

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVI • Marzo - Abril 1980 • Núm. 537

CONSEJO DE REDACCION

CONSEJEROS:

- D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
- D. Pedro Cabello de la Sota.
- D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
- D. José Poveda Murcia.
- D. Pío Cabanillas Gallas.
- D. Antonio de Leyva y Andía.
- D. José Luis Lacruz Berdejo.
- D. Juan Vallet de Goytisolo.
- D. Ginés Cánovas Coutiño.
- D. Aurelio Menéndez Menéndez.
- D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

- D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

- D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléfono 411 26 28

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

I. S. B. N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Pérdida del capital social y continuación de la Sociedad Anónima», por AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ	237
«Venta por el propietario no poseedor. Cesión de la acción reivindicatoria», por EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG	275
«Adquisición de la nacionalidad española a virtud de opción por matrimonio», por MIGUEL GARCÍA GIL	385

JURISPRUDENCIA:

I. Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	423
---	-----

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y JOSÉ QUESADA SEGURA	449
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS	472
3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	496

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	501
--	-----

LIBROS:

«Derecho Agrario», de ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	517
«Manual de Derecho civil español», de DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	523

«Acuerdos restrictivos de la competencia», de EDUARDO GALÁN CORONA, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	525
«Derecho procesal constitucional», de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, por FER- NANDO SEQUEIRA DE FUENTES	529
«Le signe et le Droit», de JEAN-PIERRE GRIDEL, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	533
«El contrato de obra», de FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ CALERO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	539

REVISTAS:

II. Noticia de Revistas	545
-----------------------------------	-----

ESTUDIOS

Pérdida del capital social y continuación de la sociedad anónima *

SUMARIO: I. *El tratamiento de las pérdidas patrimoniales en la Ley de Sociedades Anónimas*: 1. Introducción.—2. Pérdida total del capital. Planteamiento del problema.—3. Solución más simple: reducción del capital a cero y aumento correlativo.—II. *La recuperación patrimonial de la sociedad por la vía de un doble acuerdo de reducción y aumento del capital*.—4. La reducción ordinaria por pérdidas y el *quorum* de asistencia del artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas.—5. La reintegración del capital y sus alternativas.—III. *La normalización de la empresa por otras vías*.—6. La continuación forzosa de la sociedad por el cauce del artículo 151 de la Ley de Sociedades Anónimas.—7. Alusión a otras alternativas eventualmente aplicables. Especial consideración del arrendamiento de la empresa.

I

1. La frecuencia con que se producen supuestos en los que la pérdida total o parcial del capital social no cierran las posibilidades de continuar la explotación de la empresa conduce en la práctica a la utilización de diversos expedientes que permiten, por unas u otras vías, la subsistencia de la sociedad. El tema, como luego se verá, puede ser contemplado desde una perspectiva preferentemente societaria o atendiendo a distintas fórmulas de gestión de la empresa. En todo caso, este estudio está limitado a un marco muy concreto: de un lado, no entra en el tratamiento concursal de la empresa en crisis, y de otro, sólo recoge algunas reflexiones inspiradas en el quehacer diario de la aplicación del Derecho, centrando la atención en algunos supuestos, como la operación de reducción-aumento del capital social, su posible reintegración, la continuación de la sociedad por decreto del Gobierno, y el

(*) Escrito para los *Estudios en homenaje al Profesor don ANTONIO POLO DÍEZ*.

arrendamiento de la empresa, que se han estimado especialmente significativos.

2. En alguna otra ocasión hemos apuntado que la reducción de capital en la sociedad anónima, casi siempre mirada con recelo, se presenta, por lo general, como una medida esporádica u ocasional, a la que se acude normalmente «para cumplir una función secundaria o instrumental respecto de una operación financiera más compleja» (1). Pocas veces esta afirmación resulta tan exacta como en los supuestos en los que la sociedad ha experimentado pérdidas patrimoniales que aminoran o hacen ilusoria totalmente la garantía legalmente atribuida a la cifra de retención que representa el capital social.

La cuantía o importancia de esas pérdidas puede, naturalmente, variar y, en lógica correspondencia con cada supuesto, son también distintos los remedios que el legislador considera necesario aplicar a fin de corregir ese desequilibrio entre capital y patrimonio. La Ley de Sociedades Anónimas contempla esa situación en dos preceptos de especial significación. De una parte, en el inciso final del artículo 99, a cuyo tenor «la reducción del capital tendrá carácter obligatorio para la sociedad cuando las pérdidas hayan disminuido su haber por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital social y hubiese transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio»; y de otro lado, en el número 3 del artículo 150, al incluir entre las causas de disolución la que se produzca «por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte de capital social, a no ser que éste se reintegre o reduzca». No contempla la ley, sin embargo, aquellas otras hipótesis más graves en las que el aludido desequilibrio ha desembocado en la pérdida completa del capital. El tratamiento que merecen estas hipótesis hace necesaria alguna reflexión más detenida; reflexión que, lógicamente, debe iniciarse con una referencia al tema de si la pérdida completa del capital admite o no en nuestro ordenamiento alguna solución jurídica que no implique la disolución de la sociedad anónima (2).

(1) Véase Prólogo a la obra de PÉREZ DE LA CRUZ *La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*. Zaragoza, 1973, pág. 17.

(2) Con anterioridad a la promulgación de la Ley de 17 de julio de 1951 algún autor había estimado que «en una sociedad anónima estaría justificado que la pérdida entera del capital fuese causa automática de disolución de la compañía, puesto que en esta clase de sociedades el capital es la única garantía para los terceros» (BOTER Y MAURI: *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*. Barcelona, 1947, pág. 20. y luego pág. 47, donde vuelve a insistir en esa idea). Aun reconociendo esa inequívoca función de garantía, nuestra mejor doctrina no comparte esa conclusión, rechazando, de un lado, la aplicación automática de esa causa de disolución, y estimando, de otro, la posibilidad de ciertas alternativas (reintegro del capital, transformación de la sociedad) que harían innecesario su

El mencionado artículo 150, 3, de la Ley de Sociedades Anónimas ha introducido, como es sabido, una importante modificación a lo dispuesto en el artículo 221, 2.º, del Código de Comercio, que al enumerar las causas generales de disolución de todas las sociedades mercantiles, considera como tal «la pérdida entera del capital» (3). Siguiendo el modelo de otras muchas legislaciones, conscientes de que en la sociedad anónima los acreedores no gozan de otra seguridad o garantía para el cobro de sus créditos que el patrimonio social, nuestra ley vigente ha estimado que la disolución de la sociedad anónima por consecuencia de pérdidas se puede producir antes de que esa pérdida afecte a la totalidad del capital social; será suficiente, en efecto, que las referidas pérdidas «dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social, a no ser que éste se reintegre o se reduzca».

Las diferencias que se advierten en la formulación de la norma en uno y otro precepto no conducen, sin embargo, a la conclusión de que, cuando se produzca la pérdida entera del capital, no será posible la continuación de la sociedad. Lo que sucede es, simplemente, que la causa de disolución puede tener lugar antes de la pérdida entera del capital. Pero producida ésta, por quedar reducido el patrimonio a «una cantidad inferior a la tercera parte del capital social», la sociedad, cualquiera que sea el desequilibrio patrimonial, podrá tomar las medidas explícita o implícitamente reconocidas en nuestro ordenamiento para superar o reducir suficientemente ese desequilibrio en salvaguarda de los intereses de la sociedad y sus acreedores, y evitar los efectos propios de la disolución (4).

3. Cabe pensar en una primera posibilidad consistente en la reducción del capital a cero, con el simultáneo aumento, para evitar que la operación desemboque prácticamente en la disciplina de la disolución. Se trata de una de esas operaciones financieras complejas a las que se suele recurrir en algunas ocasiones en que, no obstante la pérdida del capital, la sociedad manifiesta posibilidades de recuperación que acon-

funcionamiento (GARRIGUES: *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo 3, vol. I, Madrid, 1949, págs. 1204 y ss.; LANGLE: *Manual de Derecho Mercantil Español*, volumen I, Barcelona, 1950, págs. 691 y 695).

(3) Se trata de una regla característica de nuestro ordenamiento. Formulada ya en el artículo 329 del Código de SAINZ DE ANDINO pasa, por su influjo, al actual, sin que se encuentren vestigios de ella en otros textos de la época, excepto el Código de Comercio italiano, «quizá inspirado en el nuestro del 29» (GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades*, tomo I: *Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976, pág. 625).

(4) Véase PÉREZ DE LA CRUZ: *La reducción del capital*, cit., págs. 235 y ss.

sejan la conservación de la empresa (5). En la doctrina sobre el tema —esencialmente en la italiana, que le ha dedicado particular atención— se han manifestado, no obstante, ciertas reservas acerca de la admisibilidad de esta operación de reducción-aumento. Dos son los argumentos de mayor relieve que se han ensayado en contra de su reconocimiento: de un lado, se estima que, acordada la reducción, no cabe ya decidir el aumento, por la imposibilidad de reunir el *quorum* preciso para la elevación, en razón a que el capital es nulo y no es posible pensar, por tanto, en una suma de valores efectivos; y de otro lado, se considera que en una sociedad anónima la pérdida completa del capital hace imposible la consecución del objeto social, causa por sí sola de disolución, que al operar automáticamente da nacimiento al derecho a la cuota de liquidación en favor de los socios, antes de que la sociedad pueda llegar a decidir la reducción y el aumento (6).

Esta argumentación pone, ciertamente, de relieve la existencia de obstáculos formales nada despreciables, que, de uno u otro modo, inciden sobre la configuración misma de la sociedad como técnica de organización. Nos parece, sin embargo, que las razones aducidas en contra de la operación de reducción-aumento no son insalvables, y que no sería acertado, en aras de un excesivo formalismo, sacrificar la práctica de una operación que puede facilitar la recuperación de la empresa, mejorando la posición de los acreedores, sin lesionar los derechos de los socios. En relación con el *quorum* necesario para que la junta pueda acordar válidamente el aumento de capital ha de advertirse, en efecto, que, en definitiva, se trata del mismo *quorum* que la ley exige para que se pueda adoptar el acuerdo de reducción y, eventualmente, el de disolución; y siendo esto así, es decir, si se considera que la junta está válidamente constituida para tomar estos acuerdos, hemos de estimar que lo está también para acordar el aumento de capital; en otro caso, habría que llegar a la conclusión de que la reducción del capital a cero cerraría el paso a cualquier otro acuerdo posterior, con la consecuencia

(5) La explicación de esta aparente paradoja estriba en el hecho de que los valores relevantes, a fin de constatar la pérdida del capital, son precisamente los que figuran en el balance, el cual ha de redactarse con criterios de prudencia que conducirán normalmente a que algunos elementos estén incluidos por debajo de su valor real. Si a ello se añade que existen otros elementos de difícil o imposible reflejo contable, se comprende sin más que puede existir pérdida completa del capital, sin que la sociedad carezca completamente de activo neto (véase, por todos, FERRI: *La società*. Turín, 1971, pág. 657).

(6) En relación a este último extremo, FERRI, *ob. y lug. cit.* Para la evolución general del tema en Italia con referencia a la jurisprudencia (en general, favorable) y a los argumentos de la doctrina, cfr. BONELLI-BONOCORE: *Casi e materiali di diritto commerciale. 1. Società per azioni*, Milán, 1976, págs. 1390 y siguientes.

necesaria de que la sociedad quedaría privada de su órgano principal (7). De otro lado, el argumento de la imposibilidad de proseguir la consecución del objeto social tampoco parece insuperable, porque en nuestro ordenamiento, como es sabido, tanto la conclusión de la empresa que constituye el objeto de la sociedad como la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social (núm. 2 del art. 150 de la ley) no son causas que provoquen *ipso iure* la disolución; y no es aventurado, por tanto, entender que la recuperación, siquiera sea parcial, de la sociedad será suficiente para mantener su funcionamiento (8).

En todo caso, no estará de más recordar que la posibilidad de reducir el capital, acordando simultáneamente un aumento, era ya conocida y practicada entre nosotros antes de la promulgación de la Ley de Sociedades Anónimas. En opinión de la doctrina, ambos acuerdos podrían adoptarse en una misma reunión de la junta extraordinaria (art. 168 del Código de Comercio), en momentos cronológicamente sucesivos, pero ligados entre sí; de este modo, uno y otro acuerdo se integran realmente en una operación única, y sus efectos jurídicos se producen, por tanto, en forma coetánea y sin solución de continuidad (9). A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, como el alemán o el suizo, que regulan la operación de reducción-aumento como una operación conjunta, la ley española vigente no hace ninguna referencia expresa a la misma. Nada se encuentra, sin embargo, en nuestro ordenamiento, que se oponga a esa doble alteración del capital social. Lo que sucederá—como pone de relieve la doctrina—es que, en defecto de una regulación expresa de este procedimiento, como una operación conjunta, la realización de tal operación habrá de ajustarse a los requisitos y formalidades previstos en la Ley de Sociedades Anónimas para la reducción y el aumento del capital (10). Con posterioridad a la publicación de la ley, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de contemplar un supuesto de esta naturaleza, en el que la reducción a cero constituía el primer paso para una transmisión en bloque del patrimonio de la sociedad a los acreedores ordinarios,

(7) Véanse más adelante otras consideraciones sobre *quorum* en relación con la reducción y el aumento.

(8) Véase ANÍBAL SÁNCHEZ: *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Madrid, 1973, pág. 108, nota 77. Conviene señalar también que la falta de recuperación no desemboca por sí misma en la disolución porque, según ha declarado nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de 28 de mayo de 1973), el artículo 152 exige para los supuestos de disolución comprendidos en el número 2.º del artículo 150 el acuerdo de la Junta adoptado por las mayorías ordinarias, «requisito indispensable a tenor del artículo 84» (cfr. CARRERA GIRALT: *La Ley de Sociedades Anónimas y su interpretación por el Tribunal Supremo*, Barcelona, 1976, página 570).

(9) LANGLE, *ob. cit.*, pág. 526.

(10) Véase PÉREZ DE LA CRUZ, *ob. cit.*, págs. 60 y ss., y las referencias que allí se hacen.

pero sin respetar el derecho a la cualidad de socio de los que, siendo efectivamente miembros de la sociedad, no resultaban, sin embargo, acreedores de la misma (sentencia de 16 de mayo de 1967). La sentencia no llegó a entrar en el fondo del asunto, limitándose a rechazar el recurso en razón a la falta de claridad en la convocatoria de la junta general. No es menos cierto, sin embargo, que de los considerandos de la referida sentencia no se deduce en absoluto que la opinión del Tribunal Supremo sea contraria a la viabilidad de la operación, cuando ésta no lesione los intereses y derechos individuales de los socios (11).

Es justamente este tema, es decir, el de la protección de los socios, el que plantea más serias dificultades prácticas para la realización de la operación. Todas ellas derivan de la circunstancia de que, reducido el capital a cero, las acciones no representan ninguna fracción de dicho capital y, a estos efectos, sólo permanecen vivas como títulos que incorporan el derecho de suscripción para concurrir al aumento contemporáneamente acordado. Resulta entonces que los accionistas que no quieran o no puedan ejercitar el derecho de suscripción de las nuevas acciones están condenados a perder la cualidad de socio; y es ésta una conclusión que no parece fácil de conciliar con el derecho del accionista a ser y permanecer como tal sin verse obligado a realizar nuevas aportaciones. De ahí el singular recelo con que viene siendo contemplada la operación por un amplio sector de la doctrina extranjera; y de ahí también la posición de nuestros autores al estimar que tal operación sólo será lícita o viable en aquellos supuestos en que haya sido decidida por unanimidad (12).

II

Esta dificultad se superará, sin embargo, si la reducción se hace a una cifra mínima superior a cero. De este modo se consigue, en efecto, mantener en su calidad de socios a todos los accionistas, aun cuando no ejerciten el derecho de suscripción preferente en el sucesivo aumento del capital. De otro lado, esta operación de aumento podrá hacerse en la cuantía más limitada posible para que—como pide el art. 150, 3, de la Ley de Sociedades Anónimas—el patrimonio alcance una cifra igual o superior a la tercera parte del capital social. La doble operación de reducción-aumento ofrece así las siguientes ventajas: es viable sin necesidad de un acuerdo unánime, evita el perjuicio que se causa a aquellos accionistas que no estén dispuestos a efectuar las prestaciones complemen-

(11) La referencia de la sentencia se toma de PÉREZ DE LA CRUZ, *ob. cit.*, página 237.

(12) ANÍBAL SÁNCHEZ: *El derecho de suscripción*, cit., págs. 109-110; PÉREZ DE LA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 239.

tarias que requeriría una reintegración del capital en sentido estricto, y supera la causa de disolución por consecuencia de pérdidas mediante un ingreso de nuevos elementos patrimoniales inferior al que sería necesario en caso de acudir exclusivamente a la vía del aumento de capital (13).

4. La primera fase de esa alternativa práctica se concreta, pues, en el recurso a la reducción ordinaria por pérdidas contemplada en el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas. El inciso final de este precepto declara que la reducción «tendrá carácter obligatorio para la sociedad cuando las pérdidas hayan disminuido su haber por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital social y hubiese transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio». Este es nuestro supuesto, y ante él la primera cuestión que preocupa es la de saber si esa reducción puede acordarse con el *quorum* ordinario del artículo 51, o si, por el contrario, será necesario aquel otro reforzado que contempla el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas (14).

A) La mayor parte de la doctrina no se ha planteado esta cuestión, dando por supuesto que, como en los demás casos de reducción, también en éste el acuerdo—como señala el artículo 97—deberá ser adoptado con los requisitos del artículo 84 y, por ende, con la «concurencia de socios y de capital previstos en el artículo 58» (15). Entre los autores

(13) Véanse, *infra*, otros problemas que puede originar el aumento y la reintegración.

(14) El problema tiene importancia a la hora de juzgar la viabilidad práctica de la operación, pues a causa del valor que según vimos podía alcanzar el activo neto, no obstante la pérdida total del capital, se ha señalado con acierto que «los viejos accionistas de estas sociedades aceptarían difícilmente una reducción del capital que les privaría definitivamente de todo o parte de sus derechos sobre dichas plusvalías, en beneficio de quienes entre ellos o terceros suscribieran, sin duda a la par, las acciones nuevas representativas del aumento de capital» (cfr. BOSVIEUX, P.: *De la réduction de la valeur de l'actif net au-dessous d'un montant correspondant au quart du capital social*, Jour. des sociétés, 1974, pág. 157, nota 1). El mayor interés de este trabajo para nosotros radica en el hecho de mostrar que el legislador francés ha tenido que atenuar las soluciones previstas en el viejo artículo 241 para los supuestos en que las pérdidas excedan del capital (incluso, pues, en hipótesis en que el *activo neto es negativo*) para evitar la desaparición definitiva de sociedades que podrían disponer todavía de un efectivo potencial económico (*ob. cit.*, pág. 150). De otro lado—y salvadas las irremediables diferencias que derivan de los textos positivos—, el estudio trata de puntualizar las diversas alternativas que la reforma de 6 de enero de 1969 no coordinó debidamente y que en apariencia conducirían—como en nuestro caso—a una incompatibilidad entre las exigencias de enjugar la totalidad de las pérdidas y el mecanismo ordinario de la reducción que nunca llega a apurarla plenamente (véase todo el epígrafe B, sobre continuación de la sociedad, págs. 145 y ss., y conclusiones en páginas 160 a 162).

(15) Véase GARRIGUES en GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, Madrid, 1976, pág. 346; RUBIO: *Curso de sociedades anónimas*, Madrid, 1974, pág. 490.

que han prestado una atención más específica al tema, las opiniones están, sin embargo, divididas.

En sentido favorable a la exigencia del *quorum* del artículo 58 se han pronunciado ciertamente más de un autor. Se alega, en primer lugar, que el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, que regula la reducción por pérdidas, viene a nuestro Derecho con la clara influencia del artículo 2.446 del Código Civil italiano, pero sin el desarrollo técnico que tiene en aquel ordenamiento; y se estima, en consecuencia, que frente al sistema italiano, en el que expresamente se declara que la reducción por pérdidas la acuerda la junta general que aprueba el balance, sin ningún requisito de *quorum* especial, en nuestro ordenamiento falta esa previsión, y, en consecuencia, ha de considerarse necesario el *quorum* reforzado del artículo 58 para poder tomar el acuerdo (16). De otro lado, se señala que la aplicación de la norma general a este supuesto encuentra su base no sólo en la regla hermenéutica *ubi lex non distinguit...*, sino también en la circunstancia de que la junta no sólo habrá de acordar la reducción, sino que ha de establecer asimismo el procedimiento para llevarla a cabo, «y nada autoriza a pensar que una junta con *quorum* de asistencia diverso de los previstos en el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas pueda realizar esa determinación». Ha de advertirse, no obstante, que esta doctrina no deja de mostrar cierta vacilación al valorar los argumentos de la tesis contraria, invocando especialmente la posible aplicación analógica del Decreto-ley de 5 de febrero de 1954, que solventó, con una tercera convocatoria, sin requisitos de *quorum*, una situación similar a la presente; es decir, una situación en la que el legislador imponía también con carácter obligatorio la adopción de un acuerdo: el de adaptación de estatutos a las normas de carácter imperativo de la nueva Ley de Sociedades Anónimas (17).

B) Esta interpretación doctrinal, tal vez excesivamente condicionada por la letra de la ley, puede conducir a una solución contraria al propio sentido de la reducción por pérdidas, y debe ser, a nuestro juicio, objeto de revisión. Comencemos por señalar que la ley distingue el régimen de la reducción por pérdidas de aquel otro establecido para la reducción voluntaria. La diferencia consiste en dos notas de singular valor, ambas recogidas en el mencionado artículo 99: se advierte, de un lado, que frente a lo que sucede en la reducción voluntaria, la reducción por pérdidas lleva consigo la supresión de las garantías reconocidas en favor de los acreedores; y de otro lado, que cuando esas pérdidas exceden del porcentaje anteriormente referido, «la reducción del capital tendrá ca-

(16) GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 568.

(17) PÉREZ DE LA CRUZ: *La reducción del capital*, cit., págs. 227 y ss.

rácter obligatorio para la sociedad». En este caso, la ley proclama de modo categórico una *obligación de reducción del capital* totalmente alejada de la mera facultad que sirve de apoyo a la llamada reducción voluntaria; y determina, con la misma claridad, el sujeto pasivo de esa obligación que no es otro que la propia sociedad.

a) Esta alteración del significado y naturaleza usual de los acuerdos sociales es decisiva para la recta comprensión del tema que examinamos. La calificación como genuinas *declaraciones de voluntad* que merecen los acuerdos sociales en la mayoría de los casos no deja dudas sobre su significación en las hipótesis de reducción voluntaria, pero choca abiertamente con la idea de una reducción *obligatoria*, en la que el papel de la junta queda limitado a constatar la pérdida y su cuantía, de tal suerte que, una vez acreditada, la reducción se actúa *ministerio legis* y no *ope socialis voluntatis*. Diríamos, en otros términos, que en nuestro caso el acuerdo se presenta como una *simple declaración de ciencia* que agota sus efectos en la apreciación de la pérdida, pero no decide en realidad la reducción, pues no parece muy correcto hablar de decisión cuando la reducción constituye para la sociedad un *acto debido*; en este sentido, los mismos defensores de la opinión contraria se ven obligados a reconocer que si la sociedad no declara la necesidad de la reducción, el acuerdo resultaría impugnabile como contrario a la ley (18).

Pero de poco serviría proclamar esa posibilidad de impugnación y el deber de los administradores de convocar la junta si la sociedad quedase exonerada de cumplir con su deber cuando no alcance el *quorum* establecido en el artículo 58. En ese caso desaparecería, en efecto, la idea de un *vinculum iuris*, el acto debido se transformaría en acto potestativo, y la norma del artículo 99, carente de eficacia y capacidad de reacción, dejaría de ser una norma imperativa en sentido estricto para convertirse en una simple norma dispositiva—o, si se prefiere, *minus quam perfecta*—susceptible de no ser atendida. Esta conclusión no respondería ni a la letra ni al espíritu de la ley; y si no queremos llegar a una violación de

(18) GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 350. En relación a la significación normal de los acuerdos, URÍA: *Comentario...*, cit., I, pág. 577; y admitiendo expresamente que pueden incluir simples declaraciones de ciencia o de verdad, GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades. Parte general*, cit., pág. 312. Interesa advertir que en la misma doctrina italiana se ha manifestado recientemente que a pesar de no suponer el acuerdo una declaración de voluntad debe exigirse el *quorum* de la asamblea extraordinaria; y como se teme que ello pueda transformar el mandato legal en letra muerta, se señala que si la Junta no acuerda la obligada reducción habrá de pronunciarla el Tribunal, según prescribe la propia Ley (FENGHI: *La riduzione del capitale*, Milán, 1974, págs. 75-76). Sin embargo, tal solución es rechazada entre nosotros, incluso por quienes defienden la exigencia de *quorum* reforzado (cfr. GIRÓN: *Derecho de sociedades anónimas*, cit., pág. 534).

la misma, habrá que entender que la junta queda válidamente constituida cuando se respeten simplemente los mínimos de asistencia establecidos en el artículo 51. La solución ha de ser lógicamente similar a la que consagró el legislador con carácter transitorio para resolver el tema de la adaptación de estatutos. Lo que sucede es que mientras en este caso la intervención legislativa era de esperar, y se produjo, en el nuestro no puede contarse con ella, pues el problema que examinamos no afecta a todas las sociedades anónimas, como sucedía en materia de adaptación, sino que se proyecta tan sólo sobre algunos casos singulares. En consecuencia, la solución ha de encontrarse por la vía estrictamente interpretativa.

b) La interpretación del artículo 99 aconseja tener en cuenta también sus precedentes históricos-comparativos. Ya hemos tenido ocasión de apuntar que nuestro legislador se inspiró en el artículo 2.446 del Código Civil italiano, pero sin declarar expresamente, a diferencia de lo que establece ese precepto, la posibilidad de que la junta decida la reducción sin sometimiento a especiales exigencias de *quorum* al aprobar el segundo balance deficitario. Es esta omisión la que explica que un sector de nuestra doctrina haya estimado que el régimen del supuesto es idéntico al general, sin otra particularidad que la supresión de las garantías reconocidas en otros casos a los acreedores. De este modo, la interpretación se aleja de su precedente natural para aproximarse en mayor grado a los criterios que definen la institución alemana conocida con el nombre de «reducción de capital simplificada» (*vereinfachte kapitalherabsetzung*). No ha de sorprender por ello que esta expresión haya sido utilizada, en relación a la hipótesis que nos ocupa, por quienes han defendido más claramente entre nosotros la idea ya aludida de que la única alteración que cabe apreciar en el régimen de la reducción por pérdidas es la supresión de las garantías de los acreedores (19); y en consonancia con esta interpretación que se propone para el artículo 99 de nuestra ley, se estima incluso que antes de proceder a la reducción habrá de operarse una aplicación efectiva de las reservas a la cobertura de las pérdidas (20).

Esta conclusión no parece, sin embargo, correcta. La institución alemana de la reducción simplificada sirve, en efecto, para equilibrar disminuciones de activo, para cubrir otras pérdidas o para la aplicación de sumas a la reserva legal; pero no presupone como tal, y ésta es la primera diferencia importante con nuestro artículo 99, la previa existencia de

(19) GIRÓN: *Derecho de sociedades anónimas*, cit., págs. 532 y ss.

(20) Autor y obra últimamente citados, pág. 533; en contra, PÉREZ DE LA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 28.

un balance deficitario (21). Se explica entonces que el legislador haya arbitrado la reducción simplificada como un expediente de utilización facultativa y naturaleza voluntaria, manifestándolo así expresamente al significar que la sociedad podrá llevarla a cabo con sometimiento al *quorum* reforzado (párrafo 229 de la Ley de Acciones de 1965, que remite a las mayorías reforzadas del 222), porque en ese caso, a diferencia de lo que sucede entre nosotros con el caso contemplado en el párrafo final del artículo 99, la reducción no tiene carácter obligatorio (22).

Poco importa a estos efectos que nuestra reducción obligatoria por pérdidas coincida con la figura alemana de la reducción simplificada en la supresión de las garantías de los acreedores. Este aspecto de la cuestión sólo mira a la esfera externa, es decir, a las consecuencias del acuerdo respecto de terceros, pero no tiene ninguna trascendencia en el ámbito interno, en el que, por el contrario, las diferencias apuntadas (existencia de un balance deficitario y carácter obligatorio de la reducción) resultan decisivas para entender por qué la peculiaridad de la situación exonera de los requisitos de *quorum* a fin de garantizar en todo momento el cumplimiento del mandato legal; así lo entiende también nuestra doctrina más reciente, que, volviendo al cauce interpretativo que suministra el precedente italiano, sostiene de modo categórico que lo obligado sería que la *junta ordinaria* que por *segunda vez aprueba el balance* con pérdidas superiores a las dos terceras partes del capital, se pronuncie y resuelva acerca de su reducción (23).

c) Esta conclusión se robustece considerablemente si se contempla el artículo 99 a la luz de una interpretación sistemática. En este sentido no se puede ignorar, en efecto, la relación que existe entre el artículo 99, sobre reducción de capital «cuando las pérdidas hayan disminuido su haber por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital social, y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio», y el número 3 del artículo 150, que contempla el supuesto de disolución «por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social, a no ser que éste se reintegre o se reduzca» (24).

El engarce sistemático de ambas normas proporciona, en efecto, al-

(21) WÜRDINGER: *Aktien-und Konzernrecht*, Karlsruhe, 1973, pág. 192.

(22) La argumentación que intenta refutarse se refiere lógicamente a la Ley alemana de 1937, no a la de 1965 a que nosotros aludimos; pero la reducción de capital simplificada no se planteaba de manera distinta a la actual en la Ley derogada de 1937 (cfr. WEIPERT-SHILLING: *Aktiengesetz Grosskommentar*, Berlín, 1965, sub. 182 y ss., págs. 164 y ss.).

(23) VELASCO ALONSO: *La Ley de Sociedades Anónimas. Anotaciones y concordancias*, Madrid, 1976, pág. 463.

(24) Véase VELASCO ALONSO, *ob. cit.*, pág. 462.

gunas enseñanzas importantes. La relación entre ambos preceptos se produce, independientemente de otras consideraciones, porque el supuesto de reducción por pérdidas del artículo 99 es un supuesto de reducción *obligatoria*, y la causa de disolución del número 3 del artículo 150 no es una causa automática, pero sí *legal y necesaria* de disolución, a menos que el capital sea reintegrado o reducido. Pues bien: en este último caso, indudablemente más grave que el de la reducción por pérdidas, y en el que la junta no tiene tampoco otra misión que la de constatar la situación patrimonial y sacar las consecuencias oportunas, es claro, porque con esa claridad lo dice el párrafo 2.º del artículo 152 de la ley, que el acuerdo de la junta general será «adoptado por las mayorías ordinarias», esto es, como se ha venido entendiendo al comentar la ley, con el *quorum* de asistencia establecido en el artículo 51 (25). Y si esto es así, lo correcto

(25) URÍA en GARRIGUES-URÍA: *Comentario...*, cit., II, pág. 824. Aunque la expresión «adoptado por las mayorías ordinarias puede inducir a pensar que el artículo 152 se refiere a las mayorías en la votación y no al *quorum* para la válida constitución de la junta, no es dudoso que la expresión debe ser entendida en este último sentido. Como se ha señalado con razón, comentando el artículo 152: «En cuanto a los requisitos para la válida constitución de la Junta basta con que se reúna el *quorum* previsto por el artículo 51 de la Ley, según se trate de primera o segunda convocatoria. Esto es lo que quiere decir el artículo 152 cuando habla de acuerdo “adoptado con las mayorías ordinarias”. En rigor, ninguna disposición legal exige mayorías reforzadas para la adopción de ninguna clase de acuerdos. Sólo se exige un *quorum* reforzado de asistencia si la Junta va a tratar alguno de los asuntos especificados en el artículo 58» (CÁMARA: *Estudios...*, cit., I, 2.º, página 546). El autor agrega que «la expresión legal, literalmente entendida, sólo tiene aplicación en el caso de que los estatutos, para la adopción de determinados acuerdos, exijan una mayoría superior a la mayoría de los votos emitidos legítimamente en la Junta», pero nos parece que en atención al contexto general de la Ley no es pensable que el legislador se haya querido referir a las mayorías de votación previstas en los estatutos. Advuértase que el párrafo 2.º del artículo 152, que estamos considerando, alude a la disolución por alguna de «las causas previstas en los números 2, 3 y 6 del artículo 150», justamente a aquellas causas de disolución en las que, dejando a un lado el «cumplimiento del término» que opera «de pleno derecho» (art. 150, 1, y párrafo 1.º del art. 152), la Junta puede acordar la disolución sin necesidad del *quorum* de asistencia del artículo 58, que es exigido para las causas previstas en los números 4 (fusión o absorción de la sociedad) y 5 (simple acuerdo de la Junta general) del referido artículo 152. Si se entendiera que la expresión «adoptado por las mayorías ordinarias» del párrafo 2.º del artículo 152 se refiere a las mayorías de votación, quedaría sin resolver el tema del *quorum* de asistencia en las Juntas que acuerden la disolución por alguna de las causas previstas en los números 2, 3 y 6 del artículo 150; de otro lado, si se considerara aplicable el *quorum* del artículo 58, se vaciaría, en cierto modo, de sentido el juego de estas causas, porque, en definitiva, todas ellas se reconducirían al simple «acuerdo de la Junta general», tal como se configura como causa de disolución en el número 5 del artículo 150; y finalmente no se acertaría tampoco a comprender bien por qué en los supuestos de los números 2, 3 y 6 del artículo 150 jugarían las mayorías de votación ordinarias, en tanto que para las causas previstas en los números 4 y 5 nada se habría dispuesto sobre esta cuestión. Por todo ello, parece correcto estimar que la expresión «adoptado por las mayorías ordinarias» del artículo 152 va referida al *quorum* de asistencia establecido en el artículo 51. Otra cosa

es estimar que ese mismo *quorum* será suficiente cuando se trate de una reducción obligatoria por pérdidas.

La interpretación contraria conduciría al absurdo de que, en caso de disolución, particularmente grave porque implica la desaparición posterior de la sociedad, sólo se requiere el *quorum* ordinario, en tanto que en el supuesto de reducción obligatoria por pérdidas, en todo caso menos grave, será necesario el *quorum* reforzado del artículo 58. Por todo ello, no puede sorprender que nuestra doctrina más reciente, persuadida del contrasentido a que puede conducir la solución contraria, mantenga, ciertamente, la necesidad de la junta para pronunciarse sobre la reducción, pero significando, *por analogía* a lo que la propia ley dispone para el supuesto de disolución por pérdidas, que en este caso «no debe ser necesario el *quorum* del artículo 58, y el acuerdo podrá ser adoptado con las mayorías ordinarias» (26).

d) Las consideraciones expuestas permiten estimar que tanto el carácter obligatorio de la reducción por pérdidas como la interpretación sistemática del artículo 99 de la ley conducen, a nuestro juicio, a la conclusión de que el acuerdo de reducción por pérdidas, cuando éstas sean superiores a las dos terceras partes del capital y transcurra un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio, puede ser adoptado en junta constituida con el *quorum* ordinario del artículo 51. Esta interpretación no ha de quedar enervada por la circunstancia de que la junta que pronuncie la reducción haya de determinar asimismo el procedimiento para llevarla a cabo. El tema del procedimiento, ciertamente, lleva implícita una cuestión de garantías, pero éstas no tienen nada que ver con el régimen de mayorías, sino con el régimen correspondiente a la protección de los *derechos individuales de los socios*; si éstos no se respetan, bien porque se conculca la paridad de tratamiento entre los accionistas, bien porque se lesiona el derecho de los socios a permanecer como tales, el acuerdo

es que aquella causa de disolución por pérdidas, causa legal y necesaria, se trate de paralizar acudiendo al expediente de la reducción del capital en los términos que permite el número 3 del artículo 150, porque en ese caso estaremos, en definitiva, ante una reducción voluntaria, y, en consecuencia, el acuerdo de reducción sólo podrá ser adoptado válidamente en Junta constituida con el *quorum* previsto en el artículo 58 de la Ley (véase en este sentido CÁMARA, *ob. cit.*, págs. 547 y siguientes).

(26) CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1977, pág. 183. No faltan ordenamientos que exigen que este acuerdo de reducción lo adopte la Junta extraordinaria, pero también es esa Junta la competente para ocuparse de la disolución por pérdidas (véase, por ejemplo, en Derecho francés HEMARD, TERRE y MABILAT: *Sociétés commerciales*, II, París, 1974, págs. 562-63 y 911, respectivamente). De cualquier modo, y aunque sea en sentido distinto, la unidad de criterio para el tratamiento de ambos casos se mantiene.

será nulo o impugnabile, por más que se haya adoptado con las mayorías reforzadas (27).

5. Aclarada esta cuestión, hemos de reparar ahora en el hecho de que el recurso a la reducción de capital, en la forma que acaba de apuntarse, no es bastante por sí solo para solventar el tema que nos ocupa. La simple reducción es, quizá, la solución más aconsejable cuando la pérdida deja reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social, sin llegar a su pérdida entera o total. Decimos que puede ser el procedimiento más oportuno, porque, de una parte, el acuerdo de reducción no plantea mayores dificultades, si se acepta la interpretación que proponemos para integrar su disciplina legal (arts. 97 y 99 de la Ley de Sociedades Anónimas), y de otra, porque, en definitiva, permite superar la situación de disolución sin que los socios tengan que realizar nuevos desembolsos. Pero cuando se trata de un supuesto de pérdida entera del capital, la reducción por sí sola nada resuelve, porque cualquiera que sea la cuantía de esta reducción, siempre resultará que el patrimonio no llega a alcanzar la tercera parte de dicho capital. Si nos situamos en el caso, no del todo insólito en la práctica, de que las pérdidas resultan superiores al capital social y las reservas, es obvio, en efecto, que no podremos salir de la situación de disolución reduciendo simplemente la cifra del capital social. Para salir de ella y restablecer el equilibrio patrimonial, al menos al nivel que exige el número 3 del artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas, siempre será necesario el incremento del patrimonio de la sociedad. En estos supuestos, la reducción tendrá, pues, que ir acompañada de una medida complementaria de reintegración o aumento de capital en los términos que consideramos a continuación:

A) El segundo de los cauces que nos ofrece el número 3 del artículo 150 es el de la reintegración del capital social, reintegración que al superponerse a una reducción previa constituiría la segunda fase de esa compleja operación a que venimos aludiendo. Pero, ¿qué quiere significar la ley cuando habla de «reintegración» del capital social? La doctrina señala con acierto que «reintegrar supone tanto como restablecer la integridad del patrimonio social», y esto es algo que sólo puede conseguirse

(27) A este nivel opera la doctrina general sobre el tema, en el sentido de que la competencia de la Junta general ha de detenerse ante los derechos individuales de los accionistas, derechos que no pueden ser violados por ningún acuerdo mayoritario por muy reforzado que sea el *quorum* de asistencia a la Junta (cfr. URÍA en GARRIGUES-URÍA: *Comentario...*, I, cit., págs. 573 y ss. Más particularmente, en relación al principio de paridad de tratamiento, GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades. Parte general*, cit., págs. 294-295; y por lo que toca al derecho a no ser privado de la condición de socio, véanse autores citados en nota 12).

incorporando nuevos elementos patrimoniales al activo de la sociedad sin gravar paralelamente su pasivo. El reintegro «podrá venir incluso por donación, herencia o cualquier otro título, pero normalmente habrá de correr a cargo de los propios accionistas» (28). Es esta hipótesis normal u ordinaria de reintegración por los socios la que aquí hemos de considerar. La reflexión sobre el interés que puede ofrecer para superar la causa de disolución de la sociedad plantea dos cuestiones en las que es necesario reparar:

a) La primera de ellas se refiere al hecho de que si—como sucederá en la mayoría de los casos—los estatutos no prevén la obligación del accionista de proceder a ese reintegro del capital, la junta general no podrá imponer por mayoría (ni aun con los requisitos del artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas) la obligación de reintegrar a aquellos accionistas que se nieguen a ello, pues—como es sabido—el párrafo primero del artículo 85 de la misma ley es claro en el sentido de que no se pueden imponer nuevas obligaciones a los accionistas «sin la aquiescencia de los interesados» (29).

b) No nos parece, sin embargo, que exista reparo formal alguno para que ese reintegro del capital social hasta los niveles exigidos por el artículo 150, 3, para evitar la disolución de la sociedad (elevación del patrimonio social hasta una cantidad al menos igual a la tercera parte del capital) pueda ser efectuado por los socios que están interesados en mantener viva la sociedad impidiendo su disolución; si estos socios cuentan con la mayoría de la sociedad podrán, a nuestro juicio, tomar un acuerdo de reintegración del capital en los términos indicados, porque, en este caso, los accionistas que se nieguen a participar en la reintegración no estarán sometidos a «nuevas obligaciones». Cabe poner en duda si esa reintegración podría llevarse a cabo por accionistas que no conta-

(28) URÍA en GARRIGUES-URÍA: *Comentario...*, II, cit., págs. 808-809.

(29) Autor, ob. y lug. últimamente citados, y allí otras referencias a las que puede añadirse VELASCO ALONSO (*La Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 658) y ANÍBAL SÁNCHEZ, significando este último la vinculación existente entre el referido artículo 85 y el principio general de limitación de responsabilidad, característico de la sociedad anónima (*El derecho de suscripción preferente*, cit., págs. 114-115). Como se indica en el texto, la obligación del accionista de proceder a la reintegración del capital puede ser establecida, sin embargo, en los estatutos por la vía de las prestaciones accesorias eventuales, que en este caso vendrían a cumplir la función de una «reaportación» del socio a la sociedad con una significación similar a la de las «aportaciones suplementarias» del Derecho alemán. (Sobre el tema de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima, con especial referencia al interés que ofrece el párrafo primero del artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas para su reconocimiento en nuestro Derecho, véase ANGEL ROJO: «Génesis y evolución de las prestaciones accesorias», *R. D. M.*, 1977, núm. 145, páginas 301 y ss.)

ran con la mayoría, e incluso sin necesidad de junta; pero si constituyen mayoría y toman el acuerdo en reunión de la junta general celebrada al efecto, nada parece oponerse a la voluntad social de evitar la disolución mediante el reintegro del capital efectuado por los accionistas que presen-ten su aquiescencia a ese compromiso de reintegro (30).

En este caso, las dificultades que se suscitan son de otra índole. De modo primordial radicarán en el hecho de que las cantidades «reintegradas» a la sociedad por los socios no puedan reputarse aportaciones, y no parece tampoco posible estimar que se trata de créditos de los socios a la sociedad; independientemente de otras consideraciones, hemos de convenir, en efecto, que si el legislador permite el reintegro del capital para superar aquel desequilibrio patrimonial, la estimación de las cantidades reintegradas como créditos frente a la sociedad deberían figurar en el pasivo como deudas de ésta, y no se lograría, por tanto, el incremento patrimonial deseado. Quiere decirse, pues, que las cantidades reintegradas por los socios han de ser consideradas, a nuestro juicio, como prestaciones complementarias a fondo perdido; como cantidades que pasan a integrarse en el patrimonio de la sociedad sin ninguna contraprestación personal a favor de los socios que procedieron al reintegro. Resulta así que la reintegración del capital social por una parte de los socios tiene el inconveniente de constituir para ellos una carga económica de determinadas cantidades que al integrarse en el patrimonio social beneficiará también a los accionistas que se negaron a participar en el reintegro. Si a ello se añade la posibilidad de que ese reintegro tenga el tratamiento fiscal de un acto de disposición gratuito en favor de la sociedad, será necesario ponderar debidamente las ventajas y los inconvenientes que ofrece esta vía de la reintegración del capital social por una parte de los socios para hacer salir a la sociedad de la situación de disolución en que pueda encontrarse (31).

(30) Así parece entenderlo también la escasa doctrina extranjera que se ha planteado la cuestión, advirtiendo expresamente que en ese caso sería suficiente la mayoría exigida para la Junta ordinaria (cfr. FENGHI: *La riduzione del capitale*, citado, pág. 74).

(31) La doctrina no ha reparado por lo general en tales dificultades e inconvenientes. Ese olvido no se observa únicamente en la doctrina jurídico-mercantil, sino también en la técnico-contable. En la obra de FERNÁNDEZ PEÑA, por citar sólo alguno de los estudios más conocidos entre los producidos últimamente por los cultivadores de este segundo sector, se silencia en efecto toda referencia al tema de reintegración del capital en caso de pérdidas, silencio que puede advertirse tanto al examinar el tratamiento contable de la reducción de capital y sus consecuencias fiscales, como al abordar el régimen de la disolución de la sociedad (*Sociedades mercantiles. Ejercicios y estudios jurídico-contables*, Madrid, 1970, págs. 229 y siguientes, y 459 y ss., respectivamente). Todo ello quizá sea debido al influjo de la doctrina francesa, en cuyos representantes se aprecia idéntica omisión (BATARDON-DELAISI: *Traité pratique des sociétés commerciales*, París, 1961, págs. 398 y si-

B) Las dificultades que entraña la reintegración del capital social por todos los socios en cuanto requiere el acuerdo unánime de todos ellos ha hecho pensar a la doctrina en que, para obviar este inconveniente y hacer salir a la sociedad de la situación de disolución, el procedimiento más aconsejable sería el de aumentar el capital en la medida necesaria para que con las nuevas aportaciones el patrimonio social sea superior a la tercera parte del capital (32). Como es obvio, esta solución aventaja también a la reintegración realizada sólo por una parte de los socios, pues, en el supuesto de aumento de capital, el reintegro por vía de aportación tiene su contraprestación en las acciones que se reciben, y en caso de que unos socios no hagan uso de su derecho de suscripción preferente y los excedentes no suscritos sean atribuidos a los demás socios, éstos no sufrirán el perjuicio que supone una reintegración a fondo perdido (33). El aumento de capital en la medida en que, de un lado, ofrece la compensación adecuada a los accionistas que asumen el sacrificio de incrementar con sus aportaciones el patrimonio social, y de otro, tiene un tratamiento fiscal ponderado, se presenta como el mejor modo de proceder a la reintegración del capital social en un sentido amplio, evitando los perjuicios y las dificultades que lleva consigo una estricta

guientes, y 556 y ss.); mas este último silencio resulta explicable, ya que la reintegración del capital, acogida en nuestro ordenamiento por influencia italiana, es ajena, en cambio, al ordenamiento francés (véase en la doctrina italiana últimamente SPADA: *Reintegrazione del capitale reale senza operare sul nominale*, Giur. Comm., 1978, I, págs. 36 y ss.). La cuestión ha sido estudiada desde una perspectiva más amplia en la doctrina alemana. En el Derecho alemán no sólo se encuentra la posibilidad de que en la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada se prevean aportaciones suplementarias, que no integran el capital social (las denominadas *Nachschüsse*, arts. 26 a 28 de la GmbHG; véanse referencias de ANGEL ROJO, *ob. cit.*, págs. 279 y ss.), sino que se reconoce también en las sociedades anónimas las llamadas *freiwillige Zuzahlungen*, contempladas en el artículo 15, párrafo 2.º, número 4 de la AktG de 1965, donde se establece que debe incluirse en la reserva legal el importe de los desembolsos suplementarios efectuados por los accionistas en contrapartida de un privilegio para sus acciones. En esta disposición se apoya la doctrina para afirmar que el saneamiento de la sociedad puede conseguirse a través de «desembolsos espontáneos», *con o sin* contrapartida de un privilegio. Estos desembolsos a fondo perdido aumentan el patrimonio, pero no el capital. Cuando se efectúan sin contrapartida de privilegio no tienen que incluirse en la reserva legal, sino que pueden constituir directamente una reserva facultativa (véanse MAYER-LANDRUT: *Grosskommentar AktG*, art. 1 AktG, núm. 6, página 42; C. H. BARZ, *ibid.*, art. 54 AktG, núm. 9, pág. 381). En la práctica anglo-norteamericana, la emisión de acciones sin valor nominal (no-par-value-shares) constituye, en ocasiones, expresión de estos desembolsos (véase GOWER: *The principles of modern Company Law*, Londres, 1969, pág. 124).

(32) URÍA, *ob. y lug. cit.*; GIRÓN TENA, *ob. y lug. cit.*; VELASCO ALONSO, *ob. y lug. cit.*

(33) Respecto del régimen de los «sobrantes» tras el cierre de la suscripción, véanse, entre nosotros, ANÍBAL SÁNCHEZ: *El derecho de suscripción preferente*, citado, págs. 212 y ss.

reintegración del capital social por la vía de prestaciones de los socios a fondo perdido. Por lo demás, parece correcto estimar también que, en principio, bastará realizar el aumento de capital en la medida necesaria para que el patrimonio exceda de la tercera parte del capital social; es decir, que no será necesario llegar a un pleno restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio social (34).

a) La fórmula del aumento de capital no está en contradicción con el artículo 150, 3, de la Ley de Sociedades Anónimas. Se ha dicho, con fundamento, que si, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99 de la misma ley, la sociedad, en caso de disminución de su haber por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital social, sólo viene obligada a reducir el capital cuando «hubiese transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio», habrá que admitir también que en el supuesto de disolución por pérdidas la sociedad tampoco vendrá obligada a disolverse, en tanto no se sepa por el resultado de un nuevo ejercicio si el patrimonio se ha recuperado o no (35). Pero en cualquier caso no es dudoso que, en el supuesto de pérdidas, el legislador cierra el paso a la disolución cuando el capital social se reintegra o se

(34) No estará de más concluir recordando que la realización de esta doble operación en la cuantía necesaria para que el patrimonio alcance una cifra igual o superior a la tercera parte del capital social y evitar así la disolución de la sociedad, no impedirá que haya que proceder a una nueva reducción si transcurre un ejercicio sin que el patrimonio se incremente en la cuantía necesaria para llegar a las dos terceras partes del capital social. El artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, anteriormente citado, es muy claro en este sentido al imponer una reducción obligatoria cuando las pérdidas disminuyan el haber por debajo de las dos terceras partes del capital social y transcurra «un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio». (En la interpretación del alcance de ese plazo, entendemos que puede abarcar *de facto* una duración superior al año cuando la pérdida se produzca antes del cierre del ejercicio, ya que se contará entonces con el plazo que media hasta ese cierre, más todo el que comprende el ejercicio siguiente, para que nazca la obligación de reducir. Cfr. en el mismo sentido y en la doctrina extranjera más reciente BOSVIEUX: *De la réduction de la valeur de l'actif*, cit., pág. 147, y FENGHI: *La riduzione del capitale*, cit., pág. 75.) De cualquier modo es oportuno hacer esta consideración porque si se estima conveniente evitar una eventual y nueva reducción deberá ponderarse la oportunidad de realizar la doble operación de reducción y aumento procediendo a una elevación del capital que sitúe el patrimonio no sólo al nivel de la tercera parte del capital, con lo que se sale de la situación de disolución, sino al nivel superior de las dos terceras partes que evitaría la necesidad de proceder a una nueva reducción si transcurre un ejercicio sin haberse recuperado el patrimonio. Se trata de algo que habrá de decidir cada sociedad a la vista de las circunstancias que en ella concurren y de la evolución o marcha de la empresa. En todo caso nada parece oponerse a que se realice inicialmente una doble operación de reducción y aumento para alcanzar un patrimonio en el más bajo nivel de la tercera parte del capital social, y proceder posteriormente a una nueva reducción, si en el siguiente ejercicio social no se logra recuperar el patrimonio hasta alcanzar—como quiere el referido art. 99—«las dos terceras partes de la cifra del capital social».

(35) URÍA, *ob. cit.*, pág. 808.

reduce, y dentro de esta amplia noción de reintegración se incluye también el ingreso de nuevos elementos patrimoniales por vía de ampliación de capital; como muy bien ha señalado la doctrina, «queda como posible que el reintegro sea obtenido mediante un aumento de capital con o sin reducción previa, con tal de que de él se obtenga la situación patrimonial superior al montante mínimo que es causa de disolución» (36). Esta es, a nuestro juicio, una interpretación coherente con la finalidad que persigue la ley en el supuesto de disolución por consecuencia de pérdidas, y ésta es también la consecuencia que se impone en una recta aplicación del principio de conservación de la empresa (37).

En su momento, al aludir a la fórmula de la reducción, tuvimos ya ocasión de indicar que en el supuesto de pérdida entera del capital, esa fórmula sólo podría ser operativa combinada con la reintegración en sentido estricto o con la ampliación de capital. Conocidos ahora los reparos que ofrece la reintegración en sentido estricto en caso de que no haya unanimidad de los socios, es decir, los perjuicios que pueden derivar para quienes efectúen esas prestaciones complementarias a fondo perdido, no es dudoso que la única vía que quedaría en pie sería la de una doble operación de reducción y aumento del capital a la que un sector de la doctrina llama también reintegración en sentido amplio.

b) Por el lado, pues, de la reducción del capital no parece existir ningún obstáculo grave para resolver la situación de crisis de la sociedad utilizando aquella compleja vía financiera de la doble operación de reducción y aumento. La reflexión sobre el tema conduce a pensar que si se procede a esa reducción del capital a una cifra simbólica y a un posterior aumento del mismo asumido por los propios socios o por elementos externos dispuestos a superar aquella situación, esa solución tendría la ventaja de mantener subsistente la sociedad, evitando que los antiguos accionistas se vieran radicalmente defraudados en sus esperanzas.

Parece oportuno hacer ahora alguna consideración especial sobre el supuesto de un aumento financiado por elementos externos, supuesto en el cual no es fácil pensar que la sociedad haya llegado a la pérdida total del capital, a no ser que ya con anterioridad los socios hayan mos-

(36) GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades anónimas*, cit., pág. 568.

(37) Sobre ese principio y sus aplicaciones en materia de disolución, véase RUBIO: «El principio de conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en Derecho español, *R. D. P.*, 1935, págs. 288 y ss. No estará de más significar que el propio autor se ha manifestado contrario a la posibilidad de equilibrar el patrimonio en caso de pérdidas por simple aumento de capital sin haber procedido previamente a su reducción (*Curso de sociedades anónimas*, cit., página 490).

trado su desinterés o su impotencia para sacar adelante la compañía. Y si antes no han querido o no han podido resolver la situación, sería aventurado pensar que ese problema vaya a solucionarse precisamente cuando la crisis ha alcanzado su punto culminante (38). Pero es justamente en esta operación del aumento donde pueden surgir algunas dificultades insalvables. La primera de ellas pudiera ser la grave situación de desbalance o insolvencia en que se encuentra la sociedad, pues aun cuando el capital se reduzca inicialmente a una cantidad simbólica, la entidad dispuesta a prestar su ayuda asumiendo las nuevas acciones quedaría desamparada; es obvio, en efecto, que esa reducción no cubre el desequilibrio patrimonial y que en esa medida la referida entidad sufrirá las consecuencias de dicha situación. De otro lado, tampoco es posible ocultar que los viejos accionistas conservan su derecho de suscripción preferente (arts. 39 y 92 de la Ley de Sociedades Anónimas), y aunque en nuestro caso es difícil que alguno de dichos accionistas ejercitara su derecho, lo cierto es que sólo en el supuesto de que renuncien previamente al mismo (supuesto casi siempre de difícil realización práctica, salvo, quizá, en sociedades cerradas) o de que dejen transcurrir los plazos para su ejercicio, cabría pensar en que la entidad referida asumiera las acciones procedentes del aumento de capital. Lo que con todo ello queremos significar es que, independientemente de las conclusiones a que se pueda llegar en una contemplación directa o inmediata de la realidad en orden al ejercicio del derecho de suscripción preferente por los viejos accionistas, el simple aumento de capital tal como aquí se ha expuesto, no puede ser concebido como uno de los supuestos en los que no juega aquel derecho (39). Este hecho dificulta, a nuestro juicio, la posibilidad de un convenio entre la sociedad y la entidad dispuesta a la inversión sobre la base de una operación compleja en la que, al lado de las garantías que procedieran, se instrumentase un aumento de capital que habría de ser asumido por la mencionada entidad.

El tema admitiría, quizá, un planteamiento distinto si la entidad en cuestión fuese ya acreedora de la sociedad y aceptara el compromiso de canjear su crédito por acciones. Este compromiso podría comple-

(38) Se ha dicho a menudo, y no sin fundamento, que la ampliación de capital es una alternativa generalmente reservada a las sociedades prósperas, y aunque no cabe excluir radicalmente la posibilidad de su realización en circunstancias difíciles, las probabilidades de éxito de dicha operación serán tanto menores cuanto más grave resulte la crisis patrimonial de la sociedad (cfr. ANÍBAL SÁNCHEZ: *El derecho de suscripción*, cit., págs. 80 y ss.). En estos casos el recurso a los viejos socios y al propio mercado de capitales se muestran generalmente inoperantes, y sólo la asistencia externa de algún grupo financiero interesado en la posesión o control de la empresa puede contribuir a superar la crisis.

(39) Véase URÍA: *Comentario* ..., cit., I, págs. 454 y ss.

tarse entonces con una posterior operación de aumento de capital, en la que la referida entidad apareciera como destinataria forzosa de las nuevas acciones en pago de su crédito, excluyendo así cualquier interferencia del derecho de preferencia de los antiguos accionistas (40). La generalidad de la doctrina está ahora de acuerdo en admitir la posibilidad de un «canje de créditos por acciones», configurándola, ya como un supuesto de compensación (41), ya de confusión (42), ya de dación en pago (43), ya de verdadera novación extintiva (44). En todo caso, lo que aquí interesa destacar es la posibilidad del canje de esos créditos por acciones procedentes del oportuno aumento de capital, como medio seguro para llevar a cabo la operación sin el obstáculo que, tanto para la configuración jurídica del convenio como para la realización del aumento, puede representar el juego del derecho de suscripción preferente de los viejos accionistas.

Pero si caminando por uno u otro cauce podría proporcionarse una solución por la vía de la reducción seguida de aumento de capital, nos encontramos, finalmente, con una dificultad práctica para asociar ambas operaciones en un solo acto; nos referimos a la necesidad de reunir una junta con el *quorum* del artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas. Este problema, que según hemos apuntado no es infrecuente en hipótesis como la que nos ocupa, si bien se puede superar correctamente para el supuesto de reducción obligatoria del capital por pérdidas, constituye—de producirse—un obstáculo radicalmente insalvable para tomar el acuerdo de aumento de capital. El artículo 87 de la Ley de Sociedades Anónimas, al establecer que «todo acuerdo de elevación de la cifra de capital social que figure en los estatutos habrá de ser adoptado con los requisitos que expresa el artículo 84», no deja lugar a ninguna duda sobre la necesidad de que el acuerdo de aumento de capital se tome en junta constituida con el *quorum* reforzado de asistencia previsto en el artículo 58; solución correcta, además, si se tiene en

(40) En la práctica hemos tenido que enfrentarnos alguna vez con un problema semejante. Y en la doctrina tampoco faltan alusiones a estas hipótesis en sociedades que han perdido todo su capital, sino que incluso presentan un excedente pasivo tras la amortización íntegra del mismo. En la doctrina suiza se recuerda algún supuesto de esta naturaleza, al que se trata de buscar solución asociando al expediente de reducción simplificada una operación complementaria de aumento de capital, que la sociedad puso en marcha invitando a uno de sus acreedores a suscribir acciones por el importe total de su crédito (STEIGER: *Le droit des sociétés anonymes en Suisse*, Lausana, 1973, pág. 33, nota 62).

(41) Véase GARRIGUES en GARRIGUES-URÍA: *Comentario...*, cit., II.

(42) OLIVENCIA: «La compensación en la quiebra y el artículo 926 del Código de Comercio», A. D. C., 1958, pág. 822.

(43) CÁMARA, *ob. cit.*, II, pág. 143.

(44) ANÍBAL SÁNCHEZ: *El derecho de suscripción preferente*, cit., págs. 320 y siguientes, con más amplias consideraciones sobre el tema.

cuenta que el aumento de capital en ningún caso se presenta como un acto obligatorio de la sociedad. Quiere decirse, pues, que si para superar la situación de crisis, la solución más oportuna sería la de doble operación de reducción y aumento de capital, con los acuerdos complementarios que procedan, esa fórmula sólo es posible asegurando para el aumento de capital el *quorum* reforzado de asistencia, en primera o segunda convocatoria, previsto en el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas (45).

III

La exposición anterior quedaría incompleta si no se aludiera, aunque sea brevemente, a otras posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento en relación a la continuación de la sociedad.

6. Acabamos de referirnos al riesgo de disolución que corre la sociedad ante las dificultades que se ofrecen a la doble operación de reducción y aumento de capital. Ese riesgo podría conjurarse si en el supuesto de pérdida del capital se dieran las circunstancias establecidas en el artículo 151 de la Ley de Sociedades Anónimas. Como es sabido, ese precepto dispone que, no obstante la existencia de una causa de disolución, «cuando el Gobierno, a instancia de accionistas que representen, al menos, la quinta parte del capital social desembolsado o del personal de la empresa, juzgase conveniente *para la economía nacional o para el interés social* la continuación de la sociedad, podrá acordarlo así por decreto, en que se concretará la forma en que ésta habrá de subsistir y las compensaciones que, al ser expropiados en su derecho, han de recibir los accionistas»; y agrega en su párrafo final: «En todo caso, el decreto reservará a los accionistas, reunidos en junta general, el derecho a prorrogar la vida de la sociedad y continuar la explotación de la empresa, siempre que el acuerdo se adopte dentro del plazo de tres meses a contar de la publicación del decreto.»

Esta última fórmula podría resultar particularmente oportuna. La

(45) Queda aún por hacer una consideración de cierta importancia. Nos referimos al hecho de que encontrándose la sociedad en una situación económica absolutamente irregular, que encaja con toda claridad en el supuesto de disolución contemplado en el número 3.º del artículo 150, en tanto se regularice su situación «cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que convoquen la Junta si a su juicio existen causas legítimas para su disolución» (art. 152, párrafo 2.º, *in fine*). No será probable, dados los intereses que concurren en nuestro caso, que tal supuesto pueda producirse, pero en una contemplación jurídica general del problema no puede ignorarse, por remota que sea (que puede no serlo a la vista de las dificultades que ensombrecen la realización del aumento o la reintegración), la posibilidad de que se produzca tal eventualidad.

doctrina está de acuerdo en que ese precepto puede entrar en juego ante cualquiera de las causas de disolución del artículo 150, y no vacila tampoco en estimar que en todos los supuestos de disolución, salvo que éste se funde en las causas especificadas en los números 4 y 5 del artículo 150, el acuerdo de la junta general de prorrogar la vida de la sociedad y continuar la explotación de la empresa podrá adoptarse con los *quorum* ordinarios de asistencia del artículo 51, que son, en definitiva, los que rigen para tomar el acuerdo de disolución conforme al artículo 152 (46). Siendo esto así, no es dudoso tampoco que en el supuesto que nos ocupa esta vía podría proporcionar una solución para continuar la vida de la sociedad, y continuarla con un acuerdo que no requeriría el *quorum* reforzado del artículo 58. Es de advertir, no obstante, que la fórmula no deja de plantear otras dificultades.

A) Sólo puede entrar en juego mediante instancia de los accionistas que representen, al menos, la quinta parte del capital social desembolsado, lo que será o no será posible en cada caso concreto en función de la actitud e interés que los socios manifiesten respecto de la sociedad y la composición integrada o dispersa de su capital. En esa instancia se ha de demostrar que la continuación o conservación de la empresa se justifica por ser *conveniente para la economía nacional o para el interés social*, motivaciones que traducen con suficiente claridad el propósito del legislador de dar preferencia a las razones sociales o de interés económico general que aconsejen el mantenimiento de la empresa, frente a los puros intereses de orden privado que se opongan o dificulten su conservación. Pero no se puede olvidar que esta estimación del interés económico o social corresponde al Gobierno, de modo que la solución depende siempre de la posición que éste tome en relación a los fines específicos perseguidos por cada sociedad.

B) En segundo lugar, ha de advertirse también que esta solución mediante acuerdo en junta sólo es posible con un previo decreto en el que ha de concretarse la forma en que la empresa habría de subsistir y las oportunas compensaciones a los accionistas. Sólo después de dictarse el decreto podrían los socios tomar el acuerdo en los términos indicados y continuar por sí mismos la explotación de la empresa. La previa publicación de este decreto plantea, de un lado, la dificultad que supone lograr que el Gobierno dicte una disposición en la que deberá concretar la forma en que la sociedad habrá de subsistir y las compensaciones oportunas a los accionistas, y de otro, la necesaria publicidad que habrá que dar a la situación de la sociedad para hacer posible ese procedimiento de supe-

(46) URÍA en GARRIGUES-URÍA: *Comentario...*, cit., II, pág. 818; VELASCO ALONSO: *La Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 664.

ración de la crisis. El mismo hecho de que la fórmula del artículo 151 no se haya aplicado mínimamente (47) es muy desalentador a la hora de pensar en esa solución, que tendría, en muchos casos, la indudable ventaja

(47) La fórmula del artículo 151 no ha constituido hasta ahora más que una muestra especialmente significativa de la preocupación del legislador de 1951 por la conservación de la empresa, cuando el interés de la economía nacional o el interés social así lo aconsejan. En la práctica, esa norma sobre la intervención del Gobierno en la vida interna de la sociedad anónima no ha tenido, en efecto, la aplicación que era de esperar. En algunos supuestos de empresas en crisis de ciertas dimensiones, el Gobierno ha seguido la vía, aunque haya sido en forma muy excepcional, de la Ley de 1 de septiembre de 1939 sobre intervención de empresas mercantiles. En esta misma línea se inscribe, aunque desde la perspectiva de la administración judicial, el Decreto-ley de 20 de octubre de 1969 sobre administración judicial de empresas embargadas. Toda esta materia está ahora sujeta a la modernización técnica de nuestro ordenamiento concursal, en el que—siguiendo las orientaciones más modernas sobre la recuperación o la «reorganización» de las empresas—habrá que pensar en un procedimiento de intervención para las empresas en crisis de ciertas dimensiones que haga posible la conservación de la empresa, sin perjuicio de la «quiebra personal» del empresario o de los dirigentes de la sociedad (véanse más ampliamente ROJO: «Notas para la reforma de la legislación concursal», *R. D. M.*, 1975, núm. 138, págs. 515 y ss.; VERGEZ SÁNCHEZ: «La administración judicial de empresas embargadas», *R. D. M.*, 1978, núm. 149, págs. 293 y siguientes; JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Ante una posible reforma del Derecho concursal español*, Sevilla, 1978, págs. 26 y ss.; VIENT CHULIÁ: «En vísperas de la reforma del Derecho concursal español», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1978, núm. 4, págs. 936 y ss.). Es un hecho evidente que en relación con esas empresas en crisis, los procedimientos concursales, tal como se han venido entendiendo hasta ahora, pueden considerarse como «instituciones irremediablemente superadas». De ahí la urgente necesidad de una disciplina sobre la recuperación de las referidas empresas, teniendo en cuenta los ensayos realizados en otros países, a partir de la experiencia norteamericana en tema de *corporate reorganisation*. (Para una información reciente y suficiente a los efectos que aquí interesan, véase BOSIGNORI: «Inattualità del fallimento», *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1978, núm. 5, págs. 429 y ss.) A falta de una disciplina adecuada, la realidad se impone por otras vías. En el sector bancario ésta es, en definitiva, la razón que ha determinado la creación de la «Corporación Bancaria, S. A.», constituida—como se dice en el artículo 4 de sus estatutos—«al objeto de contribuir, en la forma más oportuna, al saneamiento del sistema bancario». De otro lado, y en forma más relevante por su significación general, no se puede silenciar el expediente utilizado últimamente bajo la cobertura de créditos concedidos por el Consejo de Ministros, actuando el Instituto de Crédito Oficial como agente financiero, para la recuperación de ciertas empresas en crisis. Este expediente, ensayado inicialmente para superar la grave crisis de la empresa siderúrgica y de bienes de equipo «Babcock & Wilcox», y posteriormente en otras empresas, hasta llegar, en lo que nos consta, a la Orden del Ministerio de Economía de 19 de octubre de 1979 sobre concesión de un crédito excepcional a «La Farga Casanova, S. A.», dedicada esencialmente a la forja y estampación de metales, consiste fundamentalmente en la formulación y aprobación de un programa de saneamiento, asumido con el sacrificio de contrapartidas sustanciales por parte de todos los intereses afectados (accionistas, acreedores, trabajadores, compromisos de producción y modernización de la empresa, y en base a todo ello, concesión de un crédito excepcional al amparo del artículo 37 de la Ley de 19 de junio de 1971 sobre organización y régimen del crédito oficial). Se pretende instrumentar así un expediente de saneamiento y salvación de las empresas que evite, hasta donde sea

de facilitar la continuación de la sociedad mediante un acuerdo tomado con las asistencias ordinarias del artículo 51, y que podría apoyarse en un convenio con la entidad o entidades dispuestas a prestar la colaboración económica o financiera que resulte precisa para asegurar la subsistencia y recuperación de la sociedad.

7. Las soluciones expuestas hasta este momento para lograr una salida de la crisis mantienen la vida de la sociedad con la esperanza de un desarrollo posterior que permita la recuperación de su patrimonio, sin mengua de la posición de los accionistas. Pero, dadas las dificultades que, como hemos visto, pueden encontrarse siguiendo esas vías, parece aconsejable una última reflexión sobre las fórmulas que pueden ensayarse partiendo de otras premisas. En unos casos, esas fórmulas se mueven todavía de modo preferente en el plano de la sociedad; en otros, la solución trasciende al ámbito social para penetrar de uno u otro modo en el plano de la empresa. No es posible ahora entrar en el análisis detallado de esas alternativas, que no sólo exceden los límites impuestos a este trabajo, sino que nos sitúan ante una problemática que merecería por sí sola un tratamiento específico. Nuestro estudio quedaría incompleto, sin embargo, si no indicáramos, al menos, cuáles son esas alternativas.

A) Dentro de la primera dirección, es decir, de solución de la crisis ateniéndose exclusivamente a fórmulas de índole económica susceptibles de articularse desde una perspectiva preferentemente societaria, se puede pensar en una de estas dos vías: bien la venta de acciones con la cobertura patrimonial oportuna en favor del comprador—normalmente, una sociedad—dispuesto a prestar su colaboración, bien la disolución de la sociedad en crisis con cesión en bloque de activo y pasivo a la mencionada entidad colaboradora. En relación con la primera solución la práctica conoce no pocos supuestos de sociedades anónimas en situación de desbalance que logran salir de esa situación mediante un convenio de venta de acciones por un valor simbólico, y en el que los viejos socios

posible, la fórmula que se venía utilizando de incorporación al Instituto Nacional de Industria (INI). Se trata, como se advierte fácilmente, de un expediente que ha venido impuesto por las exigencias de la realidad, ante la necesidad de salvaguardar el interés de la economía nacional y el interés social en la conservación de la estructura empresarial. No parece menos cierto, sin embargo, que, con independencia de las dificultades de financiación que puede encontrar la fórmula si se incrementa el número de empresas de ciertas dimensiones en situación de crisis, ese expediente de urgencia, arbitrado por la vía de una orden ministerial, plantea tales problemas en orden al cumplimiento de las obligaciones asumidas, gestión de la empresa, seguimiento del programa de saneamiento e incidencia en los procedimientos concursales, que no parece posible ni recomendable aplazar por más tiempo la formulación de una disciplina general sobre recuperación de empresas en crisis.

por razones de índole muy diversa, están dispuestos a asegurar el pago de las deudas pendientes para impedir la quiebra (48). Esta venta de las acciones por un precio simbólico se conecta frecuentemente con una cláusula de reserva sobre el precio definitivo de las acciones, cuya fijación se confía en calidad de árbitros a personas cualificadas por su especialización jurídica o en el campo de la auditoría de empresas (es frecuente también la instrumentalización de una auditoría previa y la posterior decisión por arbitradores), que en atención a las circunstancias del caso resuelven sobre la valoración del patrimonio social y el precio que ha de asignarse a las acciones (48 bis).

La segunda de las alternativas propuestas, es decir, la disolución de la sociedad en crisis con cesión en bloque del activo y el pasivo, conducirá con frecuencia a la extinción de la sociedad, y, en consecuencia, se presenta, más que como una fórmula de continuación de la sociedad, como un expediente para asegurar la continuación de la empresa por otra sociedad. En todo caso, no parece dudoso que la junta podrá tomar el acuerdo de disolución por pérdida del capital social sin someterse al *quorum* del artículo 58. Como ya tuvimos ocasión de indicar, el párrafo 2.º del artículo 152 es muy claro en el sentido de que la disolución, cuando concurren las causas previstas en los números 2, 3 y 6 del artículo 150, «requerirá acuerdo de la junta general adoptado con las mayorías ordinarias», y la doctrina no pone en duda que con esa expresión se hace referencia a las mayorías de asistencia previstas en el artículo 51 de la ley. Esas mismas mayorías serán suficientes para que la junta pueda proceder a la designación de los liquidadores (art. 156). Las dificultades que pue-

(48) El tema desborda parcialmente el Derecho de sociedades para aproximarse a la disciplina del concurso. Bajo este último aspecto no estará de más añadir que algunos ordenamientos (y no ya simplemente la práctica) conocen otras fórmulas dirigidas a superar la crisis y a facilitar la continuación de la sociedad mediante el expediente de renuncia y modificaciones del rango de los créditos cuando los acreedores principales (a la vez accionistas mayoritarios) se avienen a esa postergación para salvar la sociedad. Así sucede, por ejemplo, con la institución suiza del denominado *Rangrücktritt* (véanse Duss: «Rangrücktritt des Gläubigers bei Überschuldung einer Aktiengesellschaft», en *SAG*, 1972, págs. 1 y ss; IDEM: «Gedanken zu einem Rangrücktritt der Gläubigers bei Überschuldung einer Aktiengesellschaft nach schweizerischen Recht», en *Die Aktiengesellschaft*, 1974, págs. 133 y siguientes; HERGER: «Das Zurücktreten mit Forderungen bei Überschuldung der Aktiengesellschaft», *ibidem*, págs. 137 y ss).

(48 bis) La posibilidad de que el activo sea inferior al pasivo no permite instrumentalizar la operación como una simple venta de acciones. Si por circunstancias ajenas a las propias posibilidades que ofrece la limitación de responsabilidad de los socios, éstos están dispuestos a cubrir la insuficiencia patrimonial con unas u otras fórmulas, habrá que entender que la venta de las acciones por un precio simbólico se complementa con otros pactos de cobertura o garantía, en virtud de los cuales los socios asumen el compromiso de restablecer el equilibrio patrimonial hasta los límites impuestos por aquel precio dado inicialmente a las acciones

den encontrarse aquí son de otra índole; esencialmente, la necesidad de que la operación sea autorizada por los estatutos o por la junta general, y la posibilidad de oposición por parte de los acreedores. La doctrina dominante está de acuerdo en que la cesión global del patrimonio activo y pasivo excede de las facultades que la ley confiere a los liquidadores en el número 4 del artículo 160 de la ley, siendo necesario, por tanto, que la enajenación en bloque sea autorizada por acuerdo de la junta (49); es más, en opinión de algunos autores, la asimilación del supuesto a la fusión (art. 155 de la ley) conduce en este caso a la afirmación de que la junta que acuerde la cesión global del activo y el pasivo requerirá para su válida constitución el *quorum* de asistencia del artículo 58 (50). De otro lado, la operación sólo podrá llevarse a efecto contando con el consentimiento de los acreedores, pues ya por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.205 del Código Civil, ya por aplicación del artículo 145 de la Ley de Sociedades Anónimas, como será procedente si se asimila al supuesto de fusión, la cesión global habrá de contar con aquel consentimiento o respetar el derecho de oposición reconocido en el mencionado artículo 145 a los acreedores en caso de fusión (51). Lo que sucede, en definitiva, es que, tanto en una como en otra de las soluciones referidas, nos encontramos con los problemas que suscita en nuestro ordenamiento el régimen de las llamadas «fusiones impropias» (52).

B) Cabe pensar, finalmente—como antes decíamos—en fórmulas de gestión de la empresa que, manteniendo la subsistencia de la sociedad, permitan abrigar esperanzas acerca de su normalización, con la consiguiente ventaja para los propios accionistas. También aquí las fórmulas pueden ser variadas, pero quizá la imagen que se desea ofrecer tenga expresión suficiente en estas dos posibilidades extremas: designación de la sociedad que está dispuesta a colaborar en la normalización de la que se encuentra en crisis, como administrador de esta última sociedad, y contrato de arrendamiento de empresa por parte de la compañía en crisis en favor de aquella sociedad colaboradora. En uno y otro caso se trata de técnicas de afiliación entre empresas o, si se prefiere, de métodos frecuentemente seguidos en la constitución de grupos de sociedades.

En los supuestos de pérdida de capital que aquí contemplamos, la primera fórmula tiene muy escasa viabilidad. Las dificultades que lógica-

(49) Véase URÍA: *Comentario. .*, cit., II, págs. 871 y ss.; CÁMARA, *ob. cit.*, II, páginas 620.

(50) CÁMARA, *ob. cit.*, pág. 671.

(51) Véase más ampliamente CÁMARA, *ob. cit.*, págs. 670 y ss.

(52) Cfr. VICENT CHULIÁ: «La fusión propia y las fusiones impropias en el Derecho español», en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, III, Madrid, 1971, págs. 481 y ss.

mente se encontrarán para conectar el desplazamiento de la gestión social con una financiación suficiente para sacar a la sociedad de su situación de crisis, reducen, en efecto, el interés práctico de esta vía de recuperación, aunque su licitud no parece, ciertamente, ofrecer duda en nuestro ordenamiento (53). Distintas son las cuestiones que suscita la segunda de las fórmulas enunciadas, en la que, con independencia de los problemas de carácter general que suscita el arrendamiento de empresa en nuestro Derecho (54), habrá que tener en cuenta los que específicamente plantea la celebración de este contrato cuando la titularidad de la empresa arrendada corresponde a una sociedad anónima. El estudio riguroso de esta cuestión exigiría una amplia consideración de los temas relativos a la capacidad de la sociedad, la competencia de los órganos sociales y el cambio de objeto, que desbordan notoriamente los límites de este trabajo. Parece oportuno, no obstante, cerrar nuestra exposición con algunas reflexiones apoyadas en la estimable elaboración que han tenido estos temas en nuestra doctrina y jurisprudencia más reciente, y su aplicación al supuesto del arrendamiento de la empresa (55).

a) En materia de capacidad de la sociedad como persona jurídica, las dudas que suscita la interpretación de los preceptos nada precisos de

(53) La circunstancia de que la entidad colaboradora sea una persona jurídica no sería obstáculo para conferirle la administración de la sociedad en crisis, pues, frente a lo que sucede en otros ordenamientos, la doctrina española se inclina hacia la posibilidad de que la condición de administrador recaiga en una persona jurídica, atendiendo al hecho de que el Anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas recogía la prohibición y fue suprimida en el texto definitivo del artículo 82 (GARRIGUES en GARRIGUES-URÍA, *ob. cit.*, II, págs. 202 y ss.; RUBIO: *Curso*, cit., página 282; POLO SÁNCHEZ: «El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas», *R. D. M.* (98), 1965, págs. 230 y ss.; en contra, aunque sin dejar de manifestar sus dudas, GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades anónimas*, págs. 351 y ss.).

(54) Véanse MOTOS GUIRAO: «El arrendamiento de empresa», en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, I, Madrid, 1971, págs. 481 y ss.; BROSETA: «El arrendamiento de empresa», en *Problemática jurídica actual de la empresa*, Valencia, 1965, págs. 75 y ss.

(55) Para un desarrollo más amplio con referencia a las distintas posiciones doctrinales y a la orientación de la jurisprudencia, véanse, entre otros, los trabajos más recientes de CÁMARA: «Representación de sociedades mercantiles», *R. D. N.*, 1967, núms. LVII-LVIII, págs. 223 y ss.; FAUS ESTEVE, MARTÍNEZ SARRIÓN y PRADA GONZÁLEZ: *El poder de representación en las sociedades anónimas*, IX Congreso Internacional del Notariado Latino, 1967; JIMÉNEZ ASEÑO: «Sociedades mercantiles. Su capacidad jurídica. Administradores de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Facultades y limitaciones», *R. D. M.*, 1968, págs. 613 y siguientes; LA VILLA: «Oggetto sociale e poteri di rappresentanza nelle società su capitali, con particolare riguardo alle società spagnole», *Riv. Dir. Comm.*, 1972, páginas 108 y ss.; GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, págs. 203 y siguientes; ESTEBAN VELASCO: «La representación de la sociedad frente a terceros», en *Estudios y textos de Derecho de sociedades de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1978, págs. 253 y ss.

nuestro Código Civil (arts. 36, 37 y 38), parecen resueltas por la jurisprudencia (sent. de 5 de noviembre de 1959 y res. de la D. G. R. N. de 16 de octubre de 1962 y 2 de febrero de 1966) y la doctrina más moderna en el sentido de afirmar la existencia de una capacidad general de la sociedad. Esta interpretación, que no está, ciertamente, libre de reparos, es, a nuestro juicio, una interpretación progresiva, admisible dentro de la insuficiencia o ambigüedad de aquellos preceptos del Código Civil, y sitúa a nuestro ordenamiento en una posición intermedia entre los sistemas de *capacidad especial*, en los que el objeto social cumple rigurosamente una función limitativa de la capacidad jurídica de la sociedad (doctrina de *ultra vires* del Derecho inglés tradicional), y los sistemas de *capacidad general* en los que el objeto social no constituye más que un puro límite interno a efectos de la responsabilidad de los administradores, que ni siquiera opera, por tanto, como límite del poder de representación de los órganos sociales (sistema alemán). En el conflicto entre el interés de los socios, más protegidos por la capacidad especial (con independencia de las razones de carácter público que explican el origen del sistema) y los intereses del tráfico, salvaguardados a ultranza con la afirmación de una capacidad general que se extiende al funcionamiento de los órganos de representación en el sentido de entender que, frente a terceros, su apoderamiento es ilimitado, la disciplina consagrada en nuestras Leyes de Sociedades Anónimas (art. 76) y de Responsabilidad Limitada (art. 11), permite incluir a nuestro ordenamiento entre aquellos sistemas inspirados en una posición ecléctica o intermedia, en los que se acoge la doctrina de la capacidad general de la sociedad como persona jurídica, pero se atenúa la protección a los terceros, disponiendo que el objeto social funciona como límite de los poderes de representación de los órganos de administración.

Esta solución, que cuenta, ciertamente, con notables variantes al concretarse en los distintos ordenamientos que se inspiran en ella, pretende dar una respuesta equilibrada al conflicto de intereses entre los socios y los terceros, tal como se manifiesta en el tratamiento que merecen los actos ajenos y los actos incluidos dentro del objeto social. La capacidad general de la sociedad permite afirmar que, en el caso de los actos ajenos al objeto social realizados por los órganos de representación, no estamos ante un supuesto de incapacidad, que los haría nulos, sino ante una insuficiencia de poder que acarrea, a mi juicio, la ineficacia del acto, sin perjuicio de la posterior ratificación por la sociedad (56). De otro lado,

(56) El tema de la ineficacia o la anulabilidad del acto es muy discutido. La discusión se ha generado en buena parte por las dudas que se suscitan entre los actos que caen ostensiblemente fuera del objeto social (insuficiencia de poder e ineficacia) y los actos «neutros» en el sentido de que hacen posible el cumpli-

en relación con los actos incluidos en el objeto social, el contenido legal del apoderamiento opera con plena eficacia frente a terceros, de tal suerte que cualquier limitación derivada de cláusulas estatutarias o de acuerdos de órganos competentes que impliquen alguna restricción a ese contenido del apoderamiento podrá afectar al ámbito interno de la responsabilidad del órgano que infrinja los límites impuestos a sus facultades, pero no a la validez del acto y, en consecuencia, a la vinculación de la sociedad, frente a los terceros de buena fe, amparados por la rigidez legal de la ilimitabilidad de facultades en «todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa» (art. 76 de la L. S. A.).

Por este lado, el tema se desplaza a la interpretación que merece esta expresión del «giro o tráfico de la empresa», cuestión que también ha suscitado y sigue suscitando muchas dudas entre nuestros autores (57). Aun cuando no faltan argumentos para la interpretación restrictiva de esta expresión, en el sentido de reducir su alcance a los actos que con-

miento del objeto social aunque directamente no lo realicen (abuso de poder y anulabilidad). Esta discusión puede incrementarse ahora con la distinción entre los actos claramente extraños al objeto social delimitado con toda precisión en los estatutos (inoponibles a la sociedad) y actos que aun siendo extraños al objeto social se generan en sociedades con una formulación general o imprecisa de dicho objeto, en cuyo caso—siguiendo la orientación de algunos ordenamientos acogida en el Derecho comunitario europeo—procede la tutela del tercero de buena fe (validez del acto y vinculación de la sociedad). Aun reconociendo el mérito de estos esfuerzos y el interés que puede tener en algunos casos una interpretación progresiva que nos acerque al Derecho comunitario, no parece fácil, dado el estado actual de nuestro ordenamiento, introducir un *tertius genus* (actos «neutros» o actos extraños al objeto social en los que debe ser amparado el tercero de buena fe) en el tratamiento de los actos extraños al objeto social. La determinación del objeto como un requisito necesario, con independencia de su mayor o menor amplitud (véanse para este tema BROSETA: «Cambio de objeto y ampliación de operaciones sociales en la Ley española de Sociedades Anónimas», en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, I, Madrid, 1971, págs. 58 y ss.; CÁMARA: *Estudios*, cit., I, págs. 600 y siguientes; GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, cit., pág. 211), no resuelve ciertamente todos los problemas de calificación que la práctica ofrece, pero la formulación positiva de las normas sobre representación de los órganos sociales en nuestras leyes de sociedades y la misma orientación a que responden hacen difícilmente franqueable una interpretación que introduzca la vinculación de la sociedad por actos que excedan del «giro o tráfico de la empresa». Otra cosa es, a mi juicio, que para una adecuación progresiva del sistema a los intereses del tráfico sea posible y aconsejable una interpretación amplia de esta expresión en la que se incluyan no sólo los actos que hacen una referencia inmediata al objeto como actividad a desarrollar por la empresa, sino también aquellos otros que indirectamente son necesarios para el normal desarrollo de dicha actividad (para una exposición suficiente de las distintas posiciones y un valioso esfuerzo interpretativo, véase ESTEBAN VELASCO, *ob. cit.*, págs. 327 y ss.). En atención a estas consideraciones estimamos que la realización de actos extraños al «giro o tráfico de la empresa» así entendido deben ser calificados como supuestos de insuficiencia de poder y, por tanto, como actos ineficaces frente a la sociedad.

(57) Para una exposición reciente de las distintas posiciones, véase ESTEBAN VELASCO, *ob. cit.*, págs. 324 y ss.

curren *directamente* a la realización del objeto social, nos parece que nada se opone a configurar la noción «asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa» como referida a todos los actos que, de modo mediano o inmediato, están conectados con el desarrollo del objeto social (58). Esta identificación entre «giro o tráfico de la empresa» y «objeto social» para delimitar el ámbito de la representación orgánica de las sociedades, permite acomodar nuestro sistema al criterio que prevalece en los ordenamientos europeos más modernos, y resuelve en forma más satisfactoria la función de protección a los terceros que están llamados a cumplir las normas sobre representación orgánica en el Derecho de sociedades. Con arreglo a este criterio, hemos de considerar, pues, como «asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa» no sólo los actos que van referidos *directamente* al desarrollo de la actividad en que consiste el objeto social, sino también aquellos otros actos complementarios que *indirectamente* estén conectados con la realización de dicho objeto; en otros términos, actos que estén destinados al desarrollo del sector económico elegido para el cumplimiento del fin social, y que presentan, por tanto, una relación de instrumentalidad con el objeto social (compra o arrendamiento de un local para la instalación de las oficinas de la sociedad, adquisición de una fábrica para la elaboración de sus productos, la obtención de un préstamo para la financiación de su actividad, etc.). De este modo se desvanecen, a nuestro juicio fundadamente, los problemas que plantea la distinción entre actos que se refieren directa o indirectamente al desarrollo del objeto social, quedando como única línea delimitadora del ámbito legal de la representación orgánica la que establece una diferenciación entre actos ajenos al objeto social y actos que, de modo mediano o inmediato, hacen referencia, y han de considerarse incluidos, en la realización de ese objeto. Y es en ese marco en el que ha de contemplarse el tema del arrendamiento de la empresa.

(58) La expresión «asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa» está inspirada—como es sabido—en la de «objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento», utilizada en el artículo 286 del Código de Comercio para definir el ámbito legal del apoderamiento del factor notorio. Este traslado de la fórmula explica la prolongación de la discusión sobre su alcance al interpretar los artículos 76 y 11 de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada; discusión que se hubiera resuelto, y es de esperar que así suceda cuando se proceda a la reforma de dichas leyes, sustituyendo aquella expresión por la referencia al objeto social. En todo caso—como tuvimos ocasión de manifestar en otra ocasión—entendemos que para el mismo acotamiento del apoderamiento del factor, tal como se define en el referido artículo 286 del Código de Comercio, la alusión a los objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento» debe ser interpretada en el sentido de incluir «todos los actos concernientes al establecimiento, es decir, tanto los actos que tienen una referencia inmediata al objeto de la empresa como aquellos otros que son necesarios para el normal desarrollo de la misma» (véase «Auxiliares del empresario», *R. D. M.*, 1959, I, pág. 283).

b) Planteada así la cuestión, hemos de comenzar señalando que la decisión acerca de si el arrendamiento de la empresa ha de ser acordado por la junta o si, por el contrario, ha de incluirse en la esfera de competencia de los administradores, es muy dudosa. La tendencia que se manifiesta en algunos ordenamientos más modernos y progresivos en el sentido de extender la competencia reservada a la junta al arrendamiento de la empresa está mostrando que, a pesar de que la delimitación de esa competencia se va concibiendo cada vez más como una competencia residual en favor de un más autónomo y eficaz funcionamiento del órgano de administración, existen ciertos actos que por su importancia y significación en la vida de la sociedad, aunque no afecten directamente a su estructura, quedan sujetos a la decisión o, al menos, a la autorización de la junta. Resulta, sin embargo, que en aquellos ordenamientos en los que—como sucede en el nuestro—la junta como órgano soberano continúa conservando en cierto modo su posición jerárquica tradicional, pero referida a las facultades que no han sido reservadas por la ley o los estatutos a otros órganos sociales, el hecho de que la ley no aluda al arrendamiento de la empresa, ni al enunciar los asuntos que reclaman un *quorum* especial de asistencia (arts. 58, 84, 113, 134, 143, 150), ni al fijar la necesaria intervención de ese órgano deliberante en los más variados asuntos (arts. 15, 32, 38, 47, 50, 71, 75, 80, 83, 93, 96, 108, 151, 152, 156, 161 y 166), deja abierta la posibilidad de estimar que el órgano de administración está facultado para proceder a la celebración de aquel contrato de arrendamiento.

En el sistema de distribución de competencias entre los órganos sociales, que, dentro de su ambigüedad, se desprende de nuestra ley, se puede producir así un cierto «vacío» respecto de aquellos actos en los que, de un lado, ni la ley ni los estatutos reclaman expresamente la intervención de la junta, y de otro, no pueden considerarse dentro del ámbito de la representación orgánica de la sociedad. Entendemos, no obstante, que, supuesta la capacidad de la sociedad, la posición jerárquica de la junta y el sentido que tiene el criterio seguido por nuestro ordenamiento en orden al ámbito legal de la representación orgánica de la sociedad, el planteamiento correcto de la cuestión es aquel que enunciamos acerca de si el arrendamiento de la empresa es o no un acto extraño al objeto social. En este punto es justo reconocer que no faltan argumentos en favor de la consideración del arrendamiento de la empresa como un acto que no implica modificación del objeto de la sociedad. Se estima, en efecto, con carácter general, que, supuesta la pervivencia del fin social, la variación de los medios o técnicas instrumentales empleadas para conseguirlo no tiene más que una trascendencia secundaria, salvo que la técnica sea de tal naturaleza que desvirtúe radicalmente aquel fin. Un

supuesto de esta índole puede plantearse en la hipótesis de sustitución de una explotación activa por una transmisión del patrimonio de la sociedad a otra compañía, que será la que en lo sucesivo ejercite la actividad, conservando la primera una simple función de control mediante la posesión de las acciones que se reserve en la segunda. Es el supuesto de transformación de la sociedad «operativa» en sociedad «financiera», ante el cual un notable sector de la doctrina se inclina a pensar que no constituye un verdadero y propio cambio del objeto social (59).

El supuesto referido es muy distinto y, en cierto modo, más grave que el de la cesión temporal de la empresa en virtud del arrendamiento. En este último caso no se da, en efecto, aquella abdicación definitiva en el ejercicio activo de la empresa. Lo que aquí sucede, simplemente, es que se suspende ese ejercicio. Entendido el objeto, según patrocina la doctrina más moderna, como una actividad cuyos elementos componentes pueden ser muy variados (60), cabe pensar que lo que se produce realmente en nuestro caso no es la sustitución o el cambio de una actividad por otra, sino solamente una sustitución del sujeto que ejercita dicha actividad, permaneciendo ésta inmodificada; en otros términos, la modificación o sustitución no se refiere al objeto ejercitado, sino al sujeto que lo ejercita (61).

En contra de esta orientación, otro sector de la doctrina ha estimado que la paralización del ejercicio directo de la actividad y su sustitución por el goce estático del arrendamiento implica la desaparición de la idea de colaboración para el ejercicio en común de una empresa como elemento típico de la sociedad, y, en consecuencia, la degradación de dicha

(59) En la doctrina italiana, que ha dedicado especial atención al tema, véanse en este sentido GRAZIANI: «Si una società per azioni posse prestare garanzie per altra società qualora tale prestazioni non sia prevista nell'oggetto sociale», *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, págs. 36 y ss.; GUERRA: *La società di partecipazione*, 1957, pág. 51 y siguientes; FRE: *Società per azioni*, Bologna-Roma, 1972, págs. 284 y ss.; en contra, por estimar que aquella transformación implica un cambio sustancial del objeto social, requiriendo, por tanto, la adopción de acuerdo en Junta general extraordinaria con las formalidades y mayorías previstas para este caso por la Ley (FERRI: *La società*, Torino, 1971, págs. 660 y ss.). La doctrina y la jurisprudencia francesas parecían inclinarse también hacia la estimación de esta operación como un acto de competencia del órgano de administración en cuanto no implica, salvo disposición contraria en los estatutos, un cambio de objeto social (*vid.* RODIERE: «Groupements et sociétés en droit français», en *Evolution et perspective du droit des sociétés*, Milano, 1968, pág. 399).

(60) Véase CASELLI: *Oggetto sociale e atti ultra vires*, Padua, 1970.

(61) Véase en nuestra doctrina GARRIGUES, quien al examinar la noción del cambio de objeto excluye del mismo el supuesto en que la sociedad, en lugar de ejercitar directamente un determinado ramo de su actividad, cede temporalmente su ejercicio a otra sociedad mediante un precio fijo de alquiler o mediante una participación proporcional de los beneficios (*Comentario...*, cit., II, págs. 353 y ss., recogiendo la opinión y los ejemplos de DONADIO: *Il recesso del socio per modifichie statutarie*, Milán, 1940, pág. 61).

sociedad al plano de la simple comunidad, dirigida al mero disfrute estático del arrendamiento que arroja la explotación de los bienes inicialmente puestos en común, produciéndose, en definitiva, un supuesto de disolución anticipada (62). Esta conclusión peca quizá de un excesivo formalismo, y obstaculiza, sin suficiente justificación, el recurso al arrendamiento en aquellos supuestos en los que, como sucede en los casos de crisis de la sociedad que aquí contemplamos, se recurre a la oportuna reducción del capital y al posterior arrendamiento de la empresa, precisamente para evitar la disolución de la sociedad. Si lo que se pretende con ese arrendamiento es evitar la disolución, permitiendo el mejor ejercicio de la actividad y el cumplimiento del fin social al término o resolución del arrendamiento, parece aconsejable facilitar el recurso a una fórmula que no encuentra obstáculos legales insalvables y tiende justamente a la conservación de la empresa. Como se ha señalado, con razón, el arrendamiento, en sí y por sí, no puede interpretarse como una disolución anticipada de la sociedad (lo que conduciría a la necesidad de su liquidación), implicando tan sólo la voluntad de no ejercitar directamente la actividad social durante la duración del arriendo; en consecuencia, la sociedad sigue viva, y vivos siguen los órganos, produciéndose solamente la suspensión de la actividad social (63). El mismo hecho de que en algunos ordenamientos modernos se incluya expresamente el arrendamiento de empresa entre los supuestos de competencia reservada a la junta, muestra muy claramente la legitimidad y utilidad de una fórmula como solución compatible con la permanencia de la sociedad y que pueda facilitar la conservación y el desarrollo de la empresa.

No parecen, pues, ser éstas las dificultades que se encontrarán para proceder al arrendamiento de la empresa por parte de la sociedad. En relación con nuestro ordenamiento vigente, la discusión seguirá centrada, pues, en el tema relativo a la inclusión o no del arrendamiento de la empresa entre «los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa», como ámbito legal de la gestión y representación de los administra-

(62) Véase AULETTA: «Affitto di azienda sociale. Trasformazione di società in comunione», *For. Ital.*, 1948, I, págs. 351 y ss.; ZANELLI: *La nozione di oggetto sociale*, Milán, 1962, pág. 281, nota; FERRI: *Delle società*, Bolonia-Roma, 1968, página 63. Ha de advertirse no obstante que esta doctrina sobre la disolución anticipada de la sociedad va referida solamente a los casos en que el arrendamiento de la empresa se hace por una duración no inferior a la establecida para la sociedad. Pero nos parece que tampoco en estos supuestos se debe hablar de disolución anticipada, pues, independientemente de las vicisitudes que puede sufrir el arrendamiento de la empresa hasta el término de la sociedad, las razones expuestas en el texto son igualmente válidas para estimar que la disolución de la sociedad no se produce en el momento en que se concluya el arrendamiento de la empresa, sino al término de la sociedad.

(63) FERRARA: *Gli imprenditori e la società*, Milán, 1971, pág. 200, nota.

dores. Si esa expresión se refiere al objeto social, entendido como actividad a desarrollar, y en esa misma medida, como medio o instrumento para hacer posible el cumplimiento del fin económico perseguido por la sociedad, no es posible ignorar que, en caso de arrendamiento de la empresa, la sociedad arrendadora suspende, ciertamente, de modo temporal el desarrollo de la actividad propia del sector económico acotado, pero durante ese tiempo continúa cumpliendo el fin económico de la sociedad a través de una actividad distinta, que queda reducida a su actividad como sociedad arrendadora. La autonomía jurídica y económica del arrendador y el arrendatario exige dar una explicación complementaria a la *suspensión* de la actividad, originariamente desarrollada por la sociedad, durante el tiempo de duración del arrendamiento; y en este sentido, si la realidad ha de imponerse a la ficción, no es fácil eludir la modificación que el arrendamiento de la empresa introduce en la sociedad desde el punto de vista de su objeto.

La noción amplia del ámbito legal de la representación de los administradores, tal como ha sido expuesto anteriormente, no parece que pueda alterar tal conclusión. El arrendamiento de la empresa no puede ser considerado, a nuestro juicio, como un acto que está conectado indirectamente con la realización de la actividad a desarrollar en que consiste el objeto. No se produce aquí aquella relación de instrumentalidad con el objeto social a que antes aludíamos, porque no se trata de un acto destinado al desarrollo del sector económico elegido para el cumplimiento del fin social, sino, más bien, de un acto dirigido a la *suspensión* temporal de la actividad en ese sector económico, que viene a ser sustituida por la simple actividad como sociedad arrendadora (64).

(64) Es este criterio del destino del acto y la relación de instrumentalidad con la actividad a desarrollar el que, a nuestro juicio, debe prevalecer a la hora de decidir en nuestro ordenamiento si estamos ante un acto extraño al objeto social o de un acto incluido dentro de él. Habrá que estar, pues, al objeto determinado en los estatutos. Si, como sucede frecuentemente, el ámbito de la representación conferida a los administradores no incluye el arrendamiento de la empresa, estaremos ante un acto extraño al objeto social sometido al acuerdo de la Junta. No se trata entonces de un tema de limitación de facultades de los administradores dentro del objeto social, que no afecta a la validez del acto y la vinculación de la sociedad y sí sólo a la responsabilidad de dichos administradores en la esfera interna. Si el acto es extraño al objeto social se producirá, como antes decíamos, una insuficiencia de poder que acarrea la ineficacia del acto, sin perjuicio de la posterior ratificación por la sociedad (véase en este sentido la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 16 de octubre de 1964, y para un comentario de la misma y del estado de nuestra jurisprudencia sobre el tema, JIMÉNEZ ASENJO, *ob. cit.*, págs. 613 y ss.; LA VILLA, *ob. cit.*, págs. 120 y ss.).

No se nos oculta que, determinado el sector económico propio de la actividad de la sociedad, los estatutos pueden incluir entre las facultades del órgano de administración la del arrendamiento de la empresa. En un sistema como el nuestro en el que la determinación de esfera de competencia de la Junta y del órgano de

Si se acepta este planteamiento, habrá que convenir en que, en el caso de que los estatutos de la sociedad no incluyan explícita o implícitamente la posibilidad de que los administradores puedan proceder al arrendamiento de la empresa, estaremos ante un supuesto de modificación de los estatutos que requerirá acuerdo de la junta constituida con el *quorum* especial previsto para estos casos (arts. 58 y 84 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Más dudas suscitaría la posibilidad de ratificación del acto por la junta (o de la confirmación para los que estiman que se trata de un acto *anulable*), pues en este caso cabe, en efecto, mantener la necesidad de un acuerdo unánime de los socios en atención al interés tutelado con la delimitación del poder de los representantes por el ámbito del objeto social mencionado en los estatutos, o cabe estimar que en ese supuesto estaría justificada y sería suficiente la adopción del acuerdo en junta constituida con los requisitos previstos para la modificación de estatutos (65). Esta última solución sería, sin duda, la más operativa, pues, de un lado, no se pueden olvidar las dificultades, por no decir la imposibilidad práctica de un acuerdo unánime, sobre todo en las grandes sociedades, y de otro lado, puede resultar desmedido en relación con un solo acto no dar más alternativa que la de proceder a una modificación de estatutos con todos sus requisitos y formalidades, o la de la ratificación con acuerdo unánime. Pero nos parece que, en el marco de protección del accionista establecido por la ley para el caso de cambio de objeto (párrafo 4 del art. 85), no es fácil mantener la posibilidad de ratificación por acuerdo ordinario tomado en junta con el *quorum* de asistencia previsto para la modificación de los estatutos, si no se instrumenta o va acompañado también del derecho de separación del accionista que no haya votado a favor del acuerdo.

c) Los problemas que suscita el tema planteado, y que se reproducen en supuestos de la misma envergadura en relación con la estructura y el funcionamiento de la sociedad, aconsejan, a nuestro juicio, disi-

administración se produce—como hemos visto—con cierta ambigüedad, y en el que falta, por tanto, una precisa determinación de la competencia reservada a la Junta por razón de la trascendencia o importancia de ciertos actos en la estructura de la sociedad, el tema expuesto debe contemplarse también a la luz de la doctrina del objeto social para entender, en definitiva, que el arrendamiento de la empresa implica el otorgamiento de una facultad para cumplir el fin social, ya sea mediante la realización de la actividad propia de un sector económico, ya sea mediante la sustitución temporal de esa actividad por la que es propia de una simple posición de arrendadora.

(65) Véanse en favor de una y otra posición, respectivamente, ESTEBAN VELASCO, *ob. cit.*, págs. 331 y ss., y CÁMARA: *Representación de sociedades mercantiles*, citado, págs. 244 y ss.

par las dudas en los trabajos de reforma de la ley, siguiendo aquella tendencia que predomina en el Derecho comparado más moderno (66), que, en definitiva, viene a desplazar el tema del cambio de objeto social al de la competencia de los órganos, estableciendo expresamente una distribución de competencias de los órganos de la sociedad. Esa tendencia muestra, en efecto, la conveniencia de ampliar el ámbito legal del apoderamiento del órgano de administración o dirección de la sociedad, pero reservando a la competencia de la junta, ya sea íntegramente ya sea —como parece imponerse para el arrendamiento de la empresa— por vía de autorización, aquellos actos que por su importancia o trascendencia en la vida de la sociedad o la estructura económica de la empresa deben contar con el acuerdo de este órgano fundamental de la sociedad. De este modo, no sólo se resuelven con mayor claridad los problemas de competencia de los órganos, sino que se separa convenientemente la modificación de los estatutos de otros actos, como el arrendamiento de la empresa, y se proporcionan soluciones más oportunas en orden al acuerdo de celebración o de autorización para concluir estos actos o contratos.

AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ

Catedrático de Derecho Mercantil
en la Universidad Autónoma de Madrid

(66) Véase por su especial significación el artículo 83 del Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

Venta por el propietario no poseedor.

Cesión de la acción reivindicatoria

SUMARIO: I *Introducción*: 1. Hipótesis de estudio.—2. Sistemas legislativos examinados.—II. *Sistema transmisivo francés*: 1. Derecho francés.—2. Derecho italiano.—III. *Sistema transmisivo alemán*.—IV. *Derecho común y codificación*: 1. Recepción medieval del Derecho romano y la Suma de ROLANDINO.—2. Precisiones de BUSSI.—3. Evolución de la cesión de acciones hasta el período codificador.—4. Período codificador: Doctrina francesa y doctrina alemana.—5. Opinión de IHERING.—6. Resumen de WINDSCHEID.—7. No prevalece la opinión de IHERING y WINDSCHEID.—8. Momento de la adquisición del derecho por el cesionario.—9. Toma de posesión: Estudios de CARRELLI (*litis aestimatio*) y de VALIÑO (*actio utilis*) y conclusiones sobre el ordenamiento justinianeo.—10. *Denuntiatio*.—11. *Legitimatio ad causam*.—12. Inseparabilidad de acción y derecho.—V. *Sistema transmisivo del título y el modo*: La codificación y el Derecho austríaco.—VI. *Derecho español*: 1. Recepción del Derecho romano y evolución doctrinal.—2. «Febrero».—3. Opinión tradicional: GÓMEZ DE LA SERNA y MANRESA.—4. Opinión pandectista pseudojurisprudencial.—5. Reconsideración de la doctrina pseudojurisprudencial: ALBALADEJO.—6. Reconsideración de la opinión pandectista.—7. GARCÍA GOYENA y el Proyecto de Código Civil de 1851.—8. Comparación entre el Proyecto de Código Civil de 1851 y el Código Civil de 1889: Cosa corporal y cosa incorporal. Cosa corporal y derecho de propiedad. Cosa incorporal, cuasi posesión y cuasi entrega. Título y modo. Forma contractual. Obligación de dar o entregar. Contrato de compraventa transmisión de cosa. Contrato de compraventa cesión de derecho.—9. Título inscribible de compra.—10. Actuación procesal del comprador.—11. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

1. HIPÓTESIS DE ESTUDIO

a) 1. Este estudio se refiere, por hipótesis, a la venta por el propietario, no poseedor, de una cosa determinada; aunque, ante un caso real, pueda ser la sentencia judicial la que resuelva si se trata de cosa propia, no poseída por el vendedor, o de cosa ajena.

En el Código Civil español se entenderá por *propietario no poseedor* al propietario que no tiene la posesión de la cosa, ni la posesión como hecho (incluida la del art. 461 C. C.), ni la posesión como derecho, sea mediata, sea civilísima (art. 440 C. C.), sea incorporal o ideal (artículo 460, 4.º, C. C. antes de transcurrir el año) (1).

2. El supuesto estudiado implica la existencia de un tercero poseedor, en concepto de dueño, *usucapiente* (2).

b) El tema es de gran *interés*, teórico y práctico, en particular para las funciones notarial y registral (3), y en la doctrina española no ha sido objeto de un estudio específico, por lo que parece conveniente considerarlo con cierta atención, aunque no se pretenda agotar ahora toda su problemática, porque está íntimamente relacionada con otras cuestiones, unas muy generales, otras más concretas, a las que se dan soluciones, históricas y actuales, doctrinales y normativas, muy diversas y controvertidas, que en principio sólo cabe apuntar en cuanto condicionantes, aunque la dificultad de verificar algunas opiniones y normas justifique la transcripción de textos extensos, en atención a la mayor objetividad del análisis y de las conclusiones, siempre sometidos a criterios más autorizados (4).

2. SISTEMAS LEGISLATIVOS EXAMINADOS

Entre los ordenamientos jurídicos europeos continentales actuales con antecedentes en el Derecho romano, fundamentalmente existen tres sistemas de transmisión, por venta, de la propiedad: el del consenti-

(1) Según la terminología de ALBADALEJO: *Derecho civil*, tomo III, vol. 1, 2.ª ed., 1976, pág. 37.

(2) Por hipótesis, se excluye el supuesto de venta de cosa propiedad del vendedor que no es poseída, ni por él, ni por el comprador, ni por un tercero.

Asimismo, se excluye el supuesto de cosa inmueble no identificable a efectos de ejercicio de la reivindicatoria: fincas con descripción antigua y situación dudosa o en arenales, montes, etc.

(3) El temario de las oposiciones entre Notarios publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 5 de junio de 1979 dedica un tema entero (el tema 5 de Derecho civil) a la cuestión que aquí se examina y otras conexas.

(4) Sobre métodos de investigación, pandectismo alemán, neopandectismo italiano, importancia de los conceptos jurídicos, libros sobre conceptos (libros sobre libros) y libros sobre exégesis de instituciones y consideración a la realidad, ver *notas críticas de C. B.* al libro de ROGEL VIDE (Carlos) *La compraventa de cosa futura*, Bolonia 1975, en *Anuario de Derecho civil*, 1977-IV, pág. 1141 ss.

Pese a las objeciones que puedan hacerse, se estima que en muchas ocasiones y pasajes resulta más interesante la cita literal de textos que la simple referencia comentada, para su mejor comprensión, e incluso, para suplir glosas innecesarias para el lector o, acaso, deformantes del preciso sentido del texto citado.

miento (*francés*), el de transmisión abstracta (*alemán*) y el del título y el modo (*español*) (5).

En principio, cada uno de ellos resuelve el problema que es tema de este estudio, el de la falta de posesión por el vendedor, de modo distinto, congruente con su principio fundamental y con una peculiar génesis histórica, normativa y doctrinal.

El análisis de cada uno ha de considerar la cuestión de la transmisión de la propiedad, es decir, si el comprador puede reivindicar como propietario o ha de reivindicar el vendedor, frente al tercero poseedor, y la cuestión del incumplimiento por el vendedor de su obligación de entregar la cosa, es decir, si el comprador puede reclamar, por incumplimiento de contrato, la indemnización correspondiente o, incluso, la resolución de la compraventa, frente al vendedor no poseedor.

II. SISTEMA TRANSMISIVO FRANCES

1. DERECHO FRANCÉS

a) Según el Código Civil francés de 1804:

1.º «El vendedor tiene dos obligaciones principales: la de entregar y la de garantizar la cosa que vende» (art. 1.603).

2.º «La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes. Convierte al acreedor en propietario..., aunque la tradición no haya sido hecha...» (art. 1.138).

«La propiedad de los bienes se adquiere y transmite... por efecto de las obligaciones» (art. 711).

Así, el vendedor está obligado a entregar la cosa, es decir, a transmitir la posesión de la cosa al comprador. Pero éste ya es propietario, desde la perfección de la compraventa, por el consentimiento de las partes contratantes, sin más requisitos (salvo excepciones).

(5) MAX KASER, el gran romanista, catedrático de la Universidad de Hamburgo, en su conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, el 10 de marzo de 1961, sobre el tema «*Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la historia de la dogmática moderna*», que reelaborada y con abundantes citas doctrinales se publicó en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XIII, 1962, pág. 568 y ss., decide (pág. 582) «renunciar a entrar detenidamente en la intrincada y, en parte, poco estudiada evolución de la Edad Media y Moderna, evolución que va desde la Glosa hasta la doctrina moderna, pasando por los comentaristas, los humanistas y la escuela del Derecho natural», es decir, «pasar por alto las etapas intermedias» y examinar especialmente las codificaciones modernas de mayor importancia, con su peculiar génesis histórica.

La entrega se rige por numerosos artículos (1.604 a 1.624) y, a menudo, redundantes, aunque, por otra parte, omitan una gran cantidad de extremos de la mayor importancia. Dicha entrega puede entenderse realizada o cumplida simultáneamente con la perfección contractual cuando puede ser aplicado el *constituto posesorio* o la *traditio brevi manu*. En otro caso será ulterior.

b) En el antiguo Derecho francés, si, por cualquier motivo, el vendedor no estaba en posesión de su cosa en el momento de la venta, porque dicha cosa era poseída por un tercero, se insertaba en el contrato una cláusula accesoria de cesión de la acción reivindicatoria.

Con el Código Civil, si la cosa no está en poder del enajenante en el momento de la transmisión de la propiedad, no hay necesidad de hacer al adquirente cesión de la acción reivindicatoria (6). En tal caso, el comprador podrá reivindicar la cosa de poder de quien la tenga, puesto que es propietario, pero además podrá alegar incumplimiento de contrato contra el vendedor en cuanto a la obligación de entrega, acudiendo, a falta de precepto específico, a las normas sobre incumplimiento de obligaciones recíprocas (7).

Queda sin efecto la aplicación de la teoría de la cesión de la acción reivindicatoria a efectos de la adquisición del dominio. Ya no requiere una consideración doctrinal especial la falta de posesión del vendedor, que sólo implica una cuestión sobre el cumplimiento de la obligación de entregar o transmitir la posesión, no sobre la transmisión de la propiedad.

c) El Código Civil francés modifica el sistema tradicional del título y el modo, según la orientación de la Escuela de Derecho Natural, de los siglos XVII y XVIII, haciendo prevalecer el consentimiento traslativo del título y prescindiendo del modo o tradición como requisito de la transmisión de la propiedad, que usualmente quedaba inoperante, frente a la voluntad de las partes contratantes, mediante la combinación de la cláusula de *desaissine-saissine* (equivalente a la cláusula bolonesa de *constituto posesorio*) y de la cláusula de cesión de acciones.

En este sistema se basaba, por inspiración de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, el Proyecto de Código Civil español de 1851, que no llegó a prevalecer sobre el sistema tradicional del título y el modo en la Ley Hipotecaria de 1861 y luego en el Código Civil de 1889.

(6) COLIN Y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*. Trad. esp. 1923, tomo II, vol. 2, págs. 1011 y 1012.

(7) COLIN Y CAPITANT: *ob. cit.*, pág. 82.

2. DERECHO ITALIANO

En cambio, el Código Civil italiano de 1865 sigue el precedente modificador francés, que se mantiene en el vigente Código de 1942, pero ahora con un significado claro de contraposición al Código Civil alemán de 1896-1900, después de que la doctrina italiana ha podido contrastar, histórica y conceptualmente, ambos sistemas y sus resultados prácticos. De aquí el gran interés de la explicación conceptual del sistema en la doctrina italiana.

a) Según el Código Civil italiano de 1942:

1.º «Las obligaciones principales del vendedor: entregar la cosa al comprador; hacerle adquirir la propiedad de la cosa o el derecho, si la adquisición no es efecto inmediato del contrato; garantizar al comprador de la evicción y de los vicios ocultos de la cosa» (art. 1.476).

2.º «En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real, o bien la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado» (art. 1.376), si la cosa es propia del vendedor (hipótesis de este estudio), no ajena, salvo pacto de reserva de dominio.

b) Para el Código italiano, el contrato de compraventa, por su contenido y efecto final, es un contrato traslativo o con efectos reales, que transmite el derecho de propiedad de una cosa u otros derecho, a cambio de una suma de dinero, de un precio (8).

1. Ahora bien, el contrato de compraventa transmite el derecho de propiedad de la cosa del vendedor (propietario) al comprador, inmediatamente, por sí solo, sin necesidad de la entrega de la cosa ni de pago del precio, si la cosa es determinada y si al contratar no se ha declarado la voluntad de que la propiedad se transmita en otro momento; el vendedor poseedor, antes de la entrega, detenta la cosa en nombre del comprador.

Las obligaciones de entregar la cosa y de pagar el precio son coercibles, en el sentido de que cualquiera de las partes, en ejercicio de una sentencia de condena que ordene la entrega de la cosa o el pago del precio, pueden lograr el cumplimiento coactivo de la voluntad ya manifestada al contratar (aunque, posteriormente al contrato, cambie la vo-

(8) MESSINEO (F.): *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 8.ª ed., 1952, volumen 3, 1, págs. 51 y ss., y vol. 2, 1, págs. 310 y 337.

luntad de cualquiera de las partes), obteniendo la posesión de la cosa por actuación del agente ejecutivo judicial (9).

2. Pero en algunos casos el efecto traslativo o real no es inmediato, no es simultáneo a la perfección del contrato, sino mediato, simultáneo a un evento o un momento posterior a la perfección. En tales casos se habla de venta obligatoria, pero en el sentido de que, simultáneamente a su perfección, no produce el efecto de transmitir el derecho de propiedad, sino que, por el momento, confiere al comprador un derecho de crédito contra el vendedor para que, en un momento posterior, le «procure», le «haga adquirir» el derecho de propiedad de la cosa, aunque sin que se requiera en tal momento un nuevo acuerdo de transmisión. Se incluyen los casos de venta de cosa no determinada, de venta con pacto de reserva de dominio (por ejemplo, hasta el total pago del precio), de venta de cosa ajena, de venta de cosa futura, y otros. Esta denominada venta obligatoria es un contrato con efectos reales, pero pendientes de un requisito de eficacia, concebido como *cóndicio iuris*, de modo que no se requiere un negocio jurídico distinto y posterior a la compraventa, determinante del efecto real, aunque no se excluye que, en la mayor parte de las veces, se requiera un ulterior comportamiento unilateral del vendedor para que se produzca el efecto real: determinación de la cosa genérica, pago total del precio (cuando es condición suspensiva por pacto de reserva de dominio), adquisición de la cosa ajena, existencia de la cosa futura, etc. En todo caso, no se requiere una nueva declaración de voluntad, porque la voluntad manifestada por las partes al perfeccionarse la compraventa es, potencialmente, idónea para determinar el efecto traslativo, aunque, en su caso, se requiera la posterior realización de un evento o cumplimiento de un acto, concebidos como *condicio iuris* (10).

III. SISTEMA TRANSMITIVO ALEMAN (11)

a) El Código Civil alemán de 1896-1900 (12) distingue como dos negocios independientes, por una parte, la compraventa (u otro negocio

(9) MESSINEO: *ob. cit.*, vol. 2, 2, págs. 232 y 242.

(10) MESSINEO: *ob. cit.*, vol. 3, 1, pág. 55.

(11) ENNECCERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, tomo I, vol. 1, 2.ª ed., 1953; vol. 2, 1.ª ed., 1935; tomo II, vol. 1, 2.ª ed., 1954; vol. 2, 1.ª ed., 1935; tomo III, vol. 1, 3.ª ed., 1971; vol. 2, 1.ª ed., 1937. *Apéndice C. C. alemán*, 1955. MAX KASER: *ob. cit.*, págs. 585 y ss. ZUMALACÁRREGUI, TOMÁS: *Causa y abs-tracción causal en el derecho civil español* Tesis doctoral. Centro de Estudios Hi-potecarios. Madrid 1977.

(12) Del que se considera a PLANCK como «padre» y a su discípulo WINDSCHEID como influyente partícipe en la Comisión de Codificación.

causal correspondiente) y, por otra, la transmisión. La transmisión es negocio dispositivo abstracto, abstraído causalmente; puede transmitir la propiedad aunque la compraventa causa no sea válida y eficaz.

El vendedor está obligado a proporcionar al comprador la propiedad de la cosa (13) vendida y, además, a entregar al comprador la cosa vendida, mueble o inmueble (14).

1.º La transmisión de la propiedad de una cosa (corporal) se fundamenta en el acuerdo real, convenio dirigido al traspaso de la propiedad (par. 873, para los inmuebles, y 929 para los muebles), complementado con un requisito para asegurar la publicidad, integrando aquél y éste el denominado contrato real. Para la cosa inmueble, además del acuerdo, se requiere la inscripción en el Registro. Para la cosa mueble, además del acuerdo, se exige la entrega o tradición, esto es, que se transmita la posesión inmediata. Sin embargo, el principio de la entrega o tradición presenta excepciones, tantas que los civilistas alemanes discuten sobre si tiene verdadera vigencia o, más bien, rige el principio del consentimiento o del simple acuerdo real. Se refieren, principalmente, a las llamadas formas supletorias de la tradición: *brevi manu traditio* (par. 929, ap. 2.º), *constitutum possessorium* (par. 930), cesión de la acción contra el mediador posesorio o de la reivindicatoria contra el tercero poseedor (par. 931) (15).

2.º El vendedor está obligado a entregar la cosa: entregar consiste en procurar la posesión inmediata, corporal.

La entrega se verifica generalmente mediante dar y recibir corporalmente y, en tal caso, es un acto real, expresión de voluntad de una y otra parte, y no una declaración bilateral de voluntad. Pero puede efectuarse mediante simple acuerdo sobre la transmisión de la posesión, cuando el adquirente está, sin más, en situación de ejercer la potestad sobre la cosa (como, por ejemplo, si se trata de leña sita en el bosque); semejante acuerdo, que conceptualmente ha de distinguirse del acuerdo sobre transmisión de la propiedad, coincide exteriormente con ella, por regla general.

b) A la transmisión de la propiedad y a la transmisión de la pose-

(13) Par. 90. *Cosas*, en el sentido de la ley, son solamente los objetos *corporales*.

(14) ENNECCERUS-LEHMAN, tomo II, vol. 1, pág. 40 y ss.

(15) Por su obligación de proporcionar la propiedad, el vendedor debe proporcionar al comprador la cosa libre de derechos de terceros (par. 434). Concretamente, si la cosa mueble ha sido transmitida mediante la cesión de pretensión de entrega de la propiedad (par. 931) ha de proporcionarla libre de las excepciones que pueden ser opuestas al comprador, que son las mismas que el tercero tenía contra el vendedor (par. 986, ap. 2).

sión de cosa *mueble*, se ha de referir este tema, respecto al Derecho alemán.

1. «Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en la circunstancia de que la propiedad debe transmitirse» (par. 929, punto 1.º).

El acto de entrega ha de ser expresión de la voluntad de transmitir la posesión y la propiedad, la recepción ha de ser expresión de la voluntad de adquirir la posesión y la propiedad.

El acuerdo real, a su vez, no necesita forma, y las más veces se declara tácitamente: sobre todo, se da regularmente, sin más, en la transmisión que sigue al negocio causal; y la práctica judicial deduce, con razón, la existencia de una declaración de acuerdo, de la declaración de que la cosa ha sido «vendida y entregada».

2. «Si el adquirente está en posesión de la cosa, basta el acuerdo sobre el traspaso de la propiedad» (par. 929, punto 2) para la transmisión de la misma, que implicará acuerdo sobre la transmisión de la posesión. Es la *traditio brevi manu*.

3. «Si el propietario (vendedor) está en posesión de la cosa, la entrega puede ser sustituida por el hecho de que entre él y el adquirente (comprador) sea pactada una relación jurídica en cuya virtud el adquirente obtiene la posesión mediata (par. 930). Es el *constituto posesorio* típico. Requiere el asentimiento del comprador, y en éste va implícita, en la duda, una renuncia a la entrega corporal (16).

4. «Si un tercero está en posesión de la cosa, la entrega puede ser sustituida por el hecho de que el propietario ceda al adquirente la pretensión de entrega de la cosa» (par. 931). Según M. WOLFF (17), este precepto comprende dos supuestos:

Si el enajenante es poseedor mediato, por ejemplo, arrendador, pignorante, la enajenación requiere acuerdo sobre el traspaso de la propiedad y sobre el traspaso de la posesión mediata, cediendo la pretensión que corresponde al enajenante por razón del contrato de arrendamiento, de prenda, etc. Se cede esta pretensión, no la que deriva de la propiedad. La transmisión de la reivindicatoria no es requisito, sino consecuencia del cambio de propiedad. Es un caso de transmisión de la posesión mediata. Como el *constituto*, requiere el asentimiento del

(16) *Ob. cit.*, pág. 28, n. 1.

(17) En adelante se sigue la opinión de WOLFF-RAISER: *ob. cit.*, tomo III, volumen 1, pág. 444 y ss., en el que puede verse la bibliografía sobre opiniones contrarias en algunos puntos.

comprador, y en éste va implícita, en la duda, una renuncia a la entrega corporal.

Si el propietario enajenante (vendedor) no es poseedor mediato, la propiedad se transmite sin necesidad de que el adquirente (comprador) adquiera posesión alguna. En este caso, la pretensión de entrega a que se refiere el párrafo 931 es la pretensión derivada de la propiedad o acción reivindicatoria.

c) Así, conforme al sistema alemán, el problema de la falta de posesión del vendedor a efectos de la transmisión de la propiedad, respecto de los bienes inmuebles, en cuanto la inscripción se considera medio publicitario del acuerdo real, queda eliminado, y respecto de los bienes muebles, para los que la tradición es el medio publicitario del acuerdo real, queda resuelto expresamente por el párrafo 931; al acuerdo (*Einigung*) se une, en funciones de entrega (*Uebergabe*), la cesión de la pretensión de entrega derivada de la propiedad (*Abtretung des Herausgabeanspruch*), o sea, la cesión de la pretensión real vindicatoria (*Vindikationcession*) que el propietario enajenante tenía contra el que posee la cosa, para que se la entrégase o restituyese (18).

1. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que «las disposiciones sobre la transmisión de créditos se aplican oportunamente a la transmisión de otros derechos, en tanto la ley no prescriba otra cosa» (par. 413), y que, en general, la pretensión (*Anspruch*) se define, indirectamente, como derecho—facultad quizá—al disponer que «el derecho de exigir de otro una acción o una omisión (pretensión) se extingue por prescripción» (par. 194).

Así pues, a la cesión de la pretensión del propietario (cesión de la acción real reivindicatoria, tradicional) se aplican las disposiciones sobre la cesión de un crédito (cesión de acción personal), si la ley no prescribe otra cosa.

2. «Un crédito puede ser transmitido por el acreedor mediante contrato con la persona a quien se le transmite (cesión). Con la conclusión del contrato, el nuevo acreedor se subroga en la posición del

(18) *Apéndice al Tratado citado*, pág. 127, n. 825, del traductor Melón Infantes.

El par. 985 del B. G. B. dice: «El propietario puede exigir del poseedor la entrega de la cosa.» Según el traductor, el término «Herausgabe» puede traducirse por «entrega» o «restitución», según convenga. Se recoge aquí la llamada «Anspruch auf Herausgabe der Sache» o «Herausgabeanspruch», cuya traducción es «pretensión a la entrega—o restitución—de la cosa» o, simplemente, «pretensión de entrega». En líneas generales equivale a nuestra *acción reivindicatoria*, a la que mejor llamaríamos «pretensión de reivindicación» o «*pretensión reivindicatoria*».

antiguo acreedor» (par. 391), es decir, el crédito se transfiere al acordarse la cesión, el acuerdo de cesión transmite el derecho cedido (19).

La *cesión* de crédito o pretensión es negocio dispositivo abstracto.

Por lo tanto, el acuerdo de cesión de la pretensión del propietario, por sí solo, transmite el derecho de propiedad; el acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria transmite el derecho de propiedad (conforme a los párrafos 931 y 413) cuando el propietario cedente no es poseedor y tiene acción reivindicatoria (20).

La doctrina alemana opina unánimemente que el derecho de crédito y la pretensión personal se identifican, y toda cesión de la pretensión personal implica la cesión del crédito; pretensión y crédito son inseparables, incluso por cesión (21).

En cambio, la opinión no ha sido unánime por lo que se refiere al derecho de propiedad y a la pretensión reivindicatoria, aunque tiende a prevalecer la opinión de que, si bien el derecho de propiedad no se identifica con la pretensión reivindicatoria que, en su caso, se deriva de él, no obstante el derecho de propiedad y la pretensión reivindicatoria son inseparables, incluso por cesión; no es posible ceder la pretensión reivindicatoria sin que, al mismo tiempo, se transmita el derecho de propiedad (22).

d) 1. No cabe exigir que los interesados, aparte de convenir la transferencia de la propiedad, tengan que pactar la cesión de la pretensión de entrega derivada de la propiedad, por acuerdo expreso.

En muchos casos se puede suponer existente un acuerdo «tácito» en este sentido (lo que, en realidad, será una ficción).

(19) La cesión, el acuerdo de cesión, transmite el derecho. En cambio, en el Derecho común alemán, antes del Código Civil, según una opinión (MÜHLENBRUCH, IHERING, WINDSCHEID), la cesión (el acuerdo de cesión) no transfería el derecho, sino sólo el ejercicio de la acción, es decir, la cesión (el acuerdo de cesión) no afectaba—no transmitía—a la titularidad del derecho, sino sólo al ejercicio de la acción.

Esta es la cuestión clave del tema de la cesión de acciones.

(20) En el Derecho común, análogamente, según aquella opinión (nota anterior), el acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria no transmitía la acción reivindicatoria (ni, por tanto, el derecho de propiedad, la titularidad del derecho), sino el ejercicio de la acción reivindicatoria ajena.

(21) Ahora bien, la cesión de crédito puede tener una finalidad fiduciaria y, además, es posible la llamada autorización para el cobro, que no es cesión de crédito, aunque impropriamente se denomina «cesión con efecto limitado», ni tampoco es un poder, sino un consentimiento para disponer de un derecho ajeno (v. ENNECERUS: *Tratado*, tomo I, vol. 2, págs. 384, 387 y ss.).

Además, el cedente tiene obligaciones secundarias respecto al cesionario: dar informes y entregar documentos (par. 402), expedir documento de cesión (par. 403).

(22) Esto sin perjuicio de que pueda convenirse un poder para el ejercicio de la acción reivindicatoria, que no implica cesión de la acción ni, por tanto, del derecho de propiedad. Sobre esto se insistirá más adelante.

Pero esta suposición no será posible en todos los casos: P a C enajena la cosa dada por él en comodato a D, ignorando que un cuarto se la robó a éste. No se puede hablar en este caso de una cesión (expresa) de la pretensión de propiedad contra el ladrón, puesto que las partes ni siquiera conocen la existencia de semejante pretensión. No obstante, la propiedad se transfiere a C y, por esta transmisión, P pierde su pretensión contra el ladrón, contra el cual C obtiene una pretensión de propiedad.

Así, prácticamente, la transmisión se realiza por el mero acuerdo sobre la transferencia de la propiedad.

El parágrafo 931 viene a decir que la propiedad se transmite, existiendo acuerdo real, mediante acuerdo de cesión de la reivindicatoria, implícito, cuando hay un tercero poseedor (23).

2. La transmisión mediante cesión de la pretensión de entrega derivada de la propiedad no requiere una comunicación (*denuntiatio*) al tercero poseedor, aunque aquélla sea conveniente, dados los términos del parágrafo 407 (24).

(23) Siendo así, se estima que la transmisión es posible por el mero acuerdo cuando nadie tenga la posesión de la cosa; por ejemplo, si la cosa se perdió o si el ladrón la tiró, pues no cabe pensar en una cesión de pretensiones futuras contra futuros poseedores.

Obsérvese que este supuesto, de que nadie tenga la posesión de la cosa, no cabe literalmente bajo los términos del par. 931, que se refiere al supuesto de que un tercero está en posesión de la cosa; pero sí cabe bajo su espíritu de que cuando no es posible la entrega la transmisión se realiza por el solo acuerdo de cesión del derecho.

Realmente, en aquellos casos, se cede el derecho y el cesionario tendrá, como titular del derecho, las acciones que de él deriven.

La *Suma de Rolandino* admitía la cesión de pretensiones futuras (*ob. cit.*, página 553), como más tarde WINDSCHEID (v. más adelante).

(24) La notificación (*denuntiatio*) al deudor de la cesión del crédito le impide ampararse en el desconocimiento de la cesión y en las normas que le protegen al respecto (par. 405-410).

En el Derecho común, según aquella opinión de MÜHLENBRUCH, la notificación era requisito complementario del acuerdo de cesión para la transmisión del crédito, al igual que la interposición de la demanda por el cesionario o el pago parcial al cesionario.

En el Derecho común, según opinión de IHERING y WINDSCHEID, la notificación al poseedor era irrelevante a efectos de transmisión de la acción y del derecho de propiedad; a tal efecto, el requisito equivalente era la obtención de la posesión, sin litigio o mediante litigio.

Actualmente, según el par. 407, «el nuevo acreedor debe dejar valer contra sí una prestación que el deudor efectúe, después de la cesión, al antiguo acreedor, así como todo negocio jurídico que después de dicha cesión sea celebrado en relación al crédito entre el deudor y el antiguo acreedor, a no ser que el deudor conozca la cesión al realizar la prestación o al celebrar el negocio jurídico.

Si en un litigio hecho pendiente entre el deudor y el antiguo acreedor después de la cesión ha recaído una sentencia firme sobre el crédito el nuevo acreedor debe

Los derechos que sobre la cosa tenga el tercero poseedor no se perjudican por la enajenación (par. 936, ap. 3); asimismo el tercero conserva contra el adquirente todas las objeciones que le asistían frente al enajenante (par. 936, ap. 2) (25).

3. La propiedad se transmite sin necesidad de que el adquirente obtenga posesión alguna, único caso (con excepción de la transmisión de embarcaciones marítimas), en que el Código Civil alemán deja de exigir la transmisión de la posesión para la transmisión del derecho de propiedad sobre cosas muebles (26).

Pero la cesión de la acción reivindicatoria sólo es suficiente para entender cumplida la obligación de entrega, cuando el comprador obtiene efectivamente la posesión en virtud de aquélla o cuando declara conformarse con la misma (27).

Es decir, en el expresado supuesto de venta con cesión de la acción reivindicatoria, para entender cumplidas la obligación de entrega y la obligación de transmitir el derecho de propiedad libre de derechos de terceros, se requiere que el comprador obtenga efectivamente la posesión libre, inmediata y corporal, en virtud de la acción reivindicatoria o pueda entenderse que declara conformarse con la misma acción reivindicatoria, o sea, conformarse con la venta del derecho que tenga el vendedor, cualquiera que sea el resultado del ejercicio de la acción.

Esta interpretación puede considerarse fundada en el carácter dis-

dejar valer contra sí la sentencia, a no ser que el deudor haya conocido la cesión al producirse la litis pendencia».

(25) La transmisión de mercancías, sobre las que se haya expedido un «título de tradición» (talón de embarque, conocimiento, warrant a la orden) se regula por el C. com. (par. 424, 450, 647), conforme al cual para la transmisión es suficiente, además del acuerdo dirigido a la transmisión de la propiedad, la entrega del documento, de forma que proporcione la legitimación (endoso para los documentos a la orden); por lo que no basta la entrega de un «talón de entrega», que sólo autoriza para el suministro y recepción de la mercancía. Pero esto no obsta para transmitir las mercancías con arreglo al par. 931 C. C., es decir, en virtud de ceder la pretensión de entrega, cosa muy importante para el caso en que si bien se haya entregado el documento a la orden, no haya sido endosado.

(26) En cambio, en el Derecho común alemán, antes del C. C., según una opinión (IHERING, WINDSCHEID), el acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria no transmitía, por sí solo, el derecho de propiedad; se requería, además, la obtención de la posesión de la cosa, como ya se ha dicho.

(27) ENNECCERUS-LEHMANN, tomo II, vol. 1, 1.^a parte, pág. 45 (pág. 28 en 1.^a edición), n. 1. Cf. *Juristische Wochenschrift*, 1927, 607 (11).

Aunque no lo diga M. WOLFF, en el supuesto de que el vendedor no sea poseedor y, por tanto, no pueda entregar corporalmente, ha de considerarse que el vendedor, en todo caso, quiere cumplir cediendo la acción reivindicatoria (sería absurdo proteger el no querer cumplir), o, más bien, debe querer, mientras que el comprador puede no querer al enterarse de que la cosa está poseída por otro. En este sentido, es lógico el requerir una cesión de la acción reivindicatoria, sustitutiva del acto real de entrega, aparte del acuerdo real, en cumplimiento de la obligación de entregar que corresponde al vendedor.

positivo de la norma del párrafo 931, antes transcrito. Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble, cuando un tercero está en posesión de la cosa y el propietario tiene, contra él, una pretensión reivindicatoria, si vendedor y comprador están de acuerdo en que la propiedad debe transmitirse, la entrega puede ser sustituida por el hecho de que el vendedor propietario ceda al comprador adquirente la pretensión reivindicatoria. Es decir, la transmisión requiere un acuerdo real, normalmente implícito en el contrato causal, pero, además, como sucedáneo o sustitutivo de la entrega, un acuerdo de cesión de la reivindicatoria, sin perjuicio de que este acuerdo de cesión se considere, a su vez, normalmente implícito en el acuerdo real, y puede presumirse existente, salvo acuerdo en contra. Ahora bien, el acuerdo en contra, si no es claramente expreso, no podrá aducirse por el vendedor, obligado legalmente a transmitir el derecho y a entregar, de modo que, prácticamente, será sólo el comprador quien podrá alegar, válidamente, la falta de acuerdo de cesión, si decide no reivindicar y alegar incumplimiento por el vendedor, sin perjuicio de que si decide reivindicar y pierde la reivindicación pueda alegar incumplimiento, al menos parcial, de la obligación de entregar (28).

e) De todo lo dicho con referencia al Derecho alemán sobre la venta de cosa mueble no poseída por el vendedor, conforme al párrafo 931, puede concluirse lo siguiente:

1. El comprador puede ejercitar la reivindicatoria y el vendedor debe procurar que aquél obtenga la posesión, extrajudicial o judicialmente.

2. Ahora bien, el no poder obtener el derecho de propiedad y la posesión libre de terceros sin tener que recurrir a la reivindicatoria, o el perder ésta, supone incumplimiento del contrato, salvo pacto, sobre

(28) Par. 440: «Si el vendedor no cumple las obligaciones que le incumben según los párrafos 433 a 437 y 439, los derechos del comprador se determinan según las disposiciones de los párrafos 320 a 327 (sobre los contratos bilaterales).

Si ha sido vendida una cosa mueble y entregada al comprador con el fin de transmisión de la propiedad, dicho comprador sólo puede exigir indemnización por no cumplimiento a causa del derecho de un tercero que faculta a la posesión de la cosa, si él ha restituido la cosa al tercero en atención a su derecho (evicción) o si la ha devuelto al comprador o si la cosa ha perecido.

A la restitución de la cosa al tercero se equipara la circunstancia de que el tercero herede al comprador o éste al tercero, o la de que el comprador adquiera de otra forma el derecho del tercero o compense a éste.

Si corresponde al comprador una pretensión de restitución contra otro, basta, en lugar de la devolución (al vendedor), la cesión de la pretensión» (como en Derecho común).

todo cuando el comprador desconocía la posesión del tercero. Respecto a este incumplimiento, puede entenderse que caben dos supuestos:

Si el comprador opta por ejercitar la reivindicatoria y la gana, puede, desde luego, pedir indemnización por incumplimiento parcial. Si la pierde, con mayor razón.

Si opta por no ejercitarla, puede pretender o bien resolver el contrato, si no quiere ejercitarla nunca, pues no permitirle la resolución sería forzarle a ejercitar la reivindicatoria, o bien pedir la indemnización, si no quiere ejercitar la reivindicatoria por el momento al menos, pero ya que el comprador es propietario y puede reivindicar, sólo hay incumplimiento de una de las prestaciones de la compraventa.

De este modo, en el caso, que podríamos llamar normal, de un comprador que desconoce la falta de posesión del vendedor, al no serle entregada la cosa, queda a su opción o bien ejercitar la reivindicatoria y pedir una indemnización, mayor o menor según pierda o gane la reivindicatoria, o bien, sin ejercitar la reivindicatoria, pedir la resolución o la indemnización por incumplimiento total o parcial sin interés, pues se transmitió la propiedad, pero no la posesión inmediata corporal. es decir, el derecho libre de terceros, el ejercicio libre del derecho y de la posesión.

IV. DERECHO COMUN Y CODIFICACION

1. RECEPCIÓN MEDIEVAL DEL DERECHO ROMANO Y LA SUMA DE ROLANDINO

Para la finalidad de este estudio, más importante que conocer los referidos sistemas de Derecho vigente es el considerar cómo se ha llegado a ellos desde el Derecho común del período precodificador, en cuanto esto ayude a comprender el sistema del Derecho español actual (29).

a) Según NÚÑEZ LAGOS, en los siglos XII y XIII, en Bolonia, la escuela del Derecho de los Glosadores, interpretó todo el Código justi-

(29) Sobre la recepción en Alemania del Derecho romano y del Derecho canónico y su fusión con el Derecho consuetudinario germánico para llegar al Derecho común o *Usus modernus pandectarum* (llamado así desde STYLE, † 1701), puede verse el Tratado de ENNECERUS (tomo I, vol. 1, ed. 1935, pág. 6 y ss.).

Pero no ha de olvidarse la advertencia de MAX KASER sobre la insuficiencia de los estudios de Derecho medieval (v. *supra* nota 3).

niano (30) y difundió su conocimiento en el mundo culto; de todas partes de Europa fueron atraídos los estudiantes hacia Bolonia, creciendo su número hasta diez mil, organizados por naciones (31); se enseñaba el Derecho romano como Derecho universal, con vigencia en todo Occidente, en aquello que no se opusieran los Derechos locales especiales, fundándose en su valor intrínseco (*ratio scripta*) y en la continuación del antiguo Imperio romano por el Imperio romano de Occidente, mantenido por la Iglesia desde Roma, que se regía por el Derecho canónico, pero también reconocía o apoyaba al Derecho romano.

Para el estudio de este período disponemos de un libro extraordinario, la *Suma* del Arte Notarial de Rolandino, que revela la realidad del Derecho vivido por juristas prácticos: los Notarios medievales (32).

Desde el siglo XIII, su valor universal es indiscutible; su influjo en los países latinos ha sido constante, decisivo y trascendental. En España, el Código de Alfonso X el Sabio, «Las Siete Partidas», contienen un formulario casi idéntico al de Rolandino, que las glosas de Rolandino explican y aclaran... (33).

(30) En la *Biblioteca Laurenciana* de Florencia se encontró un manuscrito del siglo VI o VII, el *Florentino* («*Littera Pisana*» de los Glosadores, porque en su época se hallaba en Pisa), que es, posiblemente, el único que se toma en cuenta. El último de los glosadores, *Acurio* († 1260), refundió las glosas de sus antecesores y la suya propia en un comentario consecutivo, la *Glosa ordinaria* o simplemente *Glosa* (ENNECERUS: *ob. cit.*, págs. 15 y 66).

(31) En 1364 se fundó, por el Cardenal Gil de Albornoz, el *Colegio Español de Bolonia* o *Escuela Albornociana de los Españoles*, que tan brillantemente pervive.

(32) Edición por el Ilustre Colegio Notarial de Madrid (1950), con ocasión del Segundo Congreso Internacional del Notariado Latino, de los *Comentarios de Rolandino*, insigne *Notario de Bolonia*, sobre la «*Suma del Arte Notarial*», titulados «*Aurora*», con las adiciones de Pedro de Unzola, *Notario de Bolonia*, obra que los modernos llaman «*Meridiana*», impresa en Vicenza, en 1485. Precedida de un luminoso estudio sobre *El documento notarial y Rolandino* (hay edición separata), por RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, quien propuso y llevó a cabo la reedición.

(33) Advierte NÚÑEZ LAGOS que «la *Suma* tuvo sus precedentes, pero señaló la cumbre de una evolución. Los pobres Notarios medievales, en su ingenuo vivir tradicional, bien vistos, en su beatífica quietud, con la cómoda rutina de cada día, se llenaron de cuitas y temores ante la inundación y estruendo de los romanistas y de la escuela de Bolonia. Recibir casi de golpe todo el Derecho justiniano y tener que aplicarlo poco menos que de la noche a la mañana, en vez de las pocas leyes y sencillas costumbres anteriores, era para causar terror a todo el que tuviera conciencia de su responsabilidad. La escuela de Bolonia, ya en el cenit de su prestigio, había mostrado una gran hostilidad contra la legislación longobarda y la costumbre en general. Los aprendices podrán aprender el arte en el despacho de otro Notario. Pero ¿y los notarios ya en ejercicio? Había que renovarse, y por eso los libros de fórmulas, desde el de Irnerio al de Sabatini, tuvieron un franco éxito. La fama de Rolandino llamó la atención de los estudiosos, y pronto se vio requerido para redactar un libro de fórmulas. Las fórmulas de Rolandino cobraron fama de ser las más completas. Cuando aparece la imprenta, un siglo después, se editan un gran número de ediciones de las mismas».

Rolandino, notario, ya «casi viejo» se dedica a la enseñanza, tiene cátedra y redacta *Aurora*, probablemente, no antes de 1280, recogiendo sus explicaciones de clase, siguiendo el método exegético, pero en vez de estudiar directamente las fuentes legales, su exégesis tenía por objeto el tenor literal de las fórmulas o Suma (34).

Pedro de Unzola, el discípulo más directo y principal de Rolandino, completó la *Aurora* escrita por Rolandino con adiciones o comentarios; pero, en todo caso, diferenciadas del texto del maestro, se refiere a veces a las opiniones equivocadas del mismo, en vez de eliminarlas o suplantarlas, y en todo momento las dos personalidades de Rolandino y su discípulo aparecen distintas e independientes.

En la Suma se puede estudiar, prácticamente, toda la problemática del tema de este estudio: compraventa y tradición (sistema del título y el modo), *constituto posesorio*, doble venta, cesión de derechos y acciones, con algunas referencias a la acción reivindicatoria, etc.

b) Los comentarios de Rolandino, en beneficio del lector, es mejor copiarlos, en lo que resulta de interés para el tema, que exponerlos de otro modo, con riesgo de hacerles perder su viveza y su sentido cierto. La lectura detenida de algunos fragmentos a retazos ayuda a conocer someramente la concepción jurídica medieval, y a interpretar el Derecho español vigente, aunque, naturalmente, sea más ilustrativa la lectura directa y total.

1. En primer lugar, ha de considerarse el comentario general al que llama instrumento de *venta simple*.

1.1. «Venta es la entrega (*datio*) de alguna cosa por precio cierto; de este modo, compra es aceptación (*acceptio*) de alguna cosa por cierto precio. Porque lo que se dice de uno, que es el dar, se entiende dicho correlativamente del otro; de la definición puedes sacar dos consecuencias: una por parte del vendedor, que es la entrega (*datio*) de la cosa vendida—esto es, la *traditio* (UNZOLA)—; otra por parte del comprador, que es el pago del precio...

(34) «Desde que se escribe *Aurora* hasta que se imprime por primera vez han pasado cerca de dos siglos. Los manuscritos de Rolandino, de copista en copista, tendrían, sin duda, muchos errores involuntarios, simples erratas y *lapsus calami*. Con la imprenta apareció el mercado de libros en relativa gran escala y la necesidad de que las obras destinadas a la práctica jurídica estuvieran puestas al día. Se corrigen los manuscritos, se incluye como texto lo que fue glosa, se sustituye un texto por otro. Los errores accidentales de los simples copistas, la mayoría de las veces completamente inocuos, se sustituyen por errores voluntarios, cuando no por verdaderos fraudes. De aquí que, tratándose de libros para la práctica del notariado, sean preferibles los impresos antes de 1500, como el referido incunable, que se reproduce en facsímil y traducido al castellano», fechado en 1485.

1.2. El vendedor debe entregar (*praestare*) la cosa—o, lo que es lo mismo, tradirla (UNZOLA)—. Pero no está obligado a hacerla propia del comprador; por más que si fuera propiedad del vendedor tradente, el dominio se transfiere por aquella tradición hecha por el vendedor al comprador...

1.3. Dos elementos... integran cualquier venta: cosa o precio.

El nombre de cosa (*rei*) es general: abarca cosas corporales, esto es, que por su naturaleza pueden tocarse con las manos, como es «esta finca», «este vestido»; también cosas incorporeales, como los derechos, las acciones...

1.4. Las ventas, unos dicen que se hagan por escrito; otros, sin escritura... Suele practicarse—la escritura—en las ventas de bienes inmuebles; entre vendedores y mercaderes de bienes existentes en peso, número y medida no se acostumbra a redactar escritura de venta (35).

La venta sin escritura se perfecciona por el solo consentimiento sobre la cosa y el precio.

La venta hecha por instrumento, esto es, aquella que reclama se otorgue seguidamente instrumento, exige el consentimiento y la perfección final de la misma escritura... como medio de prueba.»

(35) Las ventas de bienes inmuebles solían formalizarse en escritura pública, como ahora, a diferencia de las mercaderías. El tráfico mercantil queda, normalmente, aparte de la función notarial. Ello no obsta a que los Notarios actúen, aunque limitadamente, en la documentación de créditos y de su transmisión.

(36) Instrumento de venta simple:

«En el nombre del Señor, amén. En el año del Señor.. indicción . día .. *Antonio* DIO, VENDIÓ y TRADIÓ por derecho propio a perpetuidad a *Conrado*, que recibe y compra por sí y sus herederos,

una parcela de tierra labrantía, sita en las pertenencias de San Rófilo, en el lugar llamado el Río, que dijo y convino ser de diez tornaturas y sus confines los siguientes..., etc.;

para HABER, TENER, POSEER y HACER a *perpetuidad* lo que a éste y a sus herederos les pluguiere en lo sucesivo, con todas y cada una de las cosas que se contienen dentro de los confines expresados, u otros si los hubiere. con sus entradas y salidas hasta la vía pública y con todas y cada una de las cosas que tiene sobre sí o debajo de sí, o dentro de sí, íntegramente, y con todo derecho y acción, uso o requisición que de alguna manera pertenezca a él de esta o por esta cosa o a la propia cosa.

Por el PRECIO de diez libras boloñesas cada tornatura, precio que alcanza un total de cien libras boloñesas; precio que el citado vendedor confesó y se contentó haber habido y recibido del propio comprador y que se le había dado íntegramente, pagado y numerado, renunciando sin reservas a la excepción de precio no dado, no pagado, no numerado, así como a todo otro auxilio.

Y el mismo vendedor se constituyó poseedor en nombre del propio comprador de la citada cosa hasta que hubiere recibido la posesión corporal de la misma, y dióle licencia omnímota para aprehenderla por su autoridad y retenerla en lo sucesivo.

Prometiendo por sí y sus herederos al dicho comprador, que estipula por sí y

1.5. Al comentar las *cláusulas* del instrumento de venta simple (36), se hacen consideraciones muy interesantes.

«El capítulo IV (de la escritura)—dice UNZOLA—, el relativo a la *traditio rei*, se ha de consignar ineludiblemente en la fórmula de venta, ya que la cosa no pasa ordinariamente al dominio del comprador por el pacto de venta; por ello, aunque uno haya comprado alguna cosa, no la hace suya antes de la *traditio*; solamente se le debe; pero consumada la *traditio*, el dominio pasa al comprador, si quien la entrega era dueño de la cosa, y si se ha pagado su precio. Luego es preciso que la escritura exprese que se hizo la tradición corporal de la cosa o algo que sea equivalente a la entrega; por ejemplo, que el vendedor diga: «Me constituyo en poseedor de esta cosa en nombre del comprador». De esta manera, mediante la escritura, puede probarse que si le tradió la cosa al comprador, ésta ha pasado a su poder...»

1.6. Más adelante, dice Rolandino que «*tradere* tiene una doble significación, una propia e impropia la otra. En un sentido significa trair (*tradere*) esto es, transferir su cosa a otro. La cosa corporal se puede trair y tradida por su dueño queda enajenada. Se dice «entrego» (*trado*), esto es, «doy transfiriendo»... y tradió, esto es, «dio transfiriendo». En otro sentido se toma entregar (*tradere*) por la inducción a la posesión o por la misma prestación corporal de la cosa; por ejemplo, cuando se dice: «tradió la posesión» o el mismo caballo por el freno o el mismo libro en sus manos...».

Pero adiciona UNZOLA: «no me gusta mucho la interpretación que da Aurora a la palabra *tradidit* (entregó), en cuanto a la primera interpretación, en la que insinúa que *tradere* equivale a «hacer la cosa del que la recibe» o «transferir a otro la propiedad»... Mas, entregar (*tradere*), como dice la segunda interpretación de Aurora, es llevar a uno a la posesión corporal de la cosa, significando el hecho mismo, a saber,

los suyos, no provocar en tiempo alguno pleito o controversia, a él o a sus herederos, por la dicha cosa o parte de ella, ni consentírselo al que lo provoque; antes al contrario, DEFENDER LEGÍTIMAMENTE de todo hombre y colectividad la cosa vendida, tanto en la propiedad como en la posesión para él y sus herederos, autorizarla, desgravarla y haber firmes y ratificadas a perpetuidad la venta antes citada y todas estas cosas y cada una de ellas arriba escritas, y mantenerlas y no hacer nada en contra, o proceder por sí o por otro por razón alguna o causa de derecho o de hecho

Bajo la PENA, prometida por estipulación, del duplo de la estimación de la citada cosa, habida razón de la mejora que con el tiempo tuviere; y pagada o no la pena, continúen firmes todas y cada una de las cosas sobredichas. Item reparar y restituirle todos y cada uno de los daños, expensas e 'interés' del pleito y fuera de él. Y para cumplir firmemente todas y cada una de estas cosas obligó todos sus bienes, tanto los que tiene como los que pueda tener

Hecho (*actum*) en Bolonia, en la casa del citado Antonio, presentes Pedro, Jacobo y Andrés, testigos citados y rogados para este fin.»

la misma inducción a la posesión; por tanto, quién prometió tradir la cosa, si ciertamente tradió la vacua posesión, aunque no transfiera la propiedad, cumplió lo que prometió, como expresamente advierte Azón en la Suma «De evictione»... Es cierto lo que dice la ley: si estipulamos que la cosa se entregue (*tradi*), no se entiende dar la propiedad al estipulador, sino que solamente se le entregue la cosa. Por la entrega (*traditione*) hecha de alguna cosa, *con causa hábil* para transferir el dominio, se transfiere éste al que la recibe si el que entrega era dueño; sin embargo, el hecho de la entrega no es transferencia del dominio, sino inducción a la posesión... En el instrumento de venta, si la cosa que se vende y trade está presente, de modo que el comprador pueda entrar en su posesión, entonces podemos afirmar... dio, vendió y entregó (*dedit, vendidit et tradidit*) y su sentido será: le llevó a la posesión. Pero si la cosa vendida no está presente cuando se hace la escritura, de modo que no se realiza la inducción a la posesión, ni aun cuando la hubiera, entonces... debería decirse llanamente: dio, vendió (*dedit, vendidit*) tal cosa, etc.; pero nuestra Suma, en cualquier caso y en cualquier instrumento de venta, afirma: dio, vendió y tradió (*dedit, vendidit et tradidit*), aunque la cosa no esté presente cuando se redacta el instrumento y aunque no se hubiera realizado entrega alguna; pero quizá obra así porque interpreta la palabra «tradió» (*tradidit*) en el sentido en el que lo toma *Aurora* en su primera interpretación; dio transfiriendo, esto es, trasladó la propiedad; por tanto, ten presente la intención del vendedor, cual es que el comprador aprehenda la posesión cuando le plazca por propia autoridad y resuelva poseerla en nombre propio. En consecuencia, téngase por entregada la cosa, poséala el comprador; y el vendedor deje de poseer; y de esta manera pueda declarar el Notario en el instrumento «tradió» (*tradidit*), porque la posesión se traspasó al comprador por aquellas palabras, «me constituyo poseedor» en tu nombre; el vendedor, en efecto, únicamente la perdió sólo ánimo y fue adquirida por el comprador a sabiendas y queriéndolo (*scienti et volenti*). Y de lo dicho anteriormente es evidente que cuando el vendedor determinó poseer en nombre del comprador, el instrumento puede consignar tradió (*tradidit*) y la cosa es tenida por entregada; sin embargo, debes saber siempre que doquiera el instrumento diga «Fulano tradió», con ello se prueba que la entrega se hizo porque el instrumento público hace fe de ello, a no ser que se pruebe lo contrario... Igualmente se exige conocimiento y voluntad en quien adquiere.

Igualmente observa que es distinto estipular que la cosa se le entregue (no parece estipularse la propiedad) a estipular que se le dé la vacua posesión (comprenderá la sola tradición de la posesión nuda—libre,

plena—y no atañe a la propiedad, no presente) o a estipular que se le dé la cosa y se le trada (*tradit*) la vacua posesión».

1.7. También dice Rolandino que «la materia de la *posesión* no es fácil ni breve; por lo mismo, los Notarios no la han de estudiar a fondo; baste, sin embargo, tomar de ella algunas y pocas nociones, para que, al menos, no nos tachen de ignorantes de lo que escribimos y decimos...

Posesión corporal es la tenencia de una cosa corporal, concurriendo el vínculo del *corpus*, del *animus* y del *ius*. Se dice de cosa corporal, porque solamente se poseen cosas corporales; las incorporeales se dice que cuasi se poseen y cuasi se entregan por tolerancia y uso.

Y por esto se llama con razón tenencia, porque, naturalmente, es tenida por aquel que corporalmente se apoya en la cosa. Se dice también posesión «como la posición de los pies» (*quasi pedum positio*). También se dice: concurriendo el vínculo del *corpus*, del *animus* y del *ius*, porque estos tres elementos deben concurrir para que se posea en verdad, a saber: el acto del cuerpo, el afecto del alma y el vínculo del derecho. De donde se deduce que es necesario que se alcance, o con el cuerpo, o al menos con los ojos, porque la mayoría de las veces basta la mirada de los ojos, y el afecto del *animus*, con la voluntad del tradente. El mismo afecto del *animus* también es necesario, porque no se posee sólo por el cuerpo, o sólo por el alma».

Y dice UNZOLA: «esto es, la posesión no se adquiere por el solo cuerpo, ni tampoco por sola el alma; se requieren ambas cosas; pero con sólo animo se retiene, en verdad, la posesión, porque en el *Digesto* se lee que aunque la posesión no puede adquirirse sólo ánimo, sin embargo, puede retenerse sólo ánimo...».

Sigue Rolandino: «Mas la posesión se adquiere de muchos modos; primeramente, por *traditio*, esto es, aprehensión corporal; porque si alguna persona hábil me hubiere hecho tradición de una cosa de su propiedad, cuya enajenación no está prohibida, y me la hubiera entregado por causa hábil, por ejemplo..., venta.., yo alcancé la posesión y el dominio, aunque se exija el pago del precio de la cosa vendida. Y esta posesión que la alcanza uno por su cuerpo o al menos por los ojos, con el afecto del *animus* y voluntad del que la entrega, es posesión natural y también se llama civil, esto es, aprobada por el Derecho civil».

1.8. El «instrumento de venta que contiene en sí algunos pactos muy útiles», se refiere a la estipulación de la *pena del duplo por causa de evicción* (37).

(37) Obsérvese que la acción del duplo por evicción procede de pacto expreso, no como efecto natural del contrato de compraventa.

«El vendedor, por Derecho común, debe hacer tradición de la cosa de modo que el comprador obtenga la posesión vacua, esto es, plena... Esto comprende dos cosas: que la cosa no se le pueda quitar por sentencia del juez (no sería plena), que ningún otro la poseyere antes que él (entonces no era vacua).

Si otra persona estuviera en posesión de la cosa, se le debe reclamar. De otra forma sería incomprensible que se hubiera efectuado la tradición. Por lo tanto, el comprador—que no recibió la posesión o la perdió por interdicto—podrá accionar por la *ex empto* contra el vendedor, por su interés (daños y perjuicios), por razón de posesión no vacua, pero no pedir el duplo, aunque se trate de cosa preciosa, porque no se declara la evicción de la cosa, sino de su posesión, según dice AZÓN.

Para que se incurra en la pena del duplo estipulado, no olvides, en primer término, que es necesario que la cosa se hubiere entregado al comprador y después se haya declarado evicta..., según AZÓN, HUGO, ACURSIO.

En cambio, otros dijeron que procede la acción del duplo por la evicción, declarada evicta la cosa, aun antes de su *traditio*, pero después de la venta.»

1.9. Respecto a la aplicación del más tarde denominado sistema del título y el modo, en los supuestos de que el efecto traslativo esté *condicionado* suspensiva o resolutoriamente, ya se planteó en tiempo de los glosadores.

Rolandino dice que «dos son los pactos accidentales con nombre propio que suelen mediar en las ventas, a saber: pacto de ley comisoria (*legis commisoriae*) y el pacto de adición a plazo fijo (*pactum adiectio-nis in diem*)..., o sea, pacto de «puja» *in diem*... Observa que en los pactos de la ley comisoria y de puja *in diem*, llegada la resolución de la venta, se le concederá unas veces al vendedor la reivindicación para recuperar las cosas vendidas bajo tales pactos; otras veces no podrá actuarse por reivindicación, sino por acción derivada del propio contrato.

En efecto, si dijo: «Vendo tal cosa por ciento»; si el precio no se pagó dentro del plazo señalado o si otro presentó mejor oferta, la cosa queda incomprada. En este caso, no habiéndose pagado el precio ni habiéndose presentado mejor oferta, el dominio vuelve al vendedor, que puede reivindicarla como suya.

¿Cómo el vendedor se constituye dueño sin la tradición? El dominio se le había transferido al comprador por la *traditio*. ¿Cómo, pues, por

un solo pacto vuelve a él cuando los dominios no se adquieren por el solo pacto?

Se ha de responder que hay algo especial en los pactos de la ley comisoría y de puja *in diem* y en algunos otros casos».

1.10. En cuanto al «Instrumento de *promesa de venta o reventa* de una cosa al mismo que antes la vendió», es de gran interés lo que dice Rolandino a propósito del pacto de retrovender... «Llegada la condición, Antonio devuelve a Conrado el precio, y Conrado debe devolver y hacer retradición de la misma cosa al propio Antonio, de igual manera que a Conrado se le transmitió el dominio por la tradición de la cosa y el pago del precio. De esta misma manera, el mismo Conrado debe retransmitir el dominio por *traditio* a Antonio (38); no basta si sólo le cede los derechos, como algunos pretenden en este caso, porque la cesión no es un medio de transferir el dominio de una cosa corporal (39), ya que la tradición es el modo de transferirlo. Así pues, por cesión no se transmite el dominio ..

Se ceden las cosas incorporales, a saber: derechos y acciones; sin embargo, no es dueño aquel a quien solamente se cede (40).

«La ley dice (*Ut D. fam. hercis. 1. plane*): si te cedo la acción reivindicatoria (41), tú no eres el dueño, sino yo; y si te cedo en las personales, no se te dan en ti, sino a mí.

Lo primero es verdad, refiriéndolo al dominio directo; en el útil, empero, se te debe a ti sólo» (42).

«... Igualmente, la ley dice: vale menos tener acciones que la cosa (*Ut D. de regu. iuris 1. minus*)» (43).

1.11. El «Instrumento que se hará cuando se dude si la cosa está obligada a otro», es decir, cuando se dude si la hubiera enajenado verdadera o fingidamente, lleva el comentario de que «*si una persona vende una cosa a dos compradores.. separadamente y en diversos tiempos a dos y a cada uno de ellos totalmente... si la vendió quien*

(38) No se trata de la readquisición automática propia del retracto convencional.

(39) Obsérvese la referencia a cosa corporal.

(40) Si el vendedor puede entregar, es poseedor, no basta ceder el derecho o la acción reivindicatoria, que no existe, para que el comprador resulte dueño: la tradición es el modo de transmitir la *cosa* corporal; la cesión sólo se refiere a cosa incorporal, o sea, en su caso, al *derecho* del propietario no poseedor.

(41) Cuando existe, porque hay un tercero poseedor.

(42) Así pues, cuando el vendedor no es poseedor y tiene la acción reivindicatoria que cede, se aplica la distinción entre acción directa y acción útil (v. el mismo Rolandino, pág. 553).

(43) Es la *regla del Derecho antiguo* (D 50, 17, 204) que cita GÓMEZ DE LA SERNA, como se verá.

era su dueño... quien logró primero la *traditio* tiene la preferencia, y más si pagó el precio, a no ser que el primer comprador fuera privilegiado, como es la Iglesia...».

2. Respecto al tema de este estudio, es de interés especial el capítulo IV de la Suma, que trata de las «*Cesiones de acciones*» (44).

2.1. Concretamente, dice ROLANDINO, «este capítulo estudia principalmente las cesiones de derechos y acciones; la cesión es traslación de derechos y acciones (pues quien cede su acción, en cierto modo, intenta retirarla de su persona)...

Cesión es la traslación de un derecho y acción; por ella se transfieren derechos y acciones a la persona a quien se hace la cesión. En efecto, de la misma manera que en la venta o en cualquier clase de enajenación se necesita la *traditio* de la cosa corporal, en cuanto a la transmisión del dominio, del mismo modo en la transmisión de dominio de cosa incorporea, esto es, de derechos y acciones, nos valemos de la *cesión*, que *equivale a la tradición*. ..» (45).

2.2. Matizando estas manifestaciones del maestro, el discípulo PEDRO DE UNZOLA añade: «...no pasan las acciones directas, sino las útiles (46).

(44) Sobre la evolución histórica de la cesión de acciones personales o créditos en el Derecho romano, MAX KASER: *Derecho Privado Romano*, págs. 244 y ss. y 388; JORS-KUNKEL: *Derecho Privado Romano*, ed. 1937, págs. 293 y 296. y D'ORS: *Elementos de Derecho Privado Romano*, 1960, pág. 318.

Ha de tenerse en cuenta que la institución del *procurator in rem suam* es propia del proceso formulario clásico, no del proceso cognitorio postclásico y medieval, pero las *Instituciones* de Gayo fueron desconocidas por los glosadores y sólo al ser descubiertas en el siglo XIX permitieron reconsiderar muchas cuestiones, aunque también originaron cierto confusiónismo, porque no agotan todo el Derecho de procedimiento, tan íntimamente unido con el Derecho sustantivo en Roma. (Véase MAX KASER: *ob. cit.*, en particular, pág. 353, y, en este estudio, más adelante, la referencia a la obra de MÜHLENBRUCH y al estudio de VALIÑO sobre las acciones útiles)

Por otra parte, la evolución histórica de la cesión de la acción personal (del crédito) es condicionante de la evolución histórica de la cesión de la acción real reivindicatoria.

(45) Son claras la equiparación de acciones (a que se refiere el capítulo IV: «Cesión de acciones») y derechos, la contraposición entre dominio de cosa corporal y dominio (tiularidad) de cosa incorporea, o sea de derechos y acciones, y la comparación de la transmisión de la cosa corporal por *traditio* y de la cosa incorporea por cesión, que equivale a la tradición.

(46) En este punto aparece la opinión de los glosadores, que en todo supuesto de cesión de acciones o derechos consideran que coexisten dos acciones o derechos: la acción directa (podría decirse el derecho, que se estima inherente a la persona) y la acción útil (manifestación de otro derecho sobre el mismo bien económico: el crédito). La distinción, sobre la que luego se insiste, perdura hasta el período codificador, aunque prácticamente ya como un puro formulismo. Es una distinción de

Hecha su cesión, la acción compete al cesionario, si la cesión fue válida según Derecho, porque la cesión se hace con el título o causa de aquella acción. Observa, pues, que si queremos que se te conceda mi acción, son requisitos la cesión y el título o causa. La cesión sin título se presume simulada y de nada te servirá (47).

Hay, sin embargo, cesiones que por Derecho tengo el deber de hacer («seis casos»); en ellas no se exige título—quiere decir cesión adicional expresa—; en aquellos—seis—casos y similares, basta que la ley diga que estoy obligado a ceder...

Está fuera de duda, según la opinión de todos, que en seis casos o títulos la ley permite intentar la acción útil por el solo título, sin cesión—expresa adicional, quiere decir—a la persona que recibió algo de mí por alguno de aquellos títulos. El primer título se da en la *venta*; por ejemplo, si te vendo una acción que me pertenece contra tal persona (48).

Fuera de estos seis casos, los glosadores opinan que es necesaria la cesión—expresa adicional—subsiguiente al contrato o título, al igual que hace la *traditio* en las cosas corporales... (49).

Y así como en la venta de una cosa corporal el dominio no pasa al comprador, si no se efectúa la *traditio*, del mismo modo el cesionario no tiene acción directa—su ejercicio—si no se efectúa la cesión—expresa adicional—. Sin embargo, posee la acción útil en los seis casos apuntados. Ahora bien, como hablando con propiedad no hay *traditio* de cosas incorpóreas, por ello, en nombre del cedente y no en el suyo propio, el cesionario ejercita la acción directa y, en cambio, puede ejercitar la útil en su propio nombre».

2.3. «Además, no se separa la acción—directa—del mandante; antes por el contrario, aun después de ceder, podría él mismo accionar, si lo quisiera así, excepto en los «tres casos» que pondremos a continuación: cuando, en unión del deudor, contestó a la *lite* la persona que posee la acción útil, o cuando recibió parte de la deuda, o cuando denunció para que no se pagara al cedente. Fuera de estos—tres—casos,

Derecho sustantivo, no de Derecho procesal, aunque pueda tener implicaciones procesales, respecto a la *legitimatío ad causam*.

(47) Se revela aquí el sistema del título o causa y el modo.

(48) Se presupone el pago y no se distingue la acción personal de la acción real. Ver más adelante, sobre el pacto de retroventa, la aplicación al derecho de propiedad.

(49) La cesión se realiza por el solo contrato o título, en seis *casos* (o *títulos*), sobre todo en el de venta de una acción; en los otros casos se requiere acuerdo adicional expreso de cesión. Lo que no se admite es la cesión adicional expresa sin fundarla en título expreso.

no parece razonable se prefiera al que posee la acción útil al dueño —titular del derecho—, que tiene la acción directa (50).

La acción directa la puede intentar, en nombre del cedente, el cesionario, una vez que se efectuó la cesión—expresa adicional—, como antes se enseñó.

La cesión—expresa adicional—no parece ser muy beneficiosa en los seis casos antes explicados, ya que sin aquélla se tiene la acción útil, mediante la cual puede mirar su utilidad personal quien recibió de mí alguna acción por las causas antedichas...

Ahora bien—el deudor—que está sometido a ti por la acción útil, ¿te está obligado? ¿Acaso podrás hacer constar en la demanda (*libello*), con razón, que aquél está obligado contigo? Unos dicen que no; pero, no obstante, la ley te consiente actuar con la acción útil en beneficio tuyo.»

3. De los ocho instrumentos sobre contratos de cesiones, atendiendo a las causas que suelen tener lugar más frecuentemente, es de gran interés el «instrumento de *cesión de derechos y acciones por causa de venta*» (51).

(50) «Además, no te olvides que si tú—cedente—te vales de la acción directa, callándolo o ignorándolo yo—cesionario—, y reclamas—al deudor—la deuda o su compensación, puedes ciertamente hacerlo; el deudor está obligado a pagarte y pagando se libera; pero, no obstante, es cierto que tú estás obligado a restituirme lo pagado o compensado.

Falla, no obstante, lo dicho en tres casos en los que no puedes reclamar la deuda, y el deudor no se libera aunque la pague.

Se daba el primer caso si yo hubiera contestado la lite con el deudor. El segundo, si presenté denuncia (*denuntiatio*: notificación) para que no se pagase. El tercero, si recibí parte de la deuda del mismo deudor, porque éste, por el hecho de pagarme, parece haber reconocido la deuda.»

(51) Cesión de derecho y acción por causa de venta:

«Antonio, por causa de venta, DIÓ, CEDIÓ, TRASPASÓ y MANDÓ a *Conrado*, que recibe por sí y sus herederos, todos los *derechos y acciones* reales y personales, útiles y directas, los derechos y acciones que tenía o podía tener contra *Felipe*, *Andrés* y cualquiera de éstos *in solidum*, contra sus herederos y sobre los bienes de los mismos, en nombre y con ocasión de la deuda de *cien libras* boloñesas que los mencionados *Felipe* y *Andrés* estaban obligados a dar y pagar al citado Antonio por *mutuo*, como se demuestra en el instrumento escrito por mano de tal notario. Este instrumento lo tradió y dió al propio *Conrado* allí mismo, constituyéndole procurador *in rem suam* y poniéndole en su lugar; de modo que desde ahora en su propio nombre, con acciones útiles y directas, pueda accionar contra los citados *Andrés* y *Felipe* y cualquiera de ellos *in solidum*, contra sus herederos y sobre sus bienes, en nombre y con ocasión de la citada deuda: demandar, excepcionar y replicar, obtener y defenderse, exigir la citada deuda, el capital y la pena, los daños, las expensas, el interés, los bienes obligados y hacer todas y cada una de las cosas en la misma forma que él podía hacerlo.

Pactando y conviniendo que hasta ahora a ningún otro cedió los derechos antes descritos y que en el tiempo de este contrato era en verdad acreedor de la deuda

3.1. A propósito de éste dice ROLANDINO que, «de igual modo que se requiere título o causa para transmitir el dominio de una cosa corporal, así también se exige título o causa para la transmisión de una cosa incorporeal, cual es el derecho y la acción. En consecuencia, la Suma empieza por el título más importante, el de venta; sigue a continuación el instrumento sobre este tema o caso (52): «Antonio tenía dos deudores; cada uno de éstos estaba obligado *in solidum* por una deuda de cien libras, por causa de mutuo. Antonio cede a Conrado, por causa de venta, las acciones que le pertenecen por la misma deuda» —es decir, su derecho de crédito—.

Este instrumento comprende seis capítulos o miembros:

El primero estudia los contratantes—al cedente y al cesionario—y la causa o título de la cesión (53).

Y en este particular tendrás que aunque la fórmula utilice en este pasaje cuatro palabras, a saber, «dio», «cedió», «transfirió» y «mandó», no obstante podría bastar una de ellas; por ejemplo, cedió, porque es la más conforme con la naturaleza de este negocio.

La primera palabra, «dio», la utilizamos por costumbre general. Es costumbre entre nosotros servirnos de este término siempre que se transfiera de uno a otro algo corporal o incorporeal o se pretende transferir.

antes fijada. Aún más: prometió con estipulación solemne al citado *Conrado* la dicha cesión y haber firmes y ratificadas todas y cada una de las cosas arriba escritas, mantenerlas, no hacer nada en contra ni proceder por alguna razón o causa de derecho o de hecho; *defenderle* y autorizarle *legítimamente* los antedichos derechos y acciones.

Y si apareciere que él antes había cedido a otro los citados derechos o que no había sido acreedor de la deuda citada al tiempo de este contrato; si no le defendiere—como se dijo—y cumpliera todas y cada una de las cosas contenidas en este contrato o contraviniera en alguna (le prometió) al mismo pagar y darle el duplo de la misma cantidad de dinero, en calidad de *pena*, prometida por estipulación *in solidum* en cada uno de los capítulos de este contrato; y pagada la pena o no, queden firmes todas y cada una de las cosas escritas antes o después.

Item reparar y restituirle todos y cada uno de los daños, las expensas y el interés en el pleito y fuera de él, obligándole, en garantía del cumplimiento de todas y cada una de estas cosas, todos sus bienes por cualquier precio y en nombre del precio de la misma cesión;

y cedidos los mismos derechos y acciones primeramente, el citado *Antonio* confesó y se contentó haber habido y recibido del propio *Conrado* *cien libras* boloñesas, renunciando sin reservas a la excepción de precio no dado y no pagado, a la excepción de dolo, a la *condictio* sin causa, a la acción *in factum* y a todo otro auxilio.»

(52) Como en el C. C. español, capítulo VII, arts. 1.526 y ss.

(53) Es interesante el comentario de UNZOLA según el cual «. . . ten presente que algunos opinan que (en la escritura) debe ponerse antes que nada el título y después siga la cesión . . . diciendo: Antonio dió, cedió por venta, etc.»

El tercer vocablo, «transfirió» (*transtulit*), es exposición o aclaración de la palabra cedió (*cessit*), ya que la cesión es la traslación de derechos y acciones.

Sobre el cuarto término, «mandó» (*mandavit*), debes saber que en este lugar no hay diferencia entre ceder y mandar la acción, aunque cada uno de estos vocablos, tomados específicamente, tenga significación propia, distinta de la del otro.

También puedes afirmar que usamos la palabra cedió por la acción útil que se traspasa—concede—al hacer la—venta—cesión, y usamos el término mandó, por la acción directa y personal, que no se separa del cedente, pero cuyo ejercicio se manda, se encomienda. Por ello, en el instrumento se dice: constituyéndole a éste procurador, etc.»

3.2. UNZOLA adiciona que «esta última parece ser la opinión de JUAN (¿BASSIANO?). Dice JUAN: quien cede, retiene la directa, transfiere la útil. Pero quien sólo manda encomienda el ejercicio y no transfiere ni la directa ni la útil, excepto en los seis casos señalados arriba; o si obra subsidiariamente, como también se indicó; o si hay mandato para que sea procurador *in rem suam*, en cuyo caso significa lo mismo ceder que mandar...».

Sigue diciendo UNZOLA: «*Directa* (54) es cierta acción derivada expresamente de la voluntad de la ley, ora se conceda a uno por la ley, ora proceda de algún contrato o cuasicontrato, de un delito o cuasidelito; y se llama directa porque las palabras de la ley se dirigen al sujeto a quien la ley quiso que se le concediera la acción: de este modo concurren a la concesión de la ley sus palabras—directas—y sentido. Cuando faltan las palabras—directas—pero la voluntad o sentido tácito de la ley exige que se da la acción, se da la acción útil...».

«Es evidente, según lo expuesto, que cuando alguien se obliga conmigo directa y personalmente en cien libras o en otra cosa, si yo quisiera cederte mis acciones, no convendría que el Notario consignara en el instrumento que se ceden tales acciones reales, ya que no me pertenecen en el caso propuesto; bastaría decir: «cede su acción personal contra tal sujeto».

Asimismo, si alguien posee una cosa de mi propiedad, por lo cual yo puedo accionar contra él por acción real, si yo quisiera cedértela, bastaría que el Notario anotara: «Cedio la acción *real* contra Fulano»,

(54) La expresión «acción directa», contrapuesta a la acción útil, resulta claramente de un texto importantísimo (D. 3,5, 46,47, Paulo 1, sent.), según el cual en los juicios tramitados *extra ordinem* no tiene importancia el que uno sea reclamado por la acción directa o por la acción útil.

y no convendría que dijera: «Cedió la acción real y personal», porque no le compete ésta...» (55).

3.3. A su vez, dice ROLANDINO, «¿qué y cuándo se adquiere para el cesionario?, ¿qué acción adquiere?

Sobre este punto debes saber que si me *vendiste* .. tu acción..., entonces .., sin hacer—expresa adicional—cesión alguna, la ley me permite intentar únicamente la acción útil, por la que puedo reclamar en mi nombre y exigir la deuda útilmente y con efectos; yo fui constituido dueño de aquel crédito y deuda en cualquiera de los contratos (aquellos «seis») arriba descritos.

La acción directa o personal no la puedo intentar, ni en mi nombre ni en el tuyo; aquélla permanecerá absolutamente en ti.

Pero si la *cesión* siguiera a alguno de los mencionados contratos; la acción útil me corresponderá por aquel contrato—de venta—, como se dijo, y en cambio la directa me compete en tu nombre por la cesión, ya que mediante ella me nombraste procurador, aunque en cosa mía, para intentarla y ejercitarla. Y ésta es la doctrina que se refleja en los instrumentos de cesiones al constituir procurador sobre cosa suya... como si fuera cosa tuya...

Efectivamente, si me cedieras tus derechos y acciones contra tu pro-

(55) Obsérvese la referencia expresa a una acción real.

También es interesante la siguiente aclaración de UNZOLA, que incluso puede trasladarse al formulario notarial de Febrero, en pleno siglo XIX:

«Los Notarios, sin embargo, usan todos los términos antedichos y los nombres de las acciones en cualquier instrumento y en cualquier caso de cesión; y obran así principalmente para guardar las apariencias, esto es, para que la gente vea que saben de instrumentos más que por exigencias necesarias de la ley; no creen, sin embargo, los doctores que exista perjuicio alguno si los Notarios emplean el vocablo propio de aquella acción que se cede, y a continuación añaden otros muchos términos que no se refieren propia o figuradamente a la misma acción; porque lo superfluo no vicia el acto, como lo superabundante no suele viciar las escrituras. Más aún: hay algunos Notarios que en sus instrumentos de cesiones emplean más nombres de acciones que los que usa nuestra *Suma*. En efecto, ellos dicen: 'Fulano cedió a Zutano todos los derechos y acciones reales y personales, útiles y directas, mixtas, civiles y pretorias, hipotecarias', y mezclan en el instrumento casi todas las palabras que se utilizan en las divisiones y nombres de las acciones; y esto sin duda lo pueden hacer.

Ahora bien; estimo que es mejor y más seguro que las cesiones se efectúen sobre cada acción, singularmente sobre alguna o algunas acciones, y que en el instrumento se pongan los nombres y términos que correspondan a las acciones que se ceden y se omitan las otras expresiones, para que no puedan quizá deducir de la multitud de acciones cedidas que el precio dado es insignificante, y por este detalle, comparando las numerosas acciones cedidas con la escasez del precio, la cesión se presuma simulada.

Y toma nota también de esto: aunque se diga en el instrumento 'cedió las directas y las útiles', no por ello se separan las acciones directas del cedente, aunque el cesionario pueda en nombre del cedente intentarlas ..»

pio deudor por causa de venta u otra de las causas arriba dichas, se transfiere a mí la acción útil—por causa—del contrato de venta (o de otro parecido), de la que puedo valerme para reclamar la deuda como cosa mía.

La acción directa y personal tú la conservas, ya que es imposible separarla de ti por la cesión, aunque quieras: «es inherente a tus huesos». De donde se deduce que para intentar la acción directa debes nombrarme tu procurador, pero en cosa mía, es decir, para exigir la misma deuda como si fuera mía, y de este modo es evidente que soy tu procurador en la acción directa y personal; de otro modo, no podría utilizarla.

Ahora bien: si la acción directa no se puede ceder—transmitir—, sin embargo, puede mandarse y encomendarse su ejercicio...»

3.4. «Aquí preguntamos: si tú, en calidad de dueño—titular—quieres intentar la acción directa, y yo, en cambio, la útil, ¿quién deberá ser preferido? Con seguridad respondo que se prefiere la útil a la directa.»

Frente a la opinión del maestro, que responde «con seguridad», sin distinguos, la adición de PEDRO DE UNZOLA también matiza:

«Comprendo que esto es verdad en los tres casos expuestos a continuación, a saber: cuando en unión del deudor contestó a la *lite* la persona que posee la acción útil, o cuando recibió parte de la deuda, o cuando denunció para que no se pagara al cedente, y en este sentido se interpreta la ley. Fuera de estos casos no parece razonable se prefiera el que posee la acción útil al dueño—titular—, que tiene la acción directa.

En efecto, antes de la *litis* contestación, el dueño—titular—podrá revocar a este procurador *in rem suam* y accionar él mismo; aún más, podrá reclamar al deudor remiso y transigir también con él, excepto en los tres casos arriba citados; o si hubiere dicho: «mando» y «te nombro procurador *in rem tuam*», o si hubiere dicho «cedo», aunque algunos opinan lo contrario en esta materia.

Fuera de los tres casos mencionados, se tendrá en cuenta quién inicia primero la acción, porque si fue el dueño el que inició la contestación de la *lite*, el mismo será admitido preferentemente. En cambio, si acciona primero el que tiene la acción útil, él será preferido.

¿Y qué sucederá si se presentan a la vez a contestar la *lite*—demanda—los dos? Al parecer, se preferirá al que posee la acción útil. Lo mismo dice la ley. Luego un particular no le puede arrancar—al titular—la acción en forma alguna, pero sí puede hacerlo el cónsul (juez).

Pero ACURSIO contradice con la ley de *donatione*..., que admite al

mandante, si otro no hubiere contestado a la *lite* antes que él. Pero no se prefiere al que llega antes (56).

Así, observa que la acción subsiste en el mandante; la razón es que las cosas incorpóreas no se separan fácilmente, como las cosas corpóreas; luego la acción cedida o mandada corresponde al cedente; en cambio, le corresponde al cesionario en cuanto a su utilidad; de aquí que se le llame procurador *in rem suam*, como arriba se explicó. Luego siempre que se dice esto, a saber, que la acción se transfiere al cesionario, se interpretará en cuanto se refiere a su utilidad. . » (57).

3.5. «*Si me pertenece la acción real contra un sujeto que posee una cosa mía y yo quisiera cedértela, ¿acaso podría hacerlo? Y si yo te la hubiese cedido, ¿por ventura se te concederá la acción útil in rem?* Contesto afirmativamente; al parecer, en este caso, cediendo de aquella manera, no se conseguirá la acción útil *in rem* que se da por razón de dominio, a no ser que interviniere la *traditio* de la cosa; pero en este caso sucede lo contrario—como ya dije—, porque pueden cederse las acciones, personal y real, y se concederá siempre la útil al procurador *in rem suam*, en propio nombre, y la directa en nombre del cedente. . (58).

Más aún: imagina que yo poseo mi código; que yo te vendo la acción *in rem* que me pertenece en nombre del código; en verdad, nada se ha hecho. Ahora bien: si hubiere yo dicho: 'Te vendo la acción que me corresponderá' (59), es válida la venta y queda vendida la esperanza; tú, comprador, podrás accionar cuando otro haya empezado a poseer lo que a mí me compete.. »

3.6. También dice ROLANDINO: «El capítulo III empieza: '*quod instrumentum*', etc. En él, por la *traditio del instrumento*, se expresa

(56) Parece que ACURSIO no da preferencia al que llega antes, sino al titular de la acción útil, como ROLANDINO.

De todo el contexto, teniendo en cuenta la «seguridad» de la respuesta de ROLANDINO, el criterio de UNZOLA, el que «algunos opinan lo contrario. », y la contradicción de ACURSIO, está claro que no existe opinión unánime sobre el problema que supone la *concurrentia* de ambas acciones, que más tarde considera WINDSCHEID, como se verá.

(57) También dice ahora ROLANDINO que si se ceden las acciones litigiosas, esto es, llevadas ya a juicio, la cesión no es válida, aunque en este caso no se pierda la acción, porque aquel que cedió puede ejercitar la acción.

(58) Se distingue acción directa y acción útil en la cesión de acciones reales, como en la reivindicatoria (ver también ROLANDINO, pág. 197).

(59) Parece referirse a la cesión de una pretensión futura, que en el Derecho común alemán se admitía por WINDSCHEID, pero no se admite en el actual Derecho alemán.

cierta cuasi posesión o traslación del derecho cedido, así como el encargo del ejercicio de la acción personal directa, que se efectúa por el nombramiento de procurador» (60).

2. PRECISIONES DE BUSSI

Sobre el Derecho común, son también interesantes algunas precisiones de BUSSI (61).

Los doctores de Derecho común afirman que *dominium alicuius rei ex simplici conventionione non transfertur absque traditione*. Concretamente, BARTOLO dice: *Dominium sine possessione non quaeritur* (L. 20 C. 2,3, n. 1; L. 1, p. 1, D. 17,2, n. 1).

1. Pero la Glosa (L. 23 C. 1,2) quiere crear para las *Iglesias* y las entidades pías un régimen de favor en cuanto al traspaso del dominio, estableciendo una *longaeva exactio (vindictio)*, que no es otra cosa que una *actio in rem* sobre las cosas a ellas vendidas, dadas, etc. Esto significa que para ellas el derecho real deriva de la *venta*, esto es, del simple acuerdo y no del hecho subsiguiente a ella, esto es, de la tradición. Lo que equivale a decir—usando terminología del Derecho común—que en estas hipótesis basta la «causa remota» para hacer nacer la *longaeva vindictio* y no precisa la concurrencia de la «causa próxima», es decir, la tradición, *quod est mirabile*, dice BARTOLO (ad L. 19, C. 1,2, n. 2).

2. Por otra parte, respecto a las *cláusulas de constituto y de precario* en las escrituras (o de comodato, locación, usufructo, etc.), después de afirmar que la reserva de usufructo en el Derecho romano post-clásico es el caso típico de *constituto posesorio*, aclara que es condición esencial para la validez del *constituto* que el *constituens* posea realmente la cosa: *Possessio per clausulam constituti non transfertur nisi constituens possideat* (62).

Ahora bien, la cláusula de *constituto* se considera aplicable también *in incorporalibus* (63). Entonces se combinaba la cláusula de *constituto*

(60) Se trata de la *traditio*, por entrega del título a que se refiere el art. 1.464 del C. C español.

(61) BUSSI, EMILIO: «La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune» (*diritti reali e diritti di obbligazioni*), en *Studi di Diritto privato italiano e straniero*, dirigidos por Mario Rotondi, vol. XXVII, pág. x-377, Padova 1937, concretamente págs. 37 a 42.

(62) *Rotae Romanae Decisiones, coram Cavalerio, ab anno 1607 ad annum 1623, Venetiis 1629*: Ca. De. CCCXIX (27 de junio de 1614).

(63) R. R. Ca. De. CCCXIX (27 de junio de 1614, n. 5).

con la institución de la *cessio*, la cual *in incorporalibus* se decía que tenía *vim traditionis*: *Cessio in incorporalibus est pro traditione sicut traditio in corporalibus* (64).

También dice BUSSI que el hecho de que la cláusula de *constituto* viniese escrita en todo instrumento notarial, como cláusula de estilo, según atestigua GIASON DEL MAINO, no ha dejado de tener influencia en el Derecho moderno. De él ha surgido la teoría según la cual todo contrato de enajenación lleva en sí, *implícita*, la cláusula de *constituto* (65). Cabría añadir que lo mismo puede decirse de la cláusula de *constituto* combinada con la de *cessio in incorporalibus*.

No es preciso insistir en la gran importancia de estos criterios para el Derecho común tradicional, sin las manipulaciones de pandectistas alemanes, y, sobre todo, para el vigente Derecho español, continuador del Derecho común tradicional.

3. EVOLUCIÓN DE LA CESIÓN DE ACCIONES HASTA EL PERÍODO CODIFICADOR

La evolución histórica de la cesión de acciones, hasta el período codificador, es ciertamente confusa (66).

a) En el período de tiempo que media desde la caída del Imperio, y, mejor, desde que comienzan a resurgir las monarquías establecidas por los pueblos invasores del Imperio hasta los albores de la codificación, el pensamiento jurídico vive de la herencia romana legada por mediación de JUSTINIANO. El *Corpus iuris* deviene Derecho común e influye más o menos en la vida jurídica de Occidente, según la mayor o menor fuerza de los Derechos locales y la mayor o menor cultura jurídica—por contacto con el *Digesto*—de los distintos monarcas y sus consejeros.

Durante este tiempo existió un patente divorcio respecto a la transmisibilidad de los créditos entre los principios que mantienen los juristas que interpretan, a su modo, la obra de JUSTINIANO, y las prácticas jurídicas que imponen las realidades económicas.

(64) *Rotae Romanae Maceratensis Decisiones novissimae, auctore Marco Antonio Thomato*, Macerata 1669. De. 2.ª, n. 24 y 25, pars. I, pág. 66; De. 137, n. 12, pars. II, pág. 42. También BALDO: *Consilia*, Venetiis 1526. Cons. 341. *in fine*, lib. II.

(65) Teoría—dice—cuyas absurdas consecuencias fueron ya hace muchos años puestas en claro por BUSSI, en «*La successione del possesso*», en *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, XIX (1895), págs. 185 y ss.

(66) Véase GARCÍA AMIGO, MANUEL: *La cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid 1964, págs. 111 y ss. El autor conoce, de primera mano, no sólo la bibliografía española, sino también la alemana e italiana, por sus estudios en el extranjero. (Véase prólogo de José Beltrán de Heredia.)

1. La *Glosa* recibió las ideas del Derecho romano clásico sobre la institución del *procurator in rem suam* (que no estaban vigentes en el Derecho justiniano) (67), y las extremó en sus comentarios. Se concebía el crédito y la obligación estrictamente vinculados a la persona del titular y del obligado. De la época de los glosadores datan las frases «nomina addeo ossibus inherent ut nunquam separatur» y «non possunt separari a dominu sicut nec anima a corpore».

Siguiendo las huellas de la sustitución de acreedores mediante la transposición de personas, se acude a la figura del mandatario «que debía conciliar admirablemente la necesidad de la libre comercialidad de los créditos con la imposibilidad de una sucesión singular inherente al carácter de la relación obligatoria» (SCHUPFER. *Delle obbligazioni*. Padua, 1868).

Para el caso en que viese en peligro sus intereses el *procurator*—lo que ocurría siempre que el mandato se extinguiese—, la ley le concedía una *actio utilis*.

Pero la *Glosa* sigue los principios romanos hasta en el objeto de la cesión: no se cede el derecho, sino el ejercicio de la *actio* directa, si quiera toda *actio* implique un derecho: *nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi* (CELSE. D. 44,7,51).

Esta concepción es completamente aceptada por DONELLO (*Comentarii de iure civile*, Lucae, 1764), para quien la figura que se contempla produce una *translatio actionis (utilis)* y una *procuratio* de la *actio* directa.

Siguen sus ideas, entre otros, LAUTERBACH, CRISTIANÄUS, DE LUCA, MÜHLENBRUCH, etc.

2. Frente a esta concepción, hay otra serie de autores, medievales y modernos, que intentan acercar los conceptos a la *realidad* práctica.

PIACENTINO afirma que «tantumdem consequitur per utilem actionem quam per directam». Teniendo en cuenta la finalidad práctica, se estima que no tiene razón de ser la negativa de la cesión como institución independiente.

Por otra parte, el Derecho romano conoció la subrogación en la posición del acreedor por parte de un tercero cuando éste pagaba al acreedor en determinadas condiciones, caracterizada como subrogación convencional, acordada antes de que la obligación principal se pagase y con ello se extinguiese y no se pudiera realizar cesión alguna. La *Glosa* mantuvo esta posición, pero los postglosadores convierten la subrogación, de convencional, en legal, al conceder *actio utilis* contra el deudor al

(67) Ver MAX KASER: *ob. cit.*, pág. 245, n. 4.

tercero que paga al acreedor. Así, CUJACIO dice: «Vel ceduntur ei—tercero—actiones directae vel dantur—actiones—utiles sine cessione», añadiendo que «utiles idem effectus qui directae». Se añade por DOUMOULIN (68): «Non est vera cessio nec venditio nominis, sed cessio ficta et a iure concessa, quae vim habet a lege et fit beneficio legis etiam invito creditore a quo nomen procedit». Un autor español, A. DE OLEA (69), diferencia netamente la *cessio nominis* de la *cessio legis*, porque en esta «etiamsi neque cessio neque pactum de subintegrando interveniat, in creditoris dimissi locum succedit» (70).

Ya el famoso CINO DE PISTOIA asimiló la cesión a la tradición: «Quantum operatur traditio in corporalibus tantum operatur cessio in incorporalibus».

La comparación lleva implícita una distinción entre la cesión de acciones y el simple mandato para ejercitarlas. Sin embargo, la doctrina siguió utilizando el nombre de *procurator*, mientras la práctica realizaba las cesiones como tales (BESTA) (71).

b) El desarrollo de la industria y el comercio, con la creación de sociedades empresariales y de crédito, da origen al nacimiento de los *títulos representativos de deudas y valores* y a la necesidad de su transmisión; el paso de la economía de consumo de las monarquías del interior, cerrada y estática, a la economía de cambio de las ciudades marítimas mediterráneas o del mar del Norte, ocasiona la necesidad de la transferencia de créditos y de deudas, reclamando instituciones propias, dada la inadecuación de los procedimientos indirectos permitidos por el Derecho de la recepción. La laguna jurídica que el Derecho romano de la recepción y sus exégetas mantienen en la dogmática institucional, por estar alejados de la vida práctica, se llena con los medios técnicos creados por los Derechos locales originados y nacidos de las exigencias jurídicas que comportan la economía local o el tráfico marítimo comercial: los usos del tráfico devienen Derecho consuetudinario, que es más tarde recogido por los Estatutos de las distintas ciudades.

1. En la práctica *italiana* para la cesión de créditos se utiliza, en un principio, la figura del *mandatum* a semejanza del antiguo *procurator in rem suam*, y deviene ordinaria la cláusula según la cual el cesio-

(68) *Tractatus commerciorum et usurarum*, París 1555, pág. 328.

(69) *Tractatus de cessione iurium et actionem*, Veneia 1644.

(70) Sobre la evolución histórica de esta subrogación, concebida como una cesión obligada, ver GARCÍA AMIGO: *ob. cit.*, págs. 116 y ss.

(71) La cesión de créditos necesitó el doble proceso de despersonalización y patrimonialización de la obligación, convirtiendo a ésta en un valor económico sustantivo, de negociabilidad propia, como cualquier otro objeto jurídico (ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., 1968, tomo III, pág. 532, n. 2).

nario queda habilitado, por la cesión, *ad agire vice creditoris*. Pero junto a esto hay otras cláusulas que dan origen a la cesión mediante *traditio* del documento: así, aquélla, que se incorpora a la creación del crédito, por la cual el deudor se obliga frente al acreedor a pagar *sibi vel quem cautionem habere*, o *sibi vel qui cautionem in manum miserit*, o *sibi aut homini qui scriptum in manu paruerit*, *sibi aut homini qui scriptum prae manibus habuerit*. Además, el Derecho consuetudinario de la región veneciana admitía que el acreedor podía ceder sus derechos *cum omni suo pleno vigore et robore*, significando la eficacia similar a la de la *traditio* en la transmisión del dominio, es decir, con las facultades *inquirendi, exigendi, interpellandi, placitandi, executiendi, securitatis cartam faciendi* (BESTA: *L'obbligazioni nella storia del Diritto italiano*. Padua, 1926, citado por GARCÍA AMIGO).

2. Según SCHILTER (*Praxis iuris romani in foro germánico*), en las ciudades ribereñas con el *mar del Norte*, entre los profesionales jurídicos, a diferencia de lo que ocurre en el foro italiano, en la venta y cesión de créditos se transmite el derecho mismo, simplemente y sin reserva ninguna, en el cedente: esto—dice—se admite en «los usos y costumbres de nuestro foro» y se realiza por la cesión misma, *simpliciter et absque reservatione* (72).

3. Por otra parte, en el Derecho local *francés*, al menos en el que se tiene en cuenta directamente para la redacción del *Code*, se determina ya legislativamente la figura de la cesión. En la *Coutume de Paris* (artículo 108), si la cesión no se notifica al deudor, éste queda liberado si paga al acreedor cedente: «Le simple transport ne saisit point et faut signifier à partie». POTHIER sigue a la *Coutume* y los redactores del *Code* a POTHIER: en los artículos 1.689 y ss. se regula el «transport (transmisión) des créances et autres droits incorporels».

4. Nuestro proyecto de Código Civil de 1851 y el Código de 1889 traducen literalmente al Código francés: «Transmisión de créditos y de otros derechos incorporeales».

4. PERÍODO CODIFICADOR: DOCTRINA FRANCESA Y DOCTRINA ALEMANA

1. La *doctrina francesa*, inspirada en la Escuela del Derecho Natural, de GROTIUS, determina que el Código Civil francés reforme el tradicional sistema del título y el modo, en el sentido de que la trans-

(72) Esto explica la oposición a la opinión de MÜHLENBRUCH y la solución adoptada por el C. C. alemán.

misión del derecho de propiedad y de los derechos reales parciales poseíbles (que denomina derechos incorpóreos en su art. 1.607, equivalente al punto 2.º del art. 1.464 del C. C. español), sólo requiere contrato (título), sin perjuicio de la obligación del vendedor de entregar la cosa (delivrance) al comprador; análogamente, la transmisión de créditos y otros derechos incorpóreos (arts. 1.689 y ss.) entre cedente y cesionario sólo requiere contrato (título) sin perjuicio de la obligación del vendedor de entregar (delivrance) al comprador el documento (titre) acreditativo del derecho cedido (art. 1.689), y aunque la cesión no notificada no perjudica a terceros (art. 1.690). Expresamente, se considera como bienes inmuebles no sólo el usufructo y las servidumbres prediales, sino también «las acciones que tienden a reivindicar un inmueble» (art. 526).

2. La *doctrina alemana* de la precodificación, dejando a salvo el denominado Derecho propio o territorial, en cuanto Derecho autóctono vivo, centra su atención en los textos jurídicos del *Corpus iuris* justiniano y particularmente en los del *Digesto* o *Pandectas*. Para los pandectistas, los textos romanos constituyen, como Derecho común supletorio, una normativa completa, directamente aplicable como Derecho vigente, sobre la que también directamente elaboran sus propios conceptos y teorías, su propia interpretación, en su caso superadora de la interpretación tradicional, medieval y moderna, a la que, frente a los textos romanos por ellos interpretados, no conceden valor doctrinal o práctico. Los pandectistas, en su interpretación del Derecho romano como Derecho común, en cuanto no se oponga al Derecho propio, prácticamente lo consideran como si hubiera sido legislado contemporáneamente a ellos. Por esto, su interpretación adolece de conceptualismo y, en el fondo, de cierta falta de perspectiva histórica, como veremos, en ocasiones, pese a su afán historicista, por su acentuado espíritu crítico.

2.1. El *animus transferendi et accipiendi dominii*, integrado desde la escuela boloñesa en la *iusta causa traditionis*, en el título y no en el modo (*animus* que continúa integrado en el contrato de compraventa del Derecho francés), a través de una evolución conceptual (personalizada en SAVIGNY y en sus discípulos, sobre todo en IHERING, para quien hay que ir «a través del Derecho romano, pero más allá del Derecho romano», y en su amigo WINDSCHEID, el «Príncipe de la Dogmática», ambos discípulos de PUCHTA, el «padre» del Código Civil alemán, en cuya elaboración participó el mismo WINDSCHEID), pasa a ser el *acuerdo real*, elemento esencial del negocio dispositivo de transmisión, abstraído causalmente de la compraventa, referido al derecho de propiedad y a los derechos reales poseíbles.

Análogamente, el *acuerdo de cesión* pasa a ser el elemento esencial del negocio dispositivo de cesión, abstraído causalmente de la compraventa, referido a derechos de crédito y pretensiones (acciones) reales o personales (73).

2.2. Una grandiosa elaboración histórica pandectística es la obra de MÜHLENBRUCH sobre la cesión del derecho de crédito (*Zession der Forderungsrechte*, 3.^a ed., 1836).

Según esta construcción, tal como la resume ENNECCERUS (74), al Derecho romano era extraña la sucesión singular en los créditos (como también en las deudas).

Al principio, para lograr un resultado económico parecido se recurría a la novación, aunque para ella era menester la cooperación del deudor.

Pero en la época del florecimiento mercantil y de la formación del *jus gentium*, se creó un sucedáneo de la transmisión de los créditos sin la voluntad del deudor. A quien se quería transferir el crédito se le nombraba representante procesal en su propio interés, *procurator in rem suam*. En virtud del comienzo del litigio, de la *litis contestatio*, por transposición de sujetos, la relación procesal (como en todos los casos de representación procesal en el Derecho romano) quedaba constituida entre él y la parte contraria, la cual era condenada a prestar al representante, y como quiera que éste actuaba en el juicio en su propio interés, podía también retener lo obtenido en virtud del mismo. Este *mandatum agendi* (que, huelga decir, contenía también la autorización para reclamar por vía amistosa) es la cesión en su configuración más antigua. En su origen, lo mismo que todo mandato, dependía de la vida del mandante y del mandatario, se extinguía también por la revocación y quedaba sin efecto si antes del comienzo de la *litis* el deudor pagaba al acreedor auténtico.

Pero ya en tiempos de la jurisprudencia clásica el mandatario (cesionario) estaba asegurado contra estos peligros, pues se le «dio» una *actio utilis*, es decir, un derecho independiente del derecho del mandante, aunque el mandato se extinguiera por muerte o revocación, y se le concedió el derecho a notificar al deudor la cesión, teniendo esta notificación por consecuencia privar al acreedor de la facultad de disponer del crédito, de suerte que ya no se le podía pagar eficazmente. Con ello, la cesión había terminado su desarrollo en el Derecho romano; había llegado a ser la adquisición del derecho independiente a ejercitar un cré-

(73) Sobre esta evolución, v. ZUMALACÁRREGUI: *ob. cit.*, págs. 129 y ss., y especialmente págs. 142, 143, 158 a 173.

(74) ENNECCERUS: *Tratado*, tomo II, vol. 1, pág. 374.

dito ajeno. Por consiguiente, prácticamente, se aproximaba mucho a la transmisión del crédito.

Esta construcción de MÜHLENBRUCH, representante de la escuela histórica de SAVIGNY, no fue aceptada unánimemente, y es eminentemente artificiosa, sólo explicable por las necesidades lógicas de la jurisprudencia romana, según ENNECERUS.

La construcción, además, era completamente extraña al Derecho práctico, a la realidad jurídica, a la «conciencia del pueblo alemán», que consideraba la cesión como transmisión del crédito mismo y no sólo de su ejercicio (75). No obstante, algunos representantes de la escuela histórica, sobre todo el mismo MÜHLENBRUCH, intentaron afirmar como Derecho práctico este punto de vista fatigosamente reconstituido sobre las fuentes, especialmente sobre las Instituciones de Gayo, entonces descubiertas, que daban a conocer el procedimiento formulario clásico.

2.3. IHERING, años más tarde, quiere completar la teoría de MÜHLENBRUCH en cuanto a la cesión de acciones reales, como seguidamente se verá.

WINDSCHEID, posteriormente, considera la opinión de IHERING como exacta interpretación del Derecho común en Alemania.

La opinión de WINDSCHEID, a su vez, es considerada *el* Derecho común alemán por todos los autores posteriores. Así, ENNECERUS, que vivió el proceso codificador y, posteriormente, comenta el Código Civil alemán (76), y el mismo MARTÍN WOLFF y L. RAISER, estiman que la *reivindicatio* del Derecho común podía cederse, pero la cesión sólo hacía traspasar la acción (pretensión) y no la propiedad, antes de que el cesionario obtuviera la posesión, con la que ya obtenía la propiedad; uno (77) y otro (78) sólo citan en su apoyo a WINDSCHEID-KIPP (II, párrafo 337, n. 4).

2.4. Lo peor es que esta opinión llega a considerarse aplicable, como veremos, al Derecho común español vigente antes del Código Civil, considerándola procedente del Derecho histórico español.

2.5. Para argumentar a favor o en contra de ella, parece necesario conocerla tal como fue escrita por IHERING y resumida por WINDSCHEID.

(75) *Ob cit*, pág. 75, n. 2, y pág. 81. Reconoce la obra como ingeniosa, pero excesivamente romanista, probablemente queriendo decir con olvido del Derecho romano recibido, no sólo a través de los glosadores, sino también de los autores posteriores.

Ya antes se hizo referencia al testimonio de SCHILTER.

(76) Fallecido en 1928, a los ochenta y cinco años.

(77) Tomo II, vol. 1, ed. 1933, pág. 443, n. 17.

(78) Tomo III, vol. 1, ed. 1936, pág. 397, n. 16.

Además, precisa enfocar la cuestión teniendo presente la complejidad histórica del Derecho romano (79) y su concepción, tan distinta a la del Código Civil alemán, en muchas instituciones: *actio* y derecho, propiedad quiritaria y bonitaria, *reivindicatio* y publiciana, posesión y protección posesoria, transmisión formal de la propiedad (*mancipatio e in iure cessio*) e informal (*traditio*), compraventa y obligaciones del vendedor, cesión de acciones, etc. (80).

(79) De gran utilidad, sobre todo por su especialización procesal, es el citado Manual de MAX KASER *Derecho romano privado* Versión directa de la 5.ª ed. alemana por J. SANTA CRUZ TEIJEIRO, Madrid 1968.

(80) Previamente, para poder considerar la interpretación de los textos romanos citados por IHERING y WINDSCHEID, conviene, en primer lugar, facilitar su lectura, por lo que seguidamente se transcriben en latín y en su más reciente traducción española. Los textos latinos y la traducción del *Código e Instituta* están tomados de GARCÍA DEL CORRAL: *Cuerpo de Derecho civil romano* (bilingüe, 6 tomos, Barcelona 1889).

La traducción del *Digesto* está tomada de *El Digesto de Justiniano*, versión de ALVARO D'ORS y otros, con la ayuda del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Ed. Aranzadi, 1968 y 1975), sobre la base de la 16.ª ed. de TEODORO MOMMSEN revisada por PABLO KRUEGER.

Digesto.

D. 6,1,21: Paulus libro 21, ad Edictum.

«Si a bonae fidei possessore fugerit servus, requiremus, an talis fuerit, ut et custodiri debuerit; nam si integrae opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor, ut tamen, si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori, et fructus eius temporis, quo possedit, praestet Quodsi nondum eum usucepit, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat petitori de persequenda ea re; quo minus enim petitor eam rem persequi potest, quamvis interim, dum in fuga sit, usucapiat? nec iniquum id esse, Pomponius libro trigésimo nono ad Edictum scribit. Si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debet, ut tamen, si usu eum non cepit, actor ei actionibus suis cedat. Iulianus autem, in his casibus, ubi propter fugam servi possessor absolvitur, etsi non cogitur cavere de persequenda re, tamen cavere debere possessorem, si rem nactus fuerit, ut eam restituat Idque Pomponius libro trigésimo cuarto Variarum Lectionum probat; quod verius est.»

«Si el esclavo de un poseedor de buena fe se hubiera dado a la fuga, hemos de averiguar si el esclavo era de condición tal que hubiera debido de ser custodiado: porque si tenía fama de íntegro, de modo que no fuese precisa su custodia, ha de absolverse al poseedor: pero si lo había usucapido entretanto, debe ceder sus acciones al demandante y entregar los frutos del tiempo de la posesión. Si no lo usucapió todavía, ha de ser absuelto, sin cauciones, de modo que no dé ninguna al demandante de perseguir al esclavo, pues ¿por qué no va a poder perseguirlo el demandante, aunque lo llegue a usucapir el poseedor mientras el esclavo permanece fugado? Y Pomponio, 29 ed., escribe que esto no es injusto. Pero, si había que custodiarlo, ha de condenársele por ello, de manera que, si no lo usucapió, ceda el actor sus acciones Iuliano, sin embargo, dice que en estos casos en los que por fuga del esclavo se absuelve al poseedor, aunque no se le obligue a dar caución de perseguir al esclavo, el poseedor debe dar caución con el fin de que si lo recupera, lo restituya Y así lo aprueba Pomponio, 34 Var. lect., y es más cierto» (Paul. 21 ed.).

D. 6,1,46: Paulus libro 10 ad Sabinum.

«Eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem

5. OPINIÓN DE IHERING

Según IHERING (81), en el Derecho romano se puede hablar de cesión de la *reivindicatio* contra el no propietario en dos sentidos: en sentido formal o histórico y en sentido material o dogmático.

actor iuraverit, dominium statim ad possessorem pertinet; transegisse enim cum eo et decidisse videor eo praetio, quod ipse constituit.»

«La propiedad de la cosa reclamada por acción real y que ha sido estimada según el juramento de litigio estimado que hizo el demandante pertenece desde ese momento al poseedor; porque parece que transigió con él y que convino en el precio que él mismo fijó» (Paul. <3> Sab.).

D. 6,1,47: Idem libro 17 ad Plautium.

«Haec, si res praesens sit; si absens, tunc, quum possessionem eius possessor nactus sit, ex voluntate actoris. Et ideo non est alienum, non aliter litem aestimari a iudice, quam si caverit actor, quod per se non fiat, possessionem eius rei non traditum iri.»

«Esto es así cuando la cosa está presente, pero, si no lo está, la adquiere cuando toma posesión de ella con el consentimiento del demandante, y de ahí que no sea insólito que el juez haga la estimación del litigio tan sólo si el demandante hubiera dado caución de no impedir la entrega de la posesión de aquella cosa» (Paul. 17 Plaut.).

D. 6,1,63: Papinianus libro 12. Quaestionum.

«Si culpa, non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a iudice, si desideret, ut adversarius actione sua cedat; quum tamen Praetor auxilium quandoque laturus sit quolibet alio possidente, nulla captionem afficietur. Ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente debet adiuvari; nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit, restituere.»

«Si el demandado hubiera perdido la posesión por culpa, sin fraude, puesto que debe soportar la estimación, debe ser atendido por el juez si desea que el adversario le ceda su acción; pero cuando el pretor le haya de auxiliar contra cualquier otro poseedor, no ha de dejarse engañar. También debe auxiliarse el pretor cuando posea el que hubiera cobrado la estimación del litigio, y no atenderá fácilmente al demandante que cobró la cantidad en virtud de la sentencia judicial condenatoria, si pretende luego restituir aquella cantidad <con el fin de recuperar la cosa>» (Pap. 12 Quaest.).

D. 6,1,69: Paulus libro 13 ad Sabinum.

«Is, qui dolo fecit, quo minus possideret, hoc quaque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet, actiones, quas eius rei nomine habeat, se ei praestitutum»

«El que dejó dolosamente de poseer es castigado con que el demandante no debe darle caución para la cesión de las acciones que tenga por aquella cosa» (Paul. 13 Sab.).

D. 6,1,70: Pomponius libro 29 ad Sabinum.

«Nec quasi Publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cuiusque sit, per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare.»

«Y se admitió que tampoco se le daría una acción a modo de Publiciana, para que no quede al arbitrio de cualquiera el poder comprar en su justo precio una cosa arrebatada contra la voluntad del dueño» (Pomp. 29 Sab.).

D. 6,2,7,1: Ulpiano 16 ad Edictum.

«Si lis fuerit aestimata, similis est venditioni: et ait Julianus libro vigesimo secundo Digestorum, si obtulit reus aestimationem litis, Publicianam competere.»

«Si se ha hecho la estimación del litigio, se considera como una venta; y dice

Durante siglos, el concepto de *specialis in rem actio* dirigida a la entrega de la posesión se refirió solamente a la *reivindicatio*. Cuando, en el transcurso del tiempo, se incluyeron otros supuestos (*Act. hypo-*

Juliano, 22 Dig., que si el demandado ofreció la estimación del pleito, le compete la acción Publiciana» (Ulp. 16 ed.).

D. 18.1.35.4; Gaius libro 10. ad Edictum provinciale.

«Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit. quid inter eos de custodia rei convenerat; si nihil appareat convenisse. talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit. et tamen rem perdidit. securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et conditionem exhibeat emptori; unde videbimus in personam eius, qui alienam rem vendiderit. Quum is nullam vindicationem, aut conditionem habere possit, ob id ipsum damnandus est. quia. si suam rem vendidisset. potuisset eas actiones ad emptorem transferre.»

«Si una cosa vendida hubiese perecido por hurto, ha de observarse, en primer lugar, qué se había convenido entre las partes acerca de la custodia de la cosa; si nada resulta haberse convenido, ha de esperarse del vendedor una custodia tal como la de un buen padre de familia pone en sus propias cosas. Si ésta se hubiese observado y no obstante perdió la cosa, el vendedor estará seguro. con tal que ofrezca al comprador la acción reivindicatoria y la condición; de aquí se deduce lo que ocurre con el que vende una cosa ajena; como éste no puede disponer de la reivindicatoria ni de la condición, habrá de ser condenado por este mismo hecho: porque si hubiese vendido su propia cosa podría transferir al comprador aquellas acciones» (Gai. 10 ed. prov.).

D. 18.4.21; Paulus libro 16 Quaestionum.

«Quid si rem quam vendidi alio possidente petii et litis aestimationem accepi. utrum pretium illi debeo autem? utique rem. non enim actiones ei, sed rem praestare debeo: et si vi deiectus vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit. nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit. et sic aestimationem quoque: nam et aream tradere debet exusto aedificio.»

«Y si, habiendo vendido una cosa que estaba en posesión de otro. la reclamé de éste. y recibí la estimación del litigio, ¿deberé al comprador el precio o la cosa? Ciertamente. la cosa, y no debo cederle las acciones, sino que respondo por la cosa. Si por haber sido expulsado violentamente del fundo o a causa de la acción de hurto hubiese percibido el doble. nada de ello pertenecerá al comprador, y si el vendedor perdió sin culpa la tenencia de la cosa deberá ceder sus acciones. no la cosa. y así también la estimación judicial. pues también debe entregar el solar si se incendió el edificio» (Paul. 16 Quaest.).

D. 19.2.25.8; Gaius. libro 10 ad Edictum provinciale

«Si fullo aut sarcinator vestimenta perdiderit, eoque nomine domino satisfecerit. necesse est domino vindicationem eorum et conditionem cedere.»

«Si un batanero o sastre hubiese perdido las ropas recibidas y hubiese pagado al propietario por este motivo. es necesario que ceda el propietario la acción reivindicatoria y la condición de aquellas» (Gai. 10 ed. prov.).

D. 24.1.39; Iulianus libro 5 ex Minicio.

«Vir uxori pecuniam quum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur; illa quum id fecisset. priusquam pecuniam auferret, divortium fecit; quaero, utrum vir eam summam petere debeat, an ea promissione propter donationis causam actio nulla esset? Respondi, inanem fuisse eam stipulationem. Sed si promissor mulieri ignorans solvisset, si quidem pecunia extat, vindicare eam debitor potest; sed si actiones suas marito praestare paratus est. doli mali exceptione se tuebitur, ideoque maritus hanc pecuniam debitoris nomine vindicando consequetur. Sed si pecunia non extat, et mulier locupletior facta est, maritus eam petet; intelligitur

thecaria, *Publiciana*, *in rem actio del enfiteuta*), esta ampliación se produjo, como era usual en el Derecho romano, por analogía lo más estrecha posible con un caso ya resuelto, por medio de una cesión de

enim ex re mariti locupletior facta esse mulier, quoniam debitor doli mali exceptione se tueri potest.»

«Queriendo un marido donar a su mujer una cantidad, permitió que ella la estipulara de un deudor del marido; después de hacerlo, pero antes de cobrar la cantidad, ella se divorció. Pregunto si debe el marido reclamar aquella suma de dinero o si no hay acción derivada de aquella estipulación por haberse ésta hecho a causa de donación. Respondí que la estipulación no es eficaz, pero que si el promitente, sin saberlo, ha pagado a la mujer, puede reivindicar el deudor la cantidad que subsista, y, si está dispuesto a ceder sus acciones al marido, podrá defenderse con la excepción de dolo malo y de este modo conseguirá el marido esa cantidad, reivindicándola a nombre del deudor (que le cedió su acción); si la cantidad no subsiste y la mujer ha resultado enriquecida, la podrá reclamar el marido, pues se entiende que la mujer se ha enriquecido con algo del marido, ya que el deudor puede defenderse con la excepción del dolo malo» (Iul. 5 ex Min.).

D. 39,5,6: Ulpianus, libro 42, ad Sabinum.

«Qui saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa; statim, cum lapis exemptus est, meus fit, neque prohibendo me evehere efficit, ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est; plane, si mercenarius meus exemit, mihi exemit, sed si is, qui a me emerat, sive mercede conduxerat, ut paterer, eum sibi iure eximere, si antequam eximat, me poenituerit, meus lapis durat; si postea, ipsius factum avocare non possum, quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate. Quod in saxo est, idem erit etiam, si in arbore caesa, vel demta acciderit.»

«Quién me permitió, a causa de donación, el sacar piedra de su fundo (hace) mía la piedra tan pronto como la extraigo, y no puede hacer, con su prohibición de que yo la exporte, que la piedra deje de ser mía, pues se hizo mía como por medio de una entrega. Claro que si la extrajo un trabajador asalariado, lo ha hecho para mí. Mas si (alguien) me había comprado la piedra o tomado en arriendo por precio el poder extraerla él lícitamente, y yo me arrepintiera de ello antes de que él la extraiga, la piedra sigue siendo mía; si es después, no puedo ya deshacer lo hecho, pues parece haber habido una entrega, ya que se extrae la piedra con la voluntad del propietario. Lo dicho respecto a las canteras valdrá también si ocurriera con la tala o extracción de árboles» (Ulp. 42 Sab.).

D. 42,1,12: Marcellus libro 4 Digestorum

«In depositi vel commodati iudicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat.»

«En la acción de depósito y en la de comodato, aunque la cosa haya dejado de devolverse por dolo del adversario, suele ayudarse al condenado haciendo que el propietario le ceda sus acciones.»

D. 47,2,14 pr.: Ulpianus, libro 29 ad Sabinum.

«Eum, qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem, Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem, et conditionem, et vindicationem; et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit; quae sententia vera est, et ita et Iulianus. Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.»

«El comprador al que no se entregó la cosa comprada no tiene la acción de hurto, sino que ha escrito Celso que esta acción corresponde todavía al vendedor. Claro que deberá ceder por mandato la acción al comprador, así como la condición y la reivindicatoria, y si hubiera conseguido algo con estas acciones, debe entregarlo al comprador, opinión que es justa, como dice también Juliano. Ciertamente,

la *reivindicatio* o de una *reivindicatio utilis*. Sin embargo, en tales casos la cesión era puramente formal, pues en sentido material se crearon, en todos estos casos, acciones nuevas, diferentes de la *reivindicatio*, no sólo por sus requisitos, sino también por sus efectos, y sería incorrecto, desde el punto de vista del Derecho actual—se refiere, naturalmente, al Derecho común vigente en 1857—, hablar en estos casos de ejercicio de la *reivindicatio* frente al no propietario. No obstante, el Derecho actual—en 1857—admite todavía casos en los que esta expre-

el riesgo de la cosa (comprada) corresponde al comprador, con tal de que el vendedor responda por custodia antes de la entrega» (Ulp. 29 Sab.).

Código.

C. 4,39,9: Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.

«Certi et indubitati iuris est, ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem, et utiliter eam movere suo nomine conceditur. et eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate. Quum enim actionis nomen generale est omnium sive in rem sive in personam actionum, et apud omnes veteres iuris conditores hoc nomen in omnibus pateat, nihil est tale, quod differentiam in huiusmodi utilibus actionibus possit introducere»

«Es de derecho cierto e indudable que, a la manera que a aquel que hubiere comprado una acción personal se le concede que la promueva útilmente en su nombre, puede usar de la misma facultad también el que hubiere comprado una acción real. Porque, como el nombre de acción es general para todas las acciones, ya reales, ya personales, y en todos los antiguos autores de derecho sea evidente este nombre para todas, no hay nada que pueda introducir diferencia en las acciones útiles de esta naturaleza.»

Instituciones.

Inst. 3,23,3.

«Quodsi fugerit homo, qui veniit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor suscepit: sane enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non suscepit, securus est. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debet emtori, quia sane, qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti et de damni iniuriarum actione.»

«Mas si hubiere huido el esclavo que se vendió, o si hubiere sido robado, pero sin que medien ni dolo ni culpa del vendedor, deberá tenerse en cuenta si el vendedor se encargó de su custodia hasta el momento de la entrega: pues, en realidad, si se hubiese encargado, aquel accidente va a su riesgo; y si no se hubiese encargado, está a seguro. Y lo mismo entendemos respecto a todos los animales y a las demás cosas. Sin embargo, deberá ciertamente ceder al comprador la vindicación de la cosa y la condición, porque, en realidad, el que todavía no ha entregado la cosa al comprador es todavía su dueño. Y lo mismo sucede también respecto de la acción de hurto y de la de daño injusto.»

(81) IHERING publicó su estudio sobre este tema precisamente en el tomo I de la revista, por él fundada, *Jahrbücher für Dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts* (Anuario para la Dogmática del Derecho Privado Romano y Alemán), o *Iherings Jahrbücher*, en 1857, págs. 110 a 188, con el título *Uebertragung der Reivindicatio auf Nießbrauch* (Cesión de la *reivindicatio* contra el no propietario (Cesión propiamente dicha. *Reivindicatio utilis*. Conocimiento)»

Se transcribe la traducción por su interés y dificultad de obtención.

sión está justificada: son los casos de la transmisión de la *reivindicatio* mediante cesión y mediante precepto (*reivindicatio utilis*, en sentido vulgar), que constituyen parte del objeto de este estudio.

La necesidad de este estudio es indudable, porque el tema ha sufrido, desde hace mucho tiempo, no sólo por parte de la jurisprudencia romana, sino también por parte de la jurisprudencia moderna, un tratamiento de «madrastra». Este tratamiento es inadecuado tanto por el interés científico como por el interés práctico del tema.

Cuanto las fuentes ofrecen para este estudio se limita, respecto a la cesión, a la simple mención de ella y respecto a la *reivindicatio utilis* a una enumeración de los casos concretos, faltando completamente una teoría de la relación entre ellos.

La literatura puede calificarse de muy pobre. Esta crítica se refiere no solamente a la obra principal de MÜHLENBRUCH, sino también al ensayo de PUCHTA, sobre «La cesión en el léxico jurídico» (B. II, s. 638). Este último alude a la cesión de la *reivindicatio* en su libro de Práctica de las Pandectas tan poco que sólo la menciona una vez, con lo que sigue el ejemplo de la mayoría de los libros usuales; solamente unos pocos constituyen la excepción; por ejemplo, ARNDTS, PANDECTAS (parágrafo 112 y parágrafo 145). El primero (MÜHLENBRUCH) ha tocado el tema en algunos puntos de su obra, pero someramente, esto es, solamente de una manera superficial, sin mencionar detalles prácticos; lo ha considerado desde un punto de vista que se debe estimar desacertado, el de la relación obligatoria entre el cedente y el poseedor de la cosa vindicada. MÜHLENBRUCH no puede liberarse de la idea de que la cesión es la transmisión de una relación de pretensión personal, mientras que, precisamente, esta concepción debe considerarse inaplicable a la cesión de la acción reivindicatoria.

El estado de la jurisprudencia moderna con respecto a esta cuestión me permite oponer una prueba plena a la manifestación de que había adoptado una actitud receptiva. Como las fuentes no tratan con precisión esta relación, también fue objeto de una consideración imprecisa.

Consecuencia de todo esto es no solamente la falta de tratamiento del tema por nuestra doctrina, sino, además, el que ésta lo ha infiltrado de errores, de los que las fuentes no resultan culpables, si se consideran sin prejuicios. A estos errores corresponde, ante todo, la identificación de la *reivindicatio utilis* con la propiedad, identificación que ha sido considerada, en ciertos casos, como un dogma irrefutable. De aquí la opinión de que la *reivindicatio utilis* también se puede dirigir contra el verdadero propietario en los casos que yo denomino *reivindicatio utilis* en sentido técnico, opinión de cuya exactitud todos, desde siempre, se

manifestaban convencidos, de modo que jamás nadie tuvo la idea de someterla a examen.

Trataré en lo que sigue: primeramente, de la cesión de la *reivindicatio* y de la correspondiente *reivindicatio utilis* en sentido vulgar (I); luego trataré de la *reivindicatio utilis* en sentido técnico, estudiando en primer lugar los casos concretos de ésta (II); después, de la teoría general de esta acción (III), y finalmente utilizaré el punto de vista de la cesión de la vindicación para configurar una relación moderna cuya explicación satisfactoria no se ha conseguido hasta ahora, según mi opinión, la transmisión de la propiedad de la mercancía mediante la transmisión del conocimiento (IV).

I. La cesión de la vindicación

Se menciona en nuestras fuentes solamente en unos pocos casos: l.25, 8, *locati* (19.2); l.21 y 63, de R. V. (6.1); l.39, de *donat. int.* (24.1); l.14 pr. de *furt.* (47.2); l.35, 4 de *cont. emt.* (18.1); 3, I. de *emt.* (3.23); l.9 *Cod. de her. vel. act. vend.* (4.39).

Lo único que se podría *concluir* de ellas sería algo así como lo siguiente: tal cesión es posible jurídicamente y puede ser necesaria jurídicamente, como elemento o parte de una obligación, conclusiones para cuya admisión no necesitamos un testimonio (normativo) positivo.

Por lo que se refiere a la primera conclusión, difícilmente podría dudarse de ella, incluso en el caso de total silencio de nuestras fuentes. Como se sabe, según el Derecho romano, la cesión no es una transmisión del derecho, sino una transmisión de la acción, y si se admite para las acciones personales, no se comprende por qué tendría que resultar lo contrario para las acciones reales. Ambas clases de acciones se podían interponer mediante un *procurator* y, consecuentemente, también podían ser cedidas, pues la cesión, en su forma histórica primitiva, no era más que la demanda de un *procurator in rem suam*.

La segunda conclusión también parece natural e indudable. En el supuesto de que el propietario quiera ceder la *reivindicatio*, esto puede hacerlo no sólo imperativamente, sino también voluntariamente. y, por tanto, la cesión de la *vindicatio* puede ser elemento o parte integrante de una *obligatio*, como, por ejemplo, la del vendedor, en el caso de que haya perdido la posesión de la cosa sin su culpa (l.14 pr. de *furt.* [47.2]... *mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem*). la del arrendatario, si le han robado los frutos del campo o la del receptor de la cosa como depositante, comodatante, etc., si la ha perdido y debe indemnizar al propietario (l.25.8,

locati [19.2]: *si fullo aut sarcinator vestimenta perdiderit, eoque nomino domino satisfecerit, necesse est domino vindicationem eorum et conditionem cedere*).

Así, en el proceso vindicatorio, si el poseedor ha perdido la cosa sin su culpa, se puede recurrir a una cesión de la acción del vindicante al poseedor, cuando este último queda sentenciado a satisfacer la *litis aestimatio* (1.63 de R. V. [6.1]: *si culpa non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a iudice, si desideret ut adversarius actione sua cedat*; en cambio, Paulo, 1.47 de R. V. [61], no menciona, al hablar de la misma relación, la cesión de la *vindicatio*, sino que exige al que acciona la caución *quod per se non fiat, possessionem eius rei non traditum iri*), o por el poseedor al vindicante, si aquél ha llegado a ser propietario por usucapición después de la *litis contestatio* (1.21 *ibíd.*: *absolvendus est possessor, ut tamen, si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori*).

Verdaderamente, lo que encontramos en nuestras fuentes con respecto a este tema carece prácticamente de valor, y así no nos enteramos de lo que quisiéramos saber.

¿Por qué motivo, mientras las fuentes ofrecen respecto a la cesión de las acciones personales tan abundante material, éste es extremadamente pobre respecto a la cesión de la *vindicatio*? Podemos plantear la cuestión de otra forma similar: ¿En qué se basa el que aquella forma de cesión supere a ésta, en su formulación científica, de una manera tan desproporcionada, dejando a ésta completamente «en la sombra»? Contestándola obtendremos la solución.

La necesidad de transmitir un derecho se podía satisfacer, en el caso del crédito, sólo de una manera indirecta—mediante la transmisión del ejercicio del derecho, mediante cesión de la acción—; en cambio, en el caso de la propiedad se podía satisfacer de manera directa, mediante tradición, mancipación, etc. Por tanto, mientras para la transmisión del crédito la cesión de la acción se presentó como el único medio, la transmisión de la propiedad tenía un medio mucho más completo o perfecto, y sólo había ocasión de servirse de aquélla (la cesión) cuando el propietario no podía trair por haber perdido la posesión, caso único pensable, porque si el propietario poseía, no existía *reivindicatio* alguna que pudiera ceder. Así, la aplicabilidad de la cesión era y es infinitamente más limitada respecto de la *reivindicatio* que respecto a las acciones personales; la condiciona siempre la no posesión del propietario.

Pero, dentro de estos límites tan estrechos, resulta útil, e incluso absolutamente imprescindible cuando se presenta como *necesaria* (obligada).

En el caso de que el propietario no responde de la tradición sino cuando puede realizarla, la razón de su responsabilidad radica en el hecho de que él tiene algo (IHERING: *Abhandlungen aus dem röm. R.* Leipz. 1844, págs. 30 y ss.), y entonces se limita su obligación a la de cesión de la acción, porque la acción es lo único que él tiene en sus manos, como, por ejemplo, en la l. 63 de R. V. (6.1), antes citada.

Pero también cuando la obligación está dirigida a realizar la tradición, como, por ejemplo, en el caso de un contrato de compraventa, aquella obligación, después, puede quedar reducida a la de realizar la mera cesión de la acción vindicatoria, por el hecho de que el obligado pierda la posesión sin su culpa.

La acción sustituye entonces a la cosa; la acción representa o aparece, podría decirse, como un residuo jurídico que aún le pertenece o permanece en su persona después de haber perdido la posesión de la cosa; la l.21 i. f. de her. vend. (18.4) indica como analogía que *nam et aream tradere debet exusto aedificio*.

Todo el que responde a otra persona de una cosa está, por lo menos, obligado a cederle la vindicación.

Una consecuencia interesante de este punto de vista la desarrolla la l.35 p. 4. de cont. emt. (18.1). Según este texto, es cierto que el vendedor debe ser condenado en el caso de que la cosa vendida sea una cosa ajena, pero tal solución queda excluida en el supuesto de haber perdido sin culpa la posesión de la cosa: *cum is nullam vindicationem aut conductionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem trasferre*.

No es necesario aclarar que es de gran importancia práctica la posibilidad de una cesión voluntaria. Para que no se considere el caso como de pérdida de la cosa por culpa del obligado, el actor puede preferir presentarse como vindicante, porque esto, por ejemplo, le sirva para acortar la cuestión; así pues, pueden existir relaciones en las cuales es preferible, desde el principio, contratar no la tradición de la cosa, sino la cesión de la vindicación.

Supóngase que alguien quiere vender todos sus bienes en el caso de partida repentina o de emigración, pero que una parte de su patrimonio se encuentra en manos de terceros. En este caso no es posible la tradición con respecto a dichas cosas, y el vendedor no puede y no quiere obligarse respecto a ellas; en tal caso, no hay otro remedio que vender las acciones en lugar de las cosas, de modo que el comprador asume el que las cosas quedan a su propio riesgo.

Otro ejemplo interesante de la cesión voluntaria es la del «conocimiento». En este caso, el documento objeto de la cesión sirve para el tráfico prácticamente como subrogado jurídico de la cosa, es decir, se

transmite el documento en lugar de la mercancía; quien tiene el conocimiento en sus manos está legitimado para comparecer como reivindicante, puede actuar prácticamente como propietario, sin importar que la posesión, y con ésta la propiedad de la mercancía, aún no se le haya transmitido.

Por todo esto, es una necesidad práctica precisar la teoría de la cesión de la reivindicación. Ciertamente es que el Derecho romano no ha formulado expresamente tal teoría, pero facilita los necesarios puntos de apoyo para construirla, mediante el análisis jurídico de los dos conceptos que aquí confluyen, el de la reivindicación y el de la cesión.

La *cesión*, como ya se sabe, fue configurada por los romanos como un mandato *ad agendum*, es decir, como cesión a un procurador procesal. Pero pronto, en la misma Roma, esta configuración no fue más que una pura forma, y una tras otra fallaron las consecuencias del mandato, y la posición jurídica del cesionario, desde el punto de vista justo que lo diferencia del procurador procesal, se alcanzó trabajosamente frente al mismo Derecho. Así como no se puede configurar la venta por el acreedor pignoraticio como un mandato de venta, así tampoco se puede configurar el derecho del cesionario desde el punto de vista del mandato de ejercicio de una acción. Mientras el verdadero mandato es una obligación para el mandatario, y por eso es revocable y se extingue con la muerte de una de las partes, en aquellos casos existe un derecho, y por eso queda excluida no sólo la revocación, sino también la extinción por muerte de las partes.

A pesar de esta independencia del cesionario respecto del cedente, su derecho está limitado, en primer lugar, porque su contenido no lo constituye el derecho del cedente, sino el de ejercitar este derecho. Con el derecho, continúa también la acción en la persona del cedente, y si bien debe abstenerse, inmediatamente, de su ejercicio, éste no se ha hecho jurídicamente imposible, y puede, por tanto, frustrar el derecho del cesionario, pero no directamente, mediante revocación de la cesión, sino indirectamente, ejercitando la acción o cesando en la titularidad del mismo derecho, por ejemplo, mediante renuncia, recepción del pago, etcétera. El cesionario se puede defender contra tales actuaciones perjudiciales del cedente mediante acciones personales y mediante la notificación al deudor, que supone, a su favor, una desviación de la consecuencia estricta de los conceptos.

Si aplicamos los principios generales expuestos respecto del concepto de cesión a la *cesión de la vindicación* llegamos a la tesis siguiente: en principio, el cesionario ejerce la acción del cedente, pero fundado en su propio derecho. Esta afirmación supone dos cuestiones.

1. *Es la acción del cedente la que ejerce el cesionario.* Su acción tiene el mismo valor, exactamente, que tendría la acción del cedente, por ejemplo, con respecto a la prueba (al igual que el propietario se puede servir de la acción publicitaria para facilitar la prueba, así también el cesionario no necesita que se haga mención específica de la publiciana en los documentos de la cesión), y con respecto a las excepciones al demandado, especialmente respecto a la cuestión de prescripción de la acción (por tanto, si en el momento en el que el cesionario interpone la acción el cedente no pudiera ya accionar, porque, por ejemplo, el poseedor ha usucapido la cosa, también le resulta ineficaz su acción). Lo mismo debe decirse cuando el propietario cedente, entretanto, ha obtenido la posesión de la cosa o ha enajenado la propiedad a favor del poseedor: en el primer caso, el cedente continúa siendo propietario, pero, como es a la vez poseedor, la reivindicación resulta imposible jurídicamente; en el segundo caso, en cambio, se ha desprendido, con la propiedad, también de la reivindicatoria, y cuando la acción ya no existe, tampoco puede existir su ejercicio por el cesionario.

De esto se deduce cuán inseguro es el derecho del cesionario. Se caracteriza por su dependencia permanente de las supuestas condiciones personales del cedente. La posición del cedente no ha cambiado nada ante terceras personas; conserva su acción, así como la libre disposición de su derecho, y por eso tiene en sus manos los medios de frustrar el derecho del cesionario.

La cesión, por tanto, no transmite la acción de uno a otro, sino que la duplica, o, mejor dicho, confiere a dos personas y no a una sola, la posibilidad de accionar. Se podría comparar la cesión con la aparición de un nuevo acreedor de la obligación, en cuanto concede al cesionario la posibilidad de accionar, pero no priva al acreedor anterior de la posibilidad de accionar, de modo que, en este caso, la acción está unida, respecto de cada uno de ambos, directamente a su persona; en cambio, el cesionario sólo tiene el derecho de ejercicio del derecho personal del cedente y ejerce un derecho ajeno.

Por tanto, en ningún caso hemos de considerar la cesión de la vindicación como una separación de la acción de la persona del propietario. Con respecto a la vindicación, esto no se dice en ninguna de las fuentes; sólo respecto a la cesión de acciones personales se dice que el cedente conserva su acción, aunque no puede verse en ello nada especial para esta clase de cesión, sino una mera consecuencia del concepto técnico de cesión que consideramos.

En la cesión de acciones personales, con la notificación, se efectúa una tal separación que el derecho del cedente queda prácticamente excluido, porque el derecho del cesionario lo ha absorbido. ¿Se debe

decir que, desde entonces, la acción cedida queda protegida contra las acciones perjudiciales del cedente o, como yo digo, que pasa a ser independiente de la duración de la misma obligación? El sentido de la pregunta es el siguiente: la obligación también puede extinguirse sin un acto de disposición del cedente, por ejemplo, por confusión si el deudor hereda al cedente. Entonces, según se acepte uno u otro criterio, el derecho del cesionario se frustra o subsiste. Yo supongo lo último, y lo fundamento jurídicamente en la independencia de la acción cedida respecto de la duración de la obligación. Se trata de una relación similar a la que puede ocurrir respecto al *constituto* posesorio en la l.18, p. 1, de const. pec. (13.5) . . . *si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihil ominus tenet constitutum, quia retrorsum se actio refert*. La existencia de una obligación es un requisito transitorio, pero no inmanente del *constituto*, similar a la propiedad del pignorante para el derecho de prenda.

Mediante la notificación se coloca en lugar de la obligación antigua, teóricamente subsistente, una nueva, completamente independiente de ella, y la eficacia práctica de la obligación se transmite a la segunda, con lo que la primera queda como una sombra puramente doctrinal, de modo que si el cesionario renunciara a su derecho, esta renuncia favorece al deudor, pero no a la pretensión del cedente, así como por la desaparición del obstáculo para el ejercicio de una acción ésta no recibe nueva eficacia. El derecho del cedente después de la notificación es un *nudum ius quiritium* que la doctrina actual tiene motivos para abandonar.

¿Podemos decir lo mismo de la reivindicación? ¿Queda también excluido el derecho del cedente mediante una notificación del cesionario al poseedor? No lo creo. No es que yo quiera dudar de la posibilidad jurídica y de la imaginabilidad legislativa de una tal cesión de la relación; una nueva legislación podría quizá adoptar con acierto esta solución.

En este caso, el cambio en la naturaleza original de la reivindicación quizá sea algo mayor que otro cambio efectivamente admitido por el Derecho romano. Para esta acción no es menos esencial la existencia de la posesión en la persona del demandado que la propiedad en la persona del demandante.

Si el Derecho romano, en el caso de la renuncia dolosa de la posesión, ha liberado a la *reivindicatio* del requisito de la posesión actual y ha admitido la *reivindicatio* a base de la posesión anterior en la persona del demandado, sería, al menos, imaginable que en el caso de la cesión hubiera declarado suficiente la existencia de las condiciones de la *reivindicatio* en la persona del cesionario en el momento de la

notificación, incluso ante el abandono posterior de la propiedad por parte del cedente. Esto serían los límites máximos de la «sublimación» de la *reivindicatio* dentro de los cuales sería admisible. La existencia real de sus requisitos, la propiedad del mandante, la posesión en el mandatario, en algún momento pasado, haría posible una reivindicación por parte de un no propietario contra un no poseedor. Tal configuración de la cesión de la *vindicatio* permitiría en el tráfico jurídico sustituir la transmisión real, la circulación de los bienes, mediante la transmisión de la acción, es decir, mediante una operación meramente jurídica, de manera similar a como en el tráfico jurídico se sustituye la transmisión real del dinero mediante subrogados jurídicos tales como letras, talones de crédito, etc. La notificación al poseedor del bien permitiría dejar seguro jurídicamente al cesionario, de tal manera que, mediante ella, sería posible la transmisión de la propiedad de una cosa que, de hecho, queda en posesión ajena. En el caso de que no se realizara la notificación, en esta forma de cesión, aún es imaginable y prácticamente conveniente tal transmisión de la vindicación de una a otra persona, pero la seguridad de esta operación queda basada entonces sólo en la honorabilidad del propietario, ya que éste, si quiere, puede impedir el éxito de la acción cedida mediante la venta de la cosa.

La cesión de la acción reivindicatoria ganaría en firmeza y armonía interna, frente a lo dicho hasta ahora, si también se declara admisible para ella la notificación, con sus conocidos efectos; pero yo no la considero admisible. Ciertamente, no puedo considerar la notificación más que como un medio de aseguramiento, sólo necesario en el supuesto de cesión de la demanda y sólo característica de esta clase especial de cesión. No me preocupa que nuestras fuentes sólo se acuerden de la notificación en relación con demandas; la extensión analógica sería adecuada en este caso si concurrieran los requisitos de ésta, como cuando las fuentes, en otros puntos, por su silencio sobre la cesión de la vindicación, obligan a la aplicación de la extensión analógica. Sin embargo, no puedo convencerme de que las razones para la extensión analógica concurren en este caso.

La notificación no es una consecuencia, sino desviación, del concepto mismo de cesión. Respecto a la cesión de las acciones personales, este desvío debió parecer necesario, ya que si la cesión de la acción debía, prácticamente, lograr una transmisión de la demanda misma, resultaba necesario un aseguramiento del cesionario contra las disposiciones posteriores del cedente, pero esto es completamente diferente a lo que ocurre con la cesión de la *reivindicatio*. Para la transmisión de la propiedad concede el derecho un medio directo: la tradición; por tanto, el Derecho no regula el tráfico de la propiedad, como el de los créditos,

exclusivamente por el camino de la transmisión indirecta, mediante la transmisión de la acción, y por ello puede estimarse rechazable esta otra posibilidad. Lo que la tradición cumple respecto a la propiedad debe estimarse lo cumple la notificación con respecto a la pretensión; es una exigencia práctica de la transmisión, no el medio jurídico para el fin de la cesión de la acción.

Tampoco debe dejar de considerarse que la relación entre la acción y el derecho, en uno y otro caso, es una relación muy distinta. En tanto en cuanto con la demanda (con el ejercicio de la acción) queda casi completamente agotado el derecho de crédito, de tal modo que, según los principios del procedimiento romano, se extingue el derecho mismo y se crea de nuevo, resulta que, en el caso de la cesión de una acción personal, la transmisión de la pretensión afecta al cesionario (nuevo titular).

Pero esto, como se sabe, se presenta respecto de la propiedad de un modo completamente diferente. La diferencia entre acción y derecho, en este caso, es mucho mayor; la *contestatio litis* en el proceso de vindicación por el cesionario no determina cambio alguno con respecto a la propiedad misma; el cedente la conserva aún y también la transmite, aun sin poseer él mismo la cosa, por ejemplo, mediante legado a otro.

La ineficacia de la acción contra el notificado priva al cedente prácticamente de su derecho; el fin de lograr la exclusión del acreedor y todos los demás fines por los cuales se podía transmitir el ejercicio del derecho se logra completamente mediante el acto de la notificación a la persona del deudor.

¡Qué diferencia con el caso de la reivindicación! Si el propietario quedara privado de ejercitar su derecho por la notificación de la cesión al poseedor actual, ¿qué ocurriría si la cosa pasara a manos ajenas sin culpa del poseedor o si el propietario pignoras la cosa?

En resumen, una y otra manera de cesión son demasiado diferentes para que pueda aplicarse a una todo lo que vale para la otra.

Sin embargo, la notificación también puede ser recomendable en el caso de cesión de la acción real. La notificación no sólo puede servir al cesionario como medio de hecho para obtener seguridad contra una vindicación del cedente, sino que también puede servirle ante el poseedor como medio de protección contra enajenaciones dolosas. Pero entonces no cumple la función de la notificación en sentido jurídico.

Hasta ahora, el resultado de la investigación se concreta en el hecho de que el derecho del cesionario es un derecho altamente inseguro; puede ser enervado en cualquier momento, y basta para ello la interposición de la acción por el propietario cedente.

Pero, ¿qué pasa si el cesionario ya ha interpuesto la acción? Aun

entonces no es propietario, ya que sólo será propietario si la cesión tenía por objeto procurarle la propiedad y no sólo la posesión, mediante la entrega real de la cosa, como se verá más adelante, pues aquí sólo se presenta como ejemplo de que el propietario puede contratar quedar en precario a consecuencia de la cesión de la *reivindicatio*. Aun entonces, por tanto, el cedente puede inferir la adquisición de la propiedad por el hecho de que ceda la posesión al poseedor demandado o a otra persona, incluso, sin transmisión de la propiedad. En tal caso, si el cesionario adquiere más tarde la posesión faltaría una condición para la adquisición de la propiedad: la propiedad del actor en el momento de la toma de posesión.

Solamente contra una posibilidad de burlar su derecho podría ser protegido desde entonces, indudablemente (con la condición de que la cesión de la *reivindicatio* sea irrevocable e incondicional): contra la de que el mismo propietario cedente u otro cesionario quisiera interponer la vindicación. La *reivindicatio* por el cedente, y junto con ésta la de todos los demás cesionarios, que hasta entonces se presentaba como posible para todos ellos, resultaría imposibilitada. Caso de doble comparecencia, debe tener preferencia el cesionario al cedente, y el primer cesionario al segundo.

La exposición, hasta ahora, ha tenido como objeto desarrollar la primera de las consecuencias de la frase arriba indicada, la de que el cesionario ejerce la acción del cedente.

2 El párrafo segundo de la frase alude a que el cesionario ejerce la acción del cedente *fundado en su propio derecho*. Esta frase, sin embargo, no necesita una explicación ulterior, ya que en esta cuestión se aplican plenamente los principios ordinarios; desde este punto de vista, es indiferente que el objeto de la cesión sea una acción personal o real. El Derecho mismo excluye también para la cesión de la *reivindicatio* la aplicación de la teoría del mandato y, por tanto, concretamente la posibilidad de una revocación por parte del cedente, la influencia de la muerte, etc.

De esto, sin embargo, no resulta que, al igual que en otras cuestiones jurídicas, no sea posible tal cesión bajo condición de no revocación, como, por ejemplo, si se efectúa sólo con el fin de conceder una situación precaria o a causa de un contrato de compra con pacto de *displicenciae*. Con la revocación del precario o con el ejercicio del derecho de arrepentirse, naturalmente, queda también anulada la cesión. Pero la posibilidad de la cesión tendría, en tal caso, su fundamento no en el concepto de cesión, sino en la voluntad del interesado.

Ahora bien, aparte de tal caso, la revocación del cedente es com-

pletamente ineficaz, tanto si se dirige contra el cesionario como si se dirige contra el poseedor de la cosa. Pero, ¿qué ocurre si el cedente ha frustrado de la manera antes indicada el derecho del cesionario? ¿Hay en el acto de cesión, como tal, un aspecto obligatorio que, en este supuesto, hace responsable al cedente, o tenemos que recurrir, para este fin, al fundamento de la cesión (la causa *cessionis*), por ejemplo, la venta de la cosa? Creo que no. El mérito de haber resuelto este punto de vista, ya planteado por otros, con todas sus consecuencias y rigor, se debe a U. SCHLIEMANN en su escrito, poco conocido (quizá porque está editado en 1848 y publicado en comisión), «La responsabilidad del cedente, un complemento a la teoría de la cesión», (publicado en Rostock en 1848).

La responsabilidad del cedente de un derecho, transferido mediante cesión al cesionario, incluye la obligación del cedente de no sustraerse a ella, ni directa ni indirectamente, y así, por ejemplo, la tendría también el donante que se hubiera servido de la cesión de la reivindicación para efectuar la donación: no importa si el donante no responde en caso de evicción de la cosa donada, a pesar de ello tendría que reconocer esta obligación.

Sin embargo, en el ejercicio de la reivindicación por el cedente no se puede encontrar, en todo caso, una violación de esta obligación; es posible que el propietario se decida a reivindicar precisamente en interés del cesionario, en tanto en cuanto gestor de negocio ajeno. Se puede tomar como ejemplo el caso en que la cosa habría sido robada y aparece ahora, en el lugar de la residencia del cedente, durante la ausencia del cesionario. En tal caso, no precisa insistir en que el cedente, ante el poseedor, está facultado para vindicar y tampoco en que no viola, mediante una vindicación, el interés del cesionario, el derecho de éste.

Al igual que el cesionario de una acción personal, el cesionario de la reivindicatoria también puede transferir su derecho, mediante otra cesión, a otra persona. El éxito del ejercicio de la acción reivindicatoria por los cesionarios ulteriores se producirá al igual que en el caso del ejercicio por el primer cesionario, ya que la acción es sólo el medio de demandar una relación protegida sobre la misma cosa y como tal demanda (referida a la misma relación de propiedad, a la posesión, a la detentación propia), puede ser planteada mediante un representante, y así puede ser ejercitada en nombre propio o ser transferida como derecho a otra persona.

¿Qué efectos produce el éxito final de la reivindicación planteada por el cesionario? Esta cuestión se resuelve según la intención de las partes, o sea, según la finalidad de la cesión.

Su fin puede consistir en ser un medio para la transmisión de la

propiedad. En este caso tiene el significado de un poder concedido al cesionario para conseguir la cosa; de este modo, *está intentada* (se quiere) *una tradición*, y, por tanto, *al obtener la posesión, la propiedad pasa al cesionario*; 1.6 de donat. (39.5): ... *quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate*; 1.47 de R. V. (6.1): ... *si res absens sit, tunc cum possessionem eius, nactus sit* (82).

Pero el fin de la cesión puede ser la transmisión de la posesión, como, por ejemplo, ocurre en el caso de la venta de una cosa, en el que se haya contratado a crédito o se haya añadido un pacto de reserva de dominio, como en el ejemplo, ya indicado, del precario.

Finalmente, puede tener por fin, sólo el conceder la detentación al cesionario, como cuando, por ejemplo, se cede la acción al comodatario o al inquilino.

Se puede comprender que todo esto, la diversidad del fin de la cesión, no supone para el poseedor de la cosa ninguna diferencia: él actúa ante el cesionario como ante el propietario.

Finalmente, merece hacerse observar que según el Derecho romano más reciente, un mandato *ad agendum* es innecesario tanto en el caso de cesión de una acción real como en el caso de cesión de acciones personales. En la época de JUSTINIANO parece que esto era discutido, y JUSTINIANO consideró necesario eliminar las dudas mediante una Constitución propia, la 1.9 Cod. de her. vel. act. vend. (4.39). Por analogía con el caso del comprador de una acción personal, dice en ella que debe concederse también al comprador de una acción real (sin cesión), una *utilis actio*. *La utilis actio sustituye aquí sólo el acto de una cesión expresa, pero en lo demás se debe tratar a la acción como a una acción cedida* (83).

(82) IHERING: *ob. cit.*, pág. 119.

« *est ist also eine Traditio beabsichtigt, und es geht mithin mit erlangtem Besitz auch das Eigenthum auf den Cessionar über.* »

(83) «Ahora bien, completamente diferente de tal *reivindicatio utilis* es la que en casos determinados estudiaremos más adelante (II. *Reivindicatio utilis*. Casos específicos); el considerar una cesión fingida es imposible en estos casos determinados mientras que es necesaria en el caso que se viene tratando. Las fuentes que utilizan la expresión *reivindicatio utilis* comprenden con esta expresión, siempre, los casos determinados que estudiaremos más adelante, pero no quiero negar que también sería posible aplicar aquella expresión romanizante a la acción reivindicatoria. ¿Por qué no debería tener el mismo significado la palabra *utilis* en el supuesto de acciones reales que en el supuesto de acciones personales? Ahora bien, para diferenciar tal *reivindicatio utilis*, en el sentido general o vulgar, de la *reivindicatio utilis*, en sentido técnico o especial, me gustaría proponer denominar *reivindicatio utilis* sólo a aquellos casos determinados indicados en nuestras fuentes con este nombre, como haré en lo que sigue para ser más breve; en cambio, la reivindicación útil en sentido vulgar la distinguiría mediante cualquier otra frase suplementaria.

En la Constitución indicada, Justiniano, ciertamente, habla de una *actio in rem*

6. RESUMEN DE WINDSCHEID

La doctrina española ha tenido fácilmente a su alcance, como fundamental resumen histórico, aparentemente suficiente y fiable, el contenido en las pocas líneas que WINDSCHEID dedica en su Derecho de Pandectas a la «transmisión de acciones reales» (84).

En la nota bibliográfica inicial, literalmente, WINDSCHEID propone «confrontar sobre esta teoría, hasta ahora descuidada (insuficiente MÜHL-ENBRUCH...), especialmente el artículo de IHERING, An. para la dog. I, páginas 101 y ss. (1857)...».

Según WINDSCHEID, al igual que los créditos (acciones obligatorias), también pueden transmitirse las acciones dirigidas a una prestación nacida de la violación de los derechos reales.

Las fuentes hablan de ello en las siguientes aplicaciones:

a) Transmisión de la *reivindicatio* a aquel que debe pero no puede restituir la cosa y por ello debe resarcir el daño (l.63 D. de R. V. 6.1; l.25,8 D. loc. 19.2; l.12, D. de re iud. 42.1).

b) Transmisión de la *reivindicatio* a quien debe ser atribuida la propiedad de la cosa, pero que no recibe ni la misma cosa ni un resarcimiento, porque el demandado, sin su culpa, no tiene la cosa (l.21 D. de R. V. 6.1; 3, I. de emt. et vend. 3.23; l.35, 4 D. de contr. emt. 18.1; l.14 pr. D. de furt. 47.2; l.39 D. de don. i. v. e. u. 24.1).

c) Venta de la *actio in rem* (L. 9, C. h. t. 4.39).

A este respecto rigen principios análogos a los relativos a la transmisión de acciones obligatorias.

utilis, pero no de una *reivindicatio utilis*, y yo no conozco ningún ejemplo en el que esta última expresión sea utilizada por las fuentes en otro sentido que en el que vamos a considerar ahora.

La *reivindicatio utilis*, según las fuentes, no es más que la cesión ficticia o simulada o *cessio legis* de la acción del propietario a otra persona. Si la *reivindicatio utilis* fuera una reivindicación debería ejercitarse contra terceros poseedores; pero, muy al contrario, se dirige sólo contra una persona, contra el propietario mismo, contra el cual es inimaginable la *reivindicatio*, directa o cedida. Esto puede considerarse provisionalmente satisfactorio para una inicial explicación de esta acción, pero para explicar esta cuestión será necesario considerar los supuestos o casos determinados específicos, así denominados en las fuentes, y con todo ello constituir el material, que las mismas fuentes ofrecen, para configurar una teoría general de esta acción; ahora bien, tampoco podemos hacer esto sin advertir de antemano contra un error en que, por lo menos en algunos de estos supuestos, se ha incurrido no raramente: el identificar el derecho de la *reivindicatio utilis* con la propiedad.»

(84) WINDSCHEID: *Derecho de Pandectas*. Traducción al italiano por Fadda y Bensa. Turín 1930, vol. 2, libro IV: «El Derecho de crédito», par. 337, págs. 303-305. Se intercalan las notas al pie del texto original.

1. La transmisión puede fundarse en la declaración de voluntad del titular, resolución judicial o disposición legal.

Un caso de transmisión legal aparece en la citada l.63 D. de R. V. 6.1: *cum tamen praeter auxilium quandoque laturus sit*. No pertenecen a este número los casos en que la *reivindicatio utilis* dada al no propietario es la expresión romana del derecho de propiedad transferido o sólo una forma diversa de una acción obligatoria.

2. La transmisión inviste, inmediatamente, de la acción al adquirente (erróneamente, WINDSCHEID en La acción... pág. 220); sin embargo, quien ha estado hasta entonces investido de la acción queda excluido solamente con la apropiación de la acción por parte del adquirente frente al obligado (notificación). (Lo niega IHERING, *ob. cit.* páginas 111 y ss., quien se opone a que la cesión de acciones reales se aplique el derecho de notificación. Al contrario, WINDSCHEID, BEKKER, SINTENIS, GOLDSCHMIDT, ATTENHOFFER, ZIMMERMANN...)

3. El objeto de la transmisión puede ser no sólo una acción actualmente existente, sino también una acción que pueda surgir en el futuro. Concretamente, el propietario puede ceder sus acciones así contra el poseedor actual como contra todos los poseedores futuros (Seuff. Arch. XXXVI. 25. Trib. del Imp.).

(Sobre la cuestión de si, en este caso, el adquirente puede accionar incluso contra el mismo propietario, cuando éste consiga la posesión: para la solución negativa de la cuestión, IHERING, pág. 110; EXNER...; para la afirmativa, BEKKER, BÄHR..., ZIMMERMANN, SCHMIDT, DERNBURG... Yo mismo—dice WINDSCHEID—, en las ediciones anteriores, me pronuncié por la afirmativa, pero actualmente estoy muy incierto. ¿No lo impide el axioma de que ninguno puede transferir aquello que él mismo no tiene? La solución en la citada l.63 de R. V. 6.1: *ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente debet adiuvari*, no está fundada en la *cessio actionis*. Sin embargo, en todo caso, el adquirente, en una transmisión realizada para darle un derecho de reclamar la cosa contra todos los poseedores, tiene una acción personal contra el transferente.)

4. El adquirente de la acción real no adquiere el derecho real. Sin embargo, se le puede ceder la acción con la finalidad de que *con la obtención de la posesión adquiera el derecho* (IHERING, pág. 119...); éste permanece en el anterior titular de la acción.

(La acción personal agota el respectivo derecho; si se traspaşa del precedente acreedor al nuevo adquirente, este último, efectivamente, deviene acreedor, y aquél deja de serlo. En cambio, el derecho real no se agota con la acción a la prestación nacida de su violación.)

Si el titular de la acción pierde el derecho real, también se extingue la acción real transferida al adquirente. (Esto—dice WINDSCHEID—lo he negado anteriormente [La acción..., pág. 221]. Pero la acción a la prestación nacida de la violación del derecho real es, sin embargo, siempre una manifestación del derecho, y subsiste y se extingue con el mismo. Si el Derecho romano disponía lo contrario en cuanto a la acción personal, el motivo era que su cesión dejaba al cedente no tanto el derecho, sino más bien el nudo nombre del derecho: IHERING, pág. 112.)

Ahora bien, los sucesores del transferente, y no sólo sus sucesores universales, deben someterse a que se oponga contra ellos la transmisión realizada; sus sucesores universales incondicionalmente, sus sucesores particulares restringidamente. (Precisa distinguir si la acción real es o no concedida a fin de adquirir el derecho real. En el primer caso, el sucesor particular responde incondicionalmente, por analogía con la denominada *exceptio rei venditae et traditae* [I. 197]; en el segundo caso, responde solamente si su sucesión es a título gratuito, y así, también, el acreedor pignoraticio [1.4, 27-31, D. de doli ex. 44.4]. SCHMIDT... hace siempre responder al sucesor solamente del modo indicado últimamente. IHERING no le hace responder en modo alguno. BEKKER... le hace responder incondicionalmente. Como SCHMIDT, GOLDSCHMIDT .)

7. NO PREVALECE LA OPINIÓN DE IHERING Y WINDSCHEID

1. Citadas, literalmente, las opiniones de IHERING y de WINDSCHEID, procede indicar que en el *proceso codificador alemán*, ni prevalece la construcción de MÜHLENBRUCH respecto a la cesión de acciones personales, de créditos, ni la solución de IHERING y WINDSCHEID a la cesión de la acción real reivindicatoria.

El mismo WINDSCHEID había demostrado en su obra, publicada en 1856, «La *actio* del Derecho civil romano desde el punto de vista del Derecho actual» (*Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*), que, aunque los romanos incluyeran en su concepto de acción el elemento de la protección judicial, esto se explica, esencialmente, en virtud de la evolución histórica, en particular, en virtud del establecimiento de nuevas acciones y, sólo como consecuencia, de nuevos derechos, algo que no se ajusta a la concepción actual—en 1856—que considera el derecho como el fundamento y la persecución judicial sólo como una consecuencia, por lo que sustituye el concepto de acción por el concepto de *pretensión* (85).

(85) De esta obra arranca la distinción conceptual entre Derecho privado y Derecho procesal y el desarrollo doctrinal de este último, incluso con referencia al mismo Derecho romano.

1.1. La construcción romanista de MÜHLENBRUCH, ya se ha dicho, era completamente extraña a la conciencia del pueblo alemán, que consideraba la cesión como transmisión del crédito mismo y no sólo de su ejercicio.

En el Código Civil alemán, finalmente, prevalece la solución de que «la cesión es un contrato por el cual el acreedor anterior transmite un crédito a un nuevo acreedor» (par. 398) (aunque se estima que es posible una seudocesión con un efecto más débil, quedando el crédito en el cedente y estando facultado el cesionario únicamente para ejercitarlo en interés propio). La transmisión se realiza por el solo acuerdo, sin que la notificación sea requisito para la transmisión.

1.2. En el Código Civil alemán también son cedibles las pretensiones reales y, concretamente, la reivindicatoria: «si un tercero está en posesión de la cosa—mueble—, la entrega puede ser sustituida por el hecho de que el propietario ceda al adquirente la pretensión de entrega de la cosa» (par. 931), como ya se ha visto (86).

Con esta solución queda desechada la solución que se preconizaba para el Derecho común por IHERING y WINDSCHEID, al no exigirse que el comprador cesionario de la reivindicatoria *obtenga la posesión* para que se le considere propietario (87) (aparte de considerar el convenio de cesión, salvo pacto, implícito en el acuerdo real, y éste, a su vez, en el acuerdo obligatorio).

Aunque IHERING no lo haga expresamente, antes del Código Civil alemán, los pandectistas alemanes se plantean el tema objeto de este estudio exclusivamente en cuanto a cosas muebles, ya que respecto a los inmuebles rige no el Derecho común, sino el Derecho propio o territorial, de origen germánico, en el que no se aplica el sistema de la transmisión no formal, de la tradición (causal o no), sino el de la transmisión formal (Auflassung) y publicidad registral. Por esto mismo, resuelto el problema por el Código Civil alemán en cuanto a las cosas

(86) En la Comisión de Codificación participó WINDSCHEID, desde 1874 hasta su fallecimiento en 1892, el mismo año que su amigo IHERING, sin llegar a ver aprobado el Código.

(87) En cambio, según el par. 934, «si una cosa enajenada según el parágrafo 931 no pertenece al enajenante, el adquirente se hace propietario con la cesión de la pretensión, si el enajenante es poseedor mediato de la cosa; en caso contrario (es decir, si el vendedor no es poseedor), cuando obtenga del tercero la posesión de la cosa, a no ser que al tiempo de la cesión o de la adquisición de la posesión, respectivamente, no esté de buena fe».

Esta solución, referida exclusivamente a la venta de *cosa ajena*, es aplicación de la solución que, con carácter general, interpretaba IHERING como vigente en el Derecho común alemán. Como ya se ha visto, para el caso de vendedor de cosa propia (vendedor propietario) no poseedor la solución es distinta, según el par. 931.

muebles (par. 931), la cuestión deja de tener interés problemático actual, y no requiere especial atención doctrinal. Las opiniones anteriores al Código no son revisadas.

2. Tampoco prevalece la tesis de IHERING en la *interpretación actual* del mismo Derecho romano, como veremos seguidamente al considerar los estudios de CARRELLI y de VALIÑO.

Al tiempo de escribir IHERING su artículo sobre la cesión de la acción reivindicatoria, los estudios sobre origen cronológico e interpolaciones de los textos del *Corpus iuris* no han alcanzado el grado de madurez actual. Por otra parte, pese al posterior enfrentamiento de su jurisprudencia de intereses a la jurisprudencia de conceptos, no puede sustraerse totalmente al ambiente jurídico en que está inmerso. Su estudio, sin duda alguna, es una construcción de pura lógica conceptual, sin referencia al Derecho vivido y a los intereses de las partes implicados en el supuesto de hecho.

Análogas consideraciones pueden hacerse al historicismo conceptualista de MÜHLENBRUCH.

No ha de olvidarse que este mismo conceptualismo de la época es el que determina la adopción por el Código Civil alemán de la teoría sobre la tradición romana justiniana como negocio dispositivo abstracto, que tanta polémica suscitó en la misma Alemania y que hoy puede considerarse en franca regresión, no ya como solución legislativa ajustada a los intereses en juego, sino incluso como históricamente correcta (88).

Si se examinan los *textos romanos* citados por IHERING y WINDSCHEID (pues éste sólo cita uno que no esté citado por IHERING, el D. 42, 1, 12) (89), se observa que, prácticamente, todos los textos del Digesto (salvo el D. 47, 2, 14, pr., que aquí no interesa) se refieren o están relacionados con la cesión de la reivindicatoria o de otras acciones reales y personales, no por contratos extraprocesales, sino por consecuencia de la *litis aestimatio*, que se considerará detenidamente; el texto citado de la Instituta se refiere al mismo contenido del D. 6,1,21; en cuanto al texto citado del Código de Justiniano, se refiere a la venta de una

(88) Las raíces históricas del sistema de transmisión abstracta se encuentran en la ciencia pandectista alemana del siglo XIX, que se considera basada en las fuentes del Derecho justiniano, esto es, en la doctrina oficial del Oriente romano del *animus transferendi dominii*. Tras largas vacilaciones, manifestadas a lo largo de siglos en las opiniones de los glosadores, comentaristas y humanistas, a propósito de las contradicciones en las fuentes, hacia fines del siglo XIX, WINDSCHEID proclamó ser de Derecho común el principio de la tradición abstracta, asegurando su implantación en el C. C. alemán.

WOLFF-RAISER: *ob. cit.*, pág. 225, n. 5.

(89) Sin interés relevante para el tema. Ver texto y traducción.

actio in rem, y su solución legislativa es congruente con la del Digesto respecto a la adquisición aparentemente por *litis aestimatio* en el Derecho justinianeo, lo que también se considerará más adelante. Además, se refieren a cosas muebles (no presentes): esclavos, ropas, etc.

8. MOMENTO DE LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO POR EL CESIONARIO

A propósito de la cesión de acciones en el Derecho común, la cuestión principal que se plantea es la determinación del momento de la adquisición del derecho por el cesionario como *único titular*, con exclusión de cualquier acción del cedente, es decir, teniendo en cuenta la distinción medieval entre acción directa y acción útil, la determinación del momento de la extinción de la acción directa, así como la eficacia de la *denuntiatio* respecto a la acción personal y de la toma de posesión de la cosa respecto a la acción real como la reivindicatoria, pues, según IHERING, a la cesión de la acción reivindicatoria no es aplicable la *denuntiatio* y, en cambio, la adquisición del derecho de propiedad requiere la toma de posesión de la cosa.

Primeramente puede hacerse referencia a la eficacia de la *toma de posesión*; luego, a la eficacia de la *denuntiatio* y pasar a considerar el momento de la extinción de la concurrencia entre acción directa y acción útil, para concluir con la desaparición práctica de la concurrencia, antes de la «defunción legal» de la acción directa.

9. TOMA DE POSESIÓN: ESTUDIOS DE CARRELLI («LITIS AESTIMATIO») Y DE VALIÑO («ACTIO UTILIS») Y CONCLUSIONES SOBRE EL ORDENAMIENTO JUSTINIANO

A efectos del tema de este estudio, la afirmación más importante de IHERING y de WINDSCHEID, aunque IHERING la hace como de pasada y WINDSCHEID por referencia a IHERING, como se ha visto, es la de que en el supuesto de cesión de la acción reivindicatoria está intentada (se quiere) la tradición según el D. 39, 5, 6 (... *quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate...*) y, por tanto—se dice—, al obtener la posesión la propiedad pasa al cesionario, según el D. 6, 1, 47 (... *si res absens sit, tunc cum possessionem eius, nactus sit...*), es decir, el cesionario no adquiere la propiedad hasta que no obtiene la posesión. Esta opinión no es válida para el Derecho justinianeo, según resulta de la argumentación de EDUARDO CARRELLI, profesor asistente de la Cátedra de Papirología jurídica de la Universidad de Roma, en un profundo es-

tudio sobre *L'acquisto della proprietà per litis aestimatio nel processo civile romano* (90). Dada la importancia que el resultado de este estudio tiene respecto al Derecho español vigente, como se verá, parece conveniente exponerla con suficiente detalle. Pero antes interesa resaltar la gran importancia del Derecho procesal romano para la comprensión de todas sus instituciones.

MAX KASER (91) hace observar que toda *actio* para los romanos constituye una unidad, en la que con los supuestos y consecuencia de orden jurídico privado se implica el procedimiento para conseguir la efectividad procesal de los derechos. Esta concepción tuvo su apoyo en la antigüedad en que para determinados grupos de acciones hubo especiales procedimientos y en que la fuente de Derecho escrito más importante es el Edicto de los pretores, que expone la parte más enjundiosa del Derecho privado en forma de *actiones* y de *exceptiones*, y otros medios procesales.

En el proceso formulario, cada *actio* tiene su fórmula propia, acomodada a los términos de la pretensión jurídica que se hace valer (92). El magistrado (pretor) está obligado a observar su Edicto y a «dar» acción (*dare actionem*)—o denegar—para actuar ante el juez, según la fórmula, con referencia a acciones no sólo civiles, sino también edictales típicas, pero al mismo tiempo se halla facultado, cuando surge la necesidad de protección jurídica, a «dar» acciones no edictales (acciones *in factum*), en las que la fórmula correspondiente se hace a medida del caso que la motiva (*factum*). Cuando una fórmula—edictal (las edictales no, según VALIÑO)—es modificada analógicamente por el magistrado conservando en lo esencial el modelo, porque el supuesto a que se refiere éste no coincide exactamente con los términos del que se plantea, se habla de una *actio utilis* (de una acción utilizable) (93). Algunas de estas acciones figuran en el Edicto junto a las acciones típicas (otras fueron creadas por la jurisprudencia según MAX KASER, a lo que se opone VALIÑO). Las acciones útiles, aunque se refieran a una *actio civilis*, pertenecen al Derecho honorario. Así, la publiciana respecto a la reivindicatoria.

(90) *Fundación Castelli*, 9 Milán 1934, 132 págs. Citado por JÖRS-KUNKEL (página 202, n. 17), que dedica a este tema unas líneas (pág. 202), al igual que MAX KASER (págs. 126-127).

(91) *Derecho romano privado*, págs. 352 y ss., en resumida introducción al Derecho procesal romano, que tiene por base su gran obra *Das römische Zivilprozessrecht*, 1966.

(92) Como dice D'ORS, el pretor resuelve la cuestión de Derecho; el juez resuelve la cuestión de hecho, la prueba.

(93) La denominación de la acción básica como *actio directa* no es clásica; los clásicos hablan de *actio principalis* (PAULO. Según BIONDI, citado por JÖRS-KUNKEL, página 300, n. 4).

Respecto de la reivindicatoria, a tenor de la concepción romana de la *actio in rem* como actuación sobre una cosa y no contra una persona (94), el poseedor no está obligado a restituir la cosa al propietario, y éste tampoco puede constreñirle a ser parte en el proceso reivindicatorio. Si el demandado no se muestra parte, si niega su necesaria cooperación para que se entable el litigio con la *litis contestatio*, no puede haber *reivindicatio*. El pretor entrega la cosa al actor, quien la obtiene valiéndose de otros recursos, de la acción personal *ad exhibendum*, si se trata de cosa mueble, y del *interdictum quem fundum*, si se trata de inmueble; todo ello sin que el Juez tenga que entrar en el examen de la propiedad del actor.

Estos procedimientos se utilizan también, previamente al juicio, para que la cosa esté «presente» en el mismo, o sea, para probar la posesión del demandado (legitimación pasiva). Tal presencia puede ser real o simbólica, o incluso ficticia, por confesión de ser poseedor el demandado (95).

(94) Según JÓRS-KUNKEL (*ob. cit.*, pág. 117), el concepto material de la *actio* se formó primero en la *actio in personam*; la acción surgía por regla general paralelamente al derecho de obligación: *obligatio* y *actio* eran inseparables (CELSO, D. 44.7.51: *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*).

En cambio, el derecho de dominio por el simple hecho de su existencia no daba origen a ninguna acción. Pero surgía una obligación por contrato arbitral cuando el demandado *concertaba* con el demandante la *litis contestatio* y se sometía a las resultas de la sentencia que el juez pronunciara. Una verdadera acción real no se reconoció hasta un momento bastante avanzado del Derecho romano, cuando los emperadores Honorio y Teodosio II sometieron la acción real, como todas las demás, a la prescripción. En estos sus primeros tiempos la acción real nacía sólo cuando el derecho había sido vulnerado (por ejemplo, cuando se había sustraído la cosa).

(95) ALVARO D'ORS: *Elementos de Derecho privado romano*, Pamplona 1960, páginas 109, 110 y 116.

En la *reivindicatio*, «como en todas las vindicaciones primitivas, ambos litigantes hacen afirmaciones simétricas en presencia de la cosa (o de un símbolo si es inmueble, pues los inmuebles no necesitan ser presentados—pág. 67)... Tenía importancia decisiva la atribución interina de la cosa, pues el que la recibía retendría la cosa siempre que el adversario no llegara a probar su derecho, aunque tampoco pudiera él hacerlo... Podía el magistrado depositar la cosa, si era mueble, en poder de un tercero imparcial (*sequester*), pero era lo más normal que atribuyera la cosa, interinamente, al litigante que le pareciera más idóneo (*vindicias dicere*), siempre que pudiera dar garantías de la eventual restitución de la cosa y de los frutos interinamente producidos (*praedes litis et vindiciarum*). Se comprende que el trámite interdictal sirviera para racionalizar esta atribución interina de la posesión. Así, desde el primer momento, tuvo una importancia decisiva el entrar en el proceso petitorio como poseedor, pero mucho más en las formas ulteriores que asumió ese proceso.

La estructura simétrica de la *legis actio per sacramentum in rem* fue transformada en un expediente arbitrado por la práctica procesal, que consistía en involucrar la cuestión de la propiedad en un litigio de acción *in personam*, acerca del cual de los dos litigantes debía pagar al otro una cantidad de dinero. Bastaba

En el procedimiento reivindicatorio clásico *per formulam petitoriam* se persigue el fin de conseguir una decisión sobre la propiedad del actor y el fin de restituir la cosa al actor victorioso. El Juez que estima que la propiedad es del actor emite una resolución de carácter provisional, dejando al arbitrio del demandado la posibilidad de restituir al actor *in natura* (*iussum de restituendo*). Si el demandado acata el *iussus* y restituye, queda absuelto. En otro caso es condenado por la sentencia a entregar una cantidad de dinero, en cuantía igual a la del valor pecuniario de la cosa, fijada por el actor mediante juramento (*isiurandum in litem*): *litis aestimatio*. Este valor jurado de la cosa superará en la generalidad de los casos al que resultaría de una estimación judicial. Si el demandado es condenado en dinero, desde JULIANO (D. 25,2,22 pr.), su situación es similar a la del comprador que ha comprado la cosa al actor. El demandado que posee la cosa, desde el momento en que se dictó la sentencia, es un poseedor *ad usucapionem pro emptore*, y si el actor ha sido, hasta el momento, dueño de la cosa, el poseedor será propietario bonitario (según CARRELLI, si la cosa es *mancipi*). En la época de JUSTINIANO, en tal supuesto, el condenado adquiere la propiedad (ya no existe la distinción entre quiritaria y bonitaria). Así, PAULO, en D. 6,1,46, y POMPONIO, en D. 6,1,70 (96).

CARRELLI

Acerca de este supuesto, CARRELLI ordena su estudio distinguiendo la adquisición por *litis aestimatio* en caso de contumacia y en caso de pérdida de la posesión de la cosa, fortuita, o por culpa o por dolo del demandado (comprador), y considera la naturaleza y el momento de tal

que se prometieran recíprocamente (por una *sponsio*) el pago de tal cantidad si no resultaban ser propietarios. No se exigía ya la presencia de la cosa..

En el procedimiento formulario... se ordena al juez que condene al valor de la cosa al poseedor, si resulta que el demandante es propietario civil (*ex iure Quiritium*)... proceso asimétrico, sin necesaria presencia de la cosa... pero el pago de la *aestimatio jurada in litem* convierte al poseedor condenado en propietario.

... La sentencia judicial en la época clásica sirve para imponer una condena pecuniaria y no para constituir el derecho...

La *addictio* es una atribución solemne del magistrado... una adquisición de propiedad se produce precisamente a favor del vencido en el juicio reivindicatorio; el vencido que paga la *litis aestimatio* de la condena se hace propietario de la cosa reclamada.»

(96) JÖRS-KUNKEL: *ob. cit.*, pág. 529. Respecto de los efectos de la *litis contestatio* dice que «son consecuencia del principio de que el actor ha de recibir por la sentencia lo que tendría si se le hubiera pagado en el momento de la iniciación del proceso ... retrotrayendo los efectos de ésta a aquel momento ... de aquí ... los preceptos ... sobre la transmisibilidad de las acciones ya contestadas, antes no transmisibles». Es interesante destacar este párrafo por lo que se refiere al carácter retroactivo de los efectos de la sentencia reivindicatoria; en nuestro caso, mediante cesión de la acción reivindicatoria.

adquisición. No sólo se refiere a la acción reivindicatoria, sino también a otras acciones, reales unas y personales otras, considerando prácticamente todos los textos citados por IHERING y WINDSCHEID.

1. En el proceso reivindicatorio clásico—dice CARRELLI—, el poseedor demandado *contumaz*, es decir, el que no se somete a la invitación judicial a la restitución y, en cambio, se declara dispuesto a pagar aquella cantidad en que el actor ha valorado la cosa, al ser condenado por la sentencia, adquiere el *dominium*, según el D. 6,1,46 (PAULO 10 *ad Sabinum*): *eius rei quae per in rem actionem petita tanti aestimata est quanti in litem actor iuraverit, dominium staim ad possessorem perinet; transegisse enim cum eo et decidisse videor eo praetio, quod ipse constituit* (ver traducción).

Pero hay que aclarar que si PAULO, jurista clásico, afirmó que el contumaz adquiere el *dominium* sobre la cosa, esto solamente puede ser referido, en el Derecho clásico, a que adquiere el dominio quiritarario de la cosa *nec Mancipi*. Ha de considerarse incluso probable que el texto originario dijese *no eius rei sino nec Mancipi rei*.

La falta de las formas solemnes de la transmisión de la propiedad implica que el demandado no puede ser considerado *dominus ex iure Quiritum* de la cosa *Mancipi*. Pero, por otra parte, después de la sentencia de condena, con el pago de la cantidad fijada por el mismo actor (*voluntas actoris*) mediante *jusiurandum in litem*, teniendo el demandado la posesión de la *res Mancipi*, existen todos los requisitos suficientes para que pueda considerarse realizada la *traditio ex iusta causa* y, por tanto, transmitida la propiedad bonitaria de la *res Mancipi*. En tal caso, el demandado, aunque no resulta inmediatamente dueño quiritarario de la cosa *Mancipi*, podía llegar a serlo transcurrido el año o el bienio necesario para la usucapión, y entretanto su situación tenía suficiente protección con la *actio Publiciana* (*Quasi Publiciana*, desaceradamente, LEVI) e interdictos posesorios y con la *exceptio rei venditae et traditae*.

Los compiladores, que sistemáticamente han eliminado cualquier referencia a la distinción clásica entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* y sus consecuencias, la han suprimido en este fragmento, con lo que, al hacer desaparecer la limitación originaria, han ampliado el principio de la adquisición del dominio a cualquier cosa, sin distinguir la adquisición del dominio quiritarario de las cosas *nec Mancipi* y la adquisición de la propiedad bonitaria de las cosas *Mancipi*. Sobre esto se volverá al tratar de la naturaleza y del momento de esta adquisición.

2. En el caso de *pérdida fortuita* de la posesión de la cosa, si ésta pasa a manos de un tercer poseedor, el primer poseedor deja de

estar legitimado pasivamente, y la acción debe ser dirigida por el actor contra el nuevo poseedor; por consecuencia, desaparece el problema de la condena pecuniaria y consiguiente adquisición por parte del contumaz frente al primer poseedor. Lo mismo puede decirse en el caso de que la cosa resulte destruida *sine dolo malo aut culpa possessoris*, puesto que también entonces, aparte de que normalmente se excluye la responsabilidad del demandado, el hecho mismo de la destrucción de la cosa hace *a priori* imposible una indagación sobre la eventual adquisición de la propiedad por el demandado.

La cuestión se complica en el supuesto de *pérdida de la posesión por culpa del poseedor demandado por la «reivindicatio»* (pérdida culpable o, mejor, culposa).

Según el D. 6,1,63 (PAPINIANO, 1 *ad quaestionum*): *Si culpa non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a iudice si desideret, ut adversarius actione sua cedat; quum tamen praetor auxilium quandoque laturus sit quolibet alio possidente, nulla captione adficietur; ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente debet adiuvari: nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit restituere.* (Ver traducción.)

Pero, según el D. 6,1,47 (PAULO 17 *ad Plautium*): *Haec si res praesens sit; si absens, tunc cum possessionem eius possessor nactus sit ex voluntate actoris; et ideo non est alienum non aliter litem aestimari a iudice quam si caverit actor quod per se non fiat possessionem eius non traditum iri.* (Ver traducción.)

El D. 6,1,46, anteriormente citado, y este D. 6,1,47 son extraídos de obras diversas de PAULO (L. 13 *ad Sabinum*, el primero; L.17 *ad Plautium*, el segundo), que los compiladores han relacionado, situándolos uno a continuación del otro, porque consideran el mismo argumento. Sin olvidar el comentario anterior a este último texto, en cuanto a la intervención de los compiladores en su redacción, respecto a la distinción entre cosa *nec Mancipi* y *Mancipi*, la idea de PAULO en el D. 6,1,47, puede ser fácilmente reconstruida:

Después de haber establecido, en una primera parte, que los compiladores no han reproducido, porque repetía, de modo probablemente más sucinto, cuanto ya había tratado en el D. 6,1,46, es decir, que la sentencia de condena a la *litis aestimatio* confiere al demandado el *dominium* de la *res nec Mancipi* o la *in bonis* de la *res Mancipi*, añade que para que tal cosa pueda ocurrir es necesario que la cosa esté actualmente en su poder (*haec, si res praesens sit*). pues si, en cambio, la cosa estuviese en poder de un tercer poseedor, a consecuencia de la pérdida culposa de la posesión, la adquisición del *dominium* de la

res nec Mancipi o de la *in bonis* de la cosa *Mancipi* sólo podría realizarse cuando *possessionem eius possessor nactus sit ex voluntate actoris*, esto es, en el supuesto de que la cosa hubiera vuelto a su poder y a ser poseída por él, como propia, por cuanto sólo en este momento se habrían cumplido los requisitos necesarios para la adquisición de la propiedad de la *res nec Mancipi* por tradición *brevi manu* o para la posible usucapión de la *res Mancipi*: la posesión de la cosa *ex iusta causa* y la intención de poseerla como propia, ya que *traditionibus et usucapionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur*.

El requisito de la *voluntas actoris* en el supuesto de contumacia es más aparente que real, y se limita a un mero *reconocimiento* de un hecho consumado; en cambio, en el supuesto de pérdida culposa de la posesión tiene una existencia efectiva: el actor, frente a la declaración del demandado de no poseer la cosa, sabiendo que éste tiene derecho a pedir la *cessio actionis*, puede desistir de la acción intentada contra él y ejercitar la acción reivindicatoria contra el nuevo poseedor y, así, recuperar la cosa o, al menos, obtener una sentencia de condena a una cantidad fijada por él mismo. En cambio, si prefiere seguir el juicio contra el primer poseedor, esto significa que, ante la difícil recuperación de la cosa de manos del tercer poseedor o por otros motivos que la hacen improbable, lógicamente, entre la cantidad menor, pero segura, que podrá conseguir del *reus qui culpa amiserit possessionem* y aquella mucho mayor, pero improbable, que podría conseguir del tercer poseedor, también posible contumaz, prefiere la primera: en consecuencia, se puede decir de este actor (más bien que en el supuesto de contumacia), que ha vendido la cosa al demandado y le ha cedido su acción por su propia y libre voluntad (*emptio similis*) (D. 6,2,7,1).

El D. 6,1,47, clásico en su origen, no alude a la cesión de la acción, sino sólo a la *cautio* de que el demandado no se opondrá a la toma de posesión, por lo que, parece, ha de referirse, en el Derecho clásico, al caso de que la posesión se obtenga por el demandado sin más, sin mediar la cesión de acciones, es decir, por acuerdo con el tercer poseedor, o por la fuerza, o por la entrega del que fue dueño, cuando éste la ha recuperado previamente, y, sobre todo, a este último caso, que es al que se refiere el mismo texto a continuación: *et ideo...*

Queda por determinar qué protección jurídica (*auxilium*) concedía el Pretor al demandado cuando culpa, *non dolo desitit possidere*.

Sobre todo, le concedía la *cessio actionis*, que, a petición del interesado, el Juez podía imponer al actor antes de emitir su sentencia; de este modo, el demandado quedaba constituido *cognitor in rem suam*, y podía dirigir la acción reivindicatoria contra cualquier tercero que poseyese la cosa. Podía ejercitar la acción del *dominus* para recuperar la

cosa, pero siempre en concepto de mandatario judicial, si bien con dispensa de rendir cuentas de su actuación, por lo que queda excluida siempre la adquisición inmediata, *statim*, del dominio o de la *in bonis*, puesto que si se consideran los principios reguladores de la institución del mandato judicial, la transmisión del derecho del cedente al cesionario no ocurría sino en el momento de la «*litis contestatio*» entre el cesionario y el tercer poseedor, por transposición de sujetos, pues, entre tanto, hasta la *litis contestatio*, la fórmula de la *actio cessa* continúa afirmando, en su propia *intentio*, el derecho del antiguo *dominus*. La transmisión del derecho de propiedad del cedente al cesionario, por transposición de sujetos, se producía en el momento de la *litis contestatio* con el tercer poseedor, siempre que, conforme al supuesto que se expone, se obtuviera sentencia condenatoria, estimatoria de la *reivindicatio*. pues los efectos de ésta se retrotraen al momento de la *litis contestatio*.

El derecho del demandado a pedir la *cessio actionis* resulta no sólo del ya citado D. 6,1,63, sino también del D. 6,1,21 (PAULO 21, *ad Edictum*): *si a bona fidei possessore fugerit servus...* (Ver texto y traducción.) El jurista se plantea en este texto el supuesto de pérdida de la cosa por caso fortuito y por culpa. Para la pérdida fortuita, como ya se dijo, *absolvendus est possessor*, con la sola obligación de que si *interim eum usuceperit* ceda sus acciones ganadas por usucapión al petitor, obligación, que, naturalmente, no existe *quodsi nondum eum usucepit*. En cambio, si *servus custodiendus erat*, y, por tanto, en su fuga puede estimarse una culpa por parte del demandado, *etiam ipsius nomine damnari debebit, ut tamen actor actionibus suis cedat*. (Para una acción personal, D. 19,2,25,8: *Si fullo aut sarcinator...*)

Además de la *cessio actionis*, que podía pedir al Juez, el demandado tenía a su disposición una *cautio de restituenda re*, que, siempre a petición suya, el Juez podía imponer al actor, a la que se refiere la segunda parte del ya examinado D. 6,1,47, para la *reivindicatio*, ... *et ideo non est alienum non aliter litem aestimari a iudice quam si caverit actor quod per se non fiat possessionem eius rei non traditum iri*. El alcance de la *cautio* concedida no se refiere a una obligación de *praestare repertam rem*, o sea, de entregar la cosa recuperada, como en el D. 13,6,13 pr. referido a la pérdida de la cosa por el comodatario, sino, más bien, a no oponer ningún obstáculo para que la cosa vuelva a poder del demandado, por lo que se estima que el texto fue retocado por los compiladores y podría ser *quam si caverit actor ut repertam condemnato praestet*, es decir, cuando garantice el actor que si recupera la cosa la entregará al condenado.

El fin y el funcionamiento de esta *cautio* era muy simple: mientras que la *cessio actionis* (con su *reivindicatio utilis* en sentido no estricto).

servía para el caso en que el demandado hubiera identificado al actual tercero poseedor de la cosa y quisiera recuperarla de éste ejercitando las acciones correspondientes al propietario, la *cautio* (de la que deriva una *actio ex stipulatu*), servía para el caso en que el mismo propietario hubiera recuperado la posesión de la cosa, obligándole con ella a devolverla al demandado, por no poder éste dirigir contra el *dominus* las acciones cedidas por él, por cuanto sus fórmulas se redactaban de tal modo que con ellas se llegaría a reconocer que el *dominum ex iure Quiritium* realmente correspondía al demandado, como ya se ha dicho antes.

En el Derecho clásico resulta evidente el paralelismo entre la adquisición por *litis aestimatio* y la adquisición por compraventa, mediante la *traditio* en general y mediante la *brevi manu traditio* en particular: el demandado que ha perdido la posesión sin su culpa y por la *litis aestimatio* ha obtenido la cesión de la acción reivindicatoria, no adquiere la propiedad bonitaria de la *res Mancipi* sino en el momento en que adquiere la posesión de la cosa, en nombre propio, y con el consentimiento del actor. Es decir, para que exista transmisión de la propiedad bonitaria de la *res Mancipi* no basta que el *dominus* renuncie a ella en favor del adquirente, por cuanto *traditionibus et usucapionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur*, sino que precisará que éste posea la cosa en nombre propio, consintiéndolo el *dominus*. Hasta que estos requisitos no se hayan cumplido, el simple convenio, como la condena a la *litis aestimatio*, y el pago del precio, como el de la cantidad fijada por el Juez en la sentencia, no bastarán para que el adquirente, como el demandado, resulte titular de la *in bonis* de la cosa *Mancipi*, por cuanto que la venta, así como la *litis aestimatio quae similis est emptioni* (97), no es traslativa de la propiedad, sino que crea solamente obligaciones, de modo que hasta que el comprador no llega a obtener la posesión, el titular de la acción de propiedad continuará siendo el vendedor, o sea, el actor en caso de *litis aestimatio*. Lo que se dice respecto de la propiedad bonitaria de las *res Mancipi* es aplicable a la adquisición de la propiedad quiritaria de la *res nec Mancipi*.

Al *emptor*, hasta el momento de la *traditio*, le corresponde la acción contractual, es decir, la *actio empti* contra el vendedor, por lo que el demandado que ha pagado la *litis aestimatio* y que más tarde llega a saber que el actor ha recuperado la posesión de la cosa, podrá pedir y obtener del Pretor una *actio empti utilis*, mediante la cual le será posible recuperar o la cosa o el precio.

Pero todo esto es así respecto al Derecho clásico. En cambio, la so-

(97) D. 25,2,22, pr. (Juliano 19 Dig.) .. qui litis aestimationem suffert emptoris loco habendus est.

lución justiniana es muy distinta. Se puede decir, en cuanto al derecho justiniano, que resulta acertada la opinión dominante (98) que, desde la Glosa (99), ha interpretado el D. 6,1,63, en el sentido de que al demandado se le concede por el Editor del Pretor una *Publiciana útil*.

Esta tesis puede ser fácilmente demostrada:

El argumento principal resulta, ante todo, de la parte central del D. 6,1,63 (*quum tamen... adficietur*), evidentemente interpolada, donde queda establecido que *praetor auxilium quamdoque laturus sit quolibet alio possidente*, y que, por consecuencia, el demandado *nulla capitione adficietur*, incluso a falta de convenio de *cessio actionis*, puesto que es evidente que este principio sólo puede ser explicado admitiendo la concesión de una *actio in rem*, la única que puede ser ejercitada *quolibet alio possidente*. Para el Derecho clásico no se puede decir que el demandado que no hubiese reclamado la *cessio actionis* y la *cautio* estuviese protegido *contra todos*, ya que no tenía en defensa propia más que una *actio empti utilis* contra el *dominus*, y ninguna contra el tercero poseedor.

Esta tesis encuentra su confirmación en el nuevo significado que, por la interpolación, tiene la frase *ipso quoque qui litis aestimationem perceperit possidente debet adiuvare*, que en el original no podía referirse a otra cosa que a la *cautio de restituenda re*, impuesta por el Juez al actor a petición del demandado, y ahora, en cambio, situada a continuación de la frase *cum tamen... adficietur*, puede entenderse solamente en el sentido de que el *auxilium* concedido por el Pretor podía ser dirigido contra todos y, por tanto, incluso contra el antiguo *dominus*; es evidente, además, que un *auxilium* de tal alcance no puede ser otra cosa que una acción *in rem*.

En tercer lugar, ha de notarse que la parte del texto según la que el propietario demandado con aquello que llamaremos el *auxilium praetoris, nec facile audiendus erit si velit postea pecuniam quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit reddere*, también ha sido malentendida, puesto que, mientras en el original se refería a la *cautio de restituenda re*, con la cual el *dominus* quedaba obligado a entregar la

(98) CARRELLI (*ob. cit.*, pág. 46, n. 81) cita a: CUIACIO: *Operae* (ed. Mutin), III, 286; IV, col. 289. WITZELL: *Vindikationsprozess*, págs. 228 y ss. PELLAT: *Propriété*, pág. 353 y ss. GEISTERDING: *Entwickelte Lehre von Eigentum*, pág. 343. MÜHLENBRUCH: *Cession*, pág. 473, n. 54. WINDSCHEID: *Pandekten*, par. 337, n. 2. APPLETON: *Histoire de la propriété pretorienne*, I, págs. 287 y ss. SIBER: *Passivlegitimation*, pág. 144.

(99) Según CARRELLI (pág. 62, n. 112; cf. *Glossa adiuvare* ad. D. 6,1,63), la procedencia de la *actio empti utilis* propuesta por ROGERIO y MARTINO fue rechazada por AZON, cuya opinión favorable a la concesión de la *Publiciana utile* quedó incontestada.

cosa al demandado, en el caso de que ésta volviese a sus manos, ahora, en cambio, sólo puede referirse a el *auxilium* del *pretor quandoque laturus sit*, de modo que el *antiguo dominus* demandado con este *auxilium* está obligado a restituir la cosa y a pagar *quanti actor in litem iuraverit*.

Por último, ha de considerarse el nuevo valor que en la compilación se da al D. 6,1,70 (ver texto y traducción), que, mientras en el Derecho clásico se refería al ejercicio de la *condictio ex causa furtiva*, y establecía que el demandado con esta acción, en caso de contumacia, pese al pago de la *litis aestimatio*, no adquiría la *in bonis ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto praetio comparare*, ahora, en el nuevo lugar, colocado a continuación del D. 6,1,69, en el que se niega el derecho a la *cessio actionis* al que *dolo fecit quominus possideret*, debe ser referido no ya al ejercicio de la *condictio*, sino precisamente de la *reivindicatio*. de modo que la *quasi Publiciana* (o *publiciana utile*) negada al que ha perdido la cosa con dolo, viene a ser implícitamente *concedida al que ha perdido la cosa «culpa»*, en cuanto no se puede decir de este último que la compró *per rapinam et ab invito domino*.

Es interesante insistir en que el D. 6,1,70. al estar precedido por el D. 6,1,69. expresamente referente al demandado que dejó de poseer por dolo. parece que también se refiere a este supuesto de pérdida dolosa de la posesión, pero no es así, pues se refiere a la hipótesis de contumacia. El precepto, ha de insistirse, niega la acción *quasi Publiciana* al demandado con la *condictio furtiva* que ha pagado la *litis aestimatio* fijada por el Juez basándose en el *iustum praetium*, y no tiene nada que ver con la acción concedida al demandado por acción reivindicatoria que por su contumacia ha sido condenado a pagar *quanti in litem actor iuraverit*, que no coincidirá con el *iusto praetio*, puesto que se puede considerar, por lo menos, extraño el caso de que el actor, sólo vinculado por el juramento, sea tan discreto que reclame solamente el valor efectivo de la cosa. Por tanto, la *quasi Publiciana* negada al primero es diferente a la *Publiciana* concedida al segundo, si después de pagar la *litis aestimatio* pierde la posesión de la cosa *mancipi*, aún no usucapida.

La denominación de *quasi Publiciana* resulta extraña; es el único caso que aparece en las fuentes, pero tiene una *justificación*. El pago de la *litis aestimatio* en la *condictio furtiva* no transfiere la *in bonis*, porque no ha habido *iusiurandum in litem*, de lo que se deduce que el *reus*, en caso de perder la posesión, no podrá ejercitar la *actio Publiciana*, que es la defensa que corresponde al titular de un derecho que él no tiene. El Jurista (POMPONIO), que, después de constatar esto,

había excluido la posibilidad de una acción directa, se pregunta si en lugar de ésta se le puede conceder una *Publiciana utile* (*quasi Publiciana*), pero excluye también esta posibilidad, por no ser justo que *in potestatem cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto praetio comparare*; pero, a *contrario sensu*, se le concede al demandado por reivindicatoria que dejó de poseer por su propia culpa (sin dolo).

En el Derecho clásico ha de considerarse inconcebible una *actio Publiciana* concedida a quien no posee y nunca ha poseído como dueño (aunque poseyó, no como dueño, hasta que perdió la posesión por su culpa), pero en el Derecho postclásico, cuando la expresión acción útil se utiliza para la concesión de acciones nuevas, tiene cierto sentido el hablar de *quasi Publiciana* o *Publiciana* útil como acción nueva, semejante a la *Publiciana*, que el Derecho clásico concedía al demandado por reivindicatoria, contumaz, que después de pagar la *litis aestimatio* pierde la posesión de la cosa *mancipi*, aún no usucapida.

Así pues, en el Derecho justiniano, el derecho a recuperar la cosa atribuida al demandado que culpa *desinit possidere* se lleva a su consecuencia extrema, puesto que ya no ocurre que el *dominus* le cede su acción por orden del Juez, acción del *dominus* que ejercerá en calidad de *procurator* o mandatario judicial, sino que por el Edicto del Pretor se le concede una *acción propia*, completamente distinta de las otras, la denominada *Publiciana utile* o *quasi Publiciana*, indicada en D. 6,1,63 y en D. 6,1,70.

Las consecuencias de la concesión de esta acción son trascendentales respecto del derecho de propiedad, pues, dado el principio fundamental de que «donde está la acción está el derecho» (100), al concederle esta *Publiciana utile* se le *concede*, realmente, *el derecho de propiedad a quien culpa desinit possidere, desde el momento en que paga la litis aestimatio, como si poseyese la cosa*, en cuanto que, desde ese momento, podrá ejercitar contra el poseedor de la cosa una acción *in rem*, totalmente independiente de aquella que se le hubiera podido ceder, con la que recuperará la cosa incluso de manos del antiguo *dominus*, que queda desautorizado para restituírla, en vez de la cosa con-

(100) Al parecer, CARRELLI se refiere al texto de CELSO según el cual «*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*» (D. 44,7,51). También puede referirse a la regla del Derecho según la cual «*Is qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur*» (Paul. 4, Sab.; D. 50,17,15), texto, como se verá, citado por GARCÍA GOYENA y GÓMEZ DE LA SERNA. Según GARCÍA AMIGO (*ob. cit.* más adelante, pág. 118), en la *Glosa*, toda *actio* se refiere e implica un derecho. Adaptando la regla 15 y el texto de CELSO resultaría que el que tiene la acción reivindicatoria tiene la cosa, el derecho de propiedad sobre la cosa.

trovertida, la *litis aestimatio* que en el precedente juicio ya había percibido de él (101).

3. A la *pérdida dolosa* de la posesión por el demandado se refieren dos textos, D. 6,1,69 y D. 42,1,12 (ver texto y traducción), que forman parte de un complejo de textos (ver D. 6,1,68 y D. 6,1,70) muy retocados por los compiladores, necesariamente, en cuanto se relacionan con el principio de la *condemnatio* pecuniaria, que el Derecho justiniano rechazó totalmente, sustituyéndolo por el de la ejecución *manu militari* de la sentencia (102).

Por interpolación material, el primero de aquellos textos, que originariamente se refería a la *condictio ex causa furtiva*, ahora se entiende en el sentido de que el demandado que *dolo fecit quo minus possidere* ya no tiene el derecho a la *cessio actionis*, único (no la *cautio*) que le concedía el Derecho clásico, y tampoco tiene la *Publiciana utile* que los compiladores conceden a quien *culpa non fraude possessionem amiserit*, porque mientras éste, al pagar la *litis aestimatio*, paga el *praetium rei*, el otro paga solamente la pena por su dolo y, por consecuencia, no adquiere derecho alguno sobre la cosa, ni en el presente ni en el futuro; la *cessio actionis* y, aún más, la *Publiciana utile* resultarían un premio a su dolo.

Respecto a la *naturaleza jurídica de la adquisición por «litis aestimatio»*, hay que distinguir históricamente.

En el D. 6,1,46, PAULO, después de decir que el dominio *eius rei quae in rem actionem petita tanti estimata est quanti in litem actor iuraverit* se transmite *statim* al demandado, añade que esto ocurre porque *transegisse enim et decidisse videor eo praetio quod ipse constituit*. De este texto, tradicionalmente, se deduce que la adquisición por *litis aestimatio* era derivativa.

En el Derecho clásico es una adquisición *emptione similis*, en cuanto la estimación de la *litis* era considerada *praetium rei*, pero realmente ha de considerarse como una renuncia traslativa de la propiedad de la cosa, realizada de buen o mal grado por el actor a favor del demandado, si se considera que el demandado contumaz, que rehúsa ejecutar el *iussus iudicis*, coloca al Juez y al actor ante la necesidad de someterse a su voluntad, reconociéndola como legítima y, en consecuencia, a contentarse el actor con una condena en dinero, en lugar de obtener la restitución de la *eadem res*. Por esto, alguna opinión aislada (LEVY) estima

(101) Cf. JÖRS-KUNKEL: *ob. cit.*, pág. 202.

(102) Este supuesto de hecho, de un demandado por la reivindicatoria que perdió dolosamente la posesión, es objeto de consideración especial por el Derecho común y el actual.

que hay adquisición originaria, a modo de expropiación (*Enteignung*), y no derivativa, ni transmisión de la *in bonis*.

En el *Derecho justiniano*, abolido el principio de la *condemnatio* pecuniaria y sustituido por el de la ejecución *manu militari* de la sentencia, la institución de la *litis aestimatio*, tal como aparece en las fuentes justinianas, es tan sólo un residuo histórico. Los pocos textos que aún se refieren a ella, especialmente aquellos incluidos en el título de *rei vindicatione*, han sido todos, más o menos, modificados por los compiladores o, por lo menos, han quedado completamente falseados mediante su colocación y relación con principios respecto de los cuales aquéllos, originariamente, nada tenían que ver. La institución de la *litis aestimatio*, tal como aparece en las fuentes justinianas, ha perdido completamente su carácter coactivo para el actor. Ahora, el demandante, una de las partes de la relación jurídica litigiosa, después de haber obtenido el pleno reconocimiento por el Juez de su derecho de propiedad sobre la cosa poseída por la otra parte, en el momento en que ya está en trance de pedir y de obtener del Juez que obligue al demandado a restituírsela, renuncia a este derecho suyo y conspiente, por su espontánea y libre voluntad, que la cosa quede en manos de la parte vencida, contentándose, en cambio, con una cantidad de dinero. En este nuevo sistema jurídico, la máxima *transsegisse et decidisse videor eo praetio quod ipse constituit* es plenamente significativa: dado que el actor renuncia voluntariamente a la propiedad de la cosa, se puede hablar, acertadamente, de una transacción entre actor y demandado, por la cual el primero renuncia voluntariamente, a favor del segundo, a la propiedad de la cosa. De este modo, en el *Derecho justiniano*, la *litis aestimatio* deja de ser *emptionis similis* y pasa a ser una verdadera *compraventa*, que tiene su origen en una transacción.

Respecto al *momento de la adquisición*, también hay que distinguir:

En el *Derecho clásico*, la determinación del momento en que se adquiere por el demandado poseedor, respecto a una *res Mancipi*, la *in bonis* y, por tanto, la legitimación para obrar en la *actio Publiciana*, en principio puede referirse o bien al momento en que por la sentencia queda condenado a pagar la suma reclamada por el actor o establecida por Juez, o bien al momento en que realiza el pago efectivo de esta cantidad.

Los textos, al menos aparentemente, dan soluciones contradictorias, como nunca, puesto que en ellos parece que se habla indiferentemente o bien de *litis aestimationem sufferre...*, *consequi...*, *praestare...*, *suscipere...*, *accipere...*, expresiones todas con las que parece indicar el pago, la efectiva entrega de la cantidad al pago de la cual se ha condenado, o bien de *lis aestimata esse...*, o de *litis aestimationem damnari...*,

expresiones con las que parece se hace referencia no al pago efectivo de la cantidad reclamada, sino a la sentencia de condena al pago, o bien incluso se habla de *litis aestimationem offerre...*, expresión con la que parece prescindirse de la condena, originándose la adquisición de la *in bonis* desde el momento en que el demandado rehúsa el cumplir el *iussus iudicis*.

Para llegar a una conclusión, puede considerarse el preciso e indiscutible testimonio de un texto, ya citado muchas veces, el D. 6,1,47: *eius rei...* El texto, en toda su primera parte, hasta *pertinet*, puede ser considerado clásico, y la interpolación que sigue es indiferente al efecto que ahora interesa. El pensamiento de PAULO, pese a la brevedad del texto, está expuesto con tal claridad y riqueza de particulares como para no dejar lugar a dudas. PAULO divide la última parte del juicio, desde el momento en que ha sido aceptada ya la pertenencia de la cosa al actor, en tres momentos: 1.º Invitación por el Juez al demandado para que restituya la cosa al actor y consiguiente oposición por parte del demandado, el cual declara que, más que restituir la cosa, está dispuesto a *litis aestimationem sufferre*. 2.º Invitación por el Juez al actor para fijar, mediante *iusiurandum in litem*, la cantidad que desea pedir como precio de la cosa y consiguiente determinación de esta cantidad. 3.º Sentencia de condena del demandado al pago de la cantidad fijada. Del primero de estos tres momentos no hay referencia en el texto, pero constituye presupuesto de los otros dos. La adquisición de la *in bonis*, siempre según PAULO, ocurre *statim*, desde el momento en que *lis aestimata est*, entendiéndose, sin embargo, como *litis aestimatio*, no la indicación hecha por el actor de la cantidad que desea pedir, sino la sentencia de condena por parte del Juez al pago de esta cantidad (*.. tanti aestimata est quanti in litem actor iuraverit...*). Del pago, en cambio, no se dice ni palabra. Es claro, por tanto, que, para PAULO, el momento de la adquisición de la *in bonis* tratándose de *res Mancipi*, del *dominium* tratándose de *res nec Mancipi*, no era ni aquél en el que el demandado declaraba no querer restituir la cosa, sino preferir ser condenado en dinero, ni aquél en el que pagaba la cantidad en que había sido condenado, sino un momento intermedio, esto es, aquél en que quedaba sentenciado condenatoriamente a pagar.

Por tanto, el Derecho clásico requiere para la adquisición: *litis aestimatio* (equivalente al contrato), sentenciada condenatoriamente, y, además, la toma de posesión de la cosa; pero no subordina la adquisición al pago de la *litis aestimatio*.

Por otra parte, estas conclusiones encuentran su justificación en el ordenamiento procesal romano: como se sabe, el *reus, si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa iudicati teneri*, por lo

que, añade GAYO, *apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere*. Todo esto, si bien se dice por GAYO al examinar los varios modos con los que la *obligatio tollitur*, en realidad, en tanto en cuanto se refiere a los efectos de la sentencia, vale no sólo para las acciones *in personam*, sino también para las acciones *in rem*. Así, el propietario de la cosa que obtenía una sentencia en la cual se condenaba al demandado al pago de una determinada cantidad, indicada por él o fijada por el Juez, según los casos, en el mismo acto de la condena, veía transformado su propio derecho real en un derecho de crédito, dotado de una acción propia, la *actio iudicati*, y esto exactamente porque *omnium formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*.

Si se estima que la transmisión de la propiedad bonitaria ocurre en el momento en el que el demandado condenado paga la obligación derivada de lo juzgado, vendría a crearse una situación inconcebible desde cualquier punto de vista; debería admitirse, como consecuencia, que todas las acciones quedaran referidas a la titularidad del actor, por lo que nada podrá impedir a éste demandar una segunda y una tercera vez al poseedor con la *reivindicatio*, constriéndole a pagar varias veces la *litis aestimatio* de la misma cosa, sin que éste pudiese oponerle ni la *exceptio rei venditae et traditae*, por no haber adquirido aún la propiedad de la cosa, ni menos aún la *exceptio rei iudicatae*, puesto que ésta quedaría paralizada por la *replicatio rei secundum actorem iudicatae*.

Pero también esta situación queda claramente modificada por el *Derecho justiniano*, y ello, como siempre, por consecuencia de la abolición del principio de la pecuniariedad de la condena y de su sustitución por la ejecución *manu militari* de la sentencia: la *litis aestimatio* deja de ser, en consecuencia, un modo de adquisición de la propiedad a título derivativo, similar, pero realmente distinto, de la compraventa, para transformarse, en cambio, en una verdadera y propia *compraventa* originada por una transacción: como tal, está sometida a todas las normas que regulan la institución de la compra y, concretamente, a la que requiere que el pago del precio sea realizado o expresamente aplazado o garantizado para que la propiedad de la cosa vendida pase al comprador. La ciencia romanista, al menos por cuanto se refiere a la *traditio*, ha podido demostrar ampliamente que esta necesidad no existía para el Derecho clásico, mientras que la expresa declaración de las fuentes la hace indiscutible respecto del Derecho justiniano.

Los textos de la compilación no dan información precisa en cuanto

a la *litis aestimatio*; sin embargo, que tal fue el espíritu del Derecho bizantino viene indicado en las *Basilicas*, donde al parafrasear los textos de los juristas clásicos, las expresiones *lis aestimata esse, litis aestimationem offerre*, están sistemáticamente sustituidas por otras..., con las que queda introducido, *ex novo*, el principio de la necesidad del pago efectivo del precio para que exista la transmisión de la propiedad por causa de una venta.

En resumen: el Derecho clásico requiere *litis aestimatio* sentenciada y toma de posesión de la cosa, no pago del precio; *el Derecho justinianeo requiere litis aestimatio sentenciada y pago del precio, no toma de posesión.*

Del estudio de CARRELLI resulta que en el *Derecho justinianeo* el proceso cognitorio lleva aparejada la ejecución *manu militari* de la sentencia condenatoria de *reivindicatio*, que no es posible si el demandado ha dejado de poseer, si bien cuando así ha ocurrido por su culpa, sin dolo, aparentemente subsiste la clásica *litis aestimatio*, que ahora, realmente, es una *compraventa*, originada por una transacción: el demandado le ha comprado y pagado al demandante la cosa que posee un tercero (por haber perdido la posesión el demandado). El comprador, que sabe que la cosa está poseída por un tercero, no necesita pedir que el propietario formalice cesión de la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor, sino que, por Derecho pretorio, tiene una acción, propia de él, denominada *acción quasi Publiciana o Publiciana utile*, que es una acción *in rem*, que puede dirigir contra todos, incluso contra el que le vendió si llega a poseer la cosa, a quien demandará, en tal caso, no como comprador, sino como propietario. Esta acción es la que resulta del D. 6,1,63, en relación con el D. 6,1,70. El comprador puede ejercitarla, como propietario, sin cesión expresa de la acción reivindicatoria, y, cuando obtenga la posesión, esta obtención de la posesión no supondrá adquisición de la propiedad, que ya tenía. *Se distinguen dos momentos: el de la adquisición de la propiedad y el de la adquisición de la posesión.*

La opinión de IHERING y WINDSCHEID de que el cesionario ha de obtener la posesión para adquirir la propiedad, fundada en el D. 6,1,47, no es admisible respecto al Derecho justinianeo: el D. 6,1,46 y el siguiente, D. 6,1,47, fueron relacionados entre sí por los compiladores, al situarlos uno a continuación de otro, y además fueron retocados, como ya se ha dicho. Proceden del Derecho clásico, pero el supuesto de hecho procesal al que ambos se referían originariamente ya no existe en el proceso justinianeo, y las cosas *nec mancipi* a las que se aplicaban, contrapuestas a las cosas *mancipi*, tampoco existen, como ya no existe la propiedad bonitaria frente a la propiedad quiritaria. El D. 6,1,47

no alude a la cesión de la acción, sino a la caución de que el demandante no se opondrá a la obtención de la posesión, y esta caución ya no rige en el Derecho justiniano, en el que la cesión y la caución se han sustituido por la concesión de la acción real, denominada *quasi Publiciana*, del D. 6,1,63 (103).

Los *glosadores* interpretaron los fragmentos D. 6,1,46 y D. 6,1,47 sin consideración alguna al origen histórico de ellos, a su aplicación en el proceso formulario clásico.

1. ROLANDINO, como ya se ha dicho, al tratar del instrumento de venta y, concretamente, al tratar de la tradición, explica los sentidos en que se puede hablar de *tradere*, y su discípulo UNZOLA adiciona unas consideraciones muy significativas. Según él, entregar (*tradere*), como dice la segunda interpretación de *Aurora*, es llevar a uno a la posesión corporal de la cosa, significando el hecho mismo, a saber: la misma inducción a la posesión; por tanto, quien prometió trair la cosa, si ciertamente traidió la vacua posesión, aunque no transfiera la propiedad, cumplió lo que prometió, como expresamente advierte AZÓN en la *Suma de evictione*... La entrega es inducción a la posesión..., y esto es cierto en el instrumento de venta, si la cosa que se vende y se trade está presente—ante el Notario, según la interpretación de UNZOLA—de modo que el comprador pueda entrar en su posesión... Pero si la cosa no está presente, cuando se hace la escritura—ante el Notario—, de modo que no se realiza la inducción a la posesión, ni aun cuando la hubiera, entonces se redactará el capítulo cuarto—del instrumento—como comúnmente se hace en los instrumentos de la Suma, *quod rem eius nomine se constituit possidere*... Por... la intención del vendedor, cual es que el comprador aprehenda la posesión cuando le plazca por propia auto-

(103) Los fragmentos D. 6,1,46 y D. 6,1,47 tienen en el Derecho justiniano distinta interpretación que en el Derecho clásico.

Si la cosa está presente (D. 6,1,46), en el sentido de que está presente en el juicio porque está en posesión del demandado comprador, la compraventa y el pago del precio (*litis aestimatio*), determinan su inmediata adquisición de la propiedad de la cosa por *traditio brevi manu*, pues el comprador ya era poseedor, aunque no era propietario.

Si la cosa no está presente (D. 6,1,47), en el sentido de que no está presente en el juicio, sino *ausente* porque está en posesión de un tercero, la compraventa y pago del precio (*litis aestimatio*) no implica *traditio brevi manu*, confiere al demandado comprador la acción real cuasi Publiciana, la reivindicatoria (D. 6,1,63), pero el vendedor ha consentido la transmisión y para percibir el precio debe garantizar que no impedirá la obtención de la posesión por el comprador. Si el comprador logra obtener la posesión de la cosa, ello implica que había adquirido la propiedad de la cosa en virtud de aquella voluntad o consentimiento del demandante, implícita, por obligada, en la venta.

El D. 6,1,47 no se refiere a la cesión de la acción reivindicatoria, sino a la importancia de la voluntad del propietario para que se transmita la propiedad.

ridad y resuelva poseerla en su nombre propio. En consecuencia, tén-gase por entregada la cosa, poséala el comprador; y el vendedor deje de poseer; y de esta manera puede declarar el Notario en el instrumento «tradió» (*traditit*), porque la posesión se traspasó al comprador por aquellas palabras: «Me constituyo poseedor» en tu nombre; el vendedor, en efecto, únicamente la perdió *solo animo*, y fue adquirida por el comprador, a sabiendas y queriéndolo—el vendedor— (*scienti et volenti*)... Igualmente se exige conocimiento y voluntad en quien ad-quiere—se entiende en el comprador como en el vendedor.

2. Más adelante vuelve a insistirse en la referencia a «estando la cosa presente». «¿Se adquirirá posesión siempre que el objeto esté a la vista y haya ánimo de adquirir? Responde ACURSIO negativamente, pero se ha de distinguir: o las cosas se consideran derelictas, o vacantes, o por nadie poseídas, o no pertenecen a nadie, o están en poder de otro.

En el primer caso, nadie empieza a poseer sino por el tacto o por la posesión corporal. En el segundo, basta la mirada de los ojos, si la cosa está presente y hay *affectus animi*. Y la razón es porque en este caso concurren el consentimiento del que entrega y del que adquiere...

Igualmente adquirimos en muchos casos la posesión y el dominio sin la aprehensión corporal. Principiemos por el que señala el texto; por ejemplo, cuando lo que yo poseo en mi nombre resuelvo poseerlo en nombre ajeno y hago poseedor a otro por ministerio mío; posee la persona en cuyo nombre se posee...

Ahora se han de estudiar los tres modos o formas de los que sue-len servirse los Notarios en los instrumentos de compra o con ocasión de compra.

Primeramente, tratemos de la fórmula que señala el texto, cuando la cosa vendida no está a la vista; en este caso recurrirás a lo que consigna el texto con estas palabras: *quam rem constituit se nomine eius possidere, etc.*; por ellas el comprador adquiere la posesión, porque, como se dijo, él posee en nombre de quien posee; pero si para mayor cautela el mismo comprador hubiera querido tener corporal aprehen-sión, redactarás un instrumento público, que escribirás de esta manera: «Habiendo vendido Antonio a Conrado una parcela de tierra sita en tal lugar, dentro de tales confines, y habiendo resuelto poseerla Anto-nio en nombre de Conrado hasta que éste hubiere recibido la posesión corporal de la misma, dándole autorización para aprehenderla por su propia autoridad; como se evidencia en este instrumento escrito por mano de tal Notario, el mismo Conrado aprehendió, bien por autoridad propia, bien por licencia y poder dado a él por el vendedor».

Cuando el vendedor estuviere presente, añadirás: «Por voluntad

del vendedor, allí presente, tomó posesión corporal de la misma cosa, entrando corporalmente a la misma tierra, tomando algo de la tierra y sus plantas, afirmando y protestando que él poseía desde ahora, no solamente con el cuerpo, sino también con el ánimo».

Cuando la cosa se vendiere a la vista, entonces se escribirá en el instrumento de venta un capítulo sobre la posesión, de esta manera: «El mismo vendedor entregó allí mismo al propio comprador la posesión de la cosa en presencia de mí, el Notario, y de los testigos firmantes, y colocándole en las manos la puerta de la propia casa e introduciéndolo en ella corporalmente; y el comprador, aprehendiendo corporalmente la misma posesión, afirmó y protestó que él, desde este momento, poseía no solamente *corpore*, sino también *ánimo*».

El texto que, en cierto modo, se ha extractado, es mucho más ilustrativo si se lee completo (desde la pág. 30 hasta la pág. 40). Queda claro del mismo que, en principio, entregar (*tradere*) es *inducción a la posesión*, sin perjuicio de que también se interprete como transmisión de la propiedad. Por otra parte, a efectos de transmisión de la posesión se distingue según que la cosa *esté presente* ante el Notario, comprador y vendedor, para lo que basta que esté a la vista, o que la cosa *no esté presente, no esté a la vista*, del Notario, comprador y vendedor: en el primer caso procede la tradición por entrega real a que se refieren los modos o formas segundo y tercero a que alude ROLANDINO; en el segundo procede la tradición, traspaso posesorio, por *constituto posesorio*, aunque en este caso, si bien se entiende transmitida la posesión y la propiedad, puede aclararse la escritura, según la primera de las formas aludidas por ROLANDINO, en el sentido de que el transmitente la posee en nombre del adquirente hasta que éste hubiere recibido la posesión corporal, quedando autorizado para aprehenderla, bien por su propia autoridad, bien por licencia y poder dado a él por el vendedor.

Por tanto, los glosadores refieren la presencia o la ausencia de la cosa a la presencia ante el Notario, en cuyo caso procede la entrega *real*, o a la no presencia ante el Notario, y en este caso, por voluntad de las partes, procede la entrega por *constituto posesorio*, sin perjuicio de la posterior toma de posesión corporal.

Al caso de presencia se refiere el D. 6,1,46, y al caso de no presencia se refiere el D. 6,1,47.

El D. 6,1,47, como el D. 39,5,6, citados por IHERING en apoyo de su tesis, *no* se refieren por los glosadores a la cesión de la acción reivindicatoria, sino a la importancia de la voluntad del propietario para que, por su consentimiento, se transmita la propiedad.

Aparte del D. 6,1,47, merecen también consideración especial los *otros fragmentos* que se citan en apoyo de la necesidad de la toma de

posesión por el cesionario de la acción reivindicatoria para que adquiera el derecho de propiedad.

1. IHERING cita el D. 39,5,6, anteriormente transcrito en latín y traducido. Pero en este caso, que es de donación de la piedra que el donatario extraiga del campo del donante, parece claro que se trata de una toma de posesión por acto del adquirente, previa puesta a disposición por el donante de la cosa propia, *por él poseída*; es decir, se trata de una forma de entrega (que el texto llama *cuasi traditio* o *quodammodo traditione*, porque no es la simple entrega manual, de mano a mano), que determina la adquisición de la propiedad por el donatario, tan pronto como extrae la piedra del campo del donante (toma de posesión), con la voluntad del propietario donante. Hay que insistir en que no se trata de un supuesto de cosa no poseída por el donante y que se quiere resaltar la importancia de la *voluntad* del transferente.

2. También se cita el D. 18,4,21, anteriormente transcrito con su traducción (al que se refiere NÚÑEZ LAGOS a este respecto, como se verá más adelante), fragmento incluido en el título que trata de *hereditate vel «actione» vendita*. En este caso se trata de una cosa no poseída por el vendedor, que el *vendedor* ha reivindicado, pero que el poseedor ha adquirido por *litis aestimatio*: no es el comprador el que ha reivindicado, porque para ello no se le ha cedido la acción reivindicatoria (aún no tenía, *ex lege*, una *actio utilis*), y el vendedor debe responder por la *cosa*, no por la estimación obtenida por ella. Pero el vendedor que perdió sin culpa la tenencia de la cosa vendida, en vez de reivindicar él, debe ceder su acción, no la cosa, y en tal caso, si el poseedor adquiere por *litis aestimatio*, el comprador recibirá la estimación de la cosa. Por analogía, se dice, el vendedor debe entregar el solar (lo que queda) de la finca, si se incendió el edificio: si perdió la posesión, debe entregar lo que le queda, es decir, la acción reivindicatoria.

En este texto para nada se alude a que el cesionario adquiera la propiedad al obtener la posesión; más bien, al contrario, como propietario de la cosa, recibe su precio, la *litis aestimatio*, del demandado poseedor que se la compra. Pero *la cesión de la reivindicatoria se configura como cesión de «lo que queda» de la cosa*.

De los textos considerados puede también deducirse lo siguiente: el Derecho justiniano, bajo la apariencia de una adquisición por *litis aestimatio* clásica, que resulta procesalmente inaplicable, se refiere a una verdadera compra, del demandado que perdió la posesión por su culpa, al demandante no poseedor (al demandar). En consecuencia, las *dispo-*

siciones referentes a este supuesto procesal son aplicables a toda compraventa cuando el vendedor no es poseedor y hay un tercero poseedor.

En aquel supuesto procesal, el demandado que paga la «*litis aestimatio*» tiene acción «*in rem*», denominada quasi Publiciana o Publiciana utile, contra el poseedor, incluso contra el vendedor que después de vender obtuvo la posesión, lo que implica que es propietario. Por tanto, cuando el vendedor no es poseedor, el comprador, si paga el precio (o éste se aplaza o se garantiza el pago), adquiere la propiedad y puede ejercitar la misma acción.

IHERING, en su estudio, daba por supuesta la primera deducción, pero en cuanto a la segunda opinaba, en cambio, que implicaba un supuesto de cesión presunta legalmente, y así la acción debía considerarse cedida—con los efectos normales de toda cesión—y, además de pagar su precio, era necesario obtener la posesión de la cosa para obtener la propiedad de la misma.

Vista la argumentación de CARRELLI, y teniendo en cuenta que su resultado es conforme a la opinión dominante recibida desde la Glosa, se aprecia claramente el conceptualismo y la falta de perspectiva histórica de que adolece el estudio de IHERING.

Por lo demás, el *parágrafo 931 del Código Civil alemán*, al regular la cesión de la acción reivindicatoria como sustitutivo o sucedáneo de la entrega o tradición, recoge la solución tradicional y rechaza la de IHERING, en cuanto no exige la toma de posesión para la obtención de la propiedad. Dicha solución tradicional es la del Derecho español, como se verá (104).

(104) Quizá convenga, para aclarar algunas posibles dudas, hacer una referencia a la acción Publiciana, en relación con esta cuasi Publiciana.

La acción Publiciana originaria era una acción pretoria, concedida al *propietario bonitario* en el supuesto de hecho de compra y tradición de *res Mancipi*, sin mancipación, cuando aún no ha transcurrido totalmente el plazo para la adquisición de la propiedad quiritaria por usucapión. Es una acción útil, pero con nombre propio; es una acción ficticia, fundada en una ficción, para salvar el formalismo de la *mancipatio*, la de que ha transcurrido el plazo para la usucapión, de modo que considera un supuesto de usucapión pendiente como un supuesto de usucapión consumada y a un poseedor *ad usucapionem* como si fuera propietario. Se dirige contra un poseedor fundado en supuesto de hecho de inferior estimación jurídica.

Mediante la Publiciana originaria el poseedor usucapiente podía exigir de todo tercero poseedor la restitución de la cosa, pero no del propietario civil, pues éste se podía defender frente a la ficción de la usucapión oponiendo la existencia de su derecho (*exceptio iusti dominii*). Pero si el propietario civil era el mismo que había enajenado a favor del poseedor usucapiente (o era su sucesor), contra la *exceptio iusti dominii* se podía replicar alegando la enajenación por él mismo (o por su antecesor) (*replicatio rei venditae et traditae*, o *replicatio doli* si la cosa había sido adquirida no por compra). Después de toda esta alegación de causas y contra causas acaba por prevalecer, como más fuerte, la situación honoraria del poseedor usucapiente y el propietario civil tenía que restituir la cosa. Su propiedad, materialmente, carecía de contenido: *nudum ius Quiritium* (Gayo, 1,54); el propietario real

Anteriormente se ha hecho referencia al origen de la acción *quasi Publiciana* y al de su denominación, absurda en el Derecho clásico, en el que no se conocen acciones útiles de otras acciones útiles, pero explicable en el Derecho postclásico, que suele denominar útiles a acciones nuevas creadas para supuestos que estima semejantes a otros, pero sin recurrir a la «ficción», propia exclusivamente de las acciones útiles o ficticias del Derecho formulario clásico: la acción *quasi Publiciana* no es una acción útil o ficticia de la acción *Publiciana*. La acción *Publiciana* no ha de considerarse acción básica de la acción *quasi Publiciana*.

La denominada acción *quasi Publiciana* o *Publiciana utile* es la acción del propietario, la *pretensión de propiedad*, fundada en el supuesto de hecho de la venta por el propietario no poseedor y del pago del precio, dirigida a obtener la posesión que no se ha obtenido por tradición. La acción reivindicatoria típica fundada en una enajenación es la acción del propietario, la pretensión de propiedad, fundada en la *traditio ex iusta causa* o en la *usucapio* y dirigida a recuperar la posesión.

Con cierta licencia de lenguaje, por no ser una acción ficticia y por el antedicho origen de su denominación, quizá podría decirse, usando un símil, que se concede como si hubiese cesión expresa de la acción reivindicatoria, y también que es una de las llamadas «cesiones legales» o cesiones presuntas legalmente, siendo cuestión aparte la de que no exija la toma de posesión y sí, en cambio, el pago del precio (o su aplazamiento o garantía).

VALIÑO

El estudio de CARRELLI ha de completarse con el de las *acciones útiles* del Derecho romano en relación con la distinción medieval entre

era el propietario bonitario o propietario según el Derecho pretorio, quien para el *ius civile* era poseedor usucapiente frente al propietario civil o quiritarario (JÖRS-KUNKEL, p. 204).

Aparte de que la fórmula ficticia finge transcurrido el plazo de la posesión, en lo demás sigue el modelo de la *reivindicatio*. Por esto, en ocasiones, se la llama *vindicatio utilis*.

El supuesto de hecho de la *Publiciana* originaria desapareció con la *mancipatio*, por lo que ya no subsiste en el Derecho justiniano.

La *Publiciana* se concedió, además, en el supuesto de venta por el *no propietario* a un comprador de buena fe cuando aún no ha transcurrido el plazo para la adquisición por usucapión, por analogía con el supuesto originario, en cuanto ambos son supuestos de protección a un poseedor usucapiente, *ex iusta causa* y *bona fide*. Esta *Publiciana* subsiste en el Derecho justiniano.

Ahora bien, la *Publiciana* originaria favorecería también al *dueño quiritarario*, en tanto concurrieran en él los supuestos de la posesión *ad usucapionem*, evitándole las dificultades inherentes a la prueba de la *reivindicatio*. (Según MAX KASER—página 128—, para el Derecho alemán actual, véase el parágrafo 1.007.)

acción directa y acción útil y con la eficacia de la *denuntiatio* en la cesión de acciones personales (105).

Según VALIÑO, *acciones útiles*, propiamente dichas, son las acciones pretorias, con base *in ius*, que se identifican con las llamadas *actiones ficticias sin nombre propio*, pues las que lo tienen no suelen ser designadas como útiles. Así ocurre con la acción *Publiciana*, aunque en algún pasaje se dice *quae ad exemplum vindicationis datur* (D. 44,7,35, pr.), expresión utilizada a propósito de las acciones útiles, y en otro se la califica, a pesar de tener un nombre propio, como *actio utilis* (D. 16, 1,8,8). Aduce, además la opinión de BETTI, de que la *actio Publiciana* es una *vindicatio utilis*.

Es ya doctrina pacífica y generalmente aceptada, a partir de un trabajo del profesor GARCÍA GARRIDO (AHDE, 1957-58), que la ficción es un recurso jurídico que deriva de la ley pública o del Edicto pretorio, pero nunca de la jurisprudencia, que carece de potestad (disintiendo en esto de otros autores, como MAX KASER). Aun cuando en algunos casos pudiera parecer que una acción ficticia—o, lo que es lo mismo, útil—es una creación jurisprudencial porque su texto se atribuye a un jurista, ello quiere decir únicamente que éste la sugirió al Pretor para ser incluida en aquella fecunda vía del progreso jurídico que era el Edicto Pretorio anual.

Las acciones básicas que aparecen como útiles son todas ellas acciones *in ius conceptae*, cuyo formalismo trata de salvar el Pretor, en determinados casos concretos, ordenando al Juez que se sirva de ficciones, pues la existencia de éstas presupone, necesariamente, un obstáculo del *ius civile* que debe ser evitado para alcanzar una solución más justa. (Está muy extendido el error de que la base de una acción útil puede ser una acción pretoria: así, KASER, WENGER, etc.).

Las acciones *in factum* son concedidas por el Pretor, en su Edicto o por *decretum* (normalmente, contra el autor de un hecho doloso que se estima digno de sanción), sin que los medios judiciales tengan una acción básica en la que puedan apoyarse; es decir, el Pretor las concede como un complemento de otras acciones edictales, pero sin que su fórmula tenga en principio nada que ver con la de aquéllas. No resulta imaginable que una acción *in factum* se extienda a un nuevo caso,

(105) Es de gran interés el reciente estudio del Catedrático de Derecho romano EMILIO VALIÑO sobre *Acciones útiles* (Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona 1974), quien cita los artículos del fallecido CARRELLI sobre distintas acciones ficticias, que quizá eran un primer contacto con el tema general de las acciones útiles, que le sugirió su maestro ALBERTARIO, y dice que el primer estudio serio fue el que ALIBRANDI, insigne romanista italiano de las últimas décadas del siglo pasado, precursor del método histórico-crítico, publicó en 1870 (*Delle azioni dirette ed utili*).

pues lo más práctico es que para éste dé el Pretor otra *actio in factum* distinta.

VALIÑO clasifica las acciones útiles atendiendo a la función que en cada caso cumplían: *restitutio in integrum*, extensión de la legitimación, traslado (incluyendo, entre otras, las acciones derivadas de una cesión), etc. Este punto de vista—dice—es más unitario que el de clasificarlas en razón de la acción básica subyacente—acción directa en la terminología actual—, puesto que, ordinariamente, la función es de más fácil detección que la acción básica extendida y que la fecha de creación de las acciones útiles. Por otra parte, su respectiva función es determinante de su creación por el Pretor.

Respecto a las *acciones útiles derivadas de una cesión*—dice—, es sabido que la cesión de créditos del Derecho clásico sólo fue posible a través del procedimiento indirecto de la *procuratio in rem suam*, uno de cuyos inconvenientes era el de que únicamente a partir de la *litis contestatio* quedaba independizado el cesionario de la eventual revocación por el cedente. Pero se reconoce, casi con absoluta unanimidad, que a partir del Emperador Antonino Pío se produjo un cierto reconocimiento de la posición autónoma del cesionario, que permitió un posterior desarrollo a través de diversas constituciones imperiales del siglo III d. C. Según una de ALEJANDRO SEVERO (C. 4,39,5), corresponde al comprador de una herencia utilizar las acciones cedidas con el mismo derecho que el vendedor, aun cuando se creyó oportuno (*placuerit*) que se le concedan también acciones útiles contra los deudores hereditarios.

En este fragmento aparecen combinados los dos medios judiciales de que se sirvió el Derecho romano para instrumentar la cesión de créditos: primero trata el texto de las *acciones cedidas* (*actiones mandatae*), que se harían efectivas a través de la *procuratio in rem suam*, y que serían las mismas acciones de las que era titular el causante—acción directa—, que se transmitían, mediante transposición de personas, al cesionario, quien las ejercitaría *alieno nomine* (en la *intentio* de la fórmula figura el nombre del representado, pero en la *condemnatio* aparece el nombre del representante, que asume así el resultado del litigio fijado en la *litis contestatio*); luego se habla de *acciones útiles*, como de algo diverso de las *actiones mandatae*, lo que parece indicar incluso que ambos medios procesales coexistieron—técnica no infrecuente en las instituciones romanas—hasta que llegó un momento en que la mayor ventaja de las acciones útiles acabó por desplazar el régimen de las *actiones mandatae*, que tenían todos los inconvenientes del contrato de mandato, que resultaba forzado en su aplicación a relaciones diversas de aquellas para las que había nacido. En todo caso, de esta constitución

—todavía de época clásica—no se desprende que se llame a las *actiones mandatae* acciones útiles, sino que, por el contrario, se trata de ambas categorías como si fueran *diversas*: este argumento textual es prueba bastante en contra de buena parte de la doctrina que cree que las acciones con transposición de personas son acciones útiles, como WENGER (el colaborador de JÖRS KUNKEL en Derecho procesal), aunque este prejuicio viene de antiguo.

Según un texto importantísimo dentro del tema (D. 3,5,46,47, PAULO, 1 sent.), literalmente, no tiene importancia el que uno reclame o sea reclamado por la acción *directa* o por la acción *útil*, porque en los juicios tramitados *extra ordinem*, en los que no se observan las características del procedimiento formulario clásico, ya no se tiene en cuenta tal sutileza, especialmente porque ambas acciones tienen el mismo alcance y *producen el mismo efecto*. El recopilador de las *Sententiae* se expresa inequívocamente en el sentido de que dentro del marco del procedimiento cognitorio no tiene ya ningún sentido el mantenimiento de una distinción entre acciones directas y útiles, puesto que en la *cognitio extra ordinem* no se aplica el procedimiento formulario, único en el que podía tener validez aquella distinción. El texto y su contenido pertenecen a la primera etapa posclásica, y ofrecen un testimonio importantísimo para la comprensión de los demás pasajes referentes a las llamadas acciones útiles cognitórias posclásicas, creadas después de la compilación del Edicto por SALVIO JULIANO, en los que la mención de útiles sólo es comprensible desde un punto de vista diverso del que está presente en el procedimiento formulario; ya no tiene sentido que se hable de ficción, sino que el término *utilis* se utiliza como medio de ampliar el contenido primario de la acción cognitoria a un supuesto nuevo.

No se conoce bien cómo eran las acciones cognitórias, pero parece bastante probable que en una primera etapa fueran bastante semejantes a las fórmulas edictales, aunque tramitadas procesalmente de un modo diverso, ante el Magistrado con funciones judiciales, sin la clásica distinción entre la actuación ante el Pretor y ante el Juez. En el caso de acciones cognitórias útiles se trataría, o bien de acciones análogas a las de uso normal, pero con alguna diferencia en el campo de aplicación, que es lo que hace que se las designe como útiles, o bien de acciones nuevas, en el sentido de que no tienen precedente en el sistema formulario o, si lo tienen, la nueva acción cognitoria difiere en algún elemento esencial de la civil.

Para la mentalidad posclásica, en general, tanto la «*actio utilis*» como la «*actio in factum*» son expedientes de relleno, de carácter supletorio, que pueden concederse en todos aquellos casos en los que falte

una acción especial exactamente aplicable al caso controvertido, y en todos estos casos el nuevo expediente se fundamenta en consideraciones de equidad o de justicia que *justifican la aparición de las «nuevas» acciones*. Todas esta serie de circunstancias favorece el uso indiferente en algunos fragmentos de las locuciones *in factum* y *utilis*, e incluso de ambos términos superpuestos, lo que constituye siempre un indicio de reelaboración postclásica. Los autores postclásicos y el propio JUSTINIANO introdujeron acciones útiles en contextos en los que los Juristas clásicos probablemente se limitaban a negar la existencia de un medio judicial.

Así, según un texto de la *Collatio* (Coll. 10,7,8), que es una fuente no justiniana, en un supuesto de doble depósito, es decir, en un caso en que quien había recibido las cosas en depósito las entregó en la misma condición a un tercero, el primer depositante dispone de una *actio depositi utilis*, y el segundo, o sea, el primer depositario, de la acción directa, de modo que el primer depositante dispone, aparte de la acción reivindicatoria, de una *actio depositi utilis* contra el segundo depositario. Esto está relacionado con la idea que expresa AFRICANO, en un texto del *Digesto* (D. 13,3,13), de que el primer depositario está obligado a ceder las acciones (*praestare acciones*) al depositante para que éste reclame del segundo depositario; como la cesión de acciones en el Derecho formulario se realiza según los esquemas del mandato *in rem suam*, en dicho caso no se necesitan acciones útiles, porque las acciones son con transposición de personas. El pasaje de AFRICANO representa el Derecho clásico formulario, pero el texto de la *Collatio* sólo es un indicio del tipo de cesión presunta o legal en términos de procedimiento cognitorio, que tomó como base las decisiones imperiales en los casos de acciones útiles cedidas voluntariamente para llegar a la configuración de una cesión presunta o legal en supuestos como el de la *Collatio* cuando ya había dejado de practicarse, desde hacía mucho tiempo, el *praestare acciones* en sentido clásico.

La diferencia existente entre las dos formas de cesión, que se tramitan según el procedimiento cognitorio, quizá radica en que en la cesión *voluntaria* se produce un acto expreso de transmisión de acciones al cesionario, mientras que en la más tardía cesión *presunta* la acción pasa al cesionario con plena independencia de la voluntad del titular de la acción directa y del legitimado pasivamente con la misma acción, siendo de este último tipo la solución de la *Collatio*.

Hay otros casos de cesión legal en los textos justinianos. Pero aquí interesa, sobre todo, una *constitución de JUSTINIANO* (C. 4,39,9, del año 530), que dice así: «El Emperador Justiniano, Augusto, a Juan, Prefecto del Pretorio; es de derecho cierto e indudable, que a la ma-

nera que aquel que hubiere comprado una acción personal se le concede que la promueva útilmente en su nombre, puede usar de la misma facultad también el que hubiere comprado una acción real. Porque, como el nombre de acción es general para todas las acciones, ya reales, ya personales, y en todos los antiguos autores de Derecho sea evidente este nombre para todas, no hay nada que pueda introducir diferencias en las acciones útiles de esta naturaleza. Dada en Constantinopla, las calendas de noviembre, bajo el Consulado de Lampadio y de Oreste, varones esclarecidos (530)». (Véase transcripción del texto en latín) (106).

Según VALIÑO, *concede acción útil al comprador de una «actio in rem»*, aunque al comienzo del fragmento se designa con el adverbio *utiliter*, lo que prueba hasta qué punto era indiscriminada en aquella época una u otra designación, y establece, además, una equiparación, a efectos de su ejercicio, entre las acciones personales útiles y las acciones reales útiles, puesto que ya no había ninguna diferencia entre las acciones útiles personales y reales.

Del texto resulta que *el comprador de una acción real, que pagó el precio, sin ningún requisito de forma esencial o de eficacia, tiene útilmente la misma acción vendida, que se le concede la promueva útilmente, en su nombre*, a la manera que al comprador de una acción personal se le concede que la promueva útilmente, en su nombre, no *in rem suam* pero *nomine alieno*, y también del texto resulta que el comprador de una acción personal y, lo mismo, el comprador de una acción real, tienen la misma facultad de promover la acción útilmente, en su nombre, pues no hay diferencia entre el ejercicio de las acciones útiles personales o reales.

Esta constitución del Código de JUSTINIANO puede decirse que *es el texto fundamental para el tema de este estudio*, en el que se inspira el Derecho recibido por los glosadores y el Derecho español tradicional, continuado por el Código Civil vigente (art. 1.526 y sigs.).

CONCLUSIONES SOBRE EL ORDENAMIENTO JUSTINIANO

Ahora bien, en el ordenamiento justiniano parece procedente relacionar la denominada acción *quasi Publiciana* o *Publiciana utile* (D. 6,1,63), estudiada por CARRELLI, y la acción útil del comprador de una acción real, reivindicatoria (C. 4,39,9), considerada por VALIÑO.

Ambas son *acciones reales*; ambas se denominan *acciones útiles*,

(106) Este texto es citado por IHERING y por WINDSCHEID, quien lo referencia en un apartado independiente (c) respecto de los otros textos que cita, es decir, de los que pueden ser considerados en relación con la *litis aestimatio*.

pero una y otra proceden del Derecho postclásico y, por tanto, no son acciones útiles o ficticias en el sentido estricto del Derecho clásico; y ambas *se conceden en supuestos de venta por el propietario no poseedor*: la *Publiciana utile* en el supuesto de venta, consecuente a un proceso, de una cosa por la que se ha pagado como precio la denominada *litis aestimatio* (aunque ésta es propia del proceso clásico y no del justiniano); la *reivindicatio utilis*, en el supuesto de venta con precio pagado de la acción reivindicatoria.

En el primer caso es claro que el vendedor y el comprador conocen, no ignoran, que la cosa está en posesión de un tercero poseedor, y el precio se ha pagado, procesalmente. En tal supuesto, el precepto (la norma) considera que hay voluntad o convenio de cesión de la acción reivindicatoria; sería absurdo, y no sólo por economía procesal, que quien pagó la *litis aestimatio* tuviera que pedir judicialmente la cesión de la acción reivindicatoria; sólo en tal sentido se puede considerar que hay una cesión legal o, si se quiere, una cesión presunta. En este caso (D. 6,1,63), el comprador adquiere la propiedad de la cosa—puede decirse—*en virtud de la compraventa (con precio pagado), sin más*. El comprador, como propietario que es, puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor usucapiente, y obtener la posesión de la cosa de la que ya antes era propietario.

En el segundo caso, objetivamente, se contempla el supuesto de que la cosa está en posesión de un tercero poseedor, porque, textualmente, se vende la acción, reivindicatoria; en cuanto al precio, ha de considerarse que el precepto presupone su pago, pues, conforme al Derecho justiniano, no se transmite la propiedad de la cosa sin haber pagado el precio de su compra, a menos que se aplace el pago o se garantice, matiz que a veces se ha omitido y se omitirá en la exposición que sigue. En este caso (C. 4,39,9), asimismo, puede estimarse que el comprador adquiere la propiedad de la cosa *en virtud de la compraventa (con precio pagado), sin más*. El comprador, como propietario que es, puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el poseedor y obtener la posesión de la cosa de la que ya antes era propietario.

1. Según el *conceptualismo de la doctrina alemana del período pre-codificador*, en ambos casos (D. 6,1,63 y C. 4,39,9) la compraventa lleva consigo, al menos tácita o implícitamente, el acuerdo de transmisión de la propiedad y, además, el acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria. Según ambos textos, en el supuesto de venta por el propietario no poseedor (con precio pagado), el comprador adquiere la

propiedad por el contrato de compraventa y por el acuerdo de transmisión de la propiedad, mediante el acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria, acuerdos ambos implícitos en el de compraventa, normalmente.

Esta es, en definitiva, la solución adoptada por el Código Civil alemán en su parágrafo 931 cuando el comprador conoce que el vendedor no es poseedor, que hay un tercero poseedor usucapiente, y puede entenderse que consiente o se conforma con la cesión de la acción reivindicatoria, «renunciando» a la entrega real.

En el caso del comprador que desconoce o ignora que el vendedor no es poseedor, resulta más aventurado considerar existente, implícito, tácito o presunto, aparte del acuerdo real de transmisión de la propiedad, un acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria. Se plantea una cuestión de interpretación del acuerdo de voluntades (compraventa, más acuerdo real, más acuerdo de cesión, en su caso) y, prácticamente, entonces, el comprador decide si opta por renunciar o no a la entrega real.

Esta exposición conceptualista germánica considera que, donde parece existir solamente un contrato de compraventa, existe un complejo de acuerdos: contrato de compraventa, más acuerdo real, más acuerdo de cesión.

2. En cambio, según la *interpretación tradicional del Derecho común*, sólo existe un contrato de compraventa—en el que no se distingue un acuerdo obligatorio (contrato) y un acuerdo dispositivo (acuerdo real)—, que tiene por objeto la transmisión de una cosa (poseída por el vendedor) o, eventualmente, la cesión de la acción reivindicatoria, que «representa» el derecho de propiedad de una cosa no poseída por el vendedor propietario.

En el supuesto de que el comprador desconoce la falta de posesión del vendedor, si no se le entrega la cosa o sólo hay entrega aparente, porque pierda la posesión por acción posesoria (evicción de posesión), pero tiene pagado el precio (o se ha convenido su aplazamiento o garantía), ha adquirido el derecho de propiedad y puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor. La compraventa, con precio pagado, transmite el derecho de propiedad, mediante tradición si el vendedor es poseedor, o por «cesión legal» de la acción reivindicatoria si hay un tercero poseedor.

10. DENUNTIATIO

Los estudios de CARRELLI y de VALIÑO explican el Derecho romano tal como hoy se conoce, y demuestran algunos errores de los pan-

dectistas alemanes en su interpretación de aquél, errores que no trascienden al Código Civil alemán, quizá porque éste se atiene más a la realidad económica que a la teoría doctrinal, pero que no hacen innecesario precisar, respecto al Derecho común de la precodificación, el alcance de la distinción entre acción directa y acción útil, así como la eficacia de la *denuntiatio*, sobre todo en cuanto las conclusiones sean aplicables al Derecho español.

Los *glosadores*, como puede verse en la Suma de ROLANDINO, formularon una distinción entre acción directa y acción útil, respecto de un mismo objeto de derecho, personal o real, en los supuestos de cesión de acciones (107):

La acción directa, que puede cederse, pero sólo en el sentido de que la cesión es una *procuratio in rem suam* y el cesionario sólo puede ejercitar la acción en nombre del cedente, aunque en interés propio (108).

La acción útil, que corresponde *ex lege*, a modo de cesión legal, que el titular de la acción útil ejercita en nombre propio y, desde luego, en interés propio.

Caso de venta de la acción, se concede *ex lege* al comprador la acción útil, sin perjuicio de que se ceda expresamente la acción directa, en el sentido de que se designe al comprador como mandatario del vendedor, en interés propio.

Esta distinción entre acción directa y acción útil, referidas ambas

(107) NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL: *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, Madrid 1953, pág. 74.

«Los postglosadores y prácticos son los autores de las más audaces mixtificaciones. Pero así se formaron los grandes dogmas del Derecho civil moderno.

Los romanistas contemporáneos van construyendo el auténtico Derecho romano. Los resultados de su labor arqueológica y erudita son muy notables. Por otra parte, los germanistas, con menor rigor crítico y algo más de fantasía, van reconstruyendo el primitivo Derecho germánico. Queda por alumbrar el Derecho germánico implícitamente contenido y absorbido por los juristas a partir de los siglos XI y XII; esto es, el Derecho germánico, vivo e inderogable en la Baja Edad Media y en el Renacimiento, y el Derecho romano germanizado. Tal vez sea esto lo que pretenden los investigadores del Derecho romano popular.»

Lo cierto es que como Derecho romano se denominan realidades no unívocas.

El Derecho romano clásico y el justiniano, tal como hoy se conocen uno y otro, así como su evolución.

El Derecho romano recibido, el que se conocía en el Medievo, con sus distintos criterios interpretativos coetáneos.

El Derecho romano común del período precodificador, tal como se aplicaba generalmente, con algunas variantes territoriales y de opinión.

El Derecho común según las interpretaciones puristas de los pandectistas inmediatamente anteriores a la codificación.

De todos modos, la codificación supone la ruptura con el Derecho romano, si bien las interpretaciones posteriores aún pueden ser útiles, al menos, para contrastar errores o aciertos de las anteriores.

(108) Según una de las «reglas del Derecho antiguo», «nadie puede ejercitar una acción de la ley en nombre de otro» (D. 50,17,123, pr., Ulp. 14 ed.).

a un mismo objeto de derecho, respecto del cual uno sería el titular de la acción directa y otro el titular de la acción útil, se refería al objeto del derecho de crédito, porque la acción y el derecho personal se consideraban, como personales, intransferibles (*in ossibus inherent*).

Pero la misma distinción se aplicaba al objeto del derecho de propiedad, según criterio de UNZOLA, cuando el propietario no es poseedor, por existir un tercero poseedor, porque se considera que la cosa, el derecho de propiedad sobre la cosa, sólo se transmite mediante tradición, no por simple pacto (109).

Los glosadores, respecto a un crédito cedido, económicamente hablando, y, en este sentido, respecto a un derecho de crédito, distinguían la acción directa, que no puede transmitirse, aunque puede mandarse su ejercicio, y la acción útil, que legalmente corresponde al comprador cesionario.

En el supuesto de posible contradicción de actuaciones por el titular de una y de otra resolvían la cuestión en el sentido de que si el comprador cesionario olvidó presentar denuncia (*denuntiatio*), o sea, notificación para que no se pagase al cedente, éste, si reclamara el crédito al deudor y lo cobrara, liberaría de su deuda al deudor (que pese a la cesión continuaba obligado a pagarle), aunque el cedente quedaba obligado a restituir al cesionario lo pagado o compensado, como se ha visto en la Suma de ROLANDINO.

Por otro lado, en la Glosa, ACURSIO sostiene diferentes posiciones acerca de la denuncia o notificación irregular, como se denomina actualmente al conocimiento que el deudor cedido y los demás terceros hayan podido tener de la cesión.

Las discusiones llegaron hasta el Derecho común anterior a la *codificación alemana*.

Según el punto de vista predominante en Alemania, el de MÜHLENBRUCH y ENNECERUS (110), el crédito sólo se transfería al hacerse una notificación por el cesionario al deudor (*denuntiatio*) o por un acto, a esa notificación equiparado, de aprehensión del crédito por el cesionario, como especialmente la aceptación de pagos parciales o la interposición de la demanda.

Pero esta opinión contradice a una disposición (l. 17. D. transac. 2,15) que sólo otorga al deudor en virtud de un negocio—pago, compensación—concluido con el cedente después de la cesión, una excepción contra el cesionario, si, al tiempo de la conclusión del negocio,

(109) Suma de Rolandino, págs. 197 y 553; ambos comentarios de UNZOLA.

(110) ENNECERUS-LEHMANN, tomo II, vol. 1, pág. 348, n. 1.

el deudor no hubiera tenido conocimiento alguno de la cesión (*propter ignorantiam suam*); además, contradice la l. 16, pr. D. de pact. 2,14 (Cf. también l. 18, pr. D. de pign. act. 13,7).

Por ello, WINDSCHEID, aun siguiendo, en principio, la interpretación de MUHLENBRUCH, defendió la opinión de que el cesionario adquiriría el crédito con la cesión, pero el cedente continuaba siendo, no obstante, acreedor, hasta que el cesionario hubiera aprehendido el crédito, de manera que hasta ese momento *concurrían* ambos como acreedores correales (111). Pero, según ENNECERUS, esta opinión, además de muy artificiosa, contradice la citada l. 17, D.

En el *Derecho francés*, POTHIER entendía que la cesión de un crédito, mientras la notificación no se efectúe, es como la venta de una cosa corporal antes de la tradición, y así, del mismo modo que el vendedor, mientras la tradición no se realice, permanece dueño de la cosa corporal vendida, el cedente, mientras no se verifique la notificación, no deja de estar investido del crédito cedido. En este sentido interpretaba la Costumbre de París, que establecía, en su artículo 8, que «le simple transport—cesión—ne saisit point, et faut signifier—notificar—a partie». De aquí se quiere deducir que la *denuntiatio*, en rigor, hacía las veces de la *quasi traditio* y era un requisito *constitutivo* u orgánico de la cesión (112).

Sin embargo, la opinión de los glosadores parece clara en el sentido de que el acuerdo de cesión, por sí solo, equivale a tradición, no la *denuntiatio* o notificación (113). La venta de la acción implica la cesión de ella, sin acuerdo adicional.

Quizá podría considerarse la notificación (*denuntiatio*) como un acto *exteriorizador* de la *quasi traditio* en que consistía el acuerdo de cesión. Pero cabría oponer que también la *traditio*, como transmisión de posesión, al menos cuando se trata de la tradición real, es una exteriorización del *animus transferendi et accipiendi dominii*, del acuerdo real alemán. No obstante, la equiparación no es plena. La cesión por venta, sin notificación, es indudable que confería al comprador la acción útil, referida al crédito, mientras que la venta de cosa poseída por

(111) La concurrencia como acreedores de cedente y cesionario recuerda la concurrencia de dos acciones, la directa y la útil, con distinto titular.

(112) Según ROCA SASTRE (*ob. cit.*, tomo IV, vol. 2, 6.^a ed., 1968, pág. 792), en opinión de GIRAUD, existe una verdadera transferencia del crédito, realizada no por la convención o acuerdo, sino por éste seguido de la notificación. Esto obedecía, según Giorgi, a que la *denuntiatio* de GORDIANO tendía, sobre todo, a consolidar el derecho del cesionario frente al cedente, no frente al deudor.

(113) ROLANDINO: *ob. cit.*, pág. 541. Así también todos los autores que equiparan la cesión a la tradición, como *quasi traditio*.

el vendedor, sin tradición, no confería al comprador acción útil referida al derecho de propiedad (114).

Claro que la cesión por venta, por sí sola, no extinguía la acción directa del vendedor cedente (115). La cesión por venta implicaba una *concurrencia* de titulares de acciones distintas respecto a un mismo bien económico objeto de derecho: el cedente continuaba siendo titular de la acción directa, el comprador del crédito por cesión legal era titular de la acción útil. Pero la acción útil se consideraba preferente a la acción directa «si se presentan a la vez a contestar la *lite*—a demandar—los dos», el titular de la útil y el de la directa. Si las demandas no se presentaban a la vez, según UNZOLA, «se tendrá en cuenta quién inicia primero la acción», pero, según ACURSIO, «no se prefiere al que llega antes» (116).

No cabe duda de que las acciones *no se consideraban en el mismo plano de igualdad*. La acción directa subsistía pese a la cesión. El cedente de un crédito podía parecer al deudor y a tercero que era titular único del derecho de crédito y podía actuar como titular de la acción directa, liberando al deudor si recibía el pago (o compensación), pero su actuación era *indebida* frente al cesionario, al que debía restituir lo indebidamente cobrado (o compensado).

El vendedor cedente de la acción reivindicatoria podía parecer al tercero poseedor y a otros terceros que era el titular único del derecho de propiedad discutido por el poseedor y podía, como titular de la acción directa, reivindicar contra el poseedor y recibir de él la posesión de la cosa, pero, en tanto en cuanto actuara en interés propio, su actuación era *indebida* frente al cesionario, al que, en su caso, debería entregar la cosa una vez recuperada la posesión, en virtud del contrato de venta-cesión.

La acción *directa*, conforme a lo convenido entre cedente y cesionario, estaba *destinada a extinguirse*, en interés del cesionario, no a subsistir indefinidamente, y la acción del cesionario estaba destinada a realizarse.

1. Desde luego, la acción directa del acreedor cedente se extinguía al interponer la demanda el cesionario contra el deudor (o, por lo menos, al notificarse la demanda), y, del mismo modo, al *notificar*

(114) Aunque el comprador, antes de la tradición, tuviera un *jus ad rem*, que pudiera impedir la transmisión del derecho de propiedad a un segundo comprador. conocedor de la primera compraventa, a pesar de que se le hiciera tradición, o sea transmisión de la posesión de la cosa.

(115) ROLANDINO: *ob. cit.*, pág. 543. los «tres casos».

(116) ROLANDINO: *ob. cit.*, pág. 546, y referencia inicial de UNZOLA a los «tres casos». Al parecer, ACURSIO y ROLANDINO consideran preferente al titular de la acción útil.

la cesión al deudor, o al realizar el deudor un pago parcial al cesionario, «porque éste, por el hecho de pagar, parece haber reconocido la deuda» (117). En tales supuestos, el cedente ya no podía ejercitar eficazmente la acción directa. La transmisión del crédito resultaba eficaz plenamente. La acción del cesionario ya no tenía por qué llamarse acción útil, una vez extinguida la directa.

2. Pero es más: según una opinión fundada (118), aunque no unánime, la acción directa del acreedor cedente se extinguía siempre que el deudor hubiera *conocido* la cesión de la deuda, pues sólo por desconocimiento de la cesión, *propter ignorantiam suam*, quedaba liberado de la deuda si pagaba al primitivo deudor (cedente). Al llegar a conocer el deudor la cesión acordada se extinguía su acción directa y la transmisión del crédito resultaba eficaz plenamente.

Esta opinión implica que *la cesión*—la transmisión—del derecho de crédito y del derecho de propiedad del propietario no poseedor, que tiene la acción reivindicatoria, se realiza, según el Derecho romano recibido (C. 4,39,9 antes citado) y según el Derecho español vigente, *por el contrato de compraventa, sin más*.

a) La posibilidad de que el cedente cobre liberatoriamente del deudor que desconoce la cesión no supone en el cedente la titularidad o cotitularidad del derecho de crédito o la titularidad de una acción directa, sino un proceder indebido por su parte y una negligencia por parte del cesionario, que por ella merece tenga que soportar la consecuencia liberatoria del deudor.

La notificación, judicial o extrajudicial, al deudor le hace conocer la cesión acordada, y si intenta pagar al cedente actúa de mala fe, en el sentido de mala fe-conocimiento (similar al de la falta de buena fe-desconocimiento o ignorancia aplicable en la doble venta y en la usucapión). Siendo así, también el conocimiento de la cesión, aunque no sea mediante notificación, determina la mala fe del pago al cedente, y, por ello, éste es ineficaz para la liberación del deudor.

Con esta interpretación resulta evidente que la notificación no es requisito constitutivo de la *cesión del crédito*, sino, más bien, que el *desconocimiento* de la cesión por el deudor es *condicio iuris* de la eficacia de su pago al cedente, y la notificación es un medio para extinguirla.

b) Respecto a la *cesión de la acción reivindicatoria*, no cabe una plena *aplicación analógica* de esta doctrina en cuanto se considere que

(117) ROLANDINO: *ob. cit.*, págs. 543, 546; los «tres casos».

(118) Según textos citados anteriormente por ENNECERUS.

el tercer poseedor no tiene una obligación que pagar y puede ser un poseedor de buena o de mala fe respecto a cualquier titular del derecho de propiedad, sea el vendedor o sea el comprador-cesionario, pero no por razón de su desconocimiento o conocimiento de la venta-acción. La acción real actualmente no se dirige directamente sobre la cosa, sino que se dirige contra cualquiera que sea su poseedor (*erga omnes possidentes*), y como «nadie puede verse obligado a defenderse de una acción real» (D. 50,17,156 pr. Ulp. 70 ed.), al poseedor le basta, en su caso, con no oponerse a que el demandante tome posesión de la cosa, si bien antes de ser demandado puede dudar a quién debe entregar la posesión, en el supuesto, más bien utópico, de que reconozca libremente no ser propietario y esté dispuesto a cesar en la posesión, y la alegación de tal duda o desconocimiento puede serle de interés a efectos de que no se le impute alguna responsabilidad culpable, por mala fe dolosa o negligencia culposa. Por ello, el mismo IHERING, como se ha visto, estima inaplicable al caso la doctrina sobre la notificación.

Siendo así, hay que entender que la venta-cesión de la acción reivindicatoria, por sí sola, hace al cesionario titular de la acción útil, pero queda pendiente de aclarar la cuestión referente a la subsistencia de la acción directa en el cedente, todo esto según la concepción de los glosadores. Ahora bien, es evidente que la acción directa del cedente, como la del cedente de un crédito, está destinada a extinguirse, no a subsistir indefinidamente, y la acción del cesionario está destinada a realizarse. También es evidente que la acción directa del cedente se extinguía al interponer la demanda el cesionario contra el tercero poseedor (o, por lo menos, al notificarle la demanda), si la sentencia resultaba estimatoria, habida cuenta de su efecto retroactivo, y también desde la entrega, extrajudicial y voluntaria, de la posesión por el tercero poseedor al cesionario, en cuanto implicaba el reconocimiento del derecho del cesionario, análogamente al supuesto de pago total (incluso parcial) de la deuda por el deudor al cesionario, de modo que tenía aplicación, en dos casos, la doctrina de los «tres casos» a que se refería UNZOLA respecto a las acciones personales.

Antes de que ocurriera alguno de estos dos casos, el vendedor cedente, de hecho, podía ejercitar la acción directa, pero, de Derecho, no debía hacerlo en interés propio, pues incumplía la venta-cesión. La situación puede parecer análoga a la del vendedor poseedor que aún no ha realizado la entrega de la cosa, pero se trata de una simple apariencia, pues, como ya se ha dicho, en tal caso la venta sin tradición no confería al comprador acción útil alguna, a diferencia de la venta-cesión, por el vendedor no poseedor, de la acción reivindicatoria. Realmente, la sentencia estimatoria declaraba la adquisición no de una

acción útil, sino del derecho de propiedad, y ésta desde el momento de la venta-cesión, no sólo desde el momento de la incorrectamente denominada *litis contestatio*, al igual que la entrega voluntaria de la posesión por el poseedor al cesionario suponía reconocimiento de un derecho adquirido de propiedad y no el reconocimiento de un simple *jus ad rem* y el cumplimiento de la obligación de entregar realizado en nombre del vendedor cedente (119).

Lo bien cierto es que *actualmente* la notificación no se establece en ningún sistema codificado como requisito constitutivo de la cesión de créditos.

La evolución, mercantilista y civilista, de la cesión y de la notificación conduce a dos sistemas actuales diferentes:

1. El sistema de los *Códigos Civiles francés e italiano* establece que el cesionario no adquiere derechos respecto a terceros, sino mediante la notificación. La cesión transfiere el crédito, pero la cesión no notificada no perjudica a terceros. La notificación publica una cesión ya exis-

(119) Es verdad que los glosadores sólo pusieron dificultades a la solución lógica y económica de los casos de cesión de acciones, por una parte, al exagerar la personalización del derecho de crédito, llegando a admitir, en todo caso, la coexistencia de dos acciones, la directa y la útil, y, por otra parte, al aplicar esta misma solución al derecho de propiedad. Cabe pensar si hubo trasposición de ideas respecto al cumplimiento de las obligaciones del comprador y del vendedor, desde su concepción de la compraventa como cambio de dinero por cosa, de entrega de dinero debido (crédito por compraventa) contra entrega de cosa determinada, y asimilación del pago del precio a la *traditio* de la cosa vendida.

El derecho de propiedad y la enfiteusis medieval aparecen mezclados con instituciones feudales y vinculaciones señoriales, de modo que el derecho de propiedad está en «manos muertas», como derecho prácticamente intransmisible; entonces, la escuela de los glosadores mantiene su opinión del dominio dividido al aplicar, analógicamente, la distinción entre acción directa y acción útil, al asignar la acción directa al dueño directo, al señor censalista, y la acción útil al dueño útil, al enfiteuta. La finca—análogamente al crédito cedido—queda sometida a derechos de dos personas y la pensión enfiteútica, como derecho, va ligada al dominio directo y puede realizarse sobre la finca, y la misma pensión, como deber, va ligada al dominio útil, que comporta el disfrute de la cosa y la obligación *propter rem* del pago de la pensión.

En un cierto momento, la doctrina medieval del dominio dividido estima que ambos titulares de derechos, censalista y censatario, son dueños, aunque después, ante el aumento de las facultades del enfiteuta y disminución de las facultades del antiguo «señor» dueño directo se llega a estimar como único dueño al enfiteuta y al censalista como titular de un derecho real sobre cosa ajena. El que originariamente pudo considerarse dueño único deja de serlo, para pasar a serlo el enfiteuta, al igual que el acreedor originario deja de serlo, para pasar a serlo el cesionario. Aunque en nuestro C. C. aún se configure la enfiteusis más bien como un dominio dividido, la realidad social ha impuesto el tránsito de la propiedad al enfiteuta, paulatinamente, al menos desde la desamortización. Asimismo, la realidad de la vida, sobre todo la mercantil, impuso paulatinamente la desaparición de la distinción entre la acción directa del cedente y la acción útil del cesionario de una acción, personal (crédito) o real (propiedad, en su caso)

tente, con lo cual ésta surte efectos contra terceros, de modo que tiene un valor declarativo, pero que refuerza la eficacia de la cesión. La notificación es instrumento de publicidad.

Para GIORGI son terceros, a estos efectos, todas aquellas personas que, no siendo parte en la cesión, han adquirido antes de la notificación derechos que quedarían disminuidos o destruidos si la cesión tuviese efectos respecto de ellos desde el día que se celebró.

El punto más interesante de este sistema estriba en si la notificación es requisito ineludible o si pueden hacer sus veces otros medios equivalentes. Hay empeñada fuerte controversia acerca del alcance de la notificación irregular, mejor dicho, del conocimiento que el deudor cedido y los demás terceros hayan podido tener de la cesión.

2. El sistema del *Código Civil español* y del *alemán*, en cambio, parece más de acuerdo con la realidad del Derecho anterior a la codificación, en cuanto implica que el crédito se transfiere al nuevo acreedor por el contrato de cesión en el sistema alemán de abstracción causal, por el solo título en el sistema español causal conforme a la tradición medieval.

La notificación es simple medio de vincular al deudor con el nuevo acreedor o cesionario. Instrumento técnico que sólo tiene por objeto poner en conocimiento del deudor, en forma auténtica, la existencia de un nuevo acreedor, con quien deberá entenderse en lo sucesivo. Sólo tiene el alcance o virtualidad de colocar de un modo indudable al deudor en una situación o estado de no ignorancia de la cesión, proporcionándole, a la vez, la seguridad de que en lo sucesivo sólo ha de entenderse con el acreedor que, según su conocimiento, sea actual. Por ello, el deudor notificado que paga al cedente, no paga bien, por haber procedido de mala fe, y el deudor no notificado que paga al cedente, paga bien, por haber procedido de buena fe. Pero *la cesión*, en sí misma, *se opera independientemente de la notificación* (120).

11. LEGITIMATIO AD CAUSAM

Aunque podrían ser objeto de consideración posterior, parece que precisamente en este punto es oportuno hacer referencia a dos cuestiones: la *legitimatio ad causam* del cesionario y la inseparabilidad de la acción reivindicatoria respecto del derecho de propiedad del que deriva.

(120) V. *supra* ref. par. 407 C. C. alemán.

1. Según GÓMEZ ORBANEJA (121), el concepto de legitimación es uno de los conceptos más debatidos y, al mismo tiempo, más confusos del Derecho procesal. El concepto y la palabra no pertenecen al Derecho romano.

Normalmente se emplea el término legitimación para designar dos conceptos distintos: por un lado, la *legitimatio ad processum*, la capacidad procesal (para comparecer en juicio) de la parte—distinta de la postulación del procurador o representante procesal—; por el otro, la *legitimatio ad causam*, la atribución subjetiva, activa o pasiva, del derecho o de la acción sustantiva (significando «causa», la causa *petendi*).

Así, cuando se dice, por ejemplo, que el propietario está legitimado activamente para ejercitar la acción reivindicatoria y que el tenedor o poseedor de la cosa está legitimado pasivamente, no se alude a una condición de admisibilidad del proceso, sino a la existencia de la acción civil; o sea, no se hace referencia al derecho procesal de ser demandante o a la carga procesal de ser demandado, en un determinado pleito, sino al derecho sustantivo que la sentencia ha de declarar en el sentido pedido en la demanda, si, efectivamente, el demandante es propietario.

Pero la doctrina del *proceso común*—con el que tantas analogías guarda nuestra ley procesal vigente—, enfocando erróneamente el problema, aisló casos especiales de *legitimatio ad causam*, para darles, prácticamente, el mismo tratamiento que a la *legitimatio ad processum* del representante de la parte. En ciertos supuestos de titularidad derivada o indirecta, como en la *cesión*, o en la *sucesión* o transmisión de relaciones jurídicas por herencia, creyó posible separar la existencia objetiva del derecho controvertido, de los nexos subjetivos del mismo, o sea, de la causa de la atribución del derecho, de la titularidad, limitando el concepto de *legitimatio ad causam* a la prueba de estos nexos (122).

El razonamiento venía a ser el siguiente: suponiendo que exista el derecho sustantivo (eso lo dirá la sentencia) (123), ¿corresponde a este concreto demandante, contra este concreto demandado? Dado que en los casos de cesión o de herencia son distintas la *fuelle* originaria del

(121) GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO: *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, 8.ª ed, Madrid 1976, págs. 134 y ss.

(122) De tal tendencia ha quedado un residuo en el número 2.º del artículo 503 de la L. E. C., disposición en la cual se confunden, para darles un mismo alcance jurídico, la representación legal y la titularidad en el derecho. Según este artículo, «a toda demanda o contestación deberá acompañarse necesariamente: 1.º El poder que acredite la personalidad del procurador, siempre que éste intervenga. 2.º El documento o documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio, en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación o cuando el derecho que reclame provenga de habérselo otro transmitido por herencia o por cualquier otro título».

(123) Si nació (hecho constitutivo) y si no murió (hecho extintivo).

crédito, o sea, el hecho constitutivo del crédito (por ejemplo, el préstamo), y la *cesión* o sucesión hereditaria, o sea, el hecho del que resulta la titularidad actual del crédito, que empiece el actor por probar, para entrar en el proceso, que es, en efecto, cesionario o heredero (124). Porque si no lo fuese, el derecho podrá o no existir, pero él no tiene ninguna potestad para hacer que se conozca sobre ello.

La consecuencia fue hacer de la prueba inicial de la cesión o de la sucesión (condición o título de cesionario o de heredero) exactamente igual que si se tratase de la prueba inicial de la representación (condición o título de representante) una condición de la validez del proceso. El actor debía aportar con la demanda un medio concluyente de prueba—de la cesión o sucesión—, y si no lo hacía, el Juez, a instancia de la parte contraria o de oficio, podía exigirlo en cualquier momento. El error dependía—como advierte WENZELL—de que, en general, no hay derechos con mera existencia objetiva, y de que, en especial, no cabe imaginar créditos y obligaciones sin un titular del crédito y un obligado. *Actualmente*, el cesionario y el heredero (después de la partición) no deducen en el juicio el derecho del cedente o del causante (o de la herencia)—a diferencia del representante, que deduce en juicio el derecho del representado—y el hecho de la cesión o el hecho de la sucesión o la transmisión hereditaria entra a integrar el hecho constitutivo de la acción sustantiva—hecho que puede ser simple o complejo—, y se distingue radicalmente de la *legitimatio ad processum* del representante, la cual no tiene nada que ver con la fundamentación de la demanda.

De este error inicial, la misma doctrina del proceso común acabó por liberarse unánimemente; su historiador, BETHMANN-HOLLWEG, a lo largo del siglo XIX, dejó para siempre enterrada la teoría de la *legitimatio ad causam* (125).

(124) Que pruebe la transmisión: la sentencia ya declarará la existencia y titularidad del derecho.

(125) «Por lo que se refiere a nuestro Derecho vigente, la jurisprudencia, que hasta estos últimos años no había empleado nunca la palabra—ni el concepto—de legitimación, ha deshecho la confusión del artículo 503, número 2. entre la representación y la causa de pedir. Para esta última debe entenderse que la norma no puede tener otro alcance que la general del artículo 504. El demandante 'debe' acompañar a la demanda el documento que le acredite como cesionario o como heredero, por la misma razón que el documento con que quiera probar el hecho constitutivo originario del crédito. Pero este 'debe' no quiere decir otra cosa que si no lo aporta con la demanda, salvo casos especiales (art 506), no se le admitirá después. Por consiguiente, se trata de una carga, no de una obligación. No significa que no pueda probar por otro medio cualquiera—incluso por el mismo documento, en los casos exceptuados en el artículo 506—el hecho de la cesión o la transmisión hereditaria. Otra cosa significaría tener necesariamente que disponer de una prueba documental o líquida, y precisamente en el momento inicial del proceso. Pero ¿qué norma impide la validez jurídica de la cesión hecha verbalmente o si se

Por otra parte, lo que la legitimación toma en cuenta es la relación jurídica no en cuanto existente, sino en cuanto deducida. Si la relación no existe, o si no nace de ella el derecho correspondiente al actor, cuya declaración pretende la demanda, la sentencia absolverá al demandado, pero el proceso se ha seguido entre partes legítimas (126).

2. NÚÑEZ LAGOS (127), con referencia concreta a este tema, dice que «el proceso romano-canónico se enfrentó con el problema de la personalidad del demandante cesionario de un crédito. En el proceso de reivindicación, al reivindicante—con título—, con independencia de que triunfara o no su acción a través de la *probatio* diabólica, se le tenía por parte legítima en el proceso. ¿Por qué no se podía hacer lo mismo con el cesionario de un crédito?» Porque el cesionario no tenía acción directa, sino, a lo más, una acción útil y una *procuratio in rem suam*—respecto a la acción directa—. Al comienzo del pleito, *in limine litis*, al cesionario—con título—había que tenerlo por parte, pero no por parte legítima, sino legitimada. Se decidía así su derecho a intervenir en el proceso, sin prejuzgar el fondo de la *litis*.

3. En el proceso formulario romano, el cesionario comparecía como *procurator* de la cosa ajena, aunque interviniera *in rem suam*. El proceso romano canónico común trata al cesionario de un crédito como a un representante, en todo caso, tanto si ejercita la acción directa, en nombre ajeno, como representante del cedente, que es el titular de la acción directa (aunque el cesionario la ejercita en interés propio, *in rem suam*), en virtud de cesión voluntaria, como si ejercita la acción útil, en nombre propio, como titular de la acción útil, en virtud de

ha destruido o extraviado el documento probatorio del negocio? La disposición del artículo 1.526 del C. C. se refiere a la validez del pago hecho al cedente, no a las condiciones del ejercicio de la acción por el cesionario. ¿Por qué ha de poderse probar, v. gr., por testigos, el hecho originario del préstamo y no el hecho ulterior de la cesión? Pero, aún más, en muchos casos, la transmisión es un elemento fungible en el fundamento de la demanda, y el actor tanto puede expresarla como omitirla. El que ha adquirido la cosa (por cesión o) por herencia y la reivindica del que la tiene no se funda (en la cesión o) en la herencia, sino en la propiedad. Si resulta de la prueba que, en vez de heredarla, la ha comprado o la ha adquirido por legado o donación, el juez no dejará por ello de estimar la demanda, porque el derecho de reivindicar corresponde al dueño, por cualquier causa que lo sea.»

(126) «En el ejemplo de la acción reivindicatoria, el demandante no dejará de estar procesalmente legitimado por el hecho de no ser el propietario—ni dejará de estarlo el demandado por el hecho de no tener la cosa en su poder—. La legitimación depende, en su lado activo, no de que la cosa pertenezca al actor, sino de que la reivindique como suya; en su lado pasivo, no de que esté efectivamente en posesión del demandado, sino de que la demanda afirme que lo está.»

(127) NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL: *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Madrid 1953, pág. 40, n. 23. *La evolución del principio de publicidad*, conferencia en A. M. N., 1961, separata, pág. 62. *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, 1953, pág. 57, n. 73.

cesión «legal», como si ejercita ambas acciones a la vez, cuando no sólo ha comprado la acción, con lo que *ex lege* tiene la acción útil, sino que, además, se le ha cedido expresamente la acción del cedente, o sea, el ejercicio de la acción directa (128).

12. INSEPARABILIDAD DE ACCIÓN Y DERECHO

En *Alemania*, antes del Código Civil continúa doctrinalmente vigente la distinción entre acción directa y acción útil respecto a la cesión de créditos y respecto a la cesión de la acción reivindicatoria, distinción que es de Derecho sustantivo y no de Derecho procesal, aunque inicialmente tuviera un especial tratamiento procesal a efectos de legitimación *ad causam*.

El Código Civil alemán, según interpretación unánime, identifica la acción o pretensión personal con el *derecho de crédito*, y dispone que se transfiere el derecho de crédito o, lo que es lo mismo, la pretensión personal, por el simple acuerdo de cesión, abstraído del contrato causal, aunque pueda resultar implícito en éste, y que la notificación no es requisito constitutivo de la transmisión del crédito, sino sólo medio técnico para que el deudor no pueda alegar desconocimiento de la cesión. Con esto, legalmente, desaparece la distinción entre acción directa y acción útil, y se precisa la distinción conceptual entre derecho de crédito y pretensión personal.

Ahora bien, respecto al *derecho de propiedad*, la doctrina considera que la pretensión reivindicatoria no forma parte del contenido del derecho, aunque deriva de él. No se discute que, conforme al parágrafo 931 del Código Civil alemán, el propietario pueda transmitir su derecho de propiedad de cosa mueble, cuando no es poseedor, mediante cesión de la pretensión reivindicatoria, derecho que transmite desde el momento del acuerdo de cesión, sin que le reste una acción directa hasta el momento de la toma de posesión de la cosa por el cesionario. Pero se discute si la pretensión reivindicatoria es inseparable del derecho de propiedad del que deriva, en el sentido de que se cuestiona si puede

(128) En el *Formulario de Rolandino* el vendedor, cedente expresamente, dice que cede la acción directa y la útil: *ob. cit.*, pág. 550. «... constituyéndole procurador *in rem suam* y poniéndolo en su lugar; de modo que desde ahora, en su propio nombre, con acciones útiles y directas, pueda accionar contra...»

Las Siete Partidas: «... faciéndole personero, para demandar aquella debda poniéndole en su lugar, e otorgole poderio para demandar aquella debda.» No distingue acción directa y acción útil.

FEBRERO: *ob. cit.*, pág. 625 «... le confiere poder irrevocable para que en su nombre o en el del otorgante los pida... le constituye procurador actor en su propia causa y negocio... le cede todas las acciones que le competan.»

cederse la pretensión de propiedad sin que al propio tiempo sea transmitida la propiedad al cesionario.

a) WOLFF-RAISER reconocen que la *doctrina dominante* afirma esta posibilidad. Citan, en tal sentido, a OERTMANN, GOLDMANN, RAAPE, HECK, HORSTMANN, STAUDINGER-KOBER (129). No citan, en cambio, a ENNECCERUS, quien claramente también mantiene esta opinión (130).

Aquí es conveniente tener presente cuanto para el Derecho alemán expone ENNECCERUS a propósito de las pretensiones y excepciones (131), y, específicamente, lo siguiente:

La propiedad—como los demás derechos absolutos—confiere la facultad general de no ser perturbado en el señorío jurídico, pero esta facultad que se dirige contra todos, esta facultad de prohibición *erga omnes*, no puede calificarse como acción en el sentido del Derecho común ni como pretensión en el sentido del Código Civil alemán, pues en ningún aspecto está sujeta a las disposiciones aplicables a las pretensiones y, en particular, no puede ser cedida y no está sujeta a prescripción.

Distinta de esta facultad de prohibición *erga omnes* es la pretensión de propiedad (pretensión reivindicatoria), que, como toda pretensión real, sólo nace en virtud de la conducta de una persona contradictoria del contenido del derecho de que deriva, o sea, por regla general, en virtud de la violación del derecho de propiedad. La persona del obligado a realizar la acción u omisión en que consiste la pretensión se determina sólo en méritos de esta conducta que vulnera el derecho de propiedad (132).

La pretensión de propiedad no es idéntica a la propiedad en que se funda, ni siquiera como parte del contenido del derecho de propiedad, es decir, no es facultad integrante del contenido del derecho de propiedad.

La *extensión* es diversa, pues la propiedad se dirige *erga omnes*, y la pretensión de propiedad sólo contra el infractor que vulnera el derecho de propiedad.

El *contenido* es diferente, pues la propiedad sólo confiere el señorío sobre la cosa y una facultad de prohibición contra todos, mientras que la pretensión de propiedad vincula al poseedor a realizar la entrega, o sea, a un acto positivo.

Finalmente, en algunos puntos, también es distinto el *trato jurídico*: la pretensión puede extinguirse, al ser satisfecho su titular, o desvirtuar-

(129) Tomo III, vol. 1, par. 67, II, y par. 84, n. 25.

(130) Tomo I, vol. 2, pág. 463.

(131) Tomo I, vol. 2, pág. 457.

(132) *Ob cit*, págs. 194 y 985.

se por la prescripción, mientras que la propiedad subsiste (sic); a veces, en contra de la pretensión de la propiedad puede hacerse valer una excepción (derecho de retención), aun sin tener protección jurídica para obtener la posesión, frente al propietario que se encuentra en posesión de la cosa; la pretensión—dice ENNECCERUS—puede ser cedida, mientras que la propiedad queda en el cedente, sin la pretensión cedida.

Sobre esta última afirmación argumenta ENNECCERUS que, conforme al párrafo 931, la propiedad mobiliaria se traspasa en virtud de la cesión de la pretensión de propiedad—es decir, en virtud de la cesión de la acción reivindicatoria—, pero sólo si media acuerdo acerca del traspaso de la propiedad, por lo que, a contrario *sensu*, entiende que puede cederse sin transmitir la propiedad, cuando no medie tal acuerdo.

VON THUR—sigue diciendo ENNECCERUS—considera excluida la cesión de la pretensión de propiedad sin traspaso simultáneo de la propiedad, ya que entiende que la propiedad y la pretensión de la propiedad no pueden separarse y configura el negocio de ejercicio de una pretensión sin traspaso simultáneo de propiedad como otorgamiento de un poder irrevocable.

Pero opone ENNECCERUS que esto es difícil de conciliar con la ley, pues cuando el párrafo 931 dice que la entrega puede ser sustituida por la cesión de la pretensión de propiedad presupone la posibilidad de la cesión, y no se limita a establecerla para este caso especial. Lo mismo ocurre con el párrafo 255 (133).

Tampoco—dice—cabe aprobar el resultado práctico de la tesis de VON THUR en referencia a la cesión de la reivindicatoria respecto de inmuebles, después de la venta, pero antes de la transmisión formal (134).

(133) «Quién ha de prestar indemnización de daños por la pérdida de una cosa o de un derecho sólo está obligado a la indemnización a cambio de la cesión de las pretensiones que correspondan al titular de la indemnización contra terceros en base a la propiedad de la cosa o en base al derecho» (par. 255, B. G. B.).

(134) *Ob. cit.*, pág. 462, n. 5. «Caso práctico. A vende a C la finca que se encuentra en posesión de B, no debiendo hacerse la transmisión formal sino más tarde (por ejemplo, una vez liberada la finca de las hipotecas que la gravan), pero se quiere procurar inmediatamente la posesión a C, y a este efecto se le cede la pretensión de propiedad contra B. ¿Por qué, como deduce V. THUR de su construcción, la acción de propiedad ha de corresponder aún, a pesar de todo, a A?; y ¿por qué C sólo ha de poder demandar en calidad de apoderado? Con ello se frustra en una buena parte la verdadera intención de las partes, según el mismo ENNECCERUS.

De todos modos, si luego A hace transmisión formal de la finca a favor de otro (D), se extingue la pretensión de C, pero sólo porque esta pretensión depende de la propiedad de A. Si B entrega la finca a A, también se extingue la pretensión (en contra, otros autores), pero no en virtud de cumplimiento, sino sólo porque B ya no posee (cosa que acontecería igualmente si B se limitase a abandonar la posesión). Si A cae en concurso, la finca se cuenta también en la masa (aunque no la acción), pero sólo porque todavía pertenece a su patrimonio.»

No se advierte por qué es imposible conceptualmente la separación de pretensión y propiedad, y antes de admitir imposibilidades conceptuales hay que proceder con la máxima cautela, estima ENNECCERUS. Dice que sigue la opinión dominante, y cita a OERTMANN y RAAPE. Pero también dice que de esta opinión dominante disiente, aparte de VON THUR, especialmente M. WOLFF.

La pretensión de propiedad no se identifica con la propiedad, ni es facultad integrante de ella, pero *depende* del derecho de propiedad, pues sólo nace al vulnerarse este derecho y se extingue con él, aunque haya sido cedida a otras personas. Si he cedido—dice en nota 6—la pretensión de propiedad dirigida a la entrega de una finca y se extingue mi propiedad, también se extingue la pretensión de propiedad del cesionario.

Además, el que frente al propietario tiene un derecho a la posesión (aunque sólo sea obligatorio), puede rechazar la pretensión de propiedad, aunque ésta haya sido cedida a un tercero (par. 986, ap. 2.º). Y esto rige incluso cuando (tratándose de muebles) se ha transferido la propiedad misma en virtud de la cesión de la reivindicatoria.

Las pretensiones, en general, son tratadas por el Código Civil alemán según las reglas aplicables a los derechos de crédito, en tanto que de la dependencia de la pretensión con respecto al derecho básico no resulte otra cosa (como ocurre con la pretensión de propiedad, según lo dicho). y pueden ser cedidas a tenor de las reglas aplicables a los derechos de crédito (135). Ahora bien: mientras que la cesión de la pretensión personal transmite el crédito mismo, puesto que éste y aquélla son una misma cosa, en cambio, la cesión de la pretensión de propiedad (o la de otra pretensión derivada de un derecho real o de otro derecho absoluto), en principio sólo confiere la facultad de hacer valer en interés propio el derecho ajeno, si bien, excepcionalmente, el Código Civil alemán (par. 931). respecto a las cosas muebles, dispone que la cesión de la pretensión de propiedad lleva aparejada la transferencia de la propiedad, si las partes lo han acordado así (136).

(135) Par. 398. «Un crédito puede ser transmitido por el acreedor mediante convenio—contrato—con la persona a quien se le transmite (*cesión*). Con la conclusión del convenio—contrato—el nuevo acreedor se subroga en la posición del antiguo acreedor.»

Par. 413. «Las disposiciones sobre transmisión de créditos (por cesión) se aplicarán oportunamente a la transmisión de otros derechos. en tanto la ley no prescriba otra cosa.»

Par. 194. «El derecho—facultad—de exigir de otro una acción o una omisión (pretensión—Anspruch) se extingue por prescripción.»

(136) Esta opinión de ENNECCERUS sobre cesión de pretensiones reales continúa siendo la de MÜHLENBRUCH sobre la cesión de acciones en general, aplicada por IHERING y WINDSCHEID a la cesión de acciones reales, aunque salvando lo dispuesto por el par. 931, que sería lo único reformado por el C. C. alemán.

b) A esta opinión de ENNECCERUS se opone la de que *ceder la pretensión de propiedad implica, necesariamente, transmitir la propiedad*. En este sentido, según M. WOLFF, se manifiestan, además de VON THUR, SOHM, PLANCK-BRODMAN y WESTERMANN. M. WOLFF-L. RAISER, especializados en Derecho de cosas, la argumentan como sigue (137):

La respuesta no puede obtenerse de los párrafos 398 y 413 (sobre cesión de créditos y su aplicación analógica a la transmisión de otros derechos), ni tampoco del párrafo 931, que no trata en absoluto —¿solamente?— de la cesión de la pretensión de propiedad, sino de la cesión de las pretensiones derivadas de las relaciones obligatorias de mediación de la posesión (138). Tampoco de la Ley Procesal Civil, párrafo 265, que trata de las pretensiones cedibles, sin definir su cediabilidad.

OERTMANN también invoca, indecisoriamente, el párrafo 1.032 (139).

Uno de los principales obstáculos (así VON THUR) contra la doctrina dominante es el de que priva al propietario, que por la cesión carece de la pretensión de la propiedad cedida, de la posibilidad de atacar al tercero poseedor incluso cuando el cesionario de la reivindicación no se preocupa de la cosa, por ejemplo, dejándola tranquilamente al tercero poseedor. No se objete que el propietario no debiera ceder a persona no merecedora de confianza y que hubiera debido contentarse con darle poderes, porque con semejante objeción (OERTMANN) se olvida que no siempre se trata de una cesión contractual y que también puede tratarse de embargo de la pretensión por un acreedor del propietario.

Además, si la pretensión de propiedad fuese susceptible de cesión independiente, el adquirente no sólo podría—como supone el propio OERTMANN—perseguirla contra el que fuera poseedor al tiempo de la

(137) Tomo III, vol. 1, par. 67, II, 2, y par. 84, especialmente n. 25.

(138) Esta referencia al par. 931 parece estar en contradicción con lo que dicen los mismos WOLFF-RAISER en la misma edición y página 446 citada, a menos que en uno y otro punto quieran decir que el par. 931, primordialmente, se refiere al supuesto de la existencia de un poseedor mediató o que las palabras «en absoluto» de la traducción quieran decir «exclusivamente» o que la interpretación de ENNECCERUS es sólo *a contrario sensu*.

(139) Par. 1.032. «Para la constitución del usufructo sobre una cosa mueble es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en la circunstancia de que el usufructo debe corresponder a éste. Las disposiciones del párrafo 929, inciso segundo, y de los párrafos 930 a 936 se aplican oportunamente»; así, concretamente, el par. 931, antes citado, sobre cesión de la pretensión de entrega, cuando el tercero poseedor no es mediador de la posesión del concedente es suficiente el acuerdo, pero—contra argumenta WOLFF, párrafo 115, n. 4—que el propietario no pierde plenamente la pretensión de devolución, sino sólo por el tiempo de duración del usufructo. Este caso es similar al del artículo 486 del C. C. español, aunque éste realmente alude a cesión impropia, o sea a poder representativo para el ejercicio de la acción.

cesión, sino también contra sus sucesores jurídicos, que, en este caso, serían sucesores en la posesión; y tal sucesor no lo es solamente el tercero, al que el poseedor entregue la cosa, sino también—aunque OERTMANN lo niegue—el mismo propietario cuando el poseedor le entregue la cosa. En tal caso se daría la extraña figura de una pretensión emanada de la propiedad y dirigida contra el propietario (cosa indudablemente afirmada en el Derecho común, *cf.* STAMPE) (140).

Ha de reconocerse que el propietario cedente no ha de renunciar definitivamente a toda clase de protección. Incluso, frente al mismo *debitor cessus* de la entrega o restitución, debe el propietario conservar una pretensión *inferior* a la del cesionario, y, por tanto, puede dirigirse contra el poseedor para la entrega, pues, análogamente, «el poseedor de una cosa que ha sido enajenada, conforme al parágrafo 931, por cesión de la pretensión de entrega, puede oponer al nuevo propietario las objeciones que le correspondan contra la pretensión cedida» (parágrafo 986, ap. 2.º). Ello es, en todo caso, indispensable cuando el cesionario permanece inactivo.

Por consiguiente, en el mejor de los casos, podría hablarse de una cesión no privativa, sino multiplicativa. Sólo que a la construcción de esta figura, no usada en otras partes del Código Civil alemán, se oponen fundados reparos.

La necesidad práctica puede satisfacerse cumplidamente, lo mismo que la pretensión de rectificación registral, reconociendo haber otorgado al «cesionario» el poder de hacer valer, en su propio nombre, la pretensión ajena (con un poder irrevocable).

Sin embargo (igual que respecto a la pretensión de rectificación registral), es posible que el propietario autorice a otro para recibir la prestación; por ejemplo, cuando un propietario de una casa que no posee la vende y para procurar al comprador la posesión antes de la transmisión formal le permite hacerse entregar la cosa por el tercero poseedor. Pero en semejantes casos, el propietario no pierde su pretensión contra el tercero poseedor, y puede hacerla valer (SOHM, VON THUR) (141).

(140) Contra esta interpretación del Derecho común podría oponerse que cuando el poseedor entregue la cosa al vendedor, éste, automáticamente, queda convertido en un poseedor en nombre ajeno, produciéndose un supuesto de *constituto* posesorio, ya que al estar vinculado por la venta a transmitir todos sus derechos y la posesión al comprador sería preciso un acto de intervención posesoria para que poseyera en nombre propio. En tal supuesto, efectivamente, el comprador podría ejercitar la reivindicatoria contra el vendedor, pero no contra un vendedor propietario, sino contra un vendedor que ya no es propietario.

(141) Análogamente al caso de la impropia llamada cesión—de crédito—con efecto limitado, más bien llamada «autorización para el cobro» (v. tomo III. volumen 1, par. 84, n. 25).

En consecuencia, debe negarse la posibilidad de una cesión independiente de la pretensión de entrega de la propiedad.

Por ésta y por las otras cuestiones consideradas *puede concluirse que el parágrafo 931 tiene dos interpretaciones fundamentales*: una, la de ENNECCERUS, historicista y conceptualista, y otra, la de WOLFF, voluntarista y teleológica, que parece más acertada.

1. La opinión *conceptualista* parece empeñada en continuar tropezando con la distinción medieval entre derecho de propiedad actual o acción directa del cedente y derecho de propiedad eventual o acción útil del cesionario, totalmente superada por la realidad.

2. Se dice que al propietario no poseedor *le queda* la acción reivindicatoria, que es lo que puede transmitir por cesión, pero la expresión es una figura del lenguaje. La acción reivindicatoria, primordialmente, cumple la función de *afirmar la titularidad discutida del derecho de propiedad* (142), aunque, además, con ella se obtenga la posesión de la cosa. La estimación judicial de la reivindicatoria implica la prueba del derecho de propiedad del reivindicante, de su titularidad del derecho. En este sentido, la pretensión reivindicatoria *representa* al derecho de propiedad.

El criterio de la *inseparabilidad* de la acción reivindicatoria respecto del derecho del que deriva implica que es el derecho de propiedad lo que, en el Derecho alemán, se transmite mediante la llamada cesión de la acción reivindicatoria, como sustitutivo o sucedáneo de la entrega (143).

Así, también supone utilizar una figura del lenguaje el hablar de acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria, además del acuerdo de transmisión de la propiedad, pero tal expresión tiene relieve e interés práctico en el supuesto de que el comprador desconozca la falta de posesión del vendedor.

La *evolución histórica* de la distinción entre cesión de la acción directa y cesión de la acción útil *ha conducido a otra distinción*.

1. La *cesión*, propiamente dicha (*cesión plena*), implica transmisión de la acción representativa del derecho (de la acción que cumple la función de afirmar la titularidad del derecho) o, equivalentemente, transmisión del derecho, con el que se identifica (crédito) o del que deriva (propiedad) la acción; en este sentido, son sinónimos acción y derecho. Esta cesión existe en todos los casos en que la legislación con-

(142) MESSINEO: *ob. cit.*, vol II, I, pág. 341.

(143) En el Derecho español, previa compraventa.

cedía la denominada «acción útil», por acuerdo de cesión presunta legalmente, y en otros casos, por acuerdo de cesión sin presunción legal. La notificación no es requisito de la cesión del crédito, ni la toma de posesión, requisito de la cesión del derecho de propiedad.

2. Se admite, además, la denominada *cesión con efectos limitados* respecto de un crédito, que no implica transmisión del crédito, y el *poder irrevocable*, o *procuratio in rem suam*, para el ejercicio de la acción ajena (incluso reivindicatoria) en interés propio.

De todos modos, lo normal es la cesión plena (144).

V. SISTEMA TRANSMISIVO DEL TITULO Y EL MODO

LA CODIFICACIÓN Y EL DERECHO AUSTRIACO

El sistema del Derecho común europeo es el sistema del título y el modo, del que se apartaron, *divergentemente*, el sistema del consentimiento francés y el sistema de transmisión abstracta alemán (145).

En el período codificador, según MAX KASER, se encuentra por primera vez, aunque no muy claramente, en el *Allgemeines Landrecht prusiano* de 1794. También en el *Wetboek Napoleon* holandés de 1809, y después, en el *Bürgerlijk Wetboek* de 1838 vigente. Luego, en el *Oesterreichisches allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, austríaco, de 1811, que todavía está vigente (146).

El Código austríaco es el que más fielmente recoge la tradición del *Usus modernus Pandectarum*, es decir, del Derecho común que estaba vigente en Alemania, en su época, antes de las innovaciones introducidas por la escuela histórica y por el pandectismo, y sólo con la publicación del Código Civil alemán y del suizo quedó relegado a un segundo plano, en cuanto a su influjo exterior, sin perjuicio de su vigencia actual.

Por esto tiene interés, desde el punto de vista del Derecho español, la solución que el Derecho austríaco dé al problema objeto de este

(144) A esta solución evolutiva se refieren, en el Derecho español de la pre-codificación, GÓMEZ DE LA SERNA y MANRESA, como se verá. Las fórmulas de estilo notarial de FEBRERO, referentes a la cesión de acciones directas y útiles y, a la vez, de mandato en cosa propia (*procuratio in rem suam*), se interpretan referidas a la cesión plena.

(145) MAX KASER: *Compraventa y transmisión...*, pág. 588, con abundante bibliografía. ALBALADEJO: *Derecho civil*, tomo III, vol. 1, pág. 137.

(146) El Código prusiano influyó en LUZURIAGA. El Código holandés es reiteradamente citado por GARCÍA GOYENA en sus Comentarios al proyecto de C. C. español de 1851.

tema. Según el Código austríaco, «No puede conseguirse la propiedad sin un título y modo de adquirir» (art. 380). «El título... reside en un contrato...» (art. 424). «El mero título no otorga la propiedad. La propiedad y los derechos reales sólo pueden ser adquiridos, además de los casos concretos determinados por la ley, por la entrega y la recepción jurídicas» (art. 425).

Pero también en el Derecho austríaco se discute si, en virtud de título causal, la transmisión de la propiedad mediante cesión de la acción reivindicatoria requiere la toma de posesión, según la opinión de WINDSCHEID, que es posterior a la publicación del Código austríaco (147), o basta la cesión, que es la *opinión tradicional predominante en la actualidad*, fundada en que la acción reivindicatoria o pretensión de entrega es *inseparable* del derecho de propiedad (148).

(Continuará.)

EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG
Registrador de la Propiedad

(147) EHRENZWEIG: *Sistem des osterreichischen allgemeine Privatrechts*, ed. 1957, I, 2, pág. 78.

(148) KOZIOL-WELSER: *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, 1975, 3, II, pág. 24. SPIELBÜCHLER: *Der Dritte im Schuldverhältniss*, 1973, pág. 1935, con referencia al parágrafo 931 del C. C. alemán y a las opiniones de los autores alemanes.

Estos textos austríacos han sido facilitados, gentilmente, por el Notario y Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Viena Doctor Winfried Kralik, por mediación del Notario Doctor Vicente L. Simó Santonja, Delegado español en la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado Latino.

Adquisición de la nacionalidad española a virtud de opción por matrimonio

SUMARIO: 1. Configuración caracterológica del matrimonio con relación a la nacionalidad.—2. Encuadre tipológico de esta modalidad adquisitiva.—3. Connotaciones diferenciales.—4. Quién puede adquirir la nacionalidad española a virtud de opción por matrimonio.—5. Capacidad que ha de tener el optante.—6. Requisitos del matrimonio como presupuesto de la opción.—7. Matrimonio válido. 8. Matrimonio subsistente.—9. Matrimonio inscrito.—10. Nacionalidad española del cónyuge del optante.—11. Renuncia previa a la nacionalidad anterior del optante.—12. Juramento.—13. Inscripción.—14. Procedimiento.—15. Normativa reguladora del procedimiento. — 16. Competencia. — 17. Postulación procesal. — 18. Iniciación del procedimiento. — 19. Declaración de opción. — 20. Acta. 21. Contenido del acta.—22. Documentos probatorios a aportar.—23. Informes. 24. Orden ministerial resolutoria.—25. Notificación y actuaciones posteriores. 26. Inscripción.

ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA A VIRTUD DE OPCION POR MATRIMONIO

1. CONFIGURACIÓN CARACTEROLÓGICA DEL MATRIMONIO CON RELACIÓN A LA NACIONALIDAD

El matrimonio constituye el fundamento inmediato de este modo peculiar, breve y sencillo, de adquirir la nacionalidad española y de la adquisición misma. Mediatamente, descansa esta modalidad adquisitiva en la vinculación con España que entraña el hecho de haber contraído matrimonio con persona española.

Ahora bien: si el matrimonio constituye el fundamento de la adquisición, no es, empero, el hecho determinante de la misma, que, en el régimen instaurado por la Ley de 2 de mayo de 1975, viene constituido, supuesto el matrimonio y concurriendo los demás requisitos legales, por una declaración de voluntad de adquirir la nacionalidad española.

El matrimonio es, además, presupuesto de la adquisición.

Que esto es así se pone de manifiesto mediante la comparación del sistema hoy vigente con el instaurado por Ley de 15 de julio de 1954. En efecto, el artículo 21 del Código Civil en la redacción dada por esta ley establecía que «La extranjera que contraiga matrimonio con español adquiere la nacionalidad de su marido». Hoy, tras la Ley de 2 de mayo de 1975, el mismo artículo, en su párrafo tercero, establece: «El cónyuge extranjero podrá adquirir la nacionalidad española por razón de matrimonio si expresamente optare por ella, con aplicación de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 19 y en el último párrafo del artículo 20». Y es que «El matrimonio por sí solo no modifica la nacionalidad de los cónyuges» (art. 21, párr. primero C. C.).

La configuración del matrimonio como presupuesto de la adquisición de la nacionalidad no es puramente teórica, sino que entraña consecuencias prácticas muy importantes. Así: *a)* La nacionalidad no se adquiere hoy, según ha quedado dicho, por el simple hecho del matrimonio, sino, concurriendo los demás requisitos que la ley establece, por la declaración de voluntad del optante; *b)* La fecha de adquisición de la nacionalidad no es la del matrimonio, como sucedía bajo el imperio de la Ley de 1954, sino la de la declaración constatada en el acta correspondiente (fecha del acta); *c)* El matrimonio ha de ser válido no sólo en el momento de su celebración (1), sino también en la fecha de la declaración de opción, etc.

2. ENCUADRE TIPOLOGICO DE ESTA MODALIDAD ADQUISITIVA

Se trata de un modo de adquirir la nacionalidad española por opción, de un supuesto peculiar de opción entre los varios que nuestro ordenamiento jurídico contempla. El artículo 21 del Código Civil habla de optar: «El cónyuge extranjero podrá adquirir la nacionalidad española por razón de matrimonio si expresamente optare por ella...». Igualmente, los artículos 233 y 234 del Reglamento del Registro Civil

(1) A salvo la posibilidad de revalidación (cfr. art. 83, núm. 1, párr. 2.º C. C.), convalidación (canon 1.113 *Codex Iuris Canonici*), sanación *in radice* (Canon 1.138 C. I. C.) antes de la opción. Cfr. sobre esta materia epígrafe 7.

hablan de optar: «opción a la nacionalidad», «acta de opción», «declaración de opción», etc. De la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de mayo de 1975 y, principalmente, de los efectos que produce la declaración del optante, que más tarde serán examinados, se desprende la tesis que aquí se sostiene.

Es un modo de adquirir derivativo o sobrevenido, en cuanto que el extranjero, con posterioridad a su nacimiento y con base en su matrimonio con persona española, adquiere la nacionalidad de ésta. Ello no implica siempre cambio de nacionalidad en sentido estricto, toda vez que el optante puede ser apátrida o devenir, en virtud de la opción, doble nacional, manteniendo incluso como efectiva no la nacionalidad española adquirida por opción, sino su anterior nacionalidad.

Se trata de una opción *iure coniugii*.

3. CONNOTACIONES DIFERENCIALES

A) Diferencias entre la adquisición de la nacionalidad española a virtud de opción por matrimonio y la adquisición por opción *iure soli* del artículo 18 del Código Civil.

La opción por matrimonio tiene a éste por presupuesto y fundamento, en tanto que el de la opción *iure soli* descansa en el nacimiento en territorio español de determinados padres extranjeros. La opción por matrimonio no está sujeta a plazo alguno. La opción *iure soli* del número 1 del artículo 18—opción por nacimiento en territorio español de padres extranjeros que no se hallen comprendidos en el número 3.º del artículo 17—está sujeta a plazo en cuanto que el interesado ha de hacer la declaración correspondiente dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación. La primera está sujeta a la aprobación oficial, previa valoración de las circunstancias de orden público que pudieran influir en ésta; en la segunda no cabe la oposición por razones de orden público.

B) Diferencias entre la opción por matrimonio y la opción *iure sanguinis* del artículo 18 del Código Civil.

Además de por las dos últimas apreciaciones, relativas al plazo y al orden público, que hemos expuesto en el apartado A) y que son también aplicables aquí, se diferencian los tipos de opción que ahora se consideran por su respectivo fundamento: el matrimonio y la filiación. La opción contemplada en el número 2 del artículo 18 se basa en el hecho del nacimiento, ocurrido fuera de España, de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles.

C) Diferencias entre la opción por matrimonio y la concesión.

Vuelve a ser aquí el fundamento de uno y otro modo de adquirir la nacionalidad española el que sirve para la diferenciación entre ambos. La concesión se basa en nuestro Derecho vigente, en la residencia en territorio español durante el tiempo determinado en la ley, o en las circunstancias excepcionales que pueden servir para el otorgamiento, discrecional, por el Jefe del Estado, de carta de naturaleza.

Además, se diferencian por la capacidad para adquirir la nacionalidad, por el momento de la adquisición, por el procedimiento, etc.

Para adquirir la nacionalidad española a virtud de opción por matrimonio no hace falta sino tener, tratándose de matrimonio canónico, catorce o dieciséis años, según sea mujer o varón el optante. Si se trata de matrimonio civil, el cónyuge extranjero deberá tener la edad que su ley personal exija para poder contraerlo (cfr. art. 9, núm. 1, C. C.). En cambio, para la concesión por residencia o por carta de naturaleza es necesario que el interesado tenga dieciocho años cumplidos o dieciséis y hallarse emancipado (cfr. art. 19 C. C.) (2).

En la opción por matrimonio se adquiere la nacionalidad desde el momento de la declaración de voluntad constatada en el acta (a salvo la posibilidad de denegación por motivos de orden público); en la concesión por residencia o por carta rige el artículo 330 del Código Civil, conforme al cual «No tendrán efecto alguno legal las naturalizaciones mientras no aparezcan inscritas en el Registro, cualquiera que sea la prueba con que se acrediten y la fecha en que hubieren sido concedidas».

La adquisición por matrimonio supone un procedimiento sencillo, en el que no son precisos informe del Ministerio Fiscal, ni auto del Juez Encargado del Registro, ni prueba testifical, ni examen del optante para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles (cfr. art. 221 R. R. C.), a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de adquisición por residencia.

El otorgamiento de la carta de naturaleza lo hace el Jefe del Estado (cfr. art. 19, párr. 1, C. C.); la opción, por el contrario, la aprueba el Ministro de Justicia (3), que es también quien concede la nacionalidad por residencia (cfr. art. 233, regla 5.^a, y 367 R. R. C.).

D) Diferencias entre la opción por matrimonio y el derecho de opción reconocido a los saharauies.

(2) El Código Civil habla de veintiuno o dieciocho años. Pero el Real Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978 rebajó estas edades a las señaladas (cfr. art. 2.º R. D.-l. citado).

(3) Hoy, por su delegación, en virtud de Orden de 8 de marzo de 1976, el Subsecretario.

El Real Decreto de 10 de agosto de 1976 (4) reconoce a los saharauíes, provistos de determinada documentación española, un derecho de opción a nuestra nacionalidad. Esta opción se diferencia de la por matrimonio en las siguientes circunstancias: 1) Se aplica sólo a los naturales del Sahara; 2) Estos han de estar en posesión de determinada documentación española, consistente, de manera principal, si se encuentran fuera del territorio nacional, en el Documento Nacional de Identidad bilingüe; 3) Se señala un plazo para hacer uso de esta opción: un año a contar del día de la entrada en vigor del decreto, que tuvo lugar el 29 de septiembre de 1976, habiendo expirado, por tanto, el 29 de septiembre de 1977; 4) Quien decide no es el Ministro de Justicia, sino la Dirección General de los Registros y del Notariado; 5) El matrimonio carece de trascendencia a los efectos de la opción.

E) Diferencias entre la opción por matrimonio y el derecho de opción reconocido a los naturales de Ifni.

El Tratado con Marruecos de 4 de enero de 1969 (5) reconoce a

(4) Establece este Decreto que «se reconoce el derecho a optar por la nacionalidad española a los naturales del Sahara que, residiendo en territorio nacional, estén provistos de documentación general española o que, encontrándose fuera de él, se hallen en posesión del Documento Nacional de Identidad bilingüe expedido por las autoridades españolas, sean titulares del pasaporte español o estén incluidos en los Registros de las representaciones españolas en el extranjero» (art. 1.º). Los que pretendan acogerse a lo prevenido en el artículo anterior deberán manifestarlo así en el plazo máximo de un año, a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, mediante comparecencia ante el Juez encargado del Registro Civil del lugar de su residencia o el Cónsul de la demarcación correspondiente, aportando la documentación española de que se hallen provistos y expresando su voluntad de optar por la nacionalidad española (art. 2.º). El encargado levantará acta por duplicado y remitirá inmediatamente uno de los ejemplares a la D. G. R. N. Esta recabará informes a los Ministerios de Asuntos Exteriores, de la Gobernación y de la Presidencia del Gobierno. A la vista de éstos y de la documentación acompañada, calificará el derecho del solicitante a acogerse a los beneficios de la presente disposición y ordenará la correspondiente inscripción en el Registro, a no ser que dichos informes revelen una conducta personal contraria a los intereses de la nación (art. 3.º). El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *B. O. E.* (disposición final primera). Transcurrido el plazo de un año mencionado en el artículo 2.º, se entenderán anulados y sin valor alguno los pasaportes y documentos de identificación personal concedidos por las autoridades españolas a los naturales del Sahara que no ejerzan su derecho de opción (disposición final segunda).

(5) Establece este Tratado que «con las excepciones de los que hayan adquirido la nacionalidad española por alguno de los modos de adquisición establecidos en el Código Civil español, que la conservarán en todo caso, todas las personas nacidas en el territorio y que se hayan beneficiado de la nacionalidad española hasta la fecha de la cesión podrán optar por esta nacionalidad, efectuando una declaración de opción ante las autoridades españolas competentes en el plazo de tres meses a contar de dicha fecha. La nacionalidad española, con la plenitud de los derechos y obligaciones, una vez inscrita en el Registro español correspondiente, será reconocida como tal en todos sus efectos por las autoridades marroquíes» (art. 3.º). «Para la inscripción en el Registro español correspondiente de la nacionalidad de

todas las personas nacidas en el territorio de Ifni que se hayan beneficiado de la nacionalidad española el derecho de optar por ésta.

Se diferencia este derecho de opción de la por matrimonio en lo siguiente: 1) Se aplica sólo a los naturales de Ifni; 2) La opción ha de ejercitarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la cesión del territorio, habiendo, por tanto, expirado el plazo señalado; 3) Se exige la previa renuncia de derechos a la nacionalidad marroquí, renuncia que ha de hacerse por escrito ante las autoridades marroquíes; 4) La competencia recae en la D. G. R. N.; 5) El matrimonio no influye.

F) Diferencias entre la opción por matrimonio y el derecho de opción reconocido a residentes civiles en Gibraltar.

El Decreto-ley de 11 de julio de 1969 (6) reconoce a éstos un derecho de opción cuyas diferencias con la opción por matrimonio son las siguientes: 1) Se aplica a las personas nacidas en Gibraltar y residentes en esta ciudad, y no, por tanto, a cualquier persona; 2) Se refiere a la opción del artículo 18, número primero, del Código Civil; 3) No se exige plazo, pues se puede ejercitar la opción cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la mayor edad o emancipación del optante; 4) Cabe, a diferencia del artículo 18 del Código Civil, la denegación por motivos de orden público; 5) Se establece que la nacionalidad así obtenida se extiende a la mujer no separada legalmente; 6) El Gobierno está facultado para suspender la vigencia de este Decreto-ley.

las personas que hagan uso de la opción prevista en el artículo 3.º del Tratado será considerada indispensable una renuncia previa y expresa de derechos a la nacionalidad marroquí. Esta renuncia deberá ser hecha por escrito ante las autoridades marroquíes competentes, que extenderán en favor del interesado un certificado fehaciente de que esta diligencia ha sido realizada. Los efectos de esta renuncia serán plenamente reconocidos una vez inscrita la opción en el Registro español correspondiente» (art. 1.º del Protocolo anejo).

(6) Establece este Decreto-ley que «todas las personas nacidas en Gibraltar y residentes en esta ciudad se considerarán equiparadas a las nacidas en territorio español, a los efectos de lo dispuesto en el número primero del artículo 18 del Código Civil» (art. 1.º). «Etsas personas podrán optar por la nacionalidad española en la forma y con los requisitos establecidos por el C. C., cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde su mayor edad o emancipación. Será requisito previo a los establecidos en el último párrafo del artículo 19 del C. C. el reconocimiento de este derecho por el Ministerio de Justicia, que sólo podrá denegarlo por motivos de orden público» (art. 2.º). «La nacionalidad así obtenida se extenderá también a la mujer no separada legalmente y a los hijos que se encuentren bajo la patria potestad» (art. 3.º). «Se faculta al Gobierno para suspender la vigencia del Decreto-ley total o parcialmente cuando razones de orden interno o de política exterior así lo aconsejen, pero respetando, en cualquier caso, los derechos adquiridos al amparo del mismo» (art. 15). Se complementan estas disposiciones con la Orden de 19 de julio de 1969.

G) Diferencias entre la opción por matrimonio y la opción reconocida a los guatemaltecos.

El Convenio de nacionalidad con Guatemala de 28 de julio de 1961 (7) reconoce a los guatemaltecos un derecho de opción a la nacionalidad española, cuyas diferencias con la opción por matrimonio son las siguientes: 1) Se aplica sólo a los guatemaltecos por nacimiento, si bien esta expresión incluye la nacionalidad basada en la filiación; 2) Estas personas pueden adquirir la nacionalidad española por el solo hecho de establecer domicilio en España, declarar su voluntad adquisitiva e inscribirse en el Registro correspondiente.

4. QUIÉN PUEDE ADQUIRIR LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA A VIRTUD DE OPCIÓN POR MATRIMONIO

Pueden optar por matrimonio:

— El extranjero o extranjera casado con española o español.

— El apátrida o la apátrida casado con española o español.

No importa que el extranjero no resida, ni haya residido nunca en España, ni se exige que conozca la lengua española, ni que esté adaptado a la cultura y estilo de vida españoles. No es necesario que el cónyuge español lo sea por nacimiento: basta que lo sea por cualquier causa (opción, residencia, carta de naturaleza). No es necesario que el cónyuge del optante ostente, como efectiva, la nacionalidad española (cfr. Convenios de doble nacionalidad).

— Los hijos que hayan perdido la nacionalidad española por razón de la patria potestad pueden volver a adquirirla mediante el ejercicio de la opción por matrimonio. No lo dice expresamente el artículo 25 del Código Civil, pero ello es indudable. Claro es que, no habiendo expirado el plazo de un año a contar desde la mayor edad o emancipación, el hijo que perdió la nacionalidad española por razón de la patria potestad, ejercitará la opción prevista en el artículo 18, a la cual no cabe oponerse por razones de orden público. Pero puede ser que dicho plazo haya concluido, en cuyo supuesto, además de poder adqui-

(7) Establece este Convenio que «los españoles y los guatemaltecos podrán adquirir la nacionalidad guatemalteca o española, respectivamente, por el solo hecho de establecer domicilio en Guatemala o en España, según el caso, declarar ante la autoridad competente su voluntad de adquirir dicha nacionalidad y hacer la inscripción en los Registros que determinen las leyes o disposiciones gubernativas del país de que se trate» (art. 1.º). «El término de nacionalidad 'por nacimiento' incluye la nacionalidad basada en la filiación...» (art. 2.º). «Los guatemaltecos por nacimiento que se naturalicen en España recobrarán la nacionalidad guatemalteca desde el momento en que regresen a Guatemala y establezcan su domicilio» (art. 4.º).

rir nuestra nacionalidad por razón de residencia durante dos años en España (cfr. art. 20, párr. tercero, C. C.), puede también adquirirla a virtud de opción por matrimonio con persona española.

— Las personas a las que se refiere el artículo 18 del Código Civil, cuando haya expirado el plazo que este precepto establece, pueden ejercitar la opción por matrimonio. También, si aún no se ha iniciado el plazo. Así, una persona nacida fuera de España de padre que originariamente hubiera sido español, que no sea mayor de edad ni esté emancipada (conforme a su ley penal), podrá, si está casada con persona española, optar por la nacionalidad de su cónyuge. Si aún no ha expirado el plazo señalado por el artículo 18, lo lógico es ejercitar la opción prevista en este artículo, no la regulada en el 21.

— La persona que tenga interés en confirmar la nacionalidad que ya tiene. El artículo 346 del R. R. C. establece que «Para promover un expediente, basta el interés en confirmar un asiento vigente o el estado que ya se tiene». Por su parte, el artículo 227, párrafo primero *in fine*, del R. R. C., dispone que «La inscripción se practicará, aunque el sujeto la promueva para mayor seguridad de su estado». Claro es que este interés en confirmar la nacionalidad presupone un componente dubitativo que puede referirse a hechos, a normas o a pruebas, sin el cual no es atendible dicho interés.

En la práctica, cuando se resuelve un expediente promovido para mayor seguridad de la nacionalidad del optante, se hace constar que ello no implica que el interesado no ostentase ya la nacionalidad española con anterioridad.

No están legitimados para ejercitar la opción por matrimonio:

— Los que por sentencia firme hayan sido condenados a la pérdida de la nacionalidad española, conforme a lo establecido en las leyes penales (cfr. art. 23, núm. 2, C. C.), los cuales sólo pueden recuperarla por concesión graciosa del Jefe del Estado (cfr. art. 25, párrafo segundo, C. C.).

— Los que hayan entrado al servicio de las armas o ejerzan cargo público en un Estado extranjero contra la prohibición del Jefe del Estado español (cfr. art. 23, núm. 1, C. C.), los cuales tampoco pueden recuperar la nacionalidad española perdida sino por concesión graciosa del Jefe del Estado (cfr. art. 25, párr. segundo, C. C.).

— Los que ya sean españoles por cualquiera razón, aunque una ley extranjera les atribuya otra nacionalidad distinta de la española. Ello se entiende sin perjuicio de la facultad de optar de quien tiene interés en confirmar su nacionalidad española, a la que se ha hecho referencia anteriormente.

El caso que ahora se contempla tiene lugar en la práctica con relativa frecuencia, siendo consecuencia de la disparidad legislativa en materia de nacionalidad. Así sucede cuando en un país rige el *ius soli* y en otro (en España) el *ius sanguinis*. Hay que partir de la base de que son españoles «los hijos de padre español» (art. 17, primero, C. C.), aunque hayan nacido en un país cuya ley les atribuya, *iure soli*, la nacionalidad del mismo. El que se halle en este caso no puede adquirir la nacionalidad española a virtud de opción por matrimonio, por la sencilla razón de que ya es español por nacimiento. Piénsese en el supuesto, sencillo y frecuente, de una persona nacida en Argentina de padres españoles.

— Los españoles que hayan perdido su nacionalidad por haber adquirido voluntariamente otra. Estas personas, si quieren volver a tener la nacionalidad española, lo que deben hacer es proceder a su recuperación, conforme a lo establecido en el artículo 24 del Código Civil, en vez de ejercitar la opción por matrimonio. Y ello por dar al supuesto, que lo es de recuperación, el cauce apropiado, y por razones de economía procedimental, ya que, a tenor del artículo 354 del R. R. C., «se evitará toda dilación o trámite superfluo o desproporcionado con la causa». La D. G. R. N. acostumbra a transformar de oficio los tipos de expedientes, cuando ello es posible.

— Las extranjeras casadas con españoles antes de la reforma del C. C. de 2 de mayo de 1975. pues adquirieron ya la nacionalidad española (artículo 21 C. C. redactado conforme a la Ley de 15 de julio de 1954).

5. CAPACIDAD QUE HA DE TENER EL OPTANTE

A) Edad.

No se exige ninguna edad especial, a diferencia de lo que ocurre en la opción del artículo 18 del Código Civil y en la concesión por residencia o por carta de naturaleza. En la opción del artículo 18 se requiere que el interesado sea mayor de edad (o que esté emancipado. Cfr. art. 18, párr. 4, C. C.); para la concesión por residencia o por carta se exige que el interesado tenga dieciocho años cumplidos o dieciséis y hallarse emancipado (ya se aclaró anteriormente que el Código habla de veintiuno o dieciocho años, pero el Real Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978 rebajó estas edades a las anteriormente señaladas).

Como este modo de adquirir se funda en el matrimonio, que ha de ser válido, y esta validez ha de apreciarse teniendo en cuenta el Derecho Internacional Privado español (cfr. art. 9, núm. 1, C. C.), resulta que el optante ha de tener:

— La edad que su ley personal establezca para contraer válidamente matrimonio civil.

— Catorce o dieciséis años, según sea el optante mujer o varón, si se trata de matrimonio canónico (8).

B) Emancipación.

No se requiere que el optante esté emancipado, a diferencia de la opción del artículo 18, que exige la mayoría de edad o la emancipación. Las reglas de este precepto, que se refiere a una opción diferente, no pueden traerse, sin más, aquí. Basta, por tanto, el matrimonio del interesado con persona española, aunque este matrimonio no produzca, por sí mismo, con arreglo a la ley nacional del optante, su emancipación y aunque ésta no hubiere tenido lugar ya por otra causa cualquiera. Adquirida por el optante la nacionalidad española, éste se considerará emancipado, conforme a la ley española (cfr. art. 314 C. C.), si antes de la adquisición no lo estaba con arreglo a su ley personal.

☛ C) Capacidad de obrar.

El optante ha de tener, sí, capacidad de obrar. Esta capacidad ha de enjuiciarse conforme a la ley personal del optante, a la cual ha de estarse. Ahora bien: las causas de incapacitación establecidas por dicha ley personal que no estén reconocidas por el Derecho español, no han de tenerse en cuenta a los efectos de la adquisición de nuestra nacionalidad. Y ello porque esta adquisición no puede quedar subordinada a ninguna norma extranjera ni a la actuación de autoridades foráneas. Este criterio lo sienta expresamente el Código Civil en materia contractual, al establecer en su artículo 10, número 8, que «Serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española».

Por lo demás, siendo preciso que el matrimonio sea válido, el optante ha de reunir los requisitos de capacidad que, según su ley personal, le permiten contraer matrimonio válidamente, o, si el matrimonio es canónico, los que exige el Código de Derecho Canónico.

(8) Cfr. Canon 1.067 C. I. C. No es aplicable la excepción *nisi malitia supleat aetatem*. Los años han de ser completos, no contándose el día de nacimiento (cfr. Canon 34, 3, C. I. C.).

6. REQUISITOS DEL MATRIMONIO COMO PRESUPUESTO DE LA OPCIÓN

No se examinan aquí los requisitos de fondo y forma, de validez y licitud del matrimonio en sí mismo. Se trata únicamente de resaltar que, en relación con la adquisición de la nacionalidad española, el matrimonio ha de ser válido, ha de subsistir y debe estar inscrito en el Registro Civil Español.

7. MATRIMONIO VÁLIDO

a) La validez del matrimonio ha de enjuiciarse con arreglo a las normas del Derecho Internacional Privado español, si el matrimonio es civil, o a las del Codex Iuris Canonici si el matrimonio es canónico.

b) El matrimonio ha de ser válido en el momento de la emisión de la declaración de voluntad de adquirir la nacionalidad española. En caso contrario, faltaría el presupuesto para ejercitar la opción, y, por tanto, el optante carecería de legitimación.

c) No es necesario que el matrimonio sea perfectamente válido desde el momento de su celebración, con tal que lo sea en el momento de la declaración de opción. Así, si el matrimonio es nulo, pero ha tenido lugar la sanación *in radice* antes de dicha declaración, se cumple el requisito exigido (cfr. Canon 1.138 C. I. C.).

d) Si el matrimonio se declara nulo antes de ejercitar la opción, ésta ya no podrá tener lugar, por faltarle su fundamento.

e) Si el matrimonio se declara nulo durante la tramitación del expediente, esto es, después de la declaración de opción y antes de que recaiga la oportuna Orden ministerial, no deberá ser aprobada la opción. El artículo 233, regla segunda, del Reglamento del Registro Civil exige acompañar las pruebas oportunas sobre la subsistencia del matrimonio.

No constituye obstáculo a lo dicho la retroacción de efectos de la adquisición de la nacionalidad a la fecha del acta (cfr. art. 64 L. R. C.), porque tal retroacción sólo tiene lugar si efectivamente llega a adquirirse aquélla.

f) Si el matrimonio se declara nulo después de la Orden ministerial no oponiéndose a la opción, pero antes de la inscripción del optante como español en el Registro Civil, no habrá, normalmente, términos hábiles para que ésta no se lleve a efecto.

g) Si el matrimonio se declara nulo después de la inscripción del optante en el Registro Civil Español, es válida la adquisición de la nacionalidad española, y ésta produce sus efectos si aquél contrajo de buena fe (9) el matrimonio posteriormente declarado nulo. Si lo contrajo de mala fe, será ineficaz la nacionalidad española por él adquirida. Es decir, se aplica el artículo 69 del Código Civil. Ello es así aunque haya desaparecido del actual texto del artículo 21 de dicho Código el segundo párrafo de este precepto en la redacción que le dio la Ley de 15 de julio de 1954, según el cual, «A los efectos de la nacionalidad, la declaración de nulidad de matrimonio queda sujeta al régimen del artículo 69».

La supresión del párrafo segundo del antiguo artículo 21 carece de trascendencia, porque aquél constituía una específica aplicación de la norma general del artículo 69: ni en 1954 era necesario dicho párrafo ni lo es hoy, tras la reforma de 2 de mayo de 1975. Por eso, el silencio del actual artículo 21 es explicable, y no impide que rija, a estos efectos, el artículo 69, como sucedía antes de la reforma de 15 de julio de 1954, a pesar de que tampoco entonces—antes de la reforma—existía el párrafo a que se hace referencia. En este orden de cosas, es relativamente interesante la Resolución de 11 de diciembre de 1948. Esta resolución se refiere a una consulta hecha por la Legación de Suiza en España, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, que versa sobre:

a) Si la anulación de los matrimonios civiles contraídos en zona roja debe entenderse con efectos retroactivos a la fecha de su celebración o sólo desde la fecha de la nota marginal donde se proclama; b) Si ha de estimarse que una esposa originariamente suiza, cuyo matrimonio civil con súbdito español fue luego declarado anulado, nunca adquirió la nacionalidad española, o si, por el contrario, la adquirió y la perdió luego que se anotó la nulidad de dicho matrimonio. La Dirección, al referirse a los matrimonios civiles celebrados después del 21 de marzo de 1938, fecha de publicación de la ley estableciendo el régimen de matrimonio religioso para los católicos, declara que en tanto no tenga lugar la subsanación de los mismos, por la justificación de la acatolicidad o por las diversas formas que admite el Codex Iuris Canonici, son matrimonios existentes, aunque anulables judicialmente, que incapacitan para contraer nuevo matrimonio sin cometer el delito de bigamia y producen la legitimidad de los hijos y de la adquisición de la nacionalidad española por la contrayente extranjera.

(9) La buena fe se presume, si no consta lo contrario (art. 69 C. C.).

8. MATRIMONIO SUBSISTENTE

El matrimonio ha de subsistir en el momento en que el cónyuge extranjero ejercite la opción.

Si el matrimonio, subsistente en el momento de la declaración de opción, deja de estarlo durante la tramitación del expediente, antes de que haya recaído la aprobación del Ministro de Justicia, ésta no será procedente. No es obstáculo a esta consideración el hecho de la retroacción de efectos a la fecha del acta. Esta retroacción sólo tiene lugar si la nacionalidad llega a adquirirse, lo cual sólo puede saberse una vez que haya recaído la Orden ministerial no oponiéndose a la opción y el optante se haya inscrito como español.

Si el matrimonio, existente en el momento de la aprobación ministerial, deja de estarlo antes de la inscripción del optante en el Registro, no habrá, normalmente, términos hábiles para que ésta no se practique.

Si el matrimonio se disuelve con posterioridad a la inscripción registral, la nacionalidad española adquirida por el cónyuge hasta entonces extranjero se mantiene y conserva toda su eficacia. Esto se entiende sin perjuicio de lo ya expuesto para los casos de matrimonio putativo contraído por el optante de mala fe.

Para saber si el matrimonio está subsistente, ha de estarse a las normas de Derecho Internacional Privado español.

La subsistencia del matrimonio ha de probarse. El artículo 233, regla segunda, del R. R. C. establece que al ejemplar del acta que se remita a la Dirección General de los Registros y del Notariado se acompañarán «la certificación de matrimonio en el Registro Civil español, las pruebas oportunas sobre la subsistencia del matrimonio...». Y la Circular de 22 de mayo de 1975 reitera esta exigencia en su epígrafe I. Ahora bien, ¿cómo se prueba la subsistencia? Basta la mera afirmación del optante y, sobre todo, de su cónyuge. No es necesario presentar fe de estado. La declaración de subsistencia del cónyuge optante, junto con la certificación literal de inscripción de matrimonio en la que nada conste sobre la disolución de éste es prueba suficiente.

¿Quid en caso de separación matrimonial? En principio, el cónyuge extranjero que esté separado de su consorte español puede optar a la nacionalidad española. El matrimonio no se disuelve por la separación personal. El artículo 21 del Código Civil concede la facultad de optar al «cónyuge extranjero», y el optante sigue siéndolo a pesar de la separación. Ahora bien, si este modo de adquirir la nacionalidad se funda, mediatamente, en la especial vinculación con España que se supone entraña el hecho del matrimonio con persona española, no re-

sultará raro comprobar que, habiendo cesado la vida común de los esposos, aunque el matrimonio en cuanto tal subsista, la vinculación a España (que es esencial en la adquisición de la nacionalidad) quedará, en muchos casos, tan difuminada que el no oponerse a la opción sería ir más lejos de lo que el legislador quiso. Puede ser, no obstante, que no ocurra así y que el optante separado de su cónyuge esté muy integrado en España. Mas, para estos casos, ya existe la posibilidad de utilizar otras modalidades adquisitivas.

Teóricamente, no se puede negar legitimación para optar al cónyuge separado. En la práctica, tampoco se le niega. Ahora bien: otra cosa es que deba aprobarse siempre su opción. Las circunstancias del caso pueden, sin incurrir en arbitrariedad alguna, hacer conveniente la oposición a la opción. Ya en muchos casos esta conveniencia vendrá reforzada por el hecho de la disconformidad del cónyuge del optante con la pretensión de éste.

Por tanto, las circunstancias del caso, que frecuentemente revelarán la falta de vinculación a España del optante separado; la omisión, significativa, a pesar del requerimiento hecho, de la declaración del cónyuge sobre la opción formulada por su consorte (cfr. art. 233, regla tercera, R. R. C.); o las alegaciones de aquél contrarias a la opción, son motivos suficientes para no aprobarla. Aquí deberá tener lugar, en muchos casos, la efectiva aplicación del último párrafo del artículo 20, relativo a la denegación por motivos de orden público (cfr. artículo 21, *in fine*, C. C.).

9. MATRIMONIO INSCRITO

El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles. Para que éstos sean reconocidos, bastará con la inscripción del matrimonio correspondiente en el Registro Civil (cfr. art. 76 C. C.). El Reglamento del Registro Civil afirma lo mismo para el matrimonio civil y lo reitera para el canónico: «Los efectos civiles del matrimonio canónico o civil se producirán desde la celebración. Para que los efectos sean reconocidos bastará la inscripción del matrimonio» (art. 70).

Es necesario, por tanto, que el matrimonio esté inscrito para que el optante pueda llegar a adquirir la nacionalidad española. No es que el matrimonio no inscrito sea inválido o ineficaz, no. Por eso, al tratar de este requisito, se hace en epígrafe aparte, sin mezclarlo con el de la validez del matrimonio. Lo que ocurre es que cuando la inscripción se solicite una vez transcurridos cinco días desde la celebración, no per-

judicará los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas (cfr. arts. 76 C. C. y 70 L. R. C.). Además, en principio, el matrimonio no se puede probar con independencia del Registro Civil: éste «constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento» (cfr. art. 2 L. R. C.).

El Reglamento del Registro Civil exige que se aporte la certificación de inscripción del matrimonio en el Registro Civil (cfr. art. 233, regla segunda). Y la Circular de 22 de mayo de 1975 insiste en la misma exigencia (cfr. epíg. I, párr. 2).

Si el matrimonio no está inscrito en el Registro Civil español, hay que proceder a practicar la inscripción correspondiente. Si se trata de matrimonio canónico, basta presentar para ello la copia auténtica del acta sacramental o certificación eclesiástica acreditativa del matrimonio (cfr. art. 77 C. C. y 71 L. R. C.; hoy, también, la Circular de la D. G. R. N. de 15-II-1980). Respecto del matrimonio civil, cfr. artículos 9, número primero, 86 y siguientes del C. C.; 243 y siguientes del R. R. C.; Instrucción de 7 de julio de 1971 e Instrucción General de 22 de marzo de 1974 (afectadas por la Reforma del R. R. C. de 1 de diciembre de 1977); Resoluciones de 23 de marzo, 5 de abril y 24 de agosto de 1976, y de 6 de abril de 1979.

10. NACIONALIDAD ESPAÑOLA DEL CÓNYUGE DEL OPTANTE

El cónyuge del optante ha de ser español, bien de origen, bien por concesión por residencia o por carta de naturaleza, por opción del artículo 18...

No importa que, además de ser español, ostente otra nacionalidad de hecho o de derecho. Incluso el cónyuge extranjero estaría legitimado para optar aun cuando su consorte tuviese la nacionalidad española latente, por tener otra como efectiva, conforme a un convenio de doble nacionalidad. Aunque éste establezca que el ejercicio de los derechos civiles y políticos se regirán por la ley del país donde se haya domiciliado el interesado (cfr., v. gr., Convenio con Chile de 24 de mayo de 1958, art. 3), que en este caso sería el cónyuge español, ello no obsta para que, estando latente esta nacionalidad, el cónyuge extranjero pueda optar: quien lo hace es el extranjero, y lo que importa es esta facultad de optar, y no, a estos efectos, los derechos civiles y políticos del cónyuge del optante cuyo ejercicio puede eventualmente regir

por otra ley distinta de la española. Con tal de que éste siga siendo español, el cónyuge extranjero tendrá legitimación para optar.

El cónyuge del optante no necesita ser español en el momento de la celebración del matrimonio, pero sí ha de serlo en el momento de ejercitarse la opción por su consorte.

Si el cónyuge del optante perdió su nacionalidad española por razón de matrimonio (lo cual era frecuente en mujeres casadas antes de la reforma del C. C. de 1975), o por haber adquirido voluntariamente otra nacionalidad, será preciso que proceda a recuperar aquélla con arreglo al artículo 24 del C. C., si su cónyuge, extranjero, quiere optar. Sobre la recuperación y la Disposición Transitoria de la Ley de 2 de mayo de 1975, se tratará en otra parte del trabajo.

Para la prueba de la nacionalidad española, cfr. epígrafe 22 (Documentos probatorios a aportar).

11. RENUNCIA PREVIA A LA NACIONALIDAD ANTERIOR DEL OPTANTE

El artículo 21 del Código Civil establece que, en caso de opción por matrimonio a la nacionalidad española, tendrá lugar la aplicación de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 19. Esto es, además del juramento de fidelidad y la inscripción, que serán examinados después, es precisa la renuncia previa del optante a su anterior nacionalidad. El artículo 233 del R. R. C. reitera este requisito y a la vez lo aclara. Sería excesivo tener que renunciar puramente y con carácter previo a la nacionalidad anterior, siendo así que en el momento de hacer esta renuncia aún no sabe el optante si por el órgano competente se aprobará o no dicha opción. Por ello, el citado artículo reglamentario establece que la renuncia se hará en forma condicionada para el solo caso de que el optante adquiera efectivamente la nacionalidad española. Se exige, pues, propiamente, una renuncia previa, siquiera sea condicionada; no una promesa de renuncia futura (promesa de renunciar en su día si llega a adquirirse la nacionalidad), aunque tal vez esta fórmula fuera más correcta (cfr. art. 220, 7.º R. R. C.). Desde un punto de vista práctico, la distinción carece, de todas formas, de trascendencia.

La renuncia previa ha de constar en el acta (cfr. art. 233, regla primera, R. R. C.), y también en la inscripción (cfr. art. 228 R. R. C.) practicada en el Registro Civil español (10).

(10) A los naturales de Ifni se les reconoció un derecho de opción a la nacionalidad española que exigía la previa renuncia de derechos a la nacionalidad marroquí, la cual había de hacerse por escrito ante las autoridades marroquíes, y se acreditaba mediante un certificado fehaciente expedido por las mismas. Esto restó

La renuncia tiene carácter personalísimo: ha de realizarla el op-tante. Particularmente, no pueden hacerla por él sus descendientes (cfr. Resoluciones de 2 de febrero de 1925 y 15 de noviembre de 1927).

La renuncia tiene carácter constitutivo. Sin ella no hay adquisición de nacionalidad (cfr. art. 19, párr. 4, C. C.).

La renuncia consiste en una declaración de voluntad, en una simple declaración de voluntad de renunciar, con independencia de que produzca o no la pérdida de la nacionalidad a la que se renuncia. A estos efectos, la Resolución de 24 de septiembre de 1971 declara que «Los preceptos que exigen la renuncia a la nacionalidad extranjera como condición previa para la adquisición o recuperación de la nacionalidad española (cfr. arts. 18, 19, 24 y 25 C. C.—hoy debe agregarse art. 21, V, C. C.—) se pueden entender de dos modos: a) Que sólo exigen una declaración del interesado en el sentido de querer renunciar a la nacionalidad; b) Que exigen no sólo la declaración de la renuncia, sino que ésta sea eficaz conforme a la propia ley nacional. Sólo siguiendo la segunda interpretación quedaría obstaculizada la política de doble nacionalidad de cualquiera de los muchos Estados extranjeros respecto de los que no basta, según su legislación, para la pérdida de la nacionalidad, la simple declaración de renuncia, ni siquiera cuando va seguida de adquisición de otra nacionalidad. Pero, en cambio, tal modo de interpretar los preceptos españoles condicionaría los modos de adquirir la nacionalidad española a las determinaciones de una soberanía extranjera y a los trámites lentos y costosos, y con frecuencia insuperables, que habrían de realizarse, en relación con el Estado que se abandona, a fin de conseguir y acreditar la efectividad de la renuncia. Por eso es mejor entender que la exigencia de la renuncia se cumple con la sola declaración de renunciar, aunque ello no baste para dejar de ser nacional del país extranjero respectivo conforme a la legislación de este país. Esta es, además, la única interpretación avalada por los precedentes (cfr. arts. 101 a 106 L. R. C., de 1870). Cabe, por otra parte, un remedio contra el abuso de la múltiple nacionalidad. En las condiciones que establece el artículo 22 del Código Civil, «perderán la nacionalidad española los que hubieran adquirido voluntariamente otra nacionalidad». Este Centro Directivo entiende que hay también adquisición voluntaria de nacionalidad extranjera y, por tanto, pérdida de la española, en los términos que señala dicho artículo, cuando el español acepta voluntariamente la nacionalidad extranjera que le impone una ley extranjera. En consecuencia, perderá

eficacia al sistema ideado (cfr. Tratado con Marruecos de 4 de enero de 1969, y, principalmente, Protocolo anejo).

la nacionalidad española, en las condiciones del citado artículo 22, quien después de haberla adquirido y de haber previamente renunciado a su antigua nacionalidad, asume por su voluntad la que le sigue atribuyendo la ley extranjera, no obstante la declaración de renuncia que había hecho el interesado». En el mismo sentido, cfr. Resoluciones de 7 de mayo, 13 de junio, 17 de julio y 12 de diciembre de 1975.

La renuncia a la nacionalidad anterior del optante no es necesaria:

a) En los supuestos de apatridia. Careciendo de nacionalidad, es claro que no se puede renunciar a la que no se tiene. A pesar de todo, en estos casos conviene—y puede exigirse—que el optante renuncie a cualquier otra nacionalidad distinta de la española que pudiere ostentar (11).

b) En los supuestos en que el optante sea de nacionalidad desconocida. En ellos también puede exigirse, si no una renuncia a una nacionalidad concreta, sí, en cambio, una renuncia similar a la expuesta en el apartado anterior para los apátridas.

c) En los casos en que el optante tenga la nacionalidad de un país iberoamericano o de Filipinas, cuando exista al respecto convenio de doble nacionalidad. Efectivamente, el artículo 22 del Código Civil, después de establecer que perderán la nacionalidad española los que hubieran adquirido voluntariamente otra nacionalidad, y que, no obstante, la adquisición de la nacionalidad de un país iberoamericano o de Filipinas no producirá pérdida de la nacionalidad española cuando así se haya convenido expresamente con el Estado cuya nacionalidad se adquiere, añade: «Correlativamente, y siempre que mediare convenio que de modo expreso así lo establezca, la adquisición de la nacionalidad española no implicará la pérdida de la de origen, cuando esta última fuera la de un país iberoamericano o la de Filipinas» (12).

En la actualidad existen los siguientes convenios de doble nacionalidad entre España y

— Chile: Convenio de 24 de mayo de 1958, ratificado por Instrumento de 28 de octubre del mismo año. Canje de Notas sobre conflictos de leyes sobre nacionalidad, de 23 de junio de 1958.

— Perú: Convenio de 16 de mayo de 1959, ratificado por Instru-

(11) Se considera ley personal de los que carecen de nacionalidad o la tienen indeterminada la ley del lugar de su residencia habitual (cfr. art. 9.º, núm. 10. C. C.).

(12) El artículo 11, párrafo 3, de la Constitución establece que «el Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen».

mento de 15 de diciembre de 1959. El canje de ratificaciones tuvo lugar el 10 de febrero de 1960.

— Paraguay: Convenio de 25 de junio de 1959, ratificado por Instrumento de 15 de diciembre de 1959. Canje de ratificaciones: 10 de marzo de 1960.

— Nicaragua: Convenio de 25 de julio de 1961, ratificado por Instrumento de 25 de enero de 1962. Canje de ratificaciones: 26 de marzo de 1962.

— Guatemala: Convenio de 28 de julio de 1961, ratificado por Instrumento de 25 de enero de 1962. Canje de ratificaciones: 1 de febrero de 1962. Este convenio no es propiamente de doble nacionalidad, a lo cual responde su misma denominación: «Convenio de Nacionalidad». En él se articula, simplemente, un derecho de opción (cfr. epígrafe 3, letra G, de este trabajo). Sin embargo, por razones sistemáticas y de cierta analogía con los convenios de doble nacionalidad, lo citamos aquí.

— Bolivia: Convenio de 12 de octubre de 1961, ratificado por Instrumento de 25 de enero de 1962. Canje de ratificaciones: 31 de marzo de 1964.

— Ecuador: Convenio de 4 de marzo de 1964, ratificado por Instrumento de 22 de diciembre de 1964. Canje de ratificaciones: 24 de diciembre de 1964.

— Costa Rica: Convenio de 8 de junio de 1964, ratificado por Instrumento de 21 de enero de 1965. Canje de ratificaciones: 21 de mayo de 1965.

— Honduras: Convenio de 15 de junio de 1966, ratificado por Instrumento de 23 de febrero de 1967. Canje de ratificaciones: 25 de abril de 1967.

— República Dominicana: Convenio de 15 de marzo de 1968, ratificado por Instrumento de 16 de diciembre de 1968. Canje de ratificaciones: 22 de enero de 1969.

— Argentina: Convenio de 14 de abril de 1969, ratificado por Instrumento de 2 de febrero de 1970. Canje de ratificaciones: 23 de marzo de 1971 (13).

(13) Por su novedad e interés, transcribimos aquí, aunque no se trate de doble nacionalidad, el Convenio de Nacionalidad entre España y Colombia de 27 de junio de 1979, pendiente de la previa autorización de las Cortes Generales para su ratificación (cfr. art. 94, 1, de la Constitución española):

«Artículo 1.º Los españoles de origen podrán adquirir la nacionalidad colombiana y los colombianos por nacimiento podrán adquirir la nacionalidad española cuando hayan estado domiciliados en el territorio del otro Estado por un plazo no menor de dos años, cumpliendo los requisitos que determine la legislación del país cuya nacionalidad adquieran e inscribiéndose en los Registros que dicha legislación

Aplicando estos convenios a los súbditos iberoamericanos que opten, por razón de su matrimonio, a la nacionalidad española, resulta que no es necesario que renuncien previamente a su nacionalidad:

— Los chilenos nacidos en Chile (art. 1, párr. 1, Conv.), esto es, los originarios del territorio nacional chileno (art. 1, párr. 2, Conv.).

establezca o tenga establecidos, y siempre bajo el principio de reciprocidad respecto del plazo exigido y demás requisitos esenciales de la adquisición. A partir de la fecha de la inscripción, en la cual se hará referencia al presente Convenio, gozarán de la condición de nacionales del Estado del nuevo domicilio en la forma regulada por este Convenio y por las leyes del país respectivo.

Dicha inscripción será comunicada a la otra Parte Contratante, por vía diplomática o consular, dentro del término de sesenta días contados desde el momento en que fuere hecha conforme al trámite legal ordinario.

Art. 2.º Cuando las personas acogidas a los beneficios del presente Convenio cambien de domicilio, adquiriéndolo en el territorio de la otra Parte Contratante, esas personas recuperarán, en su caso, los derechos y los deberes inherentes a su anterior nacionalidad, cumpliendo los requisitos exigidos por la legislación respectiva. Las personas que efectúen dichos cambios estarán obligadas o manifestarlo así a las autoridades competentes de los respectivos países. En tal supuesto, se procederá a inscribir el cambio en los Registros legalmente establecidos y se librarán las comunicaciones pertinentes.

Art. 3.º Para los efectos del presente Convenio se entiende por domicilio el constituido con la intención de establecer en él la residencia habitual. La prueba de constitución de domicilio en el territorio de la Parte Contratante correspondiente será requisito indispensable para solicitar la nueva nacionalidad y para recuperar, en su caso, el pleno goce de la nacionalidad anterior de las personas acogidas al presente Convenio.

Art. 4.º En ningún caso las personas que se acojan a este Convenio estarán simultáneamente sometidas a la legislación de ambas Partes. Tan sólo, para los efectos de sus deberes y de sus derechos, a la de la nacionalidad atribuida de conformidad con las normas aquí expresadas. Nacionalidad que se definirá según los términos de la ley del Estado Parte, respecto del cual se pretenda o niegue el vínculo.

En el supuesto de doble nacionalidad, se definirá a la luz de la ley del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre la persona interesada. En consecuencia, ninguna persona con la calidad de nacional de uno de los dos Estados contratantes podrá alegar en el territorio del otro la mencionada calidad ni pretender el goce o ejercicio de los derechos derivados de ella si al propio tiempo se le considera como nacional del otro, aplicando el criterio señalado en el párrafo anterior del presente artículo.

Art. 5.º La dependencia política y la legislación aplicable a la persona que, deseando continuar acogida al presente Convenio, trasladara su domicilio a un tercer país, quedarán determinadas por el último domicilio que hubiera tenido en el territorio de una de las Partes Contratantes.

Art. 6.º Ninguna persona, nacida en cualquiera de los dos países de padres del otro, carecerá de nacionalidad. Si ello ocurriese, esto es, si en virtud de las reglas ordinarias no tuviere ninguna, ya fuese por asimetría de las legislaciones o por vacío u omisión de una de ellas, será considerada nacional del Estado en cuyo territorio hubiere tenido su primer domicilio, sin perjuicio de acogerse, más tarde, a las otras opciones contempladas en este Convenio.

Art. 7.º Los españoles y los colombianos que, con anterioridad a la vigencia del presente Convenio, hayan adquirido la nacionalidad colombiana o española, respectivamente, podrán acogerse a lo establecido en el mismo. Las disposiciones de este Convenio les serán aplicables desde la fecha en que se acojan a él.

— Los peruanos, exceptuándose los que lo fueren por naturalización (art. 1 Conv.).

— Los paraguayos de origen.

— Los nicaragüenses, excepto los que lo fueren por naturalización (artículo 1 Conv.).

— Los bolivianos, excepto los que lo fueren por naturalización (artículo 1 Conv.).

— Los ecuatorianos, con la misma salvedad anterior (art. 1 Conv.).

— Los costarricenses de origen (art. 1 Conv.).

— Los hondureños, salvo los por naturalización (art. 1 Conv.).

— Los dominicanos (art. 1 Conv.).

— Los argentinos de origen (art. 1 Conv.).

Como puede observarse, el alcance subjetivo de estos convenios no es el mismo en todos ellos. Así, no es lo mismo haber nacido en un determinado país (cfr. art. 1 Conv. con Chile), que ser de un determinado país por origen (cfr., v. gr., art. 1 Conv. con Paraguay).

Los chilenos que hubiesen adquirido la nacionalidad española a virtud de opción por matrimonio renunciando previamente a la de origen pueden recuperar esta última declarando que tal es su voluntad ante el Encargado del Registro correspondiente. A partir de esa fecha se les aplica las disposiciones del convenio, sin perjuicio de los derechos ya adquiridos (cfr. art. 6 Conv. con Chile). En términos similares se pronuncian los Convenios con Perú (cfr. art. 6 Conv.), Paraguay (este convenio se refiere expresamente a los paraguayos que con anterioridad a la vigencia del mismo hubiesen adquirido la nacionalidad española: cfr. art. 5), Nicaragua (cfr. art. 6 Conv.), Bolivia (cfr. art. 6 Conv.), Ecuador (ídem a Paraguay: cfr. art. 6 Conv.), Honduras (cfr. artículo 6 Conv.), Costa Rica (ídem a Paraguay: cfr. art. 6 Conv.), República Dominicana (ídem a Paraguay: cfr. art. 6 Conv.), Argentina (ídem a Paraguay: cfr. art. 5 Conv.).

Art. 8.º Los españoles en Colombia y los colombianos en España que no se acojan al presente Convenio continuarán disfrutando de los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones colombiana y española, respectivamente.

Art. 9.º Ambos Gobiernos se consultarán periódicamente con el fin de estudiar y adoptar las medidas apropiadas para la armónica aplicación de este Convenio, así como las eventuales modificaciones y adiciones que, de común acuerdo, se estimen convenientes, especialmente si fuere necesario como consecuencia de la reforma o desarrollo constitucional en ambos países.

Art. 10. El presente Convenio será ratificado por las Partes Contratantes y los instrumentos se canjearán en Bogotá. Entrará en vigor a partir del día en que se canjeen dichos instrumentos y continuará vigente hasta que una de las Partes Contratantes anuncie oficialmente a la otra, con un año de antelación, la intención de hacer cesar sus efectos.»

12. JURAMENTO

A través de la remisión que el párrafo 3.º del artículo 21 del Código Civil hace al artículo 19, se exige que el optante preste juramento de fidelidad al Jefe del Estado y de obediencia a las leyes. El artículo 233, regla primera, del R. R. C. establece que en el acta de opción constará el juramento citado, que se hará en forma condicionada, para el solo caso de que el optante adquiriera efectivamente la nacionalidad española. Propiamente se exige prestar juramento condicional. Sin embargo, es admisible la promesa de prestar juramento en su día y caso.

Es imprescindible cumplir este requisito: el juramento, al igual que la renuncia a la nacionalidad anterior y la inscripción, tiene carácter constitutivo, de manera que sin él no llega a adquirirse eficazmente la nacionalidad española.

El juramento, además de tener carácter constitutivo, es de naturaleza personalísima, y por ello sólo puede prestarlo el optante. No cabe aquí ni la representación voluntaria ni la legal. Particularmente, los descendientes del optante no pueden hacerlo por él. La Resolución de 15 de noviembre de 1927, contestando a la consulta sobre inscripción de ciudadanía española concedida a un extranjero, resalta, refiriéndose al artículo 101 de la L. R. C. de 1870 (relativo a la inscripción, renuncia y juramento), que «es absolutamente precisa la presencia del interesado, sin posible representación, por ser obligación y derecho personalísimo».

El juramento no exige una fórmula predeterminada y solemne, si bien, como ha quedado dicho, ha de constar en el acta (y en la inscripción, según se verá). Es válida la fórmula según la cual «el interesado presta el juramento a que se refiere el artículo 19 del Código Civil». Basta el juramento, sin más, sin necesidad de agregar expresiones que pudieran añadir una especial fuerza moral o jurídica.

Por supuesto, no es necesario, ni se puede exigir, utilizar una fórmula religiosa, dada la Ley de Libertad Religiosa de 28 de junio de 1967 y las normas constitucionales (cfr. art. 16 Const.).

El juramento tiene su trascendencia registral: ha de hacerse constar en la inscripción, ya que, a tenor del artículo 228 del R. R. C., en las inscripciones de nacionalidad constará el juramento de fidelidad y obediencia.

13. INSCRIPCIÓN

Sobre esta materia (Registro competente, título para la inscripción, forma de ésta, etc., cfr. epíg. 26).

14. PROCEDIMIENTO

En relación con esta materia se examinan a continuación los siguientes aspectos:

- a) Normativa reguladora del procedimiento.
- b) Competencia.
- c) Postulación procesal.
- d) Iniciación del procedimiento.
- e) Declaración de opción.
- f) Acta.
- g) Contenido del acta.
- h) Documentos probatorios a aportar.
- i) Informes.
- j) Orden ministerial resolutoria.
- k) Notificación y actuaciones posteriores.
- l) Inscripción.

15. NORMATIVA REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO

Régese el procedimiento por la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957; su Reglamento de 14 de noviembre del mismo año, modificado últimamente por Real Decreto de 1 de diciembre de 1977, y por la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de mayo de 1975.

No se rige, por tanto, por la legislación administrativa. El Decreto de 10 de octubre de 1958 considera procedimientos administrativos especiales, a efectos de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, los procedimientos regulados por la legislación del Registro Civil y el procedimiento de nacionalidad. Pero ello no es así. El Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, es preferente, por posterior, a aquel otro Decreto. Examinando la legislación del Registro Civil, se observa que el expediente de opción por matrimonio, como, en general, cualquier otro referido a la nacionalidad, se rige por leyes civiles. La Resolución de 8 de abril de 1976, sobre impugnación de concesión de nacionalidad española (por residencia, pero también aplicable al supuesto de opción por matrimonio) declaró: 1.º Que la concesión de nacionalidad es un privilegio personal que afecta a los derechos políticos u honoríficos y al estado y condición de las personas. Se trata, por tanto, de materia civil. 2.º Que la tramitación misma del privilegio o gracia está regida

por las leyes civiles: por la legislación del Registro Civil (cfr. arts. 63 de la L. R. C. y 220 y sigs. del R. R. C.) y supletoriamente por la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 16 R. R. C.). 3.º Que por tratarse de privilegios otorgados en materia civil y política, son cuestiones excluidas de la jurisdicción contencioso-administrativa (cfr. art. 2 de la Ley sobre esta Jurisdicción) e incluidos, como negocios civiles, en la jurisdicción ordinaria (art. 51 de la L. E. C.).

La Resolución de 30 de junio de 1977 sobre improcedencia de un recurso contra la denegación de la nacionalidad por razón de matrimonio con española, declaró que «la naturaleza civil y política (cfr. artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) de las cuestiones de nacionalidad excluyen estos expedientes de la aplicación de las normas ordinarias de Derecho Administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2.º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y arts. 341 y 16 del Reglamento del Registro Civil)».

Hay, dentro de la normativa aplicable, reglas específicas relativas al procedimiento de adquisición de la nacionalidad española a virtud de opción por matrimonio, entre las que caben destacar las contenidas en el fundamental artículo 233 del R. R. C. y en el 234 del mismo. Hay también reglas que se refieren a expedientes de nacionalidad (no sólo a los de opción por matrimonio) que son aplicables aquí, como las contenidas en los artículos 365, 366 y 367 del Reglamento citado. Y existen, por último, reglas que afectan a los expedientes relativos al Registro Civil y que, a falta de aquéllas, pueden traerse a colación aquí (cfr. arts. 16 y 341 R. R. C.).

16. COMPETENCIA

A) Competencia para recibir la declaración de opción. Sobre esto se trata más tarde (cfr. epíg. 19 y lo que se dice a continuación).

B) Competencia para instruir el expediente. Es competente el Encargado del Registro Civil del domicilio del optante. A estos efectos, el artículo 365, párrafo primero, del R. R. C. establece que «Los expedientes de nacionalidad que sean de la competencia del Ministerio.. serán instruidos, conforme a las reglas generales, por el Encargado del Registro Municipal del domicilio de cualquiera de los promotores». Y el expediente de opción es de la competencia del Ministerio de Justicia (cfr. art. 233, regla 5.ª R. R. C.). La Resolución de 29 de noviembre de 1975 declaró, a este respecto, que la opción por matrimonio origina la iniciación de un expediente de la competencia del Ministerio, encuadrable en los supuestos que cita el artículo 365 del Reglamento,

el cual ha de ser instruido, por razón de su competencia propia, por el Juez Encargado del Registro Civil del domicilio del promotor.

Si el optante estuviera domiciliado en el extranjero, será competente el Encargado del Registro Consular del domicilio del optante. En los países extranjeros en que no exista Agente consular o diplomático español, la declaración de opción del cónyuge extranjero podrá formularse del modo previsto en el artículo 230 de este Reglamento. En tal caso, se observarán las reglas contenidas en este artículo, así como el 233 (art. 234 R. R. C.). El mencionado artículo 230 establece para estos casos que la declaración de opción podrá formularse en documento debidamente autenticado dirigido al Ministerio español de Asuntos Exteriores, quien, con informe sobre la fecha de remisión a dicho Ministerio, dará traslado, a través del Ministerio de Justicia, al Registro competente para la inscripción.

C) Competencia para la resolución del expediente. Es competente el Ministerio de Justicia. El artículo 233, reglas 5.^a, 6.^a y 7.^a, habla de «Orden del Ministerio de Justicia». Y el 367 del mismo Reglamento establece que «El Ministro de Justicia resuelve en forma de Orden, a propuesta de la Dirección General, previo informe del Servicio respectivo». Hoy, por delegación del Ministro, y según la Orden de 8 de marzo de 1976, resuelve el Subsecretario del Ministerio de Justicia.

D) Competencia para practicar la inscripción de nacimiento. Se trata de ella en el epígrafe 26.

17. POSTULACIÓN PROCESAL

No es preceptiva la intervención de Abogado o Procurador. Tanto los Procuradores como los Abogados podrán asistir con el carácter de apoderados o con el de auxiliares de los interesados cuando éstos quieran valerse espontáneamente de ellos (art. 348 R. R. C.). Por otra parte, la simplicidad del expediente hace innecesaria aquélla. Téngase en cuenta, por lo demás, que aunque se presente una instancia confeccionada por Abogado y firmada por el optante, declarando la opción, ha de formalizarse el acta correspondiente, debiendo comparecer el optante, ya que la opción, renuncia y juramento son personalísimas y han de constar en acta.

18. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

No produciendo el matrimonio por sí solo y de modo automático la adquisición de la nacionalidad española, es preciso que tenga lugar una declaración de voluntad en tal sentido. Esta declaración ha de constar en el acta de opción, con independencia de que se haya presentado una instancia o solicitud que la recoja. Lo esencial es la fecha del acta, no la de la solicitud (14) (cfr. art. 64 L. R. C.). Compárese el artículo 220 con el 233 del R. R. C.

19. DECLARACIÓN DE OPCIÓN

Es una declaración de voluntad pura y personalísima. Pura: no sometida a plazo o condición. Personalísima: no es posible la representación Voluntaria ni la legal (cfr. Resolución 15 noviembre 1927, que declara el carácter personalísimo de las declaraciones complementarias a la opción, y R. de 10 marzo 1941 que admite la recuperación por representante legal).

La declaración de opción puede hacerse en cualquier momento. Particularmente, no rige el plazo establecido en el artículo 18 para la opción ordinaria.

No es necesario que entre la celebración del matrimonio y la declaración de opción medie un determinado plazo: se puede contraer matrimonio y optar por la nacionalidad española el mismo día.

El órgano competente para recibir la declaración es el Encargado del Registro Civil del domicilio del optante.

La declaración de opción no puede formularse directamente ante el Encargado del Registro competente para la inscripción del nacimiento cuando éste sea distinto del Registro correspondiente al del domicilio del optante. Así, si el optante nació en el extranjero y tiene su domicilio en Madrid, no podrá acudir directamente al Registro Civil Central. Y ello porque, a diferencia de la opción ordinaria, la por matrimonio no da lugar a practicar directamente la inscripción en el Registro Civil español, siendo preciso instruir previamente un expediente (cfr. art. 233 del R. R. C., Circular de la D. G. R. N. de 22 de mayo de 1975, Instrucción sobre Auxilio Registral de 31 de octubre de 1975, y Resolución de 29 de noviembre de 1975).

(14) O la fecha de remisión del documento debidamente autenticado al Ministerio español de Asuntos Exteriores (cfr. art. 230 R. R. C.).

Puede formularse la opción ante el Juez de Paz correspondiente, si bien hay que tener en cuenta que éste actúa por delegación del Encargado y no debe hacerlo sin instrucción particular y por escrito del Encargado (cfr. art. 46 R. R. C.).

En los países extranjeros en que no exista Agente diplomático o consular español, la declaración de opción puede formularse en documento debidamente autenticado dirigido al Ministerio español de Asuntos Exteriores (cfr. art. 230 R. R. C.).

20. ACTA

Se levanta por duplicado, y uno de los ejemplares se remite a la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. art. 233, regla 1.ª, R. R. C.). En el caso del artículo 230 del R. R. C., el Ministerio de Asuntos Exteriores español remite el documento debidamente autenticado al Ministerio de Justicia, informando sobre la fecha de remisión a aquel Ministerio (cfr. art. 230 R. R. C.).

21. CONTENIDO DEL ACTA

El acta ha de contener los siguientes extremos:

- Lugar fecha y hora en que se levanta el acta (respecto de la hora, cfr. art. 35 L. R. C. y 228 R. R. C.).
- Juez Encargado y Secretario, o el Cónsul (en los Registros Consulares no existe Secretario: art. 53 R. R. C.).
- Circunstancias personales del optante (nombre, apellidos, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, domicilio, reseña de pasaporte u otro medio de identificación empleado, padres).
- Nombre y apellidos de su cónyuge, fecha y lugar de nacimiento, nacionalidad (española), padres.
- Lugar y fecha del matrimonio.
- Declaración de opción a la nacionalidad española con arreglo al artículo 21 del Código Civil.
- Renuncia previa a la nacionalidad anterior o, en su caso, a cualquiera nacionalidad distinta de la española por la que opta que pudiera corresponderle. La renuncia se hará en forma condicionada para el solo caso de que el optante adquiriera efectivamente la nacionalidad, y en el supuesto de que sea necesaria (cfr. convenios de doble nacionalidad).
- Juramento de fidelidad al Jefe del Estado y de obediencia a las leyes, hecho con el mismo condicionamiento examinado respecto de la renuncia.

— Declaración del cónyuge español sobre la opción formulada por su consorte, si no existen causas justificadas que lo impidan. Esta declaración tiene una doble finalidad: a) Constatar que el cónyuge del optante tiene conocimiento del expediente iniciado por su consorte; b) Ver si existe alguna causa de oposición por parte del cónyuge del optante, lo cual no es infrecuente en los supuestos de separación.

— Declaración de subsistencia del matrimonio. Deben hacerla ambos cónyuges, pero especialmente el del optante.

Se cierra el acta, tras la cláusula habitual, con la firma del Juez (o Encargado del Registro Consular, en su caso), Secretario (15), optante y su cónyuge cuando haya comparecido en esta acta. En otro caso, sus declaraciones se recogerán en acta separada.

22. DOCUMENTOS PROBATORIOS A APORTAR

En el momento de la emisión de la declaración de voluntad no es necesario presentar documentos probatorios. El Encargado del Registro ha de admitir y recibir esta declaración aun sin ellos. Como los efectos de la adquisición de la nacionalidad se retrotraen a la fecha del acta (cfr. art. 64 L. R. C.; a la fecha de la remisión del documento autenticado: cfr. art. 230 R. R. C.), no procede demorar por falta de aportación documental inicial el comienzo de la eficacia de la adquisición.

A lo dicho no se oponen los artículos 227 y 233 del R. R. C. El primero de ellos establece que las inscripciones de opción, excepto la regulada en el artículo 233 de este Reglamento, son procedentes, aunque no se presente documento alguno, salvo que resulte de la declaración del interesado que no concurren los requisitos. La regla segunda del artículo 233 establece que al ejemplar del acta que se remita a la D. G. R. N. se acompañarán determinados documentos. Estos deberán aportarse, sí, durante la tramitación del expediente, que no se debe remitir hasta que no esté completo en su fase de instrucción.

Los documentos a acompañar al acta son:

a) Certificado literal de inscripción de nacimiento del cónyuge español. No basta el certificado en extracto. La mayoría de las veces, el cónyuge del optante suele ser español (de origen) por ser hijo de padre español (art. 17, número primero C. C.). Ahora bien: como probar que el padre es español requeriría acreditar que el abuelo era español, y para ello sería preciso demostrar que el bisabuelo también lo era, etcétera, lo cual constituye una verdadera *probatio diabolica*, la Ley del Regis-

(15) En los Registros municipales.

tro Civil establece una presunción que, en la práctica, tiene mucha importancia. Establece el artículo 68 de la citada ley que, «Sin perjuicio de lo dispuesto en el título I, libro I, del Código Civil, y en tanto no conste la extranjería de los padres, se presumen españoles los nacidos en territorio español de padres también nacidos en España». En la mayor parte de los expedientes de opción por matrimonio se acude a esta eficacísima presunción. Y por ello se exige precisamente, como regla general, el certificado literal de nacimiento del cónyuge del optante: porque en él consta si dicho cónyuge nació en España y, normalmente, si su padre nació también en España (cfr. modelo impreso número 1 sobre libro de nacimientos). No constando el lugar de nacimiento del padre, habrá que aportar, además, certificación en extracto del nacimiento de éste.

Esta presunción no altera los modos de adquirir la nacionalidad española, ya que se trata simplemente de un medio de prueba. Por ello, el artículo 68 comienza diciendo: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el título I, libro I, del Código Civil». Se trata de una presunción *iuris tantum* que admite, por tanto, prueba en contrario (cfr. art. 1.251 C. C.), y que se basa en la fuerza que tiene el nacimiento de dos generaciones en España.

Si no es posible aplicar la presunción del artículo 68 de la L. R. C. por faltar alguno de los requisitos necesarios, cabe utilizar el expediente gubernativo previsto en el artículo 96, número segundo, de la L. R. C., para la declaración con valor de simple presunción de que el cónyuge del optante ostenta la nacionalidad española. Respecto de este expediente, es competente el Encargado del Registro del domicilio del solicitante (cfr. art. 335 R. R. C.). El testimonio, literal o en extracto, de la declaración, expresa siempre su valor de simple presunción. La anotación de la declaración es obligatoria, y precisará la fecha a que ésta se refiere (cfr. art. 340 R. R. C.).

Cuando el cónyuge del optante haya adquirido la nacionalidad española por concesión por residencia, o por carta de gracia, o por opción del artículo 18 del Código Civil, se probará su nacionalidad mediante la certificación literal de inscripción de nacimiento en que conste dicha adquisición.

La constancia, en la certificación de nacimiento, de la nacionalidad de una persona (el inscrito, su padre...) no es prueba definitiva de ella (cfr. art. 41 L. R. C.). Incluso en los casos en que se pueda aplicar la presunción del artículo 68, la certificación literal de nacimiento no da fe de la nacionalidad, sino del nacimiento del inscrito y del padre en España, es decir, de los hechos de los que se deriva la presunción. Es en las inscripciones de nacionalidad constitutivas donde más

prueba el Registro; pero, aun así, éste da fe en estos casos de que se adquirió en determinado momento la nacionalidad española, pero puede ser que ya se haya perdido.

La mera inscripción en un Registro Consular español tampoco es prueba definitiva por sí misma de que el cónyuge del optante inscrito en tal Registro es español. Si bien la nacionalidad española constituye un presupuesto para la inscripción en el Registro Consular, hay casos en que el inscrito puede no ser español. Así, el artículo 15, párrafo segundo, de la L. R. C. establece que «En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones marginales exigidas por el Derecho español». También el artículo 66, párrafo segundo, del R. R. C. establece que «La duda sobre la nacionalidad del sujeto no es obstáculo para la inscripción del hecho. Tampoco lo es el no estar matriculado en el Consulado».

Sobre la prueba de la nacionalidad española, la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de mayo de 1975 tiene declarado que:

«El sistema español sobre adquisición originaria de la nacionalidad, como basado esencialmente en el principio del *ius sanguinis*, lleva consigo, inevitablemente, ciertas dificultades de prueba, con los consiguientes problemas prácticos, tanto para la Administración, cuando ante un órgano oficial debe justificarse la ciudadanía española, como para los particulares, que pueden verse coartados en el ejercicio de derechos que les correspondan plenamente por su condición de españoles.

Si bien es cierto que una prueba definitiva de tal estado civil sólo puede proporcionarla la sentencia firme recaída en el oportuno juicio declarativo ordinario (cfr. art. 483, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), también lo es que la legislación del Registro Civil ha arbitrado un medio específico para obtener la declaración de que se ostenta la nacionalidad española (artículo 96, 2.º, de la Ley), en virtud de un expediente gubernativo que debe ser resuelto, en primera instancia, por el Juez Encargado del Registro Civil del domicilio (arts. 335 y 338 del Reglamento del Registro Civil). La circunstancia de que, según esta legislación, la declaración sobre nacionalidad tenga valor de 'simple presunción' y deba ser objeto de anotación (art. 340 del Reglamento del Registro Civil), al margen de la inscripción de nacimiento (cfr. arts. 46 de la Ley de Registro Civil y 149 del Reglamento del Registro Civil)—anotación con valor simplemente informativo y que en ningún caso constituye la prueba que

proporciona la inscripción (cfr. arts. 38 de la Ley y 145 de su Reglamento)—, no debe inducir a confusión, minimizando la eficacia de tales declaraciones sobre nacionalidad. Al contrario, es evidente que aquellas expresiones y prevenciones legales sólo obedecen a la necesidad de separar netamente los efectos respectivos de las inscripciones y de las anotaciones, pero no limitan el valor de presunción legal *iuris tantum* de las declaraciones sobre nacionalidad española, las cuales, por tanto, han de dispensar de toda prueba a los favorecidos por la presunción, mientras ésta no se destruya por la prueba en contrario (cfr. artículos 1.250 y 1.251 del Código Civil). Y, naturalmente, estas mismas consecuencias han de predicarse respecto de la presunción legal contenida en el artículo 68 de la Ley del Registro Civil, cuando señala, en las condiciones que el mismo determina, que 'se presumen españoles los nacidos en territorio español de padres nacidos en España'.

b) Certificación de inscripción de matrimonio en el Registro Civil español (cfr. arts. 2 L. R. C.; 233, regla 2.^a, del R. R. C., y Circular de la D. G. R. N. de 1975, epíg. I, párr. 2.^o). Puede también presentarse, en vez de certificación, el Libro de Familia (cfr. arts. 75 L. R. C., y 37 R. R. C.). No basta con el certificado canónico de matrimonio. No basta tampoco el certificado de matrimonio inscrito en un Registro extranjero: la inscripción ha de ser en el Registro Civil español competente. Este es el Registro Municipal o Consular correspondiente al lugar en que se celebra (cfr. art. 16 L. R. C.). Cuando sea competente un Registro Consular, si el promotor está domiciliado en España, deberá practicarse antes la inscripción en el Registro Central, y después, por traslado, en el Consular correspondiente (cfr. art. 68 R. R. C.).

Si el matrimonio no está inscrito, habrá de procederse a su inscripción.

No es necesario aportar certificado consular de nacionalidad del optante (en principio), ni de conducta...

23. INFORMES

La Dirección General recabará los informes a que se refiere el artículo 222 del R. R. C. (cfr. art. 233, regla 4.^a, del mismo). Estos informes se piden al Ministerio de Asuntos Exteriores español y al del Interior (al de Gobernación, dice el artículo 222). Son expedidos por la Dirección General de Asuntos Consulares y por la Dirección General de Seguridad.

El Ministerio de Asuntos Exteriores considerará, para este informe, los intereses de los Estados español y extranjero, teniendo en cuenta, particularmente, el efecto que la adquisición de la nacionalidad española produzca, según la ley respectiva, en el solicitante y su familia.

El informe del Ministerio del Interior comprenderá el juicio sobre la conducta y situación del extranjero respecto de las obligaciones que impone su entrada y residencia en España (art. 222 citado).

Si la opción se hizo en el extranjero, el autorizante del acta emitirá informe sobre las circunstancias del optante que puedan influir en la apreciación del orden público (cfr. art. 233, regla 3.ª, R. R. C.).

Además de éstos, pueden reclamarse de oficio otros informes.

24. ORDEN MINISTERIAL RESOLUTORIA

La inscripción de la opción en el Registro español competente no se llevará a efecto hasta que recaiga la oportuna Orden del Ministerio de Justicia, no oponiéndose a la adquisición de la nacionalidad española. La fecha de esta Orden ministerial se hará constar en la inscripción misma (cfr. art. 233, regla 5.ª, R. R. C.).

El Ministro de Justicia resuelve en forma de Orden, a propuesta de la Dirección General, previo informe del Servicio respectivo (artículo 367 R. R. C.). A partir de la Orden de 8 de marzo de 1976 resuelve por delegación de aquél el Subsecretario. El Servicio a que se refiere el artículo últimamente citado es el de Nacionalidad y Estado Civil.

Aquí es de aplicación el artículo 366 del R. R. C., conforme al cual, cuando la concesión dependa de motivos de interés u orden público, el Jefe del Servicio se limitará en su propuesta a enjuiciar los requisitos de fondo y forma y a destacar los hechos probados o notorios que puedan ilustrar para la decisión.

No se motivarán las resoluciones denegatorias por razón de interés u orden público (art. 223, párr. 3.º, R. R. C.).

Si recae Orden ministerial aprobatoria de la opción, es posible ya practicar la inscripción. Si se opone a la opción, cabe volver a repetir la solicitud. La Resolución de 30 de junio de 1977 sobre no aprobación de una opción por matrimonio declaró: 1.º Que la naturaleza civil y política (cfr. art. 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) de las cuestiones de nacionalidad excluyen estos expedientes de la aplicación de las normas ordinarias de Derecho Administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2.º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y arts. 341 y 16 del R. R. C.). 2.º Que nunca podría proceder recurso de alzada, que es el que se es-

grime, pues el órgano que resolvió en primera instancia no ha sido la Dirección General, sino este mismo Ministerio, y el recurso de reposición debe rechazarse por las razones indicadas. Por ello, el Ministerio acuerda denegar el recurso, dejando a salvo la posibilidad de repetir la solicitud, pues la denegación, por sí, no constituye obstáculo para que pueda después otorgarse al interesado la concesión en otro expediente por variación de circunstancias.

Sobre la impugnación de la Orden Ministerial aprobatoria, la Resolución de 8 de abril de 1976 declaró:

«Que la impugnación de la concesión de la nacionalidad española sólo es posible por la vía ordinaria, a través del oportuno juicio declarativo (arts. 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 362 del Reglamento del Registro Civil), que puede ser promovido por el Ministerio Fiscal en base sustancialmente de los siguientes argumentos:

1.º Que la concesión de nacionalidad es un 'privilegio personal' que afecta a 'los derechos políticos u honoríficos' y al 'estado y condición de las personas'. Se trata, por tanto, de materia civil.

2.º Que la tramitación misma del privilegio o gracia está regida por leyes civiles: por la legislación del Registro Civil (confróntense arts. 63 de la L. R. C. y 220 y sigs. del R. R. C.) y supletoriamente por la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 16 R. R. C.).

3.º Que por tratarse de privilegios otorgados en materia civil y política, son cuestiones excluidas de la jurisdicción contencioso-administrativa (cfr. art. 2.º de la Ley sobre esta jurisdicción) e incluidas, como negocios civiles, en la jurisdicción ordinaria (art. 51 L. E. C.), máxime habiendo inscripción en el Registro Civil (cfr. art. 92 L. R. C.).»

25. NOTIFICACIÓN Y ACTUACIONES POSTERIORES

Tanto en el caso de que la Orden ministerial no se oponga a la opción como en el contrario, la Dirección General dará traslado de la misma al autorizante del acta para su notificación al interesado y la práctica, en su caso, de la inscripción en el Registro competente (artículo 233, regla 6.ª).

Cuando apareciese acreditado el nacimiento, la Dirección General podrá remitir directamente, previo su desglose, el acta y el traslado de

la Orden ministerial, junto con la documentación acreditativa del nacimiento, al Registro competente para la práctica de la inscripción marginal que proceda, notificando debidamente de ello al interesado (artículo 233, regla 7.^a, R. R. C.).

26. INSCRIPCIÓN

El optante, una vez recaída la Orden ministerial aprobando la opción, ha de inscribirse en el Registro Civil español, si no lo estaba con anterioridad a la adquisición. En este supuesto se remitirá al Registro competente la certificación de nacimiento del optante expedida por Registro extranjero (si se aportó) y debidamente legalizada. El Registro competente para la inscripción principal de nacimiento y para la marginal de nacionalidad, es el correspondiente al lugar del nacimiento del optante (cfr. arts. 16 y 46 L. R. C.). Cuando sea competente un Registro Consular, si el promotor está domiciliado en España, deberá practicarse antes la inscripción en el Registro Central y después, por traslado, en el Consular correspondiente (art. 68, párr. 2.º, R. R. C.).

Si en el Registro correspondiente al lugar del domicilio consta la inscripción de nacimiento del optante, se practicará directamente la de nacionalidad, al margen de aquélla (cfr. art. 46 L. R. C.).

Si el nacimiento del optante no consta inscrito en el referido Registro, el Encargado remitirá al Registro correspondiente al lugar de nacimiento uno de los ejemplares del acta (cfr. art. 229 del R. R. C.), con indicación de la fecha de la Orden ministerial para la práctica de la inscripción marginal oportuna.

Cabe también anotación en sustitución de la inscripción principal que no pueda practicarse inmediatamente o a cuyo Registro sea imposible el acceso y al solo efecto de servir de soporte a asientos marginales (cfr. art. 154 R. R. C.).

La inscripción tiene carácter necesario y constitutivo. Si la inscripción no llega a practicarse, el optante no adquirirá la nacionalidad española, porque ésta se adquiere si, concurriendo los demás requisitos, el optante llega a inscribirse como español, bien que, en tal caso, los efectos de la adquisición se retrotraigan a la fecha del acta o de la remisión del documento correspondiente (cfr. arts. 64 L. R. C. y 230 del Reglamento del Registro Civil).

La inscripción se practica en virtud del traslado de la Orden ministerial aprobatoria de la opción y del acta correspondiente (cfr. artículo 233, regla 7.^a, R. R. C.).

La inscripción deberá expresar las siguientes circunstancias:

- Las de identidad del interesado.
- Las declaraciones de opción, juramento y, en su caso, renuncia a la anterior nacionalidad.
- Fecha y hora en que formula estas declaraciones (fecha del acta).
- Fecha, en su caso, de remisión al Ministerio de Asuntos Exteriores del documento debidamente autenticado en que se formuló la declaración de opción.
- Autoridad que dictó la Orden y fecha de ésta.

(Continuará.) (16)

MIGUEL GARCÍA GIL
Notario

(16) En un próximo trabajo se examinará todo lo relativo a los efectos de la adquisición de la nacionalidad española a virtud de opción por matrimonio.

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

3. INMATRICULACIÓN DE FINCAS SEGÚN EL ARTÍCULO 205 DE LA LEY HIPOTECARIA: DESPUÉS DE AUTORIZADA LA INSCRIPCIÓN PRIMERA DE UNA FINCA Y PUBLICADO EL EDICTO CORRESPONDIENTE, NO CABE QUE LOS INTERESADOS PUEDAN IMPUGNAR ANTE EL MISMO REGISTRADOR LA INMATRICULACIÓN PRACTICADA NI QUE SE EXTIENDA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SUSPENSIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 300 EN RELACIÓN CON EL 306 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

LOS INTERESADOS EN IMPUGNAR LA INMATRICULACIÓN HABRÁN DE ACUDIR AL JUICIO DECLARATIVO CORRESPONDIENTE PARA DEFENDER SU DERECHO, SEGÚN ESTABLECE EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 298 DEL REGLAMENTO.

Resolución de 8 de marzo de 1978 (B. O. del E. de 30 de marzo).

A) *Antecedentes de hecho.*—El 1 de diciembre de 1976, el Ayuntamiento de Coslada (Madrid) publicó un edicto del Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en el que se ponía de manifiesto que doña Virginia, don Augusto y don Jorge Martínez Costa habían inmatriculado a su favor en el Registro de la Propiedad, en base al artículo 205 de la Ley Hi-

potecaria, varias fincas, entre las cuales se relaciona con la número 6 una tierra al sitio o paraje de los «Tomillares» del Cerro o del Monte, o Camino de San Fernando, describiéndose a continuación su cabida y linderos, que causó el asiento número 12.563, inscripción 1.ª, al folio 193, tomo 1.693, libro 161 del Ayuntamiento de Coslada. Doña Carmen Rau Corradi, como mandataria de sus tres hijas, doña María Ignacia, doña Juana María y doña María Isabel Hoppichier Rau, de nacionalidad austriaca, dirigió escrito al señor Registrador impugnando la inscripción antedicha, por coincidir con las inscripciones vigentes a su favor, solicitando sobre la misma anotación preventiva de suspensión, de conformidad con los artículos 42, número 10, de la Ley Hipotecaria, y 306 de su Reglamento, dando traslado al Juzgado de Primera Instancia de Alcalá de Henares a los fines que previene este artículo, solicitándose asimismo se expida por el señor Registrador certificación de las inscripciones de la referida finca.

Presentado en el Registro el anterior escrito fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la anotación preventiva que se solicita en el escrito que precede, por no hallarse comprendida dicha anotación en ninguno de los números que, conforme al artículo 42 de la Ley Hipotecaria, facultan para pedir un asiento de esta clase, ya que no es de aplicación al caso presente lo que dispone el artículo 300 del Reglamento Hipotecario, en relación con el 306. Con devolución del escrito se expide la certificación que en el mismo se interesa, no para su incorporación a expediente alguno, que no existe en este caso, sino para su entrega al interesado, sin que, por otra parte, proceda la remisión del escrito a la autoridad judicial, para lo que deberá acomodarse el solicitante a lo prevenido en el artículo 298, párrafo último, también del Reglamento Hipotecario».

Doña Carmen Rau Corradi, por sí y en representación de sus hijas, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando que sería absurda e inútil la publicación del edicto si el titular registral no pudiera defenderse de una manera sumaria y especial (ante el propio Registro) contra posibles fraudes, y que este procedimiento sumario (accidental) es el que se desprende de la aplicación del artículo 306 del Reglamento Hipotecario, al que nos remiten los artículos 298 y 300 del mismo texto; que doña Virginia, don Augusto y don Jorge Martínez Costa instaron expediente de dominio, por carecer de título, sobre esta misma finca objeto del recurso ante el Juzgado de Primera Instancia de Alcalá de Henares, describiéndose la finca en el número 1, exactamente igual que se hace ahora en el número 6 del edicto, siendo objeto de oposición por los recurrentes, y denegando el señor Juez por auto de 19 de julio de 1974 dicho expediente por atenerse y defender las tablas registrales, con imposición de costas, por temerarios y de mala fe, a los promotores; y que los titulares de la inscripción que se impugna han cometido fraude en el tracto registral, cambiando en varias ocasiones los parajes y superficies con el fin de adueñarse de la propiedad ajena.

El Registrador informó que la inmatriculación de la finca objeto de impugnación se efectuó cumpliendo todos los requisitos de los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 y concordantes de su Reglamento, en virtud de un título público de adquisición, procediéndose previamente a la busca correspondiente al objeto de identificar dicha finca con otras inscritas, con resultado negativo; que el Registrador, al calificar el documento que motivó la inscripción, no ha tenido constancia de la preexistencia de un expediente

de dominio sobre las mismas fincas instado por los mismos titulares que presentaron el título para inscripción, expediente que fue denegado por el Juzgado de Alcalá de Henares, con imposición de costas, por lo que hubo de ajustarse en su calificación únicamente a los documentos que tuvo a la vista; que el procedimiento inmatriculador del título público de adquisición, regulado por los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento, no admite un medio de impugnación de la inscripción sustanciada ante el propio Registrador, como pretende el recurrente, por lo que no procede la anotación de suspensión interesada respecto a la inscripción practicada; que como trámite previo a la inmatriculación, el Registrador ha de resolver sobre la posible identidad de la finca a inmatricular con otras ya inscritas, y en caso de que tal identidad no exista, el Registrador no sólo puede, sino que inexorablemente tiene que inscribir en virtud del automatismo del procedimiento registral; que lo prevenido en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario no supone—como pretende el recurrente—un medio de impugnación de la inscripción ya practicada que pueda interponerse ante el propio Registrador por las personas que se consideren perjudicadas, en el período que transcurre entre la práctica del asiento y la extensión de la nota marginal acreditativa de la publicación del edicto, sino que lo que tal precepto establece es que el Registrador, a iniciativa propia, en caso de duda racional sobre la identidad de las fincas, pueda decidir que esta duda la resuelva la autoridad competente, suspendiendo para ello la inscripción, extendiendo anotación preventiva si el interesado la solicita, y remitiendo los asientos contradictorios al Juzgado correspondiente; que si el Registrador, por no dudar acerca de la identidad, decide practicar la inscripción, no hay base legal alguna para admitir la impugnación que el recurrente pretende al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria; y que el medio adecuado de impugnación para nuestro caso concreto sería el establecido por el mismo artículo 298 del Reglamento Hipotecario en su párrafo final.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y declarando, además, que al no apreciar el Registrador la existencia de ningún asiento contradictorio que pudiera suponer la identidad de la finca con otras ya inscritas, no son de aplicación a la pretensión del recurrente los preceptos reglamentarios alegados por el mismo.

Y la Dirección General confirma el auto apelado y la nota del Registrador con base en los siguientes considerandos (1):

B) Doctrina de la Dirección General.—Que en este recurso se plantea la cuestión de si como consecuencia de la publicación del edicto exigido por el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en los casos de inmatriculaciones de fincas al amparo de lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley, cabe a los que puedan estar interesados impugnar ante el mismo Registrador la inmatriculación practicada, por afirmar que se encuentra ya inscrita a nombre de otra persona y que se extienda anotación preventiva de suspensión, con remisión del expediente al Juez de Primera Instancia, por creer aplicable el artículo 306 del Reglamento Hipotecario.

Que una de las constantes preocupaciones del legislador en materia de Derecho inmobiliario ha sido evitar a todo trance el que pueda producirse

(1) Vistos los artículos 42, 198, 199, 201, 203 y 205 de la Ley Hipotecaria; 298, 300 y 306 del Reglamento para su ejecución, y las Resoluciones de 10 de febrero de 1956 y 19 de enero de 1960.

en el Registro de la Propiedad una doble inmatriculación de una misma finca, por las consecuencias que de ello se derivarían, y por eso la Ley Hipotecaria, al regular los distintos medios inmatriculadores adopta, entre otras medidas, la de asegurarse que el inmueble no figura ya inscrito (artículos 201-2.º y 203-3.º de la Ley), y minuciosamente establece los derechos y forma de oponerse a la tramitación por las personas que crean ostentar un derecho sobre el inmueble discutido.

Que a diferencia del expediente de dominio, en donde las reclamaciones se sustancian dentro del propio expediente—artículo 203-6.º—, cuando se trata de inmatriculaciones al amparo del artículo 205 de la Ley y 298 de su Reglamento, el sistema que las personas interesadas tienen para oponerse es diferente.

Que respecto de este último medio inmatriculador, la legislación hipotecaria, en el artículo 300 del Reglamento, ordena que si existe algún asiento contradictorio en el que la descripción de la finca coincide en algunos detalles con la contenida en el título que se pretende inscribir habrá que aplicar la norma que para las certificaciones de dominio contiene el artículo 306 del Reglamento Hipotecario, que establece la competencia del Juez de Primera Instancia para resolver la cuestión discutida, mientras que si no se dan estas circunstancias, el artículo 298, párrafo último, indica que los que se crean con derecho a los bienes o parte de ellos, cuya inscripción se haya practicado, podrán alegarlo ante el Juzgado o Tribunal competente en juicio declarativo y deberá el Juez ordenar que de la demanda se tome en el Registro la correspondiente anotación preventiva.

Que de las certificaciones registrales aportadas se observa que no existe identidad alguna en las descripciones de las dos fincas—la que se acaba de inmatricular y la que se encontraba inscrita—al ser totalmente diferentes su extensión, paraje, linderos, etc., por lo que es correcta la postura del Registrador, que una vez hecho con resultado negativo el examen de los índices y libros que integran el Archivo, no aplicó lo preceptuado en el artículo 300 del Reglamento, ya que en el momento de calificar el título presentado a inmatricular no podía ofrecérsele duda racional acerca de una posible identidad con otra finca ya inscrita al no existir contradicción alguna con asientos no cancelados, ni coincidir en ningún detalle con inmueble ya inscrito.

Que el artículo 306 del Reglamento no establece un procedimiento para impugnar la inscripción de una finca que ya se había practicado, sino que autoriza al Registrador el poder suspender o no practicar la que se solicitó cuando se le ofrezcan dudas racionales acerca de su identidad con otra ya inscrita y hasta tanto la autoridad judicial resuelva sobre la cuestión, seguidos los trámites que dicho artículo indica, y siempre a solicitud del que pidió la inscripción.

Que al no ser aplicable a este caso el procedimiento del artículo 306 del Reglamento, los interesados en impugnar la inmatriculación habrán de acudir para defender su derecho al juicio declarativo correspondiente, tal como se indicó en un considerando anterior, por resultar así del último párrafo del artículo 298 del mismo texto legal.

Que la anotación de suspensión solicitada no puede extenderse, pues aparte de que no aparece recogida en ningún precepto de nuestro ordenamiento hipotecario, es obvio que no puede pedirse la suspensión de la práctica de un asiento que ya aparece formalizado en los libros registrales, lo

que no impedirá en su día que si se entabla el procedimiento correspondiente pueda instarse, con arreglo al artículo 42 de la Ley, que se anote preventivamente la demanda interpuesta.

C) COMENTARIO.—Uno de los problemas que plantea la inmatriculación de fincas en el Registro deriva de la necesaria armonización de dos criterios diversos e incluso opuestos. En primer lugar, como la inmatriculación se realiza en nuestro sistema a través de la primera inscripción del dominio de la finca de que se trate (art. 7 L. H.), y como esa primera inscripción carece de apoyo en otra inscripción previa, con la consiguiente excepción al principio de tracto sucesivo, para que pueda inscribirse ese derecho de dominio deberá acreditarse suficientemente la plena titularidad del que solicita la inscripción a su favor, mediante la prueba correspondiente de su válida adquisición. En segundo lugar, la conveniencia práctica de facilitar el acceso de las fincas al Registro, para evitar que puedan existir todavía fincas no inscritas, aconseja a veces reducir la exigencia de justificar la adquisición del dominio que se inscribe por vez primera. La **armonización de ambos criterios** es un problema de política legislativa que habrá de buscar la fórmula más adecuada para facilitar la inmatriculación de fincas sin mengua de las garantías necesarias para que la verdad formal del Registro se corresponda con la verdad sustantiva o material. En nuestro sistema, la reforma hipotecaria de 1946-47 siguió un criterio amplio y facilitador de las inmatriculaciones, permitiendo la formalización de estas primeras inscripciones a través de diversos procedimientos, alguno de ellos mediante títulos adquisitivos no difíciles de obtener.

La doctrina más reciente y autorizada ha distinguido con precisión los conceptos de inmatriculación y primera inscripción. Aunque unidas muchas veces en la práctica ambas realidades formales, deben ser claramente diferenciadas en orden a su naturaleza. Según LACRUZ, la inmatriculación supone el ingreso de una finca en el Registro, finca en sentido registral o formal, de modo que existirá inmatriculación también en los casos de agrupación, segregación y división de fincas. Mientras que la primera inscripción en sentido formal es el primer asiento que se practica en el folio registral destinado a una finca, y la primera inscripción en sentido sustantivo es el asiento que carece de soporte causal en otro anterior (2).

De acuerdo con esta distinción recordemos algunas de las diferencias que existen entre ambos conceptos: a) Se inmatricula la finca, se inscribe por vez primera su dominio; objeto de inmatriculación es la realidad física de la finca, objeto de primera inscripción su titularidad dominical, que es un dato puramente jurídico. b) Una apunta a la organización del Registro, que se lleva por fincas; otra, a la finalidad del Registro, que pretende la publicidad de las titularidades. c) Una alude al tema de la concordancia del Registro con la realidad extrarregistral; otra, al problema de la exigencia de tracto sucesivo o previa inscripción. d) Una refleja más bien una cuestión de hecho; otra, una cuestión de derecho. e) En la inmatriculación, el control del Registrador respecto a la existencia y datos físicos de la finca es bien reducido e incluso, a veces, inexistente; la primera inscripción, en cambio, sólo es posible después de una rigurosa calificación registral.

Desde esta doble perspectiva, los problemas técnicos que básicamente se plantean en ambos supuestos son también distintos. En la inmatriculación,

(2) *Derecho Inmobiliario Registral*, Librería Bosch, Barcelona, 1968 págs. 365-369. En contra, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo II, 5ª edición, 1954, págs. 429-430.

la necesaria constatación de un hecho que no siempre es controlable ni susceptible de calificación: la realidad física de la finca. Los requisitos mínimos de identificación formal o documental de las fincas pueden llegar a ser imaginarios o no coincidir exactamente con la realidad, de donde derivan las posibles anomalías de la doble inmatriculación o la inmatriculación de fincas inexistentes, con toda la secuela de problemas que suscitan tales irregularidades y en los que ahora no podemos entrar. Es el viejo y siempre renovado tema de la necesaria concordancia entre Registro y Catastro para conseguir la adecuada identificación de las fincas. En cambio, en la primera inscripción, el problema principal viene planteado por la falta de tracto sucesivo, por la necesidad de probar suficientemente que la persona de quien válidamente se adquirió el dominio era, a su vez, dueño o había adquirido de un dueño anterior, y así sucesivamente hacia atrás hasta haber cumplido los plazos de una usucapión purificadora de las eventuales irregularidades del título. En este sentido, sólo la sentencia declarativa firme sería el medio más adecuado para declarar esa titularidad dominical. La necesidad de superar las dificultades prácticas de aquella *probatio* diabólica o de tener que seguir un juicio declarativo, con todas sus dilaciones temporales y costes económicos, han aconsejado arbitrar otros procedimientos más sencillos para presumir adquirido el dominio a efectos de inmatriculación (3).

De los tres medios inmatriculadores que se establecen en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, el más habitual en la práctica, de más fácil tramitación, y aquel cuya regulación ha planteado mayores discusiones, es cabalmente el que se basa en un título público de adquisición. Como es sabido, el artículo 199-b) de la Ley Hipotecaria es objeto de desarrollo en los artículos 205 y 207 de la Ley y 298 a 302 del Reglamento.

El problema fundamental que aquí debe resolverse es el mismo ya antes apuntado, común a todos los medios de inmatriculación, pero que en este supuesto presenta un especial matiz por la naturaleza del propio título que sirve de base a la primera inscripción. Para inscribir una transmisión de dominio cuando la finca ya está inmatriculada y el transmitente aparece como titular registral, bastará justificar la validez del acto traslativo (cumplimiento de los requisitos legales en orden a la perfección del acto y a su inscribibilidad) y su eficacia jurídico-real (tradición documental no contradicha). La previa inscripción del transmitente acredita el dominio y la posesión a su favor (art. 38 L. H.). Si bien, la calificación registral de esos requisitos del acto traslativo sólo puede apoyarse en los datos contenidos en el título y en el propio Registro (art. 18 L. H.). En cambio, para inscribir por vez primera el dominio sobre una finca a favor de su titular, no bastará con el nuevo título traslativo que servía para lograr una inscripción segunda o posterior, sino que será necesario también justificar la previa titularidad del transmitente no inscrito y la falta de inmatriculación de la finca en cuestión. En ningún caso pueden ser iguales los requisitos del título traslativo para continuar el tracto registral no interrumpido, que para iniciar la vida registral de una finca cuya inscripción primera funciona (4) como una excepción al principio de tracto sucesivo.

(3) Como han recordado CHICO y BONILLA, es el dominio que se ostenta sobre una finca el que hace a ésta ingresar en el Registro. Sin dominio es imposible abrir folio registral. Cualquiera de los medios inmatriculadores exige la justificación de un dominio para iniciar el historial jurídico de la finca (*Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo I, 2.ª edición, pág. 663).

(4) Normalmente, salvo los supuestos de agrupación, segregación y división material: primera inscripción en sentido formal, pero no material

Cuando se pretende la inmatriculación (y simultánea inscripción primera) de una finca por medio de un título público de adquisición y de acuerdo con el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, la justificación del título adquisitivo del transmitente puede hacerse a través de varios procedimientos: mediante acta de notoriedad, o por hallarse la finca catastrada a nombre del titular que enajena, o por tener el título del *tradens* fecha fehaciente anterior en un año a la del acto traslativo, o incluso cuando este último tiene más de un año de antigüedad respecto a la fecha en que se solicita la inmatriculación (5). Aunque es cierto que la posesión de año y día a favor del adquirente que solicita la primera inscripción resulta ya inexpugnable (art. 460-4.º del Código Civil), parece excesivo concluir de ahí que la posesión inatacable pueda actuar como presunción de validez del título adquisitivo. Al menos, si lo que se plantea es precisamente acreditar en forma suficiente la validez del título y su eficacia jurídico-real en el proceso adquisitivo.

Por eso, el artículo 298 del Reglamento Hipotecario ha sido objeto de fundada crítica, al permitir excesivas facilidades en la tipificación legal del título público inmatriculable, sin duda para fomentar al máximo estas inscripciones primeras de inmatriculación. Estas medidas legales también pueden llevar aparejados inconvenientes prácticos evidentes. Es posible que exista un mayor número de eventuales perjudicados por tales inscripciones inmatriculadoras, titulares de derechos no inscritos contradictorios con el dominio que se inscribe por vez primera, por no resultar suficientemente probada la titularidad dominical que así llega al Registro, o titulares ya inscritos que consideren incompatible su situación con la del inmatriculante, en el supuesto de una presunta o dudosa doble inmatriculación. En todo caso, será necesario regular adecuadamente los medios de impugnación de estas inscripciones primeras, tan fácilmente obtenidas, para permitir la defensa de los titulares perjudicados, en la medida en que su situación deba estar jurídicamente protegida frente al inmatriculante (6).

De las tres etapas que integran el procedimiento registral en general (rogación, calificación y formalización o denegación del asiento solicitado), dos de ellas presentan algunas peculiaridades cuando esa actividad procedimental desemboca en una inscripción primera de dominio que va unida a la inmatriculación de la finca, según el artículo 205 de la Ley Hipotecaria: En trámite de calificación, el Registrador deberá examinar especialmente no sólo la eficacia del título previo de adquisición del transmitente a efectos de inmatriculación (art. 298 R. H.), sino también el hecho cierto de no resultar inscrita la finca cuya inmatriculación se pretende. Difícil cuestión esta última, que ha originado numerosos problemas prácticos, por nuestro imperfecto sistema de identificación física de las fincas, tanto rústicas (paraje, extensión, linderos, datos a veces imprecisamente expresados y, en

(5) Como no estamos agotando los supuestos de hecho de posible aplicación del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, de acuerdo con su desarrollo en el artículo 298 R. H., sino simplemente recogiendo alguno de los medios de justificación del título adquisitivo del transmitente, para que la enajenación por éste operada en favor de un tercero pueda servir de base a una inmatriculación, no nos referimos ahora al caso de documento privado de adquisición incorporado a un acta de notoriedad que, según el repetido artículo 298, también puede llegar a tener eficacia inmatriculadora.

(6) Para una futura reforma de nuestra legislación hipotecaria sería conveniente examinar estadísticamente los diversos casos de inmatriculaciones practicadas conforme al artículo 205 L. H., a partir de la reforma del artículo 298 R. H. en 1959, las formas de acreditar el título adquisitivo del *tradens* y las impugnaciones hechas por terceros perjudicados no inscritos e incluso ya inscritos (supuestos de doble inmatriculación). Para valorar esas colisiones de intereses y el perjuicio derivado de inscripciones tan facilitadas y para mejor enjuiciar, a la vista de esos datos de hecho, la eficacia que deben tener unas y otras situaciones contradictorias en función de su respectiva publicidad o falta de inscripción.

todo caso, susceptibles de variación) como urbanas (cambio de nombre de las calles, de los números de identificación de los portales e incluso de la propia configuración de los edificios a través de sucesivas modificaciones de los mismos o nuevas construcciones). Dificultades que se hacen mayores por falta de un adecuado sistema electrónico de recuperación de los datos físicos contenidos en índices y fichas. La Dirección General ha reiterado en numerosas ocasiones la necesidad de que los Registradores extremen su diligencia en esta tarea de comprobar la falta de inscripción de la finca, de modo que sólo cuando el Registrador estime fundadamente que la finca no está inscrita, ni se parece sustancialmente a otra ya incorporada al Registro, podrá inmatricularla. Si la finca coincide con otra ya inmatriculada, o tiene parcial semejanza con alguna de éstas, o puede formar parte de otra finca inscrita, deberá rechazar su inscripción y proceder en la forma que reglamentariamente se establece (arts. 300 y 306 R. H.)

De otra parte, y en relación con la tercera de las etapas señaladas, cuando se formaliza el asiento de primera inscripción conforme al artículo 205, la Ley impone al Registrador la obligación de expedir edictos en que se contengan los datos de la inscripción realizada y se fijen por el plazo de un mes en el tablón de anuncios del Ayuntamiento respectivo. ¿Qué finalidad se persigue con esta publicación edictal complementaria del acto de inscripción? Fundamentalmente poner en conocimiento de los terceros interesados la inscripción practicada. ¿Por qué? Los edictos cumplen aquí una evidente función de publicidad. Se trata de lograr a través de su exhibición el conocimiento de la inmatriculación por parte de los terceros en general, no de una determinada persona *uti singuli*. Aunque el artículo 298 del Reglamento Hipotecario habla de notificación a los interesados a través de este procedimiento edictal, y aunque la naturaleza del fenómeno de la publicidad jurídica se corresponde más bien con la idea de declaración que con la de notificación en sentido técnico, es lo cierto que, con independencia de esas modernas formulaciones doctrinales, que no pueden ser tenidas en cuenta lógicamente por el lenguaje legal o reglamentario, los edictos son aquí, como tantas otras veces, un instrumento de publicidad. Si consideramos como tal toda actividad o mecanismo que tiende a manifestar un hecho, acto o situación jurídica y que crea, respecto a su objeto, la posibilidad de ser conocido por todos. Tal es, al menos, mi opinión (7). Tanto por la manifestación al público en general que a través de los edictos se pretende, cuanto porque los terceros que pudieron consultarlos no pueden ya alegar desconocimiento de lo publicado (cognoscibilidad legal que es el efecto típico de la publicidad).

Sin embargo, si el Registro de la Propiedad funciona indudablemente como un instrumento de publicidad, técnicamente más perfecto y de mayor eficacia, para lograr esa cognoscibilidad legal o posibilidad de conocimiento de los datos registrados por parte de todos, ¿cuál es la razón de esa doble publicidad concurrente en estos casos de inmatriculación? Si lo que se pretende es el conocimiento por los terceros de las circunstancias de la inscripción, ¿por qué reiterar esa posibilidad de conocimiento por medio de los edictos si ya puede obtenerse a través de la propia publicidad formal o consulta del Registro? Probablemente porque se intenta obtener una mayor seguridad respecto al efectivo conocimiento de hecho de los datos registrales. No basta con que el tercero pudo conocer y, como tal, debió co-

(7) Cfr. *Los Registros Jurídicos de Bienes en Derecho Español*, pág. 760.

nocer, y no puede alegar, por tanto, ese desconocimiento para que no le afecte lo publicado, según el mecanismo típico de la cognoscibilidad. Sino que es necesario que el tercero, perjudicado por la inscripción primera y eventual interesado en su impugnación, llegue a conocer realmente su formalización y sus circunstancias. No es necesario recordar ahora la evidente diferencia entre conocimiento posible y conocimiento real, cuando de los efectos de la publicidad se trata. La inscripción practicada en Cádiz puede y debe producir sus efectos respecto a los interesados que vivan en Santander, pongo por caso, y éstos no podrán alegar desconocimiento de aquélla, por la posibilidad que tuvieron de consultar el Registro correspondiente. Pero no debe obligarse a esa permanente y difícil diligencia. Desde el punto de vista del efectivo conocimiento de los terceros, que es lo que ahora importa. Para evitar que a través de una inmatriculación excesivamente facilitada por no acreditarse suficientemente el dominio del transmitente, pueda el adquirente conseguir la convalidación registral de su claudicante situación, con el grave perjuicio que ello puede suponer para el tercero no inscrito o para quien ya aparece como titular inscrito en otro folio registral, en caso de doble inmatriculación.

Por lo demás, los edictos permiten en forma más directa e inmediata la noticia de la inscripción cuyos datos contienen, al menos para el grupo de personas geográficamente más relacionadas con el Ayuntamiento en cuyo tablón de anuncios se exponen. Pero obsérvese que, en comparación con la publicidad registral, a la que en este caso concreto complementan, los edictos son un medio de publicidad más limitado: en cuanto a su ámbito territorial, circunscrito a la localidad en cuyo término municipal radica la finca y a las personas que acudan al Ayuntamiento y consulten su tablón de anuncios; en cuanto a su ámbito temporal, ya que la exhibición pública del edicto se realiza sólo durante un mes; y en cuanto a su propia eficacia, porque los efectos de la publicidad registral (legitimación, fe pública, inoponibilidad, prioridad, etc.) son muy superiores a la mera publicidad noticia o publicidad formal que con la publicación del edicto se consigue. De todas formas, la publicación de edictos despliega unos efectos especialmente importantes en el plano formal de la subsistencia del asiento a que se refieren: como es sabido, si no se presenta en el Registro el edicto acompañado de la certificación de su exhibición pública en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la inscripción primera, ésta se cancela por caducidad (artículo 298, párr. 11, R. H.). He aquí uno de los pocos ejemplos de cancelación automática de un asiento de inscripción. De modo que la propia subsistencia de la publicidad registral se hace depender de que se acredite la publicación edictal. Hasta tal punto es importante la posibilidad de conocimiento que con la exhibición del edicto se intenta.

En definitiva, se trata de proteger a los eventuales terceros no inscritos, presuntos dueños de la finca que ahora se inmatricula y perjudicados por esa primera inscripción. Para que éstos puedan impugnar, en su caso, la titularidad inscrita y defender judicialmente sus derechos. Y armonizar, en la medida de lo posible, la verdad formal del Registro con la material extrarregistral, si es que ésta llega a ser preferente, lo cual no deja de ser discutible a la vista de los artículos 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código Civil, entre otros. E incluso también a los terceros inscritos, que aparecen como titulares en el folio de otra finca registral, cuando a su juicio ambas fincas formales coinciden total o parcialmente en la realidad,

y se trata de desvelar entonces esa doble inmatriculación presunta y de facilitar los medios para su impugnación.

En esa misma línea de proteger a los terceros perjudicados e interrumpir la eficacia excluyente automática de la inscripción registral, cuando se trata de una inscripción primera practicada conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, debe situarse la norma contenida en el artículo 207 de la misma Ley—igualmente aplicable, por lo demás, a las inmatriculaciones realizadas conforme al artículo 206—. Norma que interrumpe durante dos años los efectos de tales inscripciones primeras (se entiende, los efectos de inoponibilidad y fe pública, pero no los de legitimación y prioridad, que están vigentes desde que la inscripción se formaliza), para impedir temporalmente los efectos excluyentes de este asiento registral respecto a los titulares no inscritos o inscritos sobre otra finca registral incompatible, y dejar la puerta abierta a estos terceros para su posible impugnación durante el referido plazo.

Vemos, pues, cómo la mayor facilidad que para obtener una inscripción primera de dominio con efectos inmatriculadores se consigue a través del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, hasta el punto de que basta un mero título traslativo y el transcurso de un año sin necesidad de acreditar el título adquisitivo del transmitente, se contrapesa con esa mayor advertencia a los terceros y esa limitación temporal de efectos para su eventual contradicción.

De lo dicho hasta aquí se desprende que cuando la finca cuya inmatriculación se solicita parece estar ya inscrita o existen dudas respecto a esa previa inscripción, son dos las vicisitudes posibles que pueden plantearse:

a) Si las dudas surgen en trámite de calificación, por parte del Registrador, y antes de practicar la inscripción, no podrá extenderse el asiento solicitado por no cumplirse el necesario requisito previo de la certeza en la falta de inscripción. El artículo 300 del Reglamento Hipotecario remite entonces a lo dispuesto en el 306 para las inmatriculaciones practicadas en virtud de certificación administrativa de dominio. Remisión que debe entenderse en el sentido de que, en tales casos, el Registrador suspenderá la inscripción solicitada, extenderá anotación preventiva a instancia de parte y se comunicará al Juez de Primera Instancia lo actuado para que éste decida sobre la inscripción del documento en el trámite procesal oportuno (8).

b) Si la creencia de que la finca inmatriculada coincide con otra inscrita o la duda sobre este extremo se plantea después de formalizarse la inscripción primera por parte de alguno de los posibles perjudicados, la conclusión parece clara: los interesados no podrán ya impedir los efectos propios del asiento practicado (arts. 1 y 207 L. H.), que se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales. Si no se acredita la publicación del edicto en el plazo reglamentario, la inscripción se cancelará de oficio. Los efectos excluyentes de la inscripción en perjuicio de tercero se paralizan por dos años. Pero el procedimiento registral termina con la extensión del asiento de inscripción (o, en su caso, de la nota marginal en que se hace constar la publicación del edicto), y después los interesados en su anulación no pueden conseguir que se deje sin efecto más que a través de la impugnación judicial del asiento en el juicio declarativo correspondiente. Así resulta de

(8) *Vid* Resoluciones de 29 de julio de 1949 y 10 de febrero de 1956, entre otras.

los principios fundamentales de nuestro sistema registral, y específicamente de los artículos 1, párrafo 3, de la Ley Hipotecaria, y 298, párrafo último, del Reglamento Hipotecario. La publicación del edicto sirve para facilitar el conocimiento por los terceros de la primera inscripción ya formalizada; no para que dichos terceros dejen sin efecto el asiento en trámite procedimental ante el propio Registrador, si se consideran perjudicados por la inmatriculación y pueden acreditar su mejor derecho, sino para que, respetando el procedimiento registral y los efectos legales de esa inscripción primera, puedan acudir al Juez y reclamar su nulidad si procede en el juicio declarativo que corresponda. De acuerdo con las normas generales de nuestro sistema.

En relación con el caso objeto del presente recurso, parece claro que no es aplicable el artículo 300 del Reglamento Hipotecario después de haberse autorizado el asiento de inscripción, sino sólo antes, y a instancia del propio Registrador calificante, no de los eventuales perjudicados. Por ello, tampoco debe entrar en juego aquí la disposición contenida en el artículo 306 del Reglamento, al que aquel artículo 300 se remite. Tanto la resolución de la Dirección General en el presente caso, como el informe del Registrador, nos parecen perfectamente correctos en su aplicación formal. El artículo 306 no establece un procedimiento para impugnar la inscripción por parte de los interesados, sino que simplemente autoriza al Registrador a suspender el asiento practicado si le ofrece dudas su compatibilidad con otro asiento anterior, remitiendo al Juzgado la decisión sobre tal extremo. Sólo a través del juicio declarativo se puede impugnar la inscripción ya hecha. No es posible que se extienda anotación de suspensión a instancia de los eventuales perjudicados sólo porque éstos la pidan, cuando el asiento principal de inscripción ha sido autorizado; sin perjuicio de que cuando se inicie el juicio declarativo contra la inscripción mediante la correspondiente demanda, pueda tomarse anotación preventiva de esta última de acuerdo con las reglas generales.

Probablemente, la solicitud hecha al Registrador por parte de los recurrentes para hacer constar la anotación preventiva de suspensión de la inmatriculación practicada, y las alegaciones contenidas en el recurso para aplicar a este caso la disposición contenida en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario, estuvieron mal planteadas. Si se quería obtener la constancia registral de la posible doble inmatriculación, por estimar coincidente la finca ahora inmatriculada a nombre de los señores Martínez Costa con la previamente inscrita a favor de las señoras Rau Corradi y Hoppichier Rau, el camino a seguir hubiera sido el recogido en el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, lo cual hubiera exigido la prueba de la identidad de ambas fincas. Por lo demás, la Dirección General considera probado que no existe identidad alguna en las descripciones de las dos fincas, basándose en los datos que constan en la certificación registral. A pesar de todo ello, no deja de ofrecer alguna duda la posible concordancia real de las dos fincas o parte de una de ellas con la otra, aun siendo diferente su respectiva descripción registrada.

Si se tienen en cuenta los hechos narrados por los recurrentes, que apuntan a un expediente de dominio anterior instado por los señores Martínez Costa, en el cual hubo oposición por las señoras Rau Corradi y Hoppichier Rau y por eso fue denegada la pretensión de los solicitantes, aunque el Registrador no tuviera en consideración tal dato al calificar la legalidad

formal del título público inmatriculable, parece descubrirse en el transcurso de toda esta narración cierta parcial coincidencia entre ambas fincas inscritas, con la secuela de una posible doble inmatriculación, siempre temible y perniciosa. Que esta duplicidad existiera o no realmente es algo que sólo podría determinarse a través de una prueba plena en el juicio declarativo correspondiente. Formalmente, la solución legal y la interpretación sostenida por el Registrador en su nota y por la Dirección General en esta resolución, parecen irreprochables. Sin embargo, el temor de una doble inmatriculación, la facilidad inmatriculadora del procedimiento regulado en el artículo 205, la no siempre fácil identificación de las fincas por la variación de sus descripciones, y la falta de perfección técnica de que adolece nuestro actual sistema de índice de fincas y de fichas (9), son razones más que suficientes para tener en cuenta estos problemas en una próxima reforma de nuestra legislación hipotecaria, para impedir más drásticamente los supuestos de doble inmatriculación y arbitrar procedimientos más eficaces para su corrección. Pero ése es un problema más hondo, que aquí sólo puede apuntarse como reflexión final.

M. A. G.

(9) Hasta el punto de que resulta urgente una modernización de nuestro sistema, incorporando técnicas electrónicas más perfectas para el archivo y la localización de los datos, tanto los relativos a personas como a fincas.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

4. RECTIFICACIÓN DE INEXACTITUD REGISTRAL POR ERROR EN LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD CONTENIDA EN EL TÍTULO INSCRITO: SI LOS ERRORES PADECIDOS EN EL TÍTULO INSCRIBIBLE PUEDEN SER COMPROBADOS PLENAMENTE A TRAVÉS DE DOCUMENTOS AUTÉNTICOS, QUE POR SU NATURALEZA SEAN INDEPENDIENTES DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES, PARA EXTENDER EL NUEVO ASIENTO BASTARÁ LA PETICIÓN DEL INTERESADO JUNTO CON LA PRESENTACIÓN DE AQUELLOS DOCUMENTOS JUSTIFICATIVOS, SIN QUE SEA NECESARIO ACUDIR A LOS PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY.

LA REGLA PRIMERA DEL ARTÍCULO 95 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, AL SUPONER UNA DESVIACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES DE CARÁCTER GENERAL DE NUESTRO SISTEMA INMOBILIARIO, DEBE SER INTERPRETADA EN FORMA RESTRICTIVA, Y SÓLO APLICABLE A LOS SUPUESTOS TÍPICAMENTE ESPAÑOLES DE BIENES GANANCIALES O PRESUNTIVAMENTE GANANCIALES, SIN QUE PUEDA EXTENDERSE A CASOS DISTINTOS.

Resolución de 10 de marzo de 1978 (B. O. del E. de 5 de abril).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura autorizada en Barcelona en 25 de enero de 1966 por el Notario don Enrique Gabarró Sansó, bajo el número 204 de su protocolo, don Radu Barbulescu Georgescu compró a la Inmobiliaria «Montecasino» un piso vivienda situado en la calle de Atenas, números 8-10, de la capital. En dicho documento se declara literalmente que «los comparecientes aceptan esta escritura y sus efectos, manifestando el comprador ser apátrida, estar casado con doña Elvira Florea Georgescu y sometido al régimen de comunidad de adquisiciones», siendo inscrita en el Registro el 22 de julio de 1975. Ante el Notario de la misma capital don Angel Martínez Sarrión, don Radu Barbulescu manifestó—con el fin de obtener la rectificación del título inscrito en cuanto le declaraba sometido al régimen matrimonial de comunidad y adquisiciones—que tal declaración era un error paladino fácilmente constatable por cuanto en modo alguno había base legal para acogerse a tal régimen, ya que no se adujeron capitulaciones matrimoniales algunas; que en cuanto a la ley de origen, el 15 de agosto de 1936, fecha de su matrimonio en Rumania con doña Elvira Florea Georgescu, regía el artículo 1.283 del Código Civil de 1864, que establecía

como sistema legal el de separación absoluta de bienes, si bien el Código de la Familia en vigor en Rumania desde el 1 de febrero de 1954 estableció el régimen de comunidad de bienes, esta modificación no puede afectarle por estar sometido al Estatuto de los Apátridas, y en cuanto a la ley del domicilio, establecido inicial e ininterrumpidamente en Barcelona, ha de afectarle plenamente el sistema catalán de separación de bienes, a tenor del artículo 7 de la Compilación; que la escritura que se trata de rectificar contiene una expresión errónea por manifestación equivocada de una ley que si bien rige actualmente para los rumanos, no se podía aplicar a una persona que en tal fecha no era rumana; que tal conocimiento inexacto de una legislación extranjera es susceptible de ser corregida por medios fehacientes con independencia de la voluntad de las partes afectadas, citando en su apoyo la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de marzo de 1917; que como consecuencia de lo dicho, queda rectificada la escritura de compra citada, por cuanto la manifestación de haberse adquirido en comunidad de adquisiciones es errónea, ya que las relaciones matrimoniales en su matrimonio con doña Elvira Florea eran de separación absoluta de bienes; que, como justificación documental, se acompaña certificado en xerocopia, traducido por el fedatario del alemán, del Instituto para los Países del Este, radicado en Munich, declarando que el 15 de agosto de 1936 se aplicaba en Rumania el régimen de separación de bienes, no siendo introducido el régimen de comunidad de bienes hasta el 1 de febrero de 1954, que desde esta fecha se aplica también a todos los matrimonios contraídos antes, e incorporando también a la escritura certificación del fedatario de que el régimen legal existente en Rumania hasta el día 1 de febrero de 1954 era el de separación absoluta de bienes.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura de rectificación, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentado el precedente documento, según la nota próxima anterior, en unión de la escritura pública que por el mismo se rectifica, ha sido suspendida la inscripción del mismo por los defectos subsanables:

a) De no ajustarse la rectificación a que tal documento se refiere a lo preceptuado en el apartado c) de los artículos 40 y 217 de la Ley Hipotecaria.

b) De caso de no estimarse el defecto anterior, por no acompañarse la certificación del matrimonio del otorgante ni acreditarse en forma alguna la condición de apátrida del mismo ni la circunstancia de no existir contrato de regulación de su régimen económico matrimonial. No se ha tomado anotación preventiva, por no haberse solicitado».

El Notario autorizante de esta segunda escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación alegando, entre otros extremos, que el supuesto fundamental sobre el que se centra el recurso afecta al apartado a) de la nota, y que el apartado b) supone el desconocimiento de una situación proclamada por los asientos del Registro; que se adjunta un acta de notoriedad, autorizada el 8 de marzo de 1976 por el Notario recurrente, comprensiva de los certificados que reseña de la Legación Real de Rumania en España, del Presidente de la Comunidad de Rumanos en España, de defunción de doña Elvira Florea Georgescu ocurrida en Barcelona el 13 de abril de 1974, copia de la escritura de compraventa de un piso-apartamento autorizada por el Notario de Barcelona don Diego Romero el 4 de mayo de 1971, en la que el señor Barbulescu hacía constar que no otorgó capitulaciones matrimoniales y que su matrimonio era en

régimen de separación de bienes, declaraciones de los apátridas de origen rumano Nicolás Rosca Sasu y Gheorghe Ostea Adamache, declarándose que de tales documentos queda acreditado por notoriedad la condición de apátrida del señor Barbulescu y que contrajo matrimonio con doña Elvira Florea el 15 de agosto de 1936 en Rumania sin otorgar capitulaciones matrimoniales; que el problema jurídico de fondo está íntimamente relacionado con la posición que se adopte en la actualidad con respecto al concepto tradicional de la apatridia, que nos ayudará a determinar, en el supuesto concreto que estudiamos, la legislación aplicable al señor Barbulescu; que el domicilio que le corresponde al apátrida es el del lugar en que se encuentra, que es donde ejercita sus derechos y cumple sus obligaciones, y que la equivocación consiste en pretender conducir a normas civiles cuestiones de Derecho internacional privado; que en cuanto al sistema para la rectificación de error en el supuesto que nos ocupa, no puede ser otro que el específico del título inscribible del que viene a constituir una consecuencia la inscripción; que el error deslizado en el título de cuya inscripción se trata, se contrarresta con la manifestación que el señor Barbulescu hace en otra escritura de compra de 4 de mayo de 1971 ante el Notario de Barcelona don Diego Romero Pérez, de que no otorgó capitulaciones matrimoniales y que su matrimonio es en régimen de separación de bienes, a lo que debe unirse la prueba documental subsanatoria acompañada por el recurrente; y que, aunque no se admitieran estos argumentos, habría de considerarse la doctrina establecida por la resolución de 29 de septiembre de 1967, interpretada a la luz de la de 9 de marzo de 1917.

El Registrador informó que el verdadero problema planteado en el presente recurso es el de la aplicación del principio de consentimiento formal, básico en nuestro ordenamiento hipotecario, lo que hace intrascendente, a los efectos que nos interesan, el detallado estudio de la apatridia hecho por el recurrente, así como la determinación de la clase de error que se pretende subsanar mediante la escritura calificada; que en la cláusula de la escritura inscrita en el Registro que se trata de rectificar, al referirse el comprador a su régimen económico conyugal, no se remite a legislación alguna, sino que manifiesta únicamente la circunstancia de estar regulado su matrimonio por el régimen de comunidad de bienes, por lo que, al parecer, resulta irrelevante el hecho de que le sea o no aplicable la legislación rumana en el momento de su matrimonio; que la inscripción de la adquisición en el Registro crea un *status* a favor de la mujer del comprador derivado de la constatación registral de tal régimen de comunidad y adquisiciones; que transcurridos aproximadamente nueve años de la fecha de la adquisición y fallecida la mujer del comprador, éste otorga la escritura de manifestaciones autorizada por el Notario recurrente para la rectificación de la escritura de compraventa en el sentido de que el matrimonio del comprador no debía regularse por el régimen de comunidad y adquisiciones, sino por el de separación de bienes, aduciendo para ello que así lo exigía la ley aplicable al supuesto en cuestión y alegando en su apoyo la resolución de 9 de marzo de 1917; que olvida, en cambio, el recurrente la resolución de 17 de febrero de 1969, en la que en un caso muy similar al planteado se mantiene un criterio totalmente opuesto al sostenido por el fedatario, afirmando el principio del consentimiento formal en méritos a que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales; que, resumiendo, el funcionario informante mantiene la nota re-

currida en su apartado *a*), declarando que la única forma de rectificar el contenido del Registro en el caso debatido es la obtención del consentimiento de todos los interesados, entendiendo por tales los posibles causahabientes de la que fue cónyuge del comprador, y, en su defecto, de la oportuna resolución judicial; que en cuanto al apartado *b*) de la nota, considera suficientemente justificados los extremos a los que se refiere, con el acta de notoriedad autorizada por el Notario recurrente.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, limitada a su apartado 1.º, letra *a*), por razones análogas a las expuestas por este funcionario y manifestando, además, que para la sustancial rectificación pretendida, que implica atribuir la exclusiva propiedad y disposición de la finca al apátrida rumano que dice haber sufrido error, no basta el mayor o menor conocimiento de cuál fuese y es el régimen legal en su país de origen, sino que para la rectificación del error, si existió, es obligada la aplicación de los preceptos hipotecarios que el Registrador cita en su nota, que exigen el consentimiento de los interesados o, en su defecto, resolución judicial, que no puede ser sustituida por la declaración del acta de notoriedad.

Y la Dirección General revoca el auto apelado y la nota del Registrador tomando como fundamento los siguientes considerandos (1):

B) Doctrina de la Dirección General.—Que la materia sobre la que versa este recurso no es propiamente la relativa a la situación o no de apatridia del titular que solicita la rectificación registral y a la existencia o no de contrato que regule el régimen económico de su matrimonio, extremos que estima justificados el Registrador en su informe con los documentos que se aportaron, por lo que desiste del apartado *b*) del defecto de la nota, sino al procedimiento adecuado para desvirtuar la situación jurídica creada en los libros registrales como consecuencia de la errónea declaración contenida en la escritura de compraventa al manifestar el adquirente estar «sometido al régimen de comunidad de adquisiciones», que provocó en el Registro la inscripción del inmueble a favor de «don Radu Barbulescu Georgescu y doña Elvira Florea Georgescu y para comunidad de adquisiciones sin atribución de cuotas», según resulta de la certificación registral solicitada por este Centro Directivo en ampliación para mejor proveer.

Que el problema que plantea la inexactitud registral está íntimamente enlazado con los principios de legitimación y fe pública, tal como indica la exposición de la Ley de Reforma de 1944, y no había sido formulado en la legislación anterior con un carácter unitario, tanto en su concepto como en sus efectos, y por eso la ley vigente ha pretendido remediar aquella situación al proporcionar un concepto global de inexactitud—artículo 39—y regular detalladamente los diversos supuestos que pueden presentarse—artículo 40—para lograr las soluciones adecuadas que refuercen los principios básicos en que se fundamenta el Registro de la Propiedad.

Que esta pretendida intención del legislador no ha sido siempre alcanzada debido a la variedad de situaciones que la realidad presenta, por lo que sigue vigente la reiterada doctrina de este Centro, anterior a la Ley de 1946, de que si los errores padecidos en un título inscribible pueden ser

(1) Vistos los artículos 9 del Código Civil, 39, 40 y 211 a 220 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, así como el 95 del mismo Cuerpo legal, y las Resoluciones de este Centro de 9 de marzo de 1917, 27 de junio de 1929, 29 de septiembre de 1967 y 17 de febrero de 1969

comprobados plenamente a través de documentos auténticos, que por su naturaleza sean independientes de la voluntad de las partes, documentos que ponen de manifiesto la falta de armonía entre el Registro y la realidad jurídica, bastará la extensión del asiento, a petición del interesado, con la presentación de los mismos y sin que sea necesario entonces acudir a los procedimientos legalmente establecidos.

Que para probar inequívocamente que el inmueble adquirido es privativo de don Radu Barbulescu, se hace necesario demostrar que su matrimonio con doña Elvira Florea se encontraba regido por el sistema de separación de bienes.

Que de la documentación aportada resulta que el matrimonio se contrajo en Rumania en 1936 bajo el sistema legal vigente en aquella fecha, que era el de separación de bienes; que la posterior modificación por el Código de Familia de aquel país de 1954, que establece el sistema de comunidad, incluso con carácter retroactivo, no afecta a dicho matrimonio, dado su condición de apátridas, que ostentaban con anterioridad a la entrada en vigor de esa disposición legal, apatridia reconocida por el funcionario calificador, y que supone una ruptura de su vínculo nacional; que, según el artículo 9, 2.º y 3.º, del Código Civil, las relaciones patrimoniales de los cónyuges se regirán por su última ley nacional común o, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración, que tanto en un caso como en otro es la rumana; y, en fin, que dicho régimen inicial de separación de bienes es, en nuestro sistema de Derecho internacional privado, inalterable, salvo por voluntad de los cónyuges cuando su ley personal lo permita y sin que le afecte el cambio de nacionalidad de los esposos y mucho menos, claro es, que a éstos les sobrevenga la condición de apátridas, la cual sólo para situaciones jurídicas no consolidadas determinará la aplicación de la ley del lugar de la residencia habitual (arts. 9 y 10 del Código Civil).

Que de todo lo expuesto, que acredita en forma auténtica el error sufrido, se deduce que no será preciso el consentimiento del titular registral, que exige el artículo 40, *d*), de la Ley Hipotecaria, o, en su defecto, la correspondiente resolución judicial para la extensión del asiento rectificado coincidente con la realidad extrarregistral, sino que el mismo título ya inscrito junto al acta ahora presentada son suficientes para rectificar el asiento indudablemente inexacto; pero al haberse inscrito el inmueble en base a una discutible norma reglamentaria, a favor de ambos cónyuges, habrá que examinar si esta última circunstancia puede suponer un obstáculo a la rectificación pretendida.

Que la regla primera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, al suponer una desviación de las normas legales de carácter general de nuestro sistema inmobiliario, acaso fundada con justificación no muy clara en el posible carácter ganancial de la adquisición, y que obliga al Registrador a practicar una inscripción a favor de persona que no ha sido parte en el otorgamiento del instrumento público, debe ser interpretada, dado su carácter tan anómalo y singular, en forma restrictiva, y sólo aplicable a los supuestos típicamente españoles de bienes gananciales o presuntivamente gananciales, sin que pueda extenderse a casos distintos, máxime si se trata de una adquisición hecha por extranjero, cuyo régimen matrimonial se ha de regir, como ya se ha indicado, por su ley personal—artículo 9, 2.º y 3.º, del Código Civil—, sin que sea oponible la práctica o corruptela en contrario,

por lo que en estas adquisiciones la inscripción se realizará a favor de quienes aparezcan como compradores o adquirentes del inmueble.

Que al haberse desvanecido el doble error producido, uno por declaración inexacta del interesado, recogido en la escritura, y el segundo por aplicación indebida de un precepto reglamentario al extenderse el asiento registral, procede aplicar la doctrina de este Centro antes indicada, coincidente con lo establecido en el artículo 219 de la Ley Hipotecaria, que indica se rectificará el error por medio de una nueva inscripción cuando—como aquí ha sucedido—conviniere en ello la parte que intervino en la redacción inexacta del título primitivo.

C) COMENTARIO.—1. Dos son las cuestiones principalmente planteadas en la calificación negativa del Registrador respecto a la escritura presentada para rectificar diversos extremos de una inscripción anterior: Una de ellas hace referencia a la rectificación de esa inscripción previa, a la insuficiencia de los datos alegados y a la necesidad de seguir el procedimiento regulado en los artículos 40-c) y 217 de la Ley Hipotecaria. La otra, a la prueba documental que faltaba por acompañar para justificar el matrimonio del otorgante, su condición de apátrida y la ausencia de capitulaciones matrimoniales. De ambas cuestiones vamos a ocuparnos ahora sólo de la primera de ellas, por estimar el Registrador en su informe que estaban suficientemente justificados los extremos referidos en la segunda, por medio del acta de notoriedad que autorizó el Notario recurrente y de los documentos a ella incorporados.

El problema concreto discutido apunta al procedimiento para rectificar un error vigente en una inscripción registral, y que era debido a las manifestaciones contenidas en el título que motivó aquella inscripción: En la escritura de compra anterior se dijo, y se trasladó al asiento de inscripción, como es natural, que el comprador era apátrida, casado y sometido al régimen económico matrimonial de comunidad de adquisiciones. Pero la última de estas afirmaciones no era cierta, porque el régimen matrimonial aplicable entonces era el de separación de bienes. Para justificar esta nueva declaración se hacía constar que no se habían otorgado capitulaciones matrimoniales; que en el momento de celebración del matrimonio—15 de agosto de 1936—la norma del Código Civil vigente establecía el régimen legal de separación; que el Código de Familia de 1954, que introdujo el régimen de comunidad de bienes, no era aplicable al comprador, por no ser entonces rumano, sino apátrida; y que por estar domiciliado en Barcelona, estaba sometido al Derecho catalán y al sistema de separación de bienes.

Como consecuencia de todo ello, se produce un error en la inscripción. Esta contenía, entre otras, una declaración inexacta o contraria a la verdad, relativa al régimen económico matrimonial aplicable a quien allí aparecía como comprador. Pero ese error de la inscripción era debido a un error previamente sufrido en la redacción del título inscribible: Error en la declaración de voluntad contenida en el título, o mejor aún, en alguna de las declaraciones relativas al estatuto personal y régimen económico del comprador. Como tal, error voluntario, del que resulta culpable el propio declarante, que deberá ser responsable del mismo. Error que pasa al asiento de inscripción y afecta a la verdad formal publicada por el Registro. En todo caso, se crea una apariencia errónea por culpa del declarante interesado, y se plantea así el conjunto de problemas que produce toda

apariencia registral inexacta: su necesaria rectificación, los medios para conseguir ésta, la publicidad ya otorgada en base a aquella declaración errónea y la eficacia de la rectificación cuando se haga.

Si detenemos un momento nuestra atención sobre este error registral así cometido, podríamos distinguir dos fases o momentos distintos:

a) En un primer momento, relativo al tiempo inicial de comisión del error, surge fácilmente la siguiente pregunta: ¿Bastará la simple declaración del adquirente, relativa a su régimen económico-matrimonial, sin ninguna otra justificación expresa de las circunstancias que lo determinan (nacionalidad, vecindad, ausencia de capitulaciones, régimen legal supletorio según el derecho correspondiente), para que pueda inscribirse en el Registro la finca adquirida por el marido como si fuera común de él y su esposa? Al reseñar los datos relativos a las personas a cuyo favor se practica la inscripción, el artículo 51-9.º del Reglamento Hipotecario señala que « se añadirán, si resultaren del título..., en su caso, la vecindad foral y la nacionalidad. Si el adquirente fuera casado . y el acto o contrato que se inscriba afectase a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, se harán constar el nombre y apellidos del otro cónyuge». Prescripción esta última que se completa con la contenida en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario respecto a la forma de inscribir los bienes gananciales.

El sistema reglamentario vigente nos parece incompleto, defectuoso y gravemente criticable. No parece oportuno que esos datos tan importantes para determinar la situación jurídica del bien adquirido y los requisitos de su enajenación ulterior, según su adscripción a una u otra de las masas patrimoniales (bienes comunes, privativos, etc.), puedan constar en el Registro solamente en base a la declaración unilateral del adquirente, sin ninguna otra justificación o prueba. De esta manera, la verdad formal del Registro se construiría sobre datos inventados o no exactos muchas veces. Con las quiebras que ello supone para la seguridad jurídica y para la eficacia de nuestro sistema registral.

Aun admitiendo que la expresión «en su caso», contenida en el mencionado artículo 51-9, debe ser interpretada como equivalente a cuando fuere legalmente necesaria la expresión de los datos de vecindad y nacionalidad, y no como semejante a cuando figuren en el título tales circunstancias, porque entonces sería inútil y reduplicativa; y aun suponiendo entonces que la necesaria calificación del Notario autorizante de la escritura y del Registrador que la inscribe deben recaer sobre este extremo, de manera que su omisión, cuando la situación jurídica inscribible quede inmediatamente afectada por la vecindad o nacionalidad de los intervinientes, debe producir como consecuencia la no inscribibilidad del título que adolece de tal laguna, es lo cierto que nuestro sistema legal resulta insuficiente en esta materia.

Como ya tuve ocasión de señalar en mi comentario a la Resolución de 17 de febrero de 1969 (2), queda a merced de la voluntad o de la negligencia del interesado la determinación en la escritura notarial de un dato tan importante, especialmente a efectos de determinación del régimen económico matrimonial, como es la vecindad foral. Y el lugar del otorgamiento de la escritura, si está sometido a cualquier derecho foral, creará la presunción de ser la vecindad de los otorgantes la correspondiente a ese terri-

(2) En esta misma Revista, núm. 473, julio-agosto 1969, págs. 1059 y ss.

torio, sea o no cierto esto último (3). Con lo cual se crea un sistema de presunciones y de falta de prueba adecuada que puede dar lugar a graves errores en las escrituras notariales y en sus respectivas inscripciones.

Volviendo al supuesto de hecho planteado en el presente recurso, para poder inscribir adecuadamente la compra hecha por un apátrida, casado y domiciliado en Barcelona, habría que justificar los siguientes extremos: la legislación aplicable al apátrida y la demostración de esta peculiar situación; su domicilio y vecindad; la existencia o ausencia de capitulaciones matrimoniales; y el régimen económico-matrimonial de origen legal en defecto de pacto. Circunstancias que sustancialmente quedan reducidas a dos: la ley aplicable al comprador según su estatuto personal (nacionalidad, apatridia, domicilio y vecindad), lo cual no es especialmente difícil de acreditar; y la ausencia de capitulaciones matrimoniales, hecho negativo que resulta menos fácil de probar y que, además de la declaración negativa del interesado en este sentido (o positiva, cuando lo que se trate de afirmar sea la celebración de capitulaciones), puede ser presuntamente establecida mediante la certificación negativa del Registro Civil correspondiente. La imperfecta regulación del sistema de «indicaciones» en el Registro Civil del régimen económico pactado (4); su falta de obligatoriedad; la importancia que tiene la precisa determinación del régimen económico vigente en cada caso, a efectos de reflejar adecuadamente en el Registro la situación jurídica del bien en cuestión; su titularidad (individual o conjunta) y las reglas de su enajenación ulterior, y la posibilidad actual de otorgar capitulaciones y de modificarlas después del matrimonio incluso en territorios sometidos al Derecho común, con lo cual la modificación del régimen inicialmente vigente puede llevarse a cabo con frecuencia y facilidad, son todas ellas razones más que suficientes para justificar la creación de un Registro central de capitulaciones matrimoniales, de ámbito nacional, donde fácilmente se pueda tener puntual noticia de las capitulaciones otorgadas y de su contenido para apreciar el régimen económico matrimonial vigente. Idea que defendí hace tiempo y vuelvo a reiterar ahora.

Para inscribir como bien sujeto a comunidad matrimonial de bienes el piso sito en Barcelona y comprado en 1966 por don Radu Barbulescu, de bería haberse probado ante el Registro el régimen económico del matrimonio en el momento de la adquisición de acuerdo con la ley personal del marido al contraer matrimonio (nacional rumana, situación de apatridia, legislación territorial del domicilio), así como la existencia o no de capitulaciones matrimoniales y su eventual contenido.

Según los antecedentes de hecho del presente recurso, no consta que tales pruebas se llevaran a cabo. ¿Cómo es posible entonces que, en esas circunstancias y sin mayor justificación, se inscribiera en el Registro el piso comprado como perteneciente a ambos cónyuges en régimen de comunidad? Ciertamente que nuestro sistema reglamentario al respecto es bien

(3) Como indicaba entonces, en principio la vecindad civil castellana no se hace constar en los instrumentos notariales. La vecindad foral sólo debe expresarse cuando su existencia afecte a la capacidad de los otorgantes. Pero si el Notario no hizo constar este dato, el juicio de valor que justifica tal omisión no puede ser revisado por el Registrador en su calificación, porque carecerá entonces de elementos para valorar si tal regionalidad foral que no se expresa puede o no afectar a la capacidad del titular registral. Imprecisión que se subraya al tener en cuenta que sólo será necesaria la mención de la vecindad (según el art. 161 R. N.) cuando, además de afectar a la capacidad del otorgante, se otorgue la escritura fuera del territorio de su región. Y que la constancia de este dato tiene su origen en la mera declaración del interesado, no siendo verificable por el Notario a través del correspondiente medio de prueba (*ibid.*, págs. 1063-64).

(4) Cfr. artículo 77 L. R. C.



laxo, como hemos apuntado, y que aparece basado principalmente sobre la mera voluntad del interesado. Pero también lo es que la necesaria exactitud de los pronunciamientos registrales y la legitimación que resulta de la publicidad del Registro aconsejan una mayor diligencia en la formalización de los asientos y una mayor exigencia en la prueba de los datos que se declaran en la escritura. Tratándose de un extranjero, e incluso de un apátrida no sujeto a otra legislación nacional, extremo que deberá también ser justificado, cabrá por lo menos admitir la prueba de presunciones (lo cual, por otra parte, no parece muy correcto en el plano registral) siempre que se acredite la constancia del hecho que motiva la presunción, pero no que resulte suficiente para justificar un hecho positivo la mera declaración del interesado, sobre todo cuando afecta a terceros (cónyuge no interviniente y sus herederos).

b) El segundo momento hace referencia a la fase posterior en que debe rectificarse el error cometido. Bien o mal inscrito el título previo en que se contenían aquellas declaraciones inexactas (aunque, a nuestro juicio y de acuerdo con lo dicho, la inscripción no debió practicarse sin una mayor justificación de las circunstancias alegadas), la realidad de la que hay que partir es que la inscripción estaba vigente. Y que el error que en ella figuraba debía ser subsanado para lograr la concordancia entre la realidad material o sustantiva y la formal o registral.

La finalidad del Registro es dotar de publicidad a las situaciones jurídicas con eficacia oponible. Publicar la realidad jurídica. Que la apariencia registral se corresponda con la realidad. Aunque ciertamente esa correspondencia no condiciona la existencia de la verdad formal del Registro (que puede actuar, aunque no sea exacta) ni su amplia eficacia (legitimación, fe pública, inoponibilidad, prioridad, etc.). En caso de colisión prevalece la verdad registral sobre la que no ha tenido acceso al Registro, en beneficio de los terceros y de la seguridad del tráfico. Por eso, el Registro es un instrumento de publicidad en sentido técnico jurídico (LA CRUZ BERDEJO). Aunque también es cierto que en algunos casos esa posible desconexión o divergencia no llega a producirse porque la protección registral prevalece sobre la meramente civil, y la titularidad registral excluye la subsistencia de la titularidad que vive fuera del Registro. Recuérdense los casos de aplicación de los artículos 1.473 del Código Civil y 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, especialmente cuando tiene lugar el fenómeno de las adquisiciones a *non domino* basadas en la publicidad registral y en la protección de su apariencia.

La posibilidad de que en el Registro no siempre se refleje con exactitud la realidad jurídica extrarregistral, bien sea por defecto u omisión en la formalización de los títulos inscribibles, bien por error en el traslado del título al asiento, plantea el problema, ciertamente complejo, de encontrar la vía más adecuada para la subsanación o rectificación de los errores cometidos. A su vez, la apariencia de legalidad creada por la publicidad del dato erróneo justifica el criterio legal de exigir el consentimiento del favorecido para modificar la inscripción (arts. 1, 38, 40-d), 97, 214 y 217 L. H.) o, en su defecto, la correspondiente resolución judicial, ya que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales. En cualquier caso, y sea cual sea el procedimiento seguido para obtenerla, la rectificación del asiento erróneo no afecta a los terceros que confiaron

en la verdad formal del Registro antes que la rectificación se produjera (art. 220 L. H.). Como es natural.

En la Ley Hipotecaria vigente se destinan dos artículos, el 39 y el 40, a regular de una manera muy general los temas de la inexactitud del Registro y su rectificación, distinguiendo en este último caso diversos procedimientos de subsanación, de acuerdo con las distintas causas que han podido dar lugar a aquella inexactitud en cada caso: falta de inscripción del título inscribible o de reanudación de tracto o de constancia de la mutación jurídica producida; falta de cancelación del derecho extinguido; errores en los asientos; falsedad, nulidad o defecto del título inscrito.

Ambos artículos recogen en términos de gran amplitud el problema general de la inexactitud registral. Problema que se plantea cuando el Registro no publica la realidad jurídica, cuando se produce una discordancia entre lo publicado por el Registro y la realidad extrarregistral. No hace falta insistir en la deseable concordancia de ambas realidades. El Registro sólo debe publicar la realidad jurídica que nace fuera del mismo (criterio general: inscripción no constitutiva), tal como estaba realmente establecida, o la que nace por su incorporación al mismo, tal como aparecía en el estadio de constitución voluntaria previo a la inscripción (en especial: inscripción constitutiva). El Registro debe publicar los actos y contratos inscribibles y las situaciones jurídicas de ellos resultantes de acuerdo con su realidad, con su verdadera estructura y función. Todo desacuerdo o desarmonía entre el contenido del Registro y la realidad extrarregistral entraña una anomalía que debe ser corregida, si bien los procedimientos para lograr esa corrección o rectificación son distintos según la naturaleza de la inexactitud y su causa.

Los supuestos del artículo 40 podrían ser resumidos de la siguiente manera: En unos casos, la falta de exactitud registral proviene de no haberse publicado el acto de constitución o modificación de un derecho (falta de inscripción) o el acto de su extinción (falta de cancelación). No ha sido formalizado el título inscribible o no se ha despachado en el Registro. Bastará con documentar adecuadamente el acto en cuestión, o solicitar su inscripción (cuando no hubiere sido presentado en el Registro) o subsanar los defectos que impidieran esa inscripción (cuando hubiere sido calificado negativamente).

En otros casos, la incorporación al Registro ya se ha producido, pero erróneamente. El error que impide la concordancia entre realidad registral y extrarregistral ha podido originarse de una de dos maneras: o bien se inscribió un título erróneo (título nulo, falso o defectuoso en cuanto a su contenido, como se recoge en el art. 40-d), que produce como consecuencia el arrastre de ese error en la inscripción practicada: inscripción errónea o inexacta por defecto del título), o bien el asiento se formalizó indebidamente, con omisión de alguna de sus circunstancias o sufriendo error al trasladar al Registro el contenido del título (inscripción inexacta por nulidad formal o error, material o de concepto, del asiento; art. 40-c), en relación con los arts. 211 y sigs.).

Si nos detenemos por un momento en el supuesto del título erróneo que motiva una inscripción inexacta, observamos que su ámbito de aplicación es más amplio del que pudiera parecer: encajan aquí los títulos nulos e ineficaces, cuando la causa de nulidad o ineficacia no aparece

en el propio título (5), actos con consentimiento inexistente o viciado, o con ausencia de causa (simulación absoluta o relativa), o con infracción de norma imperativa, o aquellos en que al formalizarse documentalmente se omite alguna circunstancia esencial o imprescindible para la inscripción, o en que las declaraciones formuladas por los interesados son inexactas (6). Y que, en todo caso, la inexactitud o el error contenido en el título inscribible determinan su incorporación al asiento correspondiente, con lo cual la publicidad registral será igualmente inexacta, errónea e inadecuada.

Esto es lo que ocurría en el caso que ahora nos ocupa, como hemos tenido ocasión de señalar. La escritura de compra de un piso en Barcelona por don Radu Barbulescu era inexacta por afirmar en ella el comprador, sin acreditarlo suficientemente, su sometimiento al régimen económico-matrimonial de comunidad, cuando en realidad estaba entonces vigente el de separación. Errónea declaración que motivó el correspondiente error en la inscripción. ¿Cómo rectificar la inexactitud así producida? El apartado d) del artículo 40, claramente aplicable al caso planteado por referirse a un supuesto de defecto del título, establece la necesidad del consentimiento del titular registral (o, en su defecto, resolución judicial) para que esa rectificación pueda llevarse a efecto. Norma que tiene una justificación muy racional, para que sólo con el consentimiento del titular registral o de los interesados en la inscripción pueda modificarse el asiento que a ellos afecta. Curiosamente, en el presente caso, los titulares registrales eran el marido comprador y su esposa, por inscribirse el piso comprado como perteneciente a la comunidad conyugal, por lo que no bastaba el consentimiento del marido, junto con la adecuada justificación del error padecido, sino que era necesario también el consentimiento de los herederos de la esposa, fallecida años antes. Tal era el criterio del Registrador calificador.

Frente a esta tesis, apoyada directamente en la letra del artículo 40-d) y en el principio de consentimiento formal para la rectificación que allí se recoge, el Notario recurrente opinaba que bastaba con la rectificación del título inicial mediante la actuación del comprador allí compareciente (7), sin necesidad de la intervención de su esposa.

La regulación contenida en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, ¿debe estimarse exhaustiva y completa en cuanto a las posibles causas de la inexactitud registral y los procedimientos para su rectificación? Si así fuera, y los únicos medios de rectificación, los allí contenidos, está claro que entonces la subsanación se haría necesariamente según el apartado d) y tendría razón el Registrador en su exigencia. A favor de ese carácter exclusivo de las disposiciones del artículo 40 de la Ley Hipotecaria militan varias razones: 1) La generalidad con que se aborda el tema de la inexactitud

(5) Si el error estuviere patente en el título y no oculto o disimulado, el defecto sería de la calificación notarial o registral del título que no debió autorizarse ni inscribirse, con las responsabilidades consiguientes.

(6) Tanto si esas declaraciones carecen de prueba o están basadas en una prueba errónea o falsa. Dicho sea con independencia de la necesidad en cada caso de esa prueba suficiente. Recuérdese lo dicho antes respecto a la justificación de la nacionalidad, vecindad civil y régimen económico-matrimonial.

(7) Como se habrá observado, en las alegaciones del recurrente se contienen algunas afirmaciones inaceptables. Así, por ejemplo, cuando se dice que el sistema para la rectificación de la inscripción errónea no puede ser otro que el adecuado para modificar el título inscribible, confundiéndose la distinta naturaleza finalidad y regulación jurídica de la documentación notarial y la publicidad registral, o cuando se afirma, con igual impropiedad, que rectificado el título queda rectificado el asiento, sin perjuicio de los derechos de terceros protegidos durante la vigencia del asiento inexacto, con lo que se desconoce el mecanismo de la rectificación de asientos.

titud registral en el artículo 39, respecto del cual el artículo 40 no es más que un desarrollo. 2) La amplitud de las causas de inexactitud que se recogen en este último artículo, de manera que parece comprensivo de todas las causas posibles de este fenómeno y de sus correspondientes procedimientos de rectificación. 3) El hecho de que el apartado d) de este artículo, al referirse a los defectos del título, hace expresa alusión a «cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente», con lo cual parecen incluirse aquí todas las posibles causas de inexactitud registral, estén o no específicamente señaladas, y resultar completa la enunciación legal.

Sin dejar de reconocer el indudable valor de estos argumentos en orden a considerar completa y cerrada la clasificación legal, la interpretación de este largo artículo 40 debe ser matizada de la siguiente manera: Limitándonos a los casos de defectos del título que motivan la inscripción inexacta, la regla general es que la rectificación exige la formalización de un nuevo título subsanatorio en que preste su consentimiento para la subsanación el titular registral y los interesados en la inscripción, y en que se acredite suficientemente el error o el defecto padecido. Pero cuando el error que motiva la inexactitud del título y de la inscripción depende de circunstancias fácticas, no subjetivas, y es directamente subsanable al probar el supuesto de hecho que lo motiva, cabrá entonces rectificar el error justificando los hechos determinantes del mismo y las consecuencias jurídicas que de ellos derivan, a instancia de cualquier interesado, y sin necesidad de la prestación del consentimiento de todos los titulares registrales afectados.

Así, por ejemplo, si al formalizarse la escritura en que se adjudica a alguien el derecho de usufructo sobre una finca por título de herencia resulta que el usufructuario ya había fallecido, y se inscribe esta titularidad en el Registro, bastará para rectificar la inscripción acompañar el certificado de defunción del usufructuario junto con instancia suscrita por alguno de los interesados. O si se inscribe un derecho condicional porque se constituye así en escritura, y resulta que la condición ya se había cumplido al otorgar el título y practicar la inscripción, bastará igualmente justificar la realización del hecho en que la condición consiste para rectificar el asiento.

Pues bien, partiendo de estas ideas, parece adecuada la solución dada por la Dirección General en el presente recurso. La inscripción de la compra del piso, indebidamente atribuido a la comunidad matrimonial de bienes, revelaba una cotitularidad sobre el mismo de marido y mujer, y dando por supuesta esa situación de comunidad, haría falta el consentimiento de ambos cónyuges interesados para formalizar el nuevo título que sirviera para rectificar la inscripción. Sin embargo, teniendo en cuenta que la calificación del piso como bien común implicaba la vigencia del régimen legal de comunidad, y que para desvirtuar esta última apreciación bastaba con acreditar la falta de capitulaciones matrimoniales (8) y que el régimen supletorio legal era el de separación, la prueba de estas dos últimas circunstancias de hecho debía ser suficiente para modificar

(8) No entramos ahora en el tema de la forma de acreditar la falta de capitulaciones. Esta prueba depende del sistema legal vigente en un país extranjero y del régimen de publicidad aplicable a las capitulaciones matrimoniales. En España este problema de publicidad negativa no es siempre satisfactorio. Por lo demás, al haber desistido el Registrador del segundo de los defectos señalados, se impide la discusión sobre la prueba de esa falta de contrato económico-matrimonial.

la inscripción (a instancia de parte interesada, naturalmente), sin más condicionamientos. Se trataba de dos datos de hecho, el segundo de los cuales ni siquiera dependía de la voluntad de los interesados. Al no haber capitulaciones, el establecimiento del régimen de separación dependía de la ley y de la situación sobrevenida de apatridia, que impedía la aplicación retroactiva del Código de Familia rumano, el cual, a su vez, establecía el sistema de comunidad. Dato legal que objetivamente podía probarse justificando la aplicación de la ley en cuestión. Por todo ello parece acertado el criterio de la Dirección General, que permitió en este caso la rectificación de la inscripción inexacta con la mera prueba de esos datos de hecho, y sin necesidad del consentimiento de los herederos de la fallecida esposa del comprador rumano. Aunque la solución dada en este caso concreto, en atención a las especiales circunstancias que en el mismo concurren, no debe impedir el reconocimiento del principio legal que exige el consentimiento de los titulares registrales para rectificar la inscripción, ni de la vigencia general de los medios de rectificación tan ampliamente recogidos en el artículo 40.

2. En el penúltimo considerando se contiene incidentalmente una afirmación que no puede ser silenciada. Según el Centro Directivo, la regla primera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario supone una desviación de las normas generales de nuestro sistema inmobiliario, no tiene una justificación clara, debe ser interpretada en forma restrictiva y es sólo aplicable a la sociedad de gananciales. No podemos ahora entrar con detalle en el examen de este complejo tema. Baste con apuntar una breve matización.

Parece claro que la disposición aludida está dictada específicamente para los bienes gananciales (como las demás reglas del art. 95), viene condicionada por la propia naturaleza de esta comunidad, refleja la cotitularidad dominical de ambos cónyuges sobre cada uno de los bienes sin atribución de cuotas, y la manifestación de esa cotitularidad sobre la facultad dispositiva, que corresponde a ambos cónyuges cuando de la enajenación de bienes inmuebles se trata, a partir de la reforma del artículo 1.413 en 1958. Como una de las funciones que cumple el Registro es la de servir de título de legitimación para la enajenación ulterior, resulta perfectamente justificado que el Registro publique esa cotitularidad para que el necesario cumplimiento del tracto exija que en la disposición posterior presten su consentimiento ambos cónyuges para que el acto pueda ser inscrito. Con lo que se armonizan la norma civil que regula la disposición de inmuebles gananciales con los principios formales que condicionan el procedimiento registral. Cierto que si, en ausencia del artículo 95-1 del Reglamento Hipotecario, la inscripción se practicara a favor del cónyuge comprador y para su sociedad conyugal, la solución práctica sería la misma, porque el hecho de calificar el bien comprado como común impondría para su ulterior enajenación la necesidad del consentimiento de la esposa. Pero con el artículo 95-1, la naturaleza ganancial del bien comprado y la cotitularidad de ambos cónyuges resultan directamente publicadas. De modo que aunque se practique la inscripción a favor del cotitular que no intervino en la compra, la excepción que ello significa viene directamente determinada por la regulación civil de la sociedad de gananciales, cuya proyección registral se establece en el artículo 95-1.

También es cierto que la disposición referida debe ser aplicada sola-

mente en el caso de bienes gananciales, y no cuando se trate de cualquier otra comunidad conyugal, de Derecho español o de Derecho extranjero, basada en principios distintos. Por la especialidad de la norma, y no por su carácter de derecho singular de aplicación restringida, no debe extenderse a otros supuestos de comunidad diferente. En este sentido, creemos que la inscripción, conforme al artículo 95-1, no fue debidamente practicada. Debió serlo a favor del cónyuge comprador y para su sociedad conyugal, sin más, por no acreditarse la identidad (*eadem ratio* que justificaría la interpretación analógica) de la comunidad legal de bienes según el Derecho rumano y nuestra sociedad de gananciales. Pero, como hemos indicado, la conclusión práctica hubiera sido la misma. La calificación del piso comprado como común implicaba un interés innegable del otro cónyuge. Y, por tanto, la necesidad de prestación de su consentimiento para rectificar la inscripción. Si se estimaba aplicable el procedimiento establecido en el artículo 40-d) de la Ley Hipotecaria. Pero la Dirección General no lo entendió así. A nuestro juicio, con razón.

M. A. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y
JOSÉ QUESADA SEGURA

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. PRUEBA DEL DOMINIO E IDENTIDAD DE LA FINCA. PRESUNCION DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA. USUCAPION SECUNDUM TABULAS: NO ES TABULAR, PUES SE REQUIERE LA POSESION EFECTIVA E IMPLICA UNA PRESUNCION DE POSESION IURIS TANTUM. CERTIFICACION REGISTRAL EN CASACION: NO ES DOCUMENTO AUTENTICO RESPECTO A SU CONTENIDO, SINO RESPECTO AL HECHO DE LA INSCRIPCION (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1978).

Hechos.—Don Julián T. Escribano formula demanda contra el Excelentísimo Ayuntamiento de Andújar y otras personas, alegando que dicho Ayuntamiento había ocupado una parte de la finca del actor, en la que había edificado unas construcciones, cediendo una caseta y unas viviendas a los otros demandados y reservándose el resto de lo edificado, sin título alguno al efecto, por lo que suplica se dicte sentencia declarando que la finca objeto de litigio es propiedad del actor, conforme al eficaz título inscrito que ostenta, o en su defecto, por haberla poseído de buena fe y justo título durante el tiempo necesario para la usucapición; que se condene a los demandados a que reconozcan dicha declaración y dejen la porción de finca ocupada a la libre y entera disposición del actor; que se declare que las edificaciones realizadas en la porción de finca reivindicada son propiedad del actor, sin indemnización a los demandados como detentadores de mala fe.

Contestada la demanda con oposición y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia de Andújar estima en lo fundamental la demanda, salvo que no aprecia mala fe en la accesión inmobiliaria efectuada por parte del Ayuntamiento.

Interpuesto recurso de apelación por el Ayuntamiento de Andújar, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada dictó sentencia

estimando el recurso, revocando la sentencia apelada y absolviendo de la demanda a los demandados.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que el motivo primero del recurso, amparado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, que, según afirma el recurrente, resulta de un documento auténtico, cual es la certificación del Registro de la Propiedad de Andújar, que acredita la vigencia sin contradicción alguna, a favor de aquél, de la inscripción tercera de la finca número 8.395, lo que pone de manifiesto la equivocación evidente del juzgador, motivo éste que ha de rechazarse dado que dicha certificación, a efectos de casación, no puede calificarse como documento auténtico, pues las certificaciones expedidas por los Registradores de la Propiedad sólo hacen fe con referencia al hecho de la inscripción, pero no con respecto al contenido de las manifestaciones hechas en los documentos que las originan (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1947, 4 de diciembre de 1953 y 26 de octubre de 1961), y, además, la mencionada certificación fue examinada e interpretada por la Sala sentenciadora de instancia, atribuyéndole el valor que a los efectos decisorios de la litis podía tener, como de manera expresa así se dice en el segundo de los considerandos de la sentencia impugnada, al expresar 'se examinan y comparan los títulos aportados a las actuaciones y conjunto de certificaciones del Registro de la Propiedad también unidas al procedimiento', de lo que claramente se advierte que los términos de dicha certificación no han sido desconocidos por aquélla, sino que, por el contrario, partiendo de ellos y en unión de las demás pruebas, que en su conjunto han sido apreciadas, ha fijado su trascendencia en el orden jurídico, al declarar que dicha finca y la inscrita con el número 1.474 son la misma.»

«Considerando que el segundo de los motivos del recurso, que, como todos los demás restantes, tiene su apoyo en el número primero del anteriormente mencionado artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, acusa la infracción, por interpretación errónea, del párrafo segundo del artículo 348 del Código Civil y de la doctrina legal concordante que las sentencias del Tribunal Supremo que cita contienen, por estimar que la resolución recurrida confunde los requisitos que la reiterada jurisprudencia tiene establecidos como necesarios para la viabilidad de la acción reivindicatoria—justo título de dominio, identificación de la cosa que se trata de reivindicar y su posesión por el demandado—al interpretar la determinación de cabida y linderos como exigencia del título cuando tal determinación tiene su integración en el requisito de la identificación, mas la circunstancia de que la Sala sentenciadora de instancia afirme que la escritura pública de compraventa que, aportada por el actor, en base de la acción ejercitada reúna, en principio, los requisitos legales para ser considerada como título suficiente, no autoriza para sostener, como sostiene el recurrente, que, a los efectos de la reivindicación que ejercita, aparezca justificada la concurrencia del primero y más esencial de los requisitos anteriormente aludidos, y que la jurisprudencia exige para la viabilidad

de la acción que el párrafo segundo del artículo 348 del Código Civil otorga al propietario de una cosa para recuperarla de quien indebidamente la posee, pues lo único que tal afirmación supone, como aclarado aparece a continuación de la misma, es que tal escritura, por su inscripción registral y la protección que toda inscripción concede al titular de la misma, y teniendo en cuenta que la finca propiedad del recurrente se halla amparada registralmente por una doble inscripción, al declarar la resolución impugnada que la finca número 8.395, que es la adquirida por éste en 7 de marzo de 1958, es la misma que la 1.474, cuyo comprador de ésta, en lugar de reanudar su tracto registral, la configuró como nueva finca, invirtiendo sus linderos, y la inscribió como nueva finca, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y dado que ésta tiene una extensión superficial, según la inscripción del Registro, que excede de la primera en doscientos cuarenta metros, que es lo que constituye únicamente el objeto de la reivindicación, lo que el demandante había de probar, a los efectos de acreditar la concurrencia del primero de los requisitos—justo título de dominio—, es que esa extensión territorial que reclama, y en la que se encuentran las edificaciones de los demandados, se halla comprendida dentro de los linderos de la finca que comprende su título, circunstancia ésta necesaria para justificar su condición de propietario, sin duda alguna que pueda ponerla en tela de juicio, y de todo punto necesaria dada la pretensión deducida en orden a privar de su posesión a quienes actualmente la ostentan, pues ha de estimarse improcedente la reivindicación de inmuebles cuando se desconoce si éstos se hallan o no incluidos en el título en que la acción se funda.»

«Considerando que a la vista de lo anteriormente expuesto, es evidente que al declarar la sentencia objeto del recurso que no aparece probada la inclusión del terreno reivindicado en el título que sirve de base a la acción ejercitada, por no aparecer concretado el lindero del frente de la finca, que el demandante, hoy recurrente, fija en una línea imaginaria no coincidente con la del límite de nivel, que era el que tenía la finca 1.474, y que según los demandados es el que corresponde a la 8.395 que el título comprende, pues se adelanta por el terreno en el que están sitas diversas edificaciones, sin determinar la línea donde su pretendida propiedad termina, es indudable que, contrariamente a lo que el recurrente arguye en este motivo del recurso, no ha existido confusión alguna por parte del Tribunal de instancia, pues la concreción y determinación de si el terreno que se reclama está o no comprendido en el título, para lo que es necesario fijar la extensión, cabida y linderos de la finca, afecta y hace referencia al requisito del justo título de dominio, cuya existencia, como primer requisito, ha de probar quien pretende reivindicar un bien inmueble, más aún cuando se estimase, como el recurrente afirma, que esa determinación afecta al requisito de la identidad, tampoco resultaría infringido, por la errónea interpretación que a la Sala sentenciadora se atribuye, el párrafo segundo del citado artículo 348, pues la viabilidad de la acción que en él se concede precisa necesariamente la concurrencia de los tres requisitos anteriormente mencionados, y si quien la ejercita no determina cuál sea en su realidad física el terreno o porción de éste que trata de reivindicar, y que el mismo se halla comprendido en el título en que pretende amparar su derecho, es indudable que no ha cumplido con las exigencias que el ejercicio de la acción requiere, sea esta falta de

prueba y determinación atinente al título o a la identidad, pues la falta de uno solo de los requisitos exigidos basta para denegar la pretensión reivindicativa, y siendo ésta una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde al juzgador de instancia, sólo combatible por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no haberlo hecho así ha quedado incólume la declaración que la sentencia recurrida hace en orden a no haberse justificado que el terreno que se pretende reivindicar se halle comprendido en la escritura de compraventa, documento básico de la acción ejercitada, lo que obliga a desestimar este motivo del recurso.»

«Considerando que, como motivos tercero y cuarto, cuyo examen conjunto procede, se aduce—en el primero de ellos—infracción por violación, por inaplicación de los artículos primero, párrafo tercero, inciso primero, y 38, y en el segundo, infracción, por igual concepto, del artículo 34, todos ellos de la Ley Hipotecaria, así como de la doctrina legal que los interpreta, motivos ambos que han de rechazarse por cuanto la aplicación de tales preceptos legales al caso enjuiciado en la litis que ha dado origen al presente recurso resulta absolutamente improcedente, habida cuenta de que la inscripción registral del título de dominio presentado por el actor como base de su demanda, no ha sido atacada, ni tampoco ha sido negada la efectividad presuntiva que de los artículos primero y 38 de la referida ley deriva en orden al dominio de los inmuebles inscritos en favor del titular de la inscripción, pues la sentencia impugnada no contradice esa presunción, sino que se limita a declarar la no justificación, que al demandante incumbía, de que el título que originó la inscripción, dada la indeterminación de uno de los linderos de la finca, comprenda los trescientos cuarenta metros que reclama, sin que igualmente se haya dado el supuesto—anulación del derecho del vendedor de la finca inscrita—que el artículo 34 de la misma ley requiere para su aplicación.»

«Considerando que igual suerte desestimatoria ha de merecer el quinto de los motivos, en el que se alega infracción, a causa de violación por inaplicación, de los artículos 35 de la Ley Hipotecaria y 1.957 del Código Civil, en relación con la doctrina legal interpretativa del párrafo segundo del artículo 348 de dicho Código, pues la prescripción adquisitiva del dominio, que como título para reivindicar también aduce el recurrente, tampoco aparece acreditado se haya producido, pues, como declara la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 11 de noviembre de 1969, 22 de junio de 1972 y 3 de octubre de 1974), en nuestro Derecho hipotecario no se admite de forma pura la usucapión *secundum tabulas*, fundada exclusivamente en la inmatriculación registral, por requerirse también la posesión efectiva del derecho real que se trate de adquirir, sin que sea suficiente con la presunción derivada de la legitimidad registral, pues se trata de una presunción *juris tantum* susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario, y en el caso presente la sentencia impugnada declara de manera expresa que no se prueba, sino más bien lo contrario, que los titulares anteriores de la finca ocuparan el terreno que hoy se reivindica, pues ni siquiera puede decirse que llegara al mismo, no existiendo tampoco prueba adecuada y suficiente que justifique la posesión por el actor en época anterior a la del Ayuntamiento demandado, declaración que, como cuestión de hecho que es, hay que respetar al no haber sido contradicha por el adecuado cauce legal; y la desestimación de este motivo con-

duce necesariamente a la del sexto y último, en el que se acusa infracción por violación, motivada por su inaplicación, de la doctrina legal que contienen las sentencias que menciona, por estimar que al recurrente compete la acción publiciana que subsidiariamente ha ejercitado para que se le reconociese la posesión civil de la cuestionada finca frente a los demandados, poseedores sin título, pues no acreditado que aquél ni sus antecesores hayan tenido la posesión civil ni título con relación a la zona de terreno a que la acción afecta, no existe la base necesaria para el pronunciamiento que, con relación a este mejor derecho a poseer, solicita en su demanda.»

EFFECTOS DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: NO AFECTA A LOS ACTOS ADQUISITIVOS DE FECHA ANTERIOR A LA MISMA, AUNQUE SE TRATE DE ACTOS NO INSCRITOS EN EL REGISTRO Y PENDIENTES DE RATIFICACION, HABIENDOSE PRODUCIDO ESTA TAMBIEN CON ANTERIORIDAD A LA ANOTACION. EL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA NO SE APLICA A LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1978).

Hechos.—La entidad «Iberhens, S. A.», interpuso demanda de tercería de dominio contra ejecutante y ejecutado en procedimiento ejecutivo que dio lugar al embargo de una finca rústica en el término de Alcalá de Guadaira, que la sociedad actora había adquirido por compra con anterioridad a la anotación preventiva de embargo. Suplica se dicte sentencia por la que se declare que «Iberhens, S. A.», es dueña en pleno dominio y con anterioridad al embargo de la finca rústica expresada, mandándose alzar y cancelar dicho embargo.

Se contesta a la demanda oponiendo que en la escritura pública de adquisición de la finca por la actora, se hizo por persona que no justificó la representación de la sociedad y que dicha escritura no se inscribió en el Registro de la Propiedad y, en cambio, el embargo causó la correspondiente anotación preventiva.

El Juez de Primera Instancia número tres de Sevilla dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada por lo siguiente:

«Considerando que las presentes actuaciones traen causa de una tercería de dominio ejercitada por la sociedad mercantil que ahora figura como recurrida, en cuya tramitación en la instancia quedaron acreditados los siguientes datos de hecho, después de apreciarse en su conjunto todas las pruebas practicadas: Don Antonio L. Portillo (demandado en su día, que fue declarado en rebeldía), que era propietario de una finca rústica denominada 'El Caballo', en el sitio del Arroyo del Cerrero, del término de Alcalá de Guadaira, inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad, la vendió por escritura pública de 12 de noviembre de 1973 a la sociedad que instó la tercería—que, según se ha dicho, es ahora recurrida—, escritura

que sin llegar a tener constancia registral fue complementada, de un lado, con la ratificación de la esposa del vendedor, efectuada asimismo con escritura pública de 29 de diciembre del propio año, y de otro, con la también ratificación de la empresa compradora, acreditada igualmente con escritura pública de 4 de enero de 1974, confirmada, a su vez, con la aprobación unánime de la Junta General de Accionistas de 10 de mayo, también de 1974, que tuvo igual documentación pública; después de la venta, y como consecuencia de un crédito que la entidad recurrente tenía frente al vendedor y que resultó impagado, inició frente a éste un juicio ejecutivo en el que recayó mandamiento de embargo sobre la finca vendida, por auto del Juzgado de 11 de julio de 1974, del que se obtuvo la pertinente anotación preventiva en el Registro el 28 de septiembre de este año; operaciones y fechas que sirvieron de base a la sentencia de primer grado para estimar totalmente la demanda, con decisión que confirma la actualmente recurrida, contra la que se alzan los dos motivos de que consta el recurso, que plantean, respectivamente, el problema del significado y alcance de la anotación preventiva de embargo y de la validez jurídica del contrato de compraventa realizado, que por razones de sistemática, atendida su intrínseca naturaleza deben ser analizados en orden inverso a aquel en que se formulan.»

«Considerando que en el segundo de los motivos indicados, amparado en el número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impugna la referida validez de la venta efectuada el 12 de noviembre de 1973, denunciando la violación del 1.262 del Código Civil, por entender que si bien la primitiva falta de licencia *uxoris* se complementó con la posterior escritura mencionada de 29 de diciembre de 1973; en cambio, quien intervino en nombre de la sociedad compradora carecía entonces de poder para hacerlo, puesto que el necesario apoderamiento no se otorgó, según también se ha expuesto, hasta el día 4 de enero de 1974, lo que, sosteniendo que carece de efectos retroactivos, impide que pueda afirmarse la concurrencia de la aceptación indispensable, a tenor del artículo cuya violación se alega; motivo que no puede ser estimado al carecer de todo fundamento la denuncia que contiene porque olvida que siendo cierto que, según el artículo 1.259 del Código, nadie puede contratar en nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin tener por ley su representación legal, no lo es menos que en su párrafo segundo se añade que 'el contrato a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación será nulo a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue, antes de ser revocado por la otra parte contratante', que fue justo lo que aquí ocurrió al modo resultante de los hechos declarados probados en instancia y no desvirtuados en este trámite, en cuanto que la ratificación tuvo lugar, sin que hubiese mediado revocación alguna antes que se dictase el mandamiento de embargo, con la inevitable eficacia retroactiva al momento de la celebración del contrato, no pudiendo admitirse la alegación fáctica hecha por la vía procesal empleada de que dicha ratificación no llegó por escrito a conocimiento del vendedor, y sin que a todo ello se oponga la normativa de los artículos 1.309 y 1.310, relativos a la confirmación de los contratos anulables, porque al producirse la ratificación en la forma y tiempo indicados, ajustándose a lo exigido en el artículo 1.311, sin que por ninguno se hubiese ejercitado la acción de nulidad, se produce la extinción de ésta y la consiguiente purificación del contrato de los vicios de que

adoleciere, de acuerdo con lo establecido en el 1.309, en relación con el 1.313, todos ellos de nuestro primer Código sustantivo.»

«Considerando que el primero de los motivos formulados, y también por el cauce del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se refiere al significado y alcance de la anotación preventiva de embargo consiguiente a una decisión judicial, alegándose como infringidos, por violación, el artículo 34, y por aplicación indebida, el 44, ambos de la Ley Hipotecaria; motivo que debe correr igual suerte adversa que el precedente porque si, según ha quedado expuesto, la compraventa de 1973 es perfecta y válida, que llevó consigo incluso la transmisión de la posesión, a virtud del juego de la tradición instrumental del párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil, sin que a ello se oponga su no inscripción en el Registro de la Propiedad, habida cuenta el sistema vigente al respecto en nuestro ordenamiento, es inquestionable que la compradora que insta la tercería, no habiendo duda alguna respecto de la identificación de la finca, reúne a su favor los requisitos y condiciones requeridos para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria en que, en definitiva, se sustancia la tercería de dominio—de acuerdo con la conocida por reiterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo—, y que las titularidades crediticias que existan frente al vendedor, a los efectos de su repercusión sobre el bien enajenado, tendrán que acomodarse, a tenor del artículo 44 de la Ley Hipotecaria, a las reglas del artículo 1.923 del Código—que, por tanto, fueron debidamente aplicados—cuando logren, como sucedió en este caso, el aseguramiento de la anotación, que al ser posterior en el tiempo—con independencia de la naturaleza jurídica que se asigne a la figura—habrá de ceder, por imperativo de la normativa civil que es de aplicar en estos supuestos frente a la meramente registral, ante las situaciones sustantivas materiales surgidas con anterioridad a la misma; todo lo cual es ajeno por completo al principio de la fe pública contenido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que se dice violado y que con razón no fue tenido en cuenta por los juzgadores de instancia, puesto que se refiere, como es bien sabido, no al valor de cualquier asiento registral, sino tan sólo a las adquisiciones a título oneroso por tercero de buena fe, de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, lo que, como fácilmente se comprende, nada tiene que ver con la anotación preventiva que en este caso se discute; aparte de que el alegato no fue hecho en el momento oportuno del pleito precedente, constituyendo, por tanto, una cuestión nueva, que como tal, y a virtud de lo establecido en el número cinco del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene vedado su acceso a la casación.»

COMENTARIO.—Esta sentencia confirma la doctrina reiterada de que las anotaciones preventivas de embargo no afectan a los actos adquisitivos anteriores a ellas, aunque no estén inscritos en el Registro, pues se ocupa de un caso en que tanto el acto inicial pendiente de ratificación, como la ulterior ratificación, se produjeron con anterioridad a la fecha de la anotación de embargo, y ante tal supuesto declara ineficaz la anotación preventiva de embargo.

La solución parece clara a la vista del artículo 44 de la Ley Hipotecaria y del 1.923 del Código Civil, pues si la anotación de embargo sólo tiene efectos respecto a los créditos posteriores, la misma idea hay que aplicar, y con

mayor razón, respecto a los actos adquisitivos, pues éstos son de mayor fuerza y efecto que los créditos.

Ahora bien, lo que no acaba de ser convincente es el razonamiento de la sentencia respecto a la cuestión de si el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es o no aplicable al que obtiene una anotación preventiva de embargo. En lugar de centrarse en esa distinción entre actos anteriores o posteriores a la misma, tal como resulta de los citados artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código Civil, dice de modo tajante y sin más matizaciones que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria nada tiene que ver con el anotante de embargo, puesto que no es un adquirente a título oneroso. Pero esto no lo podemos aceptar sin más, pues sabido es que la anotación de embargo tiene naturaleza similar a una hipoteca judicial, lo cual implica la adquisición de una garantía sobre la finca como consecuencia de las deudas del titular registral. Como decía ROCA SASTRE en la quinta edición de su obra: «En las anotaciones preventivas de embargo, o sea, en las de tipo constitutivo, cabe, con cierto esfuerzo, atribuir al acreedor anotante la condición de tercero protegido registralmente, viendo en el embargo una especie de derecho de hipoteca legal de constitución judicial». No importa, a estos efectos que a continuación añadiera lo siguiente: «Pero incluso así, se tratará de un tercero protegido tan sólo respecto de las enajenaciones y actos jurídicos realizados con posterioridad a la anotación por el propietario anotado, con lo cual la protección registral es bien poca».

En nuestra opinión, hay una diferencia conceptual importante, según se mantenga el criterio de esta sentencia o el de ROCA SASTRE. Según la sentencia, el artículo 34 de la ley es por completo extraño a las anotaciones preventivas de embargo; según ese párrafo de ROCA SASTRE, el artículo 34 se aplica a tales anotaciones, si bien sólo en relación con los actos posteriores a ellas; pero se observará que no cabría alegar la nulidad o resolución del titular registral por causas posteriores a la anotación de embargo para desvirtuar ésta.

Entendemos que el criterio de esta sentencia es inadecuado y hubiera podido llegar a la misma conclusión práctica pretendida manteniendo simplemente que los actos adquisitivos anteriores a la anotación afectan a ésta, sin necesidad de excluir la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria diciendo que el anotante no es un adquirente a título oneroso, pues respecto a actos posteriores el anotante adquiere un derecho de constitución registral similar a la hipoteca.

Otros aspectos de esta sentencia que merecen destacarse son los que hacen referencia a la figura de la ratificación, sobre todo en relación con los conceptos de confirmación y de aceptación del negocio jurídico.

Respecto a la relación entre ratificación y confirmación, la presente sentencia no tiene ocasión de señalar sus diferencias. Pero aunque cite los artículos 1.309, 1.310, 1.311 y 1.313 del Código Civil aplicándolos al supuesto de ratificación, ello no puede significar que los confunda, sino que ciertos preceptos pensados para la confirmación pueden ser también aplicables a la ratificación. No obstante, pensamos que debería haberse hecho alguna matización para evitar que pudiera pensarse que los preceptos relativos a la confirmación pueden ser aplicados indistintamente a la ratificación. En este sentido, hay que tener en cuenta que la ratificación la hace quien no fue parte en el contrato, y, en cambio, la confirmación la hace quien fue parte en un contrato viciado por causa de anulabilidad. La confirmación

tiene pleno efecto retroactivo, según opinión dominante, conforme al artículo 1.313 del Código Civil. En cambio, la ratificación sólo tiene efecto retroactivo *inter partes* y en beneficio de tercero, pues no perjudica a terceros que adquirieron en el interin, por lo cual el artículo 1.313 no puede ser aplicado sin más a la ratificación.

En cuanto a la relación entre aceptación del contrato y ratificación, la sentencia puntualiza acertadamente que no es necesario que la ratificación llegue por escrito a conocimiento del vendedor, a diferencia de lo que interpretaba el recurrente, que confundía una y otra figura. Y es acertada la sentencia porque la ratificación es una declaración unilateral que se perfecciona y perfecciona el negocio pendiente de ella, desde que se produce, aunque no se notifique a la otra parte contratante, pues el artículo 1.259 del Código Civil sólo exige que la ratificación tenga lugar antes de la revocación del contrato por la otra parte. Por ello, una vez que tenga lugar, ya no puede ser revocado el contrato, y si es así, es que es firme y perfecto, sin más requisitos.

En cambio, el recurrente parte de que el contrato a nombre de otro sin poder viene a ser una oferta de contrato por *dominus*, por lo que no existe consentimiento hasta que se acepte esa oferta y notifique su aceptación al oferente, conforme al artículo 1.262 del Código Civil.

En relación con esta posición, hay que decir que, efectivamente, hay algunas teorías que tratan de explicar la ratificación desde esa misma perspectiva, a pesar de lo cual no existe base suficiente dentro de nuestro sistema para compartirlas. NÚÑEZ LAGOS, en su interesante estudio acerca de *La ratificación*, nos recuerda la teoría de la oferta diciendo que, según esta teoría, «el negocio representativo no existe antes de la ratificación»; «es sólo una oferta»; «el tercero, por medio del gestor, hace una oferta del *dominus*», y «la ratificación no es más que una aceptación de la oferta», añadiendo que «es la teoría iniciada por WACHTER y patrocinada por HELLMANN». También expone la llamada teoría de la inexistencia, según la cual «antes de la ratificación el negocio es totalmente inexistente», y que NÚÑEZ LAGOS también rechaza.

El defecto de estas teorías es que no se adaptan al sistema positivo español, en el que se distinguen perfectamente las figuras de la aceptación y de la ratificación. El artículo 1.262 se refiere a la aceptación, y el párrafo segundo del 1.259 contempla la ratificación. Aquella completa el negocio y contribuye a la formación del consentimiento, al ser éste el curso de la oferta y de la aceptación; la ratificación es una declaración unilateral, como hemos dicho, que se yuxtapone a una oferta y aceptación ya producidas por quienes celebraron el contrato que luego se ratifica.

Esta diferenciación entre aceptación y ratificación es importante en consecuencias prácticas, pues la ratificación no requiere que se notifique la misma al *dominus*. La cuestión se ve más clara a propósito de las donaciones. Si en la escritura de donación comparecen el donante y una persona que actúa a nombre del donatario sin poder de éste, la aceptación de la donación ya se ha producido y sólo falta que tenga lugar la ratificación, por aplicación del párrafo segundo del artículo 1.259 del Código Civil. En cambio, si comparece únicamente el donante y hace la donación unilateralmente, ésta queda pendiente de la aceptación del donatario, según el artículo 633, párrafo segundo, del Código Civil. No obstante, hay que reconocer que el artículo 631 introduce alguna confusión entre ambas figuras,

pues dice que «las personas que acepten una donación en representación de otras que no puedan hacerlo por sí, estarán obligadas a procurar la notificación y anotación de que habla el artículo 633». Pero parece que este precepto se debe referir a la aceptación de la donación hecha a favor de incapaces y no a la aceptación realizada en representación de persona que no dio autorización para ello. Desde esta perspectiva, el artículo 631 sería un artículo relativo a la aceptación misma y no a la donación aceptada pendiente de ratificación, aplicándose a esta última el párrafo segundo del artículo 1.259 del Código Civil, en la forma dicha.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

DIVISIBILIDAD DE MONTE DE UTILIDAD PUBLICA ENTRE LOS DOS AYUNTAMIENTOS COPROPIETARIOS. TAL DIVISION, CUANDO SE PLANTEA JUDICIALMENTE, NO REQUIERE AUTORIZACION DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA. NO HABIENDOSE SEÑALADO EN LA PROVINCIA DONDE RADICA EL MONTE LA UNIDAD MINIMA INDIVISIBLE, NO CABEN RESTRICCIONES A LAS FACULTADES DE LOS CONDOMINOS PARA INSTAR LA DIVISION. LA INDIVISIBILIDAD DEL MONTE HA DE RESULTAR DE UN SUSTANCIAL DESMEMBRAMIENTO POR SU DIVISION Y NO POR RAZONES PURAMENTE ADMINISTRATIVAS (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1978).

Hechos.—El Ayuntamiento de Montenegro de Cameros interpone demanda contra el Ayuntamiento de Villoslada de Cameros, ante la imposibilidad de conseguir de forma amistosa la división del monte comunero sito en la provincia de Logroño, suplicando se dicte sentencia por la que se declare: a) Que las partes de este juicio no están obligadas a permanecer en comunidad en relación con dicho monte. b) Ser divisible en las partes que determine la prueba pericial que en su día se practicará. c) Se condene a la Corporación de Villoslada de Cameros a pasar por la división que se lleve a efecto, recibiendo la parte que de acuerdo se fije o, en otro caso, la que por sorteo les corresponda.

El Ayuntamiento de Villoslada se opone señalando, en primer término, que el Ayuntamiento de Montenegro sólo tiene en el monte el derecho de pastos; además, alega que el monte resulta indivisible físicamente y también lo es administrativamente.

El Juez de Primera Instancia de Logroño número uno dictó sentencia estimando la demanda, condenando al Ayuntamiento de Villoslada a pasar por la división que se efectúa, recibiendo la parte que le corresponda. Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

El Ayuntamiento de Villoslada interpone recurso de casación por infracción de ley, y concretamente por aplicación indebida del artículo 400, párrafo primero, del Código Civil, ya que al ser monte catalogado de utilidad pública, se requiere para la división la previa autorización administrativa del Ministerio de Agricultura, y por violación del párrafo primero del ar-

título 401, en relación con el 404, ambos del Código Civil, ya que del informe pericial unido a los autos resultan las razones que desaconsejan la división del monte, siendo procedente la adjudicación a uno de los copropietarios, indemnizando al otro, o bien, la venta en pública subasta.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que resuelto en la instancia que las partes en el proceso no están obligadas a permanecer en comunidad, por lo que al monte 'comunero', sito en jurisdicción de Villoslada de Cameros, se refiere, y que el referido monte 'comunero' es divisible, condenando al Ayuntamiento de Villoslada de Cameros a pasar por la división que se efectúe, recibiendo la parte que le corresponda, el motivo primero del recurso es desestimable por hacer supuesto de la cuestión, al denunciar únicamente, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la aplicación indebida del artículo 400, párrafo primero, del Código sustantivo y la doctrina legal correspondiente, dejando en pie la fundamentación de la sentencia recurrida al considerar que la autorización del Ministerio de Agricultura no se precisa para efectuar la división de un monte catalogado de utilidad pública, como pretende la parte demandada—hoy recurrente—, ya que el artículo 188 del Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962, en que se apoya, se refiere únicamente a los expedientes de división en los que las partes se hallen de acuerdo, y así lo entendió el propio Ministerio de Agricultura en resolución de 15 de marzo de 1973, dictada precisamente a instancia del Ayuntamiento de Montenegro de Cameros para conseguir la división del monte 'comunero', y esta interpretación resulta avalada por el artículo 60 del mencionado Reglamento, al establecer que la oposición expresa o tácita, en los pleitos sobre propiedad, de la entidad propietaria, deja expedita la vía judicial, situación que se dio en el expediente de referencia, como se declara en el mismo y que dio lugar a que no prosperara la división pretendida (considerando segundo del Juzgado y primero de la Audiencia).»

«Considerando que el motivo segundo vuelve a incurrir en la misma petición de principio al denunciar la violación de lo dispuesto en el artículo 401, párrafo primero, en relación con el 404, ambos del Código Civil, y doctrina legal aplicable, pues frente a lo declarado por la sentencia recurrida, con base en que el párrafo segundo del artículo 188, en relación con el artículo cinco de la Ley de Montes, y párrafo primero del citado artículo del Reglamento, se deduce que sólo puede ser denegada la aprobación de la división cuando las parcelas de monte resultantes sean inferiores a la unidad mínima de monte, pues la interpretación contraria iría contra el principio de jerarquía de las normas, al introducirse por una norma reglamentaria un requisito que iría contra lo que establece el artículo cinco de la ley en su párrafo segundo, que determina como única limitación a la libre facultad que a los comuneros concede el artículo 400 del Código Civil para pedir la división de la cosa común, el que la extensión de las parcelas resultantes sea superior a la que se considera suficiente para una explotación racional del monte (considerando primero de la Audiencia, última parte); que al no haberse señalado para la provincia de Logroño, donde está situado el monte 'comunero' cuya división se pretende, la unidad mínima

del monte indivisible, no existe precepto, en consecuencia, alguno administrativo que imponga restricciones a las facultades que a los condóminos otorga el artículo 400 del Código Civil (considerando segundo de la Audiencia); y que del informe pericial emitido no se deduce la indivisibilidad del monte cuestionado, toda vez que las razones alegadas por el perito para desaconsejar la división se refieren a razones puramente administrativas, como son la necesidad de un retoque en la ordenación del actual monte 141, denominado 'Monte Madres', en el que está enclavado, pero no hacen abrigar la convicción de un sustancial desmerecimiento de las parcelas resultantes tras la división, que permita sustentar la tesis de la indivisibilidad del monte, y así implícitamente lo reconoce el perito, al establecer incluso una posibilidad de proyecto para una equitativa división del mismo (considerando tercero de la Audiencia), y la divisibilidad, cuando de fincas se trata, es *quaestio facti* de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora (sentencias de 14 de junio de 1895, 22 de junio de 1904, 25 de noviembre de 1932, 5 de octubre de 1961 y 28 de septiembre de 1966), procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.»

RETRACTO DE COLINDANTES EXISTIENDO DOCUMENTO PRIVADO Y POSTERIOR ESCRITURA PUBLICA DE VENTA. PREVALECE EN ESTE CASO EL PRECIO INFERIOR QUE CONSTA EN EL DOCUMENTO PRIVADO PRIMERAMENTE OTORGADO. COMPUTO DE PLAZO DEL RETRACTO DESDE EL CONOCIMIENTO DE LA VENTA, CUANDO NO HAY INSCRIPCION. CONSUMACION DE LA VENTA: EL RETRACTO REQUIERE LA PUESTA EN POSESION, REAL O SIMBOLICA (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1978).

Hechos.—Don Rogelio S. Alejandro presentó demanda contra don Agustín H. Alemán, sobre retracto de finca rústica, alegando que el demandado compró por documento privado una finca inferior a una hectárea lindante con la del actor y que para conocer los términos de la compraventa citó a juicio de conciliación al demandado, quien manifestó que efectivamente había comprado la finca, pero negó que hubiera sido por documento privado y que fue por escritura pública de fecha 23 de diciembre de 1975, en la que consta el precio de 500.000 pesetas; que con posterioridad a dicho juicio, el actor tuvo conocimiento de que efectivamente el demandado había comprado la referida finca mediante documento privado de fecha 23 de octubre de 1975, por precio de 8.000 pesetas, presentado a liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en la Oficina Liquidadora de Telde, de lo que se desprende, según el actor, que la posterior escritura pública no obedece a otra cosa que a una confabulación para burlar el derecho de retracto. Suplica se dicte sentencia declarando que el actor tiene derecho a retraer la finca, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato privado de compraventa, a cuyo efecto se condenará al demandado a otorgar a favor del actor escritura de subrogación en su lugar, por el precio de 8.000 pesetas y cuantas cantidades tenga derecho a percibir.

El demandado contesta alegando la escritura pública de compra, que debe prevalecer sobre el documento privado, y que la acción ejercitada es extemporánea, impugnando expresamente el contenido y autenticidad de los documentos presentados por el actor.

El Juez de Primera Instancia de Telde dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la sentencia objeto del recurso, aceptando, sin salvedad alguna, los considerandos de la de primer grado, al mismo tiempo que por la apreciación y valoración que en ella se hace de la prueba practicada en el pleito, declara expresamente como hechos probados que concurren en el actor todos los requisitos esenciales y básicos que exige el artículo 1.523 del Código Civil, que le legitiman para el ejercicio de la acción de retracto de colindantes, que al amparo de dicho precepto legal en la demanda ha ejercitado, respecto a la finca rústica que en ésta se describe, y que por dicho retrayente se han cumplido todas cuantas obligaciones le imponen los artículos 1.524 y 1.518 del mencionado Código sustantivo, y el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, indispensables para el válido ejercicio del derecho a retraer, siendo destacar, por haber sido los más discutidos en la litis, entre referidos hechos que la resolución impugnada declara probados, los de que la extensión superficial de la finca retraída no excede de una hectárea y que la cantidad de ocho mil pesetas, consignada como precio de venta de la misma, es el verdadero por ser el que como tal se hizo constar en el documento privado, de 23 de octubre de 1975, por el que la compraventa de la finca se llevó a efecto entre su propietario y el demandado comprador, y que fue objeto de liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.»

«Considerando que frente a la sentencia del Tribunal de instancia, que, confirmando la de primer grado, estimó la demanda, se alza el presente recurso integrado por cinco motivos, el primero de los cuales, apoyado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa error de hecho en la apreciación de la prueba, en que se afirma ha incurrido el juzgador, y que resulta de los documentos que como auténticos menciona y que, según el recurrente, evidencian la equivocación de aquél, motivo que ha de perecer por cuanto ninguno de tales documentos—certificación del acto de conciliación de 12 de enero de 1976, escritura pública de compraventa de 23 de diciembre de 1975, comunicación del Banco Central y plano de medición de la finca objeto del retracto—pueden calificarse como auténticos a los efectos de casación, en la que únicamente pueden ser aceptados como tales aquellos que por sí solos, sin necesidad de otros elementos probatorios ni de interpretación o deducciones que de ellos puedan establecerse, hagan prueba y aparezca de ellos, de una manera clara y patente, el error denunciado, y estas características no reúnen los alegados por el recurrente, aparte de que todos ellos han sido examinados e interpretados por la Sala sentenciadora de instancia, atribuyéndoles el valor que a los efectos decisorios del pleito podían tener, y partiendo de los mismos y en unión de las demás pruebas apreciadas, ha fijado su trascendencia en el orden jurídico a los fines decisorios del controvertido retracto objeto del pleito del que este recurso dimana.»

«Considerando que el segundo motivo, con base también en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, denuncia error de dere-

cho en la apreciación de la prueba documental que obra en los autos, y su desestimación resulta obligada, pues se comete el error de derecho cuando se infringe un precepto legal, valorativo de un determinado medio probatorio, no reconociendo la eficacia que la ley le otorga, o sea, que existe aquél cuando el juzgador de instancia vulnera un precepto legal como norma preestablecida de obligado acatamiento, a la que haya de ajustarse al apreciar la prueba, lo que hace necesario, como reiterada doctrina jurisprudencial tiene establecido—sentencias, entre otras, de esta Sala de 28 de noviembre de 1961, 28 de mayo de 1965, 17 de diciembre de 1969, 17 de marzo de 1975 y 26 de octubre de 1977—, que para demostrar el error de derecho en la apreciación de la prueba se requiera citar la norma legal referente a la prueba que se haya infringido, así como precisar con claridad el concepto en que lo haya sido, requisitos éstos totalmente incumplidos por el recurrente, incidiendo así en la causa de inadmisión del número cuarto del artículo 1.729, por contrariar la exigencia del de precisión que requiere el 1.720, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en el presente momento procesal decisorio lo es de desestimación.»

«Considerando que como tercer motivo se alega, al amparo del número primero del ya citado artículo 1.692 de la Ley Rituaria, infracción por interpretación errónea del artículo 1.524 del Código Civil, en relación con el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que, a falta de inscripción en el Registro de la Propiedad del título traslativo del dominio, el plazo para ejercitar la acción de retracto ha de contarse a partir de la fecha de la escritura de venta, que en este caso lo es la de 23 de diciembre de 1975, por lo que al presentar el actor su demanda de conciliación el 7 de enero siguiente, y al formular la de retracto el 15 del propio mes, se había superado el plazo de nueve días exigibles para el ejercicio de la acción; mas al razonar de esta manera olvida el recurrente que según jurisprudencia, que por lo reiterada y conocida de todos resulta ocioso citar, el artículo 1.524 del Código Civil, posterior a la Ley de Trámites, ha derogado el artículo 1.618 de la misma, en cuanto se refiere al plazo para ejercitar la acción de retracto, por lo que desde la promulgación del Código sustantivo el término de nueve días se contará solamente desde la fecha de inscripción de la venta de la finca en el Registro de la Propiedad o, si no fuere inscrita, desde el día en que el retrayente hubiese tenido noticia de dicha compraventa, y como la sentencia impugnada declara que el demandante tuvo conocimiento de la venta, que no fue inscrita en el Registro, el 7 de enero de 1976, al interponer la demanda el día 15 del propio mes es visto que no habían transcurrido los nueve días que, como plazo fatal, improrrogable y de caducidad, señala el referido artículo 1.524 del Código Civil, toda vez que el recurrente no ha probado que ese conocimiento lo hubiera tenido aquél en fecha anterior en más de nueve días, límite máximo para el válido ejercicio de la acción, todo lo cual obliga a desestimar dicho motivo tercero del recurso.»

«Considerando que en cuanto al motivo cuarto, que, como el que precede, tiene su base en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y denuncia infracción por interpretación errónea del artículo 1.521, relacionado con los 1.462 y 1.450 del Código Civil, ha de merecer igual suerte desestimatoria que los anteriores, pues es verdad que el ejercicio de toda acción de retracto viene condicionado a que el contrato por el que onerosamente se transmita la propiedad de la finca haya sido

consumado, y así lo tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala—sentencias, entre otras, de 2 de junio de 1950, 5 de febrero de 1952 y 1.º de abril de 1962—, al decir que la acción de retracto nace, dada su naturaleza real, en el momento en que el adquirente de la finca entra en posesión de la misma mediante su entrega real o simbólica, pues hasta entonces no se lesiona el preferente derecho del que retrae; pero también es cierto que en el caso objeto de este recurso, tal exigencia aparece plenamente cumplida, por cuanto si la escritura pública de compraventa—tradición simbólica, según el citado artículo 1.462—se otorgó en 23 de diciembre de 1975, la demanda no se presentó hasta el 15 de enero de 1976, sin que, por otra parte, ello suponga, como el recurrente pretende al desarrollar el motivo, que la subrogación del retrayente haya de producirse en las mismas condiciones que en dicha escritura constan, pues la resolución impugnada declara que el retracto se ejercitó con base en el contrato privado de 23 de octubre de 1975, y que el objeto del otorgamiento del mencionado instrumento público no fue otro que el de constatar la voluntad de transmisión dominical a favor del comprador y la entrega simbólica de la finca, conforme al citado artículo 1.462; mas siendo el precio verdadero el estipulado en el primer contrato, el cual establece una presunción legal que determina la fecha de entrega en los casos de compraventa de un inmueble, pero que no obsta a que tal puesta en posesión en que dicha entrega consiste se haya anteriormente producido, como en el presente caso acontece, ya que con el referido documento privado—base del retracto—se hizo entrega de la finca al comprador, como expresamente así se hace constar en su estipulación cuarta, en la que se dice, según el tenor literal de la misma: 'Mediante el presente acto, el comprador entra en posesión del inmueble enajenado a su favor'.

«Considerando que el Tribunal sentenciador de instancia, como ha quedado expuesto, expresamente declara que la venta válida a los fines del retracto es la llevada a efecto por el tan mencionado documento privado de 23 de octubre de 1975, y que el precio real a tener en cuenta lo es el de 8.000 pesetas señalado en él, por lo que al consignar el retrayente esta suma, más otra igual para pago de gastos del contrato y demás que sean de legítimo abono, cumplió con el requisito que el artículo 1.518 del Código Civil, relacionado con el número segundo del artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exige para ejercitar válidamente su acción contractual, y al oponerse a ello el recurrente, por estimar que es la de 500.000 pesetas la que debió ser objeto de la consignación, por ser ésa la correspondiente al precio de la compraventa, según la anteriormente aludida escritura pública de 23 de diciembre de 1975, hace supuesto de la cuestión pretendiendo que su particular y subjetivo criterio prevalezca frente al más autorizado, objetivo e imparcial del juzgador, lo que no le es lícito, pues sabido es el respeto que han de merecer los hechos que la sentencia, objeto del recurso, declara probados, los que únicamente cabe combatir por la única vía utilizable al efecto, cual es la del número séptimo del artículo 1.692 de la citada Ley Rituaria, por lo que resulta forzosa la desestimación del quinto y último de los motivos, amparado en el número primero del artículo 1.692, antes dicho, por no existir la infracción que, por violación del referido artículo 1.518 del Código Civil, en el mismo se denuncia.»

COMENTARIO.—Esta sentencia contiene una serie de declaraciones de especial interés a propósito de un supuesto de retracto de colindantes.

En primer lugar, confirma de modo claro, y terminante que para el ejercicio de la acción de retracto no basta que se haya perfeccionado el contrato de compraventa, sino que se exige que se haya consumado por la tradición. Así resulta de las sentencias de 2 de junio de 1950, 5 de febrero de 1952 y 1.º de abril de 1962, que cita la presente. Hace ya tiempo que nos ocupamos de esta cuestión, con ocasión del comentario de las sentencias de 27 de noviembre de 1969 (núm. 478 de esta *Revista*, año 1970, pág. 791) y de 18 de noviembre de 1971 (núm. 489, año 1972, pág. 417), al plantearnos si estas dos sentencias se oponían a esa idea de que no basta para el retracto la existencia del contrato, sino que se exige tradición. La conclusión a la que llegábamos es que dichas sentencias no contenían doctrina a ese respecto, pues su *ratio decidendi* no se centraba en ese problema, por lo que había que prescindir de los *obiter dicta* que pudieran oscurecer la cuestión. Desde esas fechas estábamos esperando una sentencia cuya *ratio decidendi* se centrara en este tema y confirmara las sentencias ya citadas de 2 de junio de 1950 y 5 de febrero de 1952. La presente confirma esta posición que manteníamos, pues parte indudablemente de que para el ejercicio del retracto se necesita la consumación de la venta mediante la tradición.

En segundo lugar, y relacionado con el problema anterior, la sentencia hace algunas matizaciones a propósito de la tradición instrumental del párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil.

Por un lado, se hace prevalecer, a efectos del retracto, el previo documento privado de venta en que constaba un precio de 8.000 pesetas, y se prescinde del precio que constaba en la escritura pública de 500.000 pesetas, formalizada poco tiempo después. En principio, cabe hacerse la misma pregunta que el recurrente: ¿cómo es que siendo requisito para el ejercicio del retracto la consumación mediante tradición, se dice que ésta se ha producido por tradición instrumental si se atiende al negocio recogido en documento privado? ¿Cabe hacer este despedazamiento entre negocio obligacional y tradición instrumental, tomando uno y otra de distinto documento? En términos generales, hay que contestar que esto no es posible, pues del artículo 1.462 se desprende que para que la tradición instrumental tenga efecto ha de tratarse de venta otorgada en escritura pública y no en documento privado. Naturalmente, si se interpreta que la escritura pública de venta prevalece sobre el anterior documento privado porque representa la renovación del contrato o la elevación del mismo a público, no hay problema, pues en tal caso el resultado es que la escritura recoge una venta válidamente realizada en la propia escritura. Pero en este caso, el precio era muy distinto en el documento privado y en la escritura, por lo que si se hace prevalecer aquél, mal cabe mantener la eficacia de la escritura en el aspecto de la tradición instrumental. Hay que tener en cuenta, además, que el precio es elemento esencial del contrato y no un elemento accidental que permita la superposición de documentos. No obstante, cabría todavía una salida: la de haber declarado la simulación relativa del negocio escriturado, sólo en cuanto al precio declarado y no en cuanto a la transmisión misma, con lo cual la escritura pública de venta vendría a ser la elevación a público del contrato privado de compraventa, salvo en ese aspecto del precio, y con posibilidad de cumplir la función de tradición instrumental. Algo hay de esto en la sentencia cuando declara probado que el objeto del otorgamiento del mencionado instrumento pú-

blico no fue otro que el de constatar la voluntad de transmisión dominical a favor del comprador. Pero debería haber sido algo más explícita en relación con este tema, para evitar cualquier confusionismo respecto a la eficacia de una tradición instrumental cuando no aparece clara cuál fue la eficacia de la venta contenida en el documento. Téngase también en cuenta que no cabría admitir, dados los términos del párrafo segundo del artículo 1.462, una escritura pública que sólo contuviera tradición instrumental, ni siquiera aportando un anterior documento privado de compraventa, no recogido ni mencionado en aquélla, ya que el artículo 1.462 exige que la venta misma conste en la propia escritura pública que va a servir de tradición instrumental. Por tanto, sólo manteniendo la eficacia del negocio contenido en la escritura cabe hablar de tradición instrumental.

La propia sentencia parece dudar de que pueda hacerse esta separación entre el negocio obligacional y la escritura traditoria, pues siente la necesidad de argumentar por otro camino distinto, añadiendo una frase que puede producir cierta estupefacción si no se hace la correspondiente matización, cosa que la sentencia no hace.

Nos referimos a aquel párrafo de la sentencia en la que no se descarta que la tradición haya tenido lugar con anterioridad a la escritura pública, en base a que en el propio documento privado se afirma que la entrega de la finca se hizo con dicho documento.

Pero la entrega de una finca a través del documento privado de compra no es posible, pues se opone a ello de modo terminante el artículo 1.462, que sólo considera tradición instrumental la realizada en escritura pública.

Sin embargo, cabe hacer una matización, y es interpretar la declaración que se hace en el documento privado acerca de la entrega como una prueba de confesión extrajudicial que perjudica a quien la hace. Por tanto, aunque el documento privado nunca puede significar tradición, ni siquiera *inter partes*, puede contener declaraciones que determinen una prueba contra quien las hace de que la tradición ha tenido lugar, aunque no sea a través de ese documento privado, pues esto iría contra la propia esencia de la tradición. Es decir, con el documento privado nunca hay tradición, pero puede haber una confesión extrajudicial de existencia de tradición que releva de la carga de la prueba de la misma a los que vayan a ejercitar el retracto, que, por cierto, les puede resultar difícil demostrar en algunos casos que se ha producido la tradición.

Por último, no queremos terminar el comentario sin pasar por alto la cuestión de la verdad del precio que ha de servir de referencia al retrayente. En esta sentencia, hemos visto que prevalece el precio de ocho mil pesetas declarado en el documento privado de compraventa, en lugar del de quinientas mil que se declara en la escritura pública posterior, que el retrayente también conocía. Nosotros nos preguntamos: ¿por qué ha de estarse a un precio y no a otro? La sentencia dice que el precio verdadero era el del documento privado, pero al parecer no se produjo en el pleito ninguna prueba acerca de este extremo, por lo cual parece como si se entendiese que ha de prevalecer el precio que conste en el documento, en base al cual se ejercite el retracto. Pero este criterio tan simplista es absurdo, pues deja al arbitrio del retrayente, que conoce ambos documentos, el decidirse por el que más le conviene. Es cierto que, por lo general, el retrayente se suele encontrar en posición incómoda, pues el retracto es una figura que se presta a intentos de defraudarla. Ahora bien, esto no quiere

decir que, en vista de ello, haya que estar al criterio más favorable al retrayente. No queremos entrar en el caso concreto, aunque sea difícil encontrar fincas que valgan sólo ocho mil pesetas, pues esto es una cuestión de hecho, que debería ser contrastada con la prueba pericial correspondiente. Queremos recordar una interesante sentencia del Tribunal Supremo, la de 22 de octubre de 1970 (1), en la que se establece la doctrina de que la cantidad que hay que consignar para el ejercicio del retracto no es la que conste en el documento, cuando el retrayente tenía conocimiento del precio realmente pagado por la finca, pues lo que verdaderamente hay que pagar no es el dinero consignado en la escritura, sino el total del precio que la Audiencia afirme que era conocido por la retrayente.

No nos consta que en el presente caso se haya producido una prueba concluyente respecto a si el precio real era el de 8.000 pesetas consignado en el documento privado, o el de 500.000 pesetas consignado en la escritura. La conclusión que pretendemos fomentar, en supuestos similares al aquí presentado, es que se confirme la veracidad de uno u otro precio, ambos conocidos por el retrayente, y esa confirmación podría hacerse por la prueba pericial. Naturalmente, si sólo existe un documento huelga, en principio, cualquier indagación. Pero es que en este caso existen dos declaraciones de precio, ambas conocidas por el que ejerce el retracto.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EL CONTRATO SURTE EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS CUANDO SE TRANSMITEN POR LOS CONTRATANTES LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN VIRTUD DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1979).

Hechos.—La entidad «Ruaz, S. L.», transmitió a «Aluminios Ortopot, Sociedad Anónima», como adjudicación en pago de deudas, la propiedad de dos locales comerciales que aquélla había adquirido de la «Cooperativa de Viviendas Areneros», aunque aún no habían otorgado la escritura pública. En el contrato entre Ruaz y Aluminios Ortopot se hizo constar que la Cooperativa otorgaría la escritura de venta directamente a favor de Aluminios Ortopot.

La Cooperativa se niega a escriturar a favor de persona distinta de quien le compró, pero es condenada a hacerlo por el Supremo, quien se basa en la doctrina de la transmisibilidad de los derechos.

Doctrina de la sentencia.—Si, en efecto, la regla general, tal como la sanciona el artículo 1.257 del Código Civil, es la de que «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos», es lo cierto que por excepción hay casos que no surte efectos para los herederos y otros en que sus efectos se extienden o alcanzan a terceros, y así como es el propio artículo el que sanciona que no surtirán efectos a los herederos cuando los derechos y obligaciones que procedan del mismo no sean transmisibles por naturaleza, por pacto o por ley, y, a su vez, cuando se extiende

(1) Puede verse un extracto de esta sentencia en el número 490 de esta Revista, pág. 647, año 1972

a terceros, por contener alguna estipulación a favor de éstos, es también cierto que produce, además, efecto a terceros: primero, cuando se transmitan por los contratantes a otras personas los derechos adquiridos en virtud del contrato; segundo, cuando se ejercite por los terceros la acción subrogatoria o la acción pauliana, y como el juzgador está contemplando un supuesto de transmisión de derechos con apoyo en cuanto dispone el artículo 1.112 del Código Civil, en su conjunción con el artículo 1.209 del propio Código, está justificando el caso de litis como comprendido entre la primera de las excepciones a las que se acaba de hacer referencia.

EL CONTRAER MATRIMONIO NO EQUIVALE A ALCANZAR LA MAYORÍA DE EDAD, A EFECTOS DEL MANTENIMIENTO DE UNA PENSION (SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 1979).

Hechos.—Doña María Luisa dio a luz en estado de soltera a una niña. Don Pedro hizo una donación a favor de la hija de doña María Luisa, por la que entregaba un capital y se obligaba a pagarle una pensión hasta que la niña alcanzase la mayoría de edad. Don Pedro suspendió el pago de la pensión cuando la joven contrajo matrimonio en el año 74 y a la edad de dieciocho años. Madre e hija demandan a don Pedro, quien es condenado al pago de la pensión por los tres años que le quedaban a la pensionista para alcanzar la mayoría de edad.

Doctrina de la sentencia.—La discutida cláusula dice que «como alimentos de la niña menor de edad, y mientras esté en esta situación de minoría de edad, se le asigna una pensión. », términos claros y concretos que no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, por lo que, a virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil, habrá de estarse a su tenor literal, sin que pueda ser de aplicación la norma del 1.285, porque ésa, como las restantes reglas de hermenéutica contractual, sólo podrá utilizarse cuando falte aquella claridad y cuando existan cláusulas dudosas en el contrato, lo que aquí no sucede; como igualmente son claros en este sentido los preceptos legales que entran en juego, pues si bien es cierto que el matrimonio es una de las causas de emancipación establecidas en el artículo 314 y confirmada en el siguiente 315, ambos del Código Civil, no lo es menos que no fue esta emancipación lo que se tomó en consideración en el pacto de 1958, sino la mayoría de edad, que con el matrimonio no se consigue, y que entonces—antes naturalmente de la reforma introducida por el Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978, según disponía el artículo 320, se alcanzaba a los veintiún años cumplidos, único momento que era necesario tener en cuenta para el mantenimiento de la efectividad de la pensión fijada.

RESARCIMIENTO DE DAÑOS: ABARCA TODO EL MENOSCABO ECONOMICO SUFRIDO POR EL ACREEDOR. LOS HECHOS NOTORIOS NO NECESITAN PRUEBA (SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1979).

Hechos.—Un edificio destinado a escuelas, propiedad del Ministerio de Educación y de reciente construcción, quedó en estado ruinoso. El Estado

demanda al Arquitecto y a la constructora, quienes son condenados a indemnizar todos los daños, incluso el traslado de escolares y profesores a una localidad cercana.

Doctrina de la sentencia.—Según lo proclama la amplia dicción del artículo 1.106 del Código Civil, la entidad del resarcimiento, presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición que tendría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (*restitutio in integrum*).

Afirmado el carácter notorio de un suceso se realiza la fijación fáctica en virtud del conocimiento, no meramente privado, que el organismo jurisdiccional tiene de esa notoriedad conforme a los brocardos *notorium non ege probationem* y *non potest ignorari quod publice notum est*, compatibles con el juego del principio dispositivo y de aportación de parte informante del sistema de la Ley Procesal.

El requisito de la congruencia no exige rígida acomodación literal a los términos de la pretensión deducida, sino sustancial acomodación a lo pedido a fin de resolver todos los extremos del debate; y por ello no incurre en exceso el sentenciador si adiciona algún elemento accesorio, mera puntualización de lo debatido, para facilitar la ejecución futura, sin que en manera alguna pueda entenderse que con esa precisión de la parte dispositiva se origina indefensión a los demandados, dado que obviamente habrá de ser la parte actora quien en el período de ejecución debe alegar y probar los conceptos y desembolsos correspondientes a los gastos ocasionados.

EL JUEZ DEBE DECLARAR LA NULIDAD DE UN CONTRATO NOTORIAMENTE ILÍCITO, AUNQUE AMBAS PARTES RECONOZCAN SU VALIDEZ (SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Conforme reconocen las sentencias de esta Sala de 29 de marzo de 1932 y 29 de octubre de 1949, debe declararse la nulidad de un contrato, aunque ninguna de las partes lo haya instado, y aun cuando aceptasen mutuamente su validez, cuando manifiesta y notoriamente sean los pactos y cláusulas que integran el contenido de los contratos contrarios a la moral o ilícitos.

El ejercicio de toda acción supone un derecho del que la misma deriva, el cual, exista o no, se atribuye al demandante, y si puede darse la ausencia de buena fe en el ejercicio de un derecho existente a causa de la forma de llevarlo a efecto dadas las circunstancias concurrentes, tanto más ha de existir cuando se ejercita un pretendido derecho a sabiendas de que no le asiste al que se dice titular del mismo.

DERECHO NAVARRO: NECESIDAD DE QUE EL DERECHO DE SUPERFICIE SE CONSTITUYA MEDIANTE UNA INEQUIVOCA DECLARACION DE VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES. EL SUPUESTO DE LA ACCESION INVERTIDA NO ES APLICABLE A LAS OBRAS REALIZADAS POR EL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1979).

Hechos.—Entre las partes contendientes medió un contrato de arrendamiento de terreno de naturaleza rústica, destinado por el arrendatario a la actividad industrial de explotación de un aserradero de madera, para lo cual construyó un pabellón destinado a la instalación de los necesarios utensilios, pactándose una renta, que se halla impagada. La Sala sentenciadora rechaza la demanda del arrendatario, que pretendió la condena del arrendador al otorgamiento de la escritura de compraventa por efecto de la «accesión invertida», y acogió parcialmente la reconvencción, declarando que el uso de la finca responde a una relación arrendaticia sometida al ordenamiento común, que ha quedado resuelta por falta de pago de la renta. El Supremo confirma la sentencia recurrida.

Doctrina de la sentencia.—La superficie divide el dominio, invistiendo al superficiario de la libre disposición, pudiendo dar en anticresis, someter a servidumbre y aun enajenar la superficie sin necesidad de consentimiento del otro sujeto de la relación, por lo que aquél fue conceptuado en los textos históricos de *cuasi dominus, non iure directo sed utiliter*; aun sin generalizar la exigencia formal de la escritura pública y la inscripción en el Registro, ordenada como constitutiva en el artículo 172, párrafo segundo, de la Ley sobre Régimen del Suelo, y en el artículo 16, apartado primero, del Reglamento Hipotecario, teniendo en cuenta que el Fuero Nuevo navarro no establece una forma determinada, en todo caso será indispensable una inequívoca declaración de voluntad de los contratantes para dar por constituido el derecho de superficie, tan distinto cualitativa y cuantitativamente del arrendamiento, que lo es simplemente de goce, a diferencia de aquél, de naturaleza real y de disposición, y por ello si en el criterio general de la doctrina científica el derecho de superficie, en cuanto significa desmembración o grave limitación del dominio y constituye una verdadera excepción al principio *aedificium solo cedit*, consagrado en el artículo 358 del Código Civil, ha de ser objeto de categórica constitución y no puede presumirse, en el mismo sentido, la sentencia de este Tribunal de 4 de julio de 1928, que tiene proclamado que para reconocer la existencia legal de dicho derecho es menester que se demuestre con la escritura de creación o con algún otro documento justificativo.

No puede invocarse la «construcción extralimitada» cuando faltan los requisitos básicos de la parcial edificación en suelo ajeno y la racional creencia del propio dominio sobre el terreno invadido, según la doctrina jurisprudencial ha precisado al señalar los presupuestos de tal situación, obviamente incumplidos cuando la construcción ha sido totalmente levantada o edificada en predio que se sabe ajeno. La accesión invertida nada tiene que ver con las obras y edificaciones realizadas por el arrendatario o el usufructuario, que vienen reguladas por su específica normativa, esto es, por los artículos 1.573 y 487 del Código Civil.

EL REQUERIMIENTO DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL HA DE HALLARSE DIRIGIDO A QUE SE TENGA POR RESUELTO EL VINCULO CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—La resolución contractual la puede pedir solamente la parte que cumplió con su obligación o que esté dispuesta a cumplirla, pero no quien, como el recurrente, la ha incumplido.

El requerimiento a que se refiere el artículo 1.504 no consiste en una declaración unilateral de voluntad encaminada a que el comprador cumpla su obligación de pagar el precio y a que si no lo logra se resuelva el contrato, sino que ha de hallarse dirigida a que se tenga por resuelto el vínculo contractual por haber incumplido el comprador su obligación de pagar el precio de la cosa vendida.

LA CADUCIDAD ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 1.496 DEL CODIGO CIVIL NO SE PRODUCE CUANDO SE PRESENTA DEMANDA DE CONCILIACION (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Si bien el plazo que establece el artículo 1.496 del Código Civil es un plazo de caducidad y no de prescripción, y en esto está en lo cierto el recurrente, en cambio, yerra cuando sostiene que por ser dicho plazo de caducidad, la acción ha de ejercitarse mediante la presentación de la oportuna demanda dentro del mismo, siendo inoperante el acto de conciliación intentado sin efecto, toda vez que, según tiene declarado esta Sala, la caducidad, como causa que origina la extinción o decadencia del derecho de saneamiento por vicios redhibitorios de los animales, que asiste al comprador, no se produce cuando, cual aquí acontece, dentro del plazo de caducidad se presenta demanda de conciliación con tal objeto, y se promueve el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación sin avenencia o de darse por intentado sin efecto por no haber comparecido la parte demandada.

LAS LEYES DESAMORTIZADORAS NO SUPUSIERON LA APROPIACION POR EL ESTADO DE TODOS LOS BIENES DEL CLERO (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Las leyes desamortizadoras no supusieron la apropiación por el Estado, indiscriminadamente y sin indemnización de todos los bienes del clero y de las órdenes religiosas, sino que, por el contrario, supuso la transferencia de la propiedad inmobiliaria a través de la adjudicación del Estado a los particulares mediante la venta en pública subasta de dichos bienes, pero siempre con devolución de su valoración en títulos de la Deuda al tres por ciento, proceso desamortizador que fue regulado por infinidad de disposiciones, de convenios y concordatos entre la Santa Sede y el Estado, tratándose en las últimas disposiciones dictadas al respecto, sobre todo en la Ley de 4 de abril de 1860, de acuerdo con el

concordato de 16 de marzo de 1851, de legalizar la devolución a sus propietarios, a los que se les reconoce plena capacidad para poseer, de los bienes eclesiásticos que, aun incluidos en las primitivas listas de bienes desamortizables, y aun sacados a subasta, ni habían sido vendidos a terceros, ni apropiados por el Estado con la consiguiente entrega de lámina de la Deuda.

La inscripción llevada a cabo por la Iglesia católica en relación con la finca objeto de controversia, en cuanto fue practicada, al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, lo único que requería era la aportación de la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos, en la que se expresará el título de adquisición o el modo en que los bienes fueron adquiridos, lo que se reconoce cumplido en el presente caso, por lo que a su amparo no puede generarse la nulidad pretendida de dicha inscripción; y de otra parte, el artículo 14 del Decreto de 12 de agosto de 1971, en cuanto previene que «los Registradores de la Propiedad suspenderán la inscripción, por defecto subsanable, de los bienes conmutados por los Diocesanos mientras no se presente el traslado de la Orden ministerial declarativa de haber sido exceptuado de conformidad al artículo 3 de la Ley de 11 de julio de 1856», a lo único que conduce es a la posibilidad de instar tal suspensión de inscripción y no a la radical nulidad de ésta, porque en el ámbito registral son dos circunstancias distintas con consecuencias también distintas.

LAS NORMAS DE LA ACCESION NO SON APROPIADAS PARA DISCIPLINAR LA PROPIEDAD HORIZONTAL (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Asentado el régimen de la propiedad horizontal sobre la entidad física del edificio o finca que le sirve de soporte, la normativa legal consagra un *ius prohibendi* de las innovaciones en los elementos comunes, descartando el aprovechamiento exclusivo por uno de los propietarios sin el consentimiento unánime de los restantes, conforme a lo imperativamente ordenado por los artículos 5, 7, 11 y 16 de la Ley de 21 de julio de 1960, preceptos que responden a la misma orientación fundamental que el artículo 397 del Código Civil, por lo que sin la autorización de la totalidad de los interesados no viene permitido a uno solo de ellos innovar la configuración o estado exterior del inmueble, o levantar construcciones en espacio común, o cubrirlo para utilizarlo o disfrutarlo de manera distinta a la prevista en los Estatutos, según el principio ya clásico *si in area communi aedificari vellis, sotiis prohibendi ius habet*.

Las normas sobre accesión en bienes inmuebles no son apropiadas, ni aun por aplicación analógica, para disciplinar el juego de los diversos intereses en una institución *sui generis* como es la propiedad horizontal, gobernada por una específica normativa que regula minuciosamente la amplitud y límites de los derechos en cuanto a los pisos y a los elementos comunes; no existe venia legal en punto a las construcciones abusivas realizadas por un titular en la propiedad horizontal, sino que lo edificado contravinendo lo dispuesto en la ley específica habrá de ser demolido si así lo instan los demás propietarios como medio radical de corregir lo mal hecho, reponiendo la situación a su estado originario.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

SUSTITUCION DE LOS AYUNTAMIENTOS EN EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS URBANISTICAS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA PLANIFICACION.

I. PLANTEAMIENTO

1. *Ante el tópico de matizar la tónica autonomía municipal*

Una valoración—que no necesita ser muy profunda—del Ordenamiento jurídico lleva necesariamente a desenmascarar declaraciones que se hacen en algunas disposiciones y que no se corresponden con los hechos. Ello no sólo en el ámbito—extranormativo—de la realidad de las cosas, sino en los hechos del propio Ordenamiento a regular materias concretas, apartándose de lo que por otro lado dice ser su voluntad. La proclamación del carácter natural de los entes municipales, la autonomía municipal, etc ., en la realidad incluso de las normas, no dejan de ser meras y vacías declaraciones. Pueden servir a este respecto las muy expresivas palabras de A. NIETO cuando dice, refiriéndose a la proclamación del carácter *ius-naturalista* que se atribuía en la L. O. E. a los Municipios:

«Y, sin embargo, desde el punto de vista doctrinal, esta opinión se encuentra completamente abandonada por la doctrina, tal como ha puesto de relieve ALBI. La inmensa mayoría de los autores se han pronunciado en contra, y las ideas naturalistas del Municipio han sido calificadas expresamente de románticas (JORDANA DE POZAS, GARCÍA DE ENTERRÍA, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO), pintorescas (GARCÍA DE ENTERRÍA), bucólicas (SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO), idílicas (GARCÍA DE ENTERRÍA), teóricas y esquemas mentales (PÉREZ OLEA), metafóricas (JORDANA DE POZAS), cuasidivina (PÉREZ OLEA), primarias e intuitivas, ingenuas y dogmáticas (GARCÍA DE ENTERRÍA) y míticas (GONZÁLEZ PÉREZ). El repertorio podría aumentarse indefinidamente, pero con lo que queda transcrito ya es bastante significativo» (1).

(1) Lo dice A. NIETO en su colaboración a la obra colectiva *Descentralización administrativa y organización política* (dirigida por SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO), Madrid, 1973, tomo II: *Organización local vigente uniformismo y variedad* pág. 138

La Constitución vigente también se refiere a los Municipios, pero en:

«Un solo artículo—el 140—para todo el régimen municipal; un solo artículo, y además bastante breve, sin división en párrafos, apartados, parágrafos, etc., como ocurre en otros muchos artículos de nuestro texto constitucional. A los Municipios la Constitución le ha dado el mismo tratamiento en extensión, o tal vez menos, que a la villa de Madrid en cuanto capitalidad del Estado (artículo 5.º), a la mayoría de edad (art. 12), a los extranjeros (artículo 13), a los tribunales de honor (art. 26), al medio ambiente (artículo 45), a la vivienda digna y adecuada (art. 47), a la rehabilitación de los disminuidos físicos sensoriales y psíquicos (art. 49), a las organizaciones o colegios profesionales (arts. 36 y 52), al defensor del pueblo (art. 54), a los consumidores (art. 50), a la audiencia al interesado (art. 105), Consejo de Estado (art. 107), a la Policía judicial (art. 126), a los delegados del Gobierno en las comunidades autónomas (art. 154) y otros tantos ejemplos como puede deducir quien se lea el texto constitucional. Un simple dato: la Constitución portuguesa de 1976 dedica al tema un título entero, con 29 artículos. Sin llegar a tanto, pero sin quedarse en tan poco, está la Constitución belga, la italiana o la francesa, pero no es éste el momento de hacer un estudio de Derecho comparado. Baste sólo, a título de curiosidad, señalar que por número de artículos la Constitución sólo dedica un 0,6 por 100 a los Municipios, y si se tiene en cuenta la brevedad del mismo y la largura de otros el porcentaje sería notablemente inferior» (2).

La anterior valoración—cuantitativa—desde una perspectiva cualitativa (no hace falta insistir en el tema) hace llegar al resultado de que la mención constitucional es meramente un trámite de cortesía, dado el silencio sobre las funciones de los Municipios que supone una descostitucionalización del tema, con todas las consecuencias que ello implica (3).

(2) M. ARIAS SEOSEAIN en su colaboración a *Lecturas sobre la Constitución Española* (coordinación T. R. FERNÁNDEZ), tomo I, 2.ª ed., Madrid, 1978. *Constitución y Administración Local*, págs. 381 y ss.

(3) No se trata ahora más que de apuntar la idea.

Las causas M. ARIAS las resume diciendo:

«Creemos que puede atumarse sin exageración que la Administración local—sobre todo en los últimos decenios—es una gran desconocida. Una gran desconocida no, por supuesto, para los ciudadanos de a pie, sobre todo para los miles que habitan en los pueblos de España, sino para la clase política dirigente—de ahora y de antes—, que, en definitiva, es la que cuenta. Y como entre la misma lo que se desconoce se desdén, no puede extrañar el que sea la esfera administrativa (¿administrativa sólo?) más abandonada, más abocada a tristes destinos.

Los políticos, y no sólo ellos, sino los juristas importantes, viven en Madrid, Barcelona o cualquier otra gran ciudad donde la vida local queda visiblemente difuminada, confusa, con los organismos centrales o periféricos del Estado. Los pueblos sólo se conocen, sólo se viven, en la época de vacaciones, para bañarse o para hacer esquí. Muy pocos pueblos, desde luego, sólo los llamados turísticos y visitados precisamente en una época en que están en cierto modo desnaturalizados de su propio ser, de sus permanentes problemas, tapados por el ocasional aluvión de visitantes.

La propia burocracia estatal mira con recelo o desdén a los pequeños aparatos burocráticos de las Corporaciones locales. Lo que piadosamente se encubre bajo el nombre de 'hábitos administrativos', 'cuernos de botella ineludibles', 'congestión de tareas e insuficiencia de medios', para la Administración estatal se traduce en 'alcances', 'malversaciones', 'incurias o corrupciones' cuando se trata de la Administración local. Por ello, un tanto farsaicamente, se ordena que hay que 'asesorarla' (en la práctica, cero) e 'inspeccionarla' (esto sobre todo) hasta límites verdaderamente cómicos cuando no sofocantes o humillantes. El caso del 'inspector' estatal que, cumplida exclusivamente 'pro forma' su misión, pide que

En el ámbito del urbanismo ha sido precisamente en el que las matizaciones a las declaraciones de reconocimiento y respecto a la autonomía municipal han tenido mayor profusión. Debe recordarse en este sentido una de las afirmaciones más queridas en la Jurisprudencia de estos últimos años y que se ha repetido quizá excesivamente:

«La competencia urbanística de los Municipios ha sido absorbida por Organos centrales y periféricos de la Administración del Estado» (4).

Llegados a este punto creo que debe de replantearse el tema, porque parece que se está incurriendo en el tópico de matizar en exceso y partir de principios que pueden tener su importancia interpretativa: el perjuicio derivado del tópico resultante de un desenmascaramiento de declaraciones no concordantes con la realidad de las técnicas de limitación de la autonomía municipal utilizadas por el Ordenamiento, puede llevar a interpretar las normas que establecen dichas técnicas en un sentido ampliatorio, renunciando de antemano a un claro punto de partida, como sería el respeto a la autonomía municipal. De lo dicho que adquieren singular importancia afirmaciones como la de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1978 (GORDILLO):

«Ciertamente es que la L. S. no es siempre precisa y coherente en sus soluciones, lo que ha llevado a algún ilustre profesor a hacer la categórica afirmación de que la autonomía local es un mito; pero no lo es menos que el principio básico a que dicha ley responde se halla concretado en el párrafo final del artículo 5.º, en el que claramente se indica que la actuación de los órganos urbanísticos estatales será primordialmente para el fomento... subrogándose sólo en ellas (las competencias municipales) cuando no las ejercieren ordenadamente o su contenido exceda de sus posibilidades; es decir, la ley se halla articulada sobre la base de reconocimiento de la autonomía municipal.»

Y es que, efectivamente, el artículo 5.º, 4, de la L. S. claramente resalta dicho principio, así como el artículo 214:

se deje en blanco la duración de su visita (a efectos de dietas, viáticos y demás gabelas) no es algo inhabitual para cualquiera que haya servido en tales Corporaciones

Tampoco en el ámbito académico universitario tiene la Administración local mucha mejor suerte. Se la estudia, cuando esto se hace, como un subapartado concreto de la Administración en general, con menos extensión en ocasiones que las que se dedica a los bienes demaniales en general, incluso al tema de las tarifas de los servicios públicos. Viene a ser una forma de Administración indirecta del Estado y nada más. No es éste el momento de ahondar en el tema que, a todas luces, es ciertamente grave. Basta por ahora con apuntarlo como uno de los acondicionamientos que tal vez hayan influido decisivamente en la redacción que la ha dado el texto constitucional.»

Posteriormente añade:

«A todo lo anterior cabría añadir una última circunstancia en España, desde 1936 hasta la actualidad, la mayoría de las 'carreras políticas' no se han hecho (como ocurre en la mayoría de los Estados democráticos de Europa) a través, por lo general, de su previo ejercicio en las Comunidades locales, sino más bien como caídos del cielo al provenir de los cuerpos elitistas de la Administración, de los antiguos sindicatos verticales o de la llamada Organización del Movimiento. Ni que decir tiene que también (en la actual oposición al Gobierno) desde las fuerzas de antaño clandestinas de los movimientos obreros y estudiantiles, de los despachos laboristas, etc. Pero, desde luego, no desde la vida municipal, que o se vive intensamente por dentro o es muy difícil conocerla con la imprescindible profundidad.»

(4) Frase de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1967

Entre las que la utilizan, sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1975 (MARTÍN).

«La competencia urbanística de los Ayuntamientos comprenderá todas las facultades que siendo de índole local no hubiesen sido expresamente atribuidas por la presente Ley a otros organismos.»

Es decir, los Ayuntamientos tienen todas las facultades de índole local relacionadas con el urbanismo, mientras no se diga lo contrario.

2. *Modulación de la competencia municipal*

El principio de legalidad determina que los Ayuntamientos no puedan realizar «actuaciones» (en sentido amplio) contrarias al Ordenamiento jurídico. Sin entrar en el tema del principio de competencia (que podría acotar a favor del Municipio determinadas materias, inmunizándolas frente al Ordenamiento estatal), resulta que la legislación urbanística supone un límite objetivo al ejercicio de competencias municipales. Bien sintomático a este respecto es el tema de los estándares urbanísticos, por ejemplo (5).

En el ámbito del urbanismo los planes constituyen por «remisión» de la ley otro campo «normativo» a tener en cuenta. En relación con la competencia de los Ayuntamientos, el sentido de la planificación configurada «en cascada» obliga a que se deban de respetar planes (a parte sectoriales) como los directores territoriales que no se elaboran y aprueban por las Corporaciones locales (art. 107 y ss. del R. Pl.; 156, c), R. Pl).

En relación con los instrumentos de planeamiento municipal, aunque la competencia para redactarlos y aprobarlos corresponde a los Ayuntamientos, la técnica que opera es la de la aprobación de la labor realizada en el Municipio. Incluso los proyectos de urbanización se someten a este régimen.

Sólo los estudios de detalle, así como las licencias de urbanismo, no están condicionados en su eficacia a aprobación. Aparte los estudios, en relación con las licencias hay que advertir que incluso las urbanísticas (no son urbanísticas las concesiones o autorizaciones para ocupación del dominio público, por ejemplo) a veces exigen una previa intervención no municipal, como sería el caso de construcciones en suelo no urbanizado ni programado (art. 85 L. S.), y que, en cualquier caso, al tener carácter reglado el acto de su concesión o su denegación, el ámbito de ejercicio de valoraciones queda reducido a su mínima expresión. Ello sin que quiera decir que la calificación de la legalidad de la licencia que se pide no tenga importancia; incluso deben pedirla otras administraciones públicas, y cualquier calificación que no sea municipal no puede vincular al Ayuntamiento (6). Pero, además de lo que se ha apuntado, la tutela sobre el Ayuntamiento aquí no cesa. La articulación no será mediante aprobaciones o previas autorizaciones, sino por medio de la técnica de la suspensión de acuerdos. Suspensión que en esta materia del urbanismo tiene un detenido—y significativamente desconfiado—tra-

(5) Sobre el tema en general E. GARCÍA DE ENTERRÍA y J. PAREJO *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Madrid, 1979, págs. 153 y ss., en especial págs. 183 y ss., y R. GÓMEZ-FERRER, *RFDA*, 4.

(6) Caso del visado del Colegio de Arquitectos. Sobre el tema, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Las licencias de urbanismo*, Madrid, 1978, págs. 193 y ss. A la bibliografía que cita debe añadirse A. CANO MATA, *RDU*, 63.

tamiento, ya que, además de la regulación general de la legislación de régimen local, aquí la urbanística también establece la suya propia (7).

Otro orden de técnicas de vaciamiento de la competencia municipal (y en estos casos con mayor acento) lo constituyen las de tipo orgánico, ya sea mediante las gerencias y agrupaciones municipales forzosas (artículos 215 y 216 L. S.), ya sea mediante la creación de específicos organismos urbanísticos (tema de Madrid, por ejemplo), con atribución de competencias *ex novo*.

El supuesto, no obstante, en que se advierte con mayor claridad la quiebra de la competencia municipal consagrada como principio de partida es el de las sustituciones o subrogaciones en la misma por órganos estatales. Se trata de una técnica que es algo más que un mero control; implica ya un desplazamiento del Ayuntamiento en el ejercicio de su competencia y absorción (aquí, sí) de la misma por órganos supramunicipales. Aparte la relación del supuesto con el—acabado de aludir—de creación de entidades en las que el Ayuntamiento se ve obligado a integrarse, con mayor o menor capacidad de decisión, según casos, aparte las sustituciones a favor de la Diputación Provincial (art. 217 L. S.), estas sustituciones a favor de órganos del Ministerio de Obras Públicas (incluido el Ministro y la Comisión Provincial de Urbanismo) creo que merecen una especial atención.

La Jurisprudencia que ha analizado el tema en estos casos es bien expresiva de cuáles deben ser los principios de que se debe partir y proporciona una interesante perspectiva en el tema de las competencias que no se compagina muy bien con la otra perspectiva del alcance y posibilidades de control por vía de aprobación. Mientras en estos casos de sustitución se advierte claramente las consecuencias de determinadas conclusiones, en los de aprobación, aunque las consecuencias sean las mismas, parece que se parte de principios radicalmente opuestos. No se trata de analizar con detenimiento esta problemática. Basta resaltar que el planteamiento—claro—, cuando se trata de decir QUIEN es competente y determinar la validez de una sustitución, aunque no con tanta elementalidad y simpleza, también se plantea cuando se trata de precisar el alcance de las aprobaciones. Efectivamente, y en el caso de planes de iniciativa particular, si se obliga al Ayuntamiento a dar trámite y tramitar el plan presentado, no pudiendo calibrar la oportunidad de las alternativas que se escogieron, y quedando en el órgano que aprueba definitivamente la decisión (el arbitraje) sobre las discrepancias entre la urbanizadora y el Ayuntamiento, se está concluyendo que la competencia municipal se ve *sustituída* por la del órgano que aprueba definitivamente. Y ello por la ocurrencia de redactar y presentar una promotora un plan (8). De igual modo, y con carácter general, de admitirse el control de oportunidad como principio genérico en la aprobación definitiva de

(7) Estos problemas ya han sido tratados en esta Revista, número 527.

(8) A la jurisprudencia que se utilizó en el número 532 de esta Revista, al tratar el tema, hoy deben añadirse las sentencias de 26 de enero (MARTÍN) y 12 de junio de 1979 (JIMÉNEZ).

Consciente de la problemática es la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1976 (BOTELLA), aunque, utilizando la categoría de lo accesorio, entiende que a pesar de haberse denegado (aprobado *sub conditione*) la aprobación municipal, la definitiva es válida. Menos consciente, pero con igual solución, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1971 (PONCE).

Otra perspectiva de estos problemas es la que sugiere el tema de las aprobaciones municipales y rectificaciones en el momento de aprobación definitiva, sin hacer bajar el Plan a nueva aprobación municipal. Al respecto, sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1977 (BOTELLA). Comentada en el número 525 de esta Revista.

planes de urbanismo municipales, se estará concluyendo *que* no pueda (mejor: puede no) haber plan hasta que éste no satisfaga al Ministro, la Comisión Provincial de Urbanismo o al órgano de la comunidad autónoma; *que* el Ayuntamiento se ve sustituido en su competencia para decidir las cuestiones de índole local según su criterio; *que* la voluntad que se impone no es la municipal, ya que el Ayuntamiento—so pena de no ver aprobado su plan—tendrá que pasar por las indicaciones que se le hagan. Incluso, caso de negarse y renunciar al plan, se podría dar el presupuesto de la sustitución propiamente dicha.

En definitiva, la perspectiva que proporciona la técnica de *sustitución* ofrece un gran servicio al análisis de los problemas que la técnica de aprobación plantea. Una relación de los dos temas parece que debe llevar a la conclusión de que si el Ordenamiento ha previsto dos técnicas diferenciadas y con presupuestos de hecho distintos, no sea admisible llegar por la técnica de aprobación a las consecuencias de la sustitución.

Por lo demás, es bien significativo que se hayan empezado a desmontar supuestos en los que se ha venido ejercitando la tutela sobre los Municipios, con lo que la capacidad (competencia) de los mismos debe de entenderse aún más reforzada en cuanto base o punto de partida al interpretar normas concretas del Ordenamiento jurídico (9).

II. LA TÉCNICA DE LA SUSTITUCIÓN

1. Principios generales de la Ley del Suelo (10)

Dejando a un lado el tema de las Diputaciones Provinciales, según se dijo (317 L. S.), el tema se concreta en dos preceptos fundamentales de la Ley del Suelo. Los artículos 5.º, en su apartado cuarto, y 218.

Según el apartado cuatro del artículo 5.º de la Ley del Suelo:

«Los órganos urbanísticos fomentarán la acción de las Corporaciones locales, cooperarán al ejercicio de la competencia que les confiere la Ley de Régimen Local y se subrogarán en ella cuando no la ejercieren adecuadamente o su cometido exceda de sus posibilidades.»

Según el artículo 218 de la Ley del Suelo:

«Si algún Ayuntamiento incumpliere gravemente las obligaciones que se deriven de esta ley o del planeamiento urbanístico vigente, o actuare en general con notoria negligencia, el Ministro de la Gobernación, a propuesta del de la Vivienda, podrá designar un gerente o transferir las necesarias atribuciones de la Corporación municipal a la Comisión Provincial de Urbanismo, que las ejercerá mediante una Comisión especial destacada de su seno y en la que tendrá representación el Ayuntamiento.»

(9) Me refiero al Decreto de 16 de junio de 1979, cuyo preámbulo deja clara cuál es la dirección que se asume en la adaptación del ordenamiento jurídico a los tiempos actuales.

(10) Valga la remisión general, por todos, a MARTÍN BASSOLS, RDU, 12.

Debe recordarse la interpretación proporcionada por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1978, antes vista, al manejar el artículo 5.º Por lo que se refiere al 218 de la Ley del Suelo, baste señalar sus diferencias con el anteriormente citado en el concreto aspecto de las competencias: el sustituido es el Ayuntamiento (no las Corporaciones locales en general) y quien acuerda la sustitución es ahora el Ministro (hoy) de Administración Territorial, a propuesta del de (hoy) Obras Públicas y Urbanismo (no los órganos urbanísticos genéricamente nominados), atribuyéndola orgánicamente a una Gerencia que se designe o transfiriéndola a la Comisión Provincial de Urbanismo (no hay autoatribución). Por lo que se refiere a los presupuestos previos o procedimentales, son análogos en los dos preceptos. El requisito de la audiencia del Ayuntamiento que va a ser sustituido—aunque silenciado—es evidente. Los presupuestos, se advierte, son excepcionales: el ejercicio inadecuado por el Ayuntamiento de sus competencias o con grave incumplimiento de leyes y planes o implicando una conducta notoriamente negligente. Lo anterior, con independencia de las causas del resultado (aparte el carácter deontológico que tiene la calificación de la negligencia), aunque—y ahora además con independencia del resultado—también se prevé el caso de que el ejercicio de la competencia municipal exceda de las posibilidades del Ayuntamiento.

En cualquier caso, resulta fácilmente de los anteriores preceptos de carácter *genérico* la previsión de una sustitución del mismo carácter—en cuanto al aspecto concreto de la actividad urbanística de que se trate—y *excepcional*, en cuanto excepción al principio general.

Aparte estos supuestos genéricos, y reteniendo el carácter excepcional que se deriva de la técnica de sustitución, en determinados y concretos preceptos se regulan especiales supuestos de ejercicio de competencia municipal. Concretamente, en relación con el tema genérico de la inactividad administrativa, aquí, municipal. Dejando a un lado las consideraciones que podrían sugerir las relaciones de esta técnica con la de la *suspensión* y las que podrían suscitar otros supuestos más concretos, merece atención la jurisprudencia que ha recaído últimamente en relación con la inactividad ante las peticiones de licencias, en el procedimiento de inclusión de fincas en el Registro de Solares y a la hora de realizar el planeamiento municipal.

2. *La Jurisprudencia ante las sustituciones de competencia municipal por inactividad ante las peticiones de licencias* (11)

El tema, como es sabido, recibe regulación en el artículo 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (.).

Una sintética exposición de los datos que proporciona la doctrina jurisprudencial es la que se hace a continuación:

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1971 (SUÁREZ) parte de la competencia municipal, admitiendo la sustitución del artículo 9.º del R.SSCL, con carácter excepcional y conectándolo con el principio general del 5.º 4, de la Ley del Suelo, del que es una de las posibilidades que específicamente admite el Ordenamiento. Subraya cuál es la naturaleza del supuesto, dejando resaltado que la Comisión Provincial de Urbanismo, ante

(11) Por todos, J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Las licencias* ., cit., especialmente págs 172 y ss.

el silencio municipal, y en virtud de la petición que el antes solicitante ahora plantea ante la misma, *no resuelve el recurso*, ni se limita a calificar los presupuestos del silencio, sino que sustituye al Ayuntamiento en el ejercicio de la competencia para otorgar la licencia. En su apoyo cita las sentencias del Tribunal Supremo (aunque se dice que hay más, lógicamente) de 26 de diciembre de 1960, 6 de diciembre de 1966, 29 de octubre de 1967, 12 de febrero y 30 de abril de 1969.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1973 (FERNÁNDEZ TEJEDOR), resaltando el carácter de subrogación que tiene el supuesto, habla de «absorción de competencia municipal», citando la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1968 (que desde ahora se convertirá en la más reiteradamente tenida en cuenta), para detenerse en la importante perspectiva que sugiere la idea de que la Comisión Provincial de Urbanismo lo que hace es suplir con su actividad una inactividad del Ayuntamiento. En este orden de ideas considera que la confirmación o revocación por la Comisión Provincial de Urbanismo de la resolución del Ayuntamiento recaída y notificada antes del transcurso de dos meses desde la petición al mismo sería inválida *por nulidad absoluta*.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1975 (SUÁREZ) se manejarán profusamente las consideraciones de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1968, y en la línea de las anteriores, tiene especial interés en la conexión que hace del supuesto con el genérico del artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo (silencio negativo en general), lo que es un buen complemento a la doctrina que se venía estableciendo. Efectivamente, se precisa en la sentencia que si bien en la teoría general del silencio (negativo), según el 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo, tal silencio (ya producido) no excusa del *deber* de resolver expresamente (la figura no está pensada para fomentar la pereza administrativa), ni implica que no se pueda resolver tardíamente; en el caso en el que estamos, las resoluciones tardías serían inoperantes e irrelevantes, ya que de por medio no está el tema del silencio, sino el de un cambio de competencia. De lo anterior, que la Comisión Provincial de Urbanismo al resolver pueda ignorar la resolución municipal recaída con posterioridad a la producción de este «peculiar» supuesto de silencio, o mejor inactividad municipal.

Por lo demás, la sentencia tiene interés en relación con unos temas que no pueden ser aquí tratados, como sería la relación entre los principios de legalidad e igualdad (la igualdad no puede justificar o permitir, porque ya se hubieran permitido a otros, actividades ilegales) y la pretendida articulación de la vinculación del acto municipal (que «concedió la licencia») para la Comisión Provincial de Urbanismo, como derivada de un acto de información (12).

En la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1975 (GORDILLO) el supuesto de hecho que se planteó fue el de una inactividad inicial del Ayuntamiento de Santiago, que luego se *rectificaría* con una actividad del mismo Ayuntamiento ordenando la demolición de lo que se había construido sin licencia. En la sentencia se afronta el importante tema de la posibilidad de demolición de lo construido cuando, a pesar de no haberse

(12) Sobre el tema en esta Revista, número 535.

obtenido licencia, lo construido está de acuerdo con la ordenación urbanística vigente y consiguientemente hubiera sido posible una legalización de lo edificado (al respecto se citará la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1970, que se refiere al tema «con minuciosa claridad» y es una «magistral sentencia»). Pero el aspecto que ahora interesa es el de la inactividad municipal ante la petición que se hizo a efectos de poder edificar lo que ahora el Ayuntamiento de Santiago ordena demoler. Según la sentencia del Tribunal Supremo, asumiendo las consideraciones de la apelada, el silencio municipal ya «motivó el *trasplante* de competencia a la Comisión Provincial de Urbanismo», ya que «el recurrente hizo uso del derecho *estereotipado* en el artículo 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales». Y citando la repetida sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1968 (además de la de 30 de abril de 1969, ya utilizada por la sentencia del Tribunal Supremo, antes vista, de 19 de enero de 1971) concluirá que el Ayuntamiento de Santiago «se irrogó en facultades que ya no tenía». No se puede profundizar ahora en esta conclusión suficientemente. Baste resaltar la idea que está implícita: el importante tema de la competencia para controlar la actividad urbanística legitimada por las licencias, que aquí significa que al haberse perdido por el Ayuntamiento la posibilidad de conceder *aquella* licencia, determina la imposibilidad de entrar a controlar *aquella* actividad; cualquiera que sea la correcta interpretación en este tema, lo que resulta claro de la sentencia es que estando la Comisión Provincial de Urbanismo por decidir sobre la concesión de la licencia, al producirse una situación jurídica de carácter interino, hasta que no se cierre el paréntesis que tal situación supone la intervención del Ayuntamiento no es procedente.

Otra sentencia *del Tribunal Supremo es la de 26 de septiembre de 1975 (MEDINA)*. En ella el planteamiento es lo que adquiere interés, ya que parece disociar los principios generales antes vistos del supuesto del artículo 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Efectivamente, refiriéndose a la Ley del Suelo, se dirá que el principio general, y especialmente en materia de licencias, es la competencia municipal, pero con las excepciones que derivan de la propia ley, y que serán de interpretación restrictiva «por la limitación que entrañan para la autonomía municipal», aunque justificadas por la tutela que los órganos estatales despliegan respecto de los municipales. Otro supuesto será—se añade—el del artículo 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Esto es lo que parece desprenderse de la sentencia; otra cuestión será qué es lo que en verdad se ha querido decir: si se ha querido precisar que el artículo 9.º del Reglamento de Servicios opera con independencia de los principios de la Ley del Suelo, apartándose del planteamiento de la sentencia de 19 de enero de 1971.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1976 (PONCE), aparte tocar el fondo del asunto, que se refería a los límites del condicionamiento de las licencias de urbanismo (13), admite la competencia de la Comisión Provincial de Urbanismo para conceder (condicionadamente o no) la licencia en cuestión, ya que se había producido una «transferencia de competencia» en virtud del artículo 9.º del Reglamento de Servicios. Supuesto, que es una especificación de los principios generales de la Ley

(13) En esta Revista, número 528

del Suelo. Y se citan, además de la repetida sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1968, las de 12 de febrero y 30 de abril de 1969 (las dos citadas en la vista de 1971 y la segunda en la de julio de 1975), la de 19 de noviembre de 1973 (antes vista, y de la que fue ponente FERNÁNDEZ TEJEDOR) y la (todavía no utilizada) de 20 de febrero de 1971.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1979 (BOTELLA), incardinándose en la línea constante de las anteriores, no plantea ninguna consideración de novedad.

3. *Jurisprudencia en relación con el Registro de Solares y otros supuestos*

En relación con la tramitación relativa a la inclusión de solares en este especial registro administrativo, también está prevista una subrogación en la competencia municipal. Concretamente, en el 15, 1, e), *in fine*, en relación con el 8.º del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares (...).

Es de interés la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1972 (VIDAL), que aunque no se refiere al supuesto de subrogación, sino al de recurso de alzada previsto en el artículo 16, establece principios generales de interés en la materia. Con la finalidad de justificar la posibilidad de que el Ayuntamiento recurriese contra la resolución del recurso resuelto por la Comisión Provincial de Urbanismo, admitiendo parcialmente el interpuesto por el particular afectado por la inclusión de su solar en el Registro—y que también recurría la resolución de la Comisión Provincial de Urbanismo—establece los principios de que se trata de una alzada «impropia», no hay relación de jerarquía entre Ayuntamiento y Comisión Provincial de Urbanismo, el Ayuntamiento ejercitaba competencias propias y no por delegación. Y que, en definitiva, el Ayuntamiento es «órgano» de persona jurídica distinta a la que la Comisión Provincial de Urbanismo está incardinada.

Refiriéndose al supuesto específico de subrogación la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1975 (GABALDÓN) explicitará que el transcurso de los seis meses no determina automáticamente una sustitución de la competencia municipal, en favor de la Comisión Provincial de Urbanismo, sino que «la única interpretación posible», teniendo en cuenta el 5.º, 4, de la Ley del Suelo, es que tal sustitución es *no automática*, potestativa por parte de la Comisión Provincial de Urbanismo, y debe acordarse expresamente (14).

En la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1975 (BOTELLA), con referencia a un supuesto en el que aparecía la COPLACO, se volverá a insistir en la exigencia de que—sobre el presupuesto de silencio administrativo, o mejor: inactividad municipal—expresamente se asuma la competencia municipal, que de no asumirse seguiría siendo del Ayuntamiento. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1969 servirá de apoyo.

(14) Es decir, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las licencias, apuntado en el anterior apartado, en el cual la petición a la Comisión Provincial de Urbanismo, del que antes pidió al Ayuntamiento y no obtuvo respuesta, determinaba una sustitución automática sin intervención de la Comisión Provincial de Urbanismo, lo más que podía era o resolver negativamente sobre la petición de licencia que se le hacía, o hacerlo afirmativamente expresa o calladamente, dado el carácter positivo del silencio en el supuesto.

No refiriéndose al Registro de Solares, sino a un supuesto de reparcelación, la *sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1977* (GABALDÓN) volverá a insistir en que las sustituciones en la competencia municipal, además de un presupuesto previo, requieren un especial y expreso acuerdo por parte de la Comisión Provincial de Urbanismo, ya que la operancia del presupuesto (inactividad del Ayuntamiento de Santiago) no supone —automáticamente— la sustitución. El supuesto era interesante, ya que ante la parsimonia municipal el interesado en la reparcelación acudió a la Comisión Provincial de Urbanismo, pero ésta no acordó subrogarse en la competencia municipal, sino que se limitó a pedir un informe del Ayuntamiento al respecto. Dada la aplicación de los principios generales que antes se expusieron, se dice que es requisito el acuerdo expreso y la interpretación tiene carácter restringido, en relación con el presupuesto, dado el carácter excepcional del mismo. En apoyo de la conclusión se utilizan las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1975 y 19 de enero de 1976, que se han reseñado con anterioridad.

Aparte todas las sentencias de que se ha hecho alusión, la *sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1972* (SERVÁN) tiene importancia en relación con los temas de la interpretación del 5.º, 4, de la Ley del Suelo, las Gerencias y las competencias de los Ministerios antepasados del de Obras Públicas y Urbanismo (Vivienda) y Administración Territorial (Interior y antes Gobernación). La sentencia es de la Sala Quinta (no de la Cuarta, como todas las reseñadas) y se refiere a un supuesto de fijación de precios expropiatorios.

III. SUSTITUCIÓN EN EL PLANEAMIENTO

1. *Planeamiento*

A diferencia de lo que ocurre con los supuestos antes vistos, en los que el carácter reglado que tienen las actuaciones administrativas minimizan la importancia de las sustituciones, cuando se trata de planes, al ser la actividad susceptible de encargarse por un mayor número de alternativas legalmente posibles, las sustituciones que se operen afectarán con mayor incidencia la autonomía municipal. Debe recordarse en este sentido que los planes constituyen parte del bloque de la legalidad urbanística y que las licencias y demás actos concretos (de ejecución más o menos patente) deberán ajustarse a las reglas que de ellos deriven. Por demás, el ámbito de alternativas será distinto, según el grado de planificación en el que estemos, siendo, por ejemplo, en el caso de los proyectos de urbanización (y parte el problema de su naturaleza: asimilable o no a los planes) muy limitado el marco de posibilidades de decisión.

También a diferencia de lo que ocurre con los supuestos analizados con anterioridad, aquí la técnica de control originariamente prevista no es la suspensión, sino el control por aprobación, que se califica de definitiva. Así, en la competencia municipal no está incluida la posibilidad de adoptar acuerdos municipales, por sí solos ejecutivos. La competencia se concreta en los trámites de acuerdo de redacción y aprobaciones inicial y provisional (con el sometimiento y valoración de informes y alegaciones).

La competencia para aprobar provisionalmente viene determinada por

la de aprobar inicialmente, y la competencia para la inicial aprobación a su vez viene solucionada por quien haya redactado (126, 1; 130, 1; 138, 141, 2, del Reglamento de Planeamiento y 41 de la Ley del Suelo); incluso en el caso de planes generales, aunque la Ley del Suelo pudiera suscitar alguna duda, dada la precisión reglamentaria, que hay que entender como interpretativa (40, a), de la Ley del Suelo, en relación con el 126 del Reglamento de Planeamiento). La competencia para redactar o—lo que es más exacto— para acordar la redacción corresponde por principio a los Ayuntamientos (123, 1; 136, 141 del Reglamento de Planeamiento y 31 de la Ley del Suelo), aunque en el supuesto de los proyectos el problema ya esté predeterminado por el sistema de ejecución (15).

Por principio, la competencia es municipal, y su ejercicio será controlado en la aprobación definitiva por órganos de la Administración estatal o de la correspondiente comunidad autónoma, en su caso. No se trata de analizar esta última competencia de aprobar definitivamente. Baste recordar que por esta vía no debe poderse llegar a consecuencias que sean las de una sustitución y que con independencia de cuáles sean en el caso concreto los órganos con competencia, caso de ser un inferior jerárquico a otro, podría originarse una *avocación*. Avocación de la competencia, por ejemplo, de la Comisión Provincial de Urbanismo por parte del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo que no podría operar respecto de órganos de distintas administraciones públicas (la local o la autonómica) (16).

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1975 (SUÁREZ) contemplará precisamente un supuesto de avocación de competencia de la Comisión Provincial de Urbanismo por parte del Ministro, estableciendo la doctrina siguiente:

«La capacidad de los entes o personas públicas y la competencia de los órganos, más la adecuada realización de los fines públicos, exige una coordinación, una unidad de dirección de los distintos entes que participan en determinada actividad y de los órganos de cada ente, consiguiéndose a través de la subordinación la unidad de dirección entre los entes; esta relación de subordinación se conoce con el nombre de tutela; la unidad entre los órganos de una misma entidad se consigue por la jerarquía, que supone una estructuración de los órganos en líneas y grados que culmina en un órgano supremo al que se atribuye en definitiva la función de dirección y última decisión; la jerarquía, pues, se da únicamente entre órganos que integran una misma entidad, una misma persona jurídica, sobre todo en las grandes unidades administrativas y en las complejas organizaciones; todo esto en consonancia con la doctrina científica de aquí en juego con lo anterior, el artículo 196 de la Ley de Régimen del Suelo establece líneas de relación jerárquica entre órganos del Estado, pero no establece dependencia jerárquica entre los órganos de las entidades locales (Municipio y Provincia) y el Estado, pues en este

(15) Aparte programas, y fundamentalmente los independientes del Plan General (los de actuación urbanística).

(16) No obstante, se ha llegado a sostener la posibilidad de avocación y relaciones jerárquicas entre Administración estatal y local J. MARTÍN BLANCO, *Dictámenes y estudios de Derecho Urbanístico*, Madrid, págs. 177 y ss., M. A. MÚÑEZ RUIZ, *RDUS* Sobre el tema es de interés E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Madrid, 1979, págs. 335 y ss., en relación con las páginas 106 y ss.

caso la actuación es de simple tutela, indicando ese precepto legal, además, una línea jerárquica ordinaria compuesta de los siguientes grados.»

Y después de decir cuáles son los grados, añade que:

«Las principales consecuencias de esta relación jerárquica son: a) la potestad de los órganos superiores de dirigir con carácter general la actividad de los inferiores, mediante instrucciones y circulares—arts. 18 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 7.º de la Ley de Procedimiento Administrativo—; b) potestad de revisión de la actuación de los inferiores (art. 196, párrafo tercero, de la Ley de Régimen del Suelo), bien de oficio (artículos 109 a 112 de la Ley procedimental) o en vía de recurso; c) decisión de los conflictos de atribuciones entre los inferiores—art. 17 de la Ley de Procedimiento Administrativo—; y d) posibilidad de la delegación y avocación en los supuestos y con los requisitos que establecen los párrafos segundo y tercero del texto legal 196 mentado; ahora bien, circunscribiéndose al caso de avocación de competencias, la constituye el acto por el que un órgano administrativo asume temporalmente el ejercicio de una de las facultades que integran la competencia de un inferior jerárquico; lo que puesto en relación con el artículo 4.º de la Ley de Procedimiento de 17 de julio de 1958, claramente se desprende que este último precepto se limita a establecer que sólo se admitirá ‘en los casos previstos por las leyes’; y como quiera que el aludido artículo 196, número 3, se refiere a la asunción de la competencia para conocer de un asunto concreto que competa a un órgano jerárquicamente inferior, es de perfecta adecuación al caso que nos ocupa, atendido lo que se estatuye en el segundo pronunciamiento de la Orden de 8 de junio de 1973, que en nada atañe con la competencia objetiva de la Diputación Provincial de Tarragona, en lo concerniente con el plan comarcal a desarrollar por ella.»

Baste lo dicho, y resaltar, como bien hace la sentencia del Tribunal Supremo recogida, que el que se produzca una avocación en la competencia para aprobar definitivamente no afecta a la competencia municipal en cuanto no corresponde a los Ayuntamientos tal aprobación.

La sentencia no se refiere al Ayuntamiento, sino a la Diputación. Sin entrar en el problema concreto del supuesto de hecho, debe constatarse que se trataba de un plan intermunicipal.

2. Planes intermunicipales

El principio de competencia municipal quiebra en el caso de los planes intermunicipales, con mayor o menor amplitud según el tipo de plan. Aparte los proyectos de urbanización (que quedan, hay que entender, asimilados en esta problemática a los planes parciales), en primer lugar, los planes generales.

Los planes generales intermunicipales no se tramitan por los Ayuntamientos, sino por la Diputación Provincial respectiva. Aparte el problema

de planes interprovinciales y el alcance que deba darse a la aprobación inicial en relación con el acuerdo de redacción, el dato claro es que los Ayuntamientos, aunque hayan decidido la conveniencia de un plan que afecte a sus dos (o más) términos municipales, e incluso lo hayan redactado, deben someterlo a tramitación de la Diputación (40, a), Ley del Suelo; 126, 2, Reglamento de Planeamiento).

Tratándose de planes parciales, cuando dos (o más) Ayuntamientos están de acuerdo en el planeamiento intermunicipal, la competencia, no obstante, permanece en su ámbito (41, Ley del Suelo; 138, Reglamento de Planeamiento). Será la iniciativa privada la que, dotada por el Ordenamiento de una rara cualidad, determine la sustitución a favor de la Diputación (54, Ley del Suelo; 139, Reglamento de Planeamiento).

A este respecto es de singular interés *la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1976* (PONCE), en la que, refiriéndose a un supuesto anterior a la reforma de 1975 (que colocó a los efectos que ahora se analizan a la Diputación en el lugar de la Comisión Provincial de Urbanismo), se dirá:

«Que para resolver la competencia de la Comisión Provincial de Urbanismo, a fin de conocer y aprobar provisionalmente el mencionado plan parcial, es preciso partir del hecho de que el mismo afecta a dos Ayuntamientos—Andoaín y Urnieta—de la misma provincia de Guipúzcoa, y ante esta circunstancia única solución es la de que es correcta su competencia, pues así resulta de lo dispuesto en el artículo 42, número 2, de la Ley de Régimen del Suelo (hoy, art. 54), que dice: ‘si los planes afectaren a varios Municipios se presentarán en la Comisión Provincial de Urbanismo y seguirán el procedimiento establecido para los planes formados por dicho organismo; y en igual sentido se pronuncia el artículo 25 (hoy, 34) de esa misma ley cuando manifiesta que si las necesidades urbanísticas de un Municipio aconsejaren la extensión de su zona de influencia a otro u otros, en defecto de acuerdo entre las Corporaciones afectadas, la Comisión Central de Urbanismo, si se tratare de Municipios pertenecientes a distintas provincias, y a la Comisión Provincial respectiva, si pertenecieren a la misma, a instancia de aquel Municipio o de oficio, podrán disponer la formación de un plan de conjunto, e igual medida será aplicable cuando conviniera ordenar urbanísticamente alguna comarca; doctrina que también es acogida por reiteradas sentencias del Tribunal Supremo, en las que en concreto se vienen a declarar que si bien se atribuye en principio a los Ayuntamientos una competencia urbanística de carácter general y la específica para el conocimiento y consiguiente aprobación provisional en esta materia, ello no obsta para que la propia Ley del Suelo admita la posibilidad de que pierdan su competencia en los diferentes supuestos de transferencia de la misma, en favor de un órgano superior estatal, como sucede con la Comisión Provincial de Urbanismo, en casos como el que ahora se contempla.»

Debe señalarse que distinto del supuesto de plan intermunicipal, con acuerdo de los Ayuntamientos afectados, es el de *sustitución*, en razón de la falta de dicho acuerdo (art. 32 L. S.). Y a su vez es distinta esa sustitu-

ción (propiaamente dicha) de la alteración de competencias sin necesidad de que se acuerde la sustitución y con carácter automática por darse el presupuesto legal: redactar un promotor un plan y decidir presentarlo a tramitación.

Matizada la sentencia en el anterior sentido, tiene interés recoger el alcance que se da a los acuerdos y trámites:

«Al haber sido redactado el plan por 'Promotora del Oria, Sociedad Anónima'... y... al no tratarse de un plan que afectase sólo al término de Andoaín, la reserva de criterio sobre su conveniencia hecha a favor del Ayuntamiento se habría de entender quedaba trasladada a la Comisión Provincial de Urbanismo y también al organismo superior a ella, a los que se transfería la competencia en toda esta materia, y solamente procedía entonces dar audiencia a las Corporaciones interesadas, como aquí se hizo, mas sin que sus alegaciones puedan tener carácter vinculante.»

3. *Sustitución voluntaria*

Aun habiendo utilizado el imperativo «serán formuladas» el 31 de la Ley del Suelo, se admite la posibilidad de que el Ayuntamiento pueda encomendar la formulación a la Diputación Provincial o a la Comisión Provincial de Urbanismo. Debe distinguirse claramente cuándo se encomiendan simplemente los trabajos de redacción del plan a los técnicos de la Diputación o Comisión Provincial de Urbanismo de cuándo lo que se hace es ceder el ejercicio de la competencia para formular jurídicamente, y consiguientemente tramitar, el plan. Partiendo del segundo supuesto, y dejando a un lado los problemas que se podrían plantear (revocación, por ejemplo), parece que la interpretación permite una solución que deje en el criterio municipal la valoración de las causas que puedan justificar su acuerdo, como sería concretamente el que tal cometido exceda de las posibilidades del Ayuntamiento o Ayuntamientos.

En el sentido apuntado es de criticar la tesis que parece sostenerse en la *sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1979 (PONCE)* al aceptar lo considerado por la sentencia apelada:

«Igual inconsistencia jurídica es atribuir el aserto de que el hecho material de la subrogación se hubiera aceptado, a través de los actos que se expresan por el Ayuntamiento recurrente, puesto que, cualquiera que hubiera sido la conducta de éste en el referido aspecto, la circunstancia indicada de que la validez de aquélla se condiciona por la ley a determinados requisitos esenciales, aquí no cumplidos, impide que lo que, con desentendimiento absoluto de la normativa aplicable fue originado, pueda convalidarse por la mera voluntad expresa o tácita de los implicados en la cuestión a que el hecho subrogado afecte, pues entenderlo de modo contrario supondría dejar en manos de los mismos un remedio a través del cual sería viable la conculcación de normas no establecidas en beneficio exclusivo de aquéllos, razón esta última que excluye la virtualidad de toda renuncia o de-

jación de derechos por parte de la Corporación municipal, como la que se invoca por la resolución impugnada en su Considerando tercero, a la que no podía contribuir el hecho de que por la misma se reconociese su carencia de medios económicos para subvenir el gasto del planeamiento, pues la simple circunstancia de que tal planeamiento se haga por la Comisión Provincial de Urbanismo o, en su caso, por la Comisión del Area no supone sin más que quede exonerada aquélla de la obligación de afrontar el consiguiente desembolso, si es que no concurren circunstancias excepcionales debidamente justificadas en expediente instruido al efecto, según se dispone por el número 2 del artículo 26 de la referida ley.»

En verdad es excesivamente complicado no permitir al Ayuntamiento «renunciar» a su competencia a favor de la Comisión Provincial de Urbanismo, por ejemplo, estando de acuerdo las dos. Aparte principios de aplicación general, los supuestos concretos que ahora se analizan en base a lo que claramente se permite (31 de la Ley del Suelo) y la realidad específica de las situaciones que latén hacen difícil la posibilidad de revisar los acuerdos en los que se encomienda la formulación del plan, por parte de los jueces; al menos desde el punto de vista del fondo. La sentencia recogida evidentemente no trataba de tal supuesto, sino que simplemente pretendía buscar un argumento más para dar respuesta a un problema distinto, y de aquí que deba utilizarse con cuidado la doctrina general que a primera vista parece sostenerse.

4. *Sustitución forzosa*

El supuesto es distinto del de la voluntaria cesión de la competencia municipal, con los problemas que antes quedaran apuntados, y a su vez también distinta de aquellos casos en que el Ordenamiento automáticamente confiere la competencia a entidades no municipales; aunque nunca sean *tan automáticas*, ya que al igual que en el caso del silencio ante la petición de licencias, en el supuesto de planes parciales (aquí sin necesidad de silencio alguno por parte del Ayuntamiento) como presupuesto opera la petición de una persona privada; pero *no automáticamente*, al igual que en los supuestos que antes se vieron en relación con el expediente de inclusión en el Registro de Solares y otros.

Convicne distinguir en este momento el supuesto de proyectos del de los planes.

A) *Proyectos de urbanización.*

Según la Ley del Suelo (38 L. S.):

«Los proyectos de urbanización se redactarán con la antelación necesaria para que las obras a que se refieren puedan realizarse de acuerdo con los plazos previstos en el correspondiente programa de actuación.»

La inactividad administrativa municipal en orden a redactar y tramitar el correspondiente proyecto de urbanización (presuponiendo que la ejecución del plan general respecto del suelo urbano y del plan parcial respecto del urbanizable programado en el plan general o programa de actuación sea oficial), al ser necesario el proyecto para dar cumplimiento a lo dispuesto en el plan, supondrá una actitud reprochable que podrá, en base a los principios generales de los 5.º, 4, y 418 de la Ley del Suelo, determinar una subrogación. Y precisamente en base a dichos principios generales, ya que el artículo 38 de la Ley del Suelo es bien parco a la hora de establecer el presupuesto de hecho sobre el que pueda justificarse un acuerdo de subrogación. Esto último es lo que interesa subrayar en relación con los proyectos de urbanización, en contraposición con los planes: que por evidentes razones deben de existir respecto de determinado tipo de suelo, y que a falta de criterios concretos para determinar cuándo deban estar formulados, las valoraciones al respecto revierten necesariamente en los principios generales de la Ley del Suelo.

Así se ha enfocado el tema en la *sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1979* (DÍAZ EIMIL). En esta sentencia el Tribunal Supremo, después de salir al paso de un problema de inadmisibilidad, utilizando el principio *in dubio pro actione*, dirá:

«Que en cuanto al fondo, la sentencia apelada contiene un exhaustivo y matizado estudio de las disposiciones legales y reglamentarias, así como de la jurisprudencia que delimitan la competencia urbanística de los Ayuntamientos y de la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid para llegar a la conclusión de que este organismo carece de competencia directa para declarar que las obras de urbanización para la ejecución de un plan parcial municipal se realicen bajo el régimen de gestión pública por la propia Comisión, según el proyecto de urbanización que la misma redacta, con advertencia a los propietarios que el incumplimiento del plazo de tres meses señalado en el acuerdo definitivo aprobatorio del plan parcial para la presentación de los proyectos de compensación y reparcelación será causa determinante de su redacción de oficio, y tal conclusión debe ser aceptada y mantenida, dado que la doctrina en que se apoya, consistente en que las facultades urbanísticas subrogatorias que a dicha Comisión competen en el ámbito municipal no son directamente asumibles, sino que requieren como requisito habilitante, incumplido en el caso de autos, de un acto expreso de requerimiento al órgano municipal o la adopción, en su caso, del oportuno acuerdo de subrogación, tiene un sólido y acabado fundamento en los numerosos preceptos y decisiones jurisprudenciales que cita con impecable y certera sistematización, que justifica plenamente su declaración de nulidad de los acuerdos recurridos.»

Es decir, que la sustitución o subrogación tiene como requisito formal (pudiera decirse) un acto claro al respecto que sería el que produciría la sustitución. Acto—nótese—que se califica de requerimiento, lo que hace recordar la ejecución forzosa de actos administrativos (...).

El fundamento de la conclusión del Tribunal Supremo queda remitido a las consideraciones de la sentencia apelada que se confirma. Y, efectivamente, la sentencia (Audiencia de Madrid) puede considerarse de las mejores sobre el tema, por su claridad sintética y respaldo expreso en principio que se interpretan y sentencias que se han utilizado. Primero, en general, y luego, en concreto, en relación con COPLACO, se sostendrá:

«Que parando en primer y quizá definitivo lugar la atención enjuiciadora de la Sala en esa preferente causa formal de nulidad que se invoca como plena, en base al artículo 47, 1, a), de la Ley de Procedimiento Administrativo, se entra en una problemática con tanta claridad normada y decididamente resuelta por la doctrina interpretadora que, no obstante la trascendencia de la cuestión de fondo debatida, ha de bastar para su decisión el simple exponer de los inequívocos preceptos legales que la regulan y de los que directamente resultan las elementales razones que ya sirvieron a esta misma Sala para pronunciarse en relación con los mismos hechos en la sentencia a que después se hará referencia, que, efectivamente, *la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956*, vigente al tiempo a que se contrae la litis, siguiendo el permanente designio de la legislación específicamente dictada en regulación del régimen de las Corporaciones locales, establece en su artículo 202, reproducido en el 214 del actual Texto Refundido de 9 de abril de 1976, *la competencia primaria y genérica municipal en materia urbanística*, la cual viene desplegada a través de las normas comprendidas en el Capítulo II del Título I de aquella Ley, que atribuyen a las Corporaciones locales la facultad excluyente de redactar y aprobar inicialmente tanto los planes generales y parciales de ordenación urbanística de ámbito municipal como los proyectos de urbanización, para tras su publicidad someterlos a la sanción definitiva del órgano estatal correspondiente, con las incidencias procedimentales que en los oportunos preceptos se señalan, facultándose, en los artículos 40 a 42 de la Ley que se comenta, la iniciativa y colaboración particular para la formación de los planes, pero para ser elevados al Ayuntamiento y tramitados en la forma ordinaria.»

«Que frente a ese principio general de competencia municipal, cierto es que se ha abierto en la propia Ley un amplio y profundo cauce de excepcionalidad, y así reduciendo el problema a las *Comisiones Provinciales de Urbanismo*, por ser en su esfera de actuación donde con más claridad se refleja aquél, y haber sido, entre otras superiores, asumidas sus funciones por COPLACO, dentro del Área Metropolitana, conforme al artículo 6.º, g), de su Ley Reguladora de 2 de diciembre de 1963, la precitada Ley del Suelo, en el artículo 201, 2, confiere a ese órgano facultades de carácter informativo, gestor resolutorio y de fiscalización, dirigidas especialmente a orientar, fomentar e inspeccionar el planeamiento y la realización de las obras necesarias para el desarrollo urbano; en definitiva, a las de cooperación y tutela que a los órganos urbanísticos estatales reconoce el número 4 del artículo 5.º de la misma Ley, los que para el debido cumplimiento de esas obligadas funciones 'se subrogarán en la competencia de las Corporaciones lo-

cales cuando éstas no la ejercieren adecuadamente o su cometido exceda de sus posibilidades', según literalmente sigue rezando este último precepto y también se recoge en los 205, 206 y 208 de la propia Ley, los cuales en el amplio espectro con que los contempla la doctrina jurisprudencial, no obstante la interpretación restrictiva que impone la naturaleza irrenunciable de las normas de competencia—arts. 4.º y 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo—, implica, como ha declarado la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en sentencias, por citar algunas, de 20 de febrero de 1971, 19 de noviembre de 1973, 23 de abril, 1 de julio y 26 de septiembre de 1975 (todas vistas antes), la actuación de su contenido como único medio de poder cumplirse con efectividad por los órganos del Estado sobre quienes recae aquellas funciones fiscalizadoras; que como secuela de las mismas, en todo caso subsumida en ellas, y en emanación no de potestad jerárquica alguna, por ser inexistente, sino de razón tutelar, ha de reputarse en sí misma o como trámite habilitante de la subrogación en el ejercicio de las funciones municipales a que se refieren estas consideraciones la de 'requerir' al órgano municipal al fin urbanístico concreto de que se trate, como dice la Ley de 12 de mayo de 1956 respecto al otorgamiento y revisión de licencias municipales de obras, o, en todo caso, la adopción del oportuno acuerdo de subrogación, como resulta de los inequívocos términos del artículo 206 de la misma, reiterado en el 218 del Texto vigente, y sienta unánime jurisprudencia, manifestada, por ejemplo, en sentencias de 19 de junio, 26 de septiembre y 20 de octubre de 1975 y de 19 de enero y 25 de febrero de 1976 (ya vistas), que declara que esa actuación sustitutoria no sólo es potestativa, sino que está reglada en el modo y señalamiento de los órganos de transferencia de atribuciones.»

«Que esa indubitable postura legal que por su carácter de genericidad afecta a todo el ámbito urbanístico nacional no sólo permite—y de ahí su consignación—el comprender mejor las normas específicamente aplicables a los términos municipales que, como el de Alcorcón, integran el Área Metropolitana de Madrid, sino que es lógica y plenamente acogida en la más moderna regulación contenida en la Ley de 2 de diciembre de 1963 y su Reglamento aplicativo de 28 de septiembre de 1964 (en lo sucesivo, LAM y RAM, respectivamente), en la que después de concebir y crear la COPLACO como Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de la Vivienda, y atribuirle en el mismo artículo 1.º LAM la función de 'promover, acordar, orientar, impulsar y velar por la Ordenación Urbanística de dicha Área', la fiscalización de la actuación urbanística de las Corporaciones, Entidades y particulares—art. 3.º, 3, LAM—, orientar el desarrollo de los planes parciales y proyectos de urbanización, fiscalizar el cumplimiento del Plan General de Ordenación del Área y ejercer en el territorio a que extiende su competencia las facultades y atribuciones, resumen e integración de todas las anteriores que en el orden urbanístico, según la legislación vigente, corresponden, entre otros Organismos, a la Comisión Provincial de Urbanismo, como preceptúan, entre otros, el artículo 6.º, apartados c), d) y g), de la LAM, y 6.º, 4 y 5, del RAM, señala en armó-

nica articulación que la ejecución del Plan General de Ordenación del Area corresponde a los Ayuntamientos que la integran—artículos 11 LAM y 38 RAM—, competencia municipal que, como reflejo de la Ley del Suelo, en su especificación con el mismo rango en la que se comenta se desarrolla en los artículos 12, 13, 14 y 15 LAM y 6.º, 2; 40, 41, 42 y 43 RAM, confiriendo como propia la de redactar los planes parciales, los programas de actuación y los proyectos de urbanización, para, tras su aprobación inicial, someterlos a la definitiva de COPLACO, sin perjuicio de la iniciativa particular, en la forma ya señalada, y que se recoge en los artículos 40 a 42 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, y a que se remite el artículo 9.º LAM en su relación con el 6.º, 3, RAM, que, al igual que en la normativa general, consecuente es el legislador cuando en necesario complemento y cierre de esa preceptiva otorga a la Comisión del Area la función, derecho y deber de subrogarse en esas propias facultades municipales, y no sólo mediante la asunción de las atribuciones de la Comisión Provincial de Urbanismo, sino también al directamente ordenarse en los artículos 12, 4, y 13, 2, LAM, y 40, 6; 41, 3, y 42, 5, RAM, respecto a la elaboración de los planes parciales, programas de actuación y proyectos de urbanización, 'si no lo hicieren los Ayuntamientos respectivos en el plazo que al efecto se les señala', sustitución que, claro es, también en el ámbito del Area Metropolitana de Madrid, exige, ahora con más concreción, ese previo requisito que indican los anteriores preceptos y que obviamente implica un requerimiento que excluya el automatismo tan contrario a los supuestos de excepcionalidad a la propia y natural competencia y repudiado por la doctrina jurisprudencial ya citada y con gran significación en el artículo 206 de la citada Ley del Suelo, coincidente con el 218 del actual Texto Refundido.»

En definitiva, sobre la base que proporciona la Ley del Suelo (en su antigua redacción, en este punto igual) y la Ley y Reglamento del Area Metropolitana, la sustitución no puede producirse automáticamente, sin acuerdo al respecto por quien es competente (Comisión Provincial de Urbanismo o COPLACO).

B) Planes propiamente dichos.

En el supuesto de planes, la relación con los principios generales de la Ley del Suelo, sobre sustitución, y en la materia concreta en que nos encontramos de inactividad administrativa municipal en orden al planeamiento, se encuentra más especificada y concretada. Efectivamente, si se leen con detenimiento los artículos 36 y 37 de la Ley del Suelo, en relación con el 33 de la Ley del Suelo, se plantea la duda de si podría operar una sustitución en base al 5.º, 4, de la Ley del Suelo, aunque no se diesen los presupuestos y circunstancias del 33 y 36 ó 37 de la Ley del Suelo, o si, por el contrario, los últimos preceptos citados constituyen la necesaria especificación del principio general aplicable a otros supuestos directamente del 5.º, 4, de la Ley del Suelo. La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de este último es lo que parece entender.

Prescindiendo de esa posibilidad «escoba» de admitir la sustitución en defecto de los específicos supuestos de hecho previstos para el caso, tiene interés un breve apunte de cuáles sean esas específicas circunstancias.

Sin orden cronológico puede establecerse como primer requisito el dato subjetivo en un doble sentido: quién puede acordar la sustitución y a favor de quién puede operar (incluido el supuesto de autoatribución del ejercicio de la competencia municipal). La respuesta se encuentra en el 33 de la Ley del Suelo, en relación con el 123 del Reglamento de Planeamiento, que matiza, incluso parece que en contradicción con el 209 de la Ley del Suelo, en el sentido de atribuir la sustitución a quien hubiese establecido un plazo para la formulación del plan. Aparte a quién pueda atribuirse o autoatribuirse (33 L. S.) el ejercicio de la competencia municipal, el hecho de que deba (alguien: el órgano competente) acordarse la sustitución ya indica que no puede operar automáticamente. En relación con esto está, por un lado, el carácter expreso que deberá tener el acuerdo de sustitución, y por otro, los presupuestos de dicho acuerdo.

En general, y en relación con el tema de la *sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1979* (PONCE), al aceptar los Considerandos de la apelada, considerará:

«Que tampoco es válida la razón consignada en expresada resolución cuando, reconociendo esa necesidad antes dicha de formal subrogación por la Comisión de Planeamiento en la competencia urbanística del Ayuntamiento, sostiene que el hecho mismo de adoptar el acuerdo de redacción del plan suponía el acto formal constituyente de aquélla, toda vez que de cuanto anteriormente se razona ha de inferirse que son cosas harto diferentes la intención de aquel organismo de que la subrogación se produjera y la necesidad de que para materializarla y llevarla a efecto hubieran de cumplirse con anterioridad los requisitos condicionantes a que se ha hecho cumplida referencia.»

Hay, pues, presupuestos que deben cumplirse y que se resumen en el incumplimiento de plazos para la formación del plan (36 y 37 de la Ley del Suelo, en relación con el 33 L. S.). Es discutible en qué consista el incumplimiento (para la repetida sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1979, parece que el dato a tener en cuenta es la aprobación inicial, prescindiéndose de si no se hubiera aprobado provisionalmente el plan), pero lo incuestionable es la necesidad de que existiera prefijado un plazo (para redactar el plan y aprobarlo inicialmente) a falta de plazo *prefijado* no podría operarse la sustitución y el acuerdo al respecto sería inválido.

No sólo, por tanto, acuerdo al respecto, sino previo incumplimiento de un plazo prefijado como presupuesto de dicho acuerdo. Esto es lo que viene a quedar patentemente subrayado en la últimamente repetida *sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1979*, al sostener, siguiendo a la apelada:

«Que la más trascendente causa de nulidad del plan impugnado de entre los que se articulan en los escritos de demanda es la contenida en el del segundo de los recurrentes, y que se refiere a la incompetencia de la Comisión de Planeamiento y Coordina-

ción del Area Metropolitana de Madrid para la elaboración y consiguiente aprobación inicial de aquél, dada su posible incidencia en el apartado a) del número 1 del artículo 47 de la L. P. A., y al examinar su proyección en el caso actual es decible que aunque sea cierto que el término municipal de Batres resulta excluido del concreto territorio sobre el que aquélla ejerce las específicas funciones insertadas en la Ley de su creación, a dicha Comisión incumbe además, respecto de esos Municipios cuyo territorio se excluye, idénticas funciones a las que corresponden a las Comisiones Provinciales de Urbanismo, según el número 1 del artículo 30 del Reglamento de dicho Texto legal, lo que, en principio, podría determinar su competencia para elaborar los planes urbanísticos municipales cuando los Ayuntamientos respectivos no lo hubiesen confeccionado, que es trasunto de lo que, por su parte, dispone el artículo 26 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 (hoy, art. 33 L. S.), vigente en la ocasión de autos, con evidente consecuencia de plena subrogación que, efectivamente, legitima el actuar de referida Comisión en la materia tratada; pero por lo mismo que tales subrogaciones no pueden nunca presumirse y, por ende, han de considerarse siempre establecidos con indudable carácter restrictivo, puesto que su efecto inmediato e irreversible es dejar simultáneamente desposeída a la Entidad local por ella afectada de su privativa y excluyente competencia para la ordenación urbanística de su territorio, como auténtica excepción, por lo demás, al principio general consignado en el artículo 202 de la Ley últimamente citada (hoy, 214), según el cual 'la competencia urbanística de los Ayuntamientos comprenderá todas las facultades que, siendo de índole local, no hubiesen sido expresamente atribuidas por la presente Ley a otros Organismos', de donde se infiere que en cualquier caso esa subrogación no puede dejar de hallarse concretamente establecida por la correlativa norma que la autorice, y vista la inequívoca literalidad del precepto en que el Órgano subrogado en esta ocasión se amparaba, es necesario estar insoslayablemente al condicionamiento en el establecido.

Que hay que significar, a este respecto, que el 29, 2 (hoy, 36), de referida Ley sobre Régimen del Suelo dispone que los planes generales de ordenación de Municipios cuyo censo de población es—como el de Batres—inferior a 50.000 habitantes se redactarán en los plazos que fijen las Comisiones Central o Provincial de Urbanismo, y, tenga tal carácter el cuestionado o el simple plan especial—que es problema igualmente discutido por las partes—, la misma normativa le es aplicable, toda vez que el artículo 30 de la propia Ley prescribe que, a falta de previsión en el general, acerca de dicho plazo de formación del especial, éste se determinará por una u otra Comisión, siendo de esto deducible que, como quiera que el número 1 del artículo 26 de aquélla dispone que la repetida facultad subrogatoria de que COPLACO hizo uso constituyó un remedio simplemente supletorio para el exclusivo supuesto de que tales planes municipales, sin distinción alguna en relación con su ámbito territorial, no fueran formados por los Ayunta-

mientos dentro de aquellos plazos, hasta tanto se hubiera señalado para cada caso concreto un término para su elaboración y consiguiente aprobación inicial, puesto que el Ordenamiento jurídico citado no lo tiene establecido, y hubiere transcurrido aquél, conforme exigen las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1968 y 23 de junio de 1972, y se impone—incluso tratándose de Ayuntamientos cuyo territorio forma parte del Area Metropolitana—por el número 4 del artículo 12 de la Ley creadora de éste y número 3 del 41 de su Reglamento, donde expresamente se hace referencia al plazo que, al efecto, 'se le señale'; de ello aparece incontestable la afirmación de que esa legal subrogación no pudo válidamente producirse sin previo señalamiento de aquél, porque en otro supuesto no es posible entender que la Corporación municipal hubiese hecho abdicación de su genuina competencia, que es, en definitiva, lo que determina la automática asunción de ésta por el Órgano aquí demandado, al extremo de que, abstracción hecha de este condicionado evento, la actividad de aquél en orden a la elaboración de un planeamiento no puede legalmente producirse, a menos que la entidad local, investida de la citada potestad, lo hubiese encomendado de modo expreso y voluntario la formación del correspondiente plan, conforme autoriza el número 2 del artículo 24 de la repetida Ley de 12 de mayo de 1956.»

Debe resaltarse que la sentencia se refería a un supuesto de plan general, quedando claro que en tales supuestos, según la propia Ley del Suelo, la competencia para fijar cuál es el plazo viene diferenciada según el criterio de la capitalidad o el número de habitantes de la población. Respecto de los planes parciales, no obstante, la precisión apuntada no deriva de la Ley del Suelo, sino del Reglamento de Planeamiento (artículo 136).

Por otro lado, sólo se prevé respecto de los planes parciales el que sean instrumentos de planificación superior los que fijen el plazo. Aparte el tema de si tal plazo pudiera ser modificado por vía de acto administrativo, y el que deban añadirse a los instrumentos previstos las normas subsidiarias (32, Reglamento de Gestión; 5 y 43, 4, Reglamento de Planeamiento), e incluso la posibilidad en el caso de planes generales de que el plazo venga impuesto en un superior plan director territorial (...), debe quedar claramente señalada la relación que presenta el tema del señalamiento del plazo con el de la esencia y contenido, por un lado, del plan en cuestión, y por otro, del acuerdo de redacción. Efectivamente, sólo tiene sentido admitir el señalamiento de un plazo cuando el plan *deba de existir*, y al mismo tiempo la competencia para establecer el plazo supone una limitación e incidencia en la competencia para acordar la redacción del plan, ya que ésta presupone la de decidir si debe existir o no y cuándo es oportuno que exista el plan de que se trate (17).

(17) Ello llevaría al tema de los Planes Intermunicipales Interprovinciales. Baste señalar que éstos, en defecto de acuerdo de los Ayuntamientos cuyos términos municipales están implicados, pueden imponerse en los términos y por quienes se señala en el artículo 32 L. S. Pues bien, implicando la imposición de un plazo en un plazo, en último término la imposición del plan, la relación entre el artículo 32 y los artículos 36 y 37 L. S. es inevitable, advirtiéndose la no coincidencia de órganos competentes para imponer el Plan a pesar del intento—más o menos consciente—de los artículos 124 y 137 del Reglamento de Planeamiento.

Debe matizarse la afirmación de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1979, al hablar de «automática asunción» de «la genuina competencia municipal», que parece venir determinada por «la abdicación» del Ayuntamiento al incumplir el plazo. Tendría interés una relación de la inactividad con la sustitución voluntaria, pero en un campo muy abstracto y dogmático. Lo que no puede tenerse por válido es afirmar el carácter automático de la sustitución por incumplimiento del plazo preestablecido; es requisito que sobre ese presupuesto se acuerde efectivamente la sustitución expresamente. La propia sentencia así lo hace ver si se analiza en todo su contexto. Por demás, el supuesto es fácilmente relacionable con el de paralización del procedimiento de inclusión de solares en el registro y de no formación de proyectos de urbanización, antes vistos, y en relación con los principios generales interpretativos (*).

(*) En prensa las anteriores líneas, la publicación del Real Decreto-ley 3/1980, de 14 de marzo, hace que deba de tenerse en cuenta, aunque más que aclarar algunos de los puntos confusos señalados viene a complicarlos aún más.

3.º JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

CUOTA TRIBUTARIA.—RECARGO POR DOCUMENTO PRIVADO. EL RECARGO DEL 20 POR 100 QUE EL ARTICULO 72 DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO PREVE PARA LAS TRANSMISIONES DE BIENES INMUEBLES Y DERECHOS REALES QUE SE FORMALICEN POR DOCUMENTO PRIVADO, NO DEBE INCLUIRSE EN EL CONCEPTO DE CUOTA TRIBUTARIA A EFECTOS DE DETERMINAR LA BASE PARA EL COMPUTO DE HONORARIOS, MULTAS Y SANCIONES CONSISTENTES EN UN RECARGO SOBRE LA CUOTA (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1978).

Hechos.—La cuestión fundamental planteada en apelación consiste en la determinación de los conceptos de cuota y deuda tributaria regulados en la Ley General Tributaria, para poder decidir si puede comprender el concepto de cuota determinados recargos, a efectos de obtener las cantidades resultantes por multas, sanciones y honorarios.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas, entiende que, a los efectos indicados, no deben incluirse en la cuota determinados recargos, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que tanto el Tribunal Económico-Administrativo Central como la sentencia apelada sostienen que en el concepto de cuota tributaria puede ser incluido el recargo del 20 por 100 que se establece en el artículo 72 del Texto Refundido del Impuesto, incrementándose así la base para el cómputo de los honorarios y multas y sanciones consistentes en un recargo sobre la cuota, mientras que el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Málaga y el recurrente estiman que tal inclusión implica un aumento ilegal de la cuota tributaria.

Considerando que ambas posiciones parten del examen de la normativa fundamental constituida por la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, cuyo artículo 58 distingue entre la cuota definida en el artículo 55 y la deuda tributaria, llegando, sin embargo, a conclusiones contrapuestas, pues para la parte recurrida si bien una interpretación gramatical puede conducir a la tesis de la no inclusión del recargo en el concepto de cuota, sostiene la diferenciación de casos según la clase de recargos por sus especiales características, por lo que cuando se trata de recargos identificados por su finalidad con la deuda tributaria, constituirán un incremento legal de la cuota, como acontecería en el caso presente en relación con el recar-

go previsto en el artículo 72 del Texto Refundido citado de Transmisiones Patrimoniales respecto a los bienes inmuebles formalizados en documento privado.

Considerando que no obstante esta distinción, que puede interesar a otros efectos, en cuanto a la delimitación del concepto de cuota definida por el artículo 55 de la misma Ley General Tributaria, este precepto ha de ser interpretado conjuntamente con el ya citado artículo 58, ya que el criterio de interpretación del contexto resulta obligado según el artículo 3, 1, del vigente Código Civil, redacción de 1974, norma a la que también conduce el artículo 23 de la repetida Ley General Tributaria, que ordena interpretar las normas tributarias conforme a los criterios admitidos en Derecho, añadiendo el mismo precepto que en tanto no se definan por el ordenamiento tributario los términos empleados en sus normas se entenderán en el jurídico, técnico o usual, por lo que al definirse en el citado artículo 58 de la propia Ley Tributaria, con clara separación, los conceptos de cuota y deuda tributaria, por la enunciación de los diferentes elementos que además de la cuota integran la deuda tributaria, no es posible prescindir de esta norma específicamente encaminada a resolver la cuestión.

Considerando que tampoco cabe aceptar el argumento derivado de la disposición final segunda de la propia Ley General Tributaria, pues la refundición en un tipo único de todas las exacciones y recargos a que alude, trata de resolver un problema diverso del examinado, como lo evidencia que sería imprescindible fuesen contradictorias esta disposición final, de alcance más limitado y recaudatorio, con el fundamental artículo 58.

EXCESO DE CABIDA.—EXPEDIENTE DE DOMINIO. APLICABILIDAD DE LA EXENCION PREVISTA EN EL ARTICULO 65-1, 14, DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1978).

Hechos.—Sobre la base de que con arreglo al artículo 55, 6, del Texto Refundido del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, de 6 de abril de 1967, se consideran transmisiones onerosas—liquidándose según la naturaleza y clase de bienes de que se trate—los expedientes de dominio, la cuestión debatida en el presente recurso se centra en determinar si, conforme al artículo 65, número 14, del apartado 1, del citado Texto Refundido, se halla exento del Impuesto el expediente de dominio objeto del mismo, tramitado a instancia de los actores y apelantes, y en el que el Juzgado de Primera Instancia declaró justificado el dominio a favor de dichas señoras, a efectos registrales, por un exceso de cabida en la finca propiedad de aquéllas a que el mencionado expediente se refiere.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Luis Vacas Medina, revocando la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona, se muestra partidario de aplicar la exención pretendida en base a la siguiente:

Doctrina de la sentencia.—Considerando que el meritado artículo 65-1, número 14, del Texto aludido dispone que están exentos del tributo los expedientes de dominio cuando se acredite haber satisfecho el Impuesto por la transmisión cuyo título se supla con ellos y que se alegue como tal en el expediente y por los mismos bienes que sean objeto de dicho expe-

diente; de donde se infiere que para que pueda ser aplicable la exención discutida han de darse fundamentalmente los dos siguientes requisitos: 1.º, que se demuestre haber sido abonado el tributo por la transmisión cuyo título se suple, y 2.º, que sean los mismos bienes aquellos cuya transmisión fue liquidada y los que fueron incluidos en el expediente de dominio.

Considerando que en el supuesto debatido concurren evidentemente los dos reseñados requisitos determinantes de la existencia de la exención cuestionada, ambos documentalmente probados por la parte interesada: el primero porque las señoras demandantes abonaron las cartas de pago números 1.404 y 10.371, respectivamente, el 15 de febrero de 1961 y el 4 de septiembre de 1962, al adquirir la finca por título de herencia, en cuanto a la nuda propiedad, por el fallecimiento de su madre, y en cuanto a la extinción del usufructo viudal asignado a su padre, por fallecimiento de éste, lo que demuestra que aquéllas satisficieron el correspondiente Impuesto por la transmisión de la referida finca, y el segundo porque la finca se hallaba inscrita a nombre de las recurrentes en el Registro de la Propiedad con el número 835 del término municipal, y el auto de 12 de febrero de 1974, que puso fin al expediente de dominio por exceso de cabida, se inscribió también en la propia finca número 835, lo que patentiza que se trata del mismo inmueble, con idéntico número de orden y con iguales características de individualización registral, independientemente de que la indicada finca haya experimentado segregaciones que, desde el punto de vista tributario, han podido tener otras consecuencias fiscales; debiéndose advertir al efecto que referirse ahora a inmuebles distintos supondría contradecir abiertamente la resolución del Juez de Primera Instancia que opera sobre una sola descripción de la finca, determinada en el primer resultando del auto dictado, al que se remite la parte dispositiva del mismo.

TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO.—LA ADQUISICION DE LOS DERECHOS ARRENDATICIOS SOBRE DETERMINADO LOCAL EN BASE A CESION O TRASPASO TRIBUTA POR EL NUMERO 20 DE LA TARIFA DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1978).

Hechos.—Partiendo, para resolver la litis, de la conformidad de las partes en que el acto a liquidar consiste en un traspaso de local de negocio mediante precio, con la conformidad del arrendador propietario, la única cuestión a decidir consiste en la aplicación que procede de la tarifa del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, Texto Refundido de 6 de abril de 1967, pues según la Administración, es la número 2 aplicable a las transmisiones a título oneroso de bienes muebles y semovientes, créditos y derechos no especificados expresamente en la tarifa, mientras que según la parte recurrente y aquí apelada es la número 20 referente a arrendamientos.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas, se muestra partidario de aplicar el número 20 de la tarifa en base a la siguiente:

Doctrina de la sentencia.—Considerando que la Administración estima más fundada la procedencia de la mencionada tarifa número dos, partiendo de la aplicación al caso del artículo 55, número 9, del citado Texto Refundido, que considera transmisiones onerosas a liquidar según la naturaleza y clase de los bienes y derechos de que se trate, «los traspasos de locales de negocio, incluso cuando el adquirente sea el propietario del inmueble que ejercita el derecho de tanteo y retracto», y, en cambio, la sentencia apelada funda la aplicación del número 20 de la tarifa en base a quedar comprendido el traspaso en la enumeración que formula de «la constitución, prórroga, subrogación y cesión de arrendamiento de bienes, obras, servicios, derechos o aprovechamientos de todas clases», al estimar que el traspaso de local de negocio, según el artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente de 24 de diciembre de 1964, consiste en la cesión mediante precio de tales locales hecha por el arrendatario a un tercero, el cual quedará subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento.

Considerando que a la tesis de la sentencia apelada no se opone que se considere transmisión onerosa el traspaso de locales de negocio según el invocado artículo 55, número 9, ya que esta norma lo único que obstaculiza es la configuración del traspaso como transmisión a título gratuito, norma congruente con el artículo 29 citado de la Ley Arrendaticia, que exige el precio como elemento interviniente para reconocer el traspaso con los efectos vinculantes que resultan de dicha normativa arrendaticia.

Considerando que, por otra parte, el artículo 54 del Texto Refundido de Transmisiones Patrimoniales incluye entre los actos sujetos a subrogación y cesión de bienes y derechos de todas clases, actos entre los que hay que estimar comprendido el traspaso de local de negocio al tratarse de una cesión mediante precio de los derechos del arrendatario, con subrogación en los mismos del adquirente en traspaso, y en cuanto a la posible aplicación de la tarifa número dos, ésta expresamente excluye las transmisiones onerosas que ya resulten de otro número de la tarifa, por lo que existiendo en la número 20, como se ha visto, la subrogación y cesión de arrendamientos de bienes, es forzoso aplicar esta tarifa como específicamente prevista para toda suerte de tales cesiones, pues no resultan excluidas de la misma las referentes a locales de negocio por medio de su traspaso.

C. M. A.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

COMPROBACION DE VALORES: EL DICTAMEN DE ARQUITECTO HA DE SER RAZONADO, NO BASTANDO LA MERA EXPRESION DE VALOR DE LOS BIENES (RESOLUCIÓN DE 22 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de Almería una primera copia de escritura por la que la Sociedad Requena y Martínez, S. A., compró en precio de 60.000 pesetas una finca calificada como rústica, con una extensión superficial de 2.835 metros cuadrados.

La Abogacía del Estado instruyó expediente de comprobación de valores utilizando el medio ordinario señalado por el número 12 del artículo 117 del Texto Refundido, solicitando la valoración del Arquitecto Jefe de los Servicios del Catastro de Urbana, quien calificando dicha finca como solar emitió su informe, valorándola a razón de 350 pesetas metro cuadrado, aunque sin expresar las razones tenidas en cuenta para obtener dicho resultado, que ascendió en total a la cantidad de 992.250 pesetas. Este valor fue aprobado como resultado de la comprobación y fijado como base liquidable, no obstante haber emitido informe el Aparejador del Catastro, en el que teniendo en cuenta la real situación de la finca reduce dicho valor a la cantidad de 510.000 pesetas.

Notificado el anterior acuerdo de fijación de base liquidable, se promovió reclamación económico-administrativa contra el mismo por estimar la valoración sumamente elevada y desproporcionada con relación a los datos catastrales, solicitándose por otrosí que por el Ingeniero Agrónomo al servicio de la Hacienda y pagando los gastos que se originasen, se gire una visita al terreno objeto del informe, a fin de evitar una falsa imagen de las tierras adquiridas.

El Tribunal Provincial acordó desestimar la reclamación, por entender que se habían cumplido los requisitos previstos reglamentariamente para la comprobación de valores.

El contribuyente recurre en alzada por escrito, en el que sustancialmente insiste y reitera sus anteriores alegaciones en orden a la naturaleza rústica

de las tierras, así como en la práctica de la tasación en su día igualmente propuesta como prueba.

Doctrina de la resolución.—El Tribunal Central estima el recurso en el sentido de anular la comprobación de valores para que se practique de nuevo utilizando el medio ordinario que se estime oportuno, sujetándose en su práctica a las prescripciones reglamentarias, por lo siguiente:

«Considerando que en cuanto a la primera cuestión, cuya decisión estimatoria lleva consigo las de las restantes, es de tener en cuenta que, como se razona reiteradamente en diversas resoluciones de este Tribunal, y concretamente, entre otras, en las de 27 de noviembre de 1973 y 26 de septiembre de 1975, el mero examen del medio de comprobación empleado, artículo 117, número 12, del vigente Texto Refundido de 6 de abril de 1967, pone de manifiesto que no se ha utilizado en la forma procedente, ya que, como afirma igualmente la resolución de este Tribunal de 14 de noviembre de 1969, concorde con las de 13 de marzo y 19 de junio del mismo año y seguida luego por la de 7 de junio de 1973, la valoración de que se trata no debe limitarse a la mera expresión del valor de los bienes transmitidos, sino que ha de ser razonada por el funcionario técnico que la practica, con tanto más motivo si se tiene en cuenta la desconformidad y oposición del interesado, y que tal procedimiento de valoración constituye la única forma de que el avalúo pueda ser estimado o no por la autoridad de resolución, según las reglas de la sana crítica, conforme al artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable como legislación procesal supletoria; infracción forma la anterior que por afectar al procedimiento, que es materia de interés público y general indefensión, debe ser apreciada y declarada de oficio por este Tribunal, al amparo de la facultad revisora al mismo reconocida por el artículo 46 del Reglamento procesal, con mayor motivo cuando el interesado ha manifestado expresamente su oposición al resultado de la comprobación, cual sucede en el presente caso.»

«Considerando que ante la presente conclusión anulatoria del acto administrativo reclamado, resulta innecesario el conocimiento de los restantes motivos alegados por la sociedad reclamante en orden a la naturaleza urbana o rústica de la finca transmitida y a la competencia de un Ingeniero Agrónomo para realizar la valoración, así como en cuanto a la admisión y práctica de la prueba en su día propuesta, por venir todas estas cuestiones resueltas de hecho ante el fallo anulatorio de la comprobación de valores objeto de la reclamación.»

COMENTARIO.—Continúa el Tribunal Central en el año 1976 reiterando su doctrina acerca de los requisitos que ha de reunir el dictamen valorativo del número 12 del artículo 117 del Texto Refundido. Y continúan produciéndose en la práctica los dictámenes sin cumplir los requisitos mínimos que exige todo dictamen.

Acerca de este tema ya nos pronunciamos en otra ocasión al comentar una anterior resolución que sentaba la misma doctrina.

Ahora reiteraremos que la principal causa de que en la práctica no se cumplan los mínimos requisitos del dictamen valorativo y de que éste se limite al señalamiento de una cifra de valor, es la utilización masiva por parte de la Administración de este medio ordinario de comprobación de valores. No nos referimos, naturalmente, a las Oficinas Liquidadoras, sino

a orientaciones de órganos superiores acerca de la utilización de dicho medio de comprobación. Y, claro está, si la utilización es masiva, una de dos, o se necesita un verdadero ejército de técnicos al servicio de la Hacienda, que valoren con minuciosidad, lo cual es antieconómico desde el punto de vista de la organización administrativa, o los técnicos tienen que abreviar en la realización de su cometido para evitar la paralización de trámites.

Lo lógico entonces es utilizar el citado medio de comprobación de una forma selectiva, es decir, para aquellos casos en que otros medios ordinarios no reflejen un valor adecuado, pero no siempre, pues si así fuera seguiríamos en la práctica con los dictámenes que sólo tiene de tal el nombre. No desconocemos que el medio del número 12 del artículo 117 del Texto Refundido es un medio ordinario de comprobación, a diferencia de la tasación pericial contradictoria, pero una cosa es «medio ordinario» y otra «medio utilizable en todo caso». Todos los apartados del artículo 117 se refieren a medios ordinarios de comprobación, y eso no quiere decir que se tengan que utilizar necesariamente todos a la vez.

Esta utilización selectiva del medio del número 12 requiere que los medios que se utilicen en sustitución del mismo arrojen un valor adecuado, para lo cual sería muy conveniente que los Índices de Precios Medios se actualizaran debidamente. Ya dijimos en otro lugar que en algunas zonas las Oficinas Liquidadoras utilizan prudentemente unos Índices de Valores Medios tomados de anteriores valoraciones, y esto no ha planteado ningún problema en la práctica, lo que revela la conveniencia de su generalización.

A pesar de todo lo dicho, hay que reconocer que no es muy disculpable, después de la reiteradísima doctrina del Tribunal Central, que los dictámenes valorativos se emitan sin expresar criterio alguno explicativo de la valoración realizada. Como no es un dictamen a efectos de tasación pericial contradictoria, el Tribunal Central no exige, acertadamente, que el dictamen sea profundo y detallado, sino que se conforma con la expresión de los elementos de juicio tenidos en cuenta, la unidad de valor utilizada para llegar al resultado, los índices correctores según las zonas, referencia a las características de las fincas y algún otro detalle más, según la especialidad del caso. Se trata de tres o cuatro líneas, que poco retrasarían el trabajo del técnico y, sin embargo, con ello se conseguirían tres objetivos fundamentales: 1.º La garantía del contribuyente, que podrá decidir si reclama o no en vista del razonamiento seguido por el técnico, pues le permitirá comprobar si, a su juicio, ha existido o no error en el dictamen. 2.º La posibilidad, por parte del Liquidador, de decidir si recurre o no a otro medio de comprobación y si da prevalencia o no a otro de los medios utilizados; en general, el medio que refleje un mayor valor viene siendo considerado por la Hacienda como el «verdadero valor», pero esto no tiene por qué ser necesariamente así: si con arreglo a las normas de la sana crítica salta a la vista el error o irregularidad del dictamen, debe corregirse o utilizarse otro medio de comprobación, antes de ser elevado a base imponible del Impuesto. 3.º La posibilidad, por parte de los órganos de reclamación, de contar con elementos de juicio suficientes para decidir si el dictamen valorativo ha seguido o no criterios objetivos y lógicos, detectando si existe o no error o arbitrariedad en el resultado obtenido.

En el caso de esta resolución, el recurrente había planteado también otro problema, consistente en que, según él, el Arquitecto del Servicio de

Valoración Urbana de Hacienda no era competente en este caso para valorar la finca, sino que debía haberla valorado el Ingeniero de Catastro de Rústica de la misma Delegación de Hacienda. Cuestión interesante, pues el número 12 del artículo 117 del Texto Refundido exige que el técnico que valore tenga «título adecuado a la naturaleza de los bienes», por lo que si la finca es urbana, la valoración corresponde al Arquitecto, y si es rústica, al Ingeniero.

El Tribunal Central entiende en este caso que no hay necesidad de entrar en este problema, diciendo en el último «considerando» que se trata de una cuestión «resuelta de hecho ante el fallo anulatorio de la comprobación de valores objeto de la reclamación».

Nosotros entendemos que se trata de una cuestión no resuelta, pues al anularse la comprobación de valores y procederse a la utilización reglamentaria del medio de comprobación pertinente, volverá a replantearse si la finca es rústica o urbana y si el que tiene título adecuado para valorar es el Arquitecto o el Ingeniero.

Sin embargo, la solución que da el Tribunal Central tiene cierta justificación en todos aquellos casos, como el presente, en que se trata de fincas situadas en toda esa zona intermedia en que se confunde lo rústico con lo urbano o lo urbano con lo rústico. En nuestra opinión, no constando con claridad la naturaleza de la finca, tan competente es, en principio, para valorar, el Arquitecto como el Ingeniero. Lo que ocurre es que al examinar el dictamen emitido por uno u otro, si contiene los requisitos reglamentarios, habrá elementos de juicio suficientes, tanto para el contribuyente como para los órganos de gestión y de reclamación, para decidir si ha habido o no error en el criterio de valoración seguido. Por esa razón, es en el momento en que se emite el dictamen con el detalle mínimamente exigido cuando podrá el contribuyente reclamar contra el mismo, por entender que ha habido un exceso de valoración de la finca si es que se ha conceptualizado como urbana siendo que en realidad es rústica. Desde esta perspectiva es acertada la decisión del Tribunal Central, pero se debería haber hecho la matización correspondiente para evitar confusiones a la hora de relacionar uno y otro problema, pues una cosa es la cuestión de los requisitos reglamentarios del dictamen del número 12 y otra la cuestión del «título adecuado a la naturaleza de los bienes», que repercute en la competencia del técnico que ha de emitir el dictamen.

COMPROBACION DE VALORES: EL DICTAMEN DE ARQUITECTO HA DE SER RAZONADO, NO BASTANDO LA MERA EXPRESION DE CIFRAS DE VALORACION. EL RESULTADO DE LA COMPROBACION DE VALORES DEBE SER NOTIFICADO AL CONTRIBUYENTE CON SEPARACION DE LA LIQUIDACION, POR TRATARSE DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DISTINTOS (RESOLUCIÓN DE 29 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—Por escritura pública otorgada en La Coruña, la entidad mercantil «Fertilizantes de Iberia, S. A.», llevó a cabo la declaración de obra nueva de su factoría, así como la agrupación de varias fincas. Presentada la anterior escritura en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de La Coruña, se requirió la valoración del Arquitecto del Servicio de Valoración Urbana, que emitió su dictamen señalando las cifras corres-

pondientes de la agrupación y obra nueva, sin hacer referencia, en ninguno de los supuestos, a criterio de ponderación alguna y sin diferenciar las distintas partes del razonamiento en que tal valoración se apoyaba. En su momento, y sin notificar previamente el resultado de tal comprobación de valores, la Abogacía del Estado de La Coruña giró liquidación por el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados por los referidos conceptos.

Notificada la anterior liquidación, la entidad contribuyente interpuso reclamación económico-administrativa, alegando que debía aplicarse la bonificación del cincuenta por ciento a la liquidación, por tratarse de industria acogida a los beneficios de «interés nacional».

El Tribunal Provincial de La Coruña acordó desestimar la reclamación porque había transcurrido con exceso el plazo de seis años previsto por el correspondiente Decreto para que la empresa pusiera en funcionamiento sus instalaciones.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada por entender el contribuyente que una cosa es poner la fábrica en funcionamiento y otra declarar formalmente una obra nueva, el Tribunal Central no entra en esa cuestión, sino que, al amparo de la revisión de oficio de las cuestiones que prevé el artículo 46 del Reglamento de Procedimiento de 1959, anula el fallo del Tribunal Provincial por haberse dictado el acto de la Oficina gestora prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, y concretamente por lo siguiente:

«Considerando que una vez más ha de indicarse que es criterio reiterado de este Tribunal Central, en adecuada aplicación de los artículos 85 y 89 del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959 y del artículo 121-2 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, el de la necesidad de notificar por separado, por tratarse de actos administrativos distintos, el resultado de la comprobación administrativa de valores y las liquidaciones que como consecuencia del mismo pudieran practicarse, haciendo incidir de nulidad las actuaciones administrativas que se hubieran llevado a cabo con evidente infracción de tales normas legales. La consecuencia legal de omitir tal trámite en el expediente ha de ser así necesariamente la de reponer el expediente al trámite en que se hubiera cometido la infracción procesal, que en el presente caso se encuentra constituido por dicha conjunta notificación de ambos actos administrativos, sin que en tal supuesto pueda ser permitido el poder decidir sobre la cuestión de fondo que cualquiera de los interesados plantee, porque ello equivaldría a su convalidación, en marcada oposición y desacuerdo con la indicada declaración de nulidad, por lo que resulta evidente la incongruencia del fallo recurrido y la nulidad de actuaciones que se denuncia, que consecuentemente lleva implícita la de los actos administrativos en que se estime cometida la infracción formal determinante de su nulidad.»

«Considerando que la infracción denunciada, al no notificar al contribuyente el resultado de la comprobación de valores o del acto administrativo de aprobación del expediente de dicha comprobación de valores, tiene la suficiente entidad para fundamentar la nulidad de lo actuado, según constante afirmación de este Tribunal (resoluciones, entre otras, de 12 y 26 de noviembre de 1970 y 6 de marzo de 1975), conforme al artículo 61 del Reglamento de Procedimiento, ya que puede dar lugar a la indefensión del sujeto pasivo de la deuda tributaria, el cual tenía a su alcance, de haber

sido notificado en forma, el solicitar la tasación pericial contradictoria, conforme al artículo 129 del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967, o promover sin más la reclamación contra tal acto administrativo.»

«Considerando que la nulidad de actuaciones del expediente de gestión, a partir del momento que debió notificarse el acuerdo de aprobación del expediente de comprobación de valores, lleva implícita la de la propia liquidación, por lo que no ha lugar a conocer del fondo del asunto.»

«Considerando que, en otro orden de ideas, se hace preciso reflexionar ahora si al determinar el valor de las fincas y de la obra nueva, a las que se refería la escritura pública de 23 de mayo de 1972, otorgada por la reclamante, la Administración ha actuado correctamente a través del perfecto desarrollo de la actividad comprobadora, de tal suerte que el contribuyente estuviera en toda ocasión en disposición de contradecir los criterios o aclarar los puntos de hecho precisos para la defensa de su derecho y si en algún momento, por omisiones procesales padecidas, pudo hacerse incurrir en indefensión a quien hoy recurre en Segunda Instancia ante este Tribunal.»

«Considerando que por lo que respecta al problema del valor asignado a dichos bienes y a dicha obra nueva, se ha de hacer referencia a que lo primero que resalta son los términos genéricos e infundados con los que se emitió el dictamen pericial por el Arquitecto-Jefe del Servicio de Valoración Urbana de la Delegación de Hacienda de La Coruña, que se limitó en su informe a señalar las cifras de 17.752.500 pesetas y 28.379.750 pesetas, sin razonar criterios, módulos, zonas, antigüedad de la obra, etc., que tomaba en cuenta para basar su tasación (incluso sin alusión a valor unitario alguno), con lo que se hizo imposible para la reclamante el discrepar de extremos básicos para su defensa o para la contradicción de la base que se fijaba, teniendo en cuenta, sobre todo, que con tales criterios y razonamientos hubiera sido posible a la oficina gestora primero, y al Tribunal Provincial después, apreciar la antigüedad de las obras y su conclusión dentro de un plazo que más tarde se iba a declarar caducado.»

«Considerando que sentado lo anterior y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80-2, número 12, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, así como en el artículo 59-1, letra d), de la Ley General Tributaria, y en el artículo 117-1, número 12, del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, la Administración puede auxiliarse en el expediente de comprobación de valores a través del dictamen que formule un funcionario técnico a su servicio; pero tal dictamen ha de ser necesariamente razonado y fundado en hechos concretos de evidente y fácil comprobación en cuanto a su realidad y a su objetividad, ya que es la única forma de que puedan ser conocidos los fundamentos, por un lado, por las autoridades, llamadas a resolver su procedencia según las reglas de la sana crítica, conforme al artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable como legislación procesal supletoria, y por otro, por el contribuyente, que de este modo se coloca en disposición de discernir la procedencia no sólo del criterio de tasación, sino de los datos de hecho tenidos en cuenta por el perito oficial para su estimación, evitando así que, por vía de la omisión o del desconocimiento, se produzca la indefensión del administrado.»

«Considerando que de lo expuesto se sigue que al carecer la valoración inicial efectuada, en el presente supuesto, de la precisión y concreción de la realidad de los hechos en que la misma se apoyaba (impidiendo formar

un juicio exacto al Tribunal y a la Abogacía del Estado sobre las distintas consideraciones al respecto de las características de las construcciones, su antigüedad y eventual fecha de conclusión, siendo así que era necesario para la posterior discusión de un punto jurídico conflictivo vinculado a ello), es obligada secuela la declaración de nulidad del acto administrativo de comprobación, así como de la liquidación consecuencia del mismo, a fin de que se proceda, en su caso, a nueva comprobación de valores atemperada a las formalidades reglamentarias de razonamiento y motivación, de acuerdo todo ello con la doctrina reiteradamente sentada por este Tribunal en múltiples resoluciones, entre las que destacan las de 6 de julio de 1970 y 5, 12 y 19 de noviembre del mismo año, así como las de 6 de marzo, 10 de abril y 2 de octubre de 1975.»

COMENTARIO.—Esta resolución contiene una doble doctrina, que es reiteración de otras muchas anteriores, por lo que basta una mera indicación de los problemas planteados.

Por un lado, insiste en que en el Impuesto de Transmisiones existen dos actos administrativos distintos e independientes, que son la comprobación de valores y la liquidación. Esta última sólo se puede practicar cuando haya quedado firme la comprobación de valores. Y una y otra han de notificarse como actos distintos y de modo sucesivo. No cabe notificarlos como un solo acto administrativo, porque la cuantía de uno y otro es distinta, así como su eficacia. La comprobación de valores no determina todavía ninguna cantidad a pagar en caso de recurso del contribuyente, como no sea la liquidación que provisionalmente se habría de practicar sobre el valor declarado. En cambio, la interposición de reclamaciones no interrumpe el plazo de pago de la liquidación. Además, si el contribuyente está de acuerdo con la comprobación de valores que se le ha asignado, pero no con la forma de practicársele la liquidación, al reclamar contra esta última le interesa enormemente que la comprobación de valores sea considerada como acto firme y previo a la liquidación, no susceptible ya de rectificación, pues debe tener la seguridad de que la reclamación contra la liquidación o contra las multas que se le hubieran impuesto no va a repercutir para nada en la comprobación de valores. Queremos decir que si se considerase como un sólo acto administrativo la comprobación de valores y la liquidación, nadie se atrevería a recurrir contra esta última, temiendo que la anulación de la liquidación llevaría consigo, si fuera un solo acto conjunto, la anulación de la comprobación de valores.

De este tema nos ocupamos con anterioridad en otro comentario, por lo que nos remitimos para más detalles al mismo.

En cuanto a la segunda cuestión de la que se ocupa la resolución, la de los requisitos que ha de reunir el dictamen valorativo del número 12 del artículo 117 del Texto Refundido, ya nos hemos ocupado de la misma en el comentario a la anterior resolución, pues es sabido que se trata de doctrina reiteradísima del Tribunal Central y no es necesario insistir más sobre ello.

PRESTAMO HIPOTECARIO CONCEDIDO POR CAJA DE AHORROS A PERSONA JURIDICA CONSTRUCTORA DE VIVIENDAS CON DESTINO ULTERIOR A LA TRANSMISION A BENEFICIARIOS DEFINITIVOS: NO ESTA EXENTO, POR NO ESTAR PREVISTA EN LA LEGISLACION ESTA FORMULA DE MEDIACION (RESOLUCIÓN DE 29 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—Por escritura pública autorizada el 29 de marzo de 1974, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid prestó a la entidad «José Banús, S. A.», la cantidad de 38.400.000 pesetas, al interés del 7,75 por 100 anual y un plazo de diez años, constituyendo la prestataria hipoteca a favor de la entidad prestamista sobre los distintos pisos que forman un edificio en un parque residencial. En la escritura se establecía la posibilidad de subrogación en las obligaciones de la prestataria por parte de futuros adquirentes de los distintos pisos gravados, los supuestos en que el préstamo podía considerarse anticipadamente vencido por rescisión, y, por fin, se solicitaba del señor Abogado del Estado la aplicación de la exención del número 67 del artículo 65 del Texto Refundido.

Presentada una primera copia de dicha escritura en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Madrid, fue girada la liquidación correspondiente con un total a ingresar de 1.138.001 pesetas.

Notificada la anterior liquidación, la Sociedad interesada interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de Madrid impugnando dicho acto administrativo, alegando lo siguiente: *a)* que el edificio hipotecado había sido concluido con anterioridad a la constitución de la hipoteca y por ello debía disfrutar de los beneficios que concede la Ley del Suelo; *b)* que la hipoteca se constituía para facilitar el acceso a la propiedad de los compradores, ya que en la estipulación segunda de la escritura, último párrafo, se indicaba la obligación de la prestataria de deducir del precio alzado de las viviendas, en cada caso, la cantidad importe del préstamo para facilitar a los interesados el acceso a tal propiedad, motivándose allí que la concesión y formalización del préstamo se hacía directamente al constructor para evitar tantas operaciones como viviendas, sin perjuicio de que los compradores se pudieran beneficiar del crédito a través de la correspondiente subrogación; *c)* que el préstamo concedido por la Caja de Ahorros debía considerarse, en definitiva, exento, conforme al número 67 del artículo 65 del Texto Refundido.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación porque el préstamo en cuestión no encajaba dentro de la modalidad de los préstamos sociales dirigidos a la adquisición de una vivienda (variedad de ahorro-vivienda), siendo claro que lo único que pretendía la Sociedad contribuyente era obtener una fuente de financiación de las obras en construcción.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada, el Tribunal Central lo desestima por lo siguiente:

«Considerando que, como se afirma en el fallo de Primera Instancia, el problema planteado se limita a un solo punto concreto: determinar si al contrato de préstamo con garantía hipotecaria otorgado entre la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y la Sociedad recurrente, en la escritura pública mencionada, le es aplicable la exención del artículo 65-1-67 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales...»

«Considerando que no ofrece, pues, duda, y ni siquiera se discute en el recurso, que la exención de que se trata no comprende íntegra e indistintamente a todos los préstamos otorgados por las Cajas de Ahorros, sino solamente a los que se ajusten rigurosamente a las condiciones y presupuestos a que el precepto legal se refiere, pues en otro caso se infringiría tanto la norma antes transcrita como el artículo 24 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, con arreglo al cual no puede extenderse más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones fiscales, todo ello según el criterio seguido por este Tribunal, entre otras, en sus resoluciones de 28 de noviembre de 1968 y 21 de octubre de 1971.»

«Considerando que esto establecido, como indudable punto de partida, y habiéndose limitado en su día la Ley de 14 de abril de 1962 a enunciar en su base quinta las directrices a que habían de ajustarse las inversiones por parte de las Cajas de Ahorros necesarias para el desarrollo de los diferentes sectores de la vida económica, tampoco se discute—ni podía discutirse—ninguna de las exigencias y condicionamientos que estableció la Orden del Ministerio de Hacienda de 17 de octubre de 1966, al amparo del artículo 14 del Decreto-ley de 3 de octubre del mismo año, que autorizó a las Cajas de Ahorro para abrir cuentas individuales de ahorro-vivienda, conforme a un plan previamente convenido, con derecho por el titular a la concesión de un crédito de cuantía proporcional al ahorro, destinado a la adquisición de la propia vivienda (y añadió que reglamentariamente se determinarían las condiciones generales del plan de ahorro y especialmente las que habrían de reunir los valores a adquirir, los intereses activos y pasivos de estas operaciones, plazos, disponibilidad y consecuencias del incumplimiento, etc.); exigencias y condicionamientos que, en lo que respecta a la titularidad de estas cuentas individuales de ahorro-vivienda, se refieren expresamente a las personas físicas—regla 1.ª-1 de la Orden—, siendo los titulares—regla 4.ª—quienes una vez alcanzado el capital propuesto en el plazo convenido pueden solicitar del establecimiento de crédito en que esté abierta la cuenta la concesión del correspondiente préstamo para la adquisición de la vivienda para ellos, sus ascendientes o sus descendientes, con arreglo a las condiciones que la propia Orden especifica.»

«Considerando que admitido cuanto se ha dicho, la discrepancia de la pretensión de la Sociedad recurrente con el fallo recurrido ni siquiera está fundada en que en este caso concreto se cumplan las exigencias de este tipo de operaciones, limitándose a señalar que—a su juicio y por el solo hecho de que así se señale en la escritura—estamos ante un 'préstamo social-vivienda' (*sic*), cuando la realidad es que ni por lo más remoto el contrato celebrado guarde o tenga relación alguna con las disposiciones legales citadas antes, que son las que regulan tales operaciones.»

«Considerando que en otro orden de ideas, la escritura de préstamo controvertida ni siquiera aparece otorgada por los beneficiarios, personas físicas, sino que quien aparece como prestataria e hipotecante es 'José Banús, S. A.', que es quien por ello se obliga a la devolución del capital y quien constituye hipoteca en garantía de dicha devolución sobre las fincas de su propiedad que en el documento se describen, sin que pueda admitirse la alegación del recurrente de que la Sociedad actuó a manera de representante y en nombre de todos los propietarios futuros de los pisos, representación, por un lado, imposible (si no eran conocidos), y por otro lado, nunca invocada en el documento.»

«Considerando que otorgado el préstamo a la Compañía recurrente, no obsta a la conclusión contraria a la procedencia de la exención fiscal pretendida cuanto se pactó en la cláusula novena de la escritura, y que implica, en definitiva, una asunción de obligaciones por los futuros compradores, y la razón es obvia: tratándose de aplicar una exención fiscal, hay que atenderse, como se ha dicho, a los términos legales con que se define y a la reglamentación que la completó, y, por tanto, sin desconocer las razones de economía y de comodidad que se han invocado por la Sociedad recurrente, no apareciendo prevista en la normativa reguladora de los préstamos sociales de ahorro-vivienda, antes citada, la fórmula de mediación de la entidad promotora que se ha utilizado, y configurada legalmente la operación tipo, como es lógico, como entendida con el titular de la cuenta y futuro adquirente de la vivienda, no cabe extender más allá de sus términos estrictos y a un supuesto no comprendido en él, beneficio fiscal que se pretende, pues lo veda terminantemente el artículo 24-1 de la Ley General Tributaria, antes mencionado.»

«Considerando que por todo ello es claro—como resalta el Tribunal Provincial en la resolución recurrida—que la operación de préstamo llevada a cabo no tenía el destino inmediato señalado en la base quinta de la Ley de 14 de abril de 1962, sino otro diferente: la financiación de la construcción de los pisos más tarde hipotecados, sin que pueda enervar esta conclusión lógica la afirmación esgrimida, antes y ahora, por la constructora de que ello era imposible por estar concluida la edificación, pues las fuentes financieras pueden buscarse y encontrarse antes de contraer la obligación o después de ello. De esta manera, la interferencia de la Sociedad recurrente hace desaparecer toda posible acomodación de la operación concertada a los esquemas de las llamadas ‘sociales para adquirir vivienda’, que hoy por hoy sólo tienen la regulación legal y el encaje minucioso que se ha invocado antes en esta resolución.»

«Considerando que la doctrina sentada al respecto de la no procedencia de la exención por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de los préstamos otorgados por las Cajas de Ahorros en favor de personas jurídicas interpuestas (promotoras, constructoras, etc.) para la construcción de viviendas, con destino ulterior de éstas de ser transmitidas a beneficiarios definitivos, ha sido ya pronunciada por este Tribunal Central en resoluciones anteriores, entre las que destaca la de 27 de febrero de 1975.»

COMENTARIO.—Esta resolución sigue la misma doctrina sentada por la resolución de 27 de febrero de 1975, en el sentido de que la exención del número 67 del artículo 65 del Texto Refundido no puede aplicarse a los préstamos hipotecarios concedidos a persona jurídica constructora de viviendas, aunque éstas vayan destinadas a beneficiarios que han de adquirirlas con subrogación en las condiciones del préstamo, pues considera que no está prevista esta fórmula de mediación en la legislación vigente, a propósito de los préstamos de carácter social de ahorro-vivienda.

Al comentar la citada resolución de 27 de febrero de 1975, nos permitimos discrepar de la misma, pero, según puede verse en el comentario que hicimos (*), ello era en atención al especial supuesto de hecho planteado, en el que se había previsto una correcta construcción jurídica del préstamo

(*) En el número 521 de esta Revista, págs. 883 y ss.

que quedaba condicionado a toda una serie de estipulaciones que garantizaban su efectivo destino.

Sin embargo, en el presente caso no nos consta que en la escritura de constitución de préstamo hipotecario se estipulasen todas aquellas cláusulas y condiciones, sino que, por el contrario, todo se limitaba a establecer una serie de declaraciones o propósitos de futuro que, efectivamente, nada tienen que ver con los requisitos que ha de exigir la declaración de exención del número 67 del artículo 65 del Texto Refundido.

Por todo lo cual, nos parece acertada la solución que el Tribunal Central da al supuesto planteado.

IMPUESTO DE SUCESIONES: NO ESTA EXENTA UNA CONGREGACION RELIGIOSA QUE NO HA OBTENIDO LA CLASIFICACION DE FUNDACION DE BENEFICENCIA PARTICULAR. NO CONSTA CONCEDIDA POR LEY, EXENCION DEL IMPUESTO DE SUCESIONES A FAVOR DE LAS ASOCIACIONES DE UTILIDAD PUBLICA (RESOLUCIÓN DE 5 DE FEBRERO DE 1976).

Hechos.—Se presentó ante la Abogacía del Estado de Córdoba escritura pública de partición de herencia, en la que se adjudicaban bienes a la Congregación de las Hermanas de la Cruz, en su condición de heredera testamentaria en cuanto al cincuenta por ciento, girándose por dicha Abogacía liquidación a cargo de la Congregación, sobre una base de 1.297.359 pesetas, aplicando el número 7 de la Tarifa para personas que no tienen parentesco con el testador, que arrojó un total importe a ingresar en el Tesoro de 898.377 pesetas.

Contra la indicada liquidación se interpuso primero recurso de reposición, que fue desestimado, por lo que se dedujo seguidamente reclamación económico-administrativa alegando que la Congregación de las Hermanas de la Cruz de Sevilla constituye una «fundación», «establecimiento» o «asociación», términos equiparables a efectos fiscales, siendo el destino de sus bienes el benéfico y el caritativo, por lo que es aplicable a la adquisición hereditaria la exención del artículo 19-1-8.º del Texto Refundido; que la falta de clasificación de institución de beneficencia particular no excluye las pertinentes exenciones.

El Tribunal Provincial de Córdoba desestimó la reclamación al no haberse acreditado la clasificación de la Congregación recurrente como de beneficencia particular.

Doctrina de la resolución.—Interpuesto recurso de alzada, el Tribunal Central lo desestima por lo siguiente:

«Considerando que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19, apartado 1), número 8.º, en relación con el artículo 65, apartado 1), número 1.º, letra c), ambos del vigente Texto Refundido de la Ley del Impuesto General sobre las Sucesiones, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, están exentas de dicho tributo las adquisiciones, cuando tengan lugar por herencia o legado, que se realicen a favor de los establecimientos de beneficencia particular cuando los cargos de los patronos o representantes legales de los mismos sean gratuitos.»

«Considerando que con independencia de que los citados preceptos puedan referirse no sólo a entidades de base fundacional, sino también asociativa, es conocido el reiterado criterio de este Tribunal Central (resoluciones de 25 de marzo de 1951, 29 de abril de 1952, 5 de marzo de 1957, 3 de febrero de 1960, 25 de abril de 1974), siguiendo el establecido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de febrero de 1919, conforme al cual el carácter de beneficencia particular que ha de concurrir en las mismas para poder otorgarles la exención de que se trata ha de ser acreditado fehacientemente con la Orden ministerial clasificatoria correspondiente.»

«Considerando que en el caso presente, la propia entidad recurrente ha probado, según testimonio notarial que obra en el expediente, que el Ministerio de la Gobernación, mediante Orden de fecha 29 de octubre de 1969, vino a denegar tal carácter de beneficencia particular a la Congregación de Hermanas de la Cruz de Sevilla, por lo que, al no concurrir la circunstancia básica y determinante de la exención solicitada es necesario llegar a la conclusión de que tanto la Oficina de gestión como el Tribunal Provincial de Córdoba han pronunciado de modo correcto y ajustado a derecho.»

«Considerando que en cuanto a la alegación de que la Congregación recurrente puede tener el carácter de Asociación de utilidad pública, debe recordarse que la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 establece simplemente, en su artículo 4.º, que las 'Asociaciones dedicadas a fines asistenciales, educativos, culturales, deportivos o cualquiera otros fines que tiendan a promover el bien común podrán ser reconocidas como de utilidad pública', añadiendo en el siguiente apartado que 'las Asociaciones reconocidas de utilidad pública... gozarán de las exenciones y subvenciones y demás privilegios de orden económico, fiscal y administrativo, que en cada caso se acuerden', y, por su parte, el Decreto de 20 de mayo de 1965, que dictó las normas complementarias para la aplicación de dicha ley, se limita a disponer, en su artículo 3.º, que declarada una Asociación de utilidad pública podrá tener los derechos a que a continuación se refiere, entre ellos, *las exenciones que las leyes reconozcan a favor de estas Asociaciones*; de cuyos preceptos claramente se deduce que no se concede en ellos exención fiscal alguna a tales Asociaciones—ni podían concedérseles en una norma con rango de Decreto—, sino que simplemente se formula un reenvío a lo que disponga la legislación vigente o futura.»

«Considerando que según el artículo 10, apartado b), de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, el otorgamiento de exenciones tributarias viene afectado por el principio de reserva de ley, por lo que hay que atenerse en esta materia al Texto Refundido de 6 de abril de 1967 y normas posteriores de rango suficiente, entre los que no figura exención por el Impuesto General sobre Sucesiones a favor de las Asociaciones de utilidad pública, cuya cualidad, por otra parte, tampoco se ha probado que concurra en la Congregación recurrente.»

COMENTARIO.—Aunque esta resolución decide acertadamente la cuestión debatida, dado que no constaba se dieran los requisitos determinantes de la declaración de exención, quedan algunos puntos oscuros a propósito de si están o no exentas del Impuesto de Sucesiones las Asociaciones de utilidad pública, cuestión a la que la presente resolución contesta, a nuestro entender, precipitadamente, quizá porque, como dice al final, «tampoco se ha probado que (dicho carácter) concurra en la Congregación recurrente».

Fuera, pues, del caso concreto debatido, no creemos quede claramente resuelto que las Asociaciones de utilidad pública no gocen de exención respecto a sus adquisiciones *mortis causa*.

En primer lugar, convendrá meditar acerca del concepto de «establecimiento de beneficencia sostenido con fondos del Estado, la Iglesia o Corporaciones locales», a que alude el apartado c) del número 1.º del artículo 65 del Texto Refundido, precepto aplicable al Impuesto de Sucesiones por la remisión que a dicho número hace el artículo 19, 1, 8.º, del propio Texto.

¿Por qué la palabra «establecimiento» ha de referirse exclusivamente a las Fundaciones y no también a las Asociaciones? ¿Por qué establecer diferencias entre Fundaciones y Asociaciones, cuando ambas han sido reconocidas concretamente como de Utilidad Pública?

En segundo lugar, la normativa que cita esta resolución en sus dos últimos «considerandos», interpretada sistemáticamente en relación con el referido concepto de «establecimiento», inclina más a la posibilidad de exención que a la negación de la misma.

Según la resolución, esos preceptos de la legislación de Asociaciones habría que interpretarlos como meras «fórmulas de reenvío a lo que disponga la legislación vigente o futura». Pero el criterio lógico de la interpretación no permite esta solución, pues sería tanto como dejar sin efecto práctico la citada normativa.

Por nuestra parte, entendemos que el artículo 4.º de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 es un claro fundamento en favor de la declaración de exención de las Asociaciones reconocidas de utilidad pública, pues dice que «gozarán de las exenciones y subvenciones y demás privilegios de orden económico, fiscal y administrativo que en cada caso se acuerden». Aquí hay un reenvío efectivamente, pero no a la legislación vigente o futura, sino a la resolución administrativa que reconozca a la Asociación el carácter de utilidad pública, pues dicho párrafo hay que ponerlo en relación con el inmediatamente anterior, en el que se dice que las Asociaciones con los fines específicos que detalla «podrán ser reconocidas como de utilidad pública».

Por todo ello, si estuviésemos en presencia de una Asociación que hubiese obtenido la declaración administrativa de utilidad pública por reunir los requisitos previstos en la Ley de Asociaciones, y en la resolución correspondiente se enumerasen entre las exenciones a que tiene derecho, la del apartado c) del número 1.º del artículo 65, debería procederse con gran meditación, sin seguir a ciegas la doctrina que la presente resolución sienta interpretando restrictivamente la citada exención.

J. M. G. G.



LIBROS

BALLARÍN MARCIAL, ALBERTO: *Derecho agrario*, 2.^a edición, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1979. Un tomo de 695 páginas. (Colaboración con CARLOS VATIER FUENZALIDA.)

Desde que BALLARÍN publicó la primera edición de esta obra hasta ahora han pasado quince años, y en este período, ya de por sí bastante amplio para una materia tan viva como la jurídico-agraria, han cambiado, además, la sociedad y la legislación españolas lo suficiente como para que la doctrina tenga que recoger los últimos pálpitos y acusar debidamente las mutaciones.

Ciñéndonos tan sólo a la normativa posterior a 1965, y en una simple enumeración, podemos señalar las tres Leyes de la Planificación para el Desarrollo; la creación del FORPPA; la Ley de Ordenación Rural de 27 de julio de 1968; el Texto Refundido de la Seguridad Social Agraria de 23 de junio de 1971; las dos importantes Leyes de 21 de julio del mismo año, una sobre Comarcas y Fincas Mejorables y la otra creadora del IRYDA; la ordenación sistemática de normas contenidas en la fundamental Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973; la Ley de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974; y, por último y de momento, la Constitución de 1978, pues ya se anuncian otras nuevas leyes de contenido agrario. Forman, en efecto, un conjunto de normas de decisiva incidencia en la agricultura y que han animado seguramente al autor a lanzar esta segunda edición, a la que se incorporan las doctrinas y disposiciones posteriores. Así pone el libro al día con su maestría indudable, ahora enriquecida por la experiencia que adquirió con el desempeño de la Presidencia del IRYDA y a la que se une su condición de Senador, que le ha proporcionado un mejor prisma para estudiar el aspecto agrario de la nueva Constitución.

Comparando esta edición con la de 1965, se nota de modo claro no sólo la actualización de sus distintos capítulos, sino también la adición de otros varios dedicados a aspectos y materias nuevas con las que se enriquece la presente.

Por eso mejor será, sobre todo para quienes no han conocido la edición primitiva, que hagamos la recensión total en base al libro que ahora se publica y que está dividido en dos grandes partes, la histórica y la dedicada a los problemas fundamentales del Derecho agrario moderno, para acabar con otra adicional en la que estudia la Constitución de 1978 y la agricultura.

I. PRIMERA PARTE: *Formación histórica del Derecho agrario en España*

Tras una precisión terminológica, en la que el autor rechaza el galicismo Derecho rural, el italianismo Derecho fundiario y los términos téc-

nicos o poco correctos de Derecho de la tierra o de la agricultura, aceptando la expresión «Derecho agrario» por ser más coherente con las materias específicas que comprende su estudio, explica el método y contenido de la obra. Dice que si el Derecho es una realidad histórica y el agrario aparece como tal en lo que va de siglo, pues en la Codificación no se concebía siquiera la existencia de esta rama jurídica, es preciso plantear la cuestión del «por qué» y del «cómo» del Derecho agrario, o sea, su formación, entendiendo por tal el proceso que se desarrolla íntegramente en la historia contemporánea del Derecho, por virtud del cual se va desgajando de modo lento y paulatino, pero irreversible, este *ius speciale* del *ius commune*.

Hay precedentes en nuestros Fueros y Compilaciones, así como en *Las Partidas*, de normas dictadas para resolver problemas agrarios. La colonización aparece en los repartimientos de tierras hechos por Alfonso el Sabio para poblar los reinos de Sevilla y Murcia; posteriormente, los repartos en La Alpujarra y de los baldíos, en la obra del cardenal Belluga, y la colonización de Sierra Morena y la Baja Andalucía. El derecho de «escaliar» o poblar terrenos yermos podría ser antecedente de las actuales normas sobre fincas mejorables, y también hay en *Las Partidas* y el Fuero Real disposiciones sobre arrendamientos y retractos. El valor de estos datos no es sólo anecdótico, sino que nos puede proporcionar la base y fundamento del actual Derecho agrario.

La *génesis del Derecho agrario* arranca en España bajo el reinado de Carlos III, en la segunda mitad del siglo XVIII, como consecuencia de factores culturales y económicos, y los llamados informes y expedientes que se emitieron en materia agraria pretendían la doble finalidad de una mejor distribución de la riqueza y el aumento de la producción. Hito importante de la época de Carlos III es la iniciación de lo que después se ha llamado reforma agraria, con los repartos de tierras concejiles de 1761 al 1768 y la colonización y repoblación de Sierra Morena, encomendada, por Real Cédula de 5 de julio de 1767, a don Pablo de Olavide, que concibió su obra como «un cambio de vida».

En cuanto a la *evolución posterior*, podemos señalar que las Cortes de Cádiz, según VIÑAS MEY, se encontraron en el expediente sobre la Ley Agraria con material riquísimo enteramente gacetable, pero por influencia de JOVELLANOS se inspiraron en ideas liberales, dejando a un lado el sentido social de los demás informes. Junto a la legislación desvinculadora, quizá la regulación que marca época fue la desamortizadora; por la desamortización se pusieron en venta enorme número de tierras a bajos precios, siendo adquiridas por quienes venían a formar una nueva clase no menos individualista que la nobleza, haciendo más pobres a los pobres y más ricos a los ricos, con lo que se acentuó el problema social del campo, especialmente en Andalucía y Extremadura.

Estudia después la Codificación española de 1889, que en materia agraria no significó demasiado, como no fuese para reafirmar los principios liberales e individualistas heredados del *Code* francés, plenamente acordes con la época; en cambio, en esta etapa proliferan los proyectos, legislativos y doctrinales, de reforma agraria que el libro estudia con detalle. Tras la Ley de Colonización y Repoblación Interior de 1907, podemos señalar algunas disposiciones de tiempos del Directorio de Primo de Rivera, como el Real Decreto-ley de 7 de enero de 1927 sobre compra de fincas

a particulares para su parcelación, que ha estado vigente hasta su absorción en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, así como las normas sobre riegos que crearon las Confederaciones Hidrográficas y las regulaciones sobre arrendamientos y redención de foros.

Al *reformismo agrario en la II República* dedica el capítulo XII, recogiendo todo el valioso material aportado por el norteamericano MALEFAKIS, que en 1970 publicó su libro *Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo XX*, especialmente centrado en esta época. Recoge BALLARÍN las primeras medidas legislativas republicanas en materia agraria, el enfoque de la Constitución de 1931 y la propia reforma agraria, con todos sus avatares, no siempre felices, así como se contemplan la legislación de arrendamientos rústicos de GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, que aún subsiste en sus líneas principales, y la de puestas en riego.

Como capítulo final de esta parte histórica, se estudia el tema de la «funcionalización» de la propiedad privada, según su tratamiento en las doctrinas italiana, alemana, francesa y española. En esta última, BALLARÍN recoge las opiniones más recientes al respecto de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, LUNA SERRANO, SANZ JARQUE y otros, y afirma, por su parte, que desde el ángulo subjetivo, el problema de la función social de la propiedad no puede concebirse ni estudiarse sin esa otra cuestión de la empresa, ya que ésta es la organización productiva actual en cuyo seno se ejercitan los poderes y facultades inherentes al derecho de propiedad, siendo el empresario el que debe cumplir los deberes positivos y negativos que se legislan para armonizar los intereses individuales con los colectivos. Se concluye que la propiedad continúa siendo un ámbito de libre iniciativa económica, algo que sirve de sostén a la persona y a la familia, por lo cual el Derecho agrario privado no ha sido absorbido, ni mucho menos, por el intervencionismo estatal y que esa idea de la función social ha visto incrementar su trascendencia legislativa, como lo prueba el fenómeno del reformismo agrario.

Consecuencia lógica de la funcionalización del derecho subjetivo de propiedad es que la noción de empresa agraria y la de explotación constituyen hoy la base en torno a la cual se polarizan las normas jurídico-agrarias del Derecho privado, y la empresa se considera como la unidad total integrada por elementos personales y materiales organizados.

II. SEGUNDA PARTE: *Problemas fundamentales del Derecho agrario*

El contenido del *Derecho agrario* es quizá una de las materias donde toma realidad con mayor fuerza la expresión de que «cada maestrillo tiene su librillo», si se tiene en cuenta que esta cuestión se relaciona con el ámbito social más o menos amplio que se quiere inyectar en la doctrina con miras interesadas. BALLARÍN hace un repaso de las distintas opiniones y luego plantea la suya propia: En el aspecto iuspublicista incluye los datos del Derecho constitucional y la cada vez más importante normativa de la planificación, y en el iusprivatista, de acuerdo con su concepción de la empresa como institución fundamental, los apartados del Derecho agrario podrían resumirse en sujetos, objetos y actividad. Dentro del primero hay que incluir al empresario, sus asociaciones y las sociedades o personas jurídicas que puedan aparecer como empresarios, interesando también las normas de capacitación y enseñanza y la Seguridad Social agra-

ria. Se trata después de la organización de la empresa agraria y sus elementos y, ante todo, la tierra, pudiendo incluir aquí las normas sobre la propiedad y los demás derechos reales en que puede basarse la empresa, así como la parte de contratos agrarios. También se presta atención a las transformaciones agrarias en dos grandes apartados, el de medidas para distribuir la propiedad y el de lucha contra el minifundio; igualmente se comprende la parte dedicada a la conservación de explotaciones agrarias, la producción y otros aspectos, como el Derecho penal, el procesal y el internacional agrarios.

En cuanto a las *fuentes del Derecho agrario* estudia, en primer lugar, el marco constitucional español, recogiendo la materia agraria y empresarial del Fuero del Trabajo y demás Leyes Fundamentales que estaban vigentes cuando este libro fue escrito inicialmente, pues la nueva Constitución, ya lo hemos dicho, es contemplada de modo especial al final de la obra.

Los extinguidos Planes de Desarrollo Económico y Social de 1965, que también se estudian, implicaron un mayor grado de coordinación económica y certeza jurídica, en cuanto reflejo del universal fenómeno de la planificación, y constituyeron, según BALLARÍN, un nuevo aspecto normativo determinante del proceso de especialización del Derecho agrario maduro al recoger el principio de reforma de la agricultura para obtener «una mejor distribución personal, funcional, sectorial y regional de la renta, dentro de las exigencias de la justicia social».

Al analizar la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, que, al igual que la precedente, es materia nueva en esta edición, recoge las realizaciones de la colonización, la concentración parcelaria y la ordenación rural llevadas a cabo por el IRYDA y los organismos en él integrados, con datos de primera mano, por haber desempeñado el autor, según dijimos, la Presidencia del Instituto.

En la enumeración de las fuentes normativas del Derecho Agrario español sigue una clasificación distinguiendo las referentes al empresario agrícola, la propiedad y derechos reales, los contratos, el crédito agrario, conservación de las unidades, producción agraria, protección penal de la agricultura, producción, comercio interior y exterior, caza y pesca, industrias agrarias, vivienda rural, convenios internacionales y textos principales del Derecho agrario de la Comunidad Económica Europea. Es una completa relación de normas puesta al día, de gran utilidad para el profesional que lo necesite.

La cuestión de la *especialidad del Derecho agrario* ya se la planteó BALLARÍN en 1965, como si atisbase el actual éxito de las autonomías, que ahora nos invaden hasta en la sopa. Aquí, por supuesto, se trata sólo de la autonomía doctrinal respecto al Derecho común, asunto que no está claro ni mucho menos. Se repasa el estado de la polémica en Italia, Francia y el resto de la doctrina europea e iberoamericana, con especial atención a los tratadistas nacionales, y termina opinando el autor que en esta materia no admite en modo alguno la palabra autonomía, puesto que el Derecho agrario español constituye, en relación al Derecho común, solamente un *ius speciale*. Repasa, para clarificar su postura, el problema de la autonomía legislativa del Derecho agrario en la codificación, resaltando la necesidad sentida por los agricultores españoles, principalmente en estos últimos años, de que se refundan en un texto único las disposi-

ciones actualmente en vigor; igualmente contempla la posibilidad de la autonomía jurisdiccional y la didáctica de la materia agrarista.

La *definición del Derecho agrario* es también materia debatida por la doctrina, que, desde un punto de vista clásico, la aceptó como conjunto de normas que tienen por objeto la regulación de la agricultura; se dispersa en tendencias subjetivistas, objetivistas, de la relación jurídico-agraria o de la exclusividad de la empresa, con variantes de la doctrina italiana o iberoamericana. BALLARÍN parte de la idea básica de la empresa y por eso define el Derecho agrario español actual como «sistema de normas, tanto de Derecho privado como de Derecho público, especialmente destinadas a regular el estatuto del empresario, su actividad, el uso y tenencia de la tierra, las unidades de explotación y la producción agraria en su conjunto, según unos principios generales, peculiares de esta rama jurídica».

¿Y cuál es su *naturaleza*? El problema estriba en si esta rama jurídica es prevalentemente de Derecho privado o si, por el contrario, ha pasado a ser Derecho público. El autor se adscribe a la postura que combina funcionalmente ambos campos y estima posible la consideración sistemática de todas las normas privadas o públicas relativas a la agricultura; si convergen a los mismos fines, los principios especiales que las informan son idénticos.

La *empresa agraria* debe ser fundamental para quien ha centrado el Derecho agrario en su torno. Pero sabido es que su concepto es de los menos claros en la doctrina jurídica, ya que para unos es sujeto de derechos y otros la contemplan en sentido objetivo; se habla de universalidad, de organización, o se combinan algunos o todos estos aspectos. BALLARÍN la ve como una unidad de producción económica constituida por el empresario, bien sea un sujeto individual o colectivo, y sus colaboradores dependientes, así como por la tierra y demás elementos organizados, mediante los cuales se ejercita a nombre de aquél una actividad agrícola, ganadera, forestal o mixta y las conexas de transformación y comercialización, con o sin finalidades lucrativas.

El elemento personal de la empresa puede ser individual o colectivo; éste bajo diversas formas, en que se manifiesta la agricultura de grupo. La explotación o hacienda es el aspecto patrimonial de la empresa, que se constituye por el conjunto de bienes y derechos valuables en dinero susceptibles de ser objeto de tráfico económico y jurídico, y entre ellos se destaca la tierra como elemento principal e indispensable de la explotación agrícola; se estudia la legislación española aplicable. La acción del empresario sobre el conjunto de bienes que integran la explotación constituye lo que BALLARÍN denomina actividad agraria y que define como aquella dirigida a obtener productos del suelo mediante la transformación o aprovechamiento de sus sustancias físico-químicas en organismos vivos de plantas o animales, controlados por el agricultor en su génesis y crecimiento.

El problema de *los principios generales del Derecho agrario* está enlazado con la especialidad de esta rama respecto al Derecho común y las demás ramas jurídicas que, como hemos visto, defiende BALLARÍN, quien proclama esta peculiaridad afirmando que existen estos principios característicos o propios del Derecho agrario, y que dichos principios, a la vez

que diferencian respecto a las otras ramas, están relativamente armonizados con los del Derecho privado y el Derecho público.

Considera como tales los siguientes:

1. La integración público-privada en la planificación.
2. La paridad con otros sectores, como una faceta de la política general redistributiva de las rentas.
3. La conservación y socialización de la naturaleza y de los recursos naturales renovables.
4. La promoción del medio rural y del desarrollo integral y por zonas de ordenación territorial.
5. El sostenimiento de precios y política de rentas.
6. La defensa del asociacionismo profesional y sindical agrario.
7. La acción estatal para mejorar las estructuras agrarias.
8. Concordar las titularidades agrarias con la función social de la propiedad.
9. La redistribución fundiaria directa o indirecta, ya que facilitar el acceso a la propiedad es un modo indirecto de distribuirla.
10. Revalorizar la función social de la empresa, que en su aspecto subjetivo se formula en el deber de cultivar y mejorar y en el objetivo en reconocer el derecho a disfrutar de la riqueza generada por ella.

III. *La Constitución de 1978 y la agricultura*

Estudia, en primer lugar, como antecedentes, las escasas disposiciones que contenían, más bien sobre la propiedad en general, que sobre la agricultura en sí, los distintos textos constitucionales que han regido en España, empezando por la Constitución que nos enjaretó Napoleón en Bayona el 7 de julio de 1808. Siguen la de Cádiz, con su tinte individualista, y las demás, que con sus vaivenes, se preocupaban más del Gobierno y los políticos, que de asuntos de la economía nacional, hasta llegar a la de la Restauración de 1876, protectora a ultranza de la propiedad, al alimón con la previa indemnización para expropiar.

La Constitución de 1931 significó un cambio de la mayor importancia en la orientación, en cuanto se subordina la riqueza a los intereses de la economía nacional y se proclama la protección al campesino. Sustituída, después de la guerra, por las Leyes Fundamentales, la expresión reforma agraria fue cambiada por la de reforma social del campo, llevándose el acento a los aspectos de progreso económico, mejora y transformaciones en regadío, y reconociéndose expresamente la función social de la propiedad.

Siguiendo su antecedente inmediato político, que son los «Pactos de la Moncloa», BALLARÍN condensa los puntos de la regulación constitucional vigente en los siguientes principios:

- Libertad e igualdad (art. 1.º).
- Propiedad, libre empresa y planificación (art. 33).
- Paridad de la agricultura con otros sectores (art. 131).
- Protección a las zonas de montaña (art. 140).
- Protección a los jóvenes agricultores (art. 48).

Termina BALLARÍN el estudio de la Constitución de 1978 con el tema de las autonomías de las regiones, esta vez no en sentido doctrinal, sino político, en relación con la agricultura, que puede dar lugar a problemas, como ya ocurrió durante la República con la Ley de Contratos de Cultivo de Cataluña.

El libro tiene un valor científico indudable y quienes ya conocieran su primera edición apreciarán una estimable mejora en la segunda. Para todos seguirá siendo indispensable por su enfoque nuevo y su puesta al día. En cuanto al tema constitucional, es atrayente y suponemos que originará alguna literatura; BALLARÍN ha dado aquí el primer paso y sus opiniones podrán discutirse, pero son de una altura respetable y dignas de todo interés por su nivel científico y político.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO: *Manual de Derecho Civil español*, vol. I, parte general, 7.^a edición, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1979.

He contado en otras ocasiones la valiosa aportación que para mí supuso—en aquel tiempo ya lejano de oposiciones—la aparición de ciertos tomos de la obra del profesor ESPÍN. De ahí que no creo sea prudente insistir en este punto, pero sí quiero ahora señalar cómo, a mi entender, la obra cobra su auténtica dimensión al estar equilibrada en sus diferentes partes (cinco, como las que señalara SAVIGNY al resto de los juristas). Ya, con el autor, había charlado sobre este punto y para mí es una grata satisfacción ver que en su línea incasable de jurista ha dado cima a ese equilibrio que su obra exigía. Su parte general es la gran base para que el estudioso pueda llegar «respaldado» al resto de las partes de esa gran fuente del conocimiento y formación jurídica que es el Derecho civil.

Pretender ahora hacer un canto a esa singular parte del Derecho—base angular para entender el resto—sería quitar la palabra a juristas de la talla de SAVIGNY, que ya explicaron suficientemente lo que era y para qué servía la parte general. Pero sí conviene, sin embargo, hacer una gran llamada de atención a dos campos que, como dos grandes vertientes, dan testimonio de la existencia del Derecho: el de la elaboración y el de su ejecución. Los encargados de la elaboración de las leyes en esas Comisiones apresuradas carecen—la mayor parte de las veces—de purezas conceptuales, es decir, quizá sepan al dedillo las diferentes partes del Derecho civil, pero ignoran lo que podríamos llamar «parte general» y principios que la informan. Sólo es jurista el que sabe la generalidad del Derecho, pues el otro no pasa de ser un leguleyo o un legalista, que es peor. Y la acusación se hace más grave cuando uno más se acerca al campo del Derecho público, y concretamente al Administrativo, donde el principio de legalidad ciega de tal forma que muchas de las oscuridades de dicho Derecho residen en la falta de precisión para su entendimiento.

En el campo de la ejecución todavía me impresiona más la falta de conocimiento de esa parte formativa llamada general. He visto con autén-

tica tristeza cómo a los muchachos que se disciplinan en el deportivo juego de las oposiciones les hacen estudiar primeramente materias como derechos reales, contratos de familia y sucesiones, antes que la parte general. Si toda oposición lleva consigo una especie de embrutecimiento memorístico, no la agravemos más con esa relegación de conocimientos generales básicos para poder comprender el resto de las instituciones. ¿Abstracciones, dogmatismos, conceptualismos. ? No, conocimientos necesarios para poder titularse juristas.

ESPÍN CÁNOVAS, Catedrático de Derecho civil y Magistrado del Tribunal Supremo, tiene la doble faceta que el Derecho ofrece en aquello que ESSER llamara teoría y práctica del mismo, lo que le ha permitido elaborar una base jurídica y desarrollarla en las sucesivas partes que la sistemática exige. Es publicación con «puesta al día», y esto sólo lo pueden comprender—en su tremenda dimensión—los que siguen paso a paso las constantes reformas que la legislación española ha sufrido en poco tiempo, aparte del reto que supone la nueva Constitución en su provocación legislativa. Descenderemos a detalle al exponer cada una de las partes afectadas por este movimiento renovador legislativo. Para explicar un poco esquemáticamente el contenido de la obra y sus relevantes novedades nos vamos a servir de esa sistemática que el autor adopta para su exposición.

I. INTRODUCCIÓN

Para introducir a una persona en el conocimiento de lo que es y significa el Derecho hay que abordar dos puntos claves que hacen cauce por donde necesariamente deben pasar todas las aguas jurídicas: el Derecho objetivo y el Derecho civil. Lo que cuando uno visita América latina parece un tópico al referirse a la «Madre Patria» podría ser aplicado en metáfora al Derecho civil, que en su desgajamiento de ramas ha permitido la formación de diversos Derechos que al independizarse se nutren de lo que sigue siendo «tronco».

De ahí que la obra se muestre pródiga en los conceptos de Derecho objetivo, norma jurídica, clases de normas y la tremenda disyuntiva entre el Derecho privado y el Derecho público. Ya dentro de la materia referente al Derecho civil se aglutinan una serie de conceptos históricos, de dosificación y de realidades actuales, pues al proceso legislativo del mismo Código Civil y de las legislaciones forales se agregan dos temas importantes, cuales son el Derecho foral en la Constitución y el Derecho civil en la misma.

II. PARTE GENERAL

La segunda parte de la obra, constituida por el título que la encabeza, está subdividida en cuatro secciones, que afrontan lo que el autor entiende como contenido de la misma:

- La sección primera, que lleva por título genérico el de «originación y aplicación del Derecho civil», aborda tres temas de inevitable estudio: las fuentes del Derecho civil, la aplicación del Derecho y los límites de eficacia de las normas. En estas tres partes se demuestra

la dificultad de la publicación, pues en todos los temas juegan la Ley de Reforma del Título Preliminar del Código Civil y la Constitución española.

- La sección segunda está destinada a tratar de la relación jurídica, y en ella se distinguen los estudios del Derecho, la persona y el objeto. Sólo con su enunciación el lector se percatará de la importancia de la materia y cómo en esa zona de la persona natural el autor ha tenido de nuevo que volcar sobre su estudio la reforma legislativa en materia de capacidad de la mujer y la mayoría de edad constitucionalista. Vuelve de nuevo a estar presente la Constitución al tratar de los derechos fundamentales de la persona, e igualmente al tratar de la Iglesia, Instituciones y Asociaciones religiosas se recoge la normativa de la Constitución y el acuerdo de 3 de enero de 1979.
- La sección tercera aborda el tema de la adquisición y pérdida de los derechos, que lleva consigo el estudio del Derecho en movimiento, o lo que es lo mismo, los fenómenos que provocan su nacimiento, modificación y pérdida. La teoría del hecho y del acto jurídico, así como la del negocio jurídico en su esencia, elementos, clases y patología son cuidadosamente estudiados. Cierra esta parte las relaciones que el Derecho tiene con el tiempo y singularmente el efecto sustancial que el mismo produce, cual es la prescripción, aparte del cómputo y la caducidad.
- La sección cuarta cierra el estudio con el problema del ejercicio y protección de los derechos, que obliga a resolver los problemas de la buena fe, la teoría del abuso del derecho, la colisión de los derechos y la teoría de la defensa represiva y preventiva.

El volumen lleva un índice sistemático de las materias tratadas, una bibliografía amplia, una tabla de abreviaturas empleadas, otra bibliografía final sobre obras generales de Derecho civil en diez países y un índice alfabético de materias. El autor, en la nota que precede a esta edición, habla de la gran dificultad que supone ofrecer una síntesis de conocimientos en una parte tan comprometida y llena de estudios como es la general del Derecho. Y yo aquí es donde quiero poner punto final a la recensión haciendo un juicio valorativo de la obra. No ya sólo por la claridad, sino por la sistemática empleada y esa labor de selección y resumen, la obra brinda al que se inicia en el conocimiento del Derecho unas bases muy sólidas para poder en su día profundizar y ampliar los campos que ahora necesariamente se resumen.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GALÁN CORONA, EDUARDO: *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1977.

Consta la obra de un total de 372 páginas, distribuidas a lo largo de siete capítulos, completados con una extensa bibliografía e índice de resoluciones y sentencias, tanto españolas como extranjeras, y, además, índice de autores citados a lo largo de la obra.

En el prólogo, firmado por ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, tras señalar que la obra corresponde a la tesis doctoral del autor, con la calificación de sobresaliente *cum laude*, se destaca ya la importancia de la misma, fruto de la investigación llevada a cabo con continuidad y seriedad por el profesor GALÁN CORONA.

El capítulo I se refiere al Derecho protector de la libre competencia, poniéndose de manifiesto en la introducción cómo una simple ojeada a los ordenamientos jurídicos europeos nos muestra la existencia en todos ellos de una normativa tendente a garantizar el correcto funcionamiento de la economía de mercado como sistema económico escogido, reprimiendo las actuaciones empresariales lesivas para ello.

La novedad de esta normativa es grande y aún más en España, donde la primera regulación protectora de la libre competencia, realmente merecedora de tal denominación, data de 1963.

Sobre el tema referido ofrece unas generalidades y examina los precedentes y finalidad; y partiendo de que el objeto de protección del Derecho protector de la libre competencia es la competencia, en cuanto que con esta finalidad se prohíben determinadas actuaciones de los propietarios que restringen dicha competencia, es obvio que para todo estudio relativo a este sector del ordenamiento jurídico será preciso partir de una determinada noción de competencia, noción sobre la que no existe unanimidad en la doctrina.

Sentadas las ideas básicas sobre la noción de competencia, el autor considera necesario mencionar algunas de las modalidades de las restricciones a la misma.

En suma, el estudio se centra en los acuerdos restrictivos de la competencia en la legislación española, y no obstante hacer una referencia a diferentes legislaciones extranjeras sobre la materia, se estudia con más detalle la normativa española, en especial la prohibición contenida en el artículo 1.º de la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia.

El capítulo II concierne a la regulación protectora de la libre competencia en el Derecho comparado. En este sentido, la primera normativa examinada es la de los Estados Unidos de América del Norte, cuyo ordenamiento antitrust, si no es el primero por su aparición cronológica, sí entiende que debe merecer un puesto destacado por la importancia adquirida. El nacimiento de estas normas y los principios que inspiran su aplicación a los distintos supuestos de restricción de la libre competencia, principalmente los nacidos de la colusión, son objeto de examen en primer lugar.

A continuación se hace referencia a las reglas protectoras de la libre competencia en Europa, concretamente a las legislaciones belga, británica, francesa, alemana, y a las reglas de competencia de las comunidades europeas.

En cada uno de estos ordenamientos se hace mención de los principios que lo informan, con especial hincapié en los referentes a las restricciones derivadas de la colusión, aludiendo también a los restantes tipos de restricciones, al objeto de poner de manifiesto el marco de que consta la legislación protectora de la libre competencia.

Una vez hecha referencia a algunas nociones básicas del Derecho pro-

lector de la libre competencia y verificado breve bosquejo de los principales ordenamientos que el Derecho comparado nos ofrece, entra en el estudio de la regulación española, ya que es en su ámbito donde se sitúa el objeto de la obra. A estos efectos, tras una ligera referencia al contenido material de la LPR, se examina la prohibición de las prácticas colusorias establecida en el artículo 1.º de la LPR, poniendo de manifiesto las peculiaridades de la misma, peculiaridades que se centran básicamente en el dato de que la prohibición del citado precepto no se dirige directamente contra los convenios, decisiones y conductas conscientemente paralelas, sino contra las prácticas que de ellos derivan.

El capítulo IV se refiere a la empresa ante la LPR, dado que la empresa, junto con las uniones, asociaciones o agrupaciones de empresa, es uno de los sujetos que realizan los convenios, decisiones y conductas conscientemente paralelas, que son la fuente de donde derivan las prácticas colusorias sancionadas por la Ley.

Dos son fundamentalmente los puntos que en este aspecto aborda: uno es el de la noción de la empresa ante la legislación protectora de la libre competencia, y otro concierne al examen de algunos supuestos particulares de empresa. El primero, en cuanto a que la problemática de la empresa es realmente una cuestión compleja, pero reduciendo el interés del autor al ámbito de la LPR, el estudio de la misma va a limitarse a su noción en el marco de la LPR. La interrogante que se trata de responder es qué ha de entenderse por empresa a los efectos de la LPR. Su estudio lo desarrolla entrando, tras una breve y esquemática alusión a la temática jurídico-mercantil, en los planteamientos del Derecho comparado relativos a esta cuestión, para después de ver su compatibilidad con la normativa española formular la noción de empresa relevante para la LPR. Establecida la noción, el siguiente paso radica en examinar las notas que la tipifican, señalando al lado si por darse o no dichas notas en determinados supuestos reúnen éstos la cualidad de empresa a los efectos de la LPR. Con el estudio de algunos supuestos particulares de empresa, tales como las profesiones liberales y la empresa pública, concluye el presente capítulo.

Tras el examen de la empresa como sujeto que celebra los convenios y realiza las conductas conscientemente paralelas, considera preciso entrar en el examen individualizado de las distintas fuentes de donde derivan las prácticas que el artículo 1.º de la LPR prohíbe.

La primera fuente que menciona este precepto son los convenios, y a ellos se dedica el capítulo V.

Según el autor, la problemática de los convenios comienza por la falta de una precisa significación jurídica del término, lo que, a su juicio, fuerza de derivar de la propia LPR el sentido de la expresión.

A esta cuestión se dedica el primer epígrafe de este capítulo, destacando el tema de la exigencia o no de la obligatoriedad jurídica para que pueda hablarse de convenio.

Establecido el significado del término convenio en el artículo 1.º de la LPR, se examinan en otro epígrafe dos tipos de convenios que por su contenido plantean dificultades con relación a su posible inclusión en el marco del citado precepto. Se trata de los convenios verticales y de los convenios de concentración. En cada uno de ellos, además de su problemática general, se contemplan algunos aspectos concretos de los mismos.

Como otra fuente de donde surgen las prácticas colusorias que el artículo 1.º de la LPR prohíbe, alude a las decisiones de las uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas, objeto del capítulo VI de la obra, dividido, a su vez, en dos grandes bloques: el primero, relativo a las uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas, y el segundo, a las decisiones. En el primero, el autor trata de determinar qué ha de entenderse por uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas, para lo cual, tras examinar el sentido de estas expresiones en nuestro Derecho positivo, centra la atención en la LPR al objeto de deducir de ella el significado de estas expresiones. Así se alude a la diferencia con las concentraciones, a los miembros que las integran, a la forma jurídica y estructura organizativa que adoptan, concluyendo con una referencia a las asociaciones de uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas.

El segundo gran apartado de este capítulo concierne a las decisiones. GALÁN CORONA, partiendo de su consideración como resoluciones emanadas de las uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas, examina otras cuestiones básicas: el tema de los órganos de estas uniones legitimados para la adopción de decisiones; la cuestión de la obligatoriedad jurídica de las mismas, y concluye destacando las semejanzas y diferencias con los convenios.

Junto a los convenios y las decisiones, el artículo 1.º de la LPR, al enumerar las fuentes de donde derivan las prácticas colusorias, menciona las conductas conscientemente paralelas.

Se trata aquí de descubrir qué ha de entenderse por conductas conscientemente paralelas. A estos efectos, el primer paso consiste en el examen de las figuras similares del Derecho comparado, concretamente, la doctrina del *conscious parallelism*, desarrollada por la jurisprudencia norteamericana, y la figura de las prácticas concertadas, recogida en el artículo 85 del Tratado de Roma y en el parágrafo 25 del GWB.

A continuación se refiere a la legislación española, haciendo referencia, en primer lugar, a la peculiaridad consistente en que en el artículo 1.º de la LPR las conductas conscientemente paralelas son consideradas fuente de prácticas colusorias, siendo, de hecho, por sí mismas, prácticas colusorias. El siguiente paso es poner de manifiesto los elementos que componen tales conductas, elementos que son, por una parte, una actuación de varias empresas, cuya principal dificultad, según dice, es el término paralelas, y en segundo lugar, considera preciso determinar si, además de la conducta, es necesario algún elemento más, es decir, un concierto entre las empresas que realizan las prácticas, elemento al que se hacía referencia en relación con el elemento consensual existente en las prácticas concertadas.

En íntima relación con este tema alude a la clase de elemento consensual que requieren las conductas conscientemente paralelas, problema íntimamente relacionado con la técnica jurídica de la prueba.

Finalmente, concluye el estudio de las conductas conscientemente paralelas con una referencia a la relación entre recomendaciones y conductas conscientemente paralelas y al papel de éstas en los mercados oligopolistas, en relación con la prohibición del abuso de posición dominante.

En definitiva, la obra reseñada constituye una importante aportación más a la doctrina española dentro del Derecho antitrust, tema en el que el

profesor GALÁN CORONA es un gran especialista, como lo prueban las numerosas publicaciones hechas sobre la materia; resultando, por tanto, como afirma ALBERTO BERCOVITZ, una obra fundamental para el estudio del Derecho protector de la libre competencia.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal constitucional*, Editorial Civitas, Sociedad Anónima. Madrid, 1980. 1.^a edición, 392 págs.

I. La defensa de la Constitución, como norma suprema del Ordenamiento jurídico del Estado español, queda encomendada por el propio texto constitucional en los preceptos contenidos en el título IX al Tribunal Constitucional (1), cuyo artículo 165 dispuso que una Ley Orgánica regularía «su funcionamiento, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de acciones». La Ley Orgánica 2/79, de 3 de octubre (*B. O. del E.* núm. 239, de 5 de octubre), ha venido a dar cumplimiento a las previsiones legales allí señaladas y a cuyo estudio está dedicada la obra que va a comentarse.

Antes de proceder a su enjuiciamiento entendemos necesario hacer dos consideraciones previas: una, sobre la personalidad del autor; otra, referida a la sistemática que por él es empleada.

En cuanto al profesor GONZÁLEZ PÉREZ, y a los efectos de eliminar cualquier recelo que pudiera suscitar la celeridad con que la obra aparece publicada respecto del momento de aprobación del cuerpo legal que en ella se estudia, en orden a la profundidad con que se haya realizado la labor, digamos que esa cualidad ha sido reiteradamente puesta de manifiesto en su ingente producción bibliográfica anterior, y de manera muy especial en el campo del Derecho procesal administrativo (2).

Por lo que al método de análisis y exposición utilizado se refiere poco hay que decir, puesto que no difiere del manejo en otras ocasiones por el autor y cuya claridad ha sido ya elogiada por el que esto escribe en esta misma Revista. No obstante, creemos que para una mejor comprensión de algunas cuestiones (cosa juzgada, efectos suspensivos o no de la interposición de acciones ante la Jurisdicción Constitucional, cuestiones prejudiciales, por ejemplo) tal vez hubiera sido conveniente haberlas reagrupado en su estudio, porque aunque tratadas de modo preciso a lo largo del texto, lo son en distintos momentos del mismo y ello a veces puede dificultar la formación de una visión de conjunto de esos problemas en el lector. En cualquier caso, se trata de una mera apreciación de forma, que en nada desmerece la concepción y el desarrollo general de la obra.

(1) Otros aspectos de la defensa de la Constitución, en relación con el artículo 9 de aquélla, pueden verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1980, págs. 80-119, y del primero de los autores: «La Constitución como norma jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXII, abril-septiembre 1979, págs. 291-341.

(2) *Vid.* en este sentido y a título de ejemplo su ya clásico *Derecho Procesal Administrativo*, IEP, Madrid, tres tomos, 1964, 1966, 1967, respectivamente. O sus más recientes obras *Los recursos administrativos y económico-administrativo*, Madrid, 1975, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1977, y *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, 1978.

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA OBRA

Se encuentra ésta dividida en tres partes: introducción, parte general y parte especial. A cada una de ellas, por separado, dirigiremos nuestro comentario.

A) INTRODUCCIÓN

Las páginas preliminares están dedicadas a precisar algunos conceptos de carácter general, tales como qué ha de entenderse por proceso constitucional, su justificación, tipos de proceso que podrá conocer el Tribunal Constitucional, así como la determinación de las fuentes del Derecho procesal constitucional y su aplicación. Pese a que con cierta frecuencia los capítulos introductorios suelen leerse superficialmente y son considerados ininteresantes para el fondo del tema, no puede decirse lo mismo del caso que nos ocupa. En esta primera parte aparecen ya esbozados algunos de los criterios que a lo largo del libro van a ser luego expresados de manera más nítida. Señalemos como muestra, la valoración que al autor le merecen —más adelante se volverá sobre esto— algunos aspectos del recurso de amparo («para la defensa de los derechos fundamentales se ha estructurado un proceso administrativo especial con ese objeto específico, de eficacia muy superior a la que puede obtenerse ante la Jurisdicción Constitucional», página 40; *vid.* también nota 7 a pie de página) o algunas de las prevenciones sobre el funcionamiento y composición del Tribunal (así, en pág. 44: «Si dada la realidad política y social—pensemos en determinadas regiones autónomas—, el Tribunal Constitucional no va a gozar de ese grado de respeto y acatamiento, el proceso constitucional en lugar de ser un instrumento para mantener la paz comunal, se convertirá en un motivo más de discordia y litigio», y en pág. 45: «Si en lugar de estar integrado el Tribunal por jueces, lo está por políticos o jueces politizados—que no tienen de tales más que el nombre—, estaremos ante una autodefensa encubierta, utilizándose el Tribunal Constitucional para imponer una determinada concepción política»).

Queda, pues, de manifiesto el tono polémico, tanto en el orden doctrinal como en el estrictamente jurídico, con el que el autor va a conducirse durante toda la obra, actitud digna de elogio por encima de las discrepancias que puedan provocar algunos de los criterios sustentados.

B) PARTE GENERAL

Son analizados en ella el proceso constitucional en su conjunto, estudiándose los sujetos, el objeto, actos procesales, nacimiento, desarrollo y terminación del proceso y sus efectos.

Si bien no es posible en los reducidos márgenes de una recensión examinar todas las cuestiones que una obra plantea, vamos a intentar, al menos, resaltar aquellas que, a nuestro juicio, tienen una relevancia especial ya por el tema en sí o por el planteamiento que se hace del mismo.

No duda GONZÁLEZ PÉREZ en afirmar que puede hablarse de una Jurisdicción Constitucional, de naturaleza especial, como consecuencia de las pretensiones que en ella se residencian («pretensiones fundadas en el De-

recho constitucional»), contra quienes se deducen («órganos de naturaleza política que actúan políticamente»), así como por su posición independiente respecto de la común Administración judicial y el nombramiento y procedencia de los Magistrados que le integran.

De nuevo, y con respecto a estos extremos, advierte de un peligro que considera se cierne sobre esta Jurisdicción, esto es, el de su excesiva politización («precisamente por ese matiz político es más idónea la atribución a una Jurisdicción especial, siempre que no se olvide la naturaleza jurisdiccional, ya que una excesiva politización del órgano conduciría pura y simplemente a un simulacro de tribunal y proceso», pág. 77).

Otros puntos sobre los que me permito llamar la atención del lector son el tratamiento que se ofrece de las cuestiones prejudiciales; del tema de la cosa juzgada; la crítica que se formula a la legitimación arbitrada en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y en el recurso de inconstitucionalidad, negada al Ministerio Fiscal y abierta al Defensor del Pueblo («es absurdo el reconocimiento de esta legitimación y la exclusión del Ministerio Fiscal, mucho más idóneo para incoar un proceso sobre inconstitucionalidad. No obstante, no se reconoce al Ministerio Fiscal y sí al Defensor del Pueblo»), y la interpretación que se da del artículo 56, número 1, en el sentido de entender que el aspecto suspensivo alcanza también a disposiciones, pese a que el precepto sólo habla de actos de los poderes públicos.

C) PARTE ESPECIAL

Está dedicada al estudio pormenorizado de los diversos procesos constitucionales regulados por la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

1. *Procesos de inconstitucionalidad*

Antes de examinar diferenciadamente sus diversos tipos, se ofrecen las notas comunes a todos ellos. De este apartado me parece oportuno poner de relieve el planteamiento que se efectúa de dos cuestiones: así, cuando se considera que pueden hacerse valer la infracción de trámites formales fijados en normas constitucionales para verificar la constitucionalidad («es de esperar que el Tribunal Constitucional no incurra en los mismos errores en que incurrieron los Tribunales Contencioso-Administrativos al conocer de los procesos sobre la ilegalidad de reglamentos, que limitaron la posibilidad de plantear la infracción de normas reguladoras del procedimiento a un tipo de «recurso contencioso-administrativo», el llamado directo, y únicamente consideraron con fuerza anulatoria los vicios esenciales»), como también la afirmación de que en la valoración de la inconstitucionalidad o no de la norma se tendrá en cuenta no sólo «la norma constitucional, sino todo el conjunto de valores, principios organizativos y relaciones sociales que integran lo que se ha llamado fórmula política de la Constitución». Cuestión ésta capital si nos fijamos en la inmensa potencialidad que pueden tener determinados principios afirmados en la Constitución (véase, por ejemplo, el art. 9).

1.1. *Proceso principal de inconstitucionalidad.*—Se incluyen bajo este epígrafe tanto el supuesto del artículo 161, 1, a), de la Constitución, como

el recurso previo de constitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y Leyes Orgánicas. La solución legal dada al tema por la LOTC es atacada de plano por GONZÁLEZ PÉREZ, al menos, en dos aspectos. La primera de sus críticas va dirigida al recurso previo por entenderlo carente de fundamento («no tiene sentido dar entrada al Tribunal Constitucional para lo que constituye un control previo de un proyecto normativo»), y la segunda, a la restricción del ámbito de la legitimación activa al dejarse ésta a «unos cuantos órganos políticos o a cierto número de políticos». Más concretamente, esta última cuestión es objeto de un duro embate en la página 251. Sería largo y fuera de lugar entrar en el debate de estos criterios, que no compartimos en alguno de sus aspectos y por ello no lo hacemos. Sirva esto, sin embargo, para mostrar el interés polémico que este «Derecho procesal constitucional» posee.

Como remedio para paliar lo que se considera una deficiente regulación de la legitimación activa, el autor propone que en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo deberá imponérsele a este órgano la iniciación del proceso en virtud de denuncia, ya que dicho órgano sí aparece en la LOTC con legitimación (3).

1.2. *Cuestión prejudicial de inconstitucionalidad.*—Nuevamente el aspecto de la legitimación para el planteamiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en este tipo de proceso es criticado. En este sentido, se afirma que dado que «únicamente el órgano jurisdiccional puede plantear la cuestión» de oficio o a instancia de parte, pero decidiendo «inapelablemente, sin condicionamiento alguno, acerca de la procedencia del planteamiento, al particular afectado se le niega uno de los derechos fundamentales: el de acceso a la justicia».

Otro extremo sobre el que pueden surgir discusiones, cual es el de los efectos que puede provocar el planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, dada la redacción del artículo 163 de la Constitución, cuando se dice que en «ningún caso serán suspensivos», es resuelta por GONZÁLEZ PÉREZ en el sentido de que la norma cuya constitucionalidad se discute sigue produciendo efectos, suspendiéndose la tramitación del proceso (4).

1.3. *Control previo de tratados internacionales.*—En lo que a este tema respecta, la opinión sustentada por el autor es la de considerar que el acto en que se concreta la actuación del TC es un dictamen y no una sentencia, con los efectos que ello conlleva en el plano de la cosa juzgada, y la de entender, pese a que no se dispone expresamente, que la petición de dictamen suspende el procedimiento hasta su conocimiento.

2. *Proceso de amparo constitucional*

Cinco capítulos ocupa el detenido examen de este tipo de proceso, previsto en el artículo 53, 2, de la Constitución, cuya implantación se enjuicia en el libro como innecesaria. A este respecto, se afirma allí que una adecuada estructuración de los procesos ordinarios, y muy especialmente del

(3) No se recoge así en el Proyecto de Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, actualmente en discusión. El origen de aquél está en la proposición de Ley presentada por el PSOE y redactada por GIL-ROBLES y GIL DELGADO, Alvaro Vid. de este autor «El defensor del pueblo», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1979, donde se recoge.

(4) En sentido distinto, QUADRA-SALCEDO Tomás de la: «La Ley en la Constitución: Leyes orgánicas», artículo en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 24, en prensa.

proceso administrativo, bastaría como medio de defensa de derechos y libertades. En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ entiende que la Ley 62/78, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, puede cumplir muy bien ese papel.

Sería muy complejo analizar una a una las cuestiones que aquí se suscitan y que bien merecerían un comentario aparte. Demos constancia simplemente del rigor con que el tema aparece estudiado, y de manera muy especial el acabado tratamiento que se ofrece de la citada Ley 62/78.

3. *Conflictos de competencias*

A ellos se dedican los últimos tres capítulos, estudiándose diferenciadamente los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas o las de éstas entre sí y los que puedan plantearse entre órganos del Estado. Una vez más, la entidad de los problemas tratados haría necesario un comentario independiente, que dejo para otra ocasión si hubiera lugar.

Termina la obra con un apéndice, en el que se recoge el texto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y un índice analítico y otro remisorio de los preceptos de la LOTC citados a lo largo del texto.

No creemos que con lo que hasta aquí ha sido expuesto sea necesario reiterar el interés y la importancia de esta última obra del profesor GONZÁLEZ PÉREZ. Esperamos que una vez el Tribunal Constitucional haya iniciado su funcionamiento este libro conozca nuevas ediciones, y como ya es costumbre y con la maestría que caracteriza al autor incorpore la jurisprudencia constitucional.

Sea bienvenida esta nueva producción a la literatura jurídica española, en la que además de las virtudes tradicionales de su autor, se une en este caso la de la más exacta novedad.

FERNANDO SEQUEIRA DE FUENTES

GRIDEL, JEAN-PIERRE: *Le signe et le Droit*, Bibliothèque de Droit Privé, Paris, Librairie G. de Droit et de Jurisprudence, 1979.

Hasta su prologuista, el profesor CARBONNIER, parece sentirse inquieto, casi desorientado, ante obra tan original. Las clásicas tintas negras que imprimen nuestras normas pasan a antojársele abismales y tenebrosas, mientras que dibujos, colores, luces y sonidos le abren un horizonte paradisiaco de sueños esplendentes. En este firmamento se siente *en danger de poésie*, mal terrible para un jurista. Pero al despertar, las estrellas se convierten en *petrafactae*, y las constelaciones, en uniformes brillantes coronados con solemnes sombreros, un mundo arcaico sin leyes escritas, ni registros territoriales, ni boletines publicitarios. Como si desde el exterior de su iceberg hubiera podido examinar el titánico continente sumergido de festucas y símbolos, ritos y magia, con grafiados increíbles, acaso cavernarios, pero que todo el mundo comprende. CHASSAN, al que se califica de Magistrado de profesión, historiador por placer y poeta por temperamento, los llama restos deshumanizados, pero reconoce su eficiencia y universalidad.

El Derecho para su aplicación debe hacerse sensible y ser comprendido. Sin é ello no podría ser respetado. La norma y la situación jurídica creada bajo su manto y por ella amparada precisan una publicidad que se realiza ordinariamente por el lenguaje oral y la escritura a su servicio, aunque puede efectivizarse mediante otros procedimientos. Limitados a un mundo de alambradas nos resulta difícil comprender la existencia de otros exteriores. Por ello, desviándonos ligeramente de nuestro autor, procuraremos la superación de las barreras terminológicas con asequibles conceptos generales.

El lenguaje oral, de signos fónicos o fonemas, exterioriza nuestros pensamientos y voluntad, aunque aceptamos otros medios de comunicación, como el constituido por los signos de los sordomudos. Cuando un lenguaje desea fijarse para su transmisión temporal o espacial, se acude a la escritura, y ésta puede representarse en un signo por idea o frase, «estacionamiento autorizado días impares», escritura sintética, que exigiría infinitos signos. En otros casos, el signo equivale a una palabra, y puede ser la reproducción, aproximada o esquematizada, del objeto que designa la palabra, un perro = un perro, y en tal caso tenemos la escritura pictográfica simple; pero lo expresado por la palabra puede ser abstracto o no siéndolo representarse por un signo arbitrario, un perro = la caza, una paloma = paz, lo que nos conduce a la pictográfica ideográfica, estadio muy progresivo respecto a la primera. Gran invención fue la escritura alfabética, en la que los signos equivalen a sonidos bucales, sílabas o letras, que debidamente sistematizados son transformados en sonidos e ideas por el lector destinatario en procedimiento inverso.

Aunque históricamente el orden enunciado de «Ideenschrift», «Wort-schrift» y escritura alfabética es el normal, hay que tener en cuenta que jamás un estadio elimina totalmente a los anteriores, de la misma forma que en el campo jurídico la aparición de la hipoteca no significó la extinción de las ventas a retro. Los mismos jeroglíficos egipcios contienen mezcla de ideogramas y fonogramas. Por ello en la escritura conviven elementos de antigüedad muy diversa. Y si subsisten los más remotos es posiblemente por no haberse superado su simplicidad y universalidad. También el lenguaje oral se complementa con infinidad de signos.

GRIDEL nos remonta al concepto de signo, elemento sensible para cualquiera de nuestros sentidos (vista, oído, olfato .) que facilita información directa, separándolo del indicio que expresando contigüidad lógica lo realiza indirectamente. Nos habla de sus diversas modalidades: el «carácter», que en su día designaba la marca al fuego que se estampaba en las rces; el «símbolo», que se dividía en dos partes que encajaban y formaban la unidad; el *sigillum* o pequeño signo aprobatorio, y otros muchos, para trasladarnos al mundo de la Semiología, ciencia de los signos, en la que actualmente se halla integrada la Lingüística, concretada a los orales, que históricamente precedió a aquéllla, por lo que es común limitar el ámbito de la primera a los signos no orales, mientras éstos quedan reservados a la Lingüística. La Semiología o Semiótica abarca desde los sonidos de las cornetas, campanas, a las luces de los juegos reguladores de la circulación, las banderas, atuendos, humos y perfumes, hasta alcanzar el campo jurídico, con amplia prosapia, de los mojones, vallas o cercados.

Ciertamente, los signos tienen amplios reflejos en el Derecho: los resultantes del destino de dos predios contiguos por el padre de familia,

los de servidumbre, los que exteriorizan riqueza, la permanencia del arrendatario en el inmueble después del transcurso del plazo, el emplazamiento de un taxi en una parada, oferta de contrato, como lo es el movimiento de brazo con que solicitamos la parada del autobús.

Nuestro autor centra sus focos sobre tres grupos, pero a lo largo de sus párrafos, como en una pasarela de modas, desfilan una infinidad. Sin profundizar excesivamente, con amenidad y placer, GRIDEL nos introduce en la orgía cromática de un jardín versallesco. La luz y el aroma hacen comprensible la inquietud de CARBONNIER.

* * *

El primer panel está dedicado a mojones y cercados. Los primeros son, en su mayoría, casos plurales, pues dada su finalidad primordial delimitativa pasan a constituir una sinfonía en piedra sobre una partitura de líneas ideales dimanantes, por lo general, de un procedimiento convencional o judicial con los vecinos. Para ello se sitúan *a fleur de confin*, señalando la titularidad exclusiva con voluntad excluyente, la legitimidad del Derecho y su ámbito de ejercicio. Y si las divinidades las han protegido desde la lejana historia, las sanciones dimanantes de su alteración podrían constituir una sección completa, por su particularidad y dureza, en los museos de «Créalo o no».

La voluntad de exclusión está acentuada en las cercas o vallas, que ofrecen líneas tangibles en las que no siempre la finalidad delimitativa es la que prima. Se pueden cercar sólo partes del inmueble de un titular, sea para proteger intimidades o resguardar de malhechores, pues es notorio que aunque no impidan absolutamente el acceso de los mismos, sí lo dificultan; además, permiten la legítima defensa, y no hay que olvidar que, como decía DOMÉTIU, se teme más la inmediata y airada reacción de la víctima, que la tardía y eventual sanción de la justicia represiva pública.

También, desde remotos tiempos, eliminan los derechos de pastos, caza o espigueo, permitidos en los terrenos no obstaculizados. En el caso de determinar lindes de propiedades pueden construirse en terreno propio o medianero y ostentar signos que las leyes reconocen de uno u otro sentido. El derecho de cercar, considerado una servidumbre, aparece catalogado actualmente como *obligatio propter rem*.

Volviendo a los mojones, no siempre claman *Hic ager meus est, ille tuus*. En otros casos pueden publicitar un título de propiedad, la existencia de una servidumbre o un derecho real de garantía. También en su forma de *brandon*, un poste en cuya parte superior se ha armado hierba seca u otro material combustible presagiando un incendio, indicó durante siglos el embargo de cosechas o pertenencias.

* * *

Vamos a penetrar, en forma esquemática, en el mundo del *horos*, tema que en nuestra patria reclama un amplio estudio, como podrá concluirse.

Hay que remontarse a civilizaciones remotas: en Mesopotamia, durante milenios, se desarrolla una basada en el barro; parcelas aprovechadas al milímetro claman por infinitos mojones. Pero la piedra escaseaba y el barro cocido adquiriría considerable consistencia. Hitos de esta naturaleza

debían abundar en esta tierra, que nos ha ofrecido decenas de millares de leyes y contratos escritos. La identificación se ha limitado a algunos contratos que por su monumentalidad debían quedar emplazados en el mismo fundo, y a algún mojón de piedra, parte escrito, parte con símbolos de divinidades, un *kudurru* que señala el legítimo titular de un fundo que no está gravado. Se sabe que en ocasiones se colocaba un duplicado en el templo, tal vez un gran propietario, acaso un «registro» rudimentario. No debían faltar los que proclamaban servidumbres o deudas, pero por ahora son desconocidos. En el British Museum pueden verse algunas muestras interesantísimas. Y en el número 2 de 1978 de la *Rev. d'Assyriologie* se publican, con sus correspondientes traducciones, 46 contratos de préstamo. Sistemas de prenda, ventas a retro e hipotecas en el Derecho neosirio han sido ampliamente estudiados por PETSCHOW y KOSCHAWER.

En el propio período, Egipto alcanza también una cultura superior, pero lítica. La piedra abunda y con ella se obtienen obras geniales. No debían faltar hitos, sobre todo en los estadios primitivos, pero la literatura, de épocas avanzadas, ya nos habla de registros y catastros y muchas y delicadas normas fiscales.

Grecia, en cambio, nos ofrece abundantes muestras de mojones y rótulos publicitarios para fincas rústicas y urbanas. Se conservan los de mármol y piedra, no los más corrientes de madera. De ellos queremos resaltar solamente los que publican la afección del fundo a una garantía real, en número aproximado al centenar, y que nos hablan de dotes y administración de bienes de menores, de préstamos y precios aplazados y hasta segundas hipotecas. Todos se inician con el vocablo *horos*, pero acaso sólo sean los de esta redacción los hasta el presente identificados. Atenas y otras regiones nos ofrecen el mayor muestrario y parece que desaparecen a medida que los registros funcionan. La registración es mencionada en algún *horos*. Hay abundantes fuentes griegas que aluden a ellos y extensos estudios modernos sobre el tema.

En el Renacimiento distinguidos juristas consideran de la propia naturaleza—expresivos de derecho de garantía—algunas *tabulae* romanas, pero los estudiosos, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, dudan sean tales los ejemplos presentados. En cambio, son indudablemente de naturaleza publicitaria, relativas a servidumbres, algunas *tabulae* que, como las anteriores, obran en las *Fontes*, de BRUNS.

Tanto en Francia como en España, en la regulación de las ventas a plazos se autoriza la instalación en la maquinaria enajenada de *horos* indicativos de no estar satisfecho su precio.

En España, además, disponemos de un monumento interesante, el Bronce de Bonanza, descubierto en las inmediaciones de Sanlúcar en 1868, examinable en el Museo Arqueológico de Madrid, donde se encuentra, o en las fotografías obrantes en la obra monográfica de RODRÍGUEZ DE BERLANGA; la *Historia de España*, de MENÉNDEZ PIDAL, o las *Fontes*, de BRUNS. Se la data hacia el siglo I de nuestra era y en el interior de un marco elaborado en el propio bronce se hallan escritas 17 líneas. Hay agujeros en su parte superior e inferior e incluso restos de un clavo. Si por su configuración se considera formaba parte de un díptico, la misma tampoco invita a desechar que se tratara de una sola unidad y los pretendidos enlaces lo sean en referencia a su instalación mural. Aunque queda espacio al término del escrito, se observa la falta de un vocablo final.

A favor de la realidad documental militan la detallada descripción del fundo y la posible tabla complementaria, en la que se insertarían las cláusulas cuya falta se observa. Pero contra ella figura el material: el bronce indica instalación a la intemperie; aun en el país del metal, los escritos particulares obrarían en las clásicas tablillas de cera o en plomos, como los descubiertos en el ámbito levantino o en los manantiales de Amélie-les-Bains. Además, al dorso o cubiertas las tablas figuraría la correspondiente indicación. Tampoco se encuentran los nombres del *libripens* ni de los testigos, lo que no faltaría en un documento contractual. Se indica, además, que «los nombres de las personas tienen cierto aire convencional».

Por ello se ha reputado una fórmula destinada a estar colocada en sitio visible de un establecimiento financiero. Pero tiene defectos importantes: no hay nombres ni espacios en blanco del *librepens* ni del *antestatus*; pese a las mejoras interpretativas de D'Ors, la redacción es deficiente y sin la tabla complementaria faltarían importantes cláusulas y datos.

DEGENKOLB ya apuntó la posibilidad de que nos halláramos ante un *horos*, un bronce publicitario. D'Ors considera la hipótesis y la rechaza: en tal caso, la redacción habría sido muy diferente. No se referirá, indudablemente, a los ejemplos romanos desconocidos de *horos*. Los griegos son anteriores en tres siglos, por lo menos. Ciertamente que no hay indicación inicial de naturaleza o finalidad, pero tampoco figura en las tablas relativas a servidumbres perfectamente identificadas. En cambio, se expresan en forma compendiosa todos los elementos esenciales para los terceros: fundo, esclavo, personas que intervienen, referencia a deudas presentes y futuras sin cuya liquidación no será exigible la remancipación y *pactum*, por el que se faculta al titular fiduciario para venderla caso de impago. El vocablo que se echa de menos al final puede estimarse sobreentendido. Se trata de un documento abreviado para la publicidad. Acaso el más remoto precedente hispano de la publicidad en los casos de garantías reales, el sucedáneo de la posesión material del acreedor.

* * *

Sigamos con GRIDEL para alcanzar el atuendo, la vestimenta, la que publica un papel social, una función o misión profesional o pública, la habilitación para el ejercicio de ciertas actividades o potestades, con delimitada esfera de competencia. Todo ello es, en muchas ocasiones, de consecuencias jurídicas importantísimas: se legitima la autoridad del portador, es enseña de protección y respeto; agrava las penas de los que se oponen a sus funciones o las dificultan. Y los que utilizan indebidamente uniformes públicos son reos de graves delitos.

El tema es antiquísimo. Vestidos y colores han sido considerados símbolos en todos momentos y en infinitos ámbitos, desde los religiosos a los amorosos. Las Leyes de Maou ya imponían que los testigos que declaraban sobre emplazamiento de mojoneras debían portar túnicas rojas y flores de igual color. En China se apaleaba a los que no utilizaban atuendos correspondientes a su clase social. Roma implantó desde los lictores y cascos hasta las togas bordadas con púrpura y nos ha legado voluminosos textos del *Notitia Dignitatum*. La Revolución Francesa empezó prohibiendo el uso de casacas serviles y las corazas aristocráticas, pero acabó apasionándose por la pompa, y desde la *écharpe* tricolor del *Maire* hasta los recargados

uniformes militares elaboró todo un poema de barroquismo y solemnidad. Y aún durante el pasado siglo los Tribunales pretendieron, insistentemente, que el ejercicio de funciones sin insignias era causa de nulidad de actuaciones, pero la casación lo rechazó con idéntica constancia.

La vestimenta puede tener también por objeto realzar la solemnidad de actos públicos y también ser recordatorio para sus portadores, en función introvertida, del respeto a sí mismo y del sentido de disciplina. Las disposiciones que impiden a los militares vestir de paisano parecen tener esta finalidad, y con ella, la de evitar desórdenes amparados por el anonimato.

Algo de esto ocurre con el hábito religioso cristiano. Su uso se inicia sobre el siglo IV, siendo señal de pobreza. Más tarde, siglos VI y VII, se prohíbe su utilización a los no religiosos. Y a partir del XIV se hace obligatorio su uso con el primordial fin de recordar deberes de estado.

Conviven con los atuendos oficiales, los uniformes de las empresas privadas, expresivos de subordinación económica, competencias o dedicación a funciones. Se desenvuelven en los ámbitos del Derecho laboral, del sindical y aun en el de la competencia desleal. Ciertas profesiones, las de índole sanitaria, conjugan la coquetería con la distensión y la taumaturgia en coloridos suaves.



La opresión de la ley se siente fundamentalmente al rellenar impresos fiscales y al circular por la carretera. Los infortunados aurigas modernos son machacados con una epifanía de signos, una superpublicidad agobiante: postes con garabatos, luces, sonidos irritantes y sedantes y hasta uniformes complementarios que no presagian ninguna buena intención. Todo les recuerda normas generales o les señala otras complementarias, concretas, dictadas en uso de delegaciones legales. Hay simples y sutiles informaciones, pero las órdenes son infinitas. No hay fragmento sin signo y hasta las luces se permiten cambiar y en segundos transforman prohibiciones en autorizaciones o viceversa.

Pero la vida del conductor es más complicada todavía. Cierto que el *pas de panneau*, *pas de contravention*, equivale a libertad, pero preventiva; la hipótesis de escuela, el caso del panel equivocado, no implica liberación absoluta de responsabilidad o total disculpa; el conductor debe prever la posibilidad y no confiarse excesivamente en la conducta ajena ni suponerla siempre adaptada a las normas viales. Tal imprevisión puede reducir, pero no eliminar culpas.

El lenguaje rapidísimo de los signos diversos intenta armonizar derechos y conductas en constante colisión. Pese a su aparente simplicidad es sumamente complejo, hallándose estructurado en un verdadero sistema de conceptos, impuestos con riguroso método y, como el papel moneda, salta por encima de fronteras e idiomas. Los humanos quedan clasificados en peatones y viajeros de vehículos a motor. Los primeros son los más desgraciados, aparentemente. De los segundos, la especie más peligrosa, el tipo lombrosiano por excelencia, es el buen padre de familia ascendido a conductor dominical.

SÁANCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER: *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Editorial Montecorvo. Madrid, 1978.

Sucede o suele suceder siempre lo mismo cuando a uno le brindan la posibilidad de recensionar una obra en la que el autor, afectuosamente, te envía un ejemplar. Un conjuro de circunstancias provoca siempre una demora que a medida que aumenta produce una sensación de angustia por lo del «mal queda». No vale pedir excusas, sino afrontar con el retraso imprevisto esta recensión de un estudio que para mí tiene una singular importancia jurídica y una actualidad nacional. Me explico.

Cualquier jurista que se haya asomado a los programas de oposiciones a las carreras puntales del campo jurídico, habrá observado que en la zona de contratos y lindando con los arrendamientos, se agrupaba un conjunto de ellos de difícil contestación por falta de estudios monográficos de la doctrina española. Me estoy refiriendo al contrato llamado de empresa o arrendamiento de obra, al de edición, al de transporte, al de aparcería, al de hospedaje, etc. Yo recuerdo que en ese grupo profundicé un poco en el de aparcería y en una oposición me tocó en suerte. Cuando yo creía que había dicho un buen tema, un miembro del tribunal, que de aparcería sabía menos que yo de política, me dijo. «¡Qué cosas más extrañas ha dicho usted en el contrato de aparcería!» Y es que él había llegado ya a una «primera» con las tres páginas que CASTÁN dedicaba al contrato referido. Una pena que estas monografías lleguen tan tarde para los que entonces necesitábamos complementar esos esquemas fenomenales que CASTÁN brindaba.

A la importancia que podríamos llamar jurídica de la obra, se une la que he denominado nacional. Obrar supone «hacer algo», y parece ser que en el ámbito nacional hay que hacer mucho. Lo que sucede es que en esa especie de ánimo renovador, con ideas de reivindicación, desconocimiento económico del problema y moral de albañil, se ha procedido más que a construir (a obrar), a destruir para llegar al logro de un gran solar en donde la obra nueva es la que va a valer. Y aquí me parece que la importancia del contrato de obra (caso de que las cosas quieran seguirse haciendo por consenso, base institucional del contrato) es sensacional. Ahora con la moda política de las autonomías habría también que resaltar no sólo la importancia nacional, sino la autonómica, sobre todo en esa zona en donde el autor elabora íntegramente su trabajo.

VICENTE GUILARTE, otro gran jurista, prologa la obra que comentamos y se fija en ese aspecto jurídico que he apuntado con mis anécdotas. GUILARTE destaca la importancia de la aportación que el autor nos brinda en sus fases de verificación, aceptación y entrega de la obra y, por supuesto, exalta la condición jurídica del autor y el esfuerzo realizado en esa investigación llevada a cabo con los escasos medios que una nueva Facultad de Derecho—la de San Sebastián—dispone y que acreditan la verdadera vocación de su profesorado en esa trascendental misión que la institución lleva consigo.

Para la visión genérica del contenido nos ajustamos a las diferentes partes en que la misma viene estructurada. Son seis partes o capítulos, a las que precede una introducción, y van seguidas de un índice alfabético de autores consultados y una tabla de jurisprudencia cronológica con la cita

de donde ha sido tomada. El sumario índice abre la publicación. Es decir, la obra se ajusta a esos cánones de investigación que el trabajo serio y documentado exige.

I. VERIFICACIÓN DE LA OBRA

El autor, para situar al que inicia el estudio de su aportación, explica en la introducción el conjunto de problemas que van a ser tratados en esa etapa final del contrato de obra, en la que el concepto de recepción de obra no puede ser entendido como un mero retirar la cosa, sino como un hacerse cargo de la misma a plena satisfacción. Básicas son, a su juicio, las tres fases de verificación, aceptación y entrega que se explican: el comitente verifica la obra, y si se encuentra conforme, la acepta; el contratista entrega la obra, y el comitente, al recibirla, paga el precio.

La fase de verificación de obra es estudiada por el autor partiendo de la idea de que en el contrato de obra la cosa ofrecida al comitente es para él desconocida—a diferencia de lo que sucede en la compraventa—, ya que nace con posterioridad a la celebración del contrato y, por consiguiente, es forzoso reconocerle la facultad de examinarla antes de recibirla para comprobar si se ajusta a lo convenido en el contrato y a las reglas del arte, y aceptarla en caso afirmativo o rechazarla en otro caso. Por ello, para el autor, la verificación es el conjunto de operaciones materiales y técnicas en cuya virtud la obra es inspeccionada, con el fin de que el comitente pueda comprobar su buena ejecución y forme su voluntad en orden a la aceptación de la obra. Sentados estos conceptos van ofreciéndose los distintos puntos que estructuran la verificación (concepto distinto del *collaudo* italiano): su naturaleza (requisito previo para el ejercicio, por el comprador, de toda acción o reclamación por la no conformidad de la cosa al contrato), verificación por un tercero y su naturaleza, clases, condiciones y efectos. Dentro de estos últimos y quizá como síntesis del contenido y trascendencia de la verificación podría concluirse con el autor: la verificación es únicamente un presupuesto de la aceptación.

II. LA ACEPTACIÓN DE LA OBRA

Verificada la obra—dice el autor—y comprobada la adecuación de la prestación realizada a la prestación convenida, el comitente queda obligado a recibirla. El comitente en la recepción de la obra tiene una participación activa, pues además de la recepción física, emite una declaración de voluntad, en cuya virtud acepta la prestación del contratista. De ahí que se concluya en torno a su naturaleza calificándolo como un acto jurídico, y como tal voluntario, pero vinculado a una situación preestablecida en el acto de constitución de la relación obligatoria. El comitente podrá manifestar su voluntad de no querer aceptar, pero se producirá entonces, debido a la violación de aquel vínculo, si la negativa no se funda en una causa justificada, una situación de incumplimiento.

Junto a la precisión de la aceptación y su naturaleza se exponen, siguiendo una sistemática apuntada antes al referirnos a la verificación, los problemas de las personas a quienes corresponde, clases de aceptación

y efectos que la misma produce, y que el autor concreta en los cuatro siguientes: 1.º Libera al contratista de responsabilidad por vicios aparentes. 2.º Determina la transmisión de los riesgos, que antes pesaran sobre el contratista, al comitente. 3.º Constituye el punto de partida de la responsabilidad decenal. 4.º Confiere al comitente el derecho a exigir la entrega de la obra, si no estuviera en su poder con anterioridad.

III. LA ACEPTACIÓN Y LOS VICIOS

La cuestión que el autor plantea en este capítulo está en la clase de vicios que pueden quedar marginados a través de la verificación y aceptación. El comitente, con el fin de asegurarse de que la obra está exenta de vicios, procede a su verificación. Si después de realizada la verificación acepta la obra, es decir, reconoce la buena ejecución de las obligaciones del contratista, parece lógico pensar que éste queda liberado de la responsabilidad por razón del trabajo realizado. Y la problemática reside en si existe una responsabilidad de los contratistas posterior a la aceptación por razón de vicio, fuera del supuesto del artículo 1.591 del Código Civil.

La problemática se estudia, a través de la doctrina y jurisprudencia española, en el Derecho comparado, y concluyéndose en el sentido de que a pesar del silencio de nuestro Código Civil, hay que entender que respecto a los vicios ocultos no causantes de ruina se produce la misma situación que justifica y fundamenta la responsabilidad decenal. En este sentido esboza un esquema de responsabilidades por prestaciones defectuosas.

IV. LA ENTREGA DE LA OBRA

Como fundamentales problemas que plantea la entrega, se plantean los que se relacionan con el tiempo en que debe hacerse, el lugar de la misma, las modalidades que puede ofrecer, la obligación de conservar la obra, la mora del comitente o del contratista y el funcionamiento de una cláusula penal en la que se impone el pago de ciertas cantidades para el caso de retardo en la entrega. Todo ello sobre la base de considerar a la entrega como un desplazamiento de posesión de la cosa de una persona a otra, tratándose de un simple hecho dirigido a conseguir el traspaso posesorio de la obra realizada del contratista al comitente, con el fin de facilitar a éste el ejercicio de sus derechos dominicales. Lo que con la entrega se transmite es la detentación que de la obra tenía el contratista en función del cumplimiento del contrato. Con ello se da paso al tema que se plantea en el capítulo siguiente.

V. EL PROBLEMA DEL MODO Y MOMENTO DE LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA

Aceptando que el contrato produce efectos obligatorios y traslativos, se hace necesario—como dice el autor—relegar al momento de la entrega estos últimos, si ha de ser un consecuente con la teoría del título y el modo. Pero la problemática es discutida y entremezclada con la calificación del contrato en caso de suministro de materiales. De ahí que el autor disec-

cione la materia y vaya recorriendo las fundamentales posturas de contrato de compraventa, contrato de obra, contrato mixto y contrato cuya calificación depende del criterio que previamente se adopte en orden a la prevalencia de la prestación de dar o hacer. Para el autor, la postura aceptable es la de considerar que el contrato estará sujeto a una disciplina unitaria, la del contrato de obra o la del de compraventa, según que la obligación principal y característica del contrato sea una obligación de dar o de hacer.

En cuanto al momento de la adquisición, expone las teorías que sobre este punto existen, dualistas y unitarias, para continuar con la problemática del Derecho comparado y la posición de la jurisprudencia. Su postura es la de considerar que no se puede hacer depender el modo de adquirir la propiedad de la obra, originario unas veces y derivativo otras, del simple hecho de que la propiedad de las cosas, que constituyen el objeto de una prestación accesoria, corresponda al comitente o al contratista, respectivamente.

Con tres problemas últimos finaliza el capítulo: los efectos del disenti-miento unilateral del comitente respecto a la adquisición de la propiedad de la obra, la adquisición por piezas o por media y las consecuencias de la adquisición originaria.

VI. EL PAGO DEL PRECIO

Las circunstancias personales (quien paga), las objetivas de la cuantía, las temporales del momento del pago, las espaciales del lugar del pago y las consecuencias del incumplimiento, el plazo de prescripción y la protección nacida de los créditos del contrato de obra, son las cuestiones fundamentales que el autor afronta en este capítulo, último de la obra.

A modo de colofón de todo lo que he podido ofrecer en estas notas, sí creo que cabe apuntar que la obra tiene esa gran cualidad de ser fácil para el estudio, ya que a su claridad se une el rigor de la cita y una sistemática que ayuda poderosamente al estudio. Quizá en ella se pueda encontrar esa necesaria solución que reclaman esas condiciones resolutorias, en las que toda su fuerza reside en que la resolución se produce cuando los pisos de una casa en construcción para ser entregados deben estar «terminados» en un plazo señalado, y el concepto de terminación puede muy bien rozar esos de verificación y aceptación que el autor del estudio maneja con tanta soltura y familiaridad.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTAS

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Abril-septiembre 1979

La Constitución como norma jurídica, por Eduardo García de Enterría, págs. 291 a 341.

La reforma del régimen económico del matrimonio, por José Luis Lacruz Berdejo, págs. 345 a 369.

La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias, por José Bonet Correa, págs. 371 a 393.

Notas sobre la evolución del sistema matrimonial español, por Salvador Carrión, págs. 395 a 436.

Nuevas consideraciones valorativas en la teoría del abuso del Derecho, por José Manuel Martín Bernal, páginas 437 a 462.

DOCUMENTACION JURIDICA

Núm. 23. Julio-septiembre 1979

Peligrosidad social y la tipología del sujeto peligroso, por José María Morenilla, págs. 529 a 613.

El delito de falso testimonio, por Antonio Millán Garrido, págs. 617 a 647.

La acusación penal en Inglaterra, por Eduardo Fungairiño Bringas, páginas 651 a 695.

El comentario constitucional, por Pablo Lucas Verdú, págs. 699 a 718.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 107. Abril-junio 1979

Los problemas de empleo en la economía española y su incidencia en

el medio rural, por Enrique Fuentes Quintana, Manuel Lagares y Julio Alcaide, págs. 9 a 38.

La agricultura a tiempo parcial. La actividad compartida y el empleo, por Rafael Dal-Ré Tenreiro, páginas 39 a 54.

Las pérdidas de empleo agrícola en las regiones españolas, por Alfonso García Barbancho, págs. 55 a 72.

Problemática específica del empleo en la agricultura andaluza, por Antonio Gámez López y Antonio Sánchez López, págs. 73 a 106.

La generación de empleo en el campo y la ordenación de las producciones agrarias, por Arturo Camilleri Lapeyre y otros, págs. 107 a 132.

La industrialización y el empleo en el medio rural. Una aproximación del problema en Andalucía, por José Javier Rodríguez Alcaide, páginas 133 a 150.

Núm. 108. Julio-septiembre 1979

La agricultura de grupo en el Registro de la Propiedad, por Francisco Corral Dueñas, págs. 7 a 32.

La eficacia económica de las explotaciones agrarias españolas en la producción de cereales, leche y carne de cerdo, por Angel Olano Sánchez, págs. 33 a 59.

El mercado de frutas y hortalizas de Madrid. Una aplicación del concepto de competencia viable, por José L. López García y Pedro Caldentey Albert, págs. 61 a 111.

Relación de sustitución entre fechas de recolección y siembra, por Vicente Caballer Mellado, págs. 113 a 126.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Núm. 203. Julio-septiembre 1979

El servicio al pueblo: misión del alcalde, por Julio Carrasco Belinchón, págs. 397 a 438.

La actual regulación de la contratación local, por Jaime Sánchez Isac, páginas 439 a 454.

La concesión administrativa de servicios, por Francisco Rodríguez de Haro, págs. 455 a 468.

Expedientes disciplinarios a funcionarios de Cuerpos Nacionales. Cuestiones de competencia, por Miguel Figueira Louro, págs. 469 a 492.

Núm. 204. Octubre-diciembre 1979

Regionalismo y federalismo, por Juan Luis de Simón Tobalina, páginas 597 a 626.

Los Ayuntamientos y las urbanizaciones privadas, por Federico Romero Hernández, págs. 627 a 646.

Organización y funcionamiento de los grandes Corrales castellanos, por Esteban Corral García, páginas 647 a 680.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Núm. 143. Septiembre-octubre 1979

La singular y casi olvidada historia del régimen legal de primas de emisión de acciones y su sorprendente desenlace en el nuevo ordenamiento fiscal, por A. Velasco Alonso, págs. 953 a 972.

Núm. 144. Noviembre-diciembre 1979

La interpretación económica de las leyes tributarias, por César Albriñana García Quintana, págs. 1383 a 1400.

El liberalismo económico en el bicentenario de la obra de Adam Smith, por Juan Sardá, págs. 1401 a 1416.

Contraste normativo, por Julio Bañacloche, págs. 1417 a 1430.

Pasado y futuro de los sindicatos obreros, por Jesús Prados Arrarte, páginas 1431 a 1452.

Procesos económicos y economías de mercado: el caso de Galicia, por Carlos Otero Díaz, págs. 1453 a 1473.

Contribución de Maffeo Pantaleoni a la ciencia de las finanzas, por César Cosciani, págs. 1475 a 1489.

El control de los efectos económicos externos por medio de la imposición, por José Casas Pardo, páginas 1491 a 1510.

Autonomía financiera de las regiones y solidaridad, por Enrique Moldes Teo, págs. 1511 a 1540.

De las directivas económicas sobre el IVA en la nueva legislación italiana, por Gian Antonio Micheli, páginas 1541 a 1551.

Derecho administrativo y nuevo derecho constitucional, por W. Schick, páginas 1553 a 1564.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 421-422. Octubre-noviembre 1979

El Decreto-ley: un comentario al artículo 86 de la Constitución, por José Ignacio Morillo Velarde, páginas 1010 a 1017.

Núm. 423. Diciembre 1979

Hacia una reforma en profundidad del Ordenamiento jurídico, por Enrique Ruiz Vadillo, págs. 1202 a 1213.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Junio de 1979

Jacques Maritain y la participación comunitaria, por Lino Rodríguez Arias Bustamante, págs. 493 a 544.

Julio de 1979

La nulidad del matrimonio después de la Constitución, por Enrique Laguarda Domínguez, págs. 3 a 24.

Las normas penales en la Constitución española de 1978, por Francisco Bueno Arus, págs. 25 a 63.

REVISTA JURIDICA DE CATALUNA

Octubre-diciembre 1979

Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 769 a 819.

La suspensió de la vigencia del planejament urbanístic, por Enric Arguñol i Murgadas, págs. 821 a 844.

Notas sobre el tratamiento de la riña tumultuaria en el Código Penal español y en la jurisprudencia, por Gabriel García Planas, págs. 845 a 867.

El accidentado desarrollo de nuestra legislación cooperativa, por Francisco Vicent Chuliá, págs. 869 a 906.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 151. Enero-marzo 1979

Reflexiones sobre la reforma de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas y sobre la «verificación» contable en el Código de Comercio, por Manuel Broseta Pont, págs. 7 a 36.

Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra, por Angel Rojo, págs. 37 a 100.

Núm. 152. Abril-junio 1979

Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978, por Juan Ignacio Font Galán, páginas 205 a 239.

La sociedad de un solo socio en el derecho mejicano, por Jorge Barrera Graf, págs. 241 a 271.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Núm. 104. Abril-junio 1979

Contribución al estudio del artículo 464 del Código Civil, por Manuel de la Cámara Álvarez, páginas 7 a 209.

Oportunidad de un derecho sucesorio agrario, por Víctor Manuel Garrido de Palma, págs. 211 a 233.

La instrumentación jurídica de los préstamos sindicados internacionales, por Francisco Lucas Fernández, págs. 235 a 258.

La función notarial y el derecho foral, por Javier Nagore Yarnoz, páginas 259 a 280.

Reflexiones de una jurista en torno a la reforma del Derecho de Familia en España, por Teresa Puente Muñoz, págs. 281 a 301.

Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios, por Antonio Rodríguez Adrados, páginas 303 a 409.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Núm. 2 de 1979

Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios en la instancia en los países iberoamericanos, por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, págs. 195 a 226.

El Derecho procesal como instrumento para la tutela de la dignidad y libertad humana, por Hernando Devís Echandía, págs. 227 a 250.

La revisión en el ordenamiento contencioso-administrativo, por María del Carmen Calvo Sánchez, páginas 251 a 304.

Anotaciones acerca de la legitimación, por Faustino Cerdón Moreno, páginas 305 a 340.

La Audiencia Nacional, los Juzgados Centrales de Instrucción y su competencia objetiva en materia penal (1.ª parte), por Alberto Montón Redondo, págs. 341 a 372.

La protección de los derechos fundamentales y el orden contencioso-administrativo, por Pedro-Luis Serrea Contreras, págs. 373 a 384.

La influencia de la delincuencia de tráfico en la legislación penal, procesal penal y en la realidad judicial, por Alejandro del Toro Marzal, págs. 385 a 445.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Octubre de 1979

El deber de obediencia en el contrato de trabajo (Notas para un estudio), por José Ignacio Ninet, págs. 859 a 919.

Historia del Derecho y ciencia jurídica, por Hans Thieme, págs. 920 a 931.

Noviembre de 1979

Comentario al artículo 470 del Código Civil, por J. A. Doral García, págs. 991 a 1005.

La anunciada Ley de divorcio y la problemática de Derecho internacional privado, por José Antonio

Tomás Ortiz de la Torre, págs. 1006 a 1025.

Ensayo sobre temas varios de derecho de daños, por José Luis García Hirschfeld, págs. 1026 a 1050.

Diciembre de 1979

Pluralidad de titularidades en el usufructo, por Antonio Reverte Navarro, págs. 1115 a 1130.

Notas sobre el derecho de opción, por Eduardo Serrano Alonso, págs. 1131 a 1149.

El deber de representación en la patria potestad: flexibilidad, por Jerónimo López Pérez, págs. 1150 a 1158.

Enero de 1980

El concepto de la residencia habitual en el sistema español de Derecho internacional privado, por José María Espinar Vicente, págs. 3 a 27.

Contribución al estudio de las obligaciones accesorias, por Carlos Vattier Fuenzalida, págs. 28 a 49.

Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación, por Carlos Lasarte, págs. 50 a 78.