponentes generales, respectivamente, R. Houin (Paris), W. L. Haardt (La Haye) e I. Winizky (Buenos Aires). Presentando de entre los españoles, comunicaciones a los dos primeros temas, respectivamente, J. F. Duque (Salamanca), Olivencia Ruiz (Sevilla) y Jordano Barea (Sevilla).

Sección III-B), *Derechos intelectuales*, dedicado a los siguientes temas: «Las marcas notoriamente conocidas o de alto renombre» y «Los derechos de autor sobre las películas cinematográficas». Presidentes: A. Conard (Michigan) y B. Godenhielm (Helsinki). Vicepresidentes: M. Olivencia Ruiz (Sevilla) y A. v. Oven (Leyden), actuando como secretario C. Champaud (Rennes). Las ponencias generales estuvieron a cargo, respectivamente, de C. E. Mascareñas (Ponce) y A. Lögdberg (Lund). Presentando comunicaciones de los españoles, L. F. Martínez Ruiz (Tánger).

Sección III-C), *Derecho laboral*, en la que se estudiaron los temas de «La evolución de la empresa desde el punto de vista del Derecho de trabajo» y «El estatuto jurídico de los sindicatos». Presidentes: R. Balzarini (Trieste), A. Brun (Lyón), O. Kahn-Freund (Oxford) y F. Schmidt (Stockholm). Vicepresidentes: D. Forkosch (Brooklyn), P. Horion (Liège) y K. Oguzman (Istambul). Secretarios: J. L. Baudouin (Montreal) y L. S. Merrifield (Washington). Siendo ponentes generales Van der Ven (Tilbourg) y S. A. Ivanov (Moscau). Presentando comunicaciones al primero de los temas citados S. Alvarez-Gendin (Madrid) y Vega Sala (Barcelona).

Sección III-D), *Derecho aéreo*, dedicada al tema de «Los elementos internacionales en el transporte aéreo». Presidente: R. Saint-Alary (Paris). Vicepresidentes: S. Okay (Istambul) y J. G. Sauveplanne (Utrecht), actuando de secretario H. C. Ficker (Bonn). Como ponente general, figura C. H. Fulda (Texas), y presentando comunicaciones entre los españoles, J. Bonet Correa (Roma).

La *Sección IV* cuenta a su vez con cinco secciones (Derecho internacional público, Derecho constitucional, Libertades públicas, Finanzas públicas y Derecho fiscal), pero en honor a la brevedad, sólo aludiremos a aquellas en que directamente intervinieron representantes españoles, aunque en la segunda de las subsecciones

el debate en torno al papel de los órganos del Estado en la planificación fué de los más interesantes del congreso. Por la razón aludida sólo nos referiremos a las subsecciones siguientes:

Sección IV-D), *Derecho administrativo*, los temas de estudio son los siguientes: «Régimen de las actividades comerciales e industriales de los poderes públicos» y «Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas». Presidentes: J. H. Hazard (Columbia) y J. M. Pi Suner (Barcelona), que no pudo asistir personalmente. Vicepresidentes: R. Drago (París) y T. Modeen (Abo), actuando de secretario el alemán G. Theurkauf. Los ponentes generales, respectivamente, eran A. R. Brewer (Caracas) y H. Klinghoffer (Jerusalem). Y las comunicaciones españolas, debidas a Pi Suner y a M. Broseta Pont (Valencia).

En la Sección IV-E), *Finanzas públicas y Derecho fiscal*, figura también como secretario de la Sección el español J. M. de la Villa (Logroño), el cual presentó también una comunicación sobre «Medidas fiscales destinadas a favorecer las inversiones».

Y todavía queda una *Sección V*, dedicada a Derecho penal y procedimiento criminal, donde aparece A. Beristain (Deusto) aportando una comunicación al tema de «La protección penal de la familia». Había en fin, por último, una *Sección especial*, sobre bibliografía jurídica.

Este elenco de materias y de nombres puede dar idea del volumen y de la importancia del VII Congreso Internacional de Derecho Comparado que ha tenido lugar en Uppsala. Pero no hay que olvidar a las personas que han llevado la responsabilidad y el peso de la organización, especialmente al presidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, C. J. Hamson (Cambridge); al decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Uppsala, A. Malmström, y al secretario general de la Academia, G. Marty (Toulouse), así como a todos sus colaboradores.

Tampoco cabe olvidar los solemnes actos de apertura y de clausura, en el marco solemne del aula magna del palacio de la Universidad de Uppsala, ni los acontecimientos sociales más im-

portantes del congreso, como la excursión al palacio de Drottningholm, la excursión al castillo de Skokloster, la recepción ofrecida por la Universidad y el banquete en el castillo de Uppsala, ofrecido por la Asociación sueca de Derecho comparado, todo lo cual hace que los congresistas hayamos traído un grato recuerdo.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS.

JURISPRUDENCIA

11/16/2019 10:09 AM

I. Jurisprudencia comentada

1. CIVIL

Ejercicio de la patria potestad y renuncia de los derechos de los hijos

SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1965 (Ponente: señor CALVILLO).

La sentencia dictada por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, no obstante haber recaído en un procedimiento y en un recurso de casación de naturaleza penal, posee un interés extraordinario en el orden civil; lo que aconseja que le dediquemos en este momento y en este lugar alguna atención.

1. ANTECEDENTES.

Para conocer el supuesto, examinemos los hechos probados.

Hechos probados.—«Probado, y así se declara: que sobre las diez de la noche del día 24 de abril de 1962, el procesado Diego Morillas Fernández conducía, legalmente habilitado al efecto, por la carretera general Madrid-Cádiz, el automóvil marca "Jaguar", SE-56.897, propiedad de Jaime Ostos Carmona, a las órdenes y por cuenta del que trabajaba, y al llegar a la altura de la barriada Polígono de San Pablo, de esta capital, en la autopista de dicho nombre, de 18 metros de anchura, por llevar una velocidad excesiva, superior a los 100 kilómetros por hora, y no observar las más

elementales normas de precaución y cuidado, habida cuenta de la señalización existente en dicho lugar de peligro indefinido, de la llovizna que caía y de la oscuridad de la noche, en tramo recto de la pista y resbaladizo, dirección Sevilla, alcanzó con la parte delantera del potente automóvil la trasera de la motocicleta «Lambretta», SE-29.936, que conducida por su propietario Rafael Aguilar López, llevando a José Santa Eugenia Romero como pasajero, marchaba delante, dándole un fuerte golpe y arrastrándola más de 60 metros sin rozar el pavimento antes de detenerse, lanzando al pasajero por los aires y cayendo sobre el capot del coche y finalmente a la carretera, causándole la muerte y lesiones graves a Aguilar López, de que curó sin defecto ni deformidad a los ciento cincuenta y seis días, con impedimento para el trabajo todos ellos y necesitando asistencia médica continua durante treinta y un días y alterna durante el resto, y resultando la motocicleta con daños valorados en 6.000 pesetas y las ropas del fallecido Santa Eugenia con desperfectos tasados en 1.505 pesetas. Rafael Aguilar López, Jaime Ostos Carmona y Rocio Padilla Martín, viuda de José Santa Eugenia, han renunciado a toda indemnización, *ésta en nombre incluso de sus tres hijos menores, al haberle sido abonadas 110.000 pesetas*».

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 4 de octubre de 1963, en causa seguida a Diego Morilla por imprudencia.

Se estimó que los hechos probados eran constitutivos de un delito de imprudencia temeraria del que resultó homicidio, lesiones y daños, del artículo 565 ps. 1, 3, 4 y 5, en relación con los artículos 407, 420-3.º y 563, del Código penal, del que era autor el procesado, sin circunstancias, al que se condenaba a la pena de un año de prisión menor y privación por un año del permiso de conducir, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio en el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales, *debiendo indemnizar a los perjudicados herederos menores de edad del fallecido José Santa Eugenia en 75.000 pesetas, con independencia de la cantidad ya percibida, a cuyo pago asimismo se condenaba ante la insolvencia del procesado, al responsable civil subsidiario Jaime Ostos*; abonándose al procesado la prisión preventiva y aprobando el auto de insolvencia

de éste y el de solvencia del responsable civil subsidiario dados por el instructor.

El recurso.—Se interpuso recurso de casación por infracción de ley por el responsable civil subsidiario Ostos Carmona, por infracción de los artículos 25 y 117 del Código penal, en relación con los artículos 106 y 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y jurisprudencia aplicable, al amparo del 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si los perjudicados como herederos han renunciado a toda indemnización a través de su madre viuda, no cabe volver a declarar otra nueva indemnización por el mismo hecho. El recurso fué instruido e impugnado por el Ministerio Fiscal.

2. LA SENTENCIA DEL SUPREMO.

Declarose en el fallo no haber lugar al recurso, con condena en costas y pérdida del depósito.

Considerandos de la misma.

1.º Que la renuncia a la indemnización de los daños y perjuicios de un hecho constitutivo de delito o falta, como declaración de voluntad abdicativa de un derecho de crédito, está sujeta a los requisitos de las normas especiales que disciplinan tal negocio jurídico (arts. 25 del Código penal en relación con 4 y 1.187 y siguientes del Código civil, y 106 a 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), a los generales sobre validez de los negocios jurídicos del ordenamiento particular de obligaciones y contratos (en cuanto a la capacidad—art. 109-2.º de dicha Ley—, vicios de la voluntad, exteriorización de ésta—también aludida en el 25 del Código penal y 108 y 110-2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, discordancia entre la declaración y la voluntad, objeto, causa, forma, etc.), y, en su caso, a las reglas sobre determinado tipo de negocios, como, por ejemplo, los patrimoniales de derecho de familia.

2.º Que dentro de esta última esfera, que es en la que ha de situarse el problema resuelto ..., debe notarse que con la muer-

te instantánea del interfecto, surgió a favor de cada uno de sus tres hijos y herederos un derecho de crédito, dirigido a la reparación del daño experimentado, por las ropas del fallecido, y a la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados con la muerte a dichos familiares (arts. 101, núms. 2.º y 3.º, 103 y 104, p. 1.º del Código penal), que pasó automáticamente a formar parte de su respectivo peculio, sujeto a la administración de su madre viuda, por tratarse de hijos menores no emancipados (art. 159 del Código civil).

3.º Que, según resulta del artículo 163 del Código civil, párrafo 1.º, *los padres, relativamente a los bienes del hijo en que les corresponde la administración, son una especie de gestores, que tienen las obligaciones propias de todo administrador, entre ellas la de conservar sin menoscabo el peculio de sus hijos, y, si bien la administración de aquellos bienes comporta la representación de los hijos en asuntos patrimoniales, dicha representación, como también se infiere del artículo 155 del propio Código civil, solamente abarca los actos que puedan redundar en provecho de los hijos.*

4.º Que la virtualidad de este principio capital se manifiesta singularmente en materia de actos de disposición que afecten a la sustancia del peculio, para algunos de los cuales proporciona normas especiales de control nuestro Código civil, como los referentes a la enajenación de bienes inmuebles, sujeta a la previa autorización judicial (art. 164), y los relativos a la transacción sobre objetos cuyo valor exceda de 2 000 pesetas, sujeta en su eficacia a la aprobación judicial (art. 1.810, párrafo 2.º); mas la existencia de estas reglas no significa ni puede suponer que, fuera de los casos previstos expresamente en ellos, queden totalmente excluidos del control judicial los demás actos dispositivos realizados por los padres en nombre de sus hijos menores, actos que, sin hacer cuestión ahora de la aplicabilidad al caso del número 3.º del artículo 2.011 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada su discutida vigencia, no requerirán ciertamente para su validez o eficacia la previa autorización o la posterior aprobación, discernida judicialmente en acto de jurisdicción voluntaria, pero sí podrán ser objeto de una declaración jurisdiccional de ineficacia

liberatoria cuando, a su vez, la impugnación del acto, fundada en haberse excedido el padre o madre en el ejercicio del poder dispositivo-representativo que le confiere la Ley, sea objeto principal o secundario de un proceso.

5.º Que constituyendo o pudiendo constituir el objeto secundario del proceso penal la acción civil derivada de un hecho tipificado como delito o falta (art. 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), *compete a la jurisdicción criminal conocer y decidir si concurre alguna causa extintiva de aquella acción o de la responsabilidad civil* (art. 142, párrafo último, y 742, párrafo 2.º, de la misma Ley), *en particular de la eficacia de la renuncia a la indemnización efectuada con o sin expresión de causa, pudiendo resolver, por consiguiente, que la renuncia es eficaz, total o parcialmente, por no haberse obtenido la aprobación judicial necesaria o por el meritado exceso de poder, habida cuenta, en esta hipótesis, de las circunstancias de hecho concurrentes en el momento de realizarse la renuncia, cualquiera que haya sido el posterior resultado efectivo en el orden económico, y en atención, muy especialmente, al fin de tal poder dispositivo-representativo, que no es otro que el de la conservación y aumento del peculio del hijo, así como el fundamento y naturaleza de la relación jurídica básica, la patria potestad, institución enderezada esencialmente a la protección y asistencia de los sujetos a aquélla.*

6.º Que en el proceso penal, sometido a distintas exigencias que el civil en materia de congruencia, el órgano jurisdiccional ostenta la potestad indicada, entre otros supuestos, siempre que habiendo mediado una renuncia a la acción civil o a la reparación e indemnización de daños y perjuicios, se ponga en tela de juicio la eficacia de la misma, merced a la pretensión deducida por la parte legitimada, de que, no obstante aquella renuncia, se condene a los presuntos responsables civiles a las reparaciones aludidas, que es lo sucedido en el caso enjuiciado, donde el Ministerio Fiscal, legitimado por el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el ejercicio de la acción civil, solicitó se condenase al procesado y al hoy recurrente, en concepto de responsables civiles directo y subsidiario, al pago de la indemnización de 200.000 pesetas a los herederos del fallecido, con independencia de las ya abonadas.

7.º Que la referida potestad judicial, por no ser puramente discrecional ni fundarse exclusivamente en motivaciones de índole ética, económica o social, como de caridad, equidad, desigualdad de riqueza, necesidad, sino por tratarse de una potestad reglada..., lleva consigo el deber formal... de consignar en Resultandos de hechos probados aquellos datos fácticos enlazados con la cuestión de la eficacia de la renuncia que han de resolver en el fallo (art. 142-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y de consignar en Considerandos los fundamentos doctrinales y legales de los hechos... (regla 4.ª, núm. 4.º, id.).

8.º Que sobre estas bases no puede ser estimada la infracción de los artículos 25 del Código penal y 106, 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque cuando estos preceptos mencionan la renuncia como causa extintiva de la responsabilidad o la acción civil, se refieren a la válida y eficaz, no a la nula o ineficaz en derecho; en segundo término, porque lo que se denuncia en el motivo no es la falta de fundamentación del pronunciamiento que condena al recurrente a indemnizar a los perjudicados en 75.000 pesetas, independientes de lo ya percibido, por faltar los supuestos para declarar la ineficacia de la renuncia, sino que se arguye la falta de fundamentación por carecer el juzgador de potestad de decidir tal cuestión, tesis errónea..., y en último lugar porque, en contra de lo alegado, no es cierto que aquella declaración de ineficacia contenida implícitamente en el fallo impugnado, debía acarrear la nulidad de la indemnización satisfecha, y nunca la condena a una indemnización complementaria, pues lo que el Tribunal de instancia viene a proclamar ineficaz es la renuncia a toda indemnización superior a las 110.000 pesetas recibidas, no la nulidad del pago parcial antes efectuado.

9.º Que en cuanto a la infracción del artículo 1.156 del Código civil, en concordancia con el 117 del Código penal..., basta para desestimar recordar que, a tenor de aquel artículo y del que le sigue del Código civil, el pago que extingue la obligación es el total, el cual no se entiende efectuado sino cuando completamente se hubiere entregado la cosa o hecha la prestación en que la obligación consistía.

3. ALGUNOS PUNTOS A COMENTAR DE LA SENTENCIA.

Pueden señalarse los siguientes, considerados sin afán de exhaustividad.

A) *Naturaleza de la patria potestad.*

Toda la cuestión aquí desenvuelta conecta con la tendencia del Derecho moderno a configurar según sus propias exigencias una institución tan antigua como la patria potestad. Esta aparecía en el Derecho Romano y antiguos Derechos como un poder o supremacía que el padre o jefe ejercía sobre las personas de los hijos y, sobre todo aquello que con ellos se relacionase, en su personal beneficio, propio y exclusivo. Actualmente, en cambio, aparece la patria potestad como un poder tuitivo; que se dirige a los hijos siempre buscando lo más beneficioso para ellos, estando la actuación del padre sometida a fuertes límites y a la intervención, en su caso, de los órganos públicos jurisdiccionales.

Así es unánimemente reconocido por la doctrina en general, incluida la española, aunque no aparezca expresa y textualmente proclamado en los artículos que el Código civil dedica a la patria potestad, aunque, como se señala, no deja de haber una manifestación de ello en nuestro Derecho positivo, a través de la legislación de Tribunales Tutelares de Menores. Por otro lado, la jurisprudencia se ha preocupado en enunciarlo así: precisamente fué la propia Sala de lo Criminal, en sentencia de 1909 (24 de mayo) (1); después continuada por sentencias de lo Civil de 1929 (24 de junio), 1950 (3 de marzo), 1955 (26 de noviembre), y especialmente de 1960 (29 de septiembre) (2). (También de 14 de octubre de 1935).

(1) Jurisprudencia citada: Sentencia de Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1909. Recurso de casación por infracción de Ley contra sentencia de una Audiencia provincial, por delito de inhumación ilegal. Entierro en cementerio civil de un hijo pequeño bautizado; se pretendió en el recurso el derecho del padre a cambiar a su hijo de profesión religiosa. El Tribunal Supremo dice que los padres no ejercen un poder absoluto, sino de protección, instituido en beneficio de los hijos, con facultades limitadas por artículos 155 y siguientes del Código civil.

(2) Jurisprudencia: Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1929. M.^a C. Aldama contra A. Mellado. Desestima recurso de doña M.^a Carolina Alda-

A esta tendencia general se suma la presente sentencia, lo cual no puede extrañar en las actuales circunstancias. Llégase aquí a proclamar que son los padres «como una especie de gestores» y que su administración y representación «solamente abarca los actos que pueden redundar en provecho de los hijos». Va, pues, lejos en la rotundidad de su afirmación.

B) Poder dispositivo del padre sobre los bienes y derechos de los hijos.

Este tema aparece suscitado en el Considerando 4.º de la sentencia. Encontramos, como ésta nos recuerda, dos manifestaciones concretas en nuestro Código civil: el artículo 164, en cuanto a enajenación de inmuebles, que requiere la previa autorización judicial, y el 1.810, sobre transacciones superiores a 2.000 pesetas, bajo aprobación judicial. Plántese el problema de si estas dos manifestaciones son limitativas o caben otros casos. Aparece inmediatamente la cuestión del artículo 2.011 de la Ley de Enjuici-

ma contra la Sala de la Audiencia de Madrid, en incidente sobre depósito promovido por don Artemio Mellado. El Tribunal Supremo dice: «La colisión de derechos de los cónyuges no ha de resolverse en favor de uno u otro simplemente, sino atendiendo ante todo a la conveniencia de los hijos; ésta es superior, hoy la patria potestad es un beneficio para aquéllos».

Sentencia de 14 de octubre de 1935. González contra Flores. Sobre privación de la patria potestad Desestima recurso de Manuel González contra la Sala de la Audiencia de Sevilla sobre privación de la patria potestad promovida por Concepción Flores. El Tribunal Supremo: Es exigencia de las legislaciones modernas muy en armonía con la tradición ético-jurídica española, la atemperación de la patria potestad, en interés de los hijos y de la sociedad, en la prevención y represión de abusos. Se ha de combatir todo exceso de autoridad opuesto a los intereses morales de los hijos.

Sentencia de 3 de marzo de 1950. Mendiola contra Gondra. Desestima recurso de doña Ildefonsa Mendiola contra la Sala de la Audiencia de Burgos, en autos promovidos por don Primitivo Gondra, sobre reconocimiento de su derecho a tener en su compañía un hijo habido de legítimo matrimonio. El Tribunal Supremo: Hay que atender a las circunstancias que se presenten en favor de los menores. La patria potestad está estatuida modernamente en beneficio de los hijos.

Sentencia de 26 de noviembre de 1955: La patria potestad es simple medio para el cumplimiento de un deber. Es una institución tuitiva; un derecho-deber o un derecho-función.

Sentencia de 29 de septiembre de 1960: Desestima recurso de don Rafael P. García contra la Sala de la Audiencia de Madrid sobre recuperación de la patria potestad sobre su hija, de que le había privado el Tribunal Tutelar de Menores. El Tribunal Supremo habla del conjunto de derechos de la patria potestad como medio para el cumplimiento de deberes y cargas. Es una «función» (de interés público).

ciamiento Civil (y subsiguientes), al someter a licencia judicial, además, los efectos públicos y valores de toda especie, al portador y nominativos; los derechos de todas clases (núm. 3, invocado expresamente en la sentencia como de posible aplicación al caso), y las alhajas, muebles y objetos preciosos, no deteriorables. No toma la sentencia partido sobre la vigencia del precepto (aunque quizá implícitamente lo apunta como posible solución), que es considerado derogado por el Código civil por un buen número de autores, frente a la opinión de otro importante sector defensor de su aplicación. Los pareceres están muy divididos, si bien existe una cierta mayoría en favor de estimar la derogación.

Estima CASTÁN VÁZQUEZ (*La patria potestad*) (3) que en esta cuestión habrá que atender, más que al concreto carácter físico de los bienes u objetos, que precisarán la supervisión judicial (al modo del 2.011), a la importancia jurídica que tenga la operación para el menor, sea cual fuere su naturaleza. En definitiva, empero, parece ser opinión doctrinal corriente en la actualidad no encerrarse en una rígida interpretación restrictiva que reduzca la fiscalización a los dos aislados preceptos del Código civil: la autoridad judicial debe tener intervención más amplia.

Es conveniente examinar, por ser interesante punto de referencia, lo que el Código civil dispone en materia de tutela en los artículos 269 (especialmente) y siguientes (hasta el 275); en efecto, el tutor precisa autorización del Consejo de Familia para un buen número de hipótesis (13 apartados), en que aparecen involucrados bienes y derechos del menor. Sus facultades se ven, pues, estrechamente fiscalizadas. Incluso el propio Consejo de Familia se encuentra con limitaciones en sus intervenciones y garantías frente a las mismas (no obstante su papel imparcial en la idea del legislador).

Otra cuestión es la contenida en el artículo 992 del Código civil: herencia deferida a menores o incapacitados; posibilidad de que el padre o tutor acepten o renuncien; limitaciones en este último supuesto. Y también podría traerse a colación el 225: en caso de prodigalidad, precisa la madre autorización judicial para enajenar bienes de los hijos comunes, que administra por inca-

(3) CASTÁN V., JOSÉ MARÍA: Op. cit., Ed. «Revista de Derecho Privado». Madrid, 1960.

pacitación del marido. Todo ello, que demuestra la intención de protección a los menores en la mente del legislador, parece llevar a una estimación amplia del problema, dando cabida a las fiscalizaciones en cada caso oportunas.

C) *La renuncia de los derechos de los hijos.*

Es el tema central que plantea la sentencia, desde la propia exposición fáctica. Como la renuncia de un derecho supone el ejercicio de un acto de disposición, ha de verse sometido a límites, especialmente si el derecho es de importancia, como en el caso que nos ocupa, no obstante su carácter de derecho de crédito. (Recordemos la opinión de CASTÁN VÁZQUEZ). No existe problema en admitirlo así.

Hay que apreciar el carácter que presenta dicha renuncia. No temos que aquí parece presentarse como muy discutible la nota de «gratuidad», por cuanto que la madre renunció a todo derecho de indemnización que pudiera corresponderles a ella o a sus hijos al haberle sido abonadas 110.000 pesetas. Parece con ello tener un cierto carácter transaccional. Evidentemente ello haría más ostensible la posibilidad de intervención judicial, si bien la sentencia parte de los supuestos más amplios ya comentados, considerando fiscalizable cualquier renuncia.

D) *La ineficacia del negocio. Su declaración de oficio.*

Parece ser la parte que podría suscitar más objeciones de esta resolución judicial. No dudamos que la finalidad a la misma es claramente de equidad. Pero resulta llamativo el que se predique una nulidad absoluta y automática del acto de renuncia, en lugar de someterlo a una nulidad relativa o anulabilidad (Considerando 4.º: «... podrán ser objeto de una declaración jurisdiccional de ineficacia liberatoria...», etc.).

No es éste el tratamiento habitual que se aplica a los actos dispositivos de los padres en que falta la preceptiva licencia judicial (enajenaciones inmobiliarias, transacciones). Estos actos por el momento subsisten y producen efectos hasta que se vean anulados y en ellos cabe la subsanación posterior. Concretamente, se ha dicho jurisprudencialmente con referencia a la transacción

que la aprobación judicial es necesaria no para la validez inicial del acto, sino para su consumación, para el momento en que producirá efectos, siendo susceptible de prestarse con posterioridad (4). Esta afirmación aparece destacada por CASTÁN VÁZQUEZ.

(Ahora bien, se ha de advertir que ello aparece como posición dominante, pero no unánime, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros—por ejemplo, Resolución 28 de agosto de 1913—, donde se habla expresamente de «subsanción». Pero se han de registrar ciertas vacilaciones en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en que se configuran dichos actos como nulos desde un principio. Así la sentencia de 22 de junio de 1948, en que sin gran precisión técnica se habla de «hecho nulo» y «contrato nulo por disposición de la Ley», y especialmente la de 9 de diciembre de 1953, en que se afirma la nulidad de la venta de inmuebles no subsanable posteriormente por autorización judicial. Por tanto, en este sentido, no sería tan innovadora la sentencia analizada; aunque sí es novedad que se declare de oficio, sin haberse deducido previamente petición de parte).

Vemos, pues, que aparecen marcadas nuevas orientaciones.

Cuestión aparte es que la jurisdicción penal, por su específico carácter y potestad, esté facultada para entrar por sí en el examen del asunto, sin encontrarse constreñida por las fuertes limitaciones que el principio de congruencia impondría a la civil. Así lo da a entender la Sala. Limitémonos a apuntar la posibilidad de que una cuestión de este tipo pudiera ser deferida a la jurisdicción civil, al modo de una cuestión prejudicial de los artículos 3 a 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

PEDRO ANTONIO FERRER SANCHÍS,

Profesor Ayudante-Mentor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad. Valencia

Cátedra del Dr. Díez-Picazo.

(4) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1940: «... el padre o madre pueden transigir sin cumplimiento previo de formalidad alguna complementaria de capacidad, celebrando un contrato perfecto, siquiera para su consumación, esto es, para que surta efecto, sea precisa la aprobación judicial, cuya falta no determinaría la nulidad absoluta y radical, sino un impedimento para la consumación por defecto subsanable, quedando, entre tanto, en situación jurídica de anulable; todo ello conforme al 1.300 y 1.310 a 1.313 del Código civil». Es una sentencia representativa, como también la de 8 de junio de 1917.

2. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

El silencio administrativo positivo

I. INTRODUCCIÓN.

Una reciente sentencia de la Sala 4.^a (en la que ha sido ponente **FERNÁNDEZ HERNANDO**) plantea una vez más el problema del silencio administrativo positivo y sus efectos vinculantes respecto a la actuación administrativa ulterior. Me refiero a la sentencia de 20 de mayo de 1966.

A la vista de esta sugestiva sentencia, que, siguiendo una línea de progresiva doctrina jurisprudencial de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, ha sentado una correcta doctrina al aceptar los Considerandos de la sentencia apelada de la Audiencia de La Coruña, vamos a ocuparnos, una vez más, de las cuestiones que plantea el llamado silencio positivo (1).

Sabido es que, por los riesgos que supone el efecto positivo del silencio de la Administración, no se admite con carácter general. **GARRIDO FALLA**, refiriéndose al tema, reflejó así lo que es opinión general de la doctrina: «Que la solución es lógicamente absurda y que, además puede conducir a perjuicios irreparables para la Administración pública es algo indiscutible. Bastará en muchos casos la negligencia o falta de celo de los funcionarios adminis-

(1) Con anterioridad me he ocupado del tema en *El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella, Madrid, 1964, págs. 502 y sgs.; en *Derecho procesal administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1966, tomo II, págs. 479 y sgs., y en *El silencio administrativo*, en «Revista de Derecho Administrativo y Fiscal», número 7, págs. 53-57.

trativos para que los particulares se conviertan en administradores; cualquier petición, incluso la más absurda, de un particular, puede convertirse en un título jurídico a su favor por el solo hecho de que un plazo ha transcurrido. Pero hay más aún: puede presumirse desde ahora que esta institución no tendrá eficacia práctica alguna en orden a los extraordinarios beneficios que parecen concederse a los particulares. En efecto, una vez que se haya producido el silencio con valor estimatorio, ¿cómo obligar a la Administración a que ejecute dicho acto administrativo tácito?» (2).

Ahora bien, existen supuestos en que la interpretación afirmativa de la inactividad de la Administración no sólo no ofrece riesgo alguno, sino que resulta necesaria. Viene a ser una imposición de la naturaleza de los supuestos.

Tal es el caso de la intervención administrativa de la actividad de los particulares. Cuando, a través de la intervención, se condiciona la actividad privada a la obtención de una licencia, autorización o permiso del órgano administrativo, en el procedimiento incoado por el particular para llevar a cabo la actividad sujeta a limitación, el transcurso de un prudente período de tiempo sin que se notifique resolución ha de interpretarse en sentido estimatorio, a fin de que el particular pueda desarrollar normalmente sus actividades. Otra cosa supondría unos gravísimos perjuicios al administrado.

II. AMBITO DE APLICACIÓN.

Constituyendo el silencio con efecto afirmativo un supuesto especial dentro del silencio administrativo, únicamente será admisible en los supuestos que expresamente señale el Ordenamiento jurídico. Como dice una sentencia de 18 de mayo de 1964, «la doctrina del silencio administrativo nació como un medio de facilitar a los interesados la interposición de recursos, entendiendo desestimadas sus peticiones cuando sobre éstas no resuelve la Administración, causándoles perjuicios con su desidia, pero, en

(2) En *La llamada doctrina del silencio administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 16, págs. 86 y sigs.

cambio, el silencio positivo es una institución peligrosa para los intereses públicos, a los que puede causar trastornos esa misma desidia, y por eso en el artículo 38 de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa, así como en los artículos 94 y 95 de la Ley de procedimiento administrativo, se ha establecido que el silencio administrativo negativo es la regla general, y únicamente cuando un precepto expreso de la Ley lo disponga se podrá aplicar el silencio administrativo positivo». Y otra de 8 de mayo de 1965 (ponente: FERNÁNDEZ HERNANDO) dice: «Si bien la teoría del silencio administrativo se ha formulado, normalmente, en el sentido de refutar la inactividad de la Administración, significa una desestimación al efecto de deducir frente a la denegación presunta el correspondiente recurso (arts. 94 de la Ley de procedimiento administrativo y 38 de la de la jurisdicción contencioso-administrativa), se admite también la excepción de silencio positivo cuando así se establezca por disposición expresa» (art. 95 de la Ley de procedimiento administrativo). La Ley de procedimiento administrativo, artículo 95, no contiene una regulación unitaria y admite todos los casos de silencio que se establezcan por disposición expresa. ¿Cuáles son los supuestos de silencio positivo? En el proyecto remitido a las Cortes por el Gobierno figuraba el supuesto más característico del silencio positivo: el artículo 99, párrafo primero, apartado a) del proyecto señalaba el caso de las «autorizaciones previas al ejercicio de derechos subjetivos, salvo si estuviera dispuesto lo contrario o fuese discrecional su otorgamiento.» Inexplicablemente, en el texto definitivo de la Ley se ha suprimido dicho supuesto, con lo que los casos de silencio positivo han quedado reducidos a los siguientes:

1. *Que se establezcan por disposición expresa.*

Como dice la sentencia de 18 de mayo de 1964 (ponente: DOCAVO), «el silencio negativo es la regla general, y únicamente cuando un precepto expreso de la Ley lo disponga se podrá aplicar el silencio administrativo positivo».

Es indudable que el precepto se refiere a aquellos casos en que así se regule para materias determinadas, y no a aquellos preceptos anteriores que preveían el silencio administrativo con carác-

ter general, como el Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Trabajo, que ha sido derogado.

Uno de los supuestos característicos del silencio positivo es el regulado en el artículo 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, al que remite el artículo 165, párrafo segundo, de la Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956. En el apartado 5.º de dicho artículo 9.º se dice que «las licencias para el ejercicio de actividades personales, parcelaciones en sectores para los que exista aprobado plan de urbanismo, obras e instalaciones industriales menores y apertura de pequeños establecimientos, habrán de otorgarse o denegarse en el plazo de un mes, y las de nueva construcción o reforma de edificios e industrias, apertura de mataderos, mercados particulares y, en general, grandes establecimientos, en el de dos, a contar de la fecha en que la solicitud hubiere ingresado en el Registro general». Y el apartado 7.º del mismo artículo dice: «Si transcurrieran los plazos señalados en el número 5.º, con la prórroga del periodo de subsanación de deficiencias, en su caso, sin que se hubiera notificado resolución expresa: a) El peticionario de licencia de parcelación, en el supuesto expresado, construcción de inmuebles o modificación de la estructura de los mismos, implantación de nuevas industrias o reformas mayores de las existentes, podrá acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo, donde existiere constituida, o, en su defecto, a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, y si en el plazo de un mes no se notificare al interesado acuerdo expreso, *quedará otorgada la licencia por silencio administrativo...* c) Si la licencia instalada se refiere a obras o instalaciones menores, apertura de toda clase de establecimientos, y, en general, a cualquier otro objeto no comprendido en los apartados precedentes, *se entenderá otorgada por silencio administrativo.*» Luego en el supuesto del apartado a) es necesario que el interesado acuda a la Comisión Provincial de Urbanismo (sentencias de 27 de abril de 1963 y 3 de noviembre de 1964). Pero en el supuesto del apartado c) del número 7 del citado artículo 9.º, cuando se pide licencia de apertura de establecimiento, basta el transcurso del plazo de un mes, a partir de la fecha de solicitud para que se entienda concedida la licencia por silencio administrativo positivo (sentencia de 23

de octubre de 1964). «Lo que justifica la aplicación de la teoría del silencio administrativo positivo en materia de licencias municipales—dice la sentencia de 8 de mayo de 1965—es la propia naturaleza de estas autorizaciones administrativas, que, al permitir el ejercicio de un derecho del que ya era titular el autorizado, previa valoración de la legalidad de tal ejercicio, en relación con la zona del orden público que el sujeto autorizante debe tutelar, muestra cómo mediante la licencia no se amplía el patrimonio del autorizado, con la adición de un bien o un derecho que antes no tuviera, si bien es cierto que con ella se dilata su esfera jurídica, mediante la eliminación de las cortapisas establecidas previamente por el Ordenamiento, al objeto de que el ejercicio de ciertos derechos por el particular no puede hacerse sin un previo control administrativo, sin que aquella remoción implique la transferencia de derecho alguno del ente autorizante al sujeto autorizado, por lo que nuestro más Alto Tribunal ha declarado que el otorgamiento de una licencia consiste en una autorización a un particular para realizar un acto que está permitido y se exige para averiguar si se cumplen las condiciones requeridas» (Sentencia de 17 de diciembre de 1959).

Aparte de estos supuestos, puede señalarse también el previsto en las normas sobre elaboración de Reglamentos laborales y en el artículo 366, apartado 2.º de la Ley de régimen local (3). Y el artículo 33 del Reglamento de industrias molestas, incómodas, insalubres y peligrosas, a que se refiere la sentencia de 20 mayo de 1966, al decir: «Que a la vista de estos hechos y del tenor literal del artículo 33 del Reglamento de industrias molestas, incómodas, insalubres y peligrosas, concretamente en su apartado 3.º, letra d), 'transcurridos seis meses desde la fecha de la solicitud sin que hubiera recaído resolución ni se hubiese notificado la misma al interesado, quedará otorgada la licencia por silencio positivo', es evidente que, presentada la solicitud de licencia de la industria que nos ocupa el 13 de noviembre de 1962, el 13 de mayo de 1963—dos meses después—en sentido contrario

(3) ASÍ, BAENA DEL ALCÁZAR, en *Efecto afirmativo del silencio de la Administración*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 123, págs. 326-330, si bien no todos los supuestos que el mismo cita pueden considerarse silencio positivo.

a la licencia, conculcó el principio de que 'la Administración no puede volver sobre sus propios actos declarativos de derechos', sino a través de la lesividad y previo cumplimiento de los supuestos que la legislación vigente en la materia preceptúa, principio aquel recogido en el artículo 369 de la Ley de 24 de junio de 1955, 110 de la Ley de 17 de julio de 1958, 37 de la Ley Jurídica de la Administración del Estado y 56 y siguientes de la Ley jurisdiccional, silencio positivo contemplado subsistente y al cual se remite el artículo 95 de la Ley de 17 de julio de 1958, al manifestar que 'el silencio será positivo sin necesidad de denuncia de mora cuando así se establezca por disposición expresa', disposición expresa a la que aluden las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1958 y 8 de junio de 1961, entre otras, por lo que, al contemplar la Ley rectora de todo el Procedimiento Administrativo el silencio positivo, sin más requisito 'que el que una disposición expresa lo autorice', y, existiendo el referido artículo 33. apartado d) de su párrafo tercero del Reglamento de 31 de noviembre de 1961, en que así lo impone, es evidente que el mismo tiene toda la virtualidad que el legislador quiso darle, no vulnerando el calendado precepto del artículo 95 de la Ley de 17 de julio de 1958, ya que, en el mismo se contempla la existencia de silencio positivo, sin más requisitos que su establecimiento por disposición expresa—sin necesidad de que sea de la categoría de una Ley—, pues basta para ello referirse, amén de la interpretación literal del aludido artículo 95 de la Ley de 17 de julio de 1958—que habla solamente de disposición expresa—, a las sentencias antes referidas del Tribunal Supremo, y, en especial, a la realidad del artículo 9.º del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955, cuyo silencio positivo somete diariamente a la consideración de los Tribunales contenciosos y se admite infinidad de veces por el Alto Tribunal».

2. Que se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores.

Así lo señala el artículo 95 de la Ley de procedimiento administrativo. En estos casos, la propia Ley establece el silencio con

efecto afirmativo. Ahora bien, se plantea el problema de si el precepto contempla únicamente el supuesto de relaciones entre órganos de una misma entidad o ha de aplicarse también a las relaciones entre entidades distintas.

Aun cuando la redacción del precepto no es muy afortunada al hablar, por un lado, de funciones de tutela—que en sentido propio son relaciones entre entidades distintas—, y, por otro, de funciones de órganos superiores sobre inferiores, hay que considerar aplicable el precepto a uno y otro tipo de relaciones, tanto a las de fiscalización de un órgano sobre otro, sean de la misma o de distinta entidad, como a las de tutela de una entidad sobre otra (4).

En sentencia de 19 de junio de 1965 (ponente: FERNÁNDEZ HERNANDO), se considera aplicable el silencio positivo cuando, aprobado inicialmente por un Ayuntamiento un proyecto de alineaciones y rasantes, se eleva a la Comisión de Urbanismo y transcurren seis meses sin que recaiga acuerdo expreso de éste, en virtud «de lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 32 de la Ley del Suelo, armonizado con el 95 de la Ley de procedimiento administrativo, pues la aprobación tácita se produce lo mismo cuando el proyecto no es reparado que cuando por serlo se eleva otra vez al organismo urbanístico».

En la regulación del Area Metropolitana de Madrid existen algunos supuestos de aplicación del silencio positivo. Concretamente, se entenderán aprobados por silencio administrativo, por el transcurso de dos meses, desde la remisión del oportuno proyecto a la Comisión del Area: los planes parciales de Ordenación, los proyectos de urbanización y las Ordenanzas sobre uso del Suelo y edificación (arts. 40, 42 y 45 del Reglamento, aprobado por Decreto 3.088/1964, de 28 de septiembre).

III. REQUISITOS.

El silencio positivo, en principio, se producirá automáticamente, sin necesidad de denuncia de mora. Según el artículo 95 de la Ley de procedimiento administrativo, para que se produzca el acto presunto han de darse los requisitos siguientes:

(4) BAENA DEL ALCÁZAR: *Efecto afirmativo*, cit. págs 331-332.

1. *Transcurso del tiempo.*

El artículo 95 dice que «si las disposiciones legales no previeran para el silencio positivo un plazo especial. éste será de tres meses, a contar desde la petición». Sin embargo, lo normal es que las disposiciones que regulan el silencio positivo establezcan plazos especiales sobre silencio.

Esta diversidad de régimen jurídico ha sido elogiada, «pues la diversidad de supuestos en que la Ley atribuye efectos afirmativos al silencio impone necesariamente plazos diferentes» (5).

2. *Innecesariedad de denuncia de mora.*

El artículo 95 dice: «El silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca...» De aquí la afirmación inicial de que el silencio se produce automáticamente.

Sin embargo, en la regulación especial de algunos de los supuestos concretos de silencio no basta la petición y el transcurso de tiempo para que se entienda producido el acto, sino que se exige reiterar la petición ante organismo distinto, según hemos señalado al referirnos al artículo 9.º, apartado 5.º del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales.

Pero, si no se dice nada expresamente en la disposición reguladora del silencio, basta el simple transcurso del tiempo. Así, la sentencia citada de 20 de mayo de 1966.

IV. EFECTOS.

Los efectos del llamado silencio positivo ofrecen diferencias acusadas respecto del negativo, como ha puesto de relieve BAENA DEL ALCÁZAR (6). Es cierto que en uno y otro supuesto se trata de consagrar una norma de garantía. Pero mientras en un supuesto—silencio negativo—se trata únicamente de posibilitar el ejercicio de derechos y recursos, en el otro se llega a más: se

(5) BAENA DEL ALCÁZAR *Efecto afirmativo*, cit. pág. 338.

(6) *Efecto afirmativo*, cit. págs. 339-341.

llega a la estimación de la petición deducida, estimación que obedece, según ROYO-VILANOVA (S.), a la necesidad de proteger los intereses de los administrados en ciertas circunstancias, especialmente cuando el mantenimiento de la situación habría de causar un grave perjuicio o bien obedece a la preocupación de eliminar la desidia o negligencia, posibles estorbos de la delicada máquina de las organizaciones administrativas (7).

En consecuencia, son efectos propios del silencio positivo los siguientes:

1. *Que se produce la estimación con todos los efectos que de la misma deriven.*

No parece aplicable a los casos de silencio administrativo el principio que establece la obligación de dictar resolución expresa (art. 94, párrafo segundo, de la Ley de procedimiento administrativo) (8).

2. *La existencia del acto constituye un límite a la actuación administrativa ulterior.*

La Administración, frente a dicho acto, podrá ejercer sus facultades de revisión, única y exclusivamente dentro de los cauces legales. De aquí que si del acto derivan derechos subjetivos no podrán ser revocado ni anulado por la Administración, salvo en los supuestos de nulidad absoluta o anulabilidad por infracción manifiesta de la Ley.

En este sentido, una sentencia de 23 de noviembre de 1962, resumiendo la jurisprudencia anterior, sienta esta correcta doctrina: «Que conforme a los artículos 165 y 166 de la Ley del Suelo, en relación con los artículos 8.º y 9.º, números 5.º y 7.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, estarán

(7) ROYO-VILANOVA (S.): *El silencio positivo de la Administración y su interrupción en materia municipal*, «Revista de Estudios de la Vida Local», número 48, pág. 898, al que sigue BAENA DEL ALCÁZAR, *Naturaleza jurídica del silencio de la Administración*, «Revista de Estudios de la Vida Local», número 121, pág. 20.

(8) En el mismo sentido, BAENA DEL ALCÁZAR: *Efecto afirmativo*, cit. páginas 339-340.

sujetas a previa licencia las obras de nueva planta y la modificación de estructuras y aspecto exterior de las que existan, siendo competente para expedirla el Ayuntamiento de la localidad, que habrá de concederla o denegarla, con expresión de motivos en este último supuesto, en el plazo de dos meses, transcurrido el cual sin que hubiera notificado resolución expresa, el peticionario podrá acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo; y si en el término de otro mes no recayera acuerdo expreso quedará otorgada la licencia por silencio administrativo. Que, armonizados tales preceptos con el artículo 95 de la Ley de procedimiento administrativo, que admite excepcional y explícitamente el efecto afirmativo del silencio en materia de autorizaciones, resulta indudable que, al revés de lo que ocurre en el supuesto general de silencio con signo negativo, la Administración no puede modificar mediante la emisión de un acto posterior expreso la situación jurídica creada automáticamente por el transcurso del plazo dentro del cual estaba obligada a resolver, en cuya virtud los derechos subjetivos de aquélla dimanantes gozan de idénticas garantías de seguridad y permanencia que los declarados por acuerdo expreso y categórico regidos por el artículo 369 de la Ley de régimen local, y como tal, irrevocables, salvo en trámite de reposición; criterio que es también el de la jurisprudencia, como es de ver en sus decisiones de 29 de septiembre de 1951, 29 de enero de 1958 y 8 de junio de 1961» (9). En el mismo sentido, sentencia de 8 de mayo de 1965.

La sentencia de 3 de noviembre de 1964 (ponente: FERNÁNDEZ HERNANDO) dice que, al relacionar los artículos 165 y 166 de la Ley del Suelo y artículos 8.º y 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales «con el artículo 95 de la Ley de procedimiento administrativo, que admite por vía de excepción el efecto positivo del silencio en materia de autorizaciones, y con el artículo 369 de la Ley de régimen local, anunciar del principio de irrevocabilidad de los acuerdos declaratorios de derechos, se evidencia que, al revés de lo que ocurre en el supuesto general de

(9) GONZÁLEZ PÉREZ: *El procedimiento administrativo*, cit. págs. 520-522, y GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre silencio administrativo y recurso contencioso*, «Revista de Administración Pública», núm. 47, págs. 224-226.

silencio con signo negativo, la Administración no puede, en ninguna de sus esferas, desconocer, contradecir ni alterar mediante la emanación de un acto posterior expreso la situación jurídica consolidada al amparo de tácito originario».

Y, por último, la sentencia que motiva estos comentarios, la de 20 de mayo de 1966, al aceptar el quinto Considerando de la sentencia apelada de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia de La Coruña reitera en los siguientes términos esta correcta doctrina jurisprudencial: «... el silencio positivo—aún reconociéndose los perjuicios que puede irrogar a la Administración—opera *ope legis*, y tan pronto como el plazo que lo engendra se realiza, independientemente de si lo pedido es o no viable, pues si no lo es la Corporación pudo y debió resolver expresamente antes del cumplimiento de plazo que le configura, pues, transcurrido éste, sólo le queda a la Corporación el instituto de la lesividad; pero lo que en modo alguno puede hacer es dictar otro acto, con olvido del anterior, que engendró derechos subjetivos, pues, de admitirse así, se conculcaría el principio de que 'la Administración autora de algún acto engendrador de derechos no podría revocarlos de oficio, sino a través del cauce de la lesividad', principio programático de ineludible observancia impuesto por el artículo 369 de la Ley de régimen local y artículos 110 y 37 de la Ley de 17 de julio de 1958 y 26 de julio de 1957, respectivamente, y esto es así, no sólo por la propia naturaleza de la institución que examinamos, sino también por el parecer del propio Tribunal Supremo—entre cuyas sentencias tenemos las de 24 de febrero de 1961—, criterio avalado por la de 3 de octubre de 1963 antes reseñada, en el sentido de que '... es dable concluir que la licencia de apertura solicitada fue concedida por acto tácito ante la pasividad de la Administración, y de dicho acto surgieran en favor del administrado unos derechos que la Administración no puede desconocer dictando acto posterior al reconocido que implica una revisión de oficio de un acto administrativo creador de derechos y protegido por lo dispuesto en el artículo 369 de la Ley de régimen local... aun cuando admitiera que el acto denegatorio de la licencia está ajustado a la Ordenanza correspondiente; mas, insistimos, al existir un acuerdo de

la Corporación—aunque sea tácito—que, concedida la licencia, no puede ser revocada por la Corporación más que a través del correspondiente recurso de lesividad...' y sigue diciendo la sentencia, '... para denegar una licencia ha de hacerlo válidamente dentro del plazo que fija el artículo 9.º del Reglamento de servicios..., porque, transcurrido el mismo..., la licencia formulada se entiende concedida; y tercero, por cuanto sean cuales fueran las circunstancias y condiciones concurrentes a la petición, huelga su examen por ser preclusiva la concesión del Ayuntamiento, a la vista del transcurso del plazo que de otro modo lo preceptúa', siendo de destacar la última de las citadas, por cuanto expresamente se remite a un caso idéntico al contemplado, si bien también referible al artículo 9.º del Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales, siendo de destacar, por cuanto se dictó por el Alto Tribunal para un recurso de esta Sala, y a tenor del cual, 'considerando en orden al punto tercero contraído a la conculcación de eficacia del acto presente, cabe afirmar que la licencia de construcción, en cuanto declarativa de los derechos del propietario..., es válida, toda vez que en su otorgamiento concurrieron los presupuestos subjetivos y objetivos que las normas legales aplicables requieren para que la inactividad resolutoria de la Administración se traduzca en afirmación concesional; pero como quiera que las licencias de policía operan dentro de los límites estrictamente reglados..., se infiere de ello que la licencia concedida (por la tácita) es anulable—aquí después de concedida por silencio positivo y habida cuenta que la misma conculcaba preceptos que se oponían a su otorgamiento, después de otorgado, la Corporación de La Coruña recurrió contra ella a través del cauce de la lesividad—, en cuanto pretende ampararse en ella, facultades relativas al uso y edificación del suelo que el Ayuntamiento no podía legalmente autorizar con arreglo a la pauta urbanística que condicionaba su actividad en la materia..., de todo lo cual cabe concluir afirmando la anulabilidad parcial del acuerdo municipal pugnado por lesivo y la procedencia de revocar el contenido presunto de la licencia, a fin de acomodarlo a las disposiciones urbanísticas que regían...', 'por todo lo cual el acuerdo recurrido infringe, clara y abiertamente, el Ordenamiento jurídico, y debe ser anulado, pues, si bien es verdad que la Corpora-

ción demandada podía, no obstante el criterio de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos de Orense, no dar la licencia por motivos de competencia municipal—art. 30, apartado 1.º del Reglamento de 30 de noviembre de 1961, único supuesto por el que la Corporación demandada podía prescindir del informe vinculante de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, en otro caso vinculante, art. 7.º, apartado c) del susodicho Reglamento—, tal negativa quedaba reconducida a su ejercicio dentro del plazo preclusivo del artículo 33, número 2, apartado d), y, al no hacerlo, la licencia se entiende concedida por silencio positivo, ya tan clara como palmariamente, a partir del 13 de noviembre de 1962, a favor de don Cástor G. S.».

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

Catedrático de Derecho Administrativo.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

CIVIL

II.—PROPIEDAD.

SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1966.—*Propiedad horizontal. Institución sui generis de carácter complejo. A quién corresponde su representación en juicio. No hay analogía entre propiedad horizontal y sociedad.*

Se planteó en esta litis, además de otras cuestiones de hecho, el interesante problema jurídico de si tratándose de una comunidad de casas por pisos, todos los integrantes de la misma, en conjunto, o cualquiera de ellos aisladamente, pueden ejercitar cualquier acción en reclamación de daños que se les hubieren causado en sus participaciones privativas, o, incluso, en los elementos comunes cuyo uso, disfrute o aprovechamiento les pertenecen en proindivisión, o si, por el contrario, y cual pretende la entidad recurrente, tales acciones tienen que ser ejercitadas por el Presidente de la comunidad, a quien el artículo 12 de la Ley confiere la representación para actuar en defensa, tanto de los derechos privativos como de los relativos a los elementos comunes.

Para resolver adecuadamente este sugestivo problema, dice la sentencia, es necesario parar mientes en la naturaleza de esta especial comunidad, que nuestra ley—a diferencia del proyecto, que la titulaba propiedad por apartamentos—denomina «propiedad horizontal», y que otros ordenamientos llaman de «casas por pisos», «condominio de casas», «fracción autónoma», «comunidad pro diviso», y a la cual distintos autores pretenden identificar con otras instituciones con las que, en algún particular extremo, tienen cierta semejanza, aunque en el conjunto de ellos discrepen en absoluto: servidumbre, sociedad, cuasi contrato, colectividad sin personalidad jurídica, comunidad social, superposición de propiedades, copropiedad con indivisión forzosa, mancomunidad solidaria.

Que sea cual sea la naturaleza jurídica de esta institución especial, lo cierto es que nuestra jurisprudencia—después de la sentencia de 6 de abril de 1946—la configura como una institución *sui generis* de carácter complejo, a la que es inútil buscarle semejanzas e identidades parciales para que sea absorbida en otros tipos clásicos, ya que no es una comunidad, en cuanto existen elementos privativos de los varios propietarios, siquiera coexista esa pro-

piedad privativa con el condominio en proindivisión sobre los elementos comunes necesarios para el uso y disfrute de aquéllos; y lo mismo proclama nuestra legislación, comenzando por la Ley de 25 de octubre de 1939, que reconocía la existencia de «un derecho singular y exclusivo de propiedad en cada piso», con «un derecho de copropiedad sobre los elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute», y terminando por la de 21 de julio de 1960—que es la vigente—, que en su artículo 3.º, al señalar los derechos de los comuneros, tiene buen cuidado de puntualizar que tienen «al derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente... y la copropiedad, con los demás dueños del piso o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes».

Que, consiguientemente, configurada esta especial institución como yuxtaposición de esas dos distintas clases de propiedad, se comprende fácilmente *que todos los que sean titulares de ella, bien en conjunto, o bien aisladamente*—y aun existiendo Presidente designado—, podrán ejercitar toda clase de acciones tendentes al resarcimiento de daños o a la indemnización de perjuicios que se les haya irrogado, lo mismo con relación a sus propiedades exclusivas que con referencia a los elementos comunes, ya que los daños en aquéllas o en éstos le afectan a su derecho particular, que requiere necesariamente la utilización de los elementos comunes.

Que este reconocimiento de legitimación en los propietarios, que nuestra ley no hace de manera expresa, es afirmado en algún Ordenamiento extranjero, que, como la ley búlgara de 8 de febrero de 1951, admite la posibilidad de que cada propietario intervenga personalmente como parte en los procesos, aunque el Presidente represente a la comunidad; y lo es también por la jurisprudencia de otros países, que ha admitido que el propietario singular pueda obligar a retirar una construcción abusiva, o pueda reclamar la indemnización que le corresponda contra el causante de los daños; porque los poderes de gestión, de representación y de disposición están limitados en esta especial comunidad al ámbito de la administración y buen uso del edificio, sin interferencia en los derechos autónomos que corresponden individualmente a cada propietario.

Que, a mayor abundamiento, la analogía que la recurrente pretende ver entre la llamada propiedad horizontal y la sociedad es totalmente inexistente, porque en ésta surge un ente social distinto de los componentes y con patrimonio diferente del particular de ellos, lo cual no sucede en esa especial comunidad que contempla el recurso.

SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1966.—*Enriquecimiento sin causa. Revisión de precios. De ella deben participar los subcontratistas.*

La cuestión debatida, en síntesis, fué si la revisión de precios establecida en el Decreto-Ley de 18 de enero de 1957, como consecuencia de la cual el adjudicatario contratista de determinadas viviendas cobró importantes cantidades de la Administración, debía beneficiar a los que habían subcontratado con él y habían realizado obras parciales en las viviendas (las de carpintería y fontanería), y, por tanto, si de lo cobrado por el contratista debía pagarles a los subcontratistas lo que fuera proporcional.

El Juzgado dictó sentencia por la que declaró el derecho de los actores a la revisión de los precios que, respectivamente, concertaron con el demandado para la realización por parte de aquéllos de la carpintería y fontanería y mano de obra para su instalación, de la obra de 430 viviendas de renta limitada de la Obra Sindical del Hogar y Arquitectura, primera y segunda fases, en Puerto de Sagunto, grupo «Salas Pombo», como consecuencia del derecho de revisión aprobado por la Administración al demandado en su día, y que existía a costa de los demandantes, un enriquecimiento sin causa, por parte del demandado, representado por la ventaja patrimonial que para el mismo constituía la parte que correspondía a aquéllos en el importe de la revisión oficial de los precios, relativos a la carpintería y fontanería y mano de obra para su instalación, de la obra dicha, cuyo importe cobró en su día el demandado, condenando a éste al pago a los actores el importe que, respectivamente, les correspondía en la mencionada revisión de precios, cuya cuantía se determinaría en ejecución de sentencia, con arreglo a las siguientes bases: 1.ª Se calcularía la base revisable averiguando el tanto por ciento de baja de los precios de subcontrata en relación con los presupuestos base de la subasta por la que se adjudicaron las obras al demandado, y reduciendo este porcentaje de las cantidades base de revisión de carpintería y fontanería concedida al demandado, que figuraban a los folios 262 y 265 de los autos. 2.ª Se aplicarían a las nuevas bases que resultasen los siguientes porcentajes de aumento: A) En cuanto a carpintería: 1) A la obra ejecutada en noviembre de 1956, el 8,44 por 100; 2) a la que lo fué en diciembre del mismo año, el 21,80 por 100, y 3) a la posterior y adicional, el 22,50 por 100. B) Respecto a la de fontanería: 1) A la obra ejecutada en noviembre de 1956, el 5,57 por 100; 2) a la que lo fué en diciembre del mismo año, el 18 por 100, y 3) a la posterior y adicional, el 18 por 100. Todo ello con expresa imposición de las costas al demandado.

La Audiencia, en apelación, dictó sentencia por la que revocó íntegramente la apelada y absolvió al demandado, sin condena en costas en ninguna de las instancias.

Interpuesto recurso de casación, el T. S. casa y anula la sentencia de la Audiencia, y dicta otra por la que confirma la del Juzgado de Primera Instancia, salvo en el extremo de costas, de las que no se hace expresa imposición en ninguna de las instancias.

Razonó así:

Considerando que como ha declarado esta Sala en sus sentencias de 12 de enero de 1943, 28 de enero de 1956 y 22 de diciembre de 1962, el principio según el cual «nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro», está recogido por copiosa jurisprudencia que lo invocó para atender a múltiples situaciones en que la equidad exigía su aplicación. Dicha máxima, además, tiene en nuestro Ordenamiento jurídico, no sólo la significación de un principio general de Derecho aplicable como fuente de carácter subsidiario, sino muy acusadamente la de una institución jurídica recogida en una serie abundante de preceptos legales, siquiera sea en forma inconexa, sin verdadera y propia sistematización generalizadora, siendo indudable que en todo caso 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 de enriquecimiento, en relación con las particularidades que presente el respectivo desplazamiento patrimonial, y con los elementos y requi-

sitos que ha de reunir la noción del enriquecimiento sin causa para ser un saludable postulado de equidad y justicia y no un motivo de grave perturbación y trastorno en la seguridad de las relaciones jurídicas.

Considerando que la doctrina científica exige como presupuestos o requisitos para que pueda ejercitarse la pretensión por enriquecimiento: 1.º Un enriquecimiento por parte del demandado, representado por la obtención de una ventaja patrimonial, que puede producirse por un aumento del patrimonio (*lucrum emergens*) o por una no disminución del patrimonio (*damnum cesans*). 2.º Un empobrecimiento por parte del actor, representado a su vez por un daño, que puede constituir *damnum emergens* (daño positivo) y *lucrum cesans* (lucro frustrado), del que haya sido consecuencia el enriquecimiento del demandado. 3.º Falta de causa que justifique el enriquecimiento. 4.º Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa; exigiendo también la jurisprudencia, para aplicar las normas de equidad y de Derecho que informan la prohibición de enriquecerse a costa de otro, como requisitos esenciales, la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, que puede producirse tanto por un aumento del patrimonio (*lucrum emergens*) como por una no disminución del mismo (*damnum cesans*) (sentencia de 12 de enero de 1943), un correlativo empobrecimiento del actor, consecuencia de la ventaja obtenida por el demandado (sentencias de 24 de junio de 1920, 8 de octubre de 1927, 11 de julio de 1940, 2 de julio de 1946, 29 de abril de 1947, 24 de septiembre de 1953 y 9 de noviembre de igual año), existiendo una conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento por virtud del traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado (sentencias de 9 de abril de 1949, 28 de octubre de 1950 y 31 de octubre de 1951), y una falta de causa o justificación (sentencias de 2 de julio de 1946, 29 de abril de 1947 y 24 de octubre de 1951), lo que es compatible con la buena fe (sentencias de 6 de junio de 1951 y 16 de junio de 1952), no enriqueciéndose torticeramente, el que adquiriera una utilidad en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado (sentencias de 13 de noviembre de 1884, 14 de octubre de 1885 y 29 de abril de 1947), o en virtud de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso (sentencias de 30 de octubre de 1888, 11 de marzo de 1892, 5 de mayo de 1905, 24 de junio de 1920, 25 de noviembre de 1935, 23 de diciembre de 1942, 12 de enero de 1943, 12 de abril de 1945, 22 de marzo y 26 de junio de 1946, 9 de abril de 1947, 5 de julio de 1948, 5 de diciembre de 1953 y 9 de mayo de 1955), o en virtud de una sentencia que lo estima procedente en Derecho (sentencias de 21 de mayo 1948), no siendo posible sostener, cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos, que pueden lesionar la equidad, que los beneficiados indirectamente por ellas se enriquezcan injustamente (sentencia de 23 de noviembre de 1946).

Considerando que la doctrina legal expuesta es plenamente aplicable al caso de autos, produciendo la estimación del motivo tercero y con ella la del recurso en su totalidad, porque habiendo obtenido el demandado adjudicatario de la construcción del grupo de viviendas «Salas Pombo» la revisión de precios al amparo del Decreto-Ley de 18 de enero de 1957, y cobrado su total importe, cuando había subcontratado con los actores, hoy recurrentes, la realización material de los trabajos de carpintería, fontanería y mano de obra para su instalación en el repetido grupo de 430 viviendas, la repercusión en los costos de los aumentos ocasionados en la mano de obra y en los materiales de construcción de 1956 por las excepcionales circunstancias que obli-

garon a la revisión, recayeron en estos trabajos directa y exclusivamente en ellos. originando para éstos el alza de precios producida, las naturales pérdidas, que fueron las que el legislador pretendió compensar, y que se traduce en una notable ventaja patrimonial para el recurrido, frente al claro empobrecimiento de los recurrentes, sin que exista causa alguna que justifique el enriquecimiento del contratista, ni haya precepto legal alguno que excluya en este caso la aplicación de tal principio, que son las propias razones de interés social las que lo imponen, aunadas con las de equidad a las que se refiera la exposición de motivos del Decreto-Ley de 18 de enero de 1957, debiendo ser partícipes del beneficio, todos cuantos soportaron las circunstancias, más onerosas que sirvieron de fundamento a la revisión de precios alcanzada por el recurrido frente a la Administración.

SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1966.—*Simulación relativa y contrato disimulado o subyacente. Requisitos para la validez de éste.*

La sentencia impugnada declaró que el contrato de compraventa era nulo por simulación relativa, y válida la donación disimulada por dicha compraventa.

El T. S. casó y anuló dicha sentencia y dictó otra por la que declaró la nulidad por simulación y la cancelación del asiento que produjo en el Registro de la Propiedad. No estimó válida la donación «disimulada».

Se basó en los siguientes argumentos: Hay que tener en cuenta que el artículo 1.276 del Código civil decreta la nulidad de los contratos en los que se hace expresión de una causa falsa, pero deja a salvo el caso de que estén fundados en otra verdadera y lícita, por lo que el negocio simulado es nulo por carecer de causa verdadera, y el disimulado, o sea el realmente querido, será válido si es lícito y reúne, además, los requisitos que corresponden a su naturaleza especial. Doctrina rigurosa que siempre ha sido exigida por la jurisprudencia contenida, entre otras muchas y por citar sólo las más recientes, en las sentencias de 10 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964 y 13 de mayo de 1965, declaratorias de que para que pueda admitirse la validez del negocio disimulado, es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar, y el cumplimiento de los requisitos que para su eficacia exige la Ley, pues lo contrario supondría la posibilidad de burlarlos, con las graves consecuencias que puede determinar el *fraudum legis*, por lo que el problema planteado consiste en determinar si la donación apreciada como contrato subyacente reúne o no las condiciones para su validez.

Que el contrato de donación ha de revestir los requisitos del artículo 633 del Código civil, precepto que exige para la *validez* de la donación de cosa inmueble que se haga en escritura pública, con expresión individual de los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, con lo que se sanciona que el requisito de forma es necesario para su validez, y al requerir, como contrato, el acuerdo de voluntades, se exige la aceptación del donatario mediante una auténtica manifestación de voluntad, que no puede ser sustituida por otros medios, dado que el artículo 630 de dicho Código prescribe que el donatario debe, *so pena de nulidad*, aceptar la donación, aceptación que puede hacerse en la misma escritura o en otra separada, de-

biendo en este caso notificarse en forma auténtica al donante para que quede obligado desde la perfección del vínculo (artículos 629 y 633), requisitos todos ellos que son indispensables para la validez y eficacia de la donación y cuyo cumplimiento no es posible soslayar.

Que la sentencia recurrida que declara que el contrato de compraventa otorgado en escritura de 27 de agosto de 1957 es simulado, encubriendo otro de donación que califica de válido y eficaz no puede prosperar, porque como en tal escritura no consta el *animus donandi*, ni la aceptación de los donatarios, ni se observó el requisito de forma exigido con carácter imprescindible, dado que la escritura pública otorgada fué para amparar a un contrato que se declara nulo, es evidente que la inobservancia de los requisitos legales hace que el contrato disimulado no pueda estimarse válido, y al declarar lo contrario la sentencia impugnada ha incidido en las violaciones que el motivo primero denuncia, lo que obliga a su estimación, con los pronunciamientos del artículo 1.745 de la Ley procesal, y ello hace innecesario el estudio de los restantes motivos.

SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1966.—*Perfeccion de los contratos. No afectan a ella las disposiciones administrativas que exigen aprobación de los mismos, sino, en todo caso, a la consumación.*

Otra vez ante el T. S. la cuestión de si la autorización, exigida por la legislación minera para los contratos que se refieran a concesiones y derechos mineros, es requisito o no, indispensable para la validez de aquéllos (véase el número 450-51 de esta Revista, pág. 1603).

Dice la sentencia:

Que al entrar en el examen de los motivos del recurso, de carácter meramente obstativo y referentes a la posible ineficacia de un contrato, para cuya plena efectividad, se requiere la autorización administrativa, es de observar, ante todo: A) Que el contrato concertado entre sujetos de derecho privado, aunque recaiga sobre objetos, cosas, valores, aprovechamientos o explotaciones que, por motivos de interés general, han de ser tutelados por la intervención administrativa, no pierde su naturaleza de convención civil, pese a la especialidad de la materia sobre que recae, y, por ello, basta para su perfección, con que se da la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 1.261 del Código civil; el contrato, pues, se perfecciona entre las partes, al consentir sobre la cosa y la causa que han de constituir el mismo, y aun cuando las disposiciones administrativas, impongan la aprobación del organismo público competente, ello no deja de ser un requisito complementario que no puede afectar a la «perfección», sino, en todo caso, a la «consumación» del contrato, cuando los actos que integran ésta, trasciendan, desde las partes que lo suscribieron, bien a los terceros ajenos a lo estipulado o a la propia Administración, que, en todo momento, podrá desconocer la eficacia, en cuanto a ella, de lo no aprobado por la misma, pero sin ser lícito a las partes, intentar sustraerse al cumplimiento de las obligaciones libremente pactadas, por la falta de ese requisito complementario, cuya consecuencia no procuraron, pudiendo hacerlo. Por ello, devienen inoperantes los dos primeros motivos del recurso, en que se plantea la cuestión, implicándola en un caso

de nulidad radical (motivo primero) por estimar, contra lo que acaba de exponerse que la aprobación administrativa es un requisito esencial para la existencia del contrato o llevádola más cautelosamente (motivo segundo) al terreno de las obligaciones condicionales, en forma de una supuesta *condictio juris*, extendiendo más allá de lo razonable al alcance de los artículos 1.113 1.114 del Código civil, que si bien se refieren a «toda obligación» al configurar las «puras», hablan después de «suceso» futuro o incierto o de suceso pasado que los interesados ignoran (artículo 1.113), en suma de un «acontecimiento» (artículo 1.114) cuyo carácter no cabe correctamente asignar, sin violentar tales expresiones al cumplimiento de un requisito complementario, que no nace del propio texto de la obligación, sino de una disposición ajena al mismo, que ni añade ni quita, en el terreno civil, fuerza a lo estipulado, respecto a los contratos mismos. El recurrente, en su escrito, cita las sentencias de esta Sala de 6 de octubre de 1953 y 11 de febrero de 1961, y, en el acto de la vista, la de 5 de julio de 1965; pero su doctrina es adversa a su tesis, siendo lo cierto que, como expresa la últimamente citada, «la constante jurisprudencia de esta Sala, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley de Minas, viene reiteradamente declarando que la autorización administrativa es un requisito formal de tal índole, a cuyo cumplimiento pueden compelerse válidamente las partes contratantes, pero que no obsta a la validez y eficacia civil de los contratos perfeccionados con todos los requisitos esenciales entre los otorgantes, ya que aquélla no tiene otro alcance que el uso de la facultad de control que el Estado se reserva para inspeccionar el cumplimiento de las limitaciones que, en cuanto al sujeto titular, la concede el artículo 35, por lo que su falta no puede producir la nulidad del convenio, sino en todo caso la carencia de efectos supeditados a la obtención de la autorización dicha». En el caso de autos, es obvio que el grado de consumación del contrato a que llegaron las partes no se supeditó ni quedó interferido por los efectos que pudiera haber producido la falta de obtención de la licencia o aprobación administrativa que ninguna solicitó.

SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1966 — *Contrato de mediación o corretaje. Obligación de pagar los honorarios aunque no se perfeccionó el contrato, porque la parte vendedora se negó a otorgar la escritura convenida, a pesar de haber sido requerida para ello. Los honorarios han de someterse a los Aranceles. No queda al libre arbitrio de los interesados concertar un precio superior.*

Es doctrina de esta sentencia.

Que el contrato en cuya virtud un Agente de la Propiedad Inmobiliaria se compromete con una persona física o entidad mercantil a proporcionarle comprador para la adquisición de un predio que aquélla desea vender, ya se le califique de *mandato* como lo hace el artículo 1.º del Decreto de 6 de abril de 1951; de *mediación*, según se desprende de los términos gramaticales en que está redactado tal precepto o de *corretaje*, según el criterio mantenido, entre otras, por las sentencias de esta Sala de 25 de enero de 1962 y 2 de mayo de 1963, lleva siempre consigo para el mandante u oferente, la obligación de satisfacer al intermediario el importe de la retribución convenida o de la

que procesa con arreglo a Derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.711 del Código civil, si se trata de la primera de las figuras jurídicas indicadas o de acuerdo con lo previsto en los 1.091, 1.254, 1.278 y demás concordantes de dicho Cuerpo legal en los restantes casos, ya que a ellos son aplicables tales normas a tenor de la doctrina consignada en la sentencia de 28 de febrero de 1957. Si bien en estos últimos supuestos la exigibilidad de ese deber se supedita al evento o *conditio facti* de que se consigna el resultado apetecido por los contratantes que no puede ser otro que la *consumación* (sentencias de 3 de junio de 1950 y 18 de octubre de 1956), o *perfección* de la venta proyectada (sentencias de 16 de abril de 1952 y 28 de noviembre de 1956) a la circunstancia de que el comitente se haya aprovechado de las gestiones del corredor o mediador para ultimar la operación (sentencias de 9 y 21 de octubre de 1965), sin que el cumplimiento de tal compromiso pueda enervarse por el desistimiento unilateral del vendedor, a no ser que fuera confirmado por el demandante (sentencia de 29 de noviembre de 1962), por no ser lícito al primero frustrar la actividad del segundo (artículo 1.119) dada la buena fe que debe presidir todo contrato (artículo 1.258), la imposibilidad de que la validez y eficacia de éste quede a su arbitrio (artículo 1.256) y la ilicitud de la renuncia de derechos en perjuicio de tercero (artículo 4.º, párrafo segundo), y como en la hipótesis aquí controvertida se concertó una estipulación de esta clase entre los actuales contendientes y en 23 de enero de 1962 se concluyó otra de promesa de venta de la finca discutida por la Entidad demandante con la persona al efecto presentada por el corredor, cuyo convenio no requiere para su consumación una nueva y especial manifestación de voluntad por la similitud que guardan sus consecuencias jurídicas con las derivadas de la compraventa (sentencia de 1 de julio de 1950) al haberse negado la vendedora a otorgar la correspondiente escritura pública, a pesar de los requerimientos notariales practicados para compelerle a ello en 5, 14 y 23 de abril del mismo año, tal conducta no la exonera ni puede servirle de impedimento para satisfacer al otro contratante el importe de la prima convenida.

Que el acuerdo judicial que dispone que los honorarios que se deban abonar a un Agente de la Propiedad Inmobiliaria por los trabajos realizados en el desempeño de sus funciones deberán ajustarse a las cantidades señaladas en los Estatutos que a tal fin hayan sido aprobados por el Colegio a que pertenece, no infringe ni puede infringir el contenido de los artículos 1.255 y 1.091 en relación con el 1.218 del Código civil, ni el 277 del mercantil en los conceptos que expresan los motivos primero, segundo, cuarto y quinto del recurso interpuesto por el demandante, porque los Aranceles oficiales de las personas sometidas a ellos por razón de su ministerio al constituir una medida de intervencionismo de carácter económico limitativa de la retribución de dichos profesionales deben ser respetados íntegramente, tanto por ellos como por las personas a quienes contratan, e incluso por los Tribunales de Justicia, según se infiere, por analogía de lo establecido en el artículo 423 de la Ley de Trámites, y de lo ordenado explícitamente para este caso concreto por el artículo 17 del Decreto de 6 de abril de 1955, cuando previene que dichos Agentes percibirán su retribución con arreglo a las tarifas que se determinen por su correspondiente Colegio, porque el verbo *percibir* empleado en sentido imperativo y por esta norma substantiva y por los artículos 18 y 58 del Estatuto de 29 de febrero de 1952, claramente indica que no se queda al libre

arbitrio de los interesados concertar un precio superior al señalado en los Aranceles, sobre todo cuando la operación iniciada se haya rescindido a voluntad del oferente por entrar entonces en juego la segunda parte del citado artículo 18, que para tal evento somete el pago del corretaje a las limitaciones indicadas, y siendo ello así, y oponiéndose lo contrario a lo prevenido en los preceptos enunciados anteriormente, es obvio que la tesis sostenida por el Juzgado de Instancia no resulta incorrecta y que al deber ser mantenida en esta fase del procedimiento provoca la repulsa de dichos motivos y con ella la de la totalidad de los dos recursos formulados.

BARTOLOMÉ MENCHÉN.

Registrador de la Propiedad

Fiscal

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 27 de mayo de 1966.

NORMAS PARA LIQUIDAR LAS RELACIONES ANUALES DE SUMINISTROS DE ENERGÍA ELÉCTRICA PRESENTADAS POR LAS EMPRESAS SUMINISTRADORAS.

Antecedentes.—En enero de 1961 se presentó en la Oficina liquidadora de Madrid por la Entidad «Eléctricas Leonesas», S. A. una relación haciendo constar el suministro de energía eléctrica para la tracción de la R. E. N. F. E. del año 1960 por un importe de 10.853.419,63 pesetas en el que estaba incluido el recargo de O. F. I. L. E. correspondiente.

Sobre tal cantidad, la Abogacía del Estado giró la oportuna liquidación al 3 por 100, concepto suministros, por un total de 280.929,15 pesetas, ingresado a su tiempo.

La Entidad contribuyente entabló recurso contra la liquidación alegando que los suministros a la R. E. N. F. E. *estaban* exentos del impuesto por la Ley del mismo de 21 de marzo de 1958, artículo 3.º, letra B), apartado 8.º, según el cual están exentos los actos y contratos en los que la obligación de pago recaiga sobre la R. E. N. F. E., estando atribuido a la misma el carácter de sujeto pasivo del Impuesto en el artículo 74 del Reglamento de *Verificaciones Eléctricas* de 18 de marzo de 1954, salvo el caso de que en la tarifa de aplicación se haga constar lo contrario, en cuanto al consumo de energía eléctrica por el Estado, provincia

o Municipio, son de cuenta del consumidor, estando encargadas las Compañías suministradoras de la recaudación de los mismos, criterio interpretativo general, confirmado de modo particular para el caso concreto de la reclamación por la Orden del Ministerio de Industria de 4 de febrero de 1954.

En ella se determina que tales normas están en contradicción con lo establecido en el impuesto de Derechos reales, pues que si bien éste, en el artículo 59 de su Reglamento, número 2.º, dice que en los suministros de alumbrado, cualquiera que sea la otra parte contratante, satisfará el impuesto el contratista, esta última expresión hay que interpretarla en el sentido de ser el contratista el que materialmente realice el pago en calidad de recaudador del Impuesto, condición ésta que se deriva del citado artículo 74 del Reglamento de *Verificaciones Eléctricas*, pero no que en definitiva haya de soportar la carga tributaria, que, de otra parte, siempre sería aplicable la exención tributaria del Decreto-Ley de 24 de marzo de 1950, amparada en la disposición transitoria 4.ª de la Ley del Impuesto, y también en su disposición transitoria 1.ª, en cuanto establece que sus preceptos, en cuanto modifiquen las disposiciones anteriormente en vigor, se aplicarán a los actos y contratos causados y celebrados a partir de 1 de mayo de 1958, y como los suministros a la R. E. N. F. E. se iniciaron en 1949, había de entenderse el contrato de suministro con carácter ilimitado, en cuanto al tiempo, desde ese mismo momento.

El Tribunal provincial denegó el recurso fundándose en que, realizado el suministro en el año 1960, le era aplicable la Ley del Impuesto de 21 de marzo de 1958, ya que en el artículo 59, número 2 del Reglamento de la misma dispone que en los suministros de electricidad, cualquiera que sea la otra parte contratante, satisfará el impuesto el contratista, en el caso la recurrente, de donde es inoperante la exención que pudiera asistir a la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles.

El fallo fue recurrido ante el Central alegando que la Administración había admitido la exención hasta la publicación de la actual Ley del Impuesto, y debió seguirla aplicando, ya que no puede admitirse que la Administración estime que el contrato nace en el momento en que fiscalmente le sea más conveniente

a aquélla, sino que su fecha ha de fijarse en forma objetiva y al margen de todo oportunismo. En definitiva, habiendo producido efectos el contrato desde 1959, no puede serle aplicable la nueva legislación.

El Tribunal Central, al conocer en alzada empieza por decir que son tres las cuestiones a dilucidar, y que la primera consiste en determinar si, como sostiene el inferior, los suministros de energía eléctrica realizados a partir de 1 de mayo de 1958 están sometidos a la Ley del Impuesto de ese año, o si más bien, como sostiene la Entidad reclamante, cuando tales suministros nacen de Convenciones anteriores han de aplicárseles las disposiciones entonces vigentes. La segunda cuestión se refiere a si para el caso de que sea aplicable dicha Ley fiscal es procedente la exención postulada; y el tercer problema consiste en determinar en el caso de que esté sujeto al Impuesto el suministro, si la base liquidable debe comprender, además del suministro, el importe del recargo O. F. I. L. E., como lo engloba la Oficina gestora.

La primera cuestión exige definir el concepto de los suministros en litigio, a tenor de la Ley de 19 de septiembre de 1942, que sustituyó las normas entonces vigentes por la presentación en el mes de enero de cada año por las respectivas suministradoras de declaración jurada comprensiva de los suministros efectuados en el año anterior con las cantidades percibidas, con una sola liquidación por el total importe, sin distinguir la fecha de los contratos.

Esta normativa fue recogida en el Reglamento de 1949, y por ello cabe interpretar tal disposición en el sentido de que en tales supuestos el devengo del impuesto trae su causa, a diferencia de los demás actos y contratos, de la prestación del servicio y percepción de su importe, de donde se deduce que los suministros efectuados a partir de 1 de mayo de 1958 se rigen por la nueva Ley del impuesto y los efectuados antes de esa fecha por la anterior legislación.

A la misma conclusión se llega—sigue diciendo el Tribunal—, a la vista del artículo 51 del Reglamento vigente, en el que se ve que la obligación tributaria no nace en estos suministros de la perfección del contrato, sino del suministro realizado por entender el legislador que la cosa se halla indeterminada y subor-

dinada a las necesidades del adquirente, siendo indeterminada la deuda tributaria hasta que se determine la energía consumida y su precio.

En el caso, como los suministros son posteriores a la Ley de 21 de marzo de 1958 se rigen por su texto, y como se trata de suministros a la R. E. N. F. E. correspondientes a 1959, no puede prosperar la pretendida adquisición de derechos como consolidados individualmente al amparo de la transitoria 4.ª de la Ley del Impuesto de 1958, y ha de rechazarse la aplicación del beneficio de exención del Decreto-Ley de 24 de marzo de 1950, en virtud de la norma derogatoria de la citada transitoria.

En cuanto a la procedencia de aplicar la exención del Reglamento de 24 de marzo de 1958, artículo 3.º, B), número 8.º, a cuyo tenor están exentos los actos y contratos en que la obligación de pagar el impuesto recaiga sobre la R. E. N. F. E., tampoco es procedente, dado que se trata de una exención de carácter subjetivo y, por tanto, solamente puede beneficiarse de ella dicha Entidad cuando sea sujeto pasivo del Impuesto, requisito que no se da en el caso, en el que la obligación de pago, según el artículo 7.º de la Ley del Impuesto recae sobre el contratista del suministro, cualquiera que sea la otra parte contratante, lo que quiere decir que la carga tributaria recae como contribuyente directo sobre la recurrente.

Respecto a la tercera cuestión enunciada, esto es, a si la base de liquidación ha de comprender el recargo de O. F. I. L. E., basta observar que no representa para la Empresa suministradora producto directo, sino que la perceptora es una simple recaudadora que ha de poner lo recaudado a disposición de la Oficina regulada por el Reglamento de *Verificaciones Eléctricas*, siendo el recargo precio de suministro para aquellas Entidades que obtienen de dicha Oficina compensaciones económicas por producción de energía térmica o nuevas instalaciones, y ellas, en todo caso, serán las obligadas a presentar las oportunas declaraciones a efectos de la declaración y pago del impuesto han de recibir las referidas compensaciones.

En definitiva, el Central anula la liquidación y ordena que sea sustituida, en cuanto a este extremo, por otra en la que no se incluya el citado recargo.

Comentarios.—Si se para la atención sobre los tres problemas o aspectos que la resolución que examinamos ofrece, y que en ella se analizan, fácilmente se echa de ver que la fuerza de la argumentación no tiene la misma claridad y eficacia en todos ellos.

El tercero, esto es, el referente al recargo de O. F. I. L. E., consistente en dilucidar si tal recargo ha de estimarse comprendido en la base liquidable, el razonamiento del Tribunal es claro y convincente: no debe formar parte de ella, porque ni, en realidad, se trata de fluido suministrado ni su importe lo perciben los usuarios de la energía eléctrica, ni las respectivas Compañías productoras se benefician de aquél, como es lógico, en tal concepto, sino que lo que en realidad ocurre es que se trata de un recargo que aquéllas retienen para entregarlo a terceros por medio de la Oficina creada por el Reglamento de *Verificaciones Eléctricas*, la cual lo distribuye, como compensación económica a las Empresas eléctricas, que o bien producen energía térmica supletoria o bien estable en nuevas líneas eléctricas; y, eso supuesto, es lógico que si el recargo aumenta su patrimonio, sean ellas las obligadas a tributar.

No se puede decir, en cuanto a claridad se refiere, otro tanto de los otros dos problemas fundamentales desenvueltos en la Resolución controvertida, cuales son el referente a si las productoras son las que deben pechar con el impuesto o más bien son meras recaudadoras; y el relativo a la aplicación al caso de la vigente Ley del Impuesto.

Sobre el primero hay que decir que es innegable que tanto el artículo 7.º de la Ley del Impuesto, como el 59 de su Reglamento, dicen que en los actos de suministro de alumbrado, entre otros, satisfará el impuesto el contratista, pero también es verdad que los mismos artículos, en su primer apartado, dicen que el impuesto se satisfará, por regla general, por el que adquiera o recobre los bienes gravados o por aquel a cuyo favor se reconozcan, transmitan, declaren o adjudiquen los bienes, créditos o derechos; y ante tal antinomia, dentro de un mismo artículo, no cabe otra solución que la de sostener que el contratista no es un contribuyente propiamente dicho, sino el obligado a retener el importe del tributo. o sea un mero recaudador, con lo cual la radical an-

tinomia quedaria subsanada. Y esta consideración parece confirmarse teniendo en cuenta lo difícil, si no imposible, que sería en la práctica el cobro del impuesto a los numerosísimos consumidores en los suministros de fluido eléctrico.

Finalmente, por lo que hace a la aplicación de la Ley del Impuesto de 1958 a los suministros cuestionados, tampoco parece definitivo el razonamiento de la resolución, porque, de hecho, el fluido se haya aprovechado en parte por los usuarios a partir de 1 de mayo de ese año, la obligación de suministrarlo es anterior a esa fecha, y desde el nacimiento de ella ha de arrancar la obligación de tributar, no del momento en que se cumple.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de junio de 1966.

LA PERSONA OBLIGADA AL PAGO DEL IMPUESTO ES SIEMPRE REGLAMENTARIAMENTE LA ADQUIRENTE DE LA COSA O EL DERECHO DE QUE SE TRATE, AUNQUE SE PACTE QUE EL TRANSMITENTE ADQUIERE ESA OBLIGACIÓN, LO CUAL QUIERE DECIR QUE EL SEGUNDO CARECE DE ACCIÓN PARA RECURRIR CONTRA LA LIQUIDACIÓN.

Antecedentes.—El Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional pactó en escritura pública la concesión de un cuantioso crédito hipotecario a la Entidad A. del C., S. A., con hipoteca a favor del primero, con el pacto expreso de que la deudora se obligaba a pagar cualquier impuesto, tasa o arbitrio que grave a la prestamista, así como a los documentos y actos de formalización del préstamo y su cancelación.

Presentado el documento a liquidación, fue liquidado por el concepto de hipoteca en importante cuantía a cargo del dicho Instituto prestamista.

La Entidad prestataria interpuso recurso económico-administrativo ante el Tribunal provincial, alegando que el artículo 29 de la Ley de Fomento y Renovación de la Marina Mercante de 12 de mayo de 1956 concedía la bonificación del 50 por 100 de los impuestos de Derechos reales y timbre a todos los actos y con-

tratos que durante el plazo de diez años se concertaron por razón de la construcción de buques, añadiendo que si bien es cierto que el artículo 484 de la Ley de Reforma Tributaria autorizó al Ministro de Hacienda para revisar cuantas exenciones y bonificaciones del referido impuesto existían en aquel momento por Leyes especiales y que el artículo 4.º de la Ley de dicho Impuesto de 21 de marzo de 1958 limitó la bonificación de referencia a los contratos de obras o mixtos de obras con suministro para la construcción de nuevos buques y a los préstamos con garantía hipotecaria destinados a tal fin, no lo es menos que posteriormente la Ley de 17 de julio de 1958 sobre el Crédito Naval reafirmó que la concesión de préstamos se ajustaría rigurosamente a lo dispuesto en la antedicha Ley de 12 de mayo de 1956, así como el artículo 25 del Decreto de 29 de enero de 1959 dispuso que los contratos navales disfrutarán en relación con los préstamos para modernización de sus astilleros de todos los beneficios aplicables a navieros o armadores para la construcción de buques, y que por Decreto de 23 de junio de 1960 se prorrogó el plazo de dos años concedido para la modernización de los astilleros; que, de otra parte, el artículo 96 de la referida Ley de Reforma Tributaria establecía que el Ministerio de Hacienda dictaría las disposiciones transitorias que fueran precisas para el respecto adquiridos y consolidados individualmente, circunstancias que, a su juicio, concurrían en los beneficios establecidos por la Ley de 12 de mayo de 1956, y que, siendo evidente que por medio de un Organismo oficial se concedió el préstamo de que se trata, no podía el mismo Estado desconocer la bonificación, por lo que se suplía tal reducción, con devolución de la cantidad precedente.

El Tribunal provincial desestimó la reclamación fundándose en que la Ley del Impuesto, artículo 4.º, 2, sólo autoriza la bonificación cuando se trata de la construcción de buques y no al supuesto de la modernización de los astilleros a que se destina el préstamo.

Apelado el fallo, el Central plantea la cuestión de la legitimación activa de la recurrente y dice que el artículo 35 del Reglamento de Procedimiento económico-administrativo establece que podrán entablar reclamaciones de ese orden aquellos cuyos intereses legítimos personales y directos resulten afectados por el acto

de que se trate, precepto que remacha el artículo 166 de la Ley Tributaria de 28 de diciembre de 1963, diciendo que los actos de gestión tributaria serán impugnables por los sujetos pasivos y responsables en su caso; a lo que agrega el artículo 7.º de la Ley del Impuesto de 21 de marzo de 1958, al concretar el sujeto obligatorio del impuesto, que lo satisfará el que adquiriera los bienes o derechos, cualquiera que sean las estipulaciones que en contrario fijen las partes.

En su consecuencia—dice la Resolución que analizamos—, la recurrente carece de acción para impugnar la liquidación cuestionada por no tener la condición de sujeto pasivo del tributo ni afectar la liquidación a sus legítimos intereses personales y directos.

Añade después, a mayor abundamiento, que aun admitida la legitimación activa, el recurso no podría prosperar, porque la Ley del Impuesto limita la bonificación del 50 por 100 a los contratos de obras o mixtos de obras con suministro que se otorguen para la construcción de nuevos buques en los astilleros españoles por encargo de Empresas españolas y con destino a sus flotas respectivas hasta el 12 de mayo de 1966, y a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que para la construcción de tales buques se otorguen en la forma prescrita en el artículo 3.º de la Ley de Hipoteca Naval, siempre que el importe se invierta totalmente en la construcción de la nueva nave.

Por otra parte, la Ley de Crédito Naval de 17 de julio de 1958 sobre Crédito Naval no contiene referencia alguna a beneficios sobre los préstamos para la modernización de los astilleros, ni el artículo 25, en fin, del Reglamento de 29 de enero de 1959 para el Fomento de la Marina Mercante podría modificar, dado su rango, los términos de la Ley que desarrolla.

Comentarios.—Estamos de completo acuerdo con la doctrina que la Resolución analizada desarrolla, la cual ha sido objeto de estudio en no pocas Resoluciones del Tribunal Central, e incluso en sentencias del Tribunal Supremo, como las de 4 de octubre de 1944 y 23 de abril de 1955, ambas contestes. La última Resolución de que tenemos noticia es de 26 de marzo de 1965, y en

ella se estudia concretamente el problema, conteniendo la misma doctrina que la precedente Resolución. Dicha Resolución del 65 ha sido comentada con cierta extensión en el número de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO de marzo-abril del corriente año 1966, al cual nos remitimos para evitar repeticiones.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL

Abogado del Estado.

LIBROS

CRISTÓBAL MONTES, Angel: *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*.

El panorama generalizado de incremento continuo del tráfico inmobiliario y del valor de los inmuebles, que lleva pareja inversiones masivas de bienes de capital, precisa sin excepción en todos los países económicamente desarrollados de un instrumento técnico adecuado, como es el denominado Registro de la Propiedad o Inmobiliario, que no se limita a ser un mero archivo o reseña cronológica de títulos al solo objeto de otorgar el beneficio de la oponibilidad frente a tercero, sino que, mediante la publicidad de las transmisiones del dominio de inmuebles y de la constitución y transmisión de los derechos reales sobre los mismos, procura a todo potencial adquirente un conocimiento exacto e íntegro del estado jurídico de las fincas y, sobre la base de dichos pronunciamientos registrales, lo protege, si adquiere de buena fe, en términos tales que lo que no figura en los libros del Registro sea para él exactamente como si no existiera.

* * *

Después de estas certeras palabras que de su Prefacio hemos entresacado, acomete el autor el estudio que se propuso, que comienza por el de la *Publicidad* en general, puesto que el desarrollo de la propiedad mobiliaria lo hace imprescindible.

De las fórmulas de Pugliati, como *conocimiento y difusión*, las matizaciones de nuestro don Jerónimo González, como *mero anuncio o noticia, notificación oficial y forma esencial del acto jurídico*, pasando por la sutil—aunque discutible—afirmación de Cossio de que no toda forma supone, necesariamente, publicidad, resalta las palabras de Lacruz de que la publicidad (registral)

versa fundamentalmente sobre las mutaciones de los derechos absolutos, es decir, de aquellos que imponen una obligación de abstención a todos a favor del titular, e igualmente se extiende a la existencia, estado y capacidad de la persona.

Ello descarta de la publicidad a los derechos de obligación. Y como cuando se iniciaron los primeros intentos de estructurar sistemas de publicidad de las titularidades reales, la organización económico-política de la sociedad descansaba sobre la propiedad inmobiliaria, se explica el hecho de por qué los ordenamientos modernos den mayor relieve a la publicidad de los derechos reales inmobiliarios que a los de propiedad mobiliaria, que bien pudiéramos afirmar se han organizado siguiendo los moldes de aquélla.

Pero la admisión de que la publicidad puede hacer relación tanto a derechos reales inmobiliarios como a mobiliarios y su lógica conclusión de que la distinción mueble-inmueble no es criterio suficiente configurador para la precisa determinación de las relaciones jurídicas sometidas al régimen publicitario, ha llevado a los autores a buscar otro matiz diferenciador de los bienes, partiendo de la base de su sometimiento o no al instituto de la publicidad—así Ferrara, Barassi, Colorni y nuestro don Federico de Castro—. Lo que impugna Marín Pérez, que considera que para que tal clasificación—de cosas registrables y no registrables—adquiera relevancia científica habría que partirse de la premisa insoslayable qué se entiende por tales... Para Marín Pérez, sería mejor hablar de cosas susceptibles de publicidad material (sometidas a las normas generales de publicidad del artículo 464 y concordantes del Código civil) y susceptibles de publicidad formal o registral; éstas, las que por su importancia económica sean adecuadas para el crédito.

El hecho cierto es que, parafraseando a Coviello, los muebles se deterioran y destruyen fácilmente, en tanto la tierra, *in aeternum sit*, como los edificios que por su adherencia a ella deben a la misma su duración. Por estas razones—y varias más que podrían esgrimirse—y pese al gigantesco desarrollo de la propiedad mobiliaria, la fundiaria conserva su preeminencia, y por lo mismo la publicidad habrá que considerarla y estudiarla especialmente por lo que a la misma respecta.

Pero surge una cuestión previa: ¿pueden considerarse fenómenos publicitarios las diversas figuras de los ordenamientos jurídicos más antiguos? Gianturco y Coviello lo niegan, pues aquellos «pregones» y «registros» cuya omisión carecía de sanción, o la originaba penal, poco tienen de común con la verdadera publicidad, cuya finalidad es salvaguardar los intereses de tercero.

Fué Besson el paladín más ardiente de que la publicidad de las transmisiones inmobiliarias es un hecho tan antiguo como la misma propiedad inmueble. Sin embargo, como con ponderación expresa don Jerónimo González, en aquellas medidas restrictivas de la libre circulación de los bienes—promulgadas en contemplación de la comunidad familiar—no se puede encontrar la menor idea del crédito ni de la protección de tercero.

Por todo esto, sin duda, modernos hipotecaristas, como Angel Sanz, expresan que afirmar que las solemnidades primitivas que acompañan a los actos de transmisión inmobiliaria son forma específica o medio de publicidad, supone incurrir en la confusión de las formas constitutivas o de prueba del derecho y la forma de publicidad.

Sin embargo, otros, como Roca Sastre, sostienen que, aunque es indudable que los sistemas o regímenes de publicidad son de origen moderno, no cabe tampoco desconocer que los mismos constituyen el término de un proceso histórico, perfectamente claro en particular en Derecho germánico, opinión a la que se adhiere nuestro autor.

* * *

El cual, con estupendo método y claridad, procede a revisar de forma casi exhaustiva.

Comienza con los antecedentes de la Publicidad en la India, donde, contrariamente a las ideas generales, no sólo imperó la Copropiedad, sino que la dinámica jurídica se dirige siempre a transformar la propiedad individual en colectiva.

Como resumen y siguiendo a Mountstuart Elphinstone (citado por Summer Maine), se llegó a que el propietario (copropietario, mejor) podía vender o hipotecar sus derechos, pero necesita el consentimiento de la comunidad y que el adquirente ocupe su lugar y cumpla sus obligaciones.

Curiosas las citas que sobre la materia resalta Angel Cristóbal en Derecho hebreo, como deduce el mismo, es obvio que no cabe ver en las formas de publicidad que aflora un precedente de ésta en sentido técnico.

Ya en Grecia, con la existencia en algunas localidades de Registros públicos, en los que, según el testimonio de Teofrasto y Aristóteles, se inscribían tanto los contratos como los juicios y podía conocerse si los bienes están o no libres de cargas (lo que autorizaba el Magistrado que inscribía), aparte expresivos medios de publicidad en las transmisiones, parece que la idea en sentido técnico del Registro se perfila. Es más, en el Atica tuvo lugar la práctica de una forma de publicidad de hecho reservada a los gravámenes de garantía. Nos referimos a la colocación de los llamados «horoi», en piedra o postes de madera, en las lindes de las heredades o edificios gravados. El problema es si la colocación de éstos constituía o no requisito indispensable para la constitución de la hipoteca o hacerla, al menos, eficaz contra tercero. Lacruz, con referencia a un pasaje de Demóstenes, expresa que más bien se desprende lo contrario.

En Egipto, sobre la base de antiguos papiros, Otto Euger ha sostenido la existencia de un auténtico Registro de la Propiedad (lo que ha impugnado con acierto, a nuestro juicio, Wolf). Con referencia a la época ptolomaica, es bien palmario que lo que estaba previsto por la Ley era un registro de negocios ya concluidos, con fines de pago del impuesto gravatorio de las transmisiones reales inmobiliarias y no de derechos o contratos. Únicamente hay que admitir que como el Registro elaboraba o aseguraba la titularidad del adquirente, los «agoranomai» no podían autorizar escrituras sin conocer lo que en el Registro constaba, lo que legitimaba la facultad dispositiva. Esto se acentúa en la dominación romana con la llamada *Bibliozeke Enkteseon*, en la que se ha querido ver el antecedente directo de los modernos Registros inmobiliarios. En efecto, quien pretendiese el otorgamiento de un *Katagrafe* notarial relativo a la enajenación o gravamen de una finca, debía dirigir al encaragdo del Registro o Archivo una instancia con especificación de las circunstancias del acto, lo que motivaba una previa calificación por el *Bibliofilakes* de los datos de hecho y derecho alegados en la misma, al par que com-

probaba la titularidad del enajenante y expedía el permiso para la redacción del *Katagrafe*.

Luego éste se expedía por duplicado. Un ejemplar quedaba en la Biblioteca, con el fin de verificar las rectificaciones en los índices registrales. Tales índices o *diastromate* era la hoja o folio atribuida a cada propietario. He aquí el principio del folio personal.

Imposible detenernos en cuanto a las consecuencias que se ha querido sacar de todo esto. Nos remitimos a la obra que glosamos, en donde junto a los que—como dijimos—han querido ver en tales formulaciones un verdadero Registro inmobiliario con analogías a los actuales, se constatan las fundamentales objeciones a semejante tesis de H. J. Wolf, que—en nuestro juicio—las desvirtúan paladinamente.

La presión, finalmente, de la concepción romana de la compraventa meramente consensual provocó la decadencia del documento agaronómico, que, por otra parte, nunca pudo suplir la falta del derecho en el enajenante (adquisición a *non domino*), como puso de relieve Von Voes.

El Derecho romano se caracteriza por la carencia total de un régimen estructurado de publicidad en la transferencia y gravamen de los inmuebles y por la existencia de modos formales y solemnes de muy remoto origen para la transmisión del dominio, los cuales, al correr del tiempo, se desvanecen en una progresiva espiritualización, con pérdida, puede afirmarse, de todo formalismo.

Nuestro autor, sin embargo, siguiendo a Roca Sastre, hace una metódica exposición de tales formas, conectadas con la Publicidad, en las tres fases que aquél distingue: la primitiva, otra clásica y una última justinianeas. Imposible detenernos, como quisiéramos, en la brillante exposición de Angel Cristóbal al respecto.

Para nosotros, siguiendo a Sanz Fernández, tan sólo como única excepción a la espiritualización en el Derecho romano de los modos de transmisión del dominio y de la constitución de derechos reales, en la *insinuación* de las donaciones pudiéramos vislumbrar una manifestación del principio de publicidad. Ya sabemos que esta institución fué un acto complejo: redacción por escrito, con indicación del nombre del donante y naturaleza de la

cosa donada, tradición real de ésta a presencia de testigos y transcripción o toma de razón en los Registros creados al efecto. ¿Su finalidad? Para el Profesor Cristóbal fué, sin duda, un medio de proteger a los acreedores del donante contra el fraude de las donaciones clandestinas. Pero ello es muy discutible. Esto en la época o fase clásica, pues en la justiniana, tras el expresado proceso formalista, como el mismo Roca reconoce, «sustancialmente el sistema romano consideró la transmisión inmobiliaria como un acto meramente privado, no requiriendo para su validez y eficacia el cumplimiento de formalidad específica alguna».

Contrariamente a lo que sucede en Derecho romano, los diversos derechos germanos se caracterizan por que todo cambio real sobre inmuebles se verifique con publicidad.

Las fórmulas y símbolos que, al igual que todos los Derechos de los pueblos antiguos, dominaron en el germánico, tienen una particularidad, y es que—también otro matiz diferenciador con el Derecho romano—parte de la discriminación de una y otra clase de derechos: los muebles y los inmuebles consagrada como la clasificación fundamental del derecho de cosas, colocando a los inmuebles—y a los muebles que por su importancia se consideraron como tales (así los buques)—en un plano superior de excepcional importancia, lo que hizo que aquellas formas externas de manifestación de los derechos reales tipificasen la publicidad, al consistir ésta no sólo una mera notoriedad, sino una legitimación dispositiva. Así, el derecho real no es concebido como un poder abstracto, sino como un auténtico poder material sobre las cosas, cuya exteriorización o ejercicio es equivalente al derecho mismo.

Claramente se desprende que el que ejercita el poder debe ser considerado como titular del mismo. He aquí la *Gewere*, institución que, merced a su fuerza expansiva, dotó de fuerzas legitimadoras a las formas de publicidad de los derechos reales sobre inmuebles.

Singularmente brillantes son las páginas que nuestro autor dedica a esta figura jurídica. Nos sería grato hacer una detenida explanación. Tan sólo diremos—para evitar confusiones—que si bien presenta líneas semejantes a la «*possessio*» romana, su fuerza, por así decirlo, es diferente. Con la gran virtud de precisión que tiene González Palomino, la diferenciación de una y otra puede

asi encuadrarse = «*possessio romana*»: el poseedor *posee porque es dueño*. La posesión es una facultad dominical: el hecho posesorio. *Gewere* germánica: el poseedor es dueño porque posee. La posesión legítima al poseedor como verdadero titular.

Otro matiz es que la *Gewere*, respecto a los muebles, siempre ha de ir acompañada de la tenencia material. (Su repercusión en los Códigos modernos es bien conocida). Sólo cuando la privación de la posesión hubiere tenido lugar involuntariamente (hurto, robo), el dueño podía recuperarla de cualquier tercero.

También son interesantísimas las reflexiones del Profesor Crístóbal sobre las formas de transmisión inmobiliaria en Derecho germánico, con el estudio de la investidura (de la que derivó una institución que había de alcanzar significativa importancia: la *rechte gewere*, posesión durante un año, etc.), tanto judicial (*auflassung*) como *per cartam* (*traditio per cartam*), hasta llegar a los *Libros registrales*, y en éstos—paso decisivo—al *Realfolien* o folio especial dentro del libro para cada finca.

Luego sobrevino la recepción del Derecho romano, que aunque sembró confusión y mezcolanza en los sistemas de publicidad y transmisión de los derechos reales, a partir del siglo XVIII operó un resurgimiento por el que se llegó a la implantación de un sistema registral inmobiliario aplicable a todo el territorio alemán mediante el Código civil del Imperio y la Ordenanza inmobiliaria.



Tras el repaso histórico sobre la publicidad—que, repetimos, a grandes rasgos hemos procurado resumir—, entra el Profesor Crístóbal a analizar el concepto de la materia objeto de su estudio, y, rechazando el de varios autores, se identifica con el de Sanz Fernández, a saber: «Conjunto de normas de Derecho civil que regulan las formas de publicidad de los actos de constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre fincas y las garantías de ciertos derechos personales o de crédito, *a través del Registro de la Propiedad*».

Si todas las definiciones son difíciles, sobradamente consta al versado en estas cuestiones casi lo insuperable de dar con la ade-

cuada, en la que tantos elementos, a veces contradictorios, se entremezclan.

Estimando el valor de la apuntada, la preeminencia o exclusividad civilística que la informa, con olvido de otras normaciones de reflejo intenso en el ámbito registral, nos permite no considerarlo perfecta. Para nosotros, más como finalidad descriptiva que definición, las palabras del inolvidable don Jerónimo González, que caracterizaba el Derecho inmobiliario como el «conjunto de normas que regulan los derechos reales inscribibles, determinan los efectos que las acciones personales adquieren contra terceros por la anotación y fijan el especial alcance de las prohibiciones de disponer», acaso sean las más ajustadas, porque todo ello abarca y está más en la línea de lo que es la institución del Registro de la Propiedad.

* * *

En cuanto a la acepción o concepto expresivo de la materia: Derecho Hipotecario, o Inmobiliario, del Registro de la Propiedad o Inmobiliario registral; sin duda la más exacta es la última, pues como dice el Profesor Lacruz Berdejo, es necesario añadir a la palabra Derecho los dos calificativos, *inmobiliario* y *registral*, si se quiere delimitar exactamente el específico objeto de la disciplina que se está considerando: uno sólo de los calificativos citados, no es suficiente en tal sentido.

* * *

Su contenido, para la mayoría de los autores, es doble: *formal* y *material*, aunque como ya afirmara don Jerónimo, si se quiere dar una idea exacta y completa del Derecho Inmobiliario, a la manera que las funciones y los órganos han de ser estudiadas en su última dependencia para comprender la vida, sucede igualmente si se quiere hacer el estudio separado de los dos aspectos de la materia.

El autor, siguiendo lo que es ya tópico hoy día de que la inclusión del derecho real de hipoteca en la esfera del Derecho Inmobiliario es fruto de circunstancias históricas (así, en nuestro país),

aboga porque se reintegre su estudio al ámbito del Derecho civil. Pero ¿y las modalidades *registrales* que las necesidades de la vida actual han hecho surgir en su torno, no justifica su estudio, si no total, casi completo en la órbita de esta materia? Aspecto delicado éste, para considerar con detenimiento y que merece un estudio especial.

* * *

Analiza los caracteres del Derecho Inmobiliario-registral con fortuna, aunque, claro, es materia ésta que cada autor tiene sobre ella un criterio especial, y al tocar—conectado con lo anterior—la relación de tal derecho con el Civil, resueltamente se adhiere a los que estiman no ser el mismo, sino mera parte o aspecto del último.

Una vez más hemos de aportar el criterio de don Jerónimo en esta cuestión, para quien, dentro del Derecho de cosas, la división de éstas en muebles e inmuebles determina la formación de dos grandes ramas jurídicas que se separan en la técnica, tanto por el número de derechos reales que sobre unas y otras se pueden constituir, como por los momentos y efectos de la constitución, adquisición, modificación y extinción de aquéllos, y por el distinto papel que, como medios legitimadores de las situaciones jurídicas, desempeñan en las primeras la posesión y en las segundas el Registro de la Propiedad.

Finalmente, y luego de estimables consideraciones, nuestro autor vacila y reconoce—no obstante considerar el Derecho Inmobiliario-registral como Derecho civil (lo que nadie puede negar, pero reconociéndole, cual dice don Jerónimo, una *sustantividad* especial)—que no se debe olvidar de que aquél llega en muchas ocasiones a conclusiones singularmente diferentes de las ordinarias civiles. He aquí esa su *sustantividad* (en la adquisición a *non domino*, en la regla *prio tempore*, etc). También es de destacar su relación singular con otras ramas jurídicas: administrativa, mercantil, procesal, lo que nos hizo rechazar la definición, por Angel Cristóbal adoptada, de Sanz.

* * *

Con agilidad y brillantez expone el Profesor Angel Cristóbal lo que es el Registro de la Propiedad Inmueble como institución jurídica (del que da un concepto particularísimo), como Oficina y como conjunto de libros; refutando seguidamente la teoría de López Medel de centrar la institución como «servicio público» (para nosotros una redundancia, pues contémplese como quiera, siempre será—en frases de Roca Sastre—una actividad jurídica del Estado puesta al servicio del Derecho privado).

Luego analiza sus fines y lo que significa para la seguridad del tráfico inmobiliario y el fomento del crédito y, como consecuencia, para la movilización de la propiedad territorial.

* * *

Refiriéndose a los llamados Principios hipotecarios, después de la exposición que impugnando su sistemática hace Angel Sanz, sostiene, con Pascual Marín, que sin principios no cabe siquiera hablar de ciencia del Derecho inmobiliario, pues es precisamente la posibilidad de inducir del análisis de esos fenómenos fórmulas unitarias (principios) de explicación generalizadora, los cuales vienen así a quedar en cánones o leyes del proceso fenoménico.

La cuestión es saber, concretar, los verdaderos «principios». Varían según cada autor y son distintos para cada sistema inmobiliario que informan.

Por ello, nosotros, reconociendo la inapreciable aportación doctrinal que supuso la exposición de aquéllos (1931) por don Jerónimo González, nos inclinamos más a cuanto, sin que implique crítica negativa, ha expuesto sobre la «realidad» de lo que supone el repetido Angel Sanz.

* * *

Finaliza su valiosa obra Angel Cristóbal con una sucinta—pero diáfana—exposición de los sistemas Inmobiliarios Registrales (también *tantos* como autores), que para el nuestro, en tesis general, son el conjunto de normas que en un determinado país (o en un determinado ordenamiento) regulan la publicidad inmobiliaria y la organización del particular medio adoptado para efectuarla.

Y tras una relación exhaustiva de las expresadas clasificaciones, manifiesta que ha sido Roca Sastre el que ha acometido la más rigurosa y profunda desde el ángulo sustantivo de la eficacia y valor de la publicidad inmobiliaria, en cuya orientación es de justicia reconocer encontrarnos a Angel Sanz.

Y de acuerdo con tales criterios, hace la clasificación tripartita de: A) Sistemas que atribuyen a la publicidad registral simple fuerza negativa preclusiva (oponibilidad de lo no inscrito), en cuya línea se encuentran los sistemas francés, belga, italiano, portugués, holandés, etc.; B) Sistemas que atribuyen a la publicidad registral efectos convalidantes. En este grupo incluye los sistemas de Puerto Rico, Cuba, etc., y el español, en lo que hay que discrepar ligeramente, pues para ciertos derechos como la hipoteca, superficie, etc., más bien está en la línea de C) Sistemas que atribuyen a la publicidad registral efectos constitutivos.

* * *

De lo expuesto es fácil deducir la gran utilidad que representa el trabajo del Profesor Angel Cristóbal. Para el versado en la materia, porque sobre hacerle recordar conceptos, es fuente de matizaciones y sugerencias; para el que se va a iniciar en ella, la claridad de exposición y riguroso método le servirá de aliciente para profundizar en su estudio.

Una nota altamente simpática (al menos para nosotros) importa, y es su emotiva dedicatoria a nuestros modernos y grandes hipotecaristas don Ramón María Roca Sastre y don Angel Sanz Fernández, «en cuyas magistrales obras se engendró y nutrió mi amor—dice Angel Cristóbal—por el Derecho inmobiliario».

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

CHICO ORTIZ, José. María; FERNÁNDEZ CAVALEIRO, Eugenio; AGERO HERNÁNDEZ, Vicente: *Manual del Registro de la Propiedad*. Madrid, 1966, 844 págs.

El contenido de esta nueva obra sobre nuestro Derecho hipotecario vincula al lector a una triple sumisión mental. Al estar dividida o estructurada en tres partes bien diferenciadas—aunque unidas por una misma finalidad—, el lector pasa de una parte explicativa de principios, fundamentos y mecanismo interno del Registro de la Propiedad, a otra en la que—en forma esquemática—se le presentan todos y cada uno de los preceptos legales que debe tener en cuenta para que el documento público pueda ser admitido a inscripción. De esta segunda parte se llega a la cristalización, a través de modelos, de todo el contenido de las dos partes precedentes.

Procediendo a una disección de cada una de las partes y así acompañar mentalmente al lector, nos enfrentamos abiertamente con la iniciación o primera etapa del libro. En ella los autores, después de breves consideraciones de conceptos, de historia y de legislación, abren el cauce de la dificultosa materia registral con un lenguaje al alcance de todos, presentándonos su contenido a través de lo que denominan relación jurídica registral: elementos personales, reales y formales. La exposición de todos ellos se ajusta a la idea matriz que persigue la obra: la divulgación del Derecho hipotecario. Por ello, tras los conceptos claros, se van esquematizando los supuestos de la titularidad registral y la figura del tercero hipotecario; en los reales se perfila el elemento aglutinante del sistema, la finca en sus diversas variantes, así como los derechos reales inscribibles con las novedades introducidas por la legislación complementaria. La continuidad de la exposición se trunca al llegar a los elementos formales, pues se aplaza su estudio reservándolo para la segunda parte de la obra. De esta forma se llega a los efectos que la relación produce al materializarse en los asientos registrales y al dar entrada a los principios fundamentales del sistema, los cuales quedan expuestos en forma clara y sencilla. Paso a paso los autores nos han traído hasta el Regis-

tro de la Propiedad como conjunto de libros y, una vez en él, nos explican las diferentes clases de asientos que en los libros se practican, las circunstancias que deben reunir y la forma de proceder en el despacho de los documentos presentados y la posible rectificación de los errores cometidos. De los libros se pasa a la oficina y su organización: situación, reconstrucción, dotación y jerarquización. Remata esta parte el estudio diferencial del Registro de la Propiedad con el Mercantil y el Mobiliario. Hemos de añadir que esta primera parte contiene diversos formularios o modelos de documentos, expedientes, certificaciones, oficios, actas, etc., con finalidades de simple orientación para el no iniciado.

Para que el Registro de la Propiedad se ponga en marcha es preciso un documento que, conteniendo actos de trascendencia real, se presente a inscripción y de su contenido se realice un asiento. A difundir las clases de documentos inscribibles, cómo se confeccionan, qué requisitos deben contener y, fundamentalmente, el minucioso estudio de la escritura pública se dedica la segunda parte del Manual. En ésta los autores han partido de la estructuración tradicional de la escritura notarial y, después de exponer los requisitos previos incluidos los fiscales que el documento debe reunir para lograr la categoría de inscribible, van minuciosamente abriendo cauces al lector, convertido por unos momentos en órgano calificador, surgiendo así el número del protocolo, la fecha y la reseña del Notario autorizante del título y los diversos problemas que encierran la comparecencia y la intervención. En la comparecencia—aparte del estudio de la individualización, identificación y capacidad—se afrontan los supuestos en que el compareciente lo hace por derecho propio y con la asistencia o autorización de otros, así como los comparecientes por representación legal y voluntaria. De la comparecencia se pasa a la calificación y a la exposición. En esta última parte se afrontan los problemas de la descripción, del valor, de la titulación y de las modificaciones de los bienes sujetos a inscripción, así como las limitaciones y retractos legales. Se adjunta una tabla con equivalencia de medidas. En la parte correspondiente a las estipulaciones los autores parten del viejo principio de la autonomía de la voluntad y luego nos van presentando el actual panorama de limitaciones que dejan casi reducido a la nada aquel principio de libertad. Para la

exposición de las limitaciones se valen los autores del sistema tradicional que recorre los cuatro campos en que el Derecho se divide: derechos reales, obligaciones y contratos, familia y sucesiones. Se hace un auténtico alarde recopilatorio a manera de breve guía de urgencia que comprende no sólo el derecho común, sino el foral. Al otorgamiento y a la autorización del documento, con su lectura, consentimiento firma de otorgantes e intervención de testigos, añaden los autores la materia de la expedición de las copias y sus diversas clases.

Para dar realidad y vida a los conocimientos expuestos era preciso que al que se inicia en materia tan compleja se le acompañase hasta el final. Ya están los libros abiertos, la pluma en la mano y hay que extender el asiento. La tercera parte del Manual no olvida esta dificultad que la práctica encierra y ofrece con fines puramente informativos, pero ajustados a la legalidad vigente, un extenso muestrario de las diversas clases de asientos. Abre marcha el Registro de la Propiedad y en él se van ofreciendo al lector desde el asiento de presentación hasta la nota marginal, pasando por las inscripciones, anotaciones y cancelaciones en su inmensa variedad de extensas y concisas, principales y de referencia, primeras y posteriores, etc. Podía correrse un grave peligro al presentar al lector esta parte y es que, por un exceso de simplificación, el que se inicia o el que iniciado aún no tiene la suficiente práctica, no lograrse descifrar la fórmula telegráfica que el modelo le podía presentar, y por ello los autores con acierto han sabido emplear un sistema lo suficientemente amplio para ayuda del que se inicia y como campo de trabajo para el experimentado. Si el libro iba destinado a todos, era imprescindible esta fórmula. Al Registro de la Propiedad se le complementa con formularios del Registro Mercantil y el Mobiliario, habiendo tenido los autores el acierto de respetar los modelos oficiales. Debemos consignar que en esta parte, y al frente de cada modelo, va un resumen esquemático de lo que el asiento es, sus circunstancias y los preceptos legislativos o reglamentarios que le afectan.

Tanto el manejo de esta última parte como el de las dos primeras, se facilita con índices, en forma de cuestionario para las dos primeras y alfabético para la última, añadiéndose, además, un índice de materias y alfabético general para todo el Manual.

Preceden a esta obra práctica un prólogo en el que el anterior Decano, excelentísimo señor don Pedro Cabello de la Sota, explica las razones de la publicación de la misma, a la que—como se dice en las primeras páginas—se le otorgó el galardón instituido por el Registrador de la Propiedad Antonio Ríos Mosquera.

FRANCISCO SÁNCHEZ DE FRUTOS.

ENNECERUS, Ludwig: *Derecho de Obligaciones*.—Décimoquinta revisión, por Heinrich LEHMANN. Traducción española, con anotaciones de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER. Tercera edición, con estudios de comparación y adaptación de José FERRANDIS VILELLA. Volumen segundo. Doctrina especial. Primera y segunda partes. Dos tomos de XII y 1.260 páginas. Bosch, Barcelona, 1966.

Sería posible, y desde luego interesante, escribir una Historia del Derecho español en torno a esos pocos libros que han marcado su evolución. Las Flores del Derecho, de Jacobo, Baldo, Domat, Heinecius, Pothier, Beccaria... Es difícil reconocer a la historia viva, pero Ennecerus y sus anotadores han marcado un hito notable en nuestra doctrina actual. Variando, en más de un punto, el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Excedería de los límites más imprudentes tratar de resumir las tesis de Ennecerus, o destacar las nuevas aportaciones de la revisión de Lehmann. Basta tan solo aludir al perfecto acoplamiento que en el texto se logra entre la gran documentación doctrinal, tradicional y técnica, y la varia legislación y jurisprudencia de la Alemania de la postguerra. Es todo un ejemplo de síntesis difícil.

Pérez González y Alguer anotaron esta obra en anteriores ediciones. El profesor Ferrandis Vilella actualiza estas notas. Su extensión implica casi un auténtico tratado de las relaciones contractuales. No faltan en estas nuevas anotaciones, para seguir su tradición, ideas originales y soluciones acertadamente elaboradas. Vamos a espigar entre ellas las que nos han ofrecido un mayor interés.

I.—COMPRAVENTA.

1. *Venta de cosa ajena.*—Se admite esta figura al concebirse la compraventa como negocio puramente obligacional. Los supuestos en que no puede entregarse la cosa vendida al momento de la consumación se consideran como de imposibilidad sobrevenida, en relación con la tesis del artículo 1.160 del Código civil.

2. *Precio ilícito.*—En los casos en que hay transgresión de las tasas legales que marcan el precio de ciertas mercancías, se incurre en ilicitud. Se da la nulidad absoluta del negocio. Declarable de oficio.

3. *Promesa de venta.*—Se la diferencia cuidadosamente de la propia venta. Considerada como un precontrato, exige un posterior consentimiento para que la compraventa se perfeccione. Sin que sea posible que la voluntad de las partes se supla por el Juez en vías de ejecución forzosa. Tal distinción tiene su base histórica en no recogerse en el Código actual, a diferencia de lo que ocurría en el de 1851, la norma equiparativa del Derecho francés. Consecuencia práctica de esa diferencia se plasma en que la promesa de venta no afecta a la transmisión de los riesgos.

4. *Obligación de transmitir el dominio.*—A la luz de los textos legales, 1.461, 1.473, 1.507, de la jurisprudencia y de la especialidad de la venta con reserva de dominio, se inclina por la tesis que admite la obligación de transferir la propiedad en los supuestos normales.

5. *Tradición.*—Se considera la presunción del artículo 1.462, susceptible de prueba en contrario. Pero se ha de fundar en la propia escritura. Se dota de fuerza traditoria al documento privado en algunas sentencias, mientras que en otros casos el Tribunal Supremo se opone a tal tesis. Pero se considera incuestionable que cabe pactar expresamente esa fuerza transmisoria.

6. *Riesgos.*—Se inclina por la tesis romana de la «res perit emptorem», con distintos argumentos históricos y legales. Es su-

gestiva la aplicación de esta regla en el caso de ventas judiciales, conforme al artículo 1.452 de la L. E. C. Se dudaba entre el momento de la aprobación del remate y el de la consignación del precio. La sentencia de 22 de marzo de 1946 ratifica el criterio de estas anotaciones, inclinándose por la aprobación, al bastar la perfección obligacional para que se transmitan los riesgos.

7. *Saneamiento*.—El hecho de que el comprador siga usando la cosa adquirida, aun conociendo el defecto de que adolece, debe considerarse como una renuncia tácita a la redhibición, aun cuando no a la minoración del precio. Es indudable la analogía entre el supuesto de vicios ocultos y de error en el consentimiento o dolo causal grave, que puede acentuar la responsabilidad conforme al artículo 1.486. Pero sus respectivas acciones, acumulables y compatibles, están sujetas a distintos plazos de prescripción. El pacto de garantía tras la venta implica sólo atender a las reparaciones y revisiones, no prolongar el saneamiento por el plazo que tal garantía abarque.

8. *Compraventas especiales*.—Se alude a casos de gran interés práctico. Envío para elección. Facultad de cambiar. Cláusula de exclusiva, recogida en la sentencia de 29 de octubre de 1955. Puede ser unilateral o bilateral. Impone obligaciones de no hacer dentro de la zona geográfica a que se extiende. Cabe que adopte fórmulas mixtas. Con arriendo de servicios, si se ha de procurar fomentar las ventas. Y con donación, según el criterio jurisprudencial, que Ferrandis critica, si se estipula un premio por alcanzar cierto volumen de ventas. Sólo tendrá eficacia *inter partes*, sin alcanzar a terceros.

9. *Retracto*.—Se destaca su naturaleza de venta sujeta a condición resolutoria, y conforme a la Resolución de 14 de julio de 1900, se estima, que al ejercitar su derecho, el vendedor no perfecciona un nuevo contrato de compra, sino que despliega los efectos de una condición resolutoria. Si bien la sentencia de 30 de octubre de 1946 niega que se restituya la propiedad al vendedor por la mera declaración judicial de que el retracto procede. La sentencia judicial no se incluye entre los títulos de adquisición del artículo 609.

II.—DONACIÓN.

1. *Concepto*.—Se diferencia muy bien la donación traslativa y la obligacional; esta última tan sólo impone el deber de transmitir gratuitamente, conforme a los artículos 623, 629 y 632. Y se alude a la evolución jurisprudencial, en especial la sentencia de 7 de diciembre de 1942, que afirma la compatibilidad de los términos obligación y donación.

2. *Causa*.—Ha de haber acuerdo en que la atribución sea gratuita. No es así exacta la expresión del artículo 1.274: «la mera liberalidad del bienhechor». Estudiando la causa de la dote se destaca cómo las cargas del matrimonio no surgen porque aquélla se haya constituido. Tampoco se opone a su carácter gratuito la obligación de restituir la dote. La distinción doctrinal considerando el acto de dotar como plurilateral carece de relevancia a la hora práctica de aplicar los distintos efectos de la acción pauliana.

3. *Efectos*.—Si en la donación real el donatario no se reserva bienes bastantes, ¿será nula o anulable tal donación? Más lógico parece la repetición por el donante de lo preciso para satisfacer sus necesidades, a través de una reducción de la donación al estilo de lo que ocurre en el supuesto de inoficiosidad.

4. *Donación mixta*.—Se da una nueva interpretación al artículo 622, entendiendo por gravamen el servicio prestado. Con base a una idea de Manresa, cabe oponer las donaciones mixtas «que remuneran servicios que constituyen deudas exigibles e imponen al donatario un gravamen equivalente a la mal llamada donación». La modal, en que existe un gravamen inferior a lo donado. Y la remuneratoria, que satisfacen servicios que no ocasionen deudas exigibles.

III.—ARRENDAMIENTO.

Efectos.—El arrendador responde, en virtud del artículo 1.903, apartado 4, en el caso de que la calefacción, iluminación, etc., de la vivienda o local se haya concertado con terceras personas. Se

estudia el embargo del traspaso y sus anomalías. Pues el arrendatario, en caso de ejecución, no sólo se ve privado del derecho de traspaso, sino de la propia cualidad de arrendatario.

IV.—COMODATO Y MUTUO.

1. *Naturaleza.*—Su concepción como contrato real es lógica. Meramente consensual resultaría casi imposible su prueba, e indiferenciable de los usos de favor o complacencia. Cabe convenir que el comodatario haga suyos los frutos. Se configura así con carácter meramente obligacional una figura jurídica análoga al usufructo.

2. *Efectos.*—La ley de Usura es aplicable a los préstamos mercantiles. Así se orienta la más moderna jurisprudencia. La participación en las posibles ganancias no puede estimarse, cualquiera que sea su cuantía, usura. Esta exige participar con un interés fijo.

V.—ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS Y DE OBRA.

1. *Requisitos.*—No cabe pactar una fórmula de arriendo que perjudique a los acreedores, sustrayendo la capacidad de trabajo o, mejor, los rendimientos del mismo, a su garantía.

2. *Efectos.*—Parece que en estos contratos cabe la denuncia unilateral, en razón a estar basados en la confianza. Con indemnización de daños o perjuicios. Comentando el artículo 1.600, destaca cómo pese a su dicción literal configura no un derecho de prenda, sino un derecho de retención. En el supuesto de prenda, se podría enajenar sin más la cosa retenida, pues la obligación garantizada está vencida. Hay un *ius retentionis*, pero no un *ius distrahendi*. Por otra parte, cabe ese derecho de retención aun en el supuesto de que los materiales empleados sean propios del contratista, ya que en tal derecho no es de esencia, como en la prenda, la extraneidad del objeto.

VI.—CORRETAJE.

Naturaleza.—Se quiere ver en él por el Tribunal Supremo un contrato bilateral. Pero Ferrandis lo concibe como meramente unilateral. De él nacen obligaciones sólo respecto al comitente, el mediador no está obligado a actuar. Esta unilateralidad se refleja también en la pretendida condicionalidad de este contrato. Es posible que el corredor actúe por las dos partes, sin que por ello incurra en autocontratación, ya que su actividad se limita a poner en relación a los contratantes.

VII.—GESTIÓN DE NEGOCIOS.

Efectos.—Interpretando los artículos 1.891 y 1.893, en cuanto a la necesidad del *utiliter coeptum* o el *utiliter gestum*, se refiere al párrafo segundo de este artículo 1.893, «aunque de ella no resultare provecho alguno», entendiéndolo no como evitar perjuicios, sino como intentar algo provechoso en principio sin obtener resultado real. Referencia clara al *utiliter coeptum*.

VIII.—DEPÓSITO.

Efectos.—El depositante debe indemnizar (art. 1.779) al depositario los perjuicios que se le hayan seguido del depósito. Por aplicación de los principios generales, parece que esto procederá en el caso de culpa. La prueba de ella incumbirá a una u otra parte, según se consideren estas obligaciones contractuales o extracontractuales. El artículo 1.258 y la equidad aconsejan imponer la prueba de la exención de culpa al depositante, que conocía el estado de las cosas entregadas.

IX.—SOCIEDAD.

1. *Constitución.*—La necesidad de escritura pública, *ad substantiam*, se deriva de los artículos 1.667 y 1.668. Pero en contra se interpreta el artículo 1.665, aparte condicionar aquéllos a los ar-

tículos 1.278 y 1.279. Así el Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias de 1900 a 1960, considerando la escritura no forma especial, sino requisito para que frente a terceros tenga existencia la sociedad. Ello en base a distinguir celebración del contrato y constitución y eficacia de la sociedad. Esto último, a su juicio, inadmisibles, dado el rigor del artículo 1.668.

2. *Efectos*.—Las prestaciones en la sociedad están dotadas de convergencia. Por ello es difícil aplicarle las normas peculiares de las obligaciones recíprocas. En la mora, no el artículo 1.100, sino el 1.682. Inadaptación del artículo 1.124. Se insiste en la idea de la responsabilidad mancomunada y subsidiaria de los socios por las deudas sociales, derivada de la personalidad jurídica de que goza la sociedad.

X.—COMUNIDAD.

Efectos.—El convenio de mantener la indivisión de la cosa común sólo debe afectar a los adquirentes de su cuota por título singular si el pacto se inscribió en el Registro de la Propiedad. Parece que este compromiso obligará al acreedor embargante de la cuota. El artículo 399 no soluciona el problema.

XI.—RENTA VITALICIA.

1. *Naturaleza*.—Se concibe como contrato real (art. 1.802) y unilateral, ya que la entrega de capital es elemento de perfección contractual, no prestación de su cumplimiento.

2. *Efectos*.—Cabe pacto contrario al artículo 1.805. Así lo admite la jurisprudencia más reciente, en base al artículo 1.255. Con todo, Ferrandis estima que la inclusión de tal pacto desnaturaliza este contrato.

XII.—JUEGO.

Efectos.—La obligación que nace de los juegos ilícitos se estima como meramente natural. Conceptuación un tanto estéril, dado que estas obligaciones carecen de regulación legal. Es cierto que su causa ofrece anomalías, pero las obligaciones naturales son aquellas que tienen una causa social, no moral. Serían también aplicables a estas obligaciones nacidas de tales juegos los artículos 1.305 y 1.306.

XIII.—FIANZA.

Mandato de crédito.—Admite este contrato atípico, en razón a los artículos 1.255 y 1.709. En él se entremezclan el mandato y la fianza. Se pueden diferenciar en él dos momentos cronológicos y lógicos. En el primero predomina el mandato, con fianza de obligación futura. En el segundo, la fianza, garantizando el mandante el posible quebranto del mandatario. Lo decisivo es que el crédito se conceda por cuenta de este último.

XIV.—TRANSACCIÓN.

1. *Causa.*—No es aplicable enteramente en este caso el artículo 1.274. La causa no es, sin más, la prestación de la otra parte, sino, a su través, poner fin a la incertidumbre jurídica.

2. *Efectos.*—No sabe aplicar totalmente a la transacción el mecanismo de la novación, en especial las reglas de la novación extintiva. Por ello subsisten tras de la transacción, las fianzas, prendas y garantías de las obligaciones controvertidas que constituyen su objeto.

XV.—PROMESA DE DEUDA.

1. *Naturaleza.*—Admite la abstracción de la causa en nuestro Derecho con caracteres muy moderados. Del artículo 1.277 de-

duce en lo sustantivo que la falta de expresión de la causa no influye con la validez del negocio. En lo procesal se puede exigir el cumplimiento de la obligación sin probar la causa. Pero no puede pensarse en un contrato totalmente desligado de la causa subyacente, ya que, oportunamente alegadas, pueden prevalecer las excepciones causales.

2. *Reconocimiento de deuda.*—La sentencia de 26 de octubre de 1962 reprodujo la definición dada en esta obra: «contrato por el cual se considera una deuda como existente contra el que la reconoce». Su finalidad estriba en dar a la otra parte un medio de prueba. Comprometerse a no exigir prueba alguna de la deuda. O, más propiamente, querer considerar la deuda existente contra el que la reconoce. Este último es el reconocimiento propio. De él surge una obligación independiente y sustantiva desligada de la causa. A diferencia del contrato reproductivo o de fijación jurídica, el reconocimiento será constitutivo cuando la referencia a la causa sea meramente general.

XVI.—OBLIGACIONES AL PORTADOR. CASOS AFINES.

Titulos de legitimación.—A diferencia de las obligaciones al portador, el derecho no está incorporado al título. Pero si el deudor paga al legitimado con su tenencia, queda liberado. Presta cierta base a esta tesis el artículo 1.164 del Código civil.

XVII.—ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.

Naturaleza.—Se trata de una acción subsidiaria. Por provenir de normas de tal rango, los principios generales del Derecho. Critica la teoría de Roca, que limita el ámbito del enriquecimiento sin causa a los negocios abstractos, entendiendo que en los demás la falta de causa origina la nulidad del contrato. Para Ferrandis, esta posición es demasiado estricta, ya que es posible que exista causa subjetiva y carecer de justificación el enriquecimiento.

XVIII.—ACTOS ILÍCITOS.

1. *Naturaleza*.—La responsabilidad basada en el artículo 1.902 es exigible aun en casos en que exista entre las partes relación contractual, ya que ambas responsabilidades son acumulables.

2. *Efectos*.—Si son varios los autores del daño, ¿la responsabilidad del 1.902 es mancomunada o solidaria? En principio, se da la presunción contraria a la solidaridad (art. 1.137). Pero el criterio de alguna sentencia, como la de 16 de febrero de 1961, es inclinarse por ella. Así en el caso del artículo 1.907, imponiéndola a contratista y arquitecto, si no cabe determinar la responsabilidad de cada uno. Su origen no es convencional, sino legal. Se debate también si el derecho a ser indemnizado en caso de muerte se transmite a los herederos o si éstos adquieren un derecho peculiar y propio derivado de la afección al fallecido. Para Ferrandis, hay daños originados por gastos que se han de indemnizar a los causahabientes de los mismos. Otros, así los de entierro y funerales, que incumben a los herederos. Finalmente, pueden surgir daños morales o materiales en cualquier pariente o persona ligada con el difunto, sea o no heredero. La prueba de estos últimos será difícil y estricta. También entraña dificultad la distribución de la indemnización en el caso de pluralidad de lesionados.

Aparte las orientaciones que comentamos, muchas de ellas susceptibles de polémica y discusión, las notas que resumimos contienen material del mayor interés para el estudioso.

Una tabla de vigencias relacionando el Código civil con la legislación de Arrendamientos. La síntesis apretada de los principios que informan a la Ley arrendaticia urbana. Se critica su postura manteniendo el bloqueo de rentas, en el cuadro de una economía cada vez más liberalizada, con protección indiferenciada del inquilino de fecha más remota, independientemente de su situación económica o social. Interesante en extremo resulta la exposición de la materia relacionada con las viviendas de protección oficial. Destacando los distintos tipos de éstas en su evolución. Desde las

casas baratas y económicas hasta las de renta limitada. La doctrina de la responsabilidad por riesgo y la legislación de Accidentes de Trabajo, Expropiación Forzosa, Régimen Jurídico de la Administración, Uso y Circulación de Vehículos a Motor, Ley de Navegación Aérea... se sistematizan con especial cuidado.

Por contra, hemos de lamentar que una obra fechada en este año no incluya la nueva regulación de las Ventas a Plazo, aunque ello se deba a las ineludibles demoras tipográficas.

El estilo literario de las notas actualizadas se acomoda perfectamente al de aquellas que se conservan intocadas. Resumir brevemente, esbozar posturas, apuntar nuevas soluciones... Sólo cabe desearle a Ferrandis Vilella que algunas de éstas reciban la consagración oficial que merecieron en más de una ocasión las de Pérez y Alguer. Continuar tal tradición obliga a ello.

CARLOS HUIDOBRO.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Código de las Leyes administrativas*, Editorial Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1966.

La época legislativa moderna viene caracterizándose por la gran abundancia de normas que las circunstancias exigen inexorablemente. Quizá de todas las ramas del Derecho, la que más sufre este impacto es la del Derecho administrativo. Ello hace que sea muy difícil para el profesional y el estudioso el manejar las disposiciones vigentes en tan amplia materia, por carecer, en general, los tratados que existen de una sistemática y coordinación, aparte de no estar, también en general, puestas al día.

Esto es, precisamente, lo que quiere venir a corregir el Código de las Leyes administrativas, editado con pulcritud y esmero por el *Boletín Oficial del Estado* y realizado por el Catedrático de la Facultad de Derecho de Madrid, don Eduardo García de Enterría, con la colaboración de don José A. Escalante; don Antonio Alonso Lasheras; don Ignacio Martín Retortillo y don Adolfo Ximénez de Sandoval.

En un tiempo como el nuestro—dice el autor en su prólogo—,

marcado por una actividad legislativa incesante en el campo administrativo, importa mucho retener las líneas maestras del sistema, las que estructuran el inmenso material normativo a aplicar y pautan el actuar omnipotente de la Administración.

A esta intención responde la presente recopilación surgida de las necesidades experimentadas por la práctica docente y profesional, que aspira por ello a satisfacer una exigencia bastante extendida.

En esta recopilación guarda el autor una estructura básica e incluye dentro de ella, en forma sistemática, todos los preceptos vigentes relativos al Derecho administrativo. Como advierte el mismo, únicamente en el caso de la organización ministerial y en los de la organización territorial, de las provincias africanas, se ha realizado una síntesis propia.

El sumario nos da idea clara y precisa de cuál es esta sistemática. Divide el autor la materia en ocho libros, en los que se incluyen las diversas leyes, según su naturaleza.

Dedica el libro 1.º a las Leyes fundamentales, e incluye dentro de él lo relativo a los Principios del Movimiento Nacional; Jefatura del Estado; Cortes Españolas; Referendum y Decretos fundamentales.

El libro 2.º a las Leyes generales y trata en él de las Leyes, dedicando el primer capítulo al título preliminar del Código civil, que, como básico en la materia, transcribe sin más comentario, dedicando los siguientes capítulos al Reglamento de la Administración del Estado, al procedimiento administrativo, Administración y contabilidad, expropiación forzosa, jurisdicción y conflictos.

El libro 3.º, dedicado a los funcionarios, incluye en su capítulo 1.º las Leyes generales: Ley de funcionarios civiles del Estado, Ley de Retribuciones y Coeficientes multiplicadores de los Cuerpos de funcionarios del Estado. El capítulo 2.º se dedica a oposiciones y concursos y el 3.º y último de este libro a los Derechos pasivos.

El libro 4.º trata de la Organización administrativa del Estado y recopila dentro de él las disposiciones relativas a la Administración Central, en el primer capítulo; en el 2.º, las del Consejo y Tribunal de Cuentas; en el 3.º, a lo que él llama Administración periférica, comprendiendo en él el Estatuto de Gobernadores civiles, las Comisiones provinciales de servicios técnicos y una si-

nopsis de la administración de las plazas y provincias africanas, terminando el libro con el capítulo 4.º, dedicado a la Administración institucional, en donde se incluye la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades estatales autónomas.

El libro 5.º se dedica a la Administración Local. En el capítulo 1.º estudia la Ley básica, dedicando los tres siguientes a las haciendas locales, Reglamento y las Leyes especiales relativas a grandes ciudades.

En el libro 6.º se recopilan los Derechos reales administrativos y se incluyen en él las disposiciones relativas a Aguas, Puertos, Minas, Patrimonio del Estado y Montes.

El libro 7.º incluye la acción administrativa y se trata dentro de él de: Orden público y asociaciones, Sanidad, Obras públicas, Economía, Agricultura, Urbanismo, Saneamiento y vivienda, Transportes, Educación e Información y Turismo.

Concluye finalmente la obra con el libro 8.º, dedicado a la Administración tributaria.

Al final se inserta una tabla cronológica de disposiciones y un índice analítico general.

Por medio de notas señala el autor la correlación que existe entre las diversas disposiciones, con referencia precisa y exacta de cada una de ellas.

Es también interesante señalar el deseo del autor de mantener la vigencia de la obra, avisando a los lectores de su aspiración de hacer reediciones constantes que pongan la obra al día de modo continuo. Por las razones apuntadas al principio de esta recensión, esta aspiración parece muy necesaria y no dudamos será cumplida por tan destacado Profesor.

FRANCISCO SÁNCHEZ DE FRUTOS.

REVISTAS

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Junio de 1966.

Para la exégesis del artículo 1.045 del Código civil, por Alfonso de Cossío.

Un detenido estudio sobre los antecedentes históricos de la colación, y el examen de la legislación comparada sobre la materia, demuestran que el criterio imperante en orden a la valoración de los bienes, colacionables, es atender al momento en que aquélla tiene lugar. Frente a tan claros antecedentes y unánime doctrina, el artículo 1.045 atiende al «valor que tenían (las cosas donadas) al tiempo de la donación». El autor busca la razón histórica de este que podríamos llamar exótico precepto, y los problemas de interpretación que plantea.

Sobre la incompetencia de la jurisdicción civil en los procesos de nulidad por semejanza de marcas, por Francisco Montero Palacios.

Según el autor, y en contra de lo que viene entendiendo recientemente la Sala primera del Tribunal Supremo, acordado el registro de una marca, el acto administrativo que implica esta resolución

sólo puede someterse a la revisión de la jurisdicción de su propia naturaleza. Si ésta confirma el acuerdo, lo convierte en inatacable, sin posible discusión ante jurisdicción distinta, por ejemplo, la civil, que el acuerdo deba ser anulado ante la existencia de una semejanza que no apreció la Administración, ni la jurisdicción contencioso-administrativa, al revisar lo acordado por ella.

Julio-agosto de 1966.

Equiparación jurídica de marido y mujer en el derecho europeo de filiación, por el doctor Boschán.

El autor concreta el tema al supuesto de la filiación legítima y estudia la posición de ambos padres en orden al domicilio, apellidos, patria y potestad, deber de alimentos y entrega de ajuar o dote.

Las reparaciones necesarias en relación con las causas de resolución del arrendamiento por destrucción de la vivienda o local de negocio o declaración de ruina de la finca, por Francisco Soto Nieto.

Preclarado el concepto de lo que la Ley de Arrendamientos Urbanos

llama «reparaciones necesarias», estudia el autor la limitación cuantitativa en el alcance de las mismas; y especialmente los supuestos de destrucción o declaración de ruina de la finca.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 55: abril junio de 1966.

Determinación de la dimensión óptima de explotaciones familiares en una comarca típica del secano español, por Emilio Gómez Manzanares.

El autor nos indica las bases que a su juicio han de servir para determinar la dimensión óptima de explotación familiar. Para ello, en este artículo, primera parte de su trabajo, se limita a dar cuenta de los resultados prácticos obtenidos sobre varias explotaciones agrícolas, describiendo las características de las citadas explotaciones, y examinando la influencia en la rentabilidad económica de las mismas, de una serie de factores (superficie agrícola útil por persona activa, tamaño medio de las parcelas, etcétera).

Procedimiento de concentración parcelaria y régimen impugnativo de sus acuerdos, por Antonio Agundez.

Sobre la base de considerar la concentración como acto adminis-

trativo, estudia el autor los elementos que la componen, sujeto, objeto, causa y forma. Analiza detalladamente las diversas fases del procedimiento, los distintos recursos a que pueden acudir los particulares afectados por ella, y los más recientes criterios jurisprudenciales sobre la materia.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Números 262-63; julio-agosto de 1966.

Meditación sobre la culpa, por Francisco M. Sánchez Gambo-rino.

Síntesis de los principios generales de la legislación de accidentes de trabajo: obligatoriedad de la indemnización en todo caso, aun en los de fuerza mayor, salvo que el hecho no guarde relación con la profesión de que se trate, y deber ineludible del empresario de satisfacer esa indemnización.

Jurisprudencia y notas sobre propiedad horizontal, por Vicente Cortés Giro.

Recopilación de sentencias de Juzgados, Audiencias y Tribunal Supremo sobre los nuevos problemas que plantea la relación comunitaria a que da lugar este tipo de propiedad, que el autor estima orientadoras para resolver las dudas que tan frecuentemente presenta la aplicación práctica de los preceptos que la rigen.

TEMIS

Número 19 de 1966.

Principios y perspectivas de la legislación urbanística, por José Martín Blanco.

Los diez años de vigencia de la Ley del Suelo, y la legislación complementaria dictada en torno a ella, suscitan, dice el autor, la oportunidad de reconsiderar los principios informadores de este ordenamiento legislativo, y las perspectivas que acarrea su puesta en ejecución. En cuanto a los principios, considera como tales y estudiaría uno por uno los seis siguientes: el planeamiento urbanístico como función; la consideración política del suelo; la objetivación del valor del suelo y el principio social de la recuperación de las plus valías; la concreción de la función social de la propiedad urbana en la que puede denominarse función urba-

nística de la propiedad; la concepción del Urbanismo en su sentido operacional y de ámbito nacional, como ordenación del territorio y como elemento de política; y, finalmente, la institucionalización del urbanismo y su jurisdicción en el proceso legislativo patrio.

En orden al segundo punto, nos dice que el Urbanismo es un poco como la «bomba atómica», que destruye los tradicionales conceptos jurídicos elaborados por la dogmática. Aporta una serie de innovaciones que alteran profundamente instituciones del Derecho Público y Privado, para recrearlas adaptándolas a sus particulares fines. Estas profundas modificaciones exigen adaptar el Derecho, especialmente el privado, a estas nuevas exigencias. El Derecho Urbanístico, concluye, puede ser la fórmula de reordenación del futuro Derecho Inmobiliario.

F. M. C.

