

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIII ◉ Septiembre-Octubre 1977 ◉ Núm. 522

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

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

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

Imprenta SAN JOSE.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- | | |
|---|-----|
| «Los bienes inmuebles en el Código civil español», por LUIS DÍEZ
PICAZO | 937 |
| «Los distintos medios de inscripción de exceso de cabida con base
catastral», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA | 949 |

NOTAS:

- | | |
|--|------|
| «La modernización del «Companies Registration Office (CRO) de In-
glaterra», por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ | 1045 |
|--|------|

JURISPRUDENCIA:

II. Resoluciones y Sentencias:

- | | |
|--|------|
| I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y
del Notariado, por MANUEL AMORÓS, TIRSO CARRETERO
GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO | 1061 |
|--|------|

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

- | | |
|---|------|
| 1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS, JOSÉ QUESADA SEGURA, CA-
TALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO SEGURA. | 1103 |
| 2. Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRU-
TOS | 1117 |

	<i>Págs.</i>
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS	1160
4. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1171
III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	1179

LIBROS:

«Consideraciones sobre los principios generales del Derecho», de P. CABANILLAS GALLAS, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1191
«El contrato del arquitecto en la edificación», de J. FERNÁNDEZ COSTALES, por CARLOS VATTIER FUENZALIDA	1195
«Cuestiones jurídicas (Jurisprudencia creadora)», segundo volumen, de FRANCISCO SOTO NIETO, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1200
«Vorstudien zur Rechtshistorik», de JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, por BARTOLOMÉ CLAVERO	1205
«El seguro de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa», de FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ, por RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ.	1208

REVISTAS:

II. Noticia de Revistas	1213
--------------------------------	------

ESTUDIOS

Los bienes inmuebles en el Código Civil Español

1. *Los criterios legales de encaje de los bienes inmuebles.*—El Código civil español, tras establecer en el artículo 333 que «todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles», en el artículo 334, abandonando todo intento de definición, se limita a realizar una enumeración que hace, como es bien sabido, en los siguientes términos.

Son bienes inmuebles:

1.º Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.

2.º Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble.

3.º Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

4.º Las estatuas, relieves, pinturas y otros objetos de uso y ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.

5.º Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma.

6.º Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente.

7.º Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse.

8.º Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, y las aguas vivas o estancadas.

9.º Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.

10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Sobre la base de la anterior enumeración contenida en el artículo 334 del Código civil, señala la doctrina usual (SÁNCHEZ ROMÁN, DE DIEGO, CASTÁN) que existen diferentes tipos de bienes inmuebles, diferentes fenómenos agrupados en el artículo 334 y diferentes criterios para llevar a cabo la agrupación. Dentro del artículo 334 hay grupos diversos de bienes en cada uno de los cuales la agrupación obedece a criterios distintos.

Es tradicional configurar, dentro del artículo 334, cuatro grupos de bienes y cuatro criterios de ordenación de los mismos, que son: los inmuebles por naturaleza; los inmuebles por incorporación; los inmuebles por destino o por destinación; y los inmuebles por analogía.

Por naturaleza—se suele decir—son inmuebles únicamente el suelo y el subsuelo. Todos los demás bienes, en orden a su calificación como inmuebles, están influidos por criterios jurídicos o jurídico-económicos, entre los que destacan especialmente las ideas de la incorporación y del destino o de la destinación, que es menester investigar para clarificar el concepto.

2. *El criterio de la incorporación.*—El Código español dice que son bienes inmuebles «las construcciones de todo género adheridas al suelo» (artículo 334-1.º); «los árboles y plantas y los frutos pendientes mientras estuvieran unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble» (art. 334-2.º); y «todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto» (art. 334-3.º). Si el panorama se analiza con algún detenimiento en seguida se comprueba cómo el legislador utiliza un lenguaje que no es demasiado preciso. Se sirve de términos ambiguos, entre los que puede haber, y de hecho hay, notables diferencias o matices. Así, por una parte se nos habla de «adherencia» o «adhesión» al suelo, especialmente en materia de construcciones. Por otra parte, se habla de una «unión» a la tierra, cuando se hace referencia a los árboles y a las plantas; se habla también de la formación de parte integran-

te o, lo que probablemente es lo mismo, de integración; y por último, de unión de una cosa con un inmueble, de un modo tal que la unión puede considerarse como fija. Ha sido en este último punto en el que los autores han hecho mayor hincapié. Para poder hablar de incorporación debe haber una unión de carácter *permanente*. Resulta claro, sin embargo, que la permanencia de la unión no nos sirve para diferenciar a los inmuebles por incorporación de lo que más adelante llamaremos los inmuebles por destinación o por destino. Una unión es permanente simplemente por el hecho de su duración temporal, entendida ésta como pura duración de hecho o como intento de las personas que producen la unión de que ésta dure.

Por ejemplo, hace diez años coloqué en mi jardín un automóvil antiguo por considerar que podía ser decorativo. No cabe duda de que la unión del automóvil con el jardín es permanente, tanto de hecho, puesto que lleva ya diez años, como según mi intención. Y sin embargo, es claro que no puede hablarse de incorporación en el sentido que estamos dando ahora a esta palabra.

En la incorporación hay pues algo más que una unión de carácter permanente. La «manera fija» de la unión de que habla el artículo 334-3.º no es una fijeza en el sentido de permanencia o estabilidad, sino una fijeza física que se aproxima a la idea de la adherencia o adhesión al suelo en el sentido del artículo 334-1.º. Depende de unas determinadas técnicas de construcción que conduzcan a la consecuencia a la que alude el artículo 334-3.º, de tal forma que la cosa fijada con arreglo a esas técnicas de construcción sólo puede separarse quebrantando la materia o deteriorando el objeto. De esta suerte, parece que hay dos modos de fijación de las cosas respecto de los suelos, según la mayor o menor dificultad posterior de la separación o según que la posterior separación pueda hacerse con o sin quebrantamiento o deterioro. Así, es posible fijar sobre el suelo construcciones provisionales de material ligero o construcciones hechas con elementos prefabricados, cuyo posterior levantamiento o separación se realiza sin ninguna dificultad. Nuestra jurisprudencia había tenido ya ocasión de plantearse el problema respecto de las barracas, las casetas de baño existentes en las playas y otros elementos de naturaleza análoga, que no pueden considerarse como inmuebles por naturaleza.

En rigor, el criterio de la incorporación hay que ponerlo de acuerdo con las técnicas constructivas y con lo que el Código llama parte integrante, en el sentido de que la separación supone un quebrantamiento de la materia o un deterioro del objeto. Por incorporación son inmuebles aquellas construcciones a las que se pueden llamar en un sentido muy amplio de *fábrica*, en las cuales la fábrica forma con el suelo un conjunto unitario, que sólo puede levantarse mediante la demolición.

El criterio de la incorporación es diferente cuando se refiere a los árboles y a las plantas. En estos últimos parece que la inmovilización por incorporación obedece más al hecho natural del arraigo o de la plantación, aunque también este criterio tenga que matizarse, pues en un vivero o en un jardín las plantas pueden encontrarse arraigadas, pero pueden también desplazarse sin grave quebranto.

El criterio de la incorporación puede también plantear dudas respecto de los elementos de un edificio o de una construcción diferentes de los puros materiales utilizados. En la construcción de edificios se utilizan elementos que en sí mismos poseen autonomía, pero que se utilizan para el servicio de aquél a través de una determinada técnica constructiva.

En el pleito que decidió la Sentencia del Tribunal Supremo español de 18 de marzo de 1961 se discutía si eran o no inmuebles por incorporación toda una serie de elementos, como los elementos de calefacción, las cocinas, los aparatos de saneamiento (lavabos, inodoros, bañeras, etc.). El arrendatario de un hotel estaba facultado para separar los muebles y enseres al terminar el contrato de arrendamiento y se trataba de decidir el alcance de esta cláusula. El pleito había sido fallado por un árbitro que distinguió entre elementos empotrados y elementos simplemente adheridos, decidiendo que el arrendatario no podía separar los primeros, pero sí en cambio los segundos. El Tribunal Supremo rectificó el criterio del árbitro y en uno de los pasajes de la sentencia dice que «aun cuando los lavabos, inodoros, bañeras, calefacción y tuberías exteriores, sean aisladamente muebles de por sí, desde el momento en que se incorporan o agrupan a un inmueble, pierden su naturaleza peculiar y adquieren la consideración jurídica de bienes inmuebles por incorporación al quedar unidos a él de manera duradera y precisa». Sin embargo, siempre se podrá argumentar que el criterio del artículo 334-3.º—imposibilidad de la separación sin deterioro o quebrantamiento de la materia—en todos estos casos no entra en juego o que por lo menos hay que decidir cuál es el objeto que se deteriora o quebranta, esto es, si es el inmueble en el que la unión se produce o el objeto que queda unido. En los casos de simple adhesión o adherencia, la separación es siempre posible sin destrucción, ni quebrantamiento ni deterioro de ninguno de los dos términos de la unión. Un ascensor o un radiador pueden separarse del edificio sin que se quebrante el edificio y sin que se deteriore el ascensor o el radiador.

3. *Los inmuebles por destinación y las pertenencias.*—Señala BASANELLI que la moderna categoría de los inmuebles por destinación y de las pertenencias comprende una serie de bienes que según el Derecho

romano se emplazaban en dos categorías antitéticas, como eran la *pars fundi* y el *instrumentum fundi*.

Como *pars fundi* se consideraban aquellos elementos que según determinadas consideraciones sociales se entendía que tenían una función constitutiva respecto de la cosa principal, pues el concepto se derivaba no tanto de un principio naturalista cuanto de un criterio o consideración económico-social.

El *instrumentum fundi*, en cambio, estaba formado por una serie de cosas acesorias con función instrumental respecto de otra cosa que se reputaba como principal. La relación entre el *instrumentum* y la cosa principal era simplemente ideal. Se trataba de una coordinación de los bienes en relación con un fin productivo o de disfrute económico.

En la categoría del *instrumentum fundi* entraban los esclavos destinados al cultivo, los animales destinados al trabajo o a la producción y, en general, los utensilios.

A diferencia de lo que ocurría en la *pars fundi*, que seguía la suerte del fundo, siempre que no se hubiera manifestado una voluntad contraria, el *instrumentum fundi* seguía al fundo por efecto de la voluntad de los contrayentes, voluntad que podía considerarse presumida. Sin embargo, se admitía que cuando el contrato no tenía por objeto la venta del fundo, sino el ejercicio de la empresa realizada en él, el *instrumentum* se adquiría juntamente con el fundo, con independencia de las declaraciones del enajenante. Y del mismo modo, cuando se adquiría un derecho de uso o de disfrute, por arrendamiento o por usufructo, se podía pretender la entrega del fundo en estado idóneo para la producción y por tanto con todo el *instrumentum* salvo que hubiese expresa reserva del enajenante.

Como señala PLANIOL, en las soluciones dadas por los jurisconsultos romanos (por ejemplo, Dig. 19, 1, fr. 13 al 18) no se trataba de determinar la naturaleza de las cosas como muebles o como inmuebles o de encuadrarlas en una o en otra categoría, sino de interpretar la extensión de un contrato o de un legado, determinando cuál de los accesorios del fundo debían entenderse comprendidos en la venta o en el legado.

La tradición romanista y los comentarios de los textos incluidos en las fuentes dieron lugar en el Derecho de los tiempos posteriores a dos líneas teóricas diferentes: una, que llevó a construir la idea de los inmuebles por destinación y otra que determinó la creación del concepto técnico de las pertenencias.

La figura de los inmuebles por destinación tiene su origen en el Derecho consuetudinario francés, donde los autores desarrollaron las viejas soluciones romanas, haciendo derivar de ellas la idea nueva de que lo accesorio se hace inalterable en el fundo y recibe de éste su naturaleza in-

mobiliaria. Se debe sobre todo a POTHIER el ensayo de una serie de reglas que trataban de poner en orden en esta nueva categoría. POTHIER formuló su ensayo en el «Tratado de la Comunidad» y sus postulados llegaron al Código civil francés. El artículo 524 de este Código dice que los objetos que el propietario de un fundo ha colocado en él para el servicio de la explotación de este fundo son inmuebles por destinación. Y así, añade, son inmuebles por destinación cuando han sido colocados por el propietario para el servicio y para la explotación del fundo, los animales dedicados al cultivo; los utensilios agrícolas o aperos de labranza; las semillas entregadas a los granjeros o a los colonos parciarios; los pichones de los palomares; los conejos; las colmenas y enjambres de abejas; los peces de los estanques; las prensas, lagares, calderas, alambiques, cubas y toneles; los utensilios necesarios para la explotación de las forjas y herrerías, de las papelerías y otras fábricas; la paja y el abono. Por último el artículo concluye diciendo que son también inmuebles por destinación todos los efectos muebles que el propietario ha emplazado en el fundo a fin de que permanezcan en él perpetuamente (*à perpetuelle demeure*).

Prescindiendo del evidente casuismo que preside todo el artículo 524, casuismo que está además muy en relación con las explotaciones de carácter agrícola y pecuario y con la industria incipiente que podía existir a finales del siglo XVIII, hay dos características que parecen fundamentales para definir los inmuebles por destinación: la colocación por el propietario, que presupone, expresa o tácitamente manifestada, la voluntad de éste; y la dedicación o el destino a una explotación de carácter económico, que la jurisprudencia parece haber interpretado restrictivamente.

La segunda línea teórica de desarrollo de la categoría que analizamos es la de las pertenencias (*Zubehör*), de origen germánico, donde parece prender la idea de que existen relaciones económicas objetivas entre las cosas, que no derivan de la voluntad de los contrayentes, o de las partes en general, sino de su propia y específica caracterización. El parágrafo 97 del Código civil alemán, dice que son pertenencias las cosas muebles que, sin ser partes integrantes de la cosa, están destinadas a servir a la finalidad económica de la cosa principal y se encuentran con ella en una relación especial correspondiente a ese destino, añadiendo después que una cosa no constituye una pertenencia si en el tráfico no posee este carácter.

La diferencia más importante entre las dos formas de configuración de la categoría—pertenencias, inmuebles por destinación—parece residir en que se acentúa o se desvanece el criterio objetivo en perjuicio o beneficio del subjetivo (la voluntad expresa o presunta del propietario) y, además, en el mayor casuismo de la categoría más antigua frente al ca-

rácter más abstracto de la fórmula moderna, que trata de ser omnicompreensiva.

En nuestro Derecho positivo no cabe duda, a nuestro juicio, de que los apartados 4.º al 7.º del artículo 334 han recibido más la influencia francesa que la germánica y que merecen por ello el calificativo de inmuebles por destinación, aunque nuestro Código haya mejorado notablemente el casuismo francés. La importación o implantación del concepto germánico de las pertinencias la ha intentado llevar a cabo un sector de la doctrina de los últimos años, sin que nuestros textos lo permitan de un modo absoluto, pues nuestros textos no contemplan relaciones objetivas entre las cosas, sino fundamentalmente propósitos de los propietarios. La idea de la finalidad económica o de la explotación aparece un tanto desvaída.

4. *Los requisitos necesarios para la aparición de los inmuebles por destino y la relación pertenencial.*—Poniendo en conexión los apartados 4.º al 7.º del artículo 334 del Código civil, se puede señalar que para que pueda hablarse de inmuebles por destino o de relación pertenencial entre una cosa mueble y una cosa inmueble, deben concurrir los tres requisitos siguientes: a) el acto de destinación; b) la relación de servicio entre la cosa accesoria y la cosa principal; c) la voluntad o el propósito, de quien realiza la destinación, de que el vínculo establecido en virtud de ella sea durable o permanente.

a) *El acto de destinación.*—La atribución de la calificación del bien deriva de un acto jurídico, que es el acto jurídico de destinación. Es un acto jurídico, en el cual tiene un papel relevante la voluntad de quien lo realiza. Como todos los actos jurídicos, se valora en la medida en que es un acto voluntario, pero no puede reconocérsele el carácter de un negocio jurídico porque el ordenamiento positivo no lo valora como expresión de una voluntad dirigida a conseguir los efectos jurídicos que con el acto se ligan. Por ello, debe englobársele dentro de la categoría de los llamados actos materiales, actos reales o simples actos jurídicos.

Ha de ser un acto voluntario, pero sin que deba ser tenida en cuenta la especial intencionalidad o los móviles psicológicos que hayan movido al agente a actuar. La voluntad puede ser expresa o simplemente tácita, resultando esta última de la colocación o del emplazamiento de las cosas. La mera intencionalidad o voluntad de destino carece de toda relevancia, si no ha ido seguida de una actividad objetiva o no se ha traducido en una efectiva colocación o emplazamiento.

¿Quién está legitimado para realizar el acto de destinación? La cuestión ha sido sumamente controvertida en la doctrina. El problema se sitúa

poco más o menos en los términos siguientes. Para unos es condición de la inmovilización por destino o de la creación de la relación pertenencial que el inmueble y el mueble pertenezcan a la misma persona; que haya, como dice PLANIOL, identidad de propietario. Tanto la cosa principal, el fundo, como la cosa accesorio o destinada han de pertenecer en propiedad a una misma persona, que es quien lleva a cabo la destinación. Una segunda posición, más laxa que la anterior, es la de quienes entienden que la destinación puede ser llevada a cabo no sólo por el propietario del fundo, sino también por la persona que tenga respecto del fundo un derecho real de amplitud y de contenido afín a la propiedad (por ejemplo: usufructuario, enfiteuta).

Por último, se ha discutido si el autor de la destinación tiene necesariamente que ser propietario de la cosa auxiliar. En favor de la tesis restrictiva, señala BASSANELLI, se han utilizado las dos siguientes consideraciones: si el acto de destinación crea un vínculo estable y potencialmente perpetuo, parece que sólo lo puede realizar quien tiene sobre los dos bienes un derecho suficiente para ello, que es el propietario; además, para admitir la constitución del vínculo pertenencial entre bienes de propietarios diversos, haría falta reconocer al acto de destinación el efecto de hacer adquirir la propiedad de la cosa auxiliar por el propietario del bien principal, consecuencia que la ley no establece en momento alguno.

En el artículo 334 del Código civil, la destinación (colocación, emplazamiento, etc.) es sólo del propietario, al que se le contempla como propietario de la cosa principal («dueño del inmueble», cfr. art. 334-4.º; «propietario de la finca», cfr. art. 334-5.º). Aun cuando el derecho de propiedad lo refiera el Código civil exclusivamente a la cosa principal o finca, creemos que hay que entender que el autor de la destinación debe ser también propietario de la cosa accesorio y ello por las razones apuntadas por BASSANELLI a que antes hacíamos referencia. Como dice PLANIOL, las cosas que pertenezcan a un arrendatario o a un usufructuario no puede considerarse nunca que hayan devenido inmuebles por destinación, aun cuando se encuentren de hecho en situación idéntica que las que son tratadas por la ley como inmuebles. Ello lleva sin duda a una notable falta de cohesión y a un evidente pluralismo. En una finca arrendada o usufructuada, bienes de idéntica naturaleza tendrán o no carácter inmueble según que quien los llevara allí fuera el propietario o el usufructuario. A lo cual se replica diciendo que la inmovilización por destino se produce por el interés permanente del fundo, del que únicamente es representante el propietario y que la cuestión de la inmovilización no se plantea respecto de los objetos muebles que correspondan a una persona que no sea propietaria del fundo.

b) *La relación de servicio de la cosa accesoria respecto de la cosa principal.*—Nuestro Código hace referencia a esta idea únicamente en el artículo 334-5.º, donde habla de cosas destinadas por el propietario de la finca a «la industria o explotación misma». En principio es claro que la explotación ha de existir, y que puede ser tanto una explotación agrícola, como industrial, mercantil o de cualquier otro tipo. Sin embargo, en nuestro Derecho no parece que la idea de una relación de orden económico sea absolutamente necesaria y que el servicio puede ser también de otro tipo (por ejemplo, decoración, ornamentación, etc.).

c) *La estabilidad o carácter duradero de la relación pertenencial.*—Constituye una constante en nuestro Código civil. Cfr. artículo 334-4.º: «unirlos de modo permanente al fundo»; artículo 334-6.º: «formando parte de ella de un modo permanente». Conviene, únicamente, matizar que este carácter permanente no implica, como parecía deducirse del artículo 524 del Código civil francés, una pretensión o vocación de perpetuidad (*perpetuelle demeure*), sino, simplemente, una relación duradera, que ha de prolongarse durante un cierto espacio de tiempo y que excluye los emplazamientos puramente transitorios o precarios.

5. *Las diferencias entre la inmovilización por incorporación y la inmovilización por destinación y el sentido general de la inmovilización de los muebles.*—Hay que preguntarse ahora cuáles son las diferencias que resultan de emplazar determinados bienes en una y otra de las dos categorías doctrinalmente construidas y a las que nos hemos referido en los apartados anteriores, como son los inmuebles por incorporación y los inmuebles por destinación. En principio parece claro que los inmuebles por incorporación pierden su propia autonomía y quedan absorbidos por el inmueble del que forman parte integrante. De aquí se puede extraer la consecuencia que nuestro Código señala en el número 3.º del artículo 334; las partes integrantes están unidas al inmueble de una manera fija, de suerte que no pueden separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto. En cambio, los inmuebles por destinación conservan su autonomía y en ellos hay sobre todo un procedimiento técnico-jurídico que trata de asegurar el mantenimiento de la unidad real y la uniformidad de las reglas jurídicas aplicables.

Las diferencias más importantes, desde el punto de vista práctico, entre los inmuebles por incorporación y los inmuebles por destinación son, a mi juicio, las siguientes:

a) Los muebles que se incorporan o que se integran como parte de una cosa inmueble pierden su autonomía y su individualidad y, por consiguiente, sólo pueden ser en adelante objeto de los mismos derechos rea-

les que recaen sobre la cosa inmueble en su conjunto. Los inmuebles por destinación, en cambio, conservan en todo momento su autonomía y su individualidad. De esta inicial premisa se desprenden otras dos características.

b) La incorporación parece que puede ser llevada a cabo por cualquiera, lo mismo por el propietario de la cosa que se incorpora que por un tercero y, quien quiera que haya sido el autor de la incorporación, el fenómeno de la inmovilización se produce, mientras que, como acabamos de ver, la destinación sólo puede ser llevada a cabo por quien ostente un derecho de dominio sobre la cosa principal y sobre la accesoría.

c) Los derechos reales que un tercero ostentara sobre la cosa incorporada o integrada como parte se pierden y desaparecen. Se aplican los preceptos relativos a la accesión, en especial los que se refieren a la construcción hecha con materiales ajenos. Lo cual quiere decir que los derechos reales que un tercero, distinto del propietario de la cosa principal, pudiera ostentar, se convierten en eventuales derechos de crédito dirigidos a obtener el equivalente pecuniario o el valor de los bienes incorporados. En cambio, en los inmuebles por destinación, el tercero que ostentara derechos reales sobre tales bienes con anterioridad al momento de la destinación, los conserva plenamente.

Esta última observación nos permite tratar de hacer alguna recapitulación sobre cuál es el sentido y el alcance de lo que puede llamarse en términos amplios la inmovilización de las cosas muebles. En la inmovilización por incorporación el criterio obedece a la existencia de una unidad real, a la material inalterabilidad y a la idea económica de que la separación comporta «quebrantamiento de la materia» o «deterioro del objeto». En cambio, las cosas ocurren de una manera distinta en la inmovilización por destino. CASTÁN recuerda la afirmación de PLANIOL de que en la inmovilización por destino hay una ficción de inmovilización. La ficción que confiere a ciertos muebles por naturaleza la calidad jurídica de inmuebles, dice PLANIOL, es un procedimiento técnico que permite evitar la disociación de ciertos bienes, que económicamente constituyen un todo, que se produciría por el juego de reglas jurídicas diferentes y determinados objetos muebles, que son accesorios necesarios de un fundo, correrían el riesgo de quedar separados del fundo del que dependen, como consecuencia de la dualidad de las reglas aplicables a los muebles y a los inmuebles. Este riesgo desaparece si reciben la cualidad ficticia de inmuebles. La ficción de inmovilización salvaguarda la unidad económica asegurando la uniformidad de las reglas jurídicas.

Sin embargo, todo ello necesita ser puesto en relación muy estrecha con cada caso concreto en el que el mantenimiento de la unidad económica y la uniformidad de las reglas jurídicas entre en juego. El punto de

conflicto inicial lo constituyó el momento de la traslación o de la transmisión del bien (venta, legado, etc.). Cuando un bien se transmite, se transmite como una unidad económica y por consiguiente con todos sus accesorios a estos efectos ficticiamente inmovilizados. Sin embargo, las consecuencias no pueden absolutizarse. Como hemos dicho ya anteriormente, pese a la destinación, los objetos muebles ficticiamente inmovilizados pueden imponer consecuencias propias de su intrínseca naturaleza de muebles. Por ejemplo:

1.º Los terceros conservan los derechos reales que sobre tales bienes muebles existieran con anterioridad al acto de destinación. Se señala en especial el privilegio del vendedor de cosa mueble que contiene el artículo 1.922-1.º del Código civil. Lo mismo podrá decirse de la reserva de dominio, cuando ésta se encontrara pactada y debiera producir todas sus consecuencias.

2.º No parece que en su tráfico posterior los inmuebles por destinación queden sin más sujetos a las reglas del tráfico de los bienes inmuebles. Se puede argumentar que la destinación crea una situación aparental, que debe ser reconocida por los terceros. Pero frente a esta observación cabe alegar que la desafectación y la extinción de la relación pertenencial son actos tan simples y sencillos como la afectación misma y que no constituyen actos de disposición. El propietario desafecta los bienes, de la misma manera que los afecta y cuando dispone sobre ellos dispone sobre bienes muebles.

Por ejemplo; el menor emancipado puede desafectar inmuebles por destinación y enajenarlos sin estar sujeto a las restricciones del artículo 317.

3.º En materia de hipoteca nuestro Derecho positivo no sigue rigurosamente las consecuencias de unidad económica y uniformidad jurídica que se deberían seguir partiendo de las ideas que presiden la disciplina de los inmuebles por destinación. Así, el artículo 111 de la Ley Hipotecaria dice que salvo pacto expreso o disposición legal en contrario la hipoteca no comprende «los objetos muebles que se hayan colocado permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan retirarse sin el quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto». Lo cual puede tener su explicación en razones de orden económico o, tal vez, en la anterioridad histórica de la regulación hipotecaria frente a la civil. De facto, y salvo pacto en contrario, en materia hipotecaria sólo los objetos muebles incorporados (inmuebles por incorporación) tienen que estar sometidos a las mismas disposiciones dictadas por

las cosas inmuebles y sólo ellos se reputan adheridos al derecho inscrito (R. D. G. R., de 15 de junio de 1929).

4.º En materia de embargo las disposiciones de nuestro Derecho positivo no son todo lo claras que sería de desear. Puede entenderse—y quizá deba entenderse—que cuando se lleva a cabo un embargo inmobiliario, se realiza el embargo de todo el conjunto económico y, por consiguiente, el del fundo con todas sus pertenencias o inmuebles por destinación, pero ello no impide, a nuestro juicio, que los muebles inmovilizados por pura destinación pueden ser objeto de un embargo separado.

5.º En caso de expropiación forzosa por causa de utilidad pública, los muebles inmovilizados por destinación, que se puedan separar del fundo sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto, no pueden ser tenidos en cuenta a los efectos de establecer el justiprecio.

LUIS DíEZ PICAZO

Catedrático de Derecho civil
de la U. A. M.

Los distintos medios de inscripción de excesos de cabida con base catastral (*)

SUMARIO: I. *Regulación, origen y denominación de los dos medios catastrales de constancia registral de excesos de cabida.*—II. *Posición de la doctrina respecto a los mismos.*—III. *Distinto fundamento de uno y otro medio en relación con el procedimiento inmatriculador del artículo 205 de la Ley Hipotecaria.*—IV. *Distintos requisitos de los dos procedimientos de inscripción de excesos de cabida:* A) *Diferencias atendiendo al título público. Consecuencias prácticas.*—B) *Diferencias atendiendo a la base catastral o fiscal: la clase de documento catastral, la titularidad catastral y referencia a la coordinación Catastro-Registro en uno y otro caso.*—C) *Matiz diferencial en cuanto al requisito de la identidad de la finca.*—CH) *Diferencias entre uno y otro procedimiento por la publicación de edicto.*—D) *Distinta perspectiva del problema de la previa inscripción del exceso de cabida en uno y otro procedimiento en relación con la modificación de entidades hipotecarias:* I') *El requisito de la previa inscripción en los excesos de cabida en general.*—II') *Previa inscripción de excesos de cabida con motivo de segregaciones: examen de distintos supuestos.*—III') *Previa inscripción de excesos de cabida con motivo de agregaciones.*—IV') *Previa inscripción de excesos de cabida con motivo de agrupaciones: estudio de dos cuestiones previas y examen de supuestos concretos.*—V') *Previa inscripción de excesos de cabida con motivo de declaraciones de obra nueva y constitución de propiedad horizontal.*—V. *El problema de la suspensión de efectos respecto a tercero durante dos años y la distinta perspectiva de los procedimientos de las letras B y C.*—VI. *Referencia a un coloquio.*

I. REGULACION, ORIGEN Y DENOMINACION DE LOS MEDIOS CATASTRALES DE CONSTANCIA REGISTRAL DE EXCESOS DE CABIDA

A) *Regulación.*—Vamos a hacer un estudio comparativo de dos procedimientos de inscripción de excesos de cabida cuya regulación contem-

(*) Este trabajo es una aportación al Centro Regional de Derecho Hipotecario de Andalucía Occidental. Un resumen o esquema del mismo se hizo en Sevilla el 28 de enero de 1977. Ahora aparece con las adiciones y rectificaciones que se han estimado pertinentes.

pla el artículo 298 del Reglamento Hipotecario: uno de ellos, en el apartado B del número 5.º; y el otro, en el apartado C del mismo número en relación con la parte final del número 3.º del citado precepto.

La letra B prevé la inscripción de «los (excesos de cabida) que tengan base y justificación en datos catastrales». Su regulación la completa el precepto diciendo que «podrán inscribirse sin el requisito de la previa inscripción» y «que será indispensable que no haya duda fundada acerca de la identidad de la finca».

La letra C, por su parte, prevé la inscripción de «los (excesos de cabida) que resulten de los documentos comprendidos en los cuatro números que anteceden, si reunieren los requisitos exigidos en los mismos». Pero de esta remisión global a los cuatro números, sólo nos interesa aquí, para el estudio comparativo con la letra B, la segunda parte del número tercero, que se refiere a «los títulos públicos, siempre que el transmitente acredite la previa adquisición de la finca o derecho que se pretenda inscribir mediante justificación de hallarse aquélla (ha de sobrentenderse: “con la medida superficial comprensiva del exceso de que se trate”) catastrada o amillarada a su nombre, o, en su defecto, de haberse tomado para ello la nota correspondiente». Estos excesos de cabida a que se refiere la letra C también se inscriben sin el requisito de la previa inscripción y les es igualmente aplicable la exigencia de que no haya duda fundada acerca de la identidad de la finca. Pero además, y esto es privativo de los excesos de la letra C, se prevé expresamente en el párrafo sexto del artículo 298, la publicación de edictos en tal supuesto.

Esta es la escueta regulación de ambos procedimientos. Sin embargo, como tendremos ocasión de ver, existen múltiples diferencias entre uno y otro, a pesar de que ambos se apoyan en datos catastrales entendidos en sentido más o menos amplio.

B) *Origen*.—Antes del Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947 no existió ningún procedimiento de constancia de excesos de cabida que se apoyara directamente en los datos catastrales. El artículo 504 del Reglamento de 1915, sólo aludía al expediente posesorio y al expediente de dominio, como procedimientos aplicables para la constancia registral de excesos de cabida. Claro que en esos expedientes había cierto apoyo en datos catastrales o de amillaramiento, pues se exigía la aportación de la correspondiente certificación. En tal sentido, puede hablarse de cierto precedente lejano. Lejano porque el dato catastral en tales expedientes no tenía por qué ser decisivo. En cambio, en las letras B y C es elemento clave y fundamental.

Desde otra perspectiva, la resolución de la Dirección General de 23 de mayo de 1944, siguiendo una línea aperturista de la propia Dirección

tendente a facilitar la inscripción de los excesos de cabida por medios más sencillos y económicos que el del artículo 504 citado, dio relevancia a los datos catastrales, siendo, por tanto, de cita obligada en este capítulo de los antecedentes.

Así, SANZ FERNÁNDEZ señala que esta resolución es un «precedente inmediato» del supuesto de la letra B (1). Y ROCA SASTRE, en cambio, no cita la resolución cuando estudia el supuesto de la letra B sino el otro procedimiento de la letra C, diciendo que «guarda alguna relación con este caso la resolución de 23 de mayo de 1944» (2).

En realidad, creemos que en parte tienen razón ambos autores, pero en el sentido de la resolución hay que considerarla como un *precedente común o genérico* de ambos procedimientos. Lo cual significa que no responde íntegramente a uno solo de ellos. Por otro lado, ninguno se basa íntegramente en dicha resolución. En el aspecto temporal es un precedente de la letra B, que como ahora veremos, nació antes que el otro procedimiento. Pero en su doctrina, la resolución no coincide con la idea matriz de la letra B, ni tampoco con la letra C, aunque guarde relación con una y otra.

Para demostrar estas afirmaciones, veamos el caso y la doctrina de la resolución (3). Por estar agotada la cabida de la finca matriz en virtud de anteriores segregaciones, el Registrador suspendió la inscripción de la tercera parcela segregada, así como también (y es lo que ahora nos importa) suspendió la inscripción previa del exceso de cabida en la finca matriz, a pesar de que se acompañaba la escritura pública de adquisición de la misma (anterior a las segregaciones) en la que constaba que tenía, según reciente medición, 1 Ha., 37 as. y 21 cas., en lugar de la que constaba inscrita, de 74 as. y 79 cas. Se acompañó también un certificado del plano del Catastro parcelario, del que resultaba que la citada finca matriz medía 1 Ha., 31 as. y 60 cas. La razón de esta suspensión, según la nota calificadora, es que el párrafo 3.º del artículo 20 de la anterior Ley Hipotecaria (que servía de base al interesado en su solicitud de inscripción del exceso de cabida) no era aplicable, sino el artículo 504 del Reglamento.

El interesado alegó en el recurso la jurisprudencia registral, que permitía acudir al párrafo 3.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria (proce-

(1) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, 1955, página 266.

(2) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., 1968, tomo II, pág. 493.

(3) Puede verse esta resolución en *Jurisprudencia Registral*, de ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, tomo VIII, pág. 491. Se trata de un caso que ocurrió en el Registro de la Propiedad de Moncada.

dimiento inmatriculador), sin necesidad de seguir «el largo y costoso procedimiento del artículo 504 del Reglamento».

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador.

La Dirección, siendo Director General don José María de Porcioles y antes de la publicación de la vigente Ley Hipotecaria, declara inscribible el exceso de cabida de la finca matriz, revocando la nota del Registrador. Señala las siguientes razones:

1.^a Porque la finca matriz estaba perfectamente identificada y deslindada por el croquis unido al título y por el certificado del plano del Catastro parcelario que se había acompañado.

2.^a Porque poner en duda la validez de ese documento catastral oficial, que debe ser fiel reflejo de su matriz, equivaldría a negar la más mínima eficacia a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 37 de la Ley de 23 de marzo de 1906 sobre Catastro parcelario, de indiscutible importancia, a los efectos de facilitar la inmatriculación de las fincas rústicas.

3.^a Porque constaban las circunstancias de la adquisición del exceso de superficie en la escritura de compra de la finca matriz, que se acompañaba, no pudiéndose rechazar la inscripción del exceso de cabida de la finca, al ser aplicable el párrafo 3.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria (equivalente al actual art. 205), sino únicamente exigir la presentación de los oportunos documentos complementarios en el supuesto de que dude de la fecha en que la finca fue incorporada al Catastro parcelario, por no constar esta fecha en la escritura calificada, ni en el certificado oficial del plano que figura en el expediente.

Para demostrar que la letra B no responde íntegramente a esta resolución, baste decir que dicha letra no tiene nada que ver con el procedimiento inmatriculador, a diferencia del sistema previsto por la Dirección. Por otro lado, la letra B está actualmente desconectada del artículo 37 de la criticable Ley del Catastro de 1906, ni exige tampoco una determinada fecha o plazo respecto a la incorporación en el Catastro.

Tampoco el procedimiento de la letra C y parte final del número 3.º se acomoda del todo a la doctrina de la resolución, pues dicho precepto no sólo comprende los datos del Catastro parcelario, sino también otros datos fiscales, por lo que no se apoya directamente en la Ley Catastral de 1906.

Por tanto, la resolución de 23 de mayo de 1944 es un precedente importante en relación con los procedimientos de inscripción de excesos de cabida con base catastral, pero no puede servir para la concreta y exclusiva fundamentación de uno y otro procedimiento, sino que se trata simplemente de un antecedente genérico de ambos.

El origen de la letra B está en la reforma del Reglamento Hipotecario de 1947, que implantó por primera vez el procedimiento regulado en la misma y que se ha mantenido intacto hasta la fecha.

El otro procedimiento, el de la letra C en relación con la segunda parte del número 3.º del artículo 298, no se implantó en el año 1947, pero no porque no existiera ya la letra C, que tenía desde dicho año un texto idéntico al actual, sino porque en aquella época no existía todavía la segunda parte del número 3.º del artículo 298.

Fue en la reforma del Reglamento de 17 de marzo de 1959 cuando surge ese otro medio, y podríamos decir que aparece como por sorpresa o por vía de rebote. Efectivamente, hemos dicho que la letra C mantuvo en el año 1959 su mismo texto; pero como se añadió un nuevo medio inmatriculador de fincas, la remisión que hacía la letra C a los números anteriores, quedó desde entonces completada con ese nuevo procedimiento de base catastral o contributiva.

Por ello, desde 1959 existen en el Reglamento los dos procedimientos de inscripción de excesos de cabida, de base catastral: uno, el de la letra B, más antiguo (doce años más viejo), cuyo nacimiento u origen fue directo y expreso; otro, el de la letra C en relación con la segunda parte del número 3.º, más moderno, cuyo origen responde a la técnica de la remisión, apareciendo de modo indirecto, pues fue pensado de modo expreso y directo como procedimiento inmatriculador de fincas, pero por esa vía de remisión quedó incorporado también a los procedimientos de inscripción de excesos de cabida.

C) *Denominación.*—a) El procedimiento regulado en la letra B podría ser denominado «procedimiento catastral propiamente dicho» o «de base catastral en sentido estricto». Ahora bien, en este estudio abreviaremos la denominación, llamándole simplemente «el de la letra B». Precisamente esta identificación es la más adecuada a propósito del acta de inscripción en que se consigna el exceso, ante la falta de denominación concreta en la legislación. Dicha acta de inscripción podría ser más o menos así: «Y se hace constar el exceso de cabida de... (aquí se consigna la superficie en que consiste el exceso) conforme a la letra B del número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario.»

b) El procedimiento regulado en la letra C en relación con la parte final del número 3.º podría ser denominado «procedimiento basado en la Contribución Territorial» o «procedimiento de base contributiva» o «procedimiento inmatriculador de base contributiva». Sin embargo, para abreviar, lo llamaremos en este trabajo «procedimiento de la letra C», aun a sabiendas de que es una denominación muy genérica, ya que la letra C comprende a su vez varios procedimientos además del que aquí interesa.

Pero como estamos haciendo un estudio comparativo con el procedimiento de la letra B, ha de sobrentenderse que cuando nos refiramos a la letra C, sólo lo hacemos en relación con la segunda parte del número 3.º, pues sería demasiado largo decir «procedimiento de la letra C en relación con la segunda parte del número 3.º». No obstante, en el acta de inscripción que se practique puede identificarse más o menos de este modo: «Y se hace constar el exceso de cabida de... conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria y a la letra C del número 5.º del 298 de su Reglamento en relación con la segunda parte del número 3.º del mismo, quedando pendiente de publicación de edicto y sin efectos respecto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de esta inscripción.»

II. POSICION DE LA DOCTRINA RESPECTO A LOS MISMOS

Por una u otra causa, lo cierto es que la doctrina hipotecarista no se ha mostrado en general muy explícita respecto a la existencia de los dos procedimientos de constancia de excesos de cabida.

Como es lógico y natural, los autores que escriben antes de la reforma de 1959 no se ocupan más que del procedimiento catastral de la letra B, pues el otro no existía. Esto es evidente, pero lo que queremos recalcar es que hay libros como el de SANZ FERNÁNDEZ, que son muy interesantes para los estudios de Derecho hipotecario, y sin embargo, en esta ocasión, no los podemos utilizar para nuestro estudio comparativo, sino sólo para contrastar lo que se dice de uno de los dos procedimientos, aparte de otros aspectos de los excesos de cabida en general.

Los comentarios de urgencia que se publicaron con motivo de la reforma reglamentaria de 1959 tampoco aluden a la variación indirectamente introducida en relación con la letra C. Concretamente, LA RICA, aunque se ocupa del nuevo procedimiento inmatriculador introducido en la parte final del número 3.º, no lo relaciona con los excesos de cabida ni apunta la dualidad de medios que a partir de entonces se produce (4). Del mismo modo, ROCA SASTRE en su antiguo *Suplemento al Derecho Hipotecario* de la quinta edición de su obra tampoco señala la modificación que por vía indirecta o de rebote sufrió la letra C a propósito de los excesos de cabida (5).

(4) LA RICA: *Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario*, 1959, páginas 178 y 180, leyéndose en esta última que «los restantes apartados del extenso artículo 298 no han experimentado modificación con la reforma, excepto el relativo a la publicación de edictos». Se olvida, como indico en el texto, la reforma indirecta del número 5.º, letra C).

(5) ROCA SASTRE: *Suplemento al Derecho Hipotecario*, 1960, págs. 44 y 45.

Naturalmente, no tratamos de poner en falta a estos autores, máxime tratándose de unos comentarios de urgencia a poco de salir la reforma, sino de destacar que el nuevo procedimiento de inscripción de excesos de cabida que surgió en el año 1959 no ha merecido excesiva atención por parte de la doctrina, lo que justifica que tratemos aquí de profundizar en el tema.

Ahora bien, ROCA SASTRE en la sexta edición de su *Derecho Hipotecario* recoge impecablemente ambos procedimientos de constancia registral de excesos de cabida, pues el de la letra C lo incluye en el grupo de medios que exigen «título público de adquisición», señalando que «la justificación del exceso de cabida se procura aquí mediante el auxilio de datos fiscales» (6); y en cambio, el de la letra B lo incluye en el grupo de medios consistentes en «la declaración de exceso de cabida inmersa en alguno de los títulos en los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio o derechos reales limitados sobre la propia finca» (7). CHICO y BONILLA también habían separado ambos procedimientos, incluyendo el de la letra B en un grupo en que no es «preciso acudir al procedimiento inmatriculador» (8), con lo que lo diferencian de los supuestos de la letra C. No obstante, como se trata de obras generales, no tienen ocasión de matizar a fondo las analogías y diferencias entre ambos medios de base catastral o contributiva, siendo ello más propio de estudios monográficos que no existen en este tema.

En otros libros recientes no hemos encontrado ninguna referencia al nuevo procedimiento catastral o fiscal de la letra C en relación con la segunda parte del número 3.º a propósito de los excesos de cabida. En algunos autores, ello puede deberse al tono intencionadamente de resumen o extracto, como por ejemplo, en LACRUZ-SANCHO, DÍAZ GONZÁLEZ, etc. En otros casos, se prescinde del nuevo procedimiento como si estuviéramos en una época anterior a la reforma del 59 o como si se entendiese que ambos procedimientos son una misma cosa. Por ejemplo, BUENAVENTURA CAMY (9) distingue dos grupos de medios de constancia de excesos de cabida: los que requieren publicación de edicto y los que no la requieren. Y si bien entre los que exigen la publicación de edicto, cita la letra B del número 5.º del artículo 298, en cambio, entre los que requieren edicto, que son los procedimientos a los que se remite la letra C, va citando

(6) ROCA SASTRE, *ob. cit.* en la nota 2, tomo II, pág. 493.

(7) ROCA SASTRE, *ob. cit.* en la nota 2, tomo II, págs. 494 y 495.

(8) CHICO y BONILLA: *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, 1.ª ed., 1963, páginas 388 y 389 del tomo I.

(9) B. CAMY: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 2.ª ed., pág. 145 del volumen VII, 1976.

todos, a excepción del que aquí nos interesa, que resulta de la segunda parte del número 3.º del artículo 298.

Por todo ello, nos ha parecido de interés hacer un estudio *de iure condito* de la regulación existente a propósito de la inscripción de excesos de cabida en base de datos catastrales, para que este estudio de Derecho positivo pueda servir para conocer la norma vigente y ayude, en la medida de lo posible, a futuros planteamientos *de lege ferenda*, pues, sólo conociendo bien el Derecho vigente, cabe plantear su reforma, tan necesaria en materia de excesos de cabida, pero de la que aquí no nos ocupamos.

III. DISTINTO FUNDAMENTO DE UNO Y OTRO MEDIO EN RELACION CON EL PROCEDIMIENTO INMATRICULADOR DEL ARTICULO 205 DE LA LEY HIPOTECARIA

El fundamento es totalmente diferente y de ahí surgen los distintos requisitos y efectos de uno y otro procedimiento.

A) *Fundamento del procedimiento de la letra B.*—Para el estudio de este problema distinguiremos dos aspectos: el negativo, es decir, el estudio de lo que *no* constituye su fundamento; y el positivo, es decir, lo que *sí* constituye su razón de ser.

a) *Aspecto negativo del fundamento.*—El medio de la letra B no tiene nada que ver con el procedimiento inmatriculador del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, a pesar de estar incluido en el artículo 298 del Reglamento, bajo el epígrafe «inmatriculación de fincas por título público».

Para demostrarlo partimos de un argumento que contiene dos partes íntimamente enlazadas. La primera de ellas es que la naturaleza de los excesos de cabida en la legislación vigente es totalmente distinta de la naturaleza de la inmatriculación de fincas. Y la segunda parte del argumento se centra en la no remisión, en el caso de la letra B, al procedimiento del artículo 205, silencio que hay que interpretar en sentido negativo, dada la expresada diferencia de naturaleza jurídica.

Pero estas dos afirmaciones del argumento requieren una demostración, lo que intentamos a continuación.

1. *Diferente naturaleza jurídica de la inmatriculación de fincas y del exceso de cabida.*—En la inmatriculación se produce una novedad (per-

mítasenos esta palabra), para el Registro en los dos aspectos que dicho concepto comprende, es decir, en los aspectos físico y jurídico de la inmatriculación. En el orden físico, ingresa en el Registro un trozo de terreno perfectamente deslindado y concreto, que no constaba anteriormente inscrito. De ahí la necesidad de hacer la correspondiente busca antes de inmatricular, para comprobar que ese trozo de terreno no está inscrito a nombre de nadie. Pero, además, en el sistema español, a diferencia del alemán y suizo, la inmatriculación lleva consigo el aspecto jurídico o de titularidad, sin que quepa decir que es simplemente una operación referente a datos descriptivos o físicos de la finca (10). Pues bien, en el aspecto jurídico, o sea, en cuanto a la necesidad de un título acreditativo del dominio de la finca que se va a inmatricular, también hay que recalcar la novedad que ello significa para el Registro: es el primer título adquisitivo que ingresa en el Registro, pues no consta inscrito otro título anterior.

Esta doble novedad que lleva consigo la inmatriculación, no tiene lugar en la institución del exceso de cabida. Este consiste en una mera *rectificación numérica* del dato descriptivo de la medida superficial que constaba en anterior inscripción o en un título anterior no inscrito (11). En el aspecto físico o descriptivo, no se trata de agregar ningún trozo de terreno a la superficie inscrita (12); por eso, la busca del Registrador en este caso no tiene la misma finalidad que en la inmatriculación, sino que persigue comprobar que el exceso asignado a la finca es meramente numérico, para lo cual puede ser de utilidad examinar los linderos de fincas colindantes; es una busca para comprobar que la finca en cuestión es idéntica y tiene los mismos contornos, a pesar del exceso de cabida. Y en cuanto al otro aspecto, el jurídico o del título, no existe aquí un título adquisitivo del exceso de cabida nuevo o independiente, pues la cifra numérica que se añade a la anterior superficie no tiene entidad jurídica suficiente como para ser considerada como objeto de derecho distinto de la entidad de la finca; al ser ésta idéntica se presupone que fue ya adquirida en su día con la total superficie comprendida dentro de sus

(10) Así, LACRUZ-SANCHO, que distinguen entre inmatriculación y primera inscripción, diciendo, entre otras cosas, que la primera supone una cuestión de hecho y la segunda de Derecho (*Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 367). Esta separación, llevada a sus últimas consecuencias prácticas, ha inducido a algún sector, a través de un anteproyecto de Catastro y Registro, a hablar de un nuevo Libro de Inmatriculaciones, que, por fortuna, no parece haber tenido éxito.

(11) Sobre esta última posibilidad de «exceso de cabida de finca no inscrita», véase lo que se dice en el último epígrafe de *Referencia a un Coloquio*, en contestación a JOAQUÍN LANZAS GALVACHE.

(12) Acerca de la accesión natural, véase lo que se dice en el epígrafe citado en la nota anterior, contestando a MAURICIO MARTÍN MORENO.

linderos. Por ello, no hay un nuevo título adquisitivo del exceso de cabida distinto del título adquisitivo de la finca.

Esta naturaleza meramente formal o numérica del exceso de cabida se advertía ya en el primer precepto regulador del mismo: el artículo 504 del Reglamento Hipotecario de 1915. Su comienzo era bien significativo: «Siempre que la medida de un inmueble consignada en la inscripción fuese menor que la realmente *comprendida dentro de los linderos en la misma determinados...*» La parte subrayada demuestra que no se contemplaba un exceso de entidad física o real, sino un exceso de cifra, única manera en que no varía el contorno físico de la finca determinado por sus linderos.

A la misma conclusión podemos llegar en la legislación vigente, por lo menos en relación con los excesos de cabida que estamos estudiando (13), comprendidos en el número 5.º del artículo 298 del Reglamento. La Ley Hipotecaria no se muestra muy explícita, pero el Reglamento Hipotecario no ofrece lugar a ninguna duda. He aquí algunos argumentos que demuestran la naturaleza numérica del exceso de cabida contemplado en el Reglamento:

a) El citado número 5.º considera indispensable para que se puedan hacer constar los excesos de cabida, que no haya duda fundada acerca de la identidad de la finca. Pues bien, si se tratase de la agregación de un trozo de terreno a la finca, ésta no continuaría siendo idéntica, ya que variaría su contorno y la línea poligonal delimitada por los linderos. Por tanto, hay que interpretar que el Reglamento se refiere a una simple rectificación numérica.

b) El Reglamento dedica una serie de artículos (45 a 50) a las agregaciones y agrupaciones, que contemplan supuestos en que se produce una ampliación efectiva de terreno de la finca respectiva, variando el contorno de cada entidad registral. Además, se trata de unir trozos de terreno que hasta entonces tenían un historial en cuanto al título adquisitivo remoto, quizá muy diferente. Pues bien, si el legislador se ha ocupado con detalle de estos supuestos de agregación de terreno a una finca inscrita en una parte del Reglamento, hay base suficiente para pensar que los supuestos del artículo 298 son muy distintos, pues en otro caso, el legislador habría incurrido en repetición y en el contrasentido de regulaciones diferentes para un mismo supuesto. Es más lógico entender que los supuestos son distintos y que la regulación del número 5.º del 298 se refiere a agregaciones numéricas y que, por ello, no requieren previa inscripción.

(13) En cuanto al requisito de la identidad en el expediente de dominio, es discutible, pero no es momento de tratar de la cuestión.

c) El examen del problema de la extensión de la hipoteca arroja más luz sobre esta cuestión. El artículo 110 de la Ley Hipotecaria declara que la hipoteca no se extiende a las agregaciones de terrenos a no ser que en el título de la hipoteca se hubiera establecido lo contrario. Por su parte, el artículo 215 del Reglamento dice que «la hipoteca se extenderá al exceso de cabida de la finca hipotecada que se haya hecho constar en el Registro con posterioridad a la inscripción de aquélla». El Reglamento se refiere al exceso de cabida simplemente numérico, pues si comprendiera el supuesto de agregación de terreno iría en contra del artículo 110 de la Ley, y esto no cabe imaginarlo ni presumirlo.

d) En fin, el principio de determinación o especialidad, que está presente en la legislación hipotecaria, exige que el exceso de cabida a que se refiere el artículo 298 sea meramente numérico, para así evitar que pudieran quedar mezclados y confundidos los títulos adquisitivos de diferentes entidades físicas, con posibilidad en ese caso, de infracción de múltiples normas sustantivas. Baste señalar el peligro de mezclar adquisiciones gratuitas y onerosas bajo el manto de un exceso de cabida, a efectos de la distinta normativa respecto a la enajenación o revocación y reversión; o el peligro de hacer desaparecer gravámenes o limitaciones existentes en ciertas fincas agregándolas a otras que se encuentran libres de cargas, y ello a través de la figura de los excesos de cabida. Todo esto es inadmisibles y demuestra que deben diferenciarse con claridad los excesos de cabida meramente rectificadores de cifra numérica y las agregaciones de trozos de terreno.

2. *El legislador no se ha remitido en la letra B al procedimiento inmatriculador del artículo 205.*—Hasta ahora nos hemos ocupado de la primera parte del argumento con el que pretendemos demostrar que el procedimiento del artículo 205 es extraño a la letra B. Ahora lo completamos con esta segunda parte. Si hemos dicho que la naturaleza de los excesos de cabida es totalmente distinta de la inmatriculación de fincas, y resulta que el legislador ha guardado silencio, lo lógico será interpretar que tal silencio significa precisamente que no se aplica el procedimiento inmatriculador del artículo 205, pues siendo dos instituciones totalmente diferentes, no cabe presumir identidad de procedimientos mientras no haya remisión expresa del legislador. Y si se examina el texto de la letra B se advertirá que no hay rastro de remisión al artículo 205, a diferencia de lo que veremos ocurre en el texto de la letra C. En definitiva, en lugar de seguir el procedimiento del artículo 205, la letra B se acomoda al procedimiento ordinario de rectificación de datos descriptivos consistentes en linderos, nombres y números de calles, obras nuevas, etc., a través del título público sin más añadidos, si bien con

la diferencia respecto a todos esos casos, de que en la letra B se exige, además, que se justifique la superficie con datos catastrales (14).

Ahora bien, se podría impugnar nuestra postura diciendo que hemos partido del silencio del legislador en la letra B, cuando en realidad no hay tal silencio, ya que el artículo 298 comienza aludiendo al artículo 205 como telón de fondo de todos los supuestos. Para rebatir esto, leeremos detenidamente el inciso primero del precepto, para comprobar cuál es el sentido de la referencia al artículo 205. El artículo 298 dice: «con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley, podrán inscribirse sin el requisito de la previa inscripción...» Se observará que no dice: «con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley, se practicará la inscripción de los siguientes documentos...» Si dijera esto último, habría base para entender que la referencia al artículo 205 sería en todos sus aspectos. Pero como se refiere simplemente al requisito de la previa inscripción, que es un aspecto parcial del 205, en el sentido de que queda dispensado el cumplimiento de tal requisito, sólo puede deducirse que la cita de ese artículo está en principio referida únicamente al problema de la previa inscripción. Y será en párrafos posteriores donde habrá que seguir investigando si cada uno de los supuestos que el 298 contempla se adapta o no al procedimiento inmatriculador del artículo 205. Más adelante, en el párrafo quinto del precepto se vuelve a aludir al artículo 205, pero es con relación únicamente a los documentos fehacientes que sirven de antecedente al título público, por lo que tampoco se trata de una referencia aplicable a la letra B del número 5.º.

Si a todo esto se añade que el propio artículo 298 sólo exige la publicación de edicto en los excesos de cabida de la letra C del número 5.º, sin alusión alguna a la letra B, quedará más claro que la cita del artículo 205 en el párrafo primero se refiere exclusivamente, tal como se desprende de su letra, a la dispensa del requisito de la previa inscripción y no a los demás aspectos del procedimiento inmatriculador (título traslativo, publicación de edicto).

En cuanto al rótulo o epígrafe bajo el que está comprendido el artículo 298 y siguientes, que dice «Inmatriculación de fincas en virtud de títulos públicos», tampoco puede tomarse como argumento apriorístico para deducir que estamos en el ámbito del procedimiento inmatriculador del 205. También podría pensarse que la inclusión dentro del 298 de un apartado referente a excesos de cabida significa que el legislador ha querido dar un sentido amplio al término «inmatriculación», como

(14) En este sentido se manifiesta la doctrina. Así, SANZ FERNÁNDEZ cree aplicable a la letra B) «la doctrina general sobre rectificación de descripción de las fincas» y no el artículo 205 (*ob. cit.* en la nota 1, pág. 266). En el mismo sentido, ROCA SASTRE (*ob. cit.* en la nota 2, págs. 484 a 487 y 494 y 495).

operación referente a la constancia de datos físicos de la entidad, finca en general, que, equivocadamente o no, también utiliza la doctrina (15). Lo único que revela ese epígrafe es que se requiere un «título público», pero sin precisar que éste haya de ser necesariamente «traslativo».

b) *Aspecto positivo del fundamento.*—De lo ya dicho se desprende que el procedimiento de la letra B del número 5.º no tiene nada que ver (salvo lo relativo a la dispensa de previa inscripción) con el procedimiento inmatriculador del artículo 205. Pero si no está ahí su fundamento (aspecto negativo del fundamento), nos podemos preguntar cuál es la razón de ser o justificación de haberse adoptado por el legislador tal procedimiento (aspecto positivo).

Hay que contestar que la letra B se apoya en un «título público» reforzado por dos garantías más o menos consistentes: la garantía catastral y la garantía de la calificación registral.

Como después veremos, la referencia al *título público* sólo lo es en sentido formal, sin que se prejuzgue que desde el punto de vista material haya de ser de una u otra clase. Basta, pues, un documento público, sea traslativo o declarativo.

En cuanto a la *garantía catastral*, el legislador se ha apoyado en los datos de un organismo que se ocupa, con mayor o menor precisión, de las mediciones de parcelas. Como apuntó LA RICA, la letra B del número 5.º «descansa sobre la base de la prueba administrativa del servicio público encargado de la constancia física de las fincas». El dato catastral en esta cuestión representa una justificación importante, sobre todo teniendo en cuenta las modernas técnicas de medición de fincas que van siendo recogidas por el Catastro.

Pero, aun suponiendo que la medición fuera perfecta, es necesario comprobar si esa medición se refiere o no a la finca registral delimitada por los linderos que constan inscritos. Esta comprobación corresponde al Registrador de la Propiedad, pues según el Reglamento, no ha de tener duda fundada acerca de la identidad de la finca, lo cual entra, por tanto, en el ámbito de su función calificadora. Como ya se ha dicho en otra ocasión (16), debería ampliarse la facultad del Registrador en este punto, permitiéndosele una investigación más allá de lo que dicen los

(15) Así, el propio ROCA SASTRE (*ob. cit.* en la nota 2, pág. 484 arriba, y tomo III, págs. 301 y 302). Es lo que LACRUZ-SANCHO denominan «operaciones inmatriculatorias» (*ob. cit.* en nota 10, págs. 365 y 366). Yo creo que no hay ningún inconveniente en hablar de «inscripción de excesos de cabida», sin que haya que rasgarse las vestiduras y sin que haya que recurrir a la expresión «hacer constar» (pues lo que se hace constar en el Registro a través de un asiento de inscripción, se inscribe) ni a la idea de «inmatriculación». Pero, en fin, se trata de una cuestión terminológica.

(16) En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 505, págs. 1391 y 1392.

libros registrales, para calificar mejor la identidad de la finca. No obstante, las descripciones de las fincas colindantes pueden dar mucha luz en este punto. Después volveremos sobre el requisito de la identidad de la finca.

En conclusión, en el caso de la letra B del número 5.º del artículo 298 del Reglamento, el legislador no se ha atendido al procedimiento inmatriculador del artículo 205, habiendo sustituido las garantías de título traslativo, publicación de edicto, etc., del mismo, por las que acabamos de indicar como refuerzo del procedimiento ordinario de inscripción de datos físicos.

B) *Fundamento del procedimiento «contributivo» de la letra C.*—A diferencia del anterior, este otro procedimiento está íntimamente relacionado con el procedimiento inmatriculador del artículo 205, que constituye su fundamento.

Para llegar a esta conclusión partimos de la misma premisa que en el supuesto anterior: que la naturaleza del exceso de cabida es diferente de la naturaleza de la inmatriculación; pero la distinta naturaleza jurídica de las instituciones no es obstáculo para que haya identidad de procedimientos. Y esto es lo que ocurre en el apartado C del número 5.º del artículo 298: que el legislador se ha remitido al procedimiento inmatriculador.

Ya la Ley Hipotecaria, en su artículo 200, párrafo 2.º, prevé la constancia registral de excesos de cabida «por el medio autorizado en el artículo 205».

Pues bien, el desarrollo reglamentario de esto se encuentra precisamente en la letra C, por dos razones: 1.ª Porque alude a los documentos comprendidos en los números anteriores y a los requisitos previstos en los mismos, que son, como puede ocmprobarse, los documentos que sirven para la inmatriculación de fincas; 2.ª Porque el párrafo sexto del artículo 298 exige la publicación de edicto en el supuesto de la letra C, y tal publicación sólo se produce en el procedimiento inmatriculador del artículo 205.

Por tanto, la letra C se apoya en el procedimiento inmatriculador, porque así lo quiere el legislador de modo expreso y terminante.

Pero como hemos insistido antes en que inmatriculación y exceso de cabida tienen distinta naturaleza jurídica, podría pensarse que es un contrasentido que tengan un procedimiento común. Sin embargo, no es necesariamente así: distintas instituciones pueden tener el mismo procedimiento, y una sola institución jurídica puede producirse a través de varios procedimientos. La figura del exceso de cabida es totalmente distinta de la inmatriculación, pero tiene lugar a través de varios pro-

cedimientos, entre los cuales está el propio procedimiento inmatriculador. Obsérvese que tampoco es ningún contrasentido que el legislador haya previsto el expediente de dominio para tres instituciones distintas: inmatriculación, reanudación de tracto y exceso de cabida.

Quizá pueda darse alguna explicación del proceder del legislador. En la legislación vigente se ha querido facilitar la inscripción del exceso de cabida, admitiendo una pluralidad de medios, conforme a la jurisprudencia registral anterior al Reglamento vigente. La inclusión del procedimiento inmatriculador podría significar que el legislador ha pecado *por exceso*, pero no por defecto. Téngase en cuenta que si para el ingreso de una entidad física y real comprensiva de un trozo de terreno se utiliza el procedimiento inmatriculador, para el ingreso de lo que es una mera cifra formal y numérica, que es lo menos, no se ve por qué no iba a ser admisible ese procedimiento, si se utiliza para facilitar la inscripción del exceso. Ello no significa de ningún modo confundir o mezclar instituciones jurídicas, ya que, según hemos visto, el Reglamento Hipotecario distingue su diferente naturaleza jurídica. No hay que olvidar tampoco que, bajo la apariencia de un exceso de cabida formal o numérico, podría disfrazarse el ingreso de un trozo de terreno como agregado material de la finca, y desde esta perspectiva, se reconocerá que con el procedimiento inmatriculador del artículo 205 se cubre ésta no deseable, pero posible, eventualidad.

Este fundamento del procedimiento de la letra C invita a recordar unas breves ideas sobre el artículo 205 y su posible relación con el exceso de cabida. En la inmatriculación del artículo 205 a nosotros nos parece que lo que el legislador persigue es que se «justifique el dominio» a través de un doble eslabón: el título último de transmisión de la finca acreditativo de la propiedad del adquirente, y el título inmediatamente anterior acreditativo de la propiedad del transmitente. Doble título acreditativo del dominio. Partimos de la base de que la inmatriculación de fincas en el sistema español no es una mera operación física, sino que va dirigida también al aspecto jurídico de que quede acreditada la propiedad de la finca. Esta prueba del dominio se obtiene, de modo supletorio, a través del «expediente de dominio», que persigue tal finalidad, según se demuestra por la propia redacción del artículo 283 del Reglamento Hipotecario que comienza diciendo: «declarado justificado el dominio...» En el procedimiento inmatriculador del artículo 205 esa prueba se produce por la sucesión de dos títulos traslativos o atributivos del dominio, doble eslabón transmisivo con el que se ha conformado el legislador para no caer en la *probatio diabolica*.

Y en cuanto al número 3.º del artículo 298 del Reglamento, no cabe

duda de que se ha querido seguir esa misma idea de la doble justificación adquisitiva. Por un lado, está el título fundamental que contiene la última y definitiva adquisición del dominio a través de un título público traslativo. Por otro lado, en cuanto a la previa adquisición del propio transmitente, el Reglamento se conforma con su justificación a través de cualquier documento fehaciente anterior en un año e, incluso, dando todavía un paso más, a través del hecho de estar catastrada o amillarada la finca a su nombre. No tratamos ahora de la crítica de esta última fórmula seguida por el Reglamento. Baste decir que podría criticarse diciendo que tales certificaciones no sirven para justificar el dominio, según ha reconocido la jurisprudencia; y que en el platillo de la balanza a su favor estaría la consideración de que no es la prueba decisiva del dominio, pues ésta se encuentra en el último título adquisitivo, que es público, sino que se contempla como un indicio de la previa adquisición, en que quizá pueda procederse con más flexibilidad o benevolencia; y, además, que en el mismo expediente de dominio también se califica de algún modo—aunque no sea decisivo—el indicio que representa la titularidad catastral o de amillaramiento, pues se exige su aportación. Dejando aparte, claro está, las razones prácticas de la implantación, tendentes a facilitar la inmatriculación en nuestro sistema y la concordancia entre Registro y realidad.

Pero, acertadamente o no, ahí está, en el número 3.º, esa innovación, a propósito de la inmatriculación de fincas. Y la explicación de la misma en el pensamiento del legislador, acertado o no, es que con la justificación de la titularidad catastral o de amillaramiento, se puede justificar de alguna manera, aunque sea indiciaria, la previa adquisición de la finca por parte del transmitente. Ante la claridad del texto reglamentario, sobran más comentarios. Dice expresamente que se trata de que «el transmitente acredite *la previa adquisición...* mediante justificación de hallarse catastrada o amillarada...»

Pues bien, relacionemos ahora todo esto con el exceso de cabida del procedimiento de la letra C. Hemos dicho que con el exceso de cabida se trata de obtener una rectificación numérica del dato de la medida superficial inscrita, no de justificar el dominio de la finca. A pesar de esto, no se negará que si se acredita el dominio sobre una mayor superficie que la que figura inscrita, o en otras palabras, si se acredita que el dominio recae sobre una cifra mayor que la que resulta del Registro, en ese caso, se ha conseguido al mismo tiempo y con exceso, aquel resultado justificativo de la mayor superficie de la finca.

Por tanto, este procedimiento de la letra C del número 5.º relacionado con la segunda parte del número 3.º del 298 se basa en las garantías

del procedimiento inmatriculador mismo, además de la garantía del requisito de la identidad de la finca, que el número 5.º exige también a propósito de este caso.

IV. DISTINTOS REQUISITOS DE LOS DOS PROCEDIMIENTOS DE INSCRIPCION DE EXCESOS DE CABIDA

A) *Diferencias atendiendo al título público.*—En este apartado nos vamos a referir al título inscribible, no al título complementario catastral, cuyo estudio se hace en el epígrafe siguiente.

Hay que destacar los dos aspectos del título: formal y material.

a) *El título formal en ambos procedimientos.*—Aquí no existe diferencia entre uno y otro procedimiento, pues, tanto en el caso de la letra C como en el de la B, es necesario un documento de los comprendidos en el artículo 3.º de la Ley, es decir, un título o documento *público*.

Esto resulta evidente en el caso de la letra C, dada la redacción de la misma, que se refiere a los «documentos comprendidos en los números anteriores», documentos que aluden a actos traslativos del dominio, según se puede comprobar, por lo que estamos en el ámbito del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, respecto al cual el artículo 3.º exige de modo expreso un título formal público.

En cuanto al procedimiento de la letra B hay que llegar a la misma conclusión en este plano formal o documental, pero después de haber soslayado alguna posible objeción fundada en que la citada letra no se muestra muy explícita en relación con el documento público, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la letra C.

En primer lugar, en relación con la letra B podría preguntarse si no será suficiente una instancia en la que el dueño de la finca declare el exceso de cabida, en lugar de un documento público, acompañada, eso sí, de la correspondiente certificación catastral acreditativa. Pero la contestación tiene que ser negativa, ya que la instancia privada no es título formal idóneo para provocar un asiento de inscripción, ni siquiera en aquellos casos en que sólo se pretende una rectificación descriptiva y no una modificación del derecho. Obsérvese que el epígrafe bajo el cual está comprendido el artículo 298 del Reglamento Hipotecario alude a «título público», lo que no deja ya lugar a la duda. Además, ese hipotético silencio del apartado B en relación con el título habría que cubrirlo en todo caso con la regla general del artículo 3.º de la Ley, o bien con el sistema seguido en otros supuestos de rectificaciones descriptivas, como son las declaraciones de obra nueva y modificaciones de entidades hipo-

tecarias, con lo que se llega, por uno u otro camino, a la necesidad del documento público. Por otro lado, la instancia privada del artículo 110 del Reglamento Hipotecario no sería aplicable en este caso, pues sólo está prevista para subsanar defectos detectados por la calificación del Registrador, cuestión muy distinta de la rectificación de la medida superficial a iniciativa del propio interesado, que no trata de subsanar un defecto que impide la inscripción, sino de rectificar la descripción registral.

Todavía podría apuntarse que el título público en el procedimiento de la letra B sería el documento administrativo catastral, sin necesidad entonces de exigir otro título público, sino la simple instancia o solicitud del interesado como documento complementario y explicativo de aquél. Sin embargo, tampoco cabe esta interpretación, pues la certificación catastral no puede considerarse como un título público inscribible, sino como un simple documento complementario justificativo del exceso de cabida. El título público inscribible del exceso tiene que ser el documento en que el interesado manifiesta su voluntad de quedar modificada la descripción de la finca. Y esa finalidad no la cubre la certificación catastral, pensada sólo para que sirva de justificación o prueba del exceso de cabida, no para sustituir la voluntad o consentimiento del interesado, que es esencial en todo título inscribible. Y es que la declaración del exceso de cabida ha de hacerla el dueño de la finca, y nuestro sistema hipotecario exige que tal declaración, expresiva de la voluntad y consentimiento del interesado, conste en documento público, salvo aquellos supuestos que, por ser excepcionales, ahora no interesan, en que se admite como título inscribible el documento privado.

En definitiva, tanto en el procedimiento de la letra C como en el de la letra B es necesario que el título formal o vehículo documental, sea *público*.

b) *El título material (traslativo o declarativo del dominio) en uno y otro procedimiento.*—Aquí sí que se produce una importante diferencia, ya que en el procedimiento de la letra C es imprescindible que exista título traslativo de la finca y, en cambio, en el procedimiento de la letra B es indiferente el título traslativo o declarativo o cualquier otro título.

1. *El título material en la letra C.*—Tanto los términos literales del precepto como su fundamento exigen que el exceso de cabida se produzca con ocasión de un título material traslativo de la finca.

En cuanto a la literalidad del precepto recordemos nuevamente que se hace referencia a «los documentos comprendidos en los números an-

teriores». Y el número anterior que ahora nos interesa es el tercero, en el que se alude a un *transmitente* y a un *adquirente* y no a una *mera declaración* del dueño de la finca.

En cuanto al fundamento del precepto hemos visto que tiene su base en el procedimiento inmatriculador del artículo 205 de la Ley, y como en éste no cabe el título simplemente declarativo sino que se exige título traslativo (17), lo mismo hay que entender respecto al procedimiento que estudiamos.

Que el artículo 205 de la Ley Hipotecaria exige título traslativo se demuestra por los siguientes argumentos:

1.º La inmatriculación en nuestro sistema ya dijimos que comprende no sólo el aspecto físico de la finca, sino también el aspecto estrictamente jurídico de la titularidad dominical. El artículo 7.º de la Ley Hipotecaria es terminante: «la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de *dominio*». Por ello, lo lógico será que en todo procedimiento inmatriculador conste una prueba del dominio de la finca. Así, en el expediente de dominio se exige la prueba correspondiente, y el Reglamento Hipotecario en su artículo 283 emplea la siguiente expresión, bien significativa: «declarado justificado el dominio...» Y en el caso del artículo 205 también se persigue esa prueba, sólo que es por otra vía, la derivada exclusivamente de la titulación aportada, pues se trata de una inmatriculación «por título público». Ahora bien, el título público meramente declarativo no sirve para probar el dominio, pues es una manifestación del interesado que no prueba nada, al ser al mismo tiempo Juez y parte en el asunto. ¿Y qué clase de título sirve para probar la adquisición del dominio? El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de contestar a esta pregunta al tratar del requisito de la acción reivindicatoria referente a la justificación de propiedad del actor, estableciendo que no es suficiente el título declarativo, sino que se exige un título traslativo o atributivo de propiedad. El propio artículo 609 del Código civil refuerza estas ideas, ya que supone la existencia de un contrato como contenido del título adquisitivo.

2.º El texto mismo del artículo 205 emplea expresiones bastante

(17) En este sentido, SANZ y ROCA SASTRE, por ejemplo. SANZ FERNÁNDEZ dice que «ha de ser un título de adquisición de dominio a título derivativo, ya sea singular o universal. No procede, pues, la inmatriculación en virtud de títulos declarativos» (*ob. cit.* en nota 1, tomo II, pág. 530). Y ROCA SASTRE: «Una característica esencial de este "título público de adquisición" es el contener un acto de adquisición *derivativa* y no *originaria*, y así resulta del mismo artículo 205 de la Ley Hipotecaria, pues habla de "títulos... otorgados por personas que . (han) adquirido el derecho con anterioridad", como también se desprende del artículo 199, b), de la misma ley, dado que exige que se acredite "de modo fehaciente el título adquisitivo del *transmitente o enajenante*" (*ob. cit.* en la nota 2, tomo III, pág. 385).

concluyentes. Alude a los «títulos públicos otorgados» y hace referencia a una «adquisición anterior». Respecto a la primera expresión, «títulos públicos otorgados», recordemos lo que el artículo 33 del Reglamento Hipotecario entiende por título para los efectos de la inscripción, a saber, «el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquélla», y mal puede servir para «fundar» un derecho un título referente a una simple declaración de dominio por el propio interesado. En cambio, el título traslativo responde a una adquisición efectiva de la finca, derivada del título traslativo mismo. En cuanto a la otra expresión, «adquisición anterior», propende a pensar que en el fondo del artículo 205 late la idea de una doble adquisición que hay que demostrar esa adquisición anterior y, además, la adquisición actual del dominio. Creemos que dicho artículo responde a una simplificación del mecanismo de la *probatio diabolica*: como sería absurdo ir exigiendo la prueba correspondiente de todas las adquisiciones derivativas anteriores, y el artículo 205 tampoco se conforma con la prueba de la última adquisición, sigue la vía media consistente en exigir la prueba de las dos últimas adquisiciones, considerando que es suficiente para la inmatriculación que exista un título a favor del adquirente y otro título previo a favor del transmitente.

3.º El artículo 38 de la Ley Hipotecaria establece la presunción de dominio a favor del titular registral, y dicho precepto se aplica también al inmatriculante, pues la ley no distingue. Pero precisamente esta presunción de tener el dominio exige interpretar que el título necesario para obtener la inmatriculación ha de ser apto para adquirir el dominio, pues en otro caso no se explicaría bien la presunción establecida por el legislador y se produciría un salto en el vacío. Por tanto, el efecto atribuido a la inscripción ha de guardar consonancia con la cuestión de los requisitos exigidos para la práctica de la misma.

De los argumentos expuestos creemos que hay base suficiente para deducir que el título material a que se refiere el artículo 205 ha de ser de naturaleza traslativa. Y de aquí se desprende que esta misma naturaleza ha de tener el título que haya de servir de vehículo para la inscripción de un exceso de cabida a través del apartado o letra C del número 5.º del artículo 298 del Reglamento, que contempla un procedimiento basado en el procedimiento inmatriculador del 205. Ya sabemos, y lo hemos dicho antes, que la inmatriculación de fincas es un problema diferente de la inscripción de excesos de cabida. Con la afirmación indicada no tratamos de confundir ambas instituciones. Pretendemos decir sólo lo siguiente: el legislador ha querido facilitar la inscripción de excesos de cabida en relación con la escueta regulación an-

terior y ha establecido varios procedimientos, muchos de los cuales no tienen nada que ver con el procedimiento inmatriculador; pero también ha querido que se pueda inscribir el exceso utilizando el procedimiento inmatriculador del artículo 205. Ya hemos dicho que el legislador estima que si se acredita la adquisición del dominio de la finca con la mayor superficie, entiéndese acreditado tal exceso de cabida numérico. Partiendo de esto, no creemos que esté permitido al intérprete, en la legislación vigente, hacer una interpretación arbitraria excluyendo el requisito del título traslativo, pues por ese camino llegaríamos a no exigir ninguno de los demás requisitos del citado procedimiento inmatriculador, con lo que no se trataría ya de «facilitar» la inscripción de excesos de cabida estableciendo varios sistemas, sino más bien de prescindir de todo sistema o procedimiento. En definitiva, si se aplica la vía del artículo 205, ello ha de hacerse con todas sus consecuencias. Lo que no quiere decir que haya que seguir necesariamente tal procedimiento inmatriculador, pues también se pueden utilizar otros en los que no está previsto el título traslativo como exigencia, según vamos a ver a continuación.

2. *El título material en la letra B.*—En este procedimiento es diferente el título material. Sólo se exige que exista documento público en sentido de título formal con intervención en él del dueño de la finca. No es necesario que se transmita la finca (18). La letra B no dice nada respecto al título material, ni se remite a ningún apartado anterior ni al 205, a diferencia de lo que hemos visto ocurre en la letra C. Y ese silencio significa indiferencia por la clase de título material, traslativo o declarativo, porque el fundamento de la letra B nada tiene que ver con el procedimiento inmatriculador y porque, a falta de dicha remisión, el exceso de cabida puede probarse como dato físico descriptivo sin necesidad de existir una transmisión de la finca. En la letra B, lo importante es el exceso de cabida en sí mismo considerado y justificado exclusivamente por el dato catastral, prescindiendo de referencias al título traslativo.

(18) Lo admiten también SANZ y ROCA. Este último considera aplicable la letra B, tanto cuando la declaración de exceso de cabida va inmersa en alguno de los títulos en los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio o derechos reales limitados, como cuando se trata de declaración de exceso de cabida aislada, constitutiva por sí sola de la escritura pública (*ob. cit.*, tomo II, páginas 494 y 496). En cuanto a SANZ, ya hemos visto que aplica a la letra B del número 5.º la doctrina general sobre rectificación de descripción de las fincas, contenida en el artículo 171 del Reglamento Notarial y en el 51, regla 4.ª, del Hipotecario, doctrina que no requiere título traslativo, por quedar fuera del artículo 205 (*ob. cit.*, tomo II, pág. 266).

3. *Consecuencias prácticas de esa distinta relación con el título material en los procedimientos de las letras B y C.*—Podemos señalar las siguientes:

1.^a *Clase de título inscribible del exceso de cabida.*—En el procedimiento de la letra C sólo cabe inscribir el exceso de cabida si existe título material traslativo de la finca en que conste la total superficie resultante. Por tanto, no puede utilizarse dicho procedimiento en los siguientes supuestos:

- Cuando se trate de un documento que contenga exclusivamente la declaración del exceso de cabida por parte del dueño de la misma.
- Si el exceso se declara en documento que contiene exclusivamente una declaración de obra nueva o constitución de propiedad horizontal u otra modificación de entidad hipotecaria (agrupación, agregación, segregación o división), pues ninguno de esos actos representa un título material traslativo de la finca.
- Si el documento en el que el dueño declara el exceso la operación realizada se refiere únicamente a derechos reales limitados, como la constitución, reconocimiento, transmisión, modificación o extinción de los mismos. Por ejemplo, si el dueño de la finca con ocasión de la constitución de hipoteca sobre ella, la describe previamente declarando el exceso de cabida correspondiente, no es aplicable el procedimiento de la letra C, pues falta el requisito del título material traslativo de la finca en cuestión.

En cambio, en el procedimiento de la letra B no hay ningún inconveniente en que el documento relativo al exceso de cabida sea alguno de los que acabamos de enumerar, pues, como hemos dicho, en ese procedimiento es indiferente el problema del título traslativo. Naturalmente, ello quiere decir que puede o no utilizarse tal título traslativo, de modo que no es que no pueda ser utilizado, sino que lo mismo cabe el título declarativo que el traslativo. Pero aun suponiendo que se trate de título traslativo, en el procedimiento de la letra B es posible extraer de dicho título, como declaración independiente, la del exceso de cabida que efectúa el transmitente con carácter previo en la «exposición» o «antecedentes» de la escritura. Esta posibilidad no cabe en el procedimiento de la letra C, pues en éste es requisito legalmente exigido que se opere la transmisión de la finca.

2.^a *Consecuencias de la nulidad del título y de la cancelación del asiento respecto al exceso de cabida.*—En el supuesto de la letra C,

como el exceso de cabida se relaciona íntimamente con el título traslativo de la finca, resulta que si con posterioridad a la inscripción se anula dicho título y se ordena la cancelación de la inscripción, ésta afectará necesariamente al total contenido de la inscripción, incluyendo no sólo el acto material registrado, sino también el exceso de cabida contenido en el documento.

En cambio, en el supuesto de la letra B, la nulidad del título material traslativo y consiguiente cancelación, no afecta necesariamente a la cancelación del exceso de cabida declarado en el documento, siendo perfectamente posible que el mandamiento cancelatorio deje a salvo, a solicitud del transmitente, el exceso de cabida, con lo que la cancelación por nulidad del título sería meramente parcial. Nos basamos en que para el procedimiento de la letra B es indiferente el título material traslativo, por lo que puede mantenerse el exceso de cabida asignado a la finca por el transmitente, aunque se anule el acto de transmisión de la finca. Esto siempre que la nulidad afecte exclusivamente al acto o contrato transmisivo y no al documento en sí mismo, pues si se tratase de nulidad formal del documento, ésta afectaría a todos los actos contenidos en el mismo y, por tanto, también al exceso de cabida declarado en la «parte expositiva» del documento.

3.^a *Distinto alcance de la calificación registral.*—En el caso de la letra C, si el Registrador decide denegar la inscripción del título traslativo, esta calificación negativa debe comprender también el exceso de cabida.

En cambio, en el caso de la letra B pueden distinguirse los efectos de la calificación en relación con el acto traslativo y con el exceso de cabida, porque puede denegarse la inscripción del título material por cualquier defecto y, sin embargo, inscribir el exceso de cabida con la conformidad del interesado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Y ello porque es posible extraer del documento como declaración independiente del acto traslativo, la que hace el dueño en relación con los datos físicos de la finca.

Ahora bien, quizá se piense que se trata de un ejemplo de laboratorio, por ser raro que haya interés por parte del transmitente en inscribir a su nombre el exceso de cabida después de haber transmitido la finca. Pero puede imaginarse el caso de transmisión de una participación indivisa, declarándose en la «exposición» de la escritura, que la finca tiene una cabida superior a la que consta inscrita. Aquí, aunque se denegara la inscripción del acto transmisivo, tendría interés para el transmitente, que se reserva una participación indivisa en la finca, que, al menos, se inscribiera el exceso de cabida. Y esta posibilidad, en caso

de denegación de inscripción del acto traslativo, sólo cabe en el procedimiento de la letra B, no en el de la letra C, que está regulado sobre la base de esa subordinación al título traslativo.

Lo mismo hemos de decir cuando el resultado de la calificación registral es la suspensión de inscripción del título y no la denegación. La suspensión referente al título material lleva consigo la suspensión de inscripción del exceso en el caso de la letra C. Y si se practica la anotación preventiva por defecto subsanable, el exceso de cabida figurará también como contenido de dicho asiento.

Pero si pasamos al caso de la letra B es posible solicitar la inscripción del exceso de cabida, aunque se haya suspendido la inscripción del título material, con lo que la anotación por defecto subsanable sólo se referiría a este último y no al exceso de cabida.

Naturalmente, estas distinciones no se producirán si la razón de la denegación o suspensión de inscripción afecta al título formal o documento, pues, según se ha dicho en el apartado anterior, el defecto total del documento en sí (ejemplo: incompetencia del Notario) afecta por igual al conjunto de actos comprendidos en el mismo, aunque sean de distinta naturaleza sustantiva.

4.^a *Otorgamiento notarial.*—En el momento del otorgamiento notarial de una operación traslativa de finca con exceso de cabida, también se producen distintas consecuencias, según se trate del procedimiento de la letra C o de la letra B. Si en el Registro figura una superficie menor de la finca que va a ser vendida, el comprador de la misma puede tener interés en que el exceso de cabida conste en el Registro con anterioridad a la escritura de compra que va a otorgar, porque crea que así le amparan los pronunciamientos del Registro, prescindiendo nosotros ahora del problema de si realmente le amparan o no. Pues bien, en el procedimiento de la letra C, como el exceso de cabida se apoya en el título traslativo mismo, no es posible esa inscripción previa en virtud de tal título, sino que la inscripción del exceso se producirá al mismo tiempo que la de la transmisión de la finca. En cambio, en el procedimiento de la letra B resulta posible satisfacer ese deseo del comprador, a base de una escritura otorgada previamente por el transmitente como declaración unilateral del exceso de cabida basado en los datos catastrales; y una vez inscrito el exceso, se otorgaría la escritura de compra a favor del adquirente.

5.^a *Procedimientos sustitutivos de inscripción del exceso.*—Nos referimos en este apartado a la hipótesis de que no fuera aplicable en concreto uno u otro de los dos procedimientos, a pesar de haberlo intentado el interesado, por razón de no cumplirse alguno de los requisitos

previstos respecto a cada uno. En tal caso, los procedimientos sustitutos de inscripción de excesos de cabida que podría utilizar el interesado varían según se trate de sustituir el procedimiento de la letra B o el de la letra C.

Así, vamos a suponer que en la escritura de transmisión de la finca se solicitara la inscripción de un exceso de cabida conforme a lo dispuesto en el apartado C, y que, una vez presentada la escritura en el Registro, el Registrador advirtiera que no había base catastral o contributiva suficiente para admitir la inscripción por esa vía, o bien, que no había identidad entre la finca inscrita y la que consta en la certificación catastral o contributiva aportada. En tal caso, el procedimiento de la letra C podría ser sustituido por el previsto en el número 1.º del artículo 298 del Reglamento, si se cumple el requisito temporal de transcurso de un año desde el otorgamiento de la escritura (19). También cabría utilizar el procedimiento de la primera parte del número 3.º del 298, si se aporta el correspondiente documento fehaciente.

En cambio, si la inscripción del exceso de cabida ha sido enfocada por la vía del procedimiento del apartado B, y resultara que éste no es aplicable como consecuencia de la calificación registral negativa acerca de la base catastral, entonces no siempre podría ser de aplicación el procedimiento del número 1.º del artículo 298, pues habría que distinguir, según el título fuera traslativo o declarativo. Si el título es declarativo, no podría utilizarse la vía de dicho precepto, pues ni dejando pasar más de un año se subsana la falta de título traslativo; sólo si el título es de esta última clase podría aplicarse dicho precepto. Por la misma razón, si el título no es traslativo, no cabe acudir tampoco al procedimiento del documento fehaciente anterior a que alude la primera parte del número 3.º del artículo 298.

Por tanto, las posibilidades sustitutorias son de más alcance cuando

(19) No obstante, nosotros creemos que no se debe aplicar alegremente el número 1.º del artículo 298 a los excesos de cabida, pues aunque la letra C del número 5.º lo permite hay que tener en cuenta que no ha de existir duda fundada acerca de la identidad de la finca, requisito que creemos debe calificar al Registrador con mayor rigidez en ese caso, lo que puede repercutir en la frecuencia de su utilización cuando se adviertan grandes diferencias descriptivas entre el Registro y el nuevo título. Por eso no compartimos totalmente lo que dice ROCA SASTRE a propósito de este número 1.º del artículo 298 en relación con los excesos de cabida: «No cabe duda—dice—que este medio de hacer constar en el Registro el exceso de cabida es tan cómodo que no se concibe cómo se acude al expediente de dominio o acta de notoriedad, a no ser que sea tanta la prisa que se espere ganar tiempo y que además no opera la suspensión de los dos años que determina el artículo 298, 6, del Reglamento Hipotecario, que ya se examinará después» (*obra citada*, tomo II, pág. 491). Como se acaba de decir, también puede suceder que el Registrador no lo estime aplicable al caso y fuerce a la utilización de otro procedimiento de más garantías.

el título en que se contiene el exceso de cabida es de naturaleza traslativa, y como en el procedimiento de la letra C, siempre ha de producirse tal título, la calificación registral negativa respecto a la base catastral aportada, podría sustituirse por otro de los procedimientos de inscripción de excesos de cabida que se apoyan en título traslativo. En cambio, en el procedimiento de la letra B hemos visto que es indiferente la clase de título, traslativo o declarativo, pero ello implica que si el título es declarativo, la calificación registral negativa respecto a los datos catastrales, no admite tampoco el procedimiento del transcurso del año.

B) *Diferencias atendiendo a la base catastral o fiscal.*—Una vez estudiado el título principal inscribible, pasemos a examinar el documento complementario catastral, en el que se advierten también diferencias en uno y otro procedimiento, en los dos aspectos siguientes: en la clase de documento catastral o fiscal y en la titularidad que se exige conste en tal documento.

a) *La clase de documento catastral en el procedimiento de la letra C.*—De la redacción misma del número 3.º del artículo 298 del Reglamento, al que se remite la letra C del número 5.º, se desprende la gran amplitud que se admite en este procedimiento en relación con la clase de documento catastral o fiscal. Y es que aquí lo que interesa más que la medición catastral es que se pague la Contribución Territorial, rústica o urbana por la total superficie que se pretende hacer constar en el Registro.

Recordemos que la segunda parte del número 3.º del artículo 298 exige justificación de hallarse la finca «catastrada o amillarada», o, en su defecto, «de haberse tomado para ello la nota correspondiente». Por tanto, son tres las expresiones que hay que analizar: «catastrada», «amillarada» y «haberse tomado la nota correspondiente».

1. *Superficie catastrada.*—Dada la finalidad o *ratio* del procedimiento en cuestión, la palabra «catastrada» ha de interpretarse aquí en sentido amplio, de modo que se comprenda en ella cualquier documento que refleje todo tipo de trabajo o técnica catastral, sea o no perfeccionada. Y es que si se admite el amillaramiento, como documento justificativo del exceso de cabida, con mayor razón hay que admitir cualquier clase de trabajo catastral, pues, por rudimentario que sea, siempre supone un perfeccionamiento respecto al amillaramiento.

Para mejor delimitar los documentos que el Registrador puede admitir en este procedimiento habrá, por tanto, que examinar previamente

cuáles son los distintos tipos o clases de Catastros y los organismos encargados de los mismos.

Vamos a distinguir, según se trate de fincas rústicas o urbanas, pero bien entendido que se trata de una separación meramente sistemática ya que no hay ningún inconveniente en admitir una certificación del Catastro de Rústica para inscribir el exceso de cabida de una finca que en el Registro o en el título se describe como urbana, y viceversa, no sólo porque la distinción entre fincas rústicas y urbanas a efectos de Registro no coincide exactamente con la distinción a efectos de Contribución, sino porque el precepto reglamentario se pronuncia en términos suficientemente amplios como para no exigir que coincidan las calificaciones sobre la naturaleza rústica o urbana por parte de las distintas Oficinas públicas.

Catastros respecto a la zona rústica.—Por los medios o instrumentos empleados en su realización y grado de perfección podemos distinguir:

— El *Avance catastral*, que representa una primera fase en la formación del Catastro, de carácter rudimentario. No implica ningún procedimiento topográfico de determinación de parcelas, sino que viene a ser más bien la señalización de las distintas clases de superficies cultivadas en cada término, como comprobante de las declaraciones de los propietarios en relación con las fincas que poseen.

— El *Catastro parcelario*, que supone las adecuadas técnicas para la determinación de las parcelas catastrales dentro de cada polígono. Es mucho más perfecto que el Avance catastral, pues lleva consigo una medición de cada parcela. Ahora bien, por el procedimiento de medición cabe a su vez distinguir, dentro de este tipo de Catastro, los dos siguientes:

— El *Catastro Topográfico Parcelario*, que se realiza a base de técnicos y aparatos de medición sobre el terreno, finca por finca, con instrumentos que cada vez van siendo más avanzados. Está a cargo del Instituto Geográfico y Catastral, del que existe en cada provincia la Oficina o Delegación correspondiente.

— El *Catastro de Rústica* con base en la fotografía aérea, que es la técnica que se utiliza en relación con el que consta en la Delegación de Hacienda respectiva. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el Instituto Geográfico y Catastral envía los planos y datos correspondientes a la Delegación de Hacienda, por lo que en ésta, si funcionara debidamente la coordinación entre Catastros, obraría siempre el plano del Catastro Topográfico Parcelario, lo que no siempre sucede. No obstante, lo que queremos decir es que este último tipo de Catastro, el

Topográfico Parcelario, no queda necesariamente encerrado dentro del Instituto Geográfico y Catastral.

En cuanto a los organismos que llevan estos tipos de Catastros, ello resulta de cuanto acabamos de decir que podemos esquematizar distinguiendo:

— El *Instituto Geográfico y Catastral*, con Delegaciones Regionales y Provinciales, siendo estas últimas las que interesan a efectos de sus relaciones con el Registro de la Propiedad. Hay que advertir que no todo el territorio se encuentra en régimen de Catastro Topográfico, sino sólo determinados municipios en cada provincia. La Dirección General del Instituto Geográfico y Catastral editó en 1.º de enero de 1969 un libro en que consta la relación alfabética, por provincias, de los términos municipales en régimen de conservación catastral por el Instituto, que, aunque en algún punto ha sido ya superado, puede servir de orientación.

— La *Sección de Catastro de Rústica* en cada Delegación de Hacienda dentro de la Administración de Impuestos Inmobiliarios. Aquí radican los documentos del Avance Catastral, ya superado en su mayor parte, y sustituido por el Catastro de Rústica, con sus planos obtenidos por el indicado sistema de fotografía aérea. A su vez, la Delegación de Hacienda recibe los datos y planos del Catastro Topográfico Parcelario en aquellas provincias en que existe coordinación.

Podemos ya señalar cuáles son en concreto los documentos que el Registrador ha de tener en cuenta como justificativos del exceso de cabida dentro de este primer grupo de Catastros de naturaleza rústica:

a') La *certificación del CATASTRO DE RUSTICA* de la Delegación de Hacienda, expedido por el auxiliar técnico respectivo, con el «conforme» del Perito Conservador y con el «visto bueno» del Ingeniero-Jefe. Dicha certificación contendrá los datos de identificación del contribuyente y de la parcela en cuestión, con expresión de los números de polígono y parcela, nombre de paraje o finca, linderos y superficie. Respecto a los linderos, no se trata de que necesariamente coincidan sus nombres, pues, como dice B. CAMY, el sistema seguido por el Catastro para su determinación es, en ocasiones, distinto del que siguen los interesados en las escrituras. Pero se exige su constancia en la certificación catastral al objeto de que el Registrador pueda calificar el grado de discordancia, ya que si ésta es grave puede dar lugar a una falta de identidad, y si, por el contrario, atendiendo a las coincidencias parciales, la discordancia es explicable, puede aceptarse la identidad. Es muy conveniente, aunque no siempre necesario, que se acompañe el plano de la finca en el Catastro, sobre todo cuando ello puede servir de explicación a algunos datos de las descripciones literarias.

b') La *certificación* de dicha Sección del Catastro de Rústica *relativa a la llamada «Hoja del Avance Catastral»*, a que alude la Ley de Catastro de 1906 (20), en aquellos supuestos excepcionales en que todavía pudiera ser de interés, por no estar implantado totalmente el Catastro en algún término municipal. No obstante, se trata de una posibilidad más bien teórica, pues en la práctica no se acude ya al «Avance Catastral».

c') La *Cédula Parcelaria Catastral* expedida por el Instituto Geográfico y Catastral, concretamente por el Ingeniero-Jefe de la respectiva Delegación Provincial. En la práctica, tampoco es frecuente acudir a este documento, pero no por lo que se acaba de decir respecto al «Avance Catastral», sino porque normalmente es más conocido el Catastro de Rústica de la Delegación de Hacienda. Sin embargo, creemos que la Cédula Parcelaria es de gran utilidad, a efectos de inscripción de excesos de cabida, pues contiene una descripción más perfecta y completa. Contiene no sólo el nombre del titular catastral, sino una parte dedicada a la descripción literaria de la finca expresando los linderos por los nombres de propietarios y números de parcelas colindantes y la superficie de cada clase de cultivo y otra parte dedicada a la descripción gráfica con un plano a reducida escala de la finca (21).

Catastros de Urbana.—Dentro de este grupo y, a efectos del procedimiento de la letra C en relación con la segunda parte del número 3.º que ahora estudiamos, creemos que hay que partir también de una interpretación amplia, admitiendo no sólo el reciente Catastro de Urbana propiamente dicho, sino también el Registro Fiscal de Edificios y Solares.

En cuanto a este último, ciertamente el *Registro Fiscal* (22) supone un mayor perfeccionamiento respecto al antiguo Padrón Municipal, pero no es un Catastro de Urbana en sentido estricto, pues se basa fundamentalmente en las declaraciones hechas por los propietarios de cada municipio de los datos descriptivos de cada finca.

Los datos del Registro Fiscal de Edificios y Solares se encuentran desde luego en los Ayuntamientos respectivos y también en las Dele-

(20) Artículo 38 de la Ley de 23 de marzo de 1906.

(21) Sobre la Cédula Parcelaria, véase CHINCHILLA RUEDA, que recoge un modelo de la misma en su estudio *El Catastro y el Registro*, «R. C. D. I.», número extraordinario de 1961, pág. 269.

(22) El Registro Fiscal de Edificios y Solares fue creado por Real Decreto de 4 de febrero de 1893, y es «el documento en que se relacionan después de haber sido aprobados y evaluados todos los edificios y solares de cada término municipal». Intervénían los Ayuntamientos y Juntas periciales y debía ser aprobado por la Delegación de Hacienda.

gaciones de Hacienda. El documento más corriente, a efectos del Registro de la Propiedad, es la certificación expedida por el secretario del Ayuntamiento, con el visto bueno del alcalde, en la que conste la situación de la finca, su medida superficial y linderos y el nombre del contribuyente. También vale la certificación de la Delegación de Hacienda.

En cuanto al nuevo *Catastro de Urbana*, que se ha implantado ya en muchos municipios, responde a la técnica de un verdadero Catastro, constando las fincas localizadas en polígonos, manzanas y parcelas (23) y en el plano correspondiente. Aquí el documento admisible no es la certificación del secretario del Ayuntamiento, sino de la Delegación de Hacienda, pues los Ayuntamientos no tienen ya competencia en relación con los documentos catastrales (24).

Lo que no es admisible, en ninguno de los dos supuestos, es presentar el recibo de la Contribución, sea con referencia al «régimen transitorio» (Registro Fiscal) o al nuevo «régimen catastral», pues en los modelos existentes no figura la superficie ni los linderos, que son los datos claves a tener en cuenta para la inscripción de excesos de cabida.

2. *Superficie amillarada*.—Tampoco es frecuente tener que acudir hoy día a los antiguos amillaramientos, para solucionar problemas de inscripción de excesos de cabida, pues, aparte de que resulta difícil identificar las fincas relacionadas en ellos, suelen estar ya superados por los datos catastrales más modernizados.

Sin embargo, el Reglamento Hipotecario sigue aludiendo a los amillaramientos, por lo que pueden admitirse en principio, a efectos del procedimiento de la letra C que estudiamos. Y ello, aunque en el municipio en cuestión, esté ya implantado el sistema catastral, pues el Reglamento no distingue y, en ocasiones, pudiera ser necesario acudir a documentos de cierta antigüedad.

El *Amillaramiento* consta archivado en los Ayuntamientos y se refiere, tanto a fincas rústicas como urbanas.

Se trata de una relación numerada y alfabética de los propietarios o usufructuarios de bienes inmuebles y ganadería radicantes en cada término municipal, con expresión individualizada de los bienes que estén sujetos a Contribución Territorial. Ofrece datos en general deficientes, pues, aparte de su antigüedad, se toman de las declaraciones formuladas por los propios contribuyentes, por lo que no es frecuente

(23) La referencia catastral viene expresada en los documentos por siete números seguidos: los dos primeros se refieren al número de polígono; los dos siguientes, a la manzana, y los tres últimos, a la parcela.

(24) Esto es así rigurosamente. Otra cosa es que, en un caso concreto, el Registrador pueda ser flexible tratándose de fincas de escaso valor y de municipios muy distantes de la Delegación de Hacienda respectiva.

encontrar base suficiente para los excesos de cabida, sino más bien todo lo contrario. Cada año se hacían constar en unos apéndices al amillaramiento las rectificaciones procedentes, y cada cinco años se hacía una rectificación general.

En cuanto a las fincas *rústicas*, no hemos llegado a conocer en la práctica ningún supuesto en que se pretendiera apoyar la inscripción del exceso de cabida en el amillaramiento. Pero los secretarios de los Ayuntamientos todavía pueden expedir certificaciones del mismo, y esto se confirma claramente desde el punto de vista fiscal, en que, a efectos del Impuesto de Sucesiones, cabe pedir datos del amillaramiento, que faciliten la investigación.

En cuanto a fincas *urbanas*, aparte del Registro Fiscal, antes mencionado, que está a caballo entre los amillaramientos y el Catastro, hay que incluir los *Padrones Municipales*, que se conservan también en los Ayuntamientos, y respecto a los cuales pueden expedir certificaciones los secretarios de los mismos, con el visto bueno del alcalde. Recuerdo precisamente un caso de mi práctica registral en que gracias a los datos del Padrón Municipal se pudo inscribir el exceso de cabida de una finca urbana, pues se trataba de un caso muy urgente, de construcción de Viviendas de Protección Oficial, y el procedimiento más rápido resultó ser el del Padrón Municipal, que es donde figuraba la finca con la mayor extensión superficial a nombre del transmitente.

No obstante, hay que reconocer que actualmente es insólito recurrir a los amillaramientos.

3. *Haberse tomado la nota correspondiente.*—Hemos visto que la segunda parte del número 3.º del artículo 298 se refiere a esta posibilidad. Por tanto, se confirma aquí la gran amplitud de datos que admite el procedimiento de la letra C, pues no importa que la finca no esté catastrada ni amillarada, sino que basta que se haya tomado para ello la nota correspondiente.

Actualmente no creemos sea muy adecuado hablar de esa «nota», pues los Ayuntamientos ya no toman ninguna nota, sino que admiten simplemente la presentación de la correspondiente solicitud de alta en Contribución a través de los impresos reglamentariamente previstos, al efecto de que las Juntas Periciales den curso a la tramitación y envíen los partes a la Delegación de Hacienda. La técnica de la «nota» tenía más que ver con el antiguo sistema de «amillaramiento» (25). A pesar

(25) Explica Díaz MORENO, refiriéndose a la tramitación de los antiguos expedientes posesorios: «Es práctica común y necesaria, dado que los amillaramientos no se alteran sino en una época fija del año por medio de apéndices, la de convertir la anotación preventiva en inscripción de posesión mediante un certificado del Alcalde y Secretario, donde conste que se ha tomado nota suficiente para

de ello, el número 3.º del artículo 298 alude a tal «nota», y referencia a la misma se encuentra también, a propósito del expediente de dominio, en el artículo 276 del Reglamento Hipotecario, al aludir a «la nota o certificación de la oficina ocrrespondiente, acreditativa de que deberá tenerse en cuenta el expediente de dominio para practicar las rectificacio-procedentes en la época oportuna».

Precisamente por ello hay que dar alguna interpretación al número 3.º del 298, y creemos que la supuesta «nota» equivale actualmente a la constancia de esa solicitud de alta en Contribución por parte del que en la escritura figura como transmitente. A tal efecto, estimamos que basta aportar una certificación del secretario del Ayuntamiento, con el visto bueno del alcalde, acreditativa de que se ha presentado en el mismo la solicitud de alta en Contribución de la finca en cuestión, con los linderos, superficie y nombre del solicitante, que figuren en los impresos respectivos. En ocasiones, los secretarios ponen una nota al pie del documento expresiva de que se ha tenido en cuenta para la tramitación del alta. Pero esta posibilidad sólo la admitimos cuando la tramitación va a nombre del actual transmitente, por lo que diremos más adelante al hablar de la titularidad catastral.

Con mayor razón sería admisible la certificación de la Delegación de Hacienda, acreditativa de estar en trámite de alta la solicitud del interesado.

b) *La clase de documento catastral en el procedimiento de la letra B del número 5.º*.—Este precepto se refiere a los excesos de cabida que tengan su base y justificación en datos catastrales. Se advierte en seguida que no existe aquí ese amplio abanico de posibilidades que se daba en el supuesto anterior. Han de excluirse los datos de amillaramiento, pues no se mencionan, incluso el Registro Fiscal de Edificios y Solares, ya que aunque no responde del todo a la técnica del amillaramiento, tampoco se trata de un verdadero Catastro. También hay que excluir el supuesto de haberse tomado la nota correspondiente, no sólo porque no cabe aplicar analógicamente lo previsto para el anterior procedimiento, que responde a un distinto fundamento, sino porque, en último término, resulta innecesario a efectos del apartado B, dado lo que después veremos a propósito de la titularidad catastral, que carece de importancia en el caso de la letra B, lo que implica la innecesidad de recurrir a ese supuesto de la nota, por lo menos en la mayor parte de los casos. Pero aunque en algún supuesto concreto se creyera útil recurrir a la nota de alta en Contribución, acabamos de decir que no puede aceptarse esta posibilidad no mencio-

incluir en la plana de riqueza del poseedor los bienes a que se refiera la información, al tiempo de hacerse el apéndice inmediato.»

nada en el apartado B del artículo 298, número 5.º, que sólo se refiere a los datos «catastrales», no a la iniciación del expediente de alta, sin comprobación alguna de la superficie. Además, como según el precepto que estamos comentando, los excesos de cabida no sólo han de tener su «base», sino su «justificación» en datos catastrales, ello significa que han de excluirse aquellos trabajos catastrales que no implican comprobación de la medida superficial de la finca, como ocurre con los rudimentarios avances catastrales. Y es que el fundamento de la letra B, según dijimos, hay que cifrarlo en la garantía que proporciona la medición oficial de las fincas, y esto no se produce ni en el avance catastral, ni en los amillaramientos, ni en el Registro Fiscal de Edificios y Solares, ni en la simple solicitud del interesado para dar de alta la finca en la Contribución.

Entonces, ¿qué tipo de documentos catastrales han de entenderse comprendidos en el apartado B? Sólo los siguientes:

— La *Cédula Parcelaria* expedida por el Jefe de la Dependencia Provincial del Instituto Geográfico y Catastral que, como sabemos, comprende una parte descriptiva literaria de la finca y otra parte gráfica que recoge el plano de la parcela en cuestión.

— La *certificación expedida por el Catastro de Rústica* de la Delegación de Hacienda y, concretamente, por el Auxiliar de Zona con el «conforme» del Perito conservador y el «visto bueno» del Ingeniero-Jefe, tal como vimos antes en relación con el otro procedimiento. Vale aquí lo demás que hemos indicado antes en relación con el contenido de la certificación y con la conveniencia de aportar el plano catastral de la finca.

— La *certificación del Catastro de Urbana* en aquellos municipios en que rige el nuevo sistema catastral, pues responde a la técnica de la medición oficial de las fincas, que figuran reflejadas en los planos catastrales con referencia a números de polígono, manzana y parcela. Sabemos ya que esta certificación ha de ser expedida por el Jefe de la Sección de la Delegación de Hacienda, no por los Secretarios de los Ayuntamientos, y que tampoco es suficiente aportar el recibo de la Contribución, por la razón evidente de no recoger su modelo actual la superficie.

Por tanto, sólo caben en el procedimiento de la letra B estas tres clases de documentos catastrales, a diferencia de lo que hemos visto ocurre en el procedimiento de la letra C.

Ha de advertirse, por último, que no es requisito necesario, en ningún caso, que el Catastro se haya formado desde hace más de diez años, requisito temporal que preveía la Ley de 1906 para dar extraños efectos jurídicos al mismo. En cambio, la resolución de la Dirección de 23 de mayo de 1944, ya examinada al principio, alude al requisito de los diez años

como algo cuya justificación podía exigir el Registrador. Pero como el Reglamento Hipotecario vigente no alude para nada a este requisito de los diez años, entendemos que ha de considerarse superada la referencia de la resolución en este aspecto. Y es que la Ley de Catastro de 23 de marzo de 1906 se excedió, sin duda, en esa regulación de los efectos jurídicos del Catastro, que no ha tenido ninguna aceptación y que hay que considerar totalmente superada por la posterior legislación hipotecaria. En la práctica que conozco se prescinde acertadamente de ese requisito de la vigencia del Catastro durante diez años, y las certificaciones catastrales tampoco expresan la fecha en que comenzó a regir el Catastro en el término respectivo.

Puntualización respecto a las opiniones de ROCA SASTRE y de SANZ FERNÁNDEZ.— De lo dicho se desprende que patrocinamos decididamente una interpretación restrictiva de la expresión «datos catastrales» a que alude la letra B del número 5.º en claro contraste con la amplitud de datos que resulta del otro procedimiento de la letra C. También se muestran restrictivos al estudiar el procedimiento de la letra B del número 5.º los autores que se han ocupado del tema, como SANZ y ROCA, pero sin exponer las razones y reflejando alguna imprecisión, por lo que consideramos conveniente hacer ciertas puntualizaciones.

ROCA SASTRE dice lo siguiente: «Creemos que estos datos catastrales han de ser los resultantes del correspondiente Catastro topográfico catastral y no los derivados de otros trabajos catastrales, y menos de los que consistan en meras revisiones de amillaramiento» (26).

Estamos de acuerdo en que los datos del Catastro Topográfico Parcelario se incluyen en la letra B y en que los amillaramientos y las meras revisiones de los mismos no están comprendidos en la misma.

Sin embargo, creemos que ROCA SASTRE olvida un dato catastral muy importante, que es el Catastro de Rústica de la Delegación de Hacienda, que, como hemos dicho, no siempre está basado en el Catastro Topográfico Parcelario y no por eso hay que excluirlo de la expresión «datos catastrales». El Catastro de Rústica tiene sus planos hechos por el sistema de fotografía aérea, y aunque las mediciones son más imperfectas, no hay ningún apoyo legal para que quede excluido de la citada expresión reglamentaria de la letra B, ya que es un Catastro parcelario igual que el Topográfico, del que sólo le separan las técnicas de medición empleadas. Lo único que excluimos, aparte de los amillaramientos y Registros Fiscales, es el Avance catastral.

Además, actualmente tampoco puede ser olvidado el Catastro de Urbana en aquellos municipios en que se ha implantado el nuevo régimen

(26) ROCA SASTRE, *ob. cit.* en la nota 2, tomo II, pág. 495.

catastral. Claro que cuando ROCA escribe, esto no se había producido todavía, por lo que en este aspecto es disculpable la omisión.

Por otro lado, ROCA SASTRE no señala las razones en que basa su interpretación restrictiva. Nosotros creemos que tales razones existen, tal como las hemos expuesto, a saber: 1.º El sentido de las expresiones utilizadas en la letra B, «justificación» y «datos catastrales», que sólo pueden referirse al Catastro Topográfico Parcelario, al Catastro de Rústica y al Catastro de Urbana. 2.º El fundamento del procedimiento de la letra B, que tiene exclusivamente como garantías la existencia de una medición oficial de las fincas y la apreciación de su identidad, y tal medición oficial sólo se produce en los tres Catastros mencionados. 3.º La comparación de redacción de la letra B del número 5.º con el número 3.º del artículo 298 del Reglamento, ya que este último, por responder a distinto fundamento, se muestra mucho más amplio, y a diferencia de la letra B que sólo habla de «datos catastrales», alude a finca «catastrada» o a «haberse tomado la nota correspondiente». Y lo mismo resulta el examen comparativo con otros preceptos reglamentarios, como los referentes al expediente de dominio, en que se admite una mayor amplitud de certificaciones y no sólo la del Catastro, lo que se explica porque, a diferencia de lo que ocurre con la letra B, los certificados catastrales o de amillaramiento no sirven de base o justificación del exceso de cabida, sino que se trata de un requisito más para poder citar a la persona que aparezca como titular en uno u otro.

Por su parte, SANZ FERNÁNDEZ, dice: «es requisito especial (para la aplicación de la letra B) que la justificación del exceso de medida superficial se haga con referencia al Catastro parcelario, no a otros trabajos catastrales, y menos aún al amillaramiento; así resulta de la Resolución de 23 de mayo de 1944, precedente inmediato de este supuesto» (27).

Lo único que tenemos que decir, en relación con esta opinión, es lo siguiente: 1.º Que conviene puntualizar cuál es ese Catastro parcelario del que habla en singular, pues ya hemos dicho que, en realidad son el Catastro Topográfico Parcelario, el Catastro de Rústica de Hacienda y el Catastro de Urbana. Por ello, para evitar interpretaciones erróneas, debería hablarse en plural, «Catastros parcelarios» incluyendo los tres apuntados, pues tan «parcelario» es el Topográfico como el que se lleva en la Delegación de Hacienda. 2.º Que respecto a «otros trabajos catastrales» que se excluyen, en concreto ha de excluirse el «Avance Catastral», aparte del Registro Fiscal y de los amillaramientos. 3.º Que la razón de todo ello no ha de encontrarse en la Resolución de 23 de mayo de 1944, pues ésta es un mero precedente común al procedimiento de la letra B y al de la letra C en relación con el número 3.º y, además, hemos visto que alude errónea-

(27) SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.* en la nota 1, tomo II, pág. 266.

mente al requisito del plazo de diez años, que debe descartarse. Por ello, son otras las razones para dar esa interpretación restrictiva, las que acabamos de apuntar en relación con la puntualización hecha a ROCA SASTRE.

c) *La titularidad que ha de constar en la certificación catastral en el procedimiento de la letra C.*—En este caso, la finca (incluido el exceso correspondiente) debe estar «catastrada», «amillarada» o «tomada la nota correspondiente» a nombre del transmitente.

Que la finca ha de estar «catastrada» o «amillarada» a nombre del transmitente es algo que resulta de la letra y del espíritu del procedimiento en cuestión.

En cuanto a la letra del número 3.º del 298, es bien clara en este sentido: «a su nombre» es «a nombre del transmitente», pues el pronombre posesivo «su» se predica de quien el precepto estaba hablando, que es precisamente el transmitente. Además, el estar catastrada o amillarada la finca ya dijimos que se consideran como justificantes de la previa adquisición de la finca por el transmitente, lo que demuestra que la letra del número 3.º del artículo 298 sólo tiene en cuenta al mismo.

Respecto al espíritu del precepto, hemos visto que el procedimiento que estudiamos es una variante del procedimiento inmatriculador del artículo 205, que el Reglamento pone a la misma altura y regula en el mismo lugar que el supuesto de documento fehaciente acreditativo de la previa adquisición. Por tanto, la idea que late en el número 3.º es la del doble eslabón adquisitivo, y el primer eslabón lo cifra el texto reglamentario en la adquisición realizada por el transmitente como previa a la transmisión que éste verifica. De donde se desprende que, dentro de la lógica del número 3.º, hay que admitir que es el transmitente el que debe tener catastrada o amillarada la finca a su favor.

Pero hemos dicho que también hay que referir al transmitente el tercer supuesto que contempla el precepto, es decir, el de haberse tomado la nota correspondiente. Esto resulta igualmente de la letra y espíritu del precepto, aunque aparentemente no es muy expresivo. El haberse tomado la nota correspondiente se señala como una posibilidad *en defecto* de la anterior. Por tanto, suprimamos por un momento la frase que precede a este supuesto y tendremos muy claros los términos literales del texto reglamentario: «los títulos públicos, siempre que el transmitente acredite la previa adquisición de la finca o derecho que se pretenda inscribir mediante justificación... de haberse tomado para ello la nota correspondiente». O sea, que esta nota se contempla también, acertadamente o no, como una justificación de la previa adquisición por parte del transmitente, lo que significa que la nota ha de haberse tomado a nombre del mismo y no de otra persona.

Si de la letra pasamos al fundamento o espíritu del precepto, hay que repetir lo que acabamos de decir en relación con el supuesto de estar catastrada o amillarada la finca, o sea, que la regulación de este procedimiento responde al doble eslabón adquisitivo.

Además, si la nota sólo se admite «en defecto» de la situación anteriormente expresada (en defecto de estar catastrada o amillarada la finca a nombre del transmitente), no puede convertirse esa posibilidad supletoria y de excepción en una variante que arrasaría la fórmula principal. Efectivamente: supongamos que se admitiera que la nota puede estar tomada a nombre del «adquirente». Entonces, con mayor razón habría que admitir la posibilidad de que la finca estuviera «catastrada» o «amillarada a nombre del adquirente». Pero si fuera así, quedaría vulnerado el texto reglamentario que según hemos visto no admite discusión en este punto.

Procede a continuación, para acabar de perfilar el problema de la titularidad en el procedimiento de la letra C, que examinemos una serie de supuestos en que el que figura en la Contribución Territorial no es el transmitente.

Titularidad a nombre del adquirente.—Acabamos de apuntar que no puede admitirse, dentro del procedimiento de la letra C, que la finca (con el exceso de cabida correspondiente) figure a nombre del *adquirente*. El Reglamento alude únicamente al *transmitente*, y no cabe aplicar la analogía porque lo impide el fundamento del procedimiento que repetimos, es la idea del doble eslabón adquisitivo.

Baste añadir que si dentro de esta variante del procedimiento inmatriculador se admitiese que la finca estuviera catastrada, amillarada o tomada nota a favor del adquirente, entonces la espontaneidad de los títulos inmatriculadores podría quebrar, pues se presta a que, quien ya tenga catastrada o amillarada la finca a su nombre sin título alguno, encuentre a un amigo o pariente que, a modo de testaferro, otorgue a su favor la escritura pública de transmisión, prestándose a una inmatriculación sin título real y sin esperar siquiera el lapso de tiempo que el Reglamento señala para cuando no se acredita la previa adquisición (posesión de año y día: número 1.º del art. 298).

Pero, aparte de esto, lo fundamental es que el Reglamento Hipotecario se remite totalmente al procedimiento inmatriculador y, en consecuencia, todo lo que se diga del mismo es aplicable a esta variante de inscripción de excesos de cabida. Siempre resultará que no se ha cumplido el requisito reglamentario previsto para este tipo de procedimiento.

De todos modos, si la finca (incluido el exceso de cabida) aparece catastrada o amillarada a nombre del adquirente, todavía cabe una solución

para declarar viable este procedimiento de inscripción de excesos de cabida de la letra C; y es acreditar que el titular inmediato al adquirente en el Catastro o Amillaramiento es el transmitente, siempre que la finca figure también a nombre de éste con la total superficie que ahora consta en el título.

Titularidad a nombre del causante del transmitente.—Tampoco es posible utilizar este procedimiento si la finca (con su exceso de cabida) figura catastrada o amillarada a nombre del que, según el título de adquisición reseñado en la actual escritura, es el causante del transmitente, es decir, la persona de quien adquirió la finca. Obsérvese que no se acreditan los dos últimos eslabones del fenómeno adquisitivo, sino únicamente el último y el antepenúltimo, quedando sin¹ acreditar la medida superficial de la finca en el título intermedio o penúltimo. Bien podría suceder que el causante del transmitente sólo le hubiera transmitido la superficie inscrita, habiendo dispuesto de la restante que figura catastrada o amillarada a su nombre a favor de otra persona o de otro descendiente. Por todo ello, donde el Reglamento Hipotecario dice *catastrada o amillarada a nombre del transmitente*, no puede leerse «catastrada o amillarada a nombre del transmitente del actual transmitente».

En casos como éste, la solución se encuentra precisamente en el último párrafo del número 3.º del artículo 298 del Reglamento, es decir, acreditando que se ha tomado nota o mejor, solicitado el alta en Contribución a nombre del transmitente en relación con la superficie total de la finca.

Titularidad desconocida.—A veces ocurre que en la certificación catastral la parcela aparece como de propietario «desconocido». Pues bien, en el procedimiento de la letra C no puede servir de base tal certificación para inscribir el exceso de cabida.

En cuanto a la posibilidad de aplicar por analogía lo dispuesto en el artículo 276 del Reglamento Hipotecario a propósito de los expedientes de dominio en el sentido de admitir el título público adquisitivo con nota de haberse iniciado el trámite de alta en Contribución a nombre del *adquirente*, ya hemos dicho antes que no puede admitirse esa posibilidad, sin que quepa aplicar la analogía del 276, ya que se refiere al expediente de dominio en el cual la certificación catastral no tiene el juego que el Reglamento ha querido que tenga en el número 3.º del artículo 298.

Pluralidad de titulares.—Se distinguen varios supuestos:

a') Si hay coincidencia entre los titulares que constan en el Registro y los que figuran en el Catastro o Amillaramiento, no hay problema. No importa que en la escritura sólo transmita su participación indivisa uno o

varios de ellos y no todos, pues en cualquier caso se cumple el requisito de que el derecho transmitido está catastrado o amillorado a nombre del transmitente. Naturalmente, ello es partiendo de la idea, que nosotros aceptamos, de que para inscribir el exceso de cabida basta que actúe cualquiera de los copropietarios (28).

A este supuesto de coincidencia de titularidades, hay que asimilar aquel en que en el Catastro o Amillaramiento, después de expresar uno solo de los titulares, añade «y otros», pues, al no determinarse el número de ellos y no constar nada en contra, ha de presumirse que la titularidad a todos los efectos es la «registral», por el principio de legitimación. Aconsejamos, no obstante, insistir en el requisito de la identidad de fincas apreciándolo en estos casos con mayor cautela.

Si en lugar de «otros», la certificación alude a «tantos más», hay que distinguir: si el número total coincide con el número de propietarios según Registro, entonces se aplica lo que acabamos de decir. Si aparece un mayor número de titulares en el Catastro, el supuesto hace tránsito al que ahora examinaremos bajo la letra *b'*). Y si el número de titulares en el Catastro es inferior, se asimila al que veremos bajo la letra *c'*).

Hay que advertir en esos dos casos asimilados al que estamos estudiando, o sea, cuando se emplea la expresión «otros» o «tantos otros», presumiéndose que coinciden los titulares, que, para que sea aplicable el procedimiento de la letra C, tiene que intervenir como transmitente de su participación el titular que figura nominadamente en el Catastro o Amilla-

(28) Admite esta posibilidad ROCA SASTRE, que dice que si la finca se halla en condominio basta que se inste u otorgue por «alguno de sus copropietarios» (*ob. cit.* en nota 2, tomo II, pág. 500). Ahora bien, ROCA SASTRE se remite en este punto a la Resolución de 19 de diciembre de 1917 sobre un caso de declaración de obra nueva que cree también aplicable a los excesos de cabida. Pero nosotros entendemos que el problema es distinto, pues la declaración de obra nueva, como ha puesto de relieve una resolución más reciente, puede producir fuertes consecuencias jurídicas para los restantes cotitulares. En cambio, la declaración de exceso de cabida, como tal rectificación numérica que no afecta a la identidad de la finca, beneficia a los demás copropietarios, por lo que se puede aplicar la doctrina jurisprudencial y lo que resulta del propio artículo 395 del Código civil, en el sentido de que cualquier copropietario puede hacer las cosas de las que resulten ventajas para todos, como es el exceso de cabida. Únicamente podría haber algún problema de tipo fiscal, pero esto debe resolverse en el sentido de que los copropietarios que no intervinieron pueden oponerse a la Administración Tributaria alegando lo que estimen pertinente, pues el exceso de cabida declarado por uno de ellos sólo les puede beneficiar a los demás, según la interpretación señalada. Por otro lado, en estos supuestos, el Registrador debe poner más cuidado, si cabe, en el requisito de la identidad de la finca, pues si no se cumpliera el mismo sí que sería grave. Lo que no parece procedente, constando inscrito un exceso de cabida declarado por uno de los copropietarios, es interpretar que sólo le afecta a él y no a los demás, ya que entonces se llegaría al contrasentido de que la finca consta inscrita con varias «medidas superficiales», lo que atenta contra el principio de determinación y especialidad.

ramiento, pues en otro caso no se cumpliría el requisito del número 3.º consistente en que la finca o derecho han de estar catastrados o amillara-dos a nombre del transmitente.

b') Si en el Registro figura un solo titular, que en la escritura apa-rece como *transmitente*, y en el certificado catastral figuran varios titu-lares, con o sin expresión de nombres, no se puede utilizar el procedi-miento de la letra C, pues no se cumple el requisito del citado número 3.º al no estar catastrada o amillorada la finca a nombre del transmitente, sino a nombre de él y otros más. Esto aparte de que si hay varios titulares en el Catastro, podría suceder que no hubiera coincidencia de fincas. Lo mejor es prescindir del procedimiento de la letra C y tratar de aplicar el de la letra B, que, como veremos, muestra indiferencia por el problema de las titularidades, aunque, eso sí, siempre que se aprecie identidad de fincas.

c') Si en el Registro figuran varios copropietarios y en el certificado catastral sólo figura uno, hay que distinguir según que el que conste en el Catastro sea o no uno de los que transmitan su participación. En caso afirmativo, creemos que se cumple el requisito de que el derecho trans-mitado figura catastrado a nombre del transmitente, pues no importa que se peque «por exceso». Siempre que se parta, como hemos dicho, de que para inscribir el exceso de cabida basta la transmisión de una participa-ción indivisa. Ahora bien, si solamente transmiten los que no figuran en el Catastro, entonces no se puede aplicar el procedimiento de la letra C, y habrá que esperar a que se transmita la otra participación, o aplicar el pro-cedimiento de la letra B.

Titularidad en caso de usufructo.—A veces figura en la Contribución Territorial como titular no el nudo propietario sino el usufructuario. En tal caso, no cabe utilizar el procedimiento de la letra C, pues no se cum-ple el requisito del número 3.º de estar catastrada la finca a nombre del transmitente. Téngase en cuenta que el exceso de cabida es acto de rigu-roso dominio en el sentido de que corresponde declararlo a quien sea pro-pietario de la finca. Por tanto, aunque figurara en la escritura como trans-mitente de su derecho el usufructuario, de modo exclusivo o en unión del nudo propietario, no se cumpliría el requisito del procedimiento, pues la transmisión del usufructuario no puede dar lugar *por sí misma* a la ins-cripción del exceso de cabida y la transmisión del nudo propietario no cumple el requisito del número 3.º, al no figurar en la Contribución Terri-itorial como titular.

Si en el Catastro o Amillaramiento figura como titular el nudo propie-tario, y éste transmite su derecho, bien sea él sólo o en unión del usufruc-

tuario, en todo caso sí que es aplicable el procedimiento de la letra C, pues la finca está catastrada a nombre del transmitente.

La solución en el supuesto de que no fuera aplicable la letra C, sería tratar de aplicar la letra B, o acudir al sistema de «haberse tomado la nota correspondiente», es decir, «haber solicitado el nudo propietario la constancia del mismo en la Contribución», pues en este último caso, sí sería viable la letra C.

Titularidad de los cónyuges.—A pesar de ciertas confusiones e imprecisiones en la forma de hacer constar la titularidad en la Contribución Territorial, hoy es frecuente observar que, en general, la mujer figura como contribuyente cuando se trata de bienes parafernales y el marido, cuando se trata de bienes propios del mismo o gananciales.

Sin embargo, posibles errores en la determinación de la clase de bienes o la consideración del marido como administrador, dan lugar a que también suceda con frecuencia que en la Contribución Territorial se refleje una titularidad que nada tiene que ver con la que desde el punto de vista jurídico y registral corresponde.

Por ello, conviene distinguir los distintos supuestos que pueden plantearse, anticipando que somos partidarios de aplicar con cierto rigor el requisito del número 3.º del artículo 298, pues estamos en el procedimiento de la letra C, que se apoya precisamente en este dato de que la finca esté catastrada o amillarada a nombre del transmitente:

a'') Si se trata de finca parafrenal según el Registro, y en el Catastro figura a nombre del marido, no es aplicable el procedimiento de la letra C, mientras no conste que la mujer ha solicitado la rectificación correspondiente en Contribución. Nos basamos en que la «transmitente» en estos casos es exclusivamente la mujer, sin que afecte a esta solución, el que se haya hecho comparecer al marido en la escritura para asentir a la transmisión. Debe, por tanto, figurar catastrada la finca a nombre de la mujer.

b'') Si se trata de finca privativa del marido según el Registro, pero catastrada a nombre de la mujer, tampoco cabe aplicar el procedimiento de la letra C, por la misma razón que se acaba de indicar en el supuesto anterior. Ha de estar catastrada a nombre del marido.

c'') Si se trata de finca ganancial según el Registro, y en el Catastro figura sólo a nombre del marido o sólo a nombre de la mujer, creemos que hay que aplicar lo que antes hemos dicho acerca de pluralidad de titulares según Registro apareciendo uno de ellos sólo en Contribución. Además, dada la equiparación de los cónyuges a efectos de su titularidad sobre la finca ganancial y la necesaria intervención de ambos en la escritura

de transmisión, no creemos deba darse importancia al tecnicismo de que el marido es el que «transmite» y la mujer «consiente la transmisión», ya que, al efecto que estamos estudiando, lo cierto es que se transmiten los derechos de ambos y, en tal sentido, los dos son «transmitentes» en relación con el número 3.º del artículo 298.

d'') Si se trata de finca inscrita por mitades indivisas a nombre de ambos cónyuges en régimen de separación de bienes y en contribución figura uno solo de ellos, entonces es aplicable exactamente lo que hemos dicho antes a propósito de la pluralidad de titulares en el apartado c''), de modo que sólo será aplicable el procedimiento que estudiamos cuando en la escritura aparezca como transmitente (él solo o en unión del otro) el cónyuge que figura como titular en el Catastro. En cambio, si el único que transmite es el cónyuge que no aparece en el Catastro, entonces no se puede aplicar el procedimiento de la letra C.

e'') Si se trata de finca inscrita a nombre de uno de los cónyuges sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial de la adquisición, conforme a la regla 2.ª del artículo 95, en la transmisión de la finca han de intervenir los dos cónyuges, y aunque teóricamente sólo uno de ellos «transmite» y el otro «presta su consentimiento», este tecnicismo no afecta al problema del número 3.º del artículo 298 del Reglamento, según hemos visto antes respecto al caso de finca ganancial. Y como la naturaleza de estas inscripciones viene a ser la de un «monstruo con dos cabezas» (la privativa que se asevera y la ganancial que no se desvirtúa), creemos que basta que en el Catastro figure la finca a nombre de uno cualquiera de los cónyuges, que, en todo caso, va a intervenir en la transmisión y va a ser «transmitente» en el sentido del número 3.º del artículo 298.

d) *La titularidad que ha de constar en la certificación catastral en el procedimiento de la letra B.*—Todos estos problemas de titularidad catastral desaparecen en el procedimiento de la letra B, que si bien es mucho más rígido en lo que se refiere a los «datos catastrales», denota una indiferencia por la cuestión de la titularidad que figure en el Catastro.

Para demostrar que existe esta indiferencia señalamos las siguientes razones:

1.ª La letra B del número 5.º guarda absoluto silencio acerca de la titularidad catastral, silencio muy significativo si se compara con las expresiones del número 3.º al que sólo se remite la letra C, no la B.

2.ª El fundamento o *ratio* de la letra B no tiene nada que ver con el procedimiento inmatriculador del artículo 205, según hemos tratado de demostrar antes, por lo que poco puede importar la titularidad catastral como elemento indiciario del penúltimo eslabón adquisitivo, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la letra C.

3.^a El Catastro no es precisamente el organismo idóneo para que el Registro tenga que apoyarse en la titularidad que aquél indica, pues es un organismo que sólo tiene relevancia en cuanto a la prueba de datos descriptivos. Ciertamente que el Reglamento Hipotecario tiene en cuenta los datos de titularidad en el número 3.º del 298, pero en ese caso es así porque lo dice expresamente el Reglamento, excediéndose sin duda. En cambio, como en la letra B no se repite esa incongruencia, no hay por qué generalizarla, dada la naturaleza del Catastro y su intrascendencia respecto a las titularidades.

Por tanto, en el procedimiento de la letra B no importa que la certificación catastral acreditativa del exceso de cabida no recoja la titularidad del transmitente, pudiendo serlo también las del adquirente, del causante del transmitente, de titular desconocido, de uno o varios copropietarios, del usufructuario, del marido o de la mujer, sin que importe la diferencia de titularidad en relación con el Registro.

Sin embargo, conviene hacer una aclaración importante: no es necesaria la coincidencia de titularidades pues no es un requisito que lo exija la regulación y naturaleza del procedimiento de la letra B; pero como el Registrador tiene facultades para apreciar si existe identidad de finca, uno de los datos que puede tener en cuenta es la coincidencia de titularidades. Se observará, no obstante, que estamos ya ante otro requisito distinto: el de la identidad de finca, que es diferente del requisito de la coincidencia de titularidades. Baste destacar a título de ejemplo orientador que el Registrador puede considerar acreditada la identidad de la finca atendiendo a la descripción exclusivamente. Y aun en el caso frecuente de que los datos descriptivos no den suficiente luz y haya que recurrir para la identificación de la finca a la titularidad catastral, la calificación registral de ésta permite una gran flexibilidad, pues también puede ser un dato identificador importante el que la finca esté a nombre del adquirente en lugar del transmitente, o de la mujer en lugar del marido, o de otro pariente del interesado.

En definitiva, el Registrador puede prescindir de la titularidad catastral en este procedimiento. Y aun en el supuesto de que atienda a la misma por existir muchas dudas de identificación de la finca, en este caso es igual que en el Catastro figure la titularidad del transmitente o de otra persona distinta pero relacionada con él.

Puntualización respecto a las opiniones de LA RICA y de SANZ FERNÁNDEZ.—Estos autores, que sólo se ocupan del procedimiento de la letra B y no tienen ocasión de compararlo con el de la letra C (en relación con la segunda parte del núm. 3.º), expresan unas opiniones a propósito de la

titularidad catastral en relación con dicho procedimiento de la letra B, que no compartimos por oponerse a lo que acabamos de decir.

LA RICA dice lo siguiente, al comentar el procedimiento de la letra B introducido en 1947: «No hará falta añadir que el exceso deberá estar catastrado a nombre del titular que solicite su inmatriculación o, en otro caso, si se trata de título traslativo, a nombre del transferente» (29).

O sea que LA RICA, aun reconociendo que no es imprescindible el título traslativo, exige una coincidencia de titularidades que no tiene base alguna, y que nos parece un tanto arbitraria al añadir a la posibilidad clásica del «transferente» la del que «solicite la inmatriculación del exceso de cabida». Además, lo ve como algo evidente, pues dice: «no hará falta añadir».

Dada la autoridad científica de LA RICA, nos interesa puntualizar que no existen razones para exigir de modo necesario la coincidencia de titularidades y mucho menos para añadir la figura del que «solicite» la inmatriculación del exceso de cabida. Nos remitimos a los tres argumentos que hemos apuntado un poco más arriba, para rebatir estas afirmaciones, insistiendo en que la letra B muestra indiferencia por el problema de la titularidad catastral.

Por su parte, SANZ FERNÁNDEZ, al ocuparse de esta letra B del número 5.º, dice lo siguiente: «para precisar la identidad (entre la finca inscrita y la catastrada) es necesario acudir a los linderos de la finca y al titular; en consecuencia—añade—, la finca deberá estar catastrada a nombre del titular, según el Registro» (30).

Se advierte que SANZ FERNÁNDEZ no contempla la coincidencia de titularidades catastral y registral como requisito *per se*, sino que la exige como algo necesario para precisar el «requisito de la identidad». Ello le lleva a prescindir del que *solicita la inscripción del exceso* o de otra posición concreta, centrándose únicamente en la coincidencia entre el titular según el Registro y el titular catastral.

Pero a pesar de estas diferencias con la opinión de LA RICA, tampoco estamos de acuerdo con SANZ FERNÁNDEZ, pues creemos que confunde la *conveniencia* con la *necesidad*. Una cosa es que el Registrador *pueda* apreciar la identidad de la finca, atendiendo a un conjunto de datos y, entre ellos, la titularidad catastral, y otra, que *necesariamente* deba apreciar la identidad de la finca atendiendo al titular y a los linderos. No hay relación *necesaria* entre el dato objetivo de la *identidad de la finca* y el dato subjetivo de la titularidad. Puede estar catastrada la finca a nombre del mismo titular registral y no ser la misma; y puede estar catastrada a nom-

(29) LA RICA Y ARENAL: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*. 2.ª parte: *Modificaciones*, 1949, pág. 366.

(30) SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.* en nota 1, tomo II, pág. 266.

bre de distinto titular o de titular desconocido y ser la misma finca. Por otro lado, los linderos no siempre son decisivos y, en todo caso, olvida otros datos a tener en cuenta para la identificación: nombre de la finca o del paraje, clases de cultivo, existencia de alguna construcción o pared, el plano catastral. Y en cuanto a la titularidad, la identificación no tiene por qué ser necesariamente a través de la coincidencia entre titular registral y catastral: puede estar a nombre del primitivo causante, del adquirente y demás supuestos antes enumerados y, sin embargo, servir de base para una identificación.

e) *Distinta perspectiva de la coordinación Catastro-Registro en uno y otro procedimiento.*—Del anterior examen de las diferencias entre uno y otro procedimiento en relación con los dos aspectos del documento catastral o contributivo y de la titularidad, se desprende la distinta perspectiva que uno y otro ofrecen en relación con la proyectada y nunca concluida ni comenzada «coordinación Catastro-Registro».

Naturalmente, nos estamos refiriendo a manifestaciones parciales y lejanas de coordinación Catastro-Registro, pues, como decimos, ésta no se ha producido todavía.

Pues bien, dentro de estos límites hay que decir que en el procedimiento de la letra C, que muchas veces se cita como exponente de un aspecto de la coordinación, ésta no se manifiesta de una forma adecuada, ya que da un valor excesivo al Catastro en materia de titularidad de los derechos, en contra de las tendencias que dominan en este punto, a saber: que es el Catastro el que debe acomodar sus titularidades a las que constan en el Registro, y no al revés, como hace el número 3.º del artículo 298 del Reglamento. Claro que si el Reglamento prevé tal posibilidad es por razones prácticas, para facilitar la inmatriculación de fincas. Pero como nos centramos ahora en las manifestaciones de la coordinación Catastro-Registro, en este punto diremos que la segunda parte del número 3.º del artículo 298 del Reglamento, a la que se remite la letra C del número 3.º, no responde a los postulados de la misma, pues da un amplio valor a la titularidad catastral.

Por otro lado, en este mismo procedimiento de la letra C en relación con la segunda parte del número 3.º del 298, no aparece como manifestación exclusiva la relación Catastro-Registro, sino que hemos visto que late la idea amplia de la Contribución Territorial, lo que daría lugar a una coordinación con una serie de organismos muy imperfectos como el Avance catastral, amillaramientos, Registro Fiscal.

Por todo ello, hay que concluir que en el procedimiento de la letra C no aparece propiamente ninguna manifestación de la coordinación Ca-

tastro-Registro, y si se estima que hay algún indicio de la misma, ese indicio es totalmente criticable, pues por ahí no se va a ningún sitio.

En cambio, el procedimiento de la letra B puede ser considerado como una «avanzadilla» de la coordinación, si bien de modo incompleto, ya que sólo se refiere a la medida superficial y a la coordinación del Registro con el Catastro, no a la recíproca coordinación del Catastro con el Registro. En cualquier caso, se trata de un *germen de coordinación* que denota buena voluntad por parte del legislador de la materia «registral», que, como decíamos en otra ocasión (31), debería producir reciprocidad en la legislación catastral. Por otro lado, se trata de un germen de coordinación en que, a diferencia del caso anterior, se prescinde de la titularidad catastral, dejando precisamente abierta la puerta para que el Catastro tenga en cuenta la titularidad registral en una futura reforma de su legislación. El Reglamento Hipotecario se centra en la medición catastral de la finca, que es un dato importante a tener en cuenta, dadas las modernas técnicas de medición, cada más más perfectas. Pero, además, señala el requisito que debe apreciar el Registrador de que no haya duda fundada acerca de la identidad de la finca. Este requisito de la identidad, como facultad calificadora del Registrador, es fundamental que se mantenga en todo proyecto de coordinación, e incluso que se desarrolle debidamente, pues la medición catastral puede ser perfecta y, sin embargo, no referirse a la misma finca descrita en el Registro. Esta calificación corresponde al Registrador que es quien responde del tracto sucesivo de las inscripciones, no sólo respecto a la titularidad sino respecto a la identidad de la finca. En este sentido, también merece crítica favorable el Reglamento Hipotecario.

En fin, la letra B, al aludir a «datos catastrales» es lo suficientemente precisa como para excluir los amillaramientos Registrales Fiscales y Avances catastrales, respecto a los que no interesa la coordinación, dado su carácter transitorio y rudimentario. Y por otro lado, comprende los datos catastrales tanto del Catastro Topográfico Parcelario como del Catastro de la Delegación de Hacienda. Lo cual, si bien queda sin desarrollar debidamente, a efectos de coordinación, puede servir de advertencia de que en todo proyecto de coordinación Catastro-Registro no sólo ha de pretenderse la del Catastro Topográfico Parcelario con el Registro, sino la del Catastro de Rústica en relación con ambos, e incluso la del Catastro de Urbana, de lo que ni siquiera se habla todavía.

C) *Matiz diferencial en cuanto al requisito de la identidad de la finca.*—En el último párrafo del número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario se señala como requisito común de los supuestos

(31) En el estudio citado en la nota 16.

A, B, C y D, que no haya duda fundada acerca de la identidad de la finca. De modo que, en principio, hay que hablar de semejanza en este aspecto, antes que de diferencias, pues la identidad de la finca se exige tanto para el procedimiento de la letra B como para el de la letra C en relación con la segunda parte del número 3.º. Pero después veremos que también aquí cabe apreciar un interesante matiz diferencial en uno y otro procedimiento. Antes conviene ocuparse de varios puntos que a continuación se van exponiendo.

a) *El concepto de «identidad de finca»*.—En nuestra opinión, con la referencia a la identidad de la finca en el número 5.º no sólo se pretende evitar que la finca se pueda desfigurar *totalmente*, sino también y sobre todo evitar las desfiguraciones parciales, es decir, cualquier intento de encubrir bajo el manto de una mera rectificación descriptiva de la medida superficial, una verdadera agregación o agrupación de un nuevo trozo de terreno (32). Por tanto, el concepto de identidad de finca significa que la finca ha de continuar siendo exactamente la misma en la línea poligonal de su perímetro o contorno.

b) *La calificación registral de la «identidad de la finca» en los dos procedimientos de inscripción de excesos de cabida*.—Tanto en el apartado B como en el apartado C y número 3.º del artículo 298, para calificar la identidad de la finca hay que contrastar y poner en relación tres tipos de datos descriptivos, a saber: los del folio registral de la finca, los de la nueva escritura que recoge el exceso de cabida y los del documento complementario catastral o fiscal. Precisamente este «tríptico» de descripciones diferencia estos dos procedimientos de los demás, en que sólo hay dos puntos comparativos: la escritura y los asientos del Registro. En cambio, en la letra B del número 5.º y segunda parte del número 3.º aparece ese tercer aspecto que supone la descripción en el documento complementario catastral o fiscal.

He aquí, pues, las tres funciones de la calificación registral en materia de identidad de fincas en los dos procedimientos de inscripción de excesos de cabida que estamos estudiando:

1.ª El Registrador debe apreciar la existencia de identidad *real* entre la finca descrita en el título público inscribible con su exceso de cabida y la finca descrita en el certificado catastral o fiscal aportado, aunque en el aspecto *formal* puedan existir algunas diferencias descriptivas en uno y otro documento.

(32) Señala con acierto estos dos aspectos de la identidad de la finca SANZ FERNÁNDEZ (*ob. cit.* en nota 1, tomo II, pág. 265).

2.^a Debe apreciar también identidad *real* entre la finca descrita en el folio registral sin el exceso de cabida y la que se describe con tal exceso en la escritura objeto de inscripción, aunque en el aspecto *formal* puedan permitirse algunas diferencias descriptivas.

3.^a Debe apreciar, en fin, identidad *real* entre la finca descrita en el folio registral sin el exceso de cabida y la que se describe con mayor superficie en el documento catastral o fiscal, sin perjuicio de que puedan admitirse algunas diferencias de tipo *formal* o descriptivo.

Ahora bien, estas tres manifestaciones de la calificación registral se resumen en dos, pues, la tercera se desprende necesariamente de las dos primeras, ya que la identidad *real* entre la finca descrita en el folio registral y la descrita en la escritura, lleva consigo necesariamente la identidad entre finca descrita en el folio registral y finca descrita en el certificado catastral o fiscal, si se tiene en cuenta que, según el apartado primero, debe existir identidad entre la finca de la escritura y la del certificado. Por ello, seguidamente, nos ocupamos de las dos funciones o manifestaciones de la calificación registral en relación con las tres descripciones existentes.

c) *Identidad entre la finca descrita en el título que recoge el exceso de cabida y la descrita en el certificado catastral o fiscal.*—No se trata en todo caso de que exista «identidad absoluta en las descripciones de título y certificado catastral o fiscal», sino «identidad de finca», a pesar de que una y otra descripción no sean del todo coincidentes.

Naturalmente, la calificación registral vendrá muy facilitada si antes del otorgamiento de la escritura, el Notario ha tenido información de los datos catastrales o de amillaramiento y los recoge en el documento. En tal caso, la escritura guardará un paralelismo con el certificado no sólo en cuanto a la determinación del número de polígono y de parcela, sino en lo referente a los demás detalles descriptivos de superficie, paraje y linderos.

Pero no siempre se procede así en la práctica. Unas veces, el otorgamiento de la escritura no puede esperar a que se aporten los datos catastrales, aunque, ciertamente, esta dificultad podría soslayarse averiguando dichos datos en el Ayuntamiento o Hermandad de Labradores del municipio, sin perjuicio de aportar más adelante el certificado catastral para justificar el exceso de cabida. Otras veces, la descripción catastral o fiscal de la finca, aunque puede servir de base y justificación de un exceso de cabida, no es perfecta en otros aspectos como puede ser lo relativo a linderos o nombre de paraje; e incluso puede suceder que la medición catastral o del amillaramiento no se adapte exactamente a la realidad, aunque cubra y justifique por superación tal superficie real.

En todos estos supuestos, el Notario no recogerá en la escritura que

hace referencia al exceso de cabida todos los datos descriptivos de la certificación catastral o de amillaramiento, haciéndose más difícil la calificación registral de la identidad de la finca, al no existir un paralelismo en las descripciones de uno y otro documento.

Desde una perspectiva muy rígida, podría entenderse que en esos supuestos hay base para tener «duda fundada acerca de la identidad de la finca», con la consiguiente suspensión de inscripción del exceso de cabida.

Sin embargo, creemos que no hay que ser excesivamente tajante exigiendo ese paralelismo absoluto, cuando es sabido que los linderos, e incluso superficie, que constan en datos catastrales o fiscales, no se adaptan en muchas ocasiones a la realidad. Por ello, creemos que algunas coincidencias descriptivas pueden ser suficientes para desvanecer la duda del Registrador. Es más, si la escritura no ha llegado a ser muy explícita, entendemos que puede completarse y aclararse la diferencia descriptiva respecto a la certificación catastral o fiscal, aportándose una instancia conforme al artículo 110 del Reglamento Hipotecario, en la que el interesado debería indicar que se trata de la misma finca, explicando con detalle la razón de ser de las diferencias. Y si el Registrador encontrase satisfactoria la explicación dada en la instancia, quedaría cumplido el requisito de la identidad, máxime teniendo en cuenta que puede comprobar la veracidad de las explicaciones de la instancia por el historial de las fincas colindantes.

Consideración especial merece la falta de paralelismo entre la superficie que consta en el título inscribible y la que resulta del certificado catastral o fiscal. Aquí habrá que distinguir según en este último figure menor o mayor superficie que la declarada en el título.

Es evidente que si en el certificado figura una superficie inferior a la que resulta del título, la inscripción del exceso no puede practicarse por ninguno de los dos procedimientos que estamos estudiando, pues, en definitiva, se trata de exceso de cabida no catastrado ni amillarado. Es discutible si, al menos, podría inscribirse el exceso de cabida en la medida en que queda justificado y cubierto por el dato catastral o fiscal, suspendiéndose la diferencia. Nosotros creemos que si la diferencia de superficie es muy grande, hay base para apreciar falta de identidad de finca o, por lo menos, duda fundada acerca de ello. En cambio, si la diferencia de superficie no es excesiva podría admitirse esa inscripción parcial del exceso de cabida reflejado en el título, siempre que prestase su conformidad el interesado siguiendo los principios que informan el artículo 434 del Reglamento Hipotecario en relación con los supuestos de inscripción parcial del contenido del título inscribible.

Respecto al caso contrario, es decir, si en el certificado catastral

o fiscal figura una superficie aún mayor que la que señala el título, hay que aclarar que el problema no se refiere a la inscripción del mayor exceso que figura en el certificado, pues en ese aspecto no hay exceso de cabida propiamente dicho, dado que éste sólo es el que se declara en un título público inscribible, no en un documento complementario catastral o fiscal, que sólo debe servir de justificante. Lo que cabe discutir únicamente es si se puede inscribir en ese caso el exceso de cabida que recoge el título público inscribible, a pesar de que en el certificado complementario figura una superficie aún mayor. Nosotros creemos que aquí también hay una cuestión de identidad de finca. Por ello, si es muy grande, puede haber base para apreciar duda fundada sobre la identidad de la finca. En cambio, si la diferencia no es excesiva, y se producen otras coincidencias descriptivas, podría inscribirse el exceso de cabida que recoge el título por quedar justificado y comprendido dentro de la superficie que acredita el certificado complementario.

d) *Identidad entre la finca descrita en el Registro y la descrita en el título con un exceso de cabida.*—Una vez comprobada la identidad entre la finca descrita en el título y la que aparece en el certificado complementario, el Registrador debe plantearse la identidad entre la finca descrita en el Registro antes de la declaración del exceso de cabida, y la que se describe en el nuevo título inscribible con la mayor superficie. Las dificultades son grandes, sobre todo en aquellos casos en que el Registro recoge descripciones antiquísimas que no se han renovado ni actualizado en las sucesivas transmisiones. Por ello, hay que proceder también aquí con flexibilidad para no dejar en letra muerta los preceptos reglamentarios que regulan estos procedimientos de inscripción de excesos de cabida. Luego señalaremos el grado de flexibilidad que permite uno y otro procedimiento. Baste ahora destacar que lo que se pretende con este requisito es evitar esos supuestos de agregaciones o agrupaciones efectivas de terrenos colindantes, al amparo de una supuesta rectificación numérica de la superficie. A pesar de que los medios de calificación previstos legalmente son escasos, hay que admitir una cierta amplitud en la función del Registrador, permitiéndose aportar todos aquellos documentos complementarios que puedan dar una explicación de la diferencia de descripciones y justifiquen la identidad de la finca. Tampoco hay que descartar la presentación de una instancia aclaratoria de las diferencias descriptivas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 110 del Reglamento Hipotecario, que si bien no vincula al Registrador, puede servirle de pista para hacer las comprobaciones pertinentes examinando el historial de las fincas colindantes.

Si puede servir de orientación general, diremos que no hay que ate-

nerse rígidamente a los linderos, pues los del Registro pueden estar fosilizados o responder a una diferente orientación, dado que las fincas no suelen estar claramente orientadas en una dirección, pudiendo darse el caso de que donde decía que es el Norte ahora se interprete que es el Este o el Oeste. Lo que sí debe exigirse es un mínimo de coincidencias y una explicación aceptable de las diferencias descriptivas.

En cuanto a la superficie, se trata precisamente del dato que por necesidad no coincide, pues es el que se pretende rectificar con el exceso de cabida, por lo que mal puede servir como dato de identificación. No obstante, creemos que hay más base para dudar de la identidad cuando se trata de excesos de cabida muy desproporcionados, debiéndose mostrar mucho más rígido el Registrador en tales supuestos.

Lo que sí es cierto es que todas estas dificultades desaparecerían si el sistema hipotecario se apoyara en descripciones de planos y no sólo en descripciones meramente literarias. Pero sobre esto ya insistimos en un estudio anterior.

e) *Matiz diferencial en relación con el requisito de la identidad de finca en uno y otro procedimiento de inscripción de excesos de cabida.*—Hasta ahora hemos estudiado aspectos comunes sobre el requisito de la identidad de la finca, que el Reglamento exige tanto en el procedimiento de la letra B como en el de la letra C en relación con la segunda parte del número 3.º del 298.

En este apartado vamos a apuntar una diferencia de matiz o de grado entre uno y otro procedimiento.

Hay que tener en cuenta que el requisito de la identidad de finca ofrece toda la serie de dificultades apuntadas, y bien podría suceder que a pesar de no aparecer dudas fundadas sobre la identidad de finca, luego resultase que el exceso de cabida inscrito no responde a una rectificación meramente numérica, sino a una verdadera agregación o agrupación de terreno colindante.

A la vista de esta posible irregularidad es como se advierte el matiz diferencial en uno y otro procedimiento.

Si como consecuencia de la utilización del procedimiento de la letra B se ha filtrado en el Registro, bajo la apariencia de un simple exceso de cabida, la agregación o agrupación de un terreno colindante que no constaba inmatriculado, la irregularidad producida es grave, pues, en definitiva, el resultado ha sido una inmatriculación de finca sin atenerse para nada a ninguno de los procedimientos inmatriculadores. Esta inmatriculación totalmente irregular no podría quedar convalidada ni siquiera por el transcurso de los diez años de «usucapión secundum tabulas» del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, pues ha habido una omisión total

y absoluta de las normas previstas para la inmatriculación de fincas, por lo que bien podría hablarse de nulidad absoluta de la inscripción del exceso de cabida.

En cambio, supongamos que esa inmatriculación encubierta se ha filtrado a través del procedimiento de la letra C en relación con el número 3.º del artículo 298. Aquí también hay irregularidad, pues no se ha realizado de modo expreso una agregación o agrupación de terrenos, ni se ha inmatriculado previamente el terreno que estaba sin inscribir. Pero la irregularidad no es tan grave como en el caso anterior, pues al menos se han cumplido todos los requisitos del procedimiento inmatriculador, tanto en lo referente al título traslativo como a la publicación de edicto y limitación de efectos respecto a tercero. Por tanto, parece que no hay inconveniente en considerar que se trata de una irregularidad meramente formal, que podría quedar convalidada por el transcurso de diez años, por aplicación de la usucapión *secundum tabulas* del artículo 35 de la Ley Hipotecaria. Incluso antes de ese plazo, a lo más que se podría llegar es a decretar una desagrupación, por no haber cumplido la normativa reglamentaria en relación con la modificación de entidades hipotecarias. Naturalmente, todo ello siempre que no se hubiera producido al mismo tiempo una doble inmatriculación, pues entonces sí que sería grave la irregularidad producida. Entonces el problema sería similar al que plantea la doble inmatriculación en general.

Este matiz diferencial en cuanto a las consecuencias de no atenderse al requisito de identidad de finca, repercuten de alguna manera en la forma de realizar la calificación registral de la identidad de finca en uno y otro caso. Y es que en el procedimiento de la letra B se producen consecuencias más graves si se incumple el requisito de la identidad de finca, a diferencia de lo que se produce en el procedimiento de la letra C.

Precisamente esta diferencia podría explicar que el legislador haya trasladado a los excesos de cabida los procedimientos inmatriculadores, según apuntamos con anterioridad.

Y también se puede explicar esa diferencia en el grado de identidad que el Registrador ha de exigir en uno y otro caso. Teóricamente, no debería haber ninguna diferencia. Pero dadas las dificultades prácticas para apreciar la identidad de finca, conviene insistir en este matiz diferencial. No se trata de aconsejar la despreocupación por el requisito de la identidad en el procedimiento de la letra C, sino de matizar que donde cobra todavía más importancia, *si cabe*, es en el procedimiento de la letra B, pues mientras en aquél existen otras garantías complementarias, en este último, la identidad de finca puede ser la única garantía o fundamento para la inscripción del exceso de cabida.

Por todo ello, desde el punto de vista práctico el procedimiento de

la letra B requiere una perfecta identificación de finca; en cambio, en el procedimiento de la letra C puede haber base para un mayor grado de flexibilidad en la apreciación de las diferencias descriptivas.

En definitiva, se trata de una diferencia meramente práctica y de grado respecto a la apreciación del requisito de la identidad de finca, en uno y otro caso, pues el requisito en sí lo exige el Reglamento Hipotecario tanto para uno como para otro procedimiento de inscripción de excesos de cabida.

CH) *Diferencias entre uno y otro procedimiento por la publicación de edicto.*—Aquí se produce una diferencia fundamental entre uno y otro procedimiento, pues mientras en el supuesto del apartado C se exige publicación de la inscripción de exceso de cabida por medio de edicto, no ocurre tal cosa en el supuesto del apartado B, ya que en el párrafo sexto del artículo 298 del Reglamento Hipotecario sólo se prescribe la publicación del edicto respecto a «las inscripciones practicadas en virtud de los documentos expresados en los cuatro primeros números y en la letra C del número 5.º de este artículo».

Esta diferencia fundamental se puede estudiar distinguiendo varias manifestaciones de la misma, que exponemos a continuación haciendo la comparación pertinente de las distintas exigencias de uno y otro procedimiento:

1.ª En la inscripción de exceso de cabida practicada conforme a la letra C del número 5.º del artículo 298 en relación con la segunda parte del número 3.ª, se expresará que queda pendiente de publicación de edicto. Esto puede hacerse constar en el acta de inscripción, a continuación de la indicación de los preceptos conforme a los que se ha practicado la inscripción. Se trata, pues, de una inscripción condicional, como la inmatriculación practicada al amparo del artículo 205 de la Ley. Hay que advertir que esta pendencia o condicionalidad sólo se predica de la inscripción del exceso de cabida, no de las demás inscripciones que el asiento comprenda. Concretamente, como el vehículo de inscripción del exceso de cabida por este procedimiento es el título traslativo, convendrá una redacción clara del acta de inscripción, para evitar que pueda entenderse que el total contenido del asiento quede pendiente de publicación de edicto.

Por su parte, cuando la inscripción del exceso de cabida se produce conforme a la letra B del número 5.º, no debe constar tal publicación de edicto, que no está prevista reglamentariamente. Aquí la inscripción es firme desde el principio. Por tanto, si por error se expresa en el acta de inscripción que queda pendiente de publicación de edicto, lo proce-

dente, en principio, es rectificar la inscripción, extendiendo otra nueva en la que se omitan esas expresiones relativas al edicto.

2.^a Una vez practicada la inscripción, en el caso de la letra C el Registrador ha de notificar la constancia del exceso de cabida por medio de edicto que se publicará por espacio de un mes en el tablón del Ayuntamiento donde radique la finca.

En cambio, en el procedimiento de la letra B el Registrador no expedirá edicto, pues la inscripción, según hemos dicho, debe quedar firme desde el principio.

3.^a La nota marginal de haberse publicado el edicto sólo interesa, como consecuencia de lo dicho anteriormente, respecto al procedimiento de la letra C y no en el supuesto de la letra B. Sólo podría hablarse de esta nota en el caso de la letra B en la siguiente hipótesis irregular: que se hubiera hecho constar en la inscripción que quedaba pendiente de edicto, y que en lugar de rectificar este error, se hubiera expedido el mismo. Si se presenta cumplimentado el edicto, podría permitirse seguir la corriente al error padecido, dándolo por superado precisamente poniendo la nota marginal de publicación del edicto, con lo que la inscripción devendría firme. Aun así, nosotros preferimos subsanar el error padecido, haciendo una rectificación de la inscripción, con la consecuencia de que ya no se pondría la nota marginal de publicación del edicto, cuando éste se presentare en el Registro, por ser improcedente tal constancia conforme al Reglamento y por no pedirlo tampoco la inscripción ya rectificada.

4.^a Por lo mismo, la nota marginal cancelatoria por falta de presentación del edicto en el plazo de tres meses, sólo debe plantearse en el supuesto de la letra C y no en el de la letra B. Volviendo a esa hipotética irregularidad consistente en haber consignado en la inscripción practicada conforme a la letra B que queda pendiente de publicación de edicto, la solución para el caso de que se presentare el edicto pasado el plazo de los tres meses, no debe ser la cancelación de la inscripción del exceso, sino la rectificación de la inscripción extendiendo otra en su lugar en que no conste tal condicionalidad, con lo que devendría indiferente esa falta de publicación de edicto.

5.^a Precisamente por no tener lugar la publicación de edicto ni la nota marginal acreditativa de tal publicación, en el procedimiento de la letra B, se produce una importante diferencia en materia de honorarios en relación con el procedimiento de la letra C. En este último se devengan honorarios por expedición de edicto (50 ptas.), por la presentación de éste en el Diario y por la nota marginal (núm. 9 del Arancel) y la nota al pie del documento. Todos estos conceptos son improcedentes en el caso de la letra B, lo que determina que este último sea un procedimiento

más asequible al interesado. No obstante, conviene recordar que no siempre puede ser utilizado tal procedimiento. Por un lado, cuando se trate de datos de amillaramiento, avance catastral, Registro Fiscal o nota de iniciación del alta, sólo cabe aplicar el procedimiento de la letra C, aunque sea más costoso. Por otro lado, según la diferencia de matiz que hemos apuntado al tratar de la indentidad de la finca, el procedimiento de la letra B requiere una rigurosa y perfectamente identificación de descripciones de asiento, título y Catastro, por lo que cuando existan diferencias, es más adecuado el procedimiento de la letra C, en el que aparecen otras garantías además de los datos catastrales.

Por tanto, creemos que hay criterios suficientes para aplicar uno y otro procedimiento, sin necesidad de atenerse al criterio de los honorarios. Sin que haya que olvidar tampoco que, en ocasiones, el procedimiento de la letra B es más caro, a saber, cuando debe practicarse una previa inscripción del exceso de cabida, conforme a lo que veremos en el epígrafe siguiente.

Naturalmente, en igualdad de condiciones, debe propenderse a utilizar el procedimiento más económico, pero lo que dudamos precisamente es que se produzca esa «igualdad de condiciones», pues con los criterios apuntados habrá base para aplicar uno y otro procedimiento, según los casos.

D) *Distinta perspectiva del problema de la previa inscripción del exceso de cabida en uno y otro procedimiento en relación con la modificación de entidades hipotecarias.*—I') *El requisito de la previa inscripción en los excesos de cabida en general.*—El artículo 298 del Reglamento Hipotecario dispensa en los procedimientos de inscripción de excesos de cabida del requisito de la previa inscripción, pues comienza diciendo que «con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley podrán inscribirse sin el requisito de previa inscripción» los procedimientos que señala, entre los cuales están tanto la letra B como la letra C del número 5.º del 298.

Esta dispensa del requisito de la previa inscripción en relación con los excesos de cabida tiene varias consecuencias prácticas:

1.ª Que aunque el exceso de cabida se contempla como una rectificación de error en la medida superficial, puede hacerse constar directamente en el Registro en virtud de un título nuevo posterior al ya inscrito, sin necesidad de plantear la cuestión como un error padecido en el título inscrito, que exigiría que los mismos otorgantes rectificaran la medida superficial antes que se inscribiera el nuevo título. No es así, precisamente porque no se exige previa inscripción alguna y ello es

acertado, ya que, en otro caso, se precisaría en muchos casos la rectificación en cadena de todos los títulos anteriormente inscritos.

2.^a Que cuando se trate de título traslativo, no hay necesidad de interpretar que la inscripción del exceso de cabida contenido en dicho título se refiere de modo sucesivo al transmitente y al adquirente, como si se tratase de dos operaciones sucesivas, sino que hay que entender que la inscripción del exceso de cabida opera directamente a favor del adquirente. Naturalmente, cuando el título es declarativo, no hay por qué plantear este problema, pues la declaración parte del propio titular registral, del que no se puede prescindir.

3.^a Que cuando se suspenda o deniegue la inscripción del exceso de cabida solicitada en el título, no es razón suficiente expresar en la nota que así se hace por «falta de previa inscripción del exceso», pues si ésta fuera la única razón, podría alegarse el inciso primero del repetido artículo 298 del Reglamento, que claramente dice que no es necesaria la previa inscripción. El motivo de no inscripción es en el fondo otro distinto: o bien que no se justifica el exceso de cabida con los requisitos que el Reglamento exige o que no existe identidad de finca. Claro que en realidad, eso es lo que quiere decirse en la práctica registral cuando se pone una nota en aquellos términos. Pero, aunque se quiera decir, no se dice y supone cierta imprecisión que podría evitarse meditando sobre el párrafo inicial del artículo citado, pues en otro caso podría inducir a alguna confusión al interesado que pretendiera subsanar el defecto de previa inscripción (32 bis).

Estas consecuencias lo mismo se producen en el procedimiento de la letra B que en el de la letra C, por lo cual, parece como si estuviésemos exponiendo la similitud de ambos procedimientos, en lugar de sus diferencias.

A pesar de todo, hay matices distintos que se concretan así:

1.^o El artículo 298 del Reglamento emplea el verbo «podrán» al referirse a la dispensa de previa inscripción. Por tanto, no es que esté prohibido pretender una previa inscripción del exceso de cabida. Lo único que dice el Reglamento en su primer párrafo es que resulta innecesaria.

Pues bien, vamos a suponer en un caso de título traslativo conteniendo

(32 bis) Esto que se dice respecto a las notas al pie del título y al margen del asiento de presentación, sería igualmente aplicable a la referencia que en el asiento de inscripción se suele hacer a la suspensión de la inscripción del exceso de cabida, si no fuera porque nosotros entendemos que en el asiento de inscripción sólo hay que recoger la superficie realmente inscrita, guardando silencio respecto a la suspensión o calificación negativa, pues el asiento idóneo para esto sería una anotación preventiva de suspensión o una mención si este tipo de asientos se admitiera. Claro que un caso especial es el de venta con precio por unidad de medida.

do exceso de cabida, que el adquirente quiere que se practique la previa inscripción a nombre del transmitente, o que éste otorgue previamente un título declarativo inscribible del exceso de cabida. Esta previa inscripción «*facultativa*» sólo es posible en el supuesto de la letra B y no en el de la letra C, pues en esta última, el requisito del título traslativo exige contemplar el exceso de cabida en la estación de llegada y en su momento final, que es cuando termina el trayecto del título traslativo. Claro que todavía podría soslayarse el problema aportando el título previo traslativo ya inscrito, otorgando la correspondiente rectificación los que entonces intervinieron. Pero aun así, la aplicación del procedimiento de la letra C en relación con la segunda parte del número 3.º podría ser difícil, ya que se exigiría justificar que el exceso de cabida figuraba en Contribución a nombre del primitivo transmitente.

Todo lo cual demuestra que existe otra diferencia de matices en uno y otro procedimiento, a efectos del requisito de la previa inscripción, pues, mientras la letra B admite el fácil cumplimiento de ese trámite *potestativo* (ya que no es requisito, al estar dispensado), la letra C es, en principio, totalmente extraña a esa previa inscripción.

En definitiva, la previa inscripción *no es un requisito* en ninguno de los dos procedimientos, pero es *un trámite potestativo* en el caso de la letra B y es *un obstáculo difícil* de salvar en el caso de la letra C.

2.º Pero no se trata sólo de ese matiz ciertamente tenue, pues la previa inscripción en relación con los excesos de cabida, no consiste únicamente en un trámite que aparece dispensado, sino que cabe contemplarla también como un trámite obligado para poder inscribir las modificaciones de entidades hipotecarias cuando esté agotada la superficie de la finca matriz. Desde esta perspectiva, ya no se trata de la previa inscripción en relación con una posterior inscripción de un exceso de cabida en el mismo folio, que como hemos dicho, está dispensada por el párrafo primero del artículo 298, sino que se trata de la previa inscripción del exceso de cabida en la finca matriz como requisito obligado para poder inscribir una modificación hipotecaria de dicha finca. Aquí aparece el exceso de cabida como requisito de previa inscripción de otras operaciones. Pues bien, a este otro efecto, las diferencias entre el procedimiento de la letra B y el de la letra C pueden ser importantes, hasta el punto de que, mientras la letra B no plantea ningún problema respecto a esa previa inscripción del exceso de cabida en la matriz, la letra C con su vehículo del título traslativo no siempre resulta aplicable, o, por lo menos, plantea unas dificultades de técnica registral que no tiene el procedimiento de la letra B.

Pero procede distinguir las diferentes clases de modificaciones de entidades hipotecarias, dado que las dificultades y soluciones en relación

con este problema de la previa inscripción del exceso de cabida son muy distintos en cada caso.

II'') *Prevía inscripción de excesos de cabida con motivo de segregaciones.*—Aquí es donde se plantea «al' rojo vivo» el problema de la previa inscripción del exceso de cabida de la finca matriz.

Hay que distinguir varias hipótesis, pero puede adelantarse como referencia general, que el procedimiento de la letra B está muy bien indicado para practicar esa previa inscripción del exceso de cabida en la finca matriz, ya que ésta se basa en la *declaración* del titular registral, acompañada o no de transmisiones sucesivas de partes de la finca, y resulta que el título declarativo cabe perfectamente dentro de la letra B, según intentamos demostrar antes. En cambio, la aplicación del procedimiento de la letra C está erizada de dificultades, por exigir título traslativo de la finca cuyo exceso se declara y en estos casos no se produce transmisión de la matriz, sino, a lo sumo, de las resultantes de la misma. No obstante, intentaremos dar alguna solución para cada uno de los supuestos que a continuación exponemos.

A') *Escritura de segregación con previa declaración de un exceso de cabida en la finca matriz.*—Se trata de una escritura en cuya parte expositiva se describe la finca matriz declarando el exceso de cabida que resulta de su medición catastral, procediéndose, sobre esa base descriptiva, a segregar una parcela de la misma con la consiguiente descripción del resto que resulta de la segregación y de la nueva medición practicada en la matriz.

Las diferencias entre el procedimiento de la letra B y el de la letra C en este caso consisten en que no hay posibilidad de aplicar el último de ellos, por no producirse ninguna transmisión y ser esencial en la letra C el título traslativo.

Por tanto, tendrá lugar la aplicación del procedimiento de la letra B si se cumplen los requisitos del mismo, especialmente la aportación de datos catastrales en sentido estricto, acreditativos de la nueva superficie de la finca matriz y, además, que no haya duda fundada acerca de la identidad de la finca matriz descrita en el Registro en relación con la que se describe en la escritura y en el certificado catastral. La inscripción del exceso de cabida se practicará en el folio de la finca matriz en base a la declaración de su titular con los justificantes indicados y como inscripción previa de la de segregación y de la determinación del resto en la nota marginal.

Caso de no cumplirse alguno de los requisitos del procedimiento de la letra B, habría que utilizar otro procedimiento, pero no el de la letra C,

del que debe prescindirse por la razón dicha. Otra solución sería prescindir de la previa inscripción del exceso de cabida en la finca matriz, siempre que estén conformes los interesados y siempre que la segregación no exceda de la superficie inscrita. Acerca de esta posibilidad nos remitimos a lo que expondremos en seguida en relación con los demás supuestos.

B') *Escritura de segregación y transmisión del resto, no de la parcela segregada, con previa declaración de un exceso de cabida en la finca matriz.*—También aquí es perfectamente posible practicar la previa inscripción del exceso de cabida en el folio de la finca matriz, antes de las operaciones de segregación y de transmisión de resto, a base de utilizar el procedimiento de la letra B si es que se cumplen todos los requisitos del mismo.

En cambio, no es posible practicar esa previa inscripción del exceso en la matriz a través del procedimiento de la letra C, pues no existe título traslativo de la totalidad de la finca, sino sólo del resto que queda después de una previa operación de segregación.

Ahora bien, podría todavía utilizarse el procedimiento de la letra C si se prescinde de la previa inscripción del exceso antes de la segregación y se inscribe éste con posterioridad a la segregación con motivo de la transmisión del resto de finca matriz, pues respecto a este resto sí existe título traslativo. Pero esta solución sólo es posible si la parcela segregada no excede de la superficie que según el Registro tiene la finca matriz, pues en otro caso no cabe prescindir de esa previa inscripción del exceso de cabida como requisito de la posterior segregación, y la misma tendría que practicarse en base a la *declaración* del titular registral, título declarativo que no basta a efectos del procedimiento de la letra C. Además, aun en el supuesto de que la parcela segregada cupiese dentro de la superficie inscrita, habría que contar con la conformidad de los interesados para concentrar la inscripción del exceso de cabida exclusivamente en el resto que se transmite, pues se produce la consecuencia práctica de que la publicación de edicto y suspensión de efectos respecto a tercero afectarían exclusivamente y de modo íntegro al resto de finca y no a la segregación, lo que conviene consultar por si no interesase al titular del resto.

C') *Escritura de segregación y transmisión simultánea de parcela segregada y del resto de finca, previa declaración de un exceso de cabida en la matriz en la parte expositiva.*—Nuevamente tenemos que empezar el estudio de este supuesto diciendo que el procedimiento de la letra B no ofrece ningún inconveniente para ser aplicado respecto a la previa inscripción de la declaración de exceso de cabida en la finca matriz.

Sucesivamente se inscribirán las restantes operaciones de segregación, descripción de resto y transmisión de ambas entidades.

En cuanto a la aplicación del procedimiento de la letra C existen obstáculos de tipo formal para esa previa inscripción del exceso en la matriz, a pesar de lo cual creemos pueden ser superados precisamente por tratarse de obstáculos meramente formales. El obstáculo principal es que la finca matriz no se transmite como una unidad. Ahora bien, el título traslativo que se exige para el procedimiento de la letra C no requiere esa unidad, sino que basta que la transmisión afecte a la totalidad de la finca, aunque ésta se transmita por partes cuando ya no es propiamente tal, sobre todo si esa transmisión se realiza en la misma escritura. Se transmite en la misma escritura la totalidad del terreno, sólo que ello ocurre cuando la finca matriz ha sufrido la transformación de quedar convertida en una parcela segregada y resto. No creemos que esta diferencia sea de entidad suficiente para impedir la aplicación del procedimiento de la letra C, sino que hay que dar por cumplido el requisito del título traslativo. Otro obstáculo de tipo formal es de técnica registral y consiste en lo siguiente: la operación de segregación requiere que previamente se practique la previa inscripción del exceso en la finca matriz; por otro lado, la transmisión se produce una vez realizada la segregación; y resulta que para practicar esa previa inscripción se requiere el título traslativo. Es decir, no es sólo que la transmisión se produzca por partes, sino que se produce con posterioridad al momento en que hay que realizar la previa inscripción del exceso de cabida. Parece un «callejón sin salida» en que el gato se muerde la cola. Pero tampoco este obstáculo es de entidad suficiente para impedir la aplicación del procedimiento de la letra C, pues cuando la previa inscripción del exceso de cabida se va a practicar en el Registro, ya consta realizada la transmisión, con lo que desaparece ese obstáculo de tipo temporal, quedando únicamente el problema de encontrar una fórmula adecuada para reflejar la situación en el folio registral. Para ello, creemos que la previa inscripción del exceso de cabida en la matriz, en el caso de utilizar el procedimiento de la letra C en relación con la segunda parte del número 3.º del artículo 298 del Reglamento, aludirá a la transmisión que tiene lugar en la misma escritura de la finca segregada y del resto, aunque ello suponga algo de «futurismo» dentro de la técnica del folio registral de la finca matriz. Y es que ya hemos dicho que ese «futurismo» se sabe ya de antemano que es «presente», a pesar de que el reflejo efectivo de tales operaciones sea posterior a esa previa inscripción del exceso. Pero la alusión a las transmisiones que tienen lugar la consideramos necesaria para que quede claro que se ha utilizado el procedimiento de la letra C por entender cumplido el requisito del título traslativo. Un último pro-

blema es el de la titularidad del exceso de cabida consignado en esa previa inscripción. Sabemos que las inscripciones basadas en un título traslativo determinan una titularidad a favor del adquirente, y en cambio, en este caso, la inscripción se practicará a favor del titular registral de la finca matriz, que no es el adquirente sino el transmitente, pues estamos en el estadio registral previo a la constancia de transmisiones. Aun así, se debe salvar también este obstáculo, practicando la inscripción del exceso de cabida a nombre del titular registral como previa a las operaciones de segregación y transmisión que comprende el mismo título.

Naturalmente, todos estos obstáculos de técnica registral no existen si la previa inscripción del exceso de cabida se practica conforme a la letra B, que ya hemos dicho no exige título traslativo. Por eso, consideramos preferible la utilización de la misma. Pero también pensamos que se trata en este supuesto de simples obstáculos formales o de mera estética registral, no de carácter sustantivo, y por ello, hemos defendido la aplicación del procedimiento de la letra C, caso de no poder ser aplicado el de la letra B.

También en este caso, podría ser aplicable el procedimiento de la letra C, no ya sólo en relación con la previa inscripción del exceso de cabida en la finca matriz, sino a base de prescindir de la misma, centrandó la inscripción del exceso en la transmisión del resto de finca matriz. Para ello se deben dar los requisitos examinados en el supuesto anterior, es decir, que la parcela segregada no exceda de la superficie inscrita de la matriz y que los interesados consientan en que quede afectado exclusivamente el resto por el requisito de la publicación de edicto y por la suspensión de efectos respecto a terceros.

D') *Escritura de segregación y transmisión de la parcela segregada, no del resto, con previa declaración de un exceso de cabida en la finca matriz.*—En este supuesto se produce un serio obstáculo para la aplicación del procedimiento de la letra C, que no es meramente formal, sino sustantivo, y consiste en que falta el requisito del título traslativo de la finca en la que se pretende inscribir el exceso de cabida. Solamente se transmite la parcela segregada, es decir, una parte de la finca matriz y esto no es suficiente para entender cumplido el requisito del título traslativo. Al menos en el supuesto anterior se transmitía la totalidad del terreno y sólo existían obstáculos formales o técnicos. Pero es que en este caso, falta la transmisión de la parte principal, que da lugar a que no pueda hablarse de *título traslativo de la finca matriz*, y que impide aplicar el procedimiento de la letra C.

En cambio, el procedimiento de la letra B tiene plena aplicación por la repetida razón de que no necesita título traslativo, sino que permite

apoyarse en la mera declaración previa del exceso de cabida realizada por el dueño en la parte expositiva de la escritura antes de efectuar la segregación y transmisión de la parcela segregada.

Ahora bien, vamos a suponer que no se cumplen los demás requisitos que exige el procedimiento de la letra B, por no tratarse de datos catastrales en sentido estricto o tener que ser más rígidos en lo relativo a la identidad de la finca. Entonces, tendrá que intentarse la inscripción a través de otros procedimientos, que en último término sería el expediente de dominio.

A pesar de todo, no nos resistimos a dejar así las cosas en relación con el procedimiento de la letra C, y vamos a examinar varias posibles soluciones para no tener que acudir a esos otros procedimientos más complicados, advirtiendo que algunas de las que a continuación señalamos las rechazamos de antemano:

Solución a): ¿Inscripción del exceso de cabida en el folio de la finca segregada que se transmite?—Esta solución es inadmisble por varias razones. En primer lugar, el exceso de cabida se declara respecto a la finca matriz que es la que resultaba erróneamente medida con anterioridad. La finca segregada es una entidad nueva que se mide ahora por primera vez y resulta un contrasentido decir que tiene una medida según los datos que resultan de la superficie inscrita y otra superficie mayor según la reciente medición. Por tanto, no cabe hablar de exceso de cabida en relación con la finca segregada. Pero vamos a suponer que se pretende la aplicación de una proporción aritmética diciendo que del total exceso de cabida asignado a la finca matriz, debe corresponder proporcionalmente a la parcela segregada un exceso de cabida equis, que es el que se solicita inscribir por el procedimiento de la letra C en el folio de la finca segregada al existir *título traslativo* de la misma. Aparte de que sería un exceso de cabida parcial y artificiosamente obtenido, no sería admisible esta solución, ya que lo impide la naturaleza de la operación de segregación. Esta exige previa inscripción de superficie en la finca matriz, pues se da una correlación entre superficie segregada y superficie del resto que ésta sí que es aritmética de modo que la suma de ambas superficies cubra el total asignado a la finca matriz. El artículo 47 del Reglamento Hipotecario se refiere a la segregación procedente de una finca *inscrita* y ésta sólo lo está *de modo completo* cuando consta su total superficie. Si se admitiera la inscripción del exceso de cabida en la finca segregada, resultaría que en parte es segregación de finca *inscrita* y, en parte, es segregación de *superficie no inscrita*. Esto puede producir confusionismo, sobre todo dada la importancia que para la delimitación de la finca tiene la medida superficial en materia de segregaciones.

Del examen de la jurisprudencia de la Dirección General se desprende también el rechazo de esta pretendida fórmula.

La resolución de 23 de mayo de 1944 contempla el supuesto de finca matriz cuya superficie había quedado agotada por la inscripción de segregaciones anteriores, pretendiéndose la inscripción de otra parcela segregada, sin que constara la inscripción previa del exceso de cabida en la finca matriz. No se trata de un caso en que el interesado pretendiera inscribir el exceso de cabida en el folio de la parcela segregada, sino que solicitó la previa inscripción en el folio de la finca matriz, no obstante lo cual, exponemos el segundo Considerando de la resolución como exponente de que no cabe inscribir la superficie segregada sin constar previamente inscrito el exceso de cabida en la matriz: «Considerando, respecto a la primera cuestión (única que ahora nos interesa), que una vez extendidas las inscripciones de los títulos de compraventa, contra las cuales nada puede decirse en este recurso gubernativo, a favor de....., la superficie de la finca primitiva aparece completamente agotada en el Registro de la Propiedad, por cuya circunstancia sólo podrá procederse a la inscripción de la parcela segregada y vendida si se inscribe con anterioridad el exceso de cabida a favor de la Entidad que fue titular de la finca matriz.»

Ante esta lógica necesidad de previa inscripción del exceso en el folio de la finca matriz, no comprendemos bien la afirmación de LACRUZ-SANCHO de considerar «completamente chocante» que se niegue el acceso al Registro a fincas suficientemente delimitadas por no tener ni un triste metro cuadrado que ponerles dentro. Nosotros creemos que se trata de un resultado «completamente normal», dada la técnica de la segregación y el mismo principio de tracto sucesivo aplicado a la modificación de entidades físicas (33).

A ROCA SASTRE tampoco le parece chocante esta doctrina, sino que considera de «pura lógica» el principio de previa inscripción del exceso de cabida en la matriz, y aplicable, además, por analogía lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria (34).

Otra resolución que confirma la imposibilidad de aplicar el procedimiento de la letra C para inscribir excesos de cabida en el folio de la finca segregada es la resolución de 16 de julio de 1956, si bien contempla el caso de exceso de cabida de la propia finca segregada, pero declarado en una escritura posterior a la de segregación. La resolución advierte de las precauciones que hay que tomar cuando se pretenda registrar el exceso de cabida de finca que fue segregada de otra, la cual, al tener cabida necesariamente determinada parece que no admite la posibilidad

(33) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.* en la nota 10, pág. 87, nota 4 a pie de página.

(34) ROCA SASTRE, *ob. cit.* en la nota 2, tomo II, pág. 502.

de error de su superficie. La resolución admitió en el caso concreto la inscripción del exceso de cabida, pero es porque se había seguido otro procedimiento de más garantías que el que ahora estudiamos.

CÁNOVAS COUTIÑO, al comentar esta resolución, dice que la medida superficial es de esencia vital en las segregaciones, y, por tanto, su constancia, su expresión en los libros registrales debe ser inmovible (35).

Y ROCA SASTRE tampoco admite el exceso de cabida de finca segregada «a no ser que éste sea resultado de una posterior accesión natural o de deslinde, o que se trate de una porción de finca discontinua» (36).

Nosotros creemos que también cabe la inscripción del exceso de cabida de finca segregada utilizando un procedimiento de las máximas garantías como es el expediente de dominio o el acta de notoriedad.

Pero lo que queremos recalcar con la cita de esta resolución es que no cabe inscribir excesos de cabida en el folio de la finca segregada por el procedimiento del título traslativo de la letra C del número 5.º del artículo 298 en relación con la segunda parte del número 3.º No sólo con ocasión de un título traslativo posterior a la segregación practicada, sino tampoco con ocasión del mismo título que motiva la segregación.

Sin embargo, hay algún caso excepcional de segregación en que por la naturaleza singular de la misma queda justificado que se pueda hacer constar la inscripción del exceso de cabida en el folio de la finca segregada. Esto ocurre en el caso de finca matriz formada por suertes de terreno discontinuas o perfectamente delimitadas como cuerpo cierto por sus linderos dentro de la finca matriz, si se segrega alguna de dichas suertes expresando un exceso de cabida respecto a las mismas. Aquí se sabe con toda seguridad, por la descripción que resulta del propio Registro, que el exceso de cabida sólo afecta a la porción segregada y no a las restantes porciones, por lo que no se dan las razones que impedían como regla general la inscripción del exceso de cabida en el folio de la finca segregada. En estos supuestos excepcionales, la inscripción del exceso de cabida puede tener lugar en el mismo momento de practicar la segregación o en base a un título posterior relativo a la misma. En ambos casos, será posible aplicar el procedimiento de la letra C si se produce la transmisión de esa parcela perfectamente determinada y se cumplen los demás requisitos del procedimiento.

*Solución b): ¿Prevía inscripción en la matriz de un exceso de cabida parcial y proporcional a la parcela segregada transmitida?—*Tratando de encontrar una vía para poder aplicar el procedimiento de inscripción de

(35) CÁNOVAS COUTIÑO, comentario en *R. C. D. I.*, 1957, pág. 265.

(36) ROCA SASTRE, *ob. y tomo cit.*, pág. 501.

excesos de cabida del título traslativo de la letra C, podemos plantear esta segunda solución sólo a efectos dialécticos, pues hay que rechazarla terminantemente sin que sea admisible ni siquiera en casos excepcionales, a diferencia de la fórmula anterior.

Para su exposición, hay que partir de una base ya conocida: que el procedimiento de la letra C exige título traslativo y que en el supuesto de transmisión de finca segregada, falta el título traslativo de la totalidad de la matriz. Pero, aun así, podría entenderse que existe, al menos, título traslativo de una parte de la finca matriz, lo que daría base para reflejar en el folio de la misma el exceso de cabida proporcional a la superficie transmitida. Es la misma idea que domina en la anterior solución a) sólo que la constancia del exceso se hace en el folio de la finca matriz, en lugar de hacerlo en el folio de la finca segregada. Pero precisamente por participar de la misma idea hay que rechazarla. Y es que no hay ningún exceso de cabida referente a la finca segregada, por lo cual no puede pretenderse encontrar la proporción de algo que es inexistente. El exceso de cabida hay que concebirlo como algo unitario: es una rectificación de la medida superficial de la matriz para acomodarla a la que realmente tiene. No se trata de una operación aritmética artificiosa para facilitar posteriores operaciones de segregación. Es algo «real» que no puede ser reconducido a ficticias operaciones aritméticas.

Pero no sólo tiene el mismo obstáculo que la fórmula anterior, sino que tropieza con una mayor dificultad. Al menos la fórmula a) antes estudiada seguía una lógica: la de recoger el exceso de cabida en el folio de la finca en la que entendía se producía el mismo. En cambio, la fórmula que ahora estudiamos da un salto atrás al querer traducir en números, en la finca matriz, el exceso correspondiente a la porción segregada transmitida; salto atrás que, además, es en el vacío, pues la finca matriz, como tal, no se transmite; luego, no hay base para reflejar esa fría operación aritmética en el folio de la misma.

A título de curiosidad, exponemos un ejemplo de cómo habría que aplicar esta solución en los libros registrales. Supongamos que la finca matriz mide quince hectáreas en lugar de las diez que figuran en el Registro, justificándose aquella superficie por alguno de los certificados que resultan de la segunda parte del citado número 3.º Ahora imaginemos que en la misma escritura se segrega y transmite una porción de una hectárea y media (1,50 Has.). El exceso de cabida de cinco hectáreas no puede hacerse constar por el procedimiento de la letra C por faltar título traslativo de la finca matriz. Ahora bien, existe título traslativo de una porción que, según la misma escritura de transmisión, formaba parte de la matriz. Luego existe título traslativo de una parte de la matriz (?). ¿Y cuál es el exceso de cabida correspondiente a esa parte transmitida?

Si en quince hectáreas el exceso es de cinco, en una hectárea y media el exceso será de media hectárea. Por tanto, en el folio de la finca matriz y como operación previa a la segregación, se reflejaría en una inscripción el exceso de cabida de media hectárea, proporcional al título traslativo de la parte que se segrega en la misma escritura. En sucesivas operaciones de segregación y transmisión se continuarían las inscripciones previas en el folio de la finca matriz de excesos de cabida proporcionales, hasta llegar a la transmisión de la totalidad.

Basta este ejemplo, aparte de todo lo dicho, para comprender que se trata de una solución artificiosa, formalista y basada en un juego de números, meramente imaginativa, sin valor alguno.

Solución c): ¿Prescindir de momento de la previa inscripción del exceso de cabida?—Desde esta perspectiva se prescindiría de momento de la previa inscripción del exceso de cabida en la matriz, remitiendo a un momento ulterior la aplicación del procedimiento de la letra C, al momento en que se fuera a transmitir el resto.

Como se desprende de lo que dijimos antes, esta solución sólo es factible cuando la finca matriz tiene una cabida suficiente, según el Registro, para que quepa dentro de ella la segregación correspondiente.

Por ello, hay que distinguir tres casos:

a') Si la parcela segregada es de superficie *inferior* a la que según el Registro tiene la matriz, es posible inscribir la segregación, aunque no se inscriba previamente el exceso de cabida de la matriz. Ahora bien, como con esta solución puede salir perjudicado el titular del resto, resulta necesario contar con su conformidad para que se pueda reflejar en el Registro un resto de superficie inferior al que arroja la nueva medición declarada en la escritura con carácter previo a la segregación. Podría valer aquí lo que establece el párrafo segundo del artículo 434 del Reglamento.

b') Si la parcela segregada es de superficie *idéntica* a la que según el Registro queda en la matriz, no hay obstáculo para inscribir la segregación, pues cabe exactamente dentro de la superficie de la matriz. Pero como deja en «cero» dicha superficie del resto podría dudarse acerca de si es procedente esa solución. Nosotros creemos que sí, a pesar de esa dificultad. Ciertamente, la naturaleza de la segregación implica dejar un resto. Pero en este supuesto, lo que queda en «cero» es la superficie del «resto», no el resto en sí. Queremos decir que no se produce el cierre del folio registral de la matriz, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de división, sino que queda pendiente de revitalización para cuando se justifique el exceso de cabida. El folio registral de la matriz queda en una situación interina de aletargamiento hasta

que pueda utilizarse el procedimiento adecuado. De momento, el titular del resto desaparece como titular registral al no tener ninguna base física en que apoyar su derecho. Pero volverá a aparecer cuando obtenga la inscripción del exceso de cabida, pues ya queda dicho que no hay en este caso cierre registral. Naturalmente, lo deseable es que no se produzca este resultado de dejar sin base física al resto, pues la base jurídica desaparece, aunque sea transitoriamente. Pero si el titular del resto consiente en este resultado, no vemos ningún obstáculo para que se pueda inscribir la segregación. Lo que sí hay que advertir, dado el fulminante efecto para el resto, es que no basta aquí la aplicación del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, o sea, la conformidad del presentante, sino la del propio titular del resto. No obstante, no se trata del consentimiento cancelatorio del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, sino de una conformidad más bien relacionada con el principio de rogación, pues no se cancela ningún asiento, sino que la finca queda provisionalmente sin base física en espera de esa posible revitalización.

c') Si la parcela segregada es de superficie *mayor* que la que según el Registro tiene la matriz, no es posible inscribir la segregación sin hacer la previa inscripción del exceso de cabida, conforme al principio de previa inscripción aplicado a las segregaciones por la doctrina y jurisprudencia antes citadas. Lo que podría discutirse es si, al menos, es inscribible *en parte* la parcela segregada en la medida en que quepa dentro de la superficie inscrita de la matriz. Nosotros creemos que esta inscripción parcial no es factible, dada la importancia que tiene la medida superficial de la finca en las segregaciones, hasta el punto de que la parcela no queda delimitada exclusivamente por sus linderos, sino que es esencial aquel otro dato para evitar confusionismos respecto a la finca matriz y para concretar la parcela segregada. Por ello, sólo cabe esa inscripción parcial en los casos excepcionales ya citados en que la parcela segregada es un cuerpo cierto dentro de la propia finca matriz. Esta solución la impone, en definitiva, el principio hipotecario de especialidad o determinación.

Solución d): ¿Prevía inscripción del exceso total de la finca matriz en base a la transmisión de una cuota indivisa de la misma que luego se concreta en una parcela concreta segregada?—Esta solución es una última salida para crear un título traslativo de la finca matriz y hacer con ello posible la previa inscripción del exceso de cabida en la misma por el procedimiento de la letra C.

No obstante, ofrece alguna dificultad de tipo fiscal, que ahora señalaremos, por lo que sólo la patrocinamos cuando no haya otra solución para inscribir la segregación.

Para que sea posible esta fórmula es necesario que la escritura se haya otorgado pensando en la misma. De modo que no es una fórmula para solucionar un obstáculo registral a una escritura de segregación corriente, sino que se trata de fomentar previamente el otorgamiento del título en un determinado sentido.

Partiendo de que se pretende segregar y transmitir una determinada parcela de la finca matriz, se formalizaría en la escritura no la transmisión de la parcela segregada, sino la transmisión de una participación indivisa de la finca matriz con declaración del exceso de cabida correspondiente a la totalidad. En la misma escritura, transmitente y adquirente otorgarían la extinción de comunidad a base de segregar de la matriz la parcela equivalente a la cuota indivisa transmitida, que se adjudicaría al últimamente citado.

Pues bien, ante esta escritura procedería practicar la inscripción del exceso de cabida en la finca matriz con motivo de la transmisión de una participación indivisa de la misma. Hay que tener en cuenta que puede aplicarse el procedimiento de la letra C, pues se produce un título traslativo de la totalidad de la finca, ya que la cuota no es objeto de derecho ni de transmisión, según la teoría que nos parece más acertada (teoría de la propiedad plúrima total), sino que es simplemente la medida del derecho, lo que significa que el titular de una cuota indivisa ostenta un derecho sobre la totalidad de la finca (sobre todas las «moléculas» de ella), sólo que en la medida de la cuota, y cuando se transmite una cuota indivisa de finca, en realidad es objeto de transmisión la totalidad de la finca, aunque en la medida de la cuota, para evitar el *bellum omnium contra omnes* en la relación interna de comuneros (37). Por tanto, según esta teoría, la transmisión de una participación indivisa de finca supone un título traslativo de la finca y no de una parte de ella, y da base para aplicar el procedimiento de la letra C en relación con el exceso de cabida de la finca matriz.

A continuación se inscribiría la extinción de comunidad y la segregación de la parcela correspondiente que se adjudicaría al comprador de la participación indivisa. El resto se adjudicaría al titular de la matriz.

Pero esta fórmula, que teóricamente es admisible, puede dar lugar a mayores gastos a cargo del interesado, lo que determinará probablemente que quede como una solución de laboratorio, no aplicada en la práctica.

Los mayores gastos consisten, aparte de los honorarios de Notario y Registrador por el concepto de extinción de comunidad, en la liquida-

(37) Véase sobre la naturaleza de la cuota indivisa, el libro de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, especialmente págs. 170 a 175.

ción del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales por ese mismo concepto. A tal efecto hay que distinguir según se trate de transmisiones gratuitas u onerosas: en las primeras, el gasto es menor, pues sólo hay que liquidar la disolución de comunidad al tipo del 0,55 por 100 sobre el valor de la matriz, aparte de la liquidación de la transmisión y de la segregación; en las segundas, el gasto es mayor, pues el tipo aplicable a la disolución de comunidad es el 1,90 por 100, aparte de las restantes liquidaciones de segregación y transmisión.

A la vista de cada caso, los interesados decidirán si supone mayores gastos este procedimiento o el expediente de dominio. Naturalmente, lo deseable sería aplicar el procedimiento de la letra B del número 5.º del artículo 298 u otro de los previstos en este artículo, pero hemos imaginado que no fuere posible aplicar estos procedimientos ordinarios dejando frente a frente la fórmula excepcional reseñada, que permitiría la aplicación del procedimiento de la letra C y el expediente de dominio, que también da lugar a bastantes gastos y dilaciones.

III') *Previa inscripción de excesos de cabida con motivo de agregaciones.*—Los problemas que aquí se plantean tienen dos vertientes: por un lado, puede tratarse de un exceso de cabida de la finca de la que se va a segregar la parcela y, por otro lado, está el exceso de cabida que se declara respecto a la finca a la que se va a agregar dicha parcela. Para lo primero vale todo lo que hemos dicho a propósito de las segregaciones; para lo segundo hay que distinguir según se verifique o no una transmisión previa de la finca matriz antes de operar la agregación, pues ya sabemos que sólo cuando existe título traslativo cabe aplicar el procedimiento de la letra C.

Lo normal en estos casos es que sólo se transmita la parcela agregada, no la finca matriz a la que se agrega. Y entonces, los excesos de cabida que se hayan declarado de las fincas matrices previamente a la agregación no son inscribibles por el procedimiento de la letra C, por la razón que se acaba de indicar. En cambio, podrá aplicarse el procedimiento de la letra B si se cumplen los restantes requisitos del mismo, pues en él es indiferente el título traslativo o declarativo.

El supuesto más complejo y matizado es el siguiente: declaración de exceso de cabida en las dos fincas matrices y agregación de una parte de ellas a la otra. Ejemplo: de una finca, que llamaremos «A», cuya cabida es de diez hectáreas, se declara un exceso de cabida de cinco hectáreas y se segrega de ella una parcela de tres hectáreas, que se transmite, agregándola el adquirente a otra finca de su propiedad, que llamaremos «B», previa declaración en ésta de otro exceso de cabida de cinco hectáreas, y como según el Registro medía también diez hectáreas, la

nueva medición practicada arroja 15 hectáreas (como la finca «A»), que con la agregación de tres hectáreas son, en definitiva, 18 hectáreas. Obsérvese que en este ejemplo la agregación de tres hectáreas sólo es posible si se inscribe previamente el exceso de cabida de cinco hectáreas en la finca «B», pues en otro caso no se cumpliría el requisito de no exceder la parcela agregada de la quinta parte de la superficie inscrita. En cambio, la previa inscripción del exceso de cabida en la finca «A» no es estrictamente necesaria mientras no se agote la superficie de la misma.

En este supuesto, no cabe aplicar el procedimiento de la letra C, pues no se transmite ninguna de las fincas, ni la A ni la B. En cambio, podría ser aplicado el procedimiento de la letra B. Para aplicar aquel procedimiento sería necesario imaginar otro supuesto aún más complicado: que fuera objeto de transmisión no sólo la parcela que va a ser agregada, sino también la finca «B», previamente a la agregación.

Otros supuestos son más simples, bien porque el exceso de cabida sólo se declare respecto a una de las fincas o porque no afecte al requisito de la quinta parte de la cabida inscrita. En cualquier caso, siempre conviene tener en cuenta la diferente aplicación de los dos procedimientos que estamos estudiando por razón de la clase de título material existente.

IV') *Prevía inscripción de excesos de cabida con motivo de agrupaciones.*—A') *Estudio de dos cuestiones previas.*—Antes de examinar los distintos supuestos que pueden plantearse conviene estudiar dos cuestiones previas, cuya solución puede repercutir en todos aquellos supuestos, y que son: el problema de la actualización de descripciones de las fincas antes de agruparlas y el de la distinta forma de descripción que conste en el Catastro, bien refiriéndose a cada finca matriz o sólo al conjunto resultante de la agrupación.

a) *Actualización de las descripciones de las fincas matrices previamente a la agrupación.*—No nos referimos al problema general de actualización de descripciones, que sabemos tropieza con graves obstáculos de identificación, sino al problema concreto de la actualización descriptiva de las fincas matrices que van a agruparse, partiendo del supuesto de que conste actualizada en la escritura la descripción del conjunto resultante de la agrupación.

Nosotros creemos que hay que fomentar la actualización descriptiva de cada una de las fincas matrices, en lugar de centrarse exclusivamente en el conjunto resultante. Se dirá que para qué vale actualizar las fincas matrices si van a quedar englobadas a continuación en un conjunto mayor. Y contestaremos que precisamente para evitar que queden con-

fundidas en ese conjunto es por lo que se exige la individualización previa de las matrices.

No obstante, el grado de exigencia de esa actualización no es el mismo en relación con todos los datos descriptivos. Creemos que hay que distinguir el distinto tratamiento de los linderos y de la medida superficial.

— En cuanto a los linderos, entendemos que es necesario actualizarlos, en relación con cada una de las fincas matrices, en dos sentidos: por un lado, expresando la colindancia de cada finca respecto a las demás que se agrupan, pues se trata de un requisito necesario para la agrupación, que el Registrador puede apreciar a la vista de los datos descriptivos, y por ello, cuando las descripciones de cada finca son muy antiguas y hechas en momentos diferentes podría suceder que no revelaran tal colindancia; y por otro lado, en el caso de que la finca resultante de la agrupación se haya actualizado expresando unos nuevos linderos, no hay que desentenderse del reflejo de los mismos en cada una de las fincas matrices, pues sólo de ese modo puede apreciarse concordancia entre la suma de todas las fincas agrupadas y el conjunto resultante. En otro caso, podría calificarse que falta identidad de fincas. Y no se diga que la actualización no es posible, pues se trata de encasillar cada finca y de situarla dentro del conjunto, y si esto no es posible, lo que no podrá hacerse es la agrupación misma, por falta de identificación. Insistimos en que no nos referimos a la actualización descriptiva en todos los sentidos, sino sólo en los dos aspectos que acabamos de indicar, que consideramos posibles y necesarios. Piénsese también, para reforzar lo que hemos dicho, en la posibilidad de una desagrupación, máxime cuando alguna finca está hipotecada o afecta a una condición o a cualquier gravamen. Si la desagrupación se produce y no se han concretado los linderos que se asignaron al conjunto respecto a cada una de las fincas, se producirá un salto en el vacío y una falta de tracto sucesivo descriptivo, ya que habría que continuar describiendo la finca matriz con linderos antiguos, aun a sabiendas de que han cambiado, y constando, aunque de forma global, en los propios libros registrales.

Por tanto, lo más correcto es que la escritura de agrupación exprese los linderos de colindancia de cada una de las fincas matrices y, además, refleje en ellas los linderos actualizados que se hayan señalado respecto al conjunto resultante.

La constancia registral de esta actualización de linderos de cada una de las matrices no puede tener lugar en el folio de la resultante, pues en éste figurarán los linderos del conjunto, sino que ha de consignarse en las fincas respectivas con carácter previo a la operación de agrupación. Existen dos posibles fórmulas:

— Si además de actualización de linderos hay declaración de excesos de cabida en las fincas matrices y se va a practicar un asiento de inscripción para tales excesos, conforme veremos ahora, es natural que en ese mismo asiento se recojan los nuevos linderos asignados a la finca respectiva.

— Si no hay excesos de cabida, parece muy fuerte practicar un asiento de inscripción para una simple modificación descriptiva, meramente transitoria. Creemos que el asiento adecuado es la misma nota marginal en que se hace referencia a la agrupación, pues el Reglamento permite que consten datos descriptivos en las notas marginales de modificación de entidades hipotecarias, según resulta en relación con las segregaciones del artículo 50. La nota marginal podría ser más o menos así: «Esta finca, que hoy linda al sur con la finca número... (o con finca de...), se ha agrupado con otras..., formando la número..., folio..., libro..., tomo..., inscripción 1.^a» Esta nota marginal, meramente informativa, es el puente que permite pasar de la antigua descripción registral de las matrices a la nueva descripción del conjunto, y al mismo tiempo será el puente de retorno, en caso de desagrupación, que permitirá describir con más realidad la finca desagrupada.

— Si pasamos de los linderos a la medida superficial, reconocemos que su actualización en las fincas matrices no siempre es posible, a diferencia de lo que ocurre con los linderos, pues quizá ocurra que en la realidad lleven ya mucho tiempo formando un conjunto continuo que no permita hacer mediciones individualizadas, por tratarse de meras reliquias registrales. Por fortuna, no es ya sólo que a veces no sea posible la medición individualizada, sino que tampoco la técnica registral la exige siempre necesariamente. Las fincas que se agrupan han de ser colindantes y han de tener linderos concordantes con el conjunto, según hemos dicho; pero respecto a la medida superficial, es perfectamente lógico admitir que lo único que ha sido medido es el conjunto resultante y que el exceso de cabida que arroja la medición no es posible en muchos casos desglosarlo en cada una de las fincas agrupadas. Obsérvese que no hay el obstáculo que existía en las segregaciones para hacer constar el exceso de cabida en la finca resultante, pues en la agrupación lo que interesa medir es el conjunto y no hay ningún perjuicio, ya que no queda resto perteneciente a otro titular. Ahora bien, una excepción de lo que estamos diciendo es precisamente el caso en que las fincas agrupadas tengan algún gravamen que haya de continuar vivo a pesar de la agrupación, pues entonces es imprescindible señalar si el exceso de cabida asignado al conjunto proviene en todo o en parte de esa finca y en qué cuantía, ya que en otro caso se produce una imprecisión que atenta

contra el principio de especialidad, al no saberse si el gravamen en cuestión se extiende o no a una mayor superficie.

Por ello, en relación con la actualización de la medida superficial por existir exceso de cabida, se ofrecen dos soluciones:

— La solución más deseable es que la escritura describa el exceso de cabida desglosándolo en relación con las fincas matrices. Esta solución se convierte en necesaria en el supuesto que acabamos de indicar de fincas gravadas o sujetas a condición u otro tipo de limitación. Existiendo este desglose, se practicará una previa inscripción en el folio de la finca matriz afectada por el exceso de cabida. En la descripción de la finca resultante, ya no habrá ningún salto en la medida superficial y concordará con la suma de las que consten en cada uno de los folios de las matrices.

— Otra posibilidad, menos deseable, pero admisible, es que en la escritura se haya optado por prescindir del desglose del exceso de cabida y se haya declarado sólo en relación con el conjunto. En este caso, el Registrador tendrá que prescindir de inscripciones previas de excesos de cabida en las matrices y reflejará el exceso total en la finca resultante por el procedimiento correspondiente, siempre que no estemos ante un caso como el ya señalado de fincas gravadas y, claro está, siempre que esa falta de desglose no implique en el caso concreto algún problema de identidad de fincas, pues en estos supuestos no sería admisible esta fórmula.

b) *La descripción de la finca en el certificado catastral o de amillaramiento.*—Acabamos de señalar las dos posibles fórmulas notariales de expresar los excesos de cabida con motivo de una agrupación. Ahora nos preguntamos si la descripción que figure en el documento complementario puede repercutir en la fórmula notarial utilizada y en la fórmula registral correspondiente. Caben también aquí dos posibles tipos de descripciones:

— Si las fincas registrales matrices coinciden con varias parcelas catastrales, el Catastro o la Contribución Territorial (según los supuestos) reflejará una superficie para cada finca. En este caso, convendría que la fórmula notarial utilizada fuera esa que hemos considerado como más deseable, es decir, que también desglosara el exceso de cabida en cada finca matriz, pues todavía se justifica más, al tener que apoyarse en el documento complementario catastral o fiscal. Pero vamos a suponer que en la escritura no consta este desglose, sino que se ha seguido la fórmula de recoger el exceso de cabida en el conjunto resultante. ¿Es inscribible el exceso? Nosotros entendemos que esta discordancia entre la descripción de la certificación y la de la escritura no es necesariamente un obs-

título para practicar la inscripción. El problema hay que trasladarlo a la cuestión de la «identidad de fincas»: si a pesar de esa discordancia hay base para identificar las parcelas que se describen en el certificado con cada una de las fincas registrales, no vemos ningún obstáculo para poder inscribir el exceso de cabida en el folio de la finca resultante, tal como lo describe la escritura, si, además, la suma del que resulta del certificado complementario cubre el mismo. Lo que no podría hacerse es atender exclusivamente al desglose del certificado practicando una previa inscripción en cada finca matriz en base al mismo, pues es un documento que no es el título inscribible, sino complementario de la escritura, y si en ésta no consta tal desglose, a ella hay que atenerse. Claro que si se entendiera, ante los casos concretos y estudiosos que la falta de desglose es un defecto de la escritura, podría aportarse una instancia subsanatoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 110 del Reglamento Hipotecario, en que se individualizara el total exceso declarado acomodándolo al que desglosa el Catastro. Pero entonces esas previas inscripciones se practicarían en base a la instancia, como documento integrador del título inscribible, sin perjuicio de exigirse, además, la aportación básica del documento catastral o fiscal como acreditativo de los excesos de cabida.

— Si, por el contrario, en el Catastro o Contribución figurase como parcela catastral la finca resultante y no las matrices, aquellos organismos sólo describirán la superficie total, sin desglose alguno. Aun así, la fórmula notarial deseable sigue siendo la que desglosa el exceso de cabida total entre cada una de las fincas, siempre que ello sea posible. Naturalmente, el Catastro no da base en este caso para ese desglose, pero cabe intentarlo y admitirlo en base a la declaración del propio interesado. Lo importante es que se cumpla el requisito de identidad de fincas y no es necesariamente un obstáculo el que en los documentos catastrales se describan todas las fincas como una sola entidad. Puede haber mayores dificultades de identificación, pero no un obstáculo *per se*. Suponiendo que se cumpla el requisito de la identidad, se necesita, eso sí, que la suma de superficies de las matrices que con los excesos correspondientes se declaran en la escritura esté cubierta por la certificación catastral o de la Contribución. Pero en tal supuesto, el Notario también podrá utilizar la otra fórmula menos deseable, consistente en prescindir del desglose de excesos de cabida entre cada finca matriz, por no contar con datos suficientes para poder realizarlo y no poder fundar tampoco el desglose en el Catastro. Ello siempre que no se den las circunstancias ya sabidas que hacen inviable la descripción global del exceso sin desglosarlo.

En definitiva, la fórmula catastral o contributiva de descripción no

repercute *necesariamente* en la fórmula notarial utilizada, pues cabe seguir un sistema notarial de desglose de excesos, aunque en el Catastro no conste tal desglose, y viceversa, cabe que la escritura describa el exceso de cabida sólo en la finca resultante sin desglosarlo en las matrices, a pesar de que en el Catastro figura desglosado. Pero aunque no repercute *necesariamente*, es evidente que la discordancia puede producir mayores problemas respecto al requisito ya estudiado de la identidad de fincas y, en todo caso, el deseo de evitar tal discordancia, cuando en el Catastro no hay desglose puede *justificar* esa fórmula notarial que hemos denominado «menos deseable».

b') *Supuestos concretos de excesos de cabida en agrupaciones.*—Una vez estudiadas esas dos cuestiones previas con carácter general vamos a ver su reflejo en los supuestos concretos que pueden producirse, comprobando al mismo tiempo la distinta aplicación de los dos procedimientos de las letras B y C para la inscripción de los excesos de cabida. He aquí los supuestos prácticos:

1.º *Escritura en la que el titular registral declara el exceso de cabida al realizar una operación de agrupación exclusivamente.*—Podemos denominar este supuesto como *de exceso de cabida en título declarativo*, pues aquí no existe título traslativo ni de las fincas matrices ni de la resultante, lo que determina que no sea aplicable el procedimiento de la letra C y sí, en cambio, el de la letra B, siempre que se cumplan los demás requisitos que el mismo exige (datos estrictamente catastrales, identidad más rigurosa).

Acotada así la cuestión del procedimiento caben, sin embargo, las dos fórmulas notariales ya examinadas y, consiguientemente, dos técnicas registrales diferentes:

a) Si el exceso de cabida se declara previamente desglosándolo en relación con las fincas matrices, estamos ante la fórmula notarial «deseable». La fórmula registral consistirá en reflejar el exceso de cada finca en el folio de las matrices como operación previa a la agrupación y a través del correspondiente asiento de inscripción. Se hará referencia al apartado B del número 5.º y a los datos catastrales que sirven de base y justificación. Si en el Catastro figura también desglosada la superficie por parcelas que el Registrador haya identificado en relación con cada finca registral, en el folio respectivo se consignará el número de polígono y parcela de la finca. Si no hay base para una individualización de cada finca pero sí para la identificación del conjunto, se hará constar en la inscripción respectiva de cada finca registral que ha quedado justificado el exceso de cabida señalado a la misma y a las demás fincas por estar

comprendidas todas ellas dentro de la que aparece descrita en la certificación catastral aportada.

En la inscripción de agrupación se recogerá ya la superficie total resultante, pero sin hacer constar en ella la operación de inscripción del exceso de cabida, pues éste ya se ha inscrito previamente en los folios de las matrices y en otro caso se produciría una duplicidad impropia.

b) Si el exceso de cabida se declara de modo global en la finca resultante, sin desglosarse entre las fincas matrices, estamos ante la otra fórmula «menos deseable», si bien la consideramos admisible salvo en los supuestos excepcionales ya mencionados. Aquí la fórmula registral consistirá en reflejar el exceso de cabida en el folio de la finca resultante, para lo cual, en la descripción registral de ésta se señalará la superficie que representa la suma de las fincas agrupadas, añadiendo a continuación que, según reciente medición, arroja un exceso de cabida basado en estar justificado por los datos catastrales que se aporten, que pueden ofrecer también la doble variante de describir la superficie global o la de varias parcelas catastrales cuya suma da la superficie total declarada. En el acta de inscripción, además de hacer constar la inscripción de la agrupación, se aludirá a la inscripción del exceso de cabida con referencia al apartado B del número 5.º del artículo 298 del Reglamento.

2.º *Escritura en la que el titular registral declara excesos de cabida en las fincas matrices, las transmite y el adquirente las agrupa.*—Denominación de este supuesto: «Exceso de cabida de las fincas matrices y título traslativo de las mismas».

En este caso, cabe aplicar tanto el procedimiento de la letra B como el de la letra C, pues existe título traslativo.

La fórmula notarial utilizada se observará que es la más adecuada, o sea, la de declaración de exceso de cabida en las fincas matrices que se agrupan. A efectos de inscripción, siguiendo los dictados de dicha fórmula, procederá extender un asiento de inscripción de exceso de cabida en el folio de la respectiva matriz al mismo tiempo que se inscribe la transmisión de la misma. Si el procedimiento utilizado es el de la letra B, en el acta de inscripción del exceso se hará referencia a dicho apartado B del número 5.º, sin constancia alguna de publicación de edicto ni limitación de efectos respecto a tercero, a diferencia de lo que ocurre si se utiliza el procedimiento de la letra C, en que habrá que expresar estas particularidades. Tanto en uno como en otro procedimiento se aludirá al documento complementario catastral, que puede adoptar las dos modalidades indicadas, o sea, una descripción global del conjunto o pormenorizada si es que existen varias parcelas catastrales.

Una vez practicadas esas inscripciones previas de transmisión y ex-

ceso de cabida se extenderá la correspondiente inscripción de agrupación, que sólo se referirá a esta operación, no al exceso de cabida, pues consta ya inscrito previamente. Lo que sí es necesario es que en la finca resultante se exprese la total superficie ya actualizada. Si la inscripción del exceso de cabida de las matrices se practicó conforme a la letra B, no será necesaria ninguna referencia en la agrupación. Pero si se utilizó el procedimiento de la letra C habrá que hacer referencia en el folio de la finca resultante a que las inscripciones de exceso de cabida de las matrices están pendientes de edicto y con limitación de efectos respecto a tercero durante dos años. Bien entendido que con esta referencia no se hace *inscripción del exceso* en la finca resultante, pues está ya hecha en las matrices, según hemos dicho, sino que se hace simplemente una *referencia* a esas limitaciones que lleva consigo el procedimiento de la letra C. Lo que no creemos sea necesario es esperar a la publicación del edicto para inscribir la finca resultante, pues cabe perfectamente esa fórmula de *arrastré* del requisito pendiente, sin que la provisionalidad de la inscripción del exceso produzca cierre registral e impida operaciones posteriores. Una vez publicado el edicto se consignará por nota marginal en la inscripción de la matriz y se pondrá nota de referencia en el folio de la finca resultante. Y si el edicto no se presenta cumplimentado dentro de los tres meses, entonces se cancelará por caducidad la inscripción del exceso de cabida de las matrices y también la superficie correspondiente en el folio de la finca resultante, sin necesidad de hacer desagrupación alguna.

3.º *Escritura en la que el titular registral declara excesos de cabida en las fincas matrices, las agrupa él mismo y transmite la finca resultante de la agrupación.*—Denominación de este supuesto: «Exceso de cabida de las matrices y título traslativo de la finca resultante».

También aquí la fórmula notarial es la más deseable, pues se declaran los excesos de cabida en cada una de las fincas matrices. Igualmente existe título traslativo, pero a diferencia del supuesto anterior, no se transmiten previamente las fincas matrices, sino la finca resultante, una vez agrupada. Este matiz puede plantear algún obstáculo de técnica registral respecto a la aplicación del procedimiento de la letra C, pues el exceso de cabida hay que inscribirlo en el folio de cada matriz y, sin embargo, no puede hablarse estrictamente de título traslativo de las mismas.

Para eludir este obstáculo de técnica registral puede acudir al procedimiento de la letra B que, como sabemos, no requiere título traslativo.

Pero si el procedimiento de la letra B no pudiera ser utilizado porque no se aportaran datos catastrales en sentido estricto o por rigurosidad en

la apreciación del requisito de la identidad de la finca, todavía cabría intentar la aplicación del procedimiento de la letra C, siguiendo las orientaciones apuntadas al tratar de las segregaciones. Y es que, si bien no hay transmisión formal de las matrices, sin embargo, el título traslativo del conjunto se produce en la misma escritura de agrupación y exceso de cabida; y al existir título traslativo del conjunto, ello implica que también puede predicarse de cada una de las partes. Sobre todo teniendo en cuenta que en el momento de practicar la inscripción del exceso, el Registrador sabe ya que a continuación va a inscribir la transmisión. Por tanto, nos parece un formalismo desechar la aplicación de la letra C por aquella razón.

Todavía hay otra solución para aplicar el procedimiento del título traslativo de la letra C, a través del siguiente rodeo: en principio, se suspendería la inscripción del exceso de cabida de las matrices por falta de título traslativo de las mismas; pero esta suspensión previa da lugar a que la descripción de la finca resultante arroja un exceso de cabida en relación con la suma de las matrices. Y para la inscripción de este exceso se contaría con título traslativo de la propia finca a la que afecta el exceso. Si se siguiera esta solución, el exceso de cabida se inscribiría en el folio de la finca resultante y el edicto se publicaría respecto a la misma y a nombre del adquirente, a diferencia de las otras soluciones en que el exceso se inscribe en las matrices, pues entonces el edicto se refiere a dichas fincas y va a nombre de su titular, que todavía es el transmitente.

Nosotros preferimos la fórmula registral de inscribir previamente el exceso de cabida en las matrices, bien sea por la letra B o por la letra C, en su caso. Ahora bien, en este supuesto la inscripción previa es exclusivamente de exceso de cabida, a diferencia del anterior en que se consignaba en un mismo asiento la transmisión de cada matriz y su exceso de cabida.

4.º *Escritura en la que el titular registral describe las fincas matrices sin declarar su respectivo exceso de cabida; las agrupa declarando el exceso de cabida global del conjunto y transmite la finca resultante.*— Denominación de este supuesto: «Exceso de cabida de la finca resultante y título traslativo de la misma.»

Se observa que la fórmula notarial aquí utilizada es la que hemos llamado «menos deseable», pero admisible salvo excepciones. La inscripción del exceso de cabida se practica en el folio de la finca resultante, no en las matrices, pues no consta el exceso de cada una. Como existe título traslativo de la finca en que se declara el exceso, cabe utilizar el procedimiento de la letra B y también el de la letra C, con las diferencias consi-

guientes, sin que se plantee en este caso ningún obstáculo de técnica registral para la aplicación de la letra C. Se publicaría edicto de dicha finca resultante, no de las matrices.

No obstante, como esta fórmula notarial «menos deseable» no es admisible cuando las fincas matrices tienen gravámenes o condiciones que afecten de modo distinto a cada una, ni tampoco cuando el Registrador tiene dudas sobre la identidad de las fincas, podría suceder que se subsanara el obstáculo aportando el desglose de exceso de cabida de cada finca matriz en la instancia complementaria prevista en el artículo 110 del Reglamento Hipotecario. Pero si esto ocurre, entonces el supuesto hace tránsito al denominado: «exceso de cabida en las matrices y título traslativo de la finca resultante», es decir, al supuesto tercero.

5.º *Escritura en la que el titular registral describe las fincas matrices sin declarar su respectivo exceso de cabida; las transmite y el adquirente las agrupa, declarando en la descripción de la resultante el exceso de cabida del conjunto.*—Denominación del supuesto: «Exceso de cabida de la finca resultante, pero título traslativo de las matrices.»

La fórmula notarial empleada en este supuesto es la prevista como «menos deseable». En casos normales hay que admitirla, según se ha dicho, y a efectos de inscripción, el exceso de cabida constará necesariamente en el folio de la finca resultante. Respecto a la aplicación de los procedimientos de las letras B y C, que estamos estudiando, el de la letra B se adapta como siempre al presente supuesto. La letra C tropieza con el consabido obstáculo de técnica registral consistente en que el título traslativo se produce respecto a las fincas matrices y en cambio, en el folio de éstas hemos dicho que no cabe practicar la inscripción del exceso de cabida, pues no se conoce el desglose afectante a cada una.

La aplicación de la letra C, superando ese obstáculo de técnica registral, determinará la inscripción del exceso de cabida en el folio de la finca resultante, con la limitación de efectos durante dos años y publicando edicto de la misma a nombre del titular registral, que es el adquirente.

Si el Registrador, a la vista de la especialidad del caso concreto, exige la determinación o desglose del exceso de cabida global, puede aportarse la instancia del artículo 110, y entonces el supuesto hace tránsito al del apartado 2.º, es decir, al que hemos denominado: «exceso de cabida en las matrices y título traslativo de las mismas».

V') *Previa inscripción de excesos de cabida con motivo de divisiones.* En la resolución de las distintas situaciones se siguen las orientaciones ya conocidas al tratar de los anteriores supuestos, por lo cual, basta exponer un esquema de casos prácticos:

1.º *Escritura en la que el titular declara un exceso de cabida de la finca matriz y la divide formando varias fincas.*—Como es sabido, no se puede aplicar el procedimiento de la letra C, por falta de título traslativo. Procederá intentar la aplicación del procedimiento de la letra B, si se cumplen los requisitos del mismo. La inscripción del exceso de cabida tendrá lugar en un asiento de inscripción, previo a las divisiones, en el folio de la finca matriz. En dicho asiento se hará referencia al apartado B del número 5.º del artículo 298 del Reglamento y a los datos catastrales que sirvan de base y justificación del exceso de cabida, que pueden referirse a una sola parcela catastral o a varias parcelas cuya superficie conjunta cubra el exceso de cabida declarado de la matriz. Recuérdese también el requisito de la identidad de la finca.

En las posteriores inscripciones de las fincas que se forman por división y abren el folio respectivo, la descripción registral recogerá la superficie actualizada de cada una, sin que haya lugar a practicar en ellas inscripción de exceso de cabida, pues consta ya practicado en el folio de la matriz.

2.º *Escritura en la que el titular declara un exceso de cabida de la finca matriz, la divide y transmite algunas, reservándose una o varias.*—La inscripción del exceso de cabida se tiene que practicar en el folio de la finca matriz, como operación previa a la división. Para ello, el procedimiento adecuado será el de la letra B, aportando los datos catastrales correspondientes.

La aplicación de la letra C tropieza con un obstáculo que no es meramente formal, pues no se trata solamente de que el título traslativo se produce después de la declaración del exceso, sino de que no existe título traslativo de todas las fincas resultantes y, por tanto, mal se podría interpretar que la finca matriz ha sido objeto de transmisión en su totalidad.

Por ello, para aplicar el procedimiento de la letra C, caso de no darse los demás requisitos del B, habría que haber otorgado otra modalidad de transmisión: de participaciones indivisas de la finca matriz, para, seguidamente, extinguir la comunidad dividiendo la matriz y adjudicando cada finca en la forma convenida. Nos remitimos a lo que hemos señalado sobre esta fórmula al hablar de las segregaciones y, concretamente, sobre las dificultades de tipo fiscal que impiden fomentarla en general.

Otra solución sería que se solicitase la inscripción parcial de la división, es decir, de aquellas fincas resultantes, cuya superficie cupiera dentro de la que el Registro asigna a la matriz. Para ello se necesita la conformidad de los interesados y, desde luego, se llega a un resultado no muy satisfactorio, pues quedarán algunas parcelas sin inscribir, a la espera de que pueda obtenerse en su día la previa inscripción del exceso en la

matriz. También extrañará que se pueda practicar la inscripción de unas fincas y de otras no, siendo que se trata de una división. Pero si los interesados prestan su conformidad, no debe extrañar esa posibilidad, pues la inscripción es voluntaria en nuestro sistema y cabe que los titulares de algunas de las fincas quieran inscribir y los demás no. La única especialidad es que en la nota marginal de división habría que decir: «esta finca se ha dividido en..., habiéndose solicitado la inscripción de dos de ellas, que se han inscrito bajo los números... Queda una superficie en la finca matriz de...».

En fin, también se podría esperar a que se transmitieran todas las fincas resultantes (si es que se sabe que ello tendrá lugar) y entonces se habría producido el título traslativo de todas las partes de la matriz, lo que permitiría aplicar el procedimiento de la letra C en relación con la finca matriz, procediendo con flexibilidad.

Pero todos estos rodeos y dificultades se obvian aplicando directamente el procedimiento de la letra B, según hemos dicho.

3.º *Escritura en la que el titular declara un exceso de cabida de la finca matriz, la divide y transmite todas las fincas resultantes.*—La inscripción del exceso de cabida tendrá lugar en el folio de la finca matriz, al igual que en los dos supuestos anteriores (37 bis).

El procedimiento de la letra B es aplicable en base a la declaración del titular registral apoyada en datos catastrales en sentido estricto y atendiendo de modo especial al requisito de la identidad de la finca.

La aplicación del procedimiento de la letra C es posible si se entiende, conforme a la orientación que nos es ya conocida, que el título traslativo de las partes de la matriz, cabe referirlo, superando el obstáculo de técnica registral, a la propia finca matriz, ya que en este caso se transmiten simultáneamente todas las parcelas.

Precisamente en este supuesto se advierte con más claridad la necesidad de superar ese obstáculo de técnica registral que viene acompañando a varios de los supuestos estudiados.

Efectivamente, supongamos que la misma finca, en lugar de dividirse por parcelas que se transmiten, se transmite toda ella con declaración de

(37 bis) Si en la escritura se declara el exceso de cabida, no en la finca matriz, sino en cada una de las parcelas transmitidas que se han formado por división, creemos que hay que interpretar, a efectos hipotecarios, que estamos en el supuesto que se indica en el texto, haciendo constar la suma total de excesos de cabida en la inscripción correspondiente de la finca matriz, conforme al principio de previa inscripción. Ahora bien, si las fincas resultantes de la división constituyen cuerpos ciertos o con descripción independiente dentro de la finca matriz (ejemplo: trozos discontinuos, finca formada por casa y patio), podría aplicarse lo que antes hemos dicho a propósito de las segregaciones en estos casos especiales.

idéntico exceso de cabida. En este caso, no habría ningún inconveniente para practicar la inscripción del exceso de cabida conforme a la letra C, por existir título traslativo.

Ahora nos preguntamos: ¿Por qué ha de cambiar el fenómeno transmisivo por el hecho de que el acto se haya complicado insertando en la escritura operaciones de división? El resultado final es que la finca se ha transmitido en su totalidad en uno y otro caso, lo que significa que el problema del título traslativo es idéntico en ambos supuestos. Sólo cambia la técnica registral, aparte del número de adquirentes. Todo ello demuestra que no hay que dar distinto trato a efectos de la letra C al supuesto que estudiamos.

La solución consiste en inscribir el exceso de cabida en el folio de la matriz, con carácter previo a la división y transmisiones, pero haciendo referencia al título traslativo existente, así como a la limitación de efectos durante dos años y a la publicación del edicto. Este se refiere, por tanto, a la finca matriz y se expedirá a nombre del titular registral, a pesar de que es el transmitente de las parcelas.

VI') *Prevía inscripción de excesos de cabida con motivo de declaraciones de obra nueva y constitución de propiedad horizontal.*—Al declarar en una escritura una obra nueva sobre un solar cuya superficie, según el Registro, es inferior a la que tiene en su base la edificación, procede declarar en la descripción del solar el exceso de cabida correspondiente, pues, en otro caso, no podrá inscribirse la total superficie que se asigna al edificio, aparte de que induce a pensar en una extralimitación de lo construido, supuesto éste que no imaginamos aquí, por quedar fuera del tema que estudiamos.

Y si además de la declaración de obra nueva, se constituye el edificio en régimen de propiedad horizontal, todavía resulta más necesario consignar previamente tanto en la escritura como en la inscripción, el exceso de cabida del solar, pues en otro caso las descripciones de cada piso y concretamente la medida superficial de los mismos no cuadrará con la que el Registro asignaba anteriormente al solar.

Sólo en casos excepcionales puede prescindirse de la previa inscripción del exceso de cabida del solar:

a) Cuando el edificio no ocupa la totalidad del solar y cabe dentro de la superficie registral de éste. En este caso, podría inscribirse la declaración de obra nueva y constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, pues el edificio no queda afectado por la falta de inscripción del exceso. Aun así, no consideramos aconsejable este resultado, pues se produce una discordancia entre Registro y realidad, lo que sería grave en el caso de que se dejara una franja de terreno para paso o luces y vistas,

al no poder inscribir este extremo tan importante, precisamente por falta de previa inscripción del exceso de cabida del solar. Naturalmente, este problema no existe cuando en el Registro hay superficie de sobra. Pero subsiste la discordancia y la conveniencia de tener inscrito todo el conjunto.

b) Cuando la operación realizada ha sido exclusivamente declaración de obra nueva sin constitución de propiedad horizontal. En este caso, cabe inscribir de momento la obra nueva mientras se soluciona el problema, sólo con la medida superficial que el solar tiene según el Registro, suspendiendo la diferencia. Esto mismo cabría aunque la escritura comprendiera la propiedad horizontal, si bien inscribiendo *sólo la obra nueva* y suspendiendo el exceso de superficie y la constitución de propiedad horizontal, pues lo que no es posible es inscribir una superficie inferior y luego recoger en el mismo asiento las superficies de cada piso consignadas en relación con la total superficie.

Respecto a la previa inscripción del exceso de cabida del solar, el procedimiento de la letra B será aplicable, cualquiera que sea la clase de título, haya o no transmisión, pero es necesario que se trate de datos catastrales en sentido estricto, lo que significa tener que prescindir del llamado «régimen transitorio», que todavía está vigente en muchos municipios, así como de los antiguos Padrones, amillaramientos y Registro Fiscal, ateniéndose exclusivamente al llamado «régimen catastral» de la Contribución Urbana, y también al Catastro de Rústica y Topográfico-Parcelario, pues aunque estamos hablando de solares, podría suceder que la finca constara todavía en el Catastro de Rústica y no por eso hay que descartarlo, siempre que se pueda identificar debidamente.

En cuanto al procedimiento de la letra C, sabemos que es más amplio en cuanto a los datos catastrales o de amillaramiento, pero más estricto en cuanto al título, ya que exige la existencia de título traslativo y, además, que la finca esté catastrada o amillarada a nombre del transmitente.

Nos interesa puntualizar aquí también algunos aspectos relativos a la clase de título, para así concretar la aplicación de estos procedimientos. He aquí los tres supuestos más significativos:

a) Si en la escritura se declara el exceso de cabida del solar y sólo la obra nueva o ésta y la constitución del edificio en propiedad horizontal, sin que se produzca transmisión alguna de pisos, al no existir título traslativo, sólo será aplicable el procedimiento de la letra B y no el de la letra C, por la razón reiteradamente apuntada en anteriores epígrafes.

b) Si en la escritura se declara el exceso de cabida del solar, la obra nueva y se transmite la finca, puede aplicarse tanto el procedimiento de la letra B como el de la letra C, pues si existe título traslativo de la

finca total es que existe título traslativo del solar. A estos efectos, entendemos que es indiferente que se transmita el solar y el adquirente declare la obra nueva que transmitir la finca total una vez declarada la obra nueva por el transmitente. En ambos casos, hay título traslativo del solar y el exceso de cabida asignado al mismo puede inscribirse previamente por cualquiera de los procedimientos indicados.

Las tres operaciones de exceso de cabida, obra nueva y transmisión pueden practicarse en un mismo asiento, pero como son inscripciones distintas, en el acta de inscripción se separan debidamente, aludiendo a la previa inscripción del exceso de cabida del solar en relación con el procedimiento correspondiente.

c) Si se declara el exceso de cabida del solar, así como la obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal y, además, consta la transmisión de uno de los pisos, el problema que se plantea es el de si en vista de esta última transmisión de uno solo de los elementos del conjunto, puede hablarse de título traslativo a efectos de poder aplicar el procedimiento de la letra C. Para solucionar este problema, hay que tener en cuenta que cada piso representa una cuota en relación con el solar, que es un elemento común de la propiedad horizontal. Partiendo de aquí, hay base para interpretar que, con ocasión de la transmisión de cada piso, el solar se transmite también *en todas sus moléculas*, si bien en la medida de la cuota de participación. De donde resulta que, aun reconociendo la naturaleza especial de la propiedad horizontal, puede aplicarse lo que hemos dicho antes a propósito de la transmisión de una participación indivisa de finca, pues aunque no haya comunidad ordinaria, sí que hay una cuota que hace referencia a la totalidad del elemento común solar. De modo que habría fundamento para aplicar el procedimiento de la letra C respecto a la previa inscripción del exceso de cabida del solar, cuando conste la transmisión de uno solo de los pisos. Sólo falta resolver el conocido obstáculo de técnica registral que también hace su aparición aquí, ya que cuando se va a inscribir el exceso de cabida del solar todavía no se ha inscrito el título traslativo del piso, pues aquélla es una operación previa. Pero ya sabemos que la solución consiste en atender al momento en que se practica la inscripción del exceso de cabida, y en tal momento ya se supone presentado y calificado para su inscripción (en sentido positivo) el título traslativo del piso.

Claro es que si se utiliza el procedimiento de la letra B, no hay ninguna necesidad de hacer estos equilibrios y rodeos, pues la inscripción del exceso de cabida del solar se practica en ese caso atendiendo a la *declaración* de su propietario, debidamente apoyada y justificada, eso sí, por datos catastrales.

V. EL PROBLEMA DE LA SUSPENSION DE EFECTOS RESPECTO A TERCERO DURANTE DOS AÑOS Y LA DISTINTA PERSPECTIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE LAS LETRAS B Y C

Una vez estudiados los distintos requisitos de uno y otro procedimiento, pasamos a las diferencias en relación con los efectos, que se concretan precisamente en la suspensión o no de efectos respecto a terceros durante dos años.

Sabido es que las inscripciones practicadas conforme al procedimiento inmatriculador del artículo 205 de la Ley Hipotecaria «no surtirán efectos respecto de tercero, hasta transcurridos dos años desde su fecha», según establece el artículo 207. Y en los modelos de inscripciones del Reglamento se recoge esa idea así: «Esta inscripción no surtirá efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha.»

Pues bien, lo que aquí nos planteamos es si lo establecido en el artículo 207 es aplicable a los dos procedimientos de exceso de cabida o sólo al de la letra C, que es el único que tiene su fundamento en el artículo 205, según vimos al principio.

Que es un problema espinoso se demuestra por las distintas posiciones que adopta la doctrina:

A) *Postura de SANZ FERNÁNDEZ.*—Ya hemos dicho que SANZ FERNÁNDEZ escribe antes que aparezca la segunda parte del número 3.º del artículo 298, por lo que sólo tiene ocasión de referirse al procedimiento de la letra B y no al otro que estamos estudiando. Ahora bien, SANZ alude a todos los procedimientos en términos de gran generalidad, incluyendo los que ya en época que él escribía se basaban en el artículo 205, y esto nos permite deducir la opinión de este autor en el tema que planteamos.

Según SANZ, en relación con los excesos de cabida del apartado C de la regla 5.ª del artículo 298, «en principio, parece que será aplicable el artículo 207, respecto de la limitación de efectos de estas inscripciones por un plazo de dos años. Sin embargo, este precepto es indiferente en este caso, ya que la medida superficial, como dato de hecho de la inscripción, no está protegida por la fe pública ni durante los dos años, ni después» (38). Al estudiar la letra B, ya no dice nada SANZ FERNÁNDEZ, pero creemos que bastante ha dicho ya sobre la consideración de datos de hecho que no afectan a tercero.

De todos modos, este autor no se atreve a decir de modo terminante

(38) SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.* en la nota 1, tomo II, pág. 265.

que no se exprese en la inscripción del exceso de cabida la limitación de efectos durante dos años. Pero, al quitar toda importancia al plazo de los dos años, parece que ya no habría ninguna razón que justificara su constancia.

En definitiva, señalamos esta primera postura como exponente de la identidad de todo procedimiento de inscripción de excesos de cabida en este punto, en el sentido de que en ningún caso afectarían a tercero, con la consecuencia de no ser necesario consignar la limitación por el plazo de dos años tanto en el caso de la letra B como en el de la C.

Nosotros no participamos de esta opinión. Por de pronto, creemos que el tercero del artículo 207 hay que configurarlo en sentido amplio, pues no se refiere sólo al tercero del artículo 34 sino al tercero civil en general, que, por su amplitud, puede ser también el colindante. Aparte de ello, no creemos que pueda decirse de modo tajante que la fe pública del Registro no cubre el requisito de la medida superficial. La solución no puede ser tan simplista, pues el derecho sin la base física de la superficie podría quedar en «cero», y entonces no valdría para nada en muchos casos la fe pública registral. Entendemos que, cuando la superficie no se contradice con lo que resulta de los linderos delimitadores del cuerpo cierto y, además, no haya alguna otra inscripción que pueda oponerse al dato de la medida superficial de la finca en cuestión, no hay razón para que la superficie inscrita no beneficie al titular registral frente a quien no tiene título inscrito de su finca.

Y aunque sólo fuera «por si acaso», no es conveniente que el Registrador *a priori* prescinda del requisito de la limitación de efectos durante dos años previsto en el artículo 207 para el procedimiento inmatriculador del artículo 205.

B) *Posturas de LA RICA y DE CAMY.*—Exponemos la opinión de estos autores como representativa de la postura contraria a la anterior, a saber: que la suspensión de efectos durante dos años debe aplicarse a los dos procedimientos de inscripción de excesos de cabida.

LA RICA opina que la limitación de efectos durante dos años es aplicable a todos los supuestos del número 5.º del artículo 298, en el que van comprendidos los dos procedimientos que estamos estudiando (39).

CAMY, aunque no precisa bien la distinción entre los dos procedimientos catastrales objeto de estudio, señala con carácter general que la suspensión de efectos durante dos años se aplica a todos los apartados del número 5.º, a diferencia de lo que ocurre con el requisito de la publica-

(39) LA RICA Y ARENAL, *ob. cit.* en la nota 29, págs. 366, 367, 368 y 369.

ción de edicto, que sólo se prevé para el procedimiento de la letra C (40).

Lo que no desarrollan a fondo estos autores son las razones o argumentos en «pro» de esta aplicación del artículo 207 a todos los supuestos del número 5.º, lo que resta valor a sus opiniones, pues aunque ya vimos que en el artículo 298 del Reglamento se alude al artículo 205 de la Ley, los dos procedimientos que estudiamos tienen distinto fundamento (41).

C) *Postura de ROCA SASTRE*.—La exponemos como representativa del criterio de que la suspensión de efectos durante dos años es aplicable al procedimiento de la letra C, pero no al de la letra B.

Aunque éste es el resultado que parece desprenderse de la exposición de este autor en la última edición de su obra, sin embargo ha debido de producirse alguna errata en la misma, que puede dar lugar a cierto confusiónismo, ya que la argumentación de ROCA se centra en la existencia de un supuesto párrafo del artículo 298 que resuelve el problema, cuando en el mismo no hay rastro de ninguna referencia al artículo 207, y precisamente ese silencio es el que motiva distintas posiciones doctrinales.

Dice ROCA SASTRE que «según el párrafo sexto del artículo 298 del Reglamento Hipotecario es aplicable la suspensión de efectos que por durante dos años establece el artículo 207 de la Ley, a las constataciones registrales de excesos de cabida conseguidas de los cinco modos comprendidos en los cuatro primeros números del propio artículo, o sea, cuando se trate de títulos públicos de adquisición de tipo inmatriculador adoptados para registrar la mayor cabida de las fincas inmatriculadas» (42). Sin embargo, nada de esto dice el párrafo sexto del artículo 298, que se limita simplemente al requisito de la publicación del edicto, sin hablar para nada de la limitación de efectos del artículo 207.

Insiste a continuación ROCA SASTRE en ello diciendo: «Este artículo 298, párrafo sexto, del Reglamento Hipotecario establece que “las inscripciones practicadas en virtud de los documentos expresados... en la letra C del número 5.º, de este artículo, se notificarán a todos los que pudieran estar interesados en ella, por medio de *edictos*...”. Y a continuación prosigue desenvolviendo la parte reglamentaria para la aplicación del artículo 207 de la Ley Hipotecaria...» (43). Entendemos nosotros que es cierto que se alude al edicto, pero no al artículo 207.

Por tanto, ROCA SASTRE cree aplicable la limitación del artículo 207

(40) B. CAMY, *ob. cit.* en la nota 9, pág. 730, volumen VI.

(41) LA RICA da por supuesto que se trata de «inmatriculaciones», y como a todas ellas, les es aplicable la limitación de los dos años a los excesos de cabida. Pero en sentido amplio, también sería inmatriculación la declaración de obra nueva, y dicho autor no dice, como es natural, que sea aplicable el artículo 207. B. CAMY, por su parte, no señala ninguna razón o argumento.

(42) ROCA SASTRE, *ob. cit.* en la nota 2, tomo II, págs. 504 y 505.

(43) *Ob. y tomo cit.*, pág. 505.

al procedimiento de la letra C, pero no a los demás del número 5.º, entre los que está el de la letra B. Pero la errata de copia o de imprenta, hace que nos deje insatisfechos la argumentación utilizada.

Por otro lado, ROCA SASTRE se pregunta «si tiene motivación seria aplicar la suspensión de los efectos de la fe pública registral a la constancia registral de los excesos de superficie obtenidos por medio de títulos públicos de adquisición de tipo inmatriculatorio». Y cita seguidamente las distintas posturas de LA RICA y SANZ FERNÁNDEZ, añadiendo que cree «está en lo cierto SANZ, salvo cuando la mayor cabida de la finca se deba a accesión natural o a deslinde», y termina así: «como, en general, esas dos causas no se expresan, probablemente no estarán demostradas, de ahí que no habrá base para discriminar si se trata de un caso general o de alguno de estos dos supuestos. Pero además hay que tener presente que el indicado precepto del Reglamento Hipotecario lo exige, y si resulta inútil la prevención no será muy grave el perjuicio que en definitiva cause el trámite, si de perjuicio puede hablarse al cumplir el trámite prescrito por el Reglamento».

Al hacer estas declaraciones, ROCA SASTRE se aproxima de algún modo a la posición de SANZ FERNÁNDEZ, aunque matiza más la cuestión. En tal sentido, nos remitimos a la crítica hecha a SANZ acerca de la supuesta «inutilidad» del exceso de cabida frente a terceros, que en parte es aplicable a ROCA SASTRE.

D) *Nuestra postura*.—Actualmente, después de haber pasado por una época en que seguimos las opiniones de LA RICA y B. CAMY, que, como hemos visto, aplican la limitación de efectos durante dos años a todos los casos, hemos superado esa tesis y creemos firmemente que la limitación de efectos del artículo 207 no se aplica al procedimiento de inscripción de excesos de cabida de la letra B, y sí, en cambio, al de la letra C. Por tanto, seguimos ahora la postura de ROCA SASTRE, pero sin decir que el artículo 298 resuelve la cuestión de modo expreso en su párrafo sexto, pues sólo alude a la publicación del edicto y sin ser tan tajantes respecto a que el exceso de cabida no perjudica a tercero. En esto, creemos que hay que ser más prudentes, manteniendo una postura más matizada, tal como se expone más arriba. Por otro lado, si se entendiera que la inscripción del exceso de cabida no surte efectos respecto a tercero desde el principio, al estilo de lo que dice SANZ, habría que llegar a la conclusión de que no debe constar en la inscripción. Pero dicha limitación es exigible en el procedimiento de la letra C, por estar basado en el artículo 205, lo que significa que, al ser exigible, no puede decirse que es inútil, pues llegaríamos a la *reductio ad absurdum*.

La limitación de efectos durante dos años se aplica, pues, en el caso

del procedimiento de la letra C. Aunque no resulte expresamente del artículo 298 del Reglamento, hay que llegar a esa conclusión porque, según vimos, dicho procedimiento se apoya en el procedimiento inmatriculador del 205 y, como en éste se produce la limitación del 207, esto mismo ha de aplicarse en relación con un supuesto que sigue todos los pasos del 205.

En cambio, el procedimiento de la letra B no tiene nada que ver con la inmatriculación del artículo 205; luego, también es extraña a aquél la limitación de efectos durante dos años, por lo que se prescindirá de tal alusión en la inscripción que se practique conforme a la letra B. Sin embargo, con anterioridad habíamos pensado que, aunque la letra B no lleve en esencia los requisitos y garantías del artículo 205, debía aplicarse por el argumento *de maiore ad minus* la limitación del artículo 207. Pero ahora viene el momento de rechazar este pretendido argumento. Creíamos que si en el procedimiento de la letra C, en que se exigen mayores requisitos en relación con el título traslativo y con la publicación de edicto, se produce una suspensión de efectos respecto a terceros durante dos años, en el procedimiento de la letra B, en que los requisitos son menores, debería aplicarse esa misma limitación. Rebatimos nuestro propio argumento, que parte de la errónea creencia de que el procedimiento de la letra C es un *maior* y el de la letra B un *minus*, cuando hemos visto que en algunos puntos la letra B es el procedimiento *maior*, especialmente en la forma de tener en cuenta los datos catastrales y en el requisito de la identidad de la finca. Por tanto, no hay tal *maior* ni tal *minus* en este caso, sino procedimientos diferentes que responden a distinta técnica y fundamento. Y como a ello se une que el artículo 207 sólo se aplica respecto al procedimiento del artículo 205, y la letra B no tiene nada que ver con éste, nos parece ahora evidente que en el supuesto de la letra B no hay que aludir para nada en la inscripción a la limitación del artículo 207.

En definitiva, cuando se utilice el procedimiento de la letra C, se expresará en la inscripción que no surte efectos el exceso de cabida respecto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la inscripción. En cambio, cuando se utilice el procedimiento de la letra B, no se dirá nada de esto en la inscripción.

Y esta diferencia tiene que producir consecuencias prácticas, pues si no sería absurdo haberlas establecido. Ello significa que cuando se plantee un problema de superficie antes de transcurrir los dos años, el titular registral no tendrá ninguna ventaja respecto a tercero si obtuvo la inscripción por el procedimiento de la letra C, y en cambio, el exceso de cabida habrá de tenerse en cuenta desde el principio si la inscripción se practicó por el procedimiento de la letra B.

Ya sabemos que existen otros límites que impiden que el dato de la medida superficial tenga en todo caso plenos efectos respecto a tercero, pero no hay por qué excluir *a priori*, como hace SANZ, la posibilidad de afectar a tercero el dato de la medida superficial, según hemos dicho antes, al comentar la idea de dicho autor.

VI. REFERENCIA A UN COLOQUIO

A continuación de la exposición de este trabajo que se hizo en forma de esquema en el Centro Regional de Andalucía Occidental (44), se plantearon algunas cuestiones que creo interesante exponer en resumen:

1.^a Un compañero señala que he partido, al parecer, de un concepto de exceso de cabida referido exclusivamente a *finca ya inmatriculada*, cuando él cree que el exceso de cabida también puede referirse a finca todavía no inmatriculada y precisamente en este último caso es aplicable el procedimiento de la letra C.

Esta dualidad en el concepto de exceso de cabida levanta cierta discusión entre los asistentes, oponiéndose tajantemente algunos al concepto de exceso de cabida referente a finca no inscrita, por entender que la legislación hipotecaria sólo contempla el concepto de exceso de cabida de finca inscrita.

JOAQUÍN LANZAS GALVACHE, que es el que apunta este posible dualismo me invita a que estudie la sugerencia.

Aceptando parcialmente la invitación, diré que el exceso de cabida que contempla el legislador hipotecario es el referente a finca ya inmatriculada, pues así resulta del artículo 200 de la Ley en que bien claramente se alude a «fincas ya inscritas». Ahora bien, podría darse el caso de una escritura pública que recoge finca no inscrita describiéndola actualmente con una diferencia de superficie en relación con el título anterior adquisitivo.

A la vista de este supuesto, creemos que no hay inconveniente en hablar también de «exceso de cabida en relación con finca todavía no inscrita», aun reconociendo que no es el exceso de cabida propiamente dicho que contempla el legislador. Pero es que de alguna manera hay que llamar al caso que exponemos y que, sin duda, es el que tenía en la mente LANZAS cuando hizo su sugerencia. Es un «exceso de cabida en el título».

(44) Se expusieron dichas líneas generales en Sevilla el día 28 de enero de 1977, siendo el presente trabajo una aportación al Centro Regional de Derecho Hipotecario de Andalucía Occidental, pues todavía era entonces Registrador de Priego de Córdoba.

Recuérdese también, de pasada, el concepto de mención como alusión a un derecho no constituido en el título que se va a inscribir. Puede hablarse de «mención» cuando todavía no se ha inscrito (mención en el título) como elemento excluido de inscripción; y de «mención» que consta en el asiento y que procede cancelar. Pues bien, no vemos ningún inconveniente en utilizar ese dualismo en relación con los excesos de cabida.

Pero ese «exceso de cabida de finca no inscrita» es un concepto normalmente transitorio, porque está llamado a esta alternativa: si la finca se ha inmatriculado sin tal exceso de cabida por falta de justificación, desde el momento de la inmatriculación de la finca pasa a ser ya un exceso de cabida de *finca inscrita*; y si la finca se inmatricula con la total superficie, el exceso de cabida del título no tiene reflejo en la inscripción como tal, sino que es un dato comprendido en la inmatriculación misma.

De todos modos, ese «exceso de cabida de finca no inscrita» que luego se convierte en «exceso de cabida de finca ya inscrita» puede conservar cierta autonomía diferenciadora. Por ejemplo, hay que entender que no juega respecto a él el requisito de la identidad de la finca, de modo que aunque se demostrara que respondía a una agregación de terreno y no a una rectificación numérica, podría ser inscrito con posterioridad a la inmatriculación de la finca cuyo exceso se suspendió, por cualquiera de los procedimientos de inscripción de excesos sin necesidad de recurrir a la operación de agregación, y ello sencillamente porque en el título que fue objeto de primera inscripción parcial ya figuraba como una sola entidad.

Por otro lado, a ese exceso de cabida de finca no inscrita, creemos que se le pueden aplicar los procedimientos de inscripción de excesos que no están basados en la inmatriculación del artículo 205 y no sólo los inmatriculadores, pues cabe perfectamente aplicar un sistema de tracto abreviado, consignando en el acta de inscripción que la finca se inscribe al amparo del artículo 205 de la Ley en cuanto a la superficie de... y se inscribe el exceso de cabida de... conforme a la letra B... (por ejemplo) del número 5.º del artículo 298 del Reglamento, por tener base y justificación en los datos catastrales aportados (aunque no constaba en el título adquisitivo anterior).

Si no se aceptara esta idea, habría que dar un rodeo inútil: hacer una primera inscripción de inmatriculación de la finca sin constancia del exceso de cabida; y seguidamente otra inscripción de exceso de cabida conforme a la letra B. Sinceramente creemos que esta doble operación puede recogerse en una misma inscripción, haciendo esa separación en el acta de inscripción.

Recapitulando la cuestión en relación con la sugerencia de nuestro compañero LANZAS:

— El exceso de cabida *propiamente dicho* es el que se refiere a fincas ya inscritas.

— No obstante, no hay ningún inconveniente en considerar y denominar exceso de cabida al que se comprende en el propio título de la finca que va a ser objeto de inmatriculación, sabiendo que no siempre cobrará autonomía como tal exceso.

— Dicho exceso de cabida no está sujeto al requisito de identidad de finca, pues si la finca se inscribió en parte, la posterior inscripción del exceso que se suspendió, es posible, aunque se demostrase que respondía a una agregación de terrenos y no a una mera rectificación numérica, pues la identidad hay que contemplarla en relación con el título que motivó la inmatriculación.

— A pesar de la dualidad que se admite, no creemos pueda hablarse de diferencias a propósito de los procedimientos de las letras B y C, que han sido objeto de estudio. Por tanto, no consideramos admisible decir que ese exceso de cabida en relación con finca no inscrita tiene como vehículo de inscripción el procedimiento de la letra C, necesariamente, pues ya hemos dicho que también cabe aplicar el de la letra B, si se cumplen sus requisitos.

En definitiva, aun admitiendo ese concepto de «exceso de cabida de finca todavía no inscrita», no vemos ninguna consecuencia distinta respecto al ámbito de aplicación los dos procedimientos de las letras B y C que hemos estudiado, pues ambos serían aplicables si se cumplen sus respectivos requisitos.

2.^a Otro compañero me dice que insista un poco más en las razones que justifican que no es necesario que la finca esté catastrada a nombre del transmitente o del titular registral *en el caso de la letra B*. Aquí me remito a lo que consta escrito más arriba. Pero esta pregunta revela que en la práctica no siempre se perciben las diferencias entre el procedimiento de la letra B y el de la letra C, diferencias que se han tratado de analizar en el presente estudio.

3.^a MAURICIO MARTÍN MORENO, que me ha oído hablar de la accesión natural, me pregunta si ha de ser considerada o no como exceso de cabida. Otro compañero contesta que la accesión natural es un supuesto especial, según resulta de una resolución de la Dirección en relación con un caso del Registro de Motril.

En mi opinión, la accesión natural no es estrictamente inmatriculación ni rectificación meramente numérica de la medida superficial. No es

inmatriculación porque no la concibo como un modo de adquirir, sino que, según el Código civil, es una extensión de las facultades del dominio, que no implica un *nuevo* título adquisitivo distinto del que consta ya inscrito. Tampoco es rectificación numérica porque bien claramente resulta que es un agregado de terreno.

Ante esta alternativa, sería fácil decir que es un supuesto especial *sui generis*. Pero, como el Reglamento Hipotecario no lo contempla, nos parece interesante averiguar cuál es ese «género». Personalmente creo que, a efectos de inscripción es más asimilable a los procedimientos de inscripción de excesos de cabida, pues aunque no suponga rectificación simplemente numérica, *no hay un nuevo título distinto* del que figura ya inscrito, según hemos dicho, y por ello no vemos inconveniente en que puedan aplicarse los mismos procedimientos de inscripción de excesos de cabida. Obsérvese que la hipoteca se extiende naturalmente a las accesiones naturales, como también a los excesos de cabida consistentes en rectificaciones numéricas. Claro que puede haber alguna diferencia, pues en aquellas cabe el pacto en contrario.

En cualquier caso, el tema de la accesión natural, aunque es muy interesante, no creo que deba ser objeto de debate aquí, pues no afecta de modo directo al tema planteado: la diferenciación entre los dos procedimientos de base catastral.

4.^a RICARDO ROJAS MESTANZA se extraña de la solución que di al tema de la limitación de efectos del artículo 207 de la Ley al considerarlo aplicable a ambos procedimientos, siendo que a lo largo de toda la exposición me había venido esforzando por señalar la distinta naturaleza de uno y otro procedimiento, cosa que no he llevado a sus últimas consecuencias en el tema de la limitación de efectos, que según RICARDO ROJAS sólo debe aplicarse al procedimiento de la letra C y no al procedimiento de la letra B.

Mi contestación en aquel momento fue que, a pesar de las dudas que tenía y del distinto fundamento de uno y otro procedimiento, había seguido la tesis de LA RICA, por un argumento *de maiore ad minus* consistente en que si el procedimiento de la letra C tenía mayores requisitos en cuanto a la exigencia del título traslativo, publicación de edicto, certificación a nombre del transmitente, y se le aplicaba la limitación de efectos durante dos años, no podía ser distinto el procedimiento de la letra B, que en mi opinión respondía a menores exigencias.

Sin embargo, mi postura actual ha cambiado y es la que recojo en el epígrafe anterior, pues recapacitando he observado que tiene razón RICARDO ROJAS MESTANZA, ya que el Reglamento no alude a la limitación de efectos durante dos años, sin que sea aplicable por analogía lo dis-

puesto en el artículo 207 con referencia al 205, porque la letra B me he esforzado en demostrar que no tiene relación con el citado artículo 205 y, en fin, el argumento con el que yo contaba *de maiore ad minus* no me convence, pues en otros aspectos (datos catastrales estrictos) la letra B tiene mayores garantías.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad

NOTAS

La modernización del «Companies Registration Office» (CRO) de Inglaterra

I. ANTECEDENTES GENERALES

En Gran Bretaña, como en Suecia, Dinamarca y en gran número de Estados de USA, no existe un Registro Mercantil paralelo al español. Es simplemente de sociedades y está integrado por varias unidades independientes: una para las sociedades domiciliadas en la Inglaterra estricta y Gales, tiene su central en Cardiff y una terminal de consultas en Londres; otra en Edimburgo, para las escocesas; quedan aparte las de Irlanda del Norte e Isla de Man. Y en las de Jersey, Guenersey y Sacks, instituciones próximas desempeñan las funciones al mismo correspondientes.

Sabido es que el derecho territorial inglés, basado en estructuras feudales, mal comprendidas en la actualidad, pero que POLLOCK resumió con precisión lapidaria declarándolas «real asociación cooperativa de mutua defensa de sus miembros», se distancia considerablemente del continental, pese a que los intereses a proteger son idénticos, pues la civilización es equivalente y sus resultados no difieren. En cambio, el de sociedades, como más moderno, se halla en grado de proximidad muy superior, pero tiene matices que le singularizan agudamente. Se espera que con el ingreso de Gran Bretaña en el Mercado Común se acentuará la asimilación y algún paso en este sentido ha sido ya dado actualmente.

Estas notas tienen como finalidad muy concreta la exposición de un determinado procedimiento de mecánica registral. Por ello, un análisis, o simple detalle, de derecho sustantivo es inadecuado, lo propio que del procesal o adjetivo no relacionado con el objeto perseguido. Pero se estima de alguna utilidad una muy leve y general pincelada panorámica,

tanto para centrar el tema como para ser utilizada como elemento que resalte la lógica de un sistema o yunque de contraste de posturas u orientaciones.

El Registro de referencia no depende del Ministerio de Justicia sino del de Comercio; su orientación general es publicitaria; es un instrumento, un medio, no un fin y, como se ha dicho, mucho tiempo y mucho dinero se ahorrarían si en relación con los registros territoriales se tuviera en cuenta esta elemental verdad. Publicidad destinada, en nuestro caso, a los socios, a los futuros inversores, a los acreedores y cualquier interesado para que en forma rápida, simple y económica puedan tener una visión de la estructura de la compañía, de la sanidad de su patrimonio, de la identidad e idoneidad de sus administradores, etc.

Por ello el Registro es público y los documentos accesibles directamente a los consultantes, sin perjuicio de las informaciones por correspondencia que no sólo están reguladas, sino que son muy numerosas. En este extremo el CRO se diferencia de los territoriales de Inglaterra y Gales (radicados en Croydon, Harrow, Nottingham, Tunbridge Wells, Plymouth, Gloucester, Lytham, Durham, Stevenage y Swansea, con central administrativa en Londres), cuyas informaciones sólo están al alcance de titulares de derechos, personas por ellas autorizadas o interesados muy cualificados. En cambio, en Escocia e Irlanda son públicos desde tiempo inmemorial. Es de advertir que la Circular núm. 32 de 1971 de la Dirección del Registro Territorial de S. M., no sólo reiteraba el carácter reservado de los mismos, sino que anotaba que una Comisión que había estudiado el tema no propiciaba el apoyo de innovación alguna.

En el CRO que estudiamos, no sólo la información es absoluta, sino sumamente económica; el Arancel o determinación de *fees* obrante en la «Companies Act» de 1967, vigente, y que sólo comprende cuatro apartados, señala como importe de la información la cantidad de cinco pences, o sea, unas 7,50 pesetas al cambio actual. Tal como se realizan, según se describirá, no es difícil llegar a la conclusión que el coste real del servicio es bastantes decenas de veces superior a la tasa que se percibe. Pero la norma está establecida en Ley y en los regímenes parlamentarios las ruedas legislativas se mueven con extraordinaria lentitud. Un aviso para aquellos países en los que se señalan importes en disposiciones de alta categoría, de compleja modificación, y que no pueden adaptarse con la urgencia adecuada a las constantes alteraciones monetarias de que son víctimas.

La finalidad informadora del CRO no excluye la jurídica, pero se tiene la impresión de que ello se realiza en términos mucho más reducidos que aquellos a los que estamos acostumbrados y apenas hay juristas en sus dependencias. La calificación fundamental es la de la constitu-

ción o fundación de la sociedad, que implica la concesión de la personalidad jurídica de forma que, salvo alguna excepción, sólo las que poseen el certificado de incorporación expedido por el Registrador pueden iniciar sus actividades. Y así como para que las personas físicas puedan ser sujeto de derecho es preciso que hayan nacido vivas, viables, y en forma humana, el más ligero defecto impide la incorporación de una sociedad. El criterio es coincidente con los de Francia, Suiza, Alemania e Italia, y muchos otros, y si lo citamos es por haber observado en España alguna oficina en la que, sin duda infravalorando la calidad de las funciones de homologación y creación de ente que el Estado le confía, se registran sociedades defectuosas denegando la publicación parcial de los estatutos considerados tales. Este proceder, a nuestro juicio incorrecto, parece fundarse en la arraigada y similar práctica del ámbito hipotecario, basada en una omnicomprensividad y diafanidad distintiva de la categoría formal romanista de derechos reales y personales, que no deja de ofrecer ciertas vacilaciones en cuanto a los extremos referidos.

Las sociedades inglesas pueden ser públicas o privadas, de responsabilidad universal o limitada, por acciones o con garantía y no dejan de tener peculiaridades características las *overseas*, fundadas en el exterior pero que actúan en Inglaterra, las de seguros, las incorporadas por «Charter» o «Act of Parliament», las «Limited Partnership» de la «Act» de 1907... y, como es natural, la documentación requerida para su ingreso en el registro varía.

Unas notas sobre la denominación: las de responsabilidad limitada exigen al final el «Limited» o el galés «Cyfynedig» posible para las domiciliadas en Gales. Aún se permite presentar la documentación en galés a las domiciliadas en tal país, pero acompañada de traducción inglesa conformada por Notario o «solicitor» calificado. Con la correspondiente autorización, pueden prescindir del «Limited» las creadas con finalidades artísticas, culturales o similares, de cuya normativa resulte la imposibilidad de distribuir dividendos o beneficios.

El Registrador puede rechazar las denominaciones utilizadas por otra compañía así como las susceptibles de inducir a error sobre su objeto o con indicaciones muy específicas: británica, real, universal, etc. No existe, propiamente, un Registro de denominaciones sociales, pero, sin garantía de prioridad, se puede obtener del Registro una previa aprobación de la denominación proyectada. Tampoco se garantiza su no inclusión en el «Trade Marks Index», extremo que deben tener en cuenta los fundadores. Dicho Registro de Propiedad Industrial no está a cargo del CRO, pero sí, aunque sin mecanizar y en Londres, el «Register of Business Names», de nombres comerciales distintos a las denominaciones

sociales, o sea, de propietarios de empresas o comerciales fantasiosos. El número de los registrados excede de los dos millones.

Ciñéndonos al caso más común, la documentación para la fundación de una entidad consiste en el *Memorandum* y los *Articles*, detalle de propósitos y estatutos, aproximadamente. La «Companies Act 1948» contiene modelos de los últimos, a los que referirse, y, además, *specimens* de ellos y de *memorandums* se hallan a la venta en los «Law stationers». Los *Articles* deben presentarse impresos y en párrafos numerados. Ambos documentos deben estar firmados por los fundadores y las firmas legitimadas por Notarios públicos, Comisionados para Juramentos o «Solicitors» autorizados. Como es sabido, el notariado de corte latino no tiene paralelo en Inglaterra. Aunque en los siglos XIII y XIV los abundantes Notarios eclesiásticos o imperiales, autorizados para dar fe *ubique terrarum* efectuaron algunas inmisiones, el «Common Law» impidió rígidamente su arraigo. Sus funciones técnicas están ejercidas, normalmente, por los «Solicitors».

A tales documentos, y en los correspondientes formularios, se acompañan, si procede, las declaraciones relativas a la suscripción del capital, nombramiento de directores y secretario y la de cumplimiento de las obligaciones legales respecto a la registración, ésta formulada por algún director o por el «Solicitor» encargado de la constitución.

Tales declaraciones, como la mayoría de las que se efectúan en el CRO bien para notificar hechos o para acompañar documentos, se realizan rellenoando impresos homologados que se expenden tanto en las oficinas registrales como en los «law stationers». Es posible contar más de 60 formularios.

Los extremos registrales son múltiples: modificaciones de la sociedad, o sea, alteraciones del *Memorandum* o *Articles*, emisión de obligaciones o *debentures* o constitución de cargas flotantes (términos e institución ya aceptados por la moderna legislación argentina), transformaciones, disolución, fusión... Queremos destacar que es norma general en Inglaterra, con numerosas excepciones, la prohibición de anuncios invitando a inversiones o depósitos de dinero y caso de realizarlo las compañías—públicas—deben remitir previamente al CRO el *Prospectus* correspondiente y el *Annual Return* que debe contener numerosos extremos, además del Acta de la Junta Ordinaria y de los Balances, como cargas o deudas aseguradas con *mortgage*, relación de acciones transferidas, detalles de directores y secretario con emolumentos y gajes percibidos por los primeros, relación de salarios superiores a diez mil libras, acciones de compañías subsidiarias, etc. Caso de no remitirse a su debido tiempo el Registrador debe reclamarlo, pudiendo imponer sanciones, sin perjuicio de las civiles o penales, en casos de inexactitud, sanciones señaladas

también por las instrucciones de la CEE. Los poderes y sus revocaciones no se registran.

Aparte la fundación, en la que la incorporación tiene carácter constitutivo y es el epígrafe de mayor cuantía del citado corto arancel (50 L.), la publicidad ordinaria del CRO es simple, informativa. No obstante, en algunos casos (alteración de *memorandum* o *articles*, disolución, nombramiento de liquidador, variación de directores, etc.) los terceros deben ser informados por la presentación de los correspondientes documentos y su publicación en la *London Gazette*. De no ser así no surten efectos contra ellos salvo mala fe.

La prioridad se lleva con mucho rigor en lo relativo a *mortgages* y cargas, *receivers* y nombramiento de liquidadores, que deben ser examinables tanto en Cardiff como en Londres una hora después de su ingreso en el Registro, lo que parece ser de cumplimiento algo difícil.

La registración se efectúa incorporando los documentos presentados a las carpetas o legajos correspondientes a cada sociedad. Con ello se cumple la prescripción legal que obliga al «depósito» de los documentos para que puedan ser examinados.

II. EL PROCESO DE MODERNIZACION

Nos contraemos al Registro de Inglaterra y Gales, objeto de nuestro examen. El procedimiento de registración indicado en ciento veinte años de registro, aproximadamente, dio lugar a un incremento considerable de los archivos, acrecentamiento de dificultades de examen por el público, posibilidades de desaparición o inutilización y difícil cumplimiento por parte del Registrador de sus funciones—activas—de reclamación de los *Returns* a las entidades morosas. Lo propio en otro caso de actividad: presunción de extinción.

De diversa documentación facilitada, y en especial de un interesantísimo opúsculo firmado por P. ALWOOD, del «Management Services Division» del Ministerio de Industria, extraemos varios datos. En 1974 se constituyeron, en Inglaterra y Gales, 40.371 sociedades. El promedio anual varía de 20 a 60.000; el de las disueltas oscila entre 20 y 30.000. El número de las «vivas» ha sobrepasado la cifra de 643.000; el ingreso diario de documentos se puede calcular en 6.000, cada laborable; en 1975 se archivaron 1.400.000 documentos. Las «manifestaciones» o consultas en el propio año se pueden redondear en 1.900.000. Las fotocopias entregadas diariamente a los consultantes pasaban de las 6.000, además de las 3.000 que se diligenciaban en forma postal. La sala de pupitres de consultantes en Londres disponía de 462 plazas.

A partir de los años 50, en que las deficiencias del sistema se hicieron sensibles, se habían realizado algunas innovaciones: introducción y mejora del servicio de fotocopias; instalación de tubos neumáticos para el transporte de la documentación entre las diversas secciones, etc. Sus resultados fueron de alcance limitado y por ello, a partir de 1970, se consideró seriamente la autilización de computador y microfilmado, realizándose los oportunos estudios de los que se dedujo que lo más urgente y fundamental era la instauración del último procedimiento, sin perjuicio de la limitada aplicación del primero.

Se planteó el problema de la elección entre el microfolio o la microficha. Al primero quedaban adheridos, en forma permanente, láminas o fragmentos de films, de 16 mm. normalmente, correspondiente cada fotografía a una página. En el segundo los mismos eran introducidos en *jackets* o estantes paralelos de plástico transparente y eran susceptibles de alteración. La decisión se inclinó hacia el último *jacket* de cinco estantes, con capacidad para 60 láminas, por estimar que tal cifra cubría el promedio de información archivada correspondiente a cada entidad, sin perjuicio, caso de exceder de dicha cifra, de ser asignadas varias microfichas a la entidad, en la forma que más tarde exponaremos.

Advirtamos que en el mercado actual una microficha estándar contiene hasta 269 láminas y que las llamadas «ultrafichas» tienen una capacidad para 3.000.

Los mismos estudios previos señalaron que, en principio, las microfichas originales deberían quedar en el archivo del Registro. Al público llegarían reproducciones de las mismas. Ello se cumple en Londres, aunque todavía no en Cardiff. Pero implica la existencia de unas máquinas reproductoras rapidísimas, que detallaremos en su momento, y que ha sido uno de los problemas de más difícil solución del proceso renovador.

La efectividad y rapidez del proceso exigió importantes determinaciones:

a) Aunque el edificio de Londres disponía de locales relativamente amplios, pues había sido inaugurado en fecha no muy distante, se acordó la construcción de otro adecuado en Cardiff, donde además de amplio solar era posible hallar personal abundante, lo que constituía un grave problema en Londres. Además, con los rapidísimos trenes «Inter-City» ambas poblaciones quedan sólo a dos horas de distancia. En la Oficina de Londres existirá una reproducción íntegra del Registro de Cardiff, con Oficina pública de consulta.

b) Instalación, con carácter provisional, de la unidad filmadora en Eastcote, donde se iría trasladando la documentación de Londres para

la elaboración de las microfichas, mientras se construía el edificio de Cardiff. El edificio de Londres no resultaba ni cómodo ni pacífico. Allí se filmaron unos cincuenta millones de páginas que no correspondían a toda la documentación del archivo: se prescindió de filmar balances e informaciones con más de tres años de antigüedad; relaciones atrasadas de accionistas (algunas alcanzaban 30.000 páginas); notificaciones de cambio de domicilio o relevos de directores o secretarios ya caducados y con más de siete años de antigüedad, etc. La documentación se iba devolviendo a la Oficina de Londres, para no interrumpir el servicio de consultas más de lo indispensable, sin perjuicio del traslado, en su día, de equipo de filmación y archivo completo al edificio de Cardiff.

El nuevo inmueble de Cardiff empezó a funcionar el 6 de abril de 1976, aunque la inauguración solemne se retrasó hasta el 11 de junio. Se trata de un edificio soberbio, algo distante del Centro de Cardiff, pero bastante bien comunicado, que dispone de amplios *greens*; está estupendamente decorado con pavimento estilo galés, piscina, fuente monumental y un maravilloso tapiz de lana en la recepción. En la parte principal radican restaurante, *coffee lounge* y sala de esparcimiento para el personal. Tiene un anejo de varios pisos destinado a *parking* con 660 plazas. En sus alrededores pudimos ya observar varios rótulos de entidades dedicadas a las *search* registrales.

III. UNIDAD FILMADORA. ARCHIVO. REPRODUCCION

Interesa una descripción somera, no técnica, de la unidad filmadora ya instalada en Cardiff actualmente. Sus fases principales son las siguientes:

a) Fotografía: Se lleva a cabo mediante cámaras filmadoras tipo planetario seleccionadas por adaptarse mejor a la diversa calidad, colorido, tintas y tamaño de los documentos obrantes en el archivo. El número de las mismas, en Eastcote, que permitió los 50.000.000 de reproducciones en escasos meses, fue de 43. Actualmente tal número es innecesario, ya que se calcula que los documentos anuales a fotografiar difícilmente alcanzarán los cinco millones.

Previamente se clasifican los documentos. Una plantilla de rótulos-base permite confeccionar rápidamente el indicativo del contenido de las fotografías siguientes y, según los casos, la fecha se consigna en el mismo o en otro independiente. Tal labor es sumamente delicada, pero facilita

extraordinariamente la de envasado de las láminas. El hecho de que la documentación obre en legajos y no esté encuadrada exige mayor dedicación en la tarea, que sería mucho más simple en España de filmarse libros perfectamente encuadrados y con contenido clasificado.

b) Revelado: Los rollos pasan al departamento de procesado o revelado donde las tres máquinas «top-desk film process», procedentes de Eastcote, obtienen muy rápidamente el negativo.

c) Control: Mediante la maquinaria correspondiente y los lentes complementarios se examinan una por una las fotografías y efectuado el «chequeo» las deficientes se eliminan procediéndose a una nueva refilmación de documentos. Es de advertir que debido a la antigüedad de éstos, a calidades de tinta o a los estrechos márgenes de encuadraciones algunos casos son insubsanables. Por ello las deficientes de tal grupo son refilmadas con los rótulos «Indistinct original» o «Tight Binding» expresivos de la causa de la deficiencia.

d) Envase: Con arreglo a los rótulos indicativos los rollos son seccionados en láminas que se introducen en los «jackets» correspondientes. En muchas ocasiones en los propios «jackets» obra la lámina con la fecha de la filmación que, como la de clasificación, es legible fácilmente sin necesidad de lente o aparato alguno.

Actualmente hay 22 máquinas «jacket reader-fillers» y así como las filmadoras utilizadas en Eastcote tienen actualmente menos interés; en cambio, las envasadoras, debido al constante movimiento de microfichas a las que hay que agregar láminas, se considera que su número deberá aumentar.

En la parte superior del «jacket», como se ha dicho, se consigna el número de la sociedad y para el caso de que la misma contenga varias microfichas, determinadas letras indican el contenido de cada una: G equivale a estructura general; R a *annual returns* y M a *mortgages*, susceptible de subdividirse en MD, *mortgage-documents* y MCH, *mortgage-charges*. A su vez, cada uno de estos grupos pueden contener varias microfichas, que se numeran. Pero el caso es excepcionalísimo.

Con ello se ha formado «la mayor biblioteca de microfichas del mundo». Clasificadas en grupos forman pequeños «libros» con numeración de seis dígitos que son colocados en enormes estanterías metálicas tipo panel, de varios pisos, que giran alrededor de un eje. Hay 24 paneles en Cardiff y otros tantos en Londres, aunque sólo 20 de ellos están destinados a las sociedades «vivas». Cada estantería-panel con una máquina duplicadora y una estación o punto de recepción-entrega de la cinta transportadora, que más tarde describiremos, forman una unidad independiente. Los otros cuatro paneles están destinados a sociedades disueltas, previsiones de futuro, etc.

Es de observar que entre las estanterías de los paneles se halla una madera circular que gira alrededor del propio eje y permite a la operaria encargada del panel-archivo, situada a un lado del mismo, remitir a la que maneja la reproductora, situada al otro lado, las microfichas solicitadas sin que ninguna de ellas tenga que trasladarse. Estas *spinners* son llamadas «mesa victoriana» o «Susana perezosa en el *argot* del departamento.

Las máquinas duplicadoras, que reproducen en sepia las microfichas originales o las reproducciones de éstas, constituyeron uno de los más difíciles problemas del equipo técnico. Había que prever que en horas punta, en Londres, pudieran facilitarse hasta 10.000 reproducciones hora y los elementos del mercado no reunían las características adecuadas. Por fin se consiguió el tipo actual, que permite a cada máquina facilitar 600 reproducciones hora. Hay instaladas 22 en Londres y sólo seis en Cardiff, donde la consulta es muy inferior, de forma que cada máquina puede atender varios paneles.

IV. CONSULTAS

Aunque en Cardiff el público accede todavía a las microfichas «matrices», mientras que en Londres el íntegro archivo es de reproducciones, el procedimiento u operatividad de que nosotros llamaríamos «manifestación» es idéntico. Pero la de Londres reviste ciertas peculiaridades que le dan cierto sabor y por ello rellenaremos las cuartillas siguientes con una visión coloreada de nuestra consulta junto con la operatividad general.

El candidato a consultante, al penetrar en el edificio, pone a disposición del «policeman», que con una barrera controla el paso, todos los bultos que lleva consigo que, después de examinados y hallados conforme, le son devueltos. Seguidamente penetra en la sala de «índices» y utilizando la máquina correspondiente obtiene el número de la sociedad cuyo nombre ya conocía. Si ya conoce el número (que debe obrar en todos los impresos de la entidad) tal operación es innecesaria. La sección índices merece unas notas especiales y por ello más tarde nos dedicaremos a la misma en forma exclusiva.

Con el número conocido se adquiere en el *cashier* de la propia sección un pequeño impreso que rellena con el nombre de la sociedad y su número. El precio del impreso es de cinco pences, o sea, 7,50 pesetas, único pago a efectuar por todo el servicio que pasa a exponerse.

En el *cashier* referido se expenden también impresos solicitando duplicados de microfichas, rollos de índices, cassettes con relaciones de accionistas, etc.

Con el impreso-solicitud preparado se penetra en la sala inmediata, la de consultas, que contiene las siguientes secciones: mostrador de recepción, sala de lectoras, sala de lectoras-reproductoras y hasta un pequeño salón en el que esperan los que sólo han ido a solicitar copia de alguna microficha, que se suministra rápidamente, si se desea.

Entregada en recepción la solicitud, recibe el consultante una contraseña indicativa de la máquina lectora que debe utilizar, o sea, el número de la misma, y además una reducida papeleta, en la que, entre otros datos, consta hora exacta de la recepción y la advertencia de que transcurridos veinte minutos sin haber sido atendido debe formular la correspondiente reclamación.

La instalación de máquinas lectoras es impresionante, sobre todo comparado con nuestras «manifestaciones». En consolas no amplias, pero sí cómodas y de forma que se eliminan hasta inmisiones de vecindad, con un pequeño pupitre a la derecha para tomar notas, se hallan instaladas en diversas filas 316 máquinas (en Londres, donde debe alcanzar la cifra de 380; en Cardiff sólo hay 50). Los tipos de máquinas son sobradamente conocidos. Las máquinas de Inglaterra permiten la magnificación de la lámina 24 veces, equivalentes, por lo general, al tamaño real. Se estima que la magnificación por 21 proporciona normalmente ya una lectura excelente. Allí recibe el consultante la microficha o microfichas solicitadas envueltas en sobres indicativos del contenido y se le formulan advertencias relativas a las microfichas de *mortgages* y *charges*, caso de existir y no haber sido solicitadas, así como de la existencia de documentos recién llegados y pendientes de microfilmación.

Efectuado el examen de la microficha y tomadas, en su caso, las notas oportunas, el consultante puede llevarse la microficha sin abono alguno o introducirla en el depósito de *litters*.

Si desea fotocopias de alguna lámina penetra en el salón de lectoras-reproductoras, con control independiente donde en pleno «autoservicio» o con los auxilios del personal obtiene las fotocopias deseadas abonando cinco pences por copia. No se trata del negativo, sino una reproducción del documento obrante en él, tamaño folio, como en cualquier fotocopiadora corriente. Estas «reader-printers» son más complejas que las simples lectoras, pero accionando un simple dispositivo se obtiene la fotocopia en breves instantes. El precio de las mejores oscilará alrededor de las 150.000 pesetas. Hay instaladas 17 en la sala de Londres. Como las lectoras, dispone de movimiento de páginas o láminas, rota-

ción, para el caso de que el documento esté escrito horizontalmente y su pantalla bastante capacidad para dos folios, lo que es casi necesario para el examen de balances o cuentas.

Pero el consultante puede desear una simple copia de la microficha, para examinarla cómodamente en su domicilio donde dispone de la correspondiente lectora, cuyo precio es asequible a muchos profesionales. Por correo o mediante un subalterno verifica la correspondiente solicitud y en pocos minutos se le facilita. Además, para fomentar tal sistema, en el propio registro entregan impreso con relación de las empresas comerciales del ramo y para evitar omisiones y para que puedan tenerse en cuenta las novedades se le señala la publicación *A Guide to Microfilms Readers and Reader-Printers* que edita «G. G. Baker and Associates», 54, Quarry St., Guilford, Surrey.

Pueden interesarle los documentos originales filmados o los no filmados. A diferencia de Argentina, lo filmado no se destruye. En el edificio de Cardiff, de momento, existen más de 20 millas de estanterías con la íntegra documentación. Varias máquinas fotocopadoras para estos documentos se hallan a disposición del público.

Las extensas relaciones de accionistas no acostumbran figurar en las microfichas, sino en cassettes que se venden, lo propio que los índices como ya hemos indicado.

También pueden examinarse, en máquinas especiales, los ejemplares de la *London Gazette* obrantes en microficha con los anuncios del Registro que aparecen dos veces por semana. La magnificación es de 42 veces, dado lo apretado del texto y en el comercio se hallan en venta máquinas con lentes intercambiables que permiten alcanzar tal magnificación, que es la recomendada.

Pero pasemos a la operatividad interna, la que tiene lugar en la dependencia desde la entrega del boleto-solicitud hasta que el consultante tiene ya en su poder la microficha.

La solicitud, según el número de la sociedad, es expedida por una cinta transportadora—una verdadera maravilla mecánica por su simplicidad y eficiencia—hasta la estación o punto receptor del panel correspondiente, donde el encargado del mismo lo extrae de la carpeta en que obra y, con la solicitud, por medio de la *spinner* la remite a la duplicadora a su servicio. Esta, efectuada su labor, devuelve la microficha al panel para su archivo y, envuelto en un sobre con las correspondientes advertencias, ya citadas, la copia de la microficha y el boleto-solicitud a recepción por la misma cinta transportadora que pasa también a su lado. En recepción se entrega al consultante que espera frente a la lectora que le ha sido asignada.

V. INDICES

Como ya apuntamos, el computador se utiliza para la formación de índices de las compañías así como para que el Registrador pueda efectuar las reclamaciones de *Annual Returns* no presentados a su debido tiempo.

En 1970 empezaron a efectuarse los estudios correspondientes y con el sistema ADP se consiguió un archivo de fichas en las que figuraba el número de la sociedad, su denominación, domicilio, fecha de incorporación y de presentación del último *Return*. Con ello el Registrador podía fácilmente efectuar las correspondientes reclamaciones.

Con estas fichas y mediante el COM («Computer Output on Microfilm») se elaboró el Índice General, comprensivo de todas las sociedades «vivas», el día 1 de enero de 1976. Las disueltas con anterioridad a tal fecha, o que habían cambiado su nombre, figuran en otros índices especiales en la misma sala donde se examina el General, pero son manuales.

El índice general obra en films incorporados a cassettes; está dividido en cuatro sectores correspondientes a partes del alfabeto: De la A a la D; de la E a la K; de la L a la R, y la última parte comprende las restantes letras del alfabeto.

Existen varias máquinas para cada sector de alfabeto, cada una con su correspondiente cassette. Así, varios consultantes pueden examinar a la vez la misma parte de índice.

Diariamente y en una microficha se ofrecen al público las nuevas sociedades incorporadas y en otra las disueltas o que han cambiado el domicilio. A fin de mes se renuevan los índices generales. Se adicionan, mediante el computador, las nuevas incorporadas y en las disueltas o cambiadas se efectúa, al final de la denominación, la adición de las letras D o C, disueltas o cambiado domicilio. Al final de cada año natural estas C y D, desde 1 de enero de 1976 pasan a índices especiales, obrantes en cassettes y a las que están dedicadas sendas máquinas particulares.

A efectos de formación del índice de acuerdo con el alfabeto se considera inexistente en las denominaciones sociales el artículo *the*; las cifras romanas como letras y las árabes, a estos efectos, quedan asimiladas a su consignación en letras. Así 5 = cinco.

Las máquinas son unas lectoras especiales. Se utilizan de pie, a diferencia de las lectoras de microfichas; tienen enfoque, pero no rotación,

y están dotadas de tres velocidades: la máxima, tan rápida que de no aparecer cuando se usa en la parte superior la letra del alfabeto relativa a las páginas en movimiento, sería imposible controlar su contenido; otra velocidad media en la que rápidamente pasa página a página y además manualmente, mediante palanca, se efectúa a discreción el cambio de página.

El índice, naturalmente, sólo se utiliza cuando no se conoce el número de la sociedad, que debe figurar en todos los impresos de la misma. No hay cargo alguno para su utilización.

Y como ya hemos indicado, por 120 libras pueden adquirirse todos los films, en las correspondientes cassettes. También están a la venta las microfichas de nuevas incorporaciones y autorizadas las suscripciones al general, renovaciones mensuales y adiciones diarias.

Advirtamos, finalmente, que el índice comprende incluso las denominaciones de sociedades domiciliadas en Escocia o Irlanda del Norte. Al final de la denominación, en tal caso, se encuentran los indicativos SC o NI.

José M. PIÑOL AGUADÉ.

JURISPRUDENCIA

Q. Now, you're going to tell me that the
Q. Now, you're going to tell me that the

II. Resoluciones y Sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

3. LA FRASE FINAL DEL PÁRRAFO 6.º DEL ARTÍCULO 86 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL ÚNICAMENTE SE REFIERE A AQUELLOS ACTOS CONCRETOS QUE SEAN INSCRIBIBLES EN EL PROPIO REGISTRO MERCANTIL.

Resolución de 25 de agosto de 1976 (B. O. del E. de 22 de octubre).

Antecedentes de hecho.—Mediante escritura autorizada por el indicado Notario en 23 de septiembre de 1975, don Juan Chover Piquer, como Director-Gerente de «Promoción Viviendas Levantinas, S. A.» (PROVILESA), de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de los Estatutos sociales, confirió poder a don Vicente Bordón Felipe para vender los locales comerciales y las viviendas que integran el edificio señalado con el número 11-13 de la calle Domenico Scarlatti, antes Gaztambide, número 89, de Madrid, que es la finca número 4.352 del Registro de la Propiedad número 5, a quien tenga por conveniente, bajo los pactos, condiciones y precio que estime oportuno, que confesará haber recibido, recibirá al contado o al vencimiento del plazo establecido, pudiendo para este caso exigir y aceptar las garantías hipotecarias o condición resolutoria que estime oportunas, que en su día podrá cancelar firmando al efecto los documentos públicos o privados que fueren menester al objeto del presente poder; que tanto los Estatutos de la mencionada Sociedad como el nombra-

miento para el cargo del señor Chover aparecen inscritos en el Registro Mercantil, según se expresa en la citada escritura, y que, en base a este apoderamiento, mediante escritura de 19 de diciembre del mismo año, autorizada por el nombrado Notario, el señor Bordón vendió a don Luis Pérez Carreño el piso 2.º, número 4, de la mencionada casa de la calle Domenico Scarlatti.

Presentado en el Registro el anterior documento junto con la escritura de poder reseñada, fue calificado con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento en este Registro de la Propiedad, número 5 de Madrid, con copia de la escritura de poder otorgado por la Sociedad 'Promoción de Viviendas Levantinas, S. A.', a favor de don Vicente Bordón Felipe, con fecha 23 de septiembre de 1975, ante el Notario don Juan Vallet de Goytisolo, asiento número 1.575, al folio 119 del tomo 26 del Diario, se suspende su inscripción por el defecto que se estima subsanable de falta de previa inscripción en el Registro Mercantil de la relacionada escritura de poder, conforme preceptúan los artículos 86-6.º y 95 del Reglamento del Registro Mercantil. No se ha solicitado anotación preventiva de esta suspensión.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que las facultades de don Juan Chover Piquer figuran inscritas en el Registro Mercantil de Madrid al folio 12 del tomo 1.571 general, 999 de la sección 3.º del Libro de Sociedades, hoja número 6.993, inscripción 13, según resulta de la escritura de formalización de cambio de denominación social, aceptación de dimisión y nombramiento de Consejeros y refundición de Estatutos, autorizada el 19 de diciembre de 1969, de la que se acompaña testimonio; que el poder otorgado por don Juan Chover Piquer, como Director-Gerente de «Promoción Viviendas Levantinas, S. A.» (PROVILESA), a favor de don Vicente Bordón Felipe, no ha sido inscrito en el Registro Mercantil de Madrid por no considerarse preciso, según después explicará; que como preceptos aplicables al caso señala los artículos 21-6.º del Código de Comercio, 86-6.º del Reglamento del Registro Mercantil; que el número 6.º del artículo 21 del Código de Comercio sólo impone la inscripción en el Registro Mercantil de los poderes generales; que el artículo 86, número 6, del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 ha tratado de dar la vuelta al precepto del Código de Comercio, al establecer como general la inscripción de los poderes, con excepción de los otorgados para pleitos y los relativos a uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción; que esta pretendida extensión en el texto legal del Código de Comercio parece exceder de la competencia de un reglamento y resulta, además, carente de sentido, pues para los destinatarios de poderes especiales para realizar actos concretos es suficiente publicidad, al mismo tiempo imprescindible, la exhibición del título, por lo cual la interpretación del número 6 del artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil debe tener, cuando menos, carácter restrictivo; que de acuerdo con lo dicho, lo razonable parece que sería entender que la obligatoriedad de la inscripción exigida por el precepto reglamentario se refiere solamente a los actos que deban ser inscritos en el Registro Mercantil; que la referencia hecha en la nota calificadora al artículo 95 del Reglamento del Registro Mercantil hace más patente lo que se acaba de alegar, por cuanto, de ser exacta la opinión del Registrador, resultaría que unos poderes que facultan para realizar actos concretos que pueden ser de suma urgencia e incluso vitales para la Sociedad, no podrían ser aceptados por ningún Notario mientras no hubiesen sido inscritos en el Registro Mercantil, después de aguardar el correspondiente turno según el retraso que sufra la oficina registral, lo que contraría la celeridad característica del tráfico mercantil necesario para el buen desenvolvimiento de la economía nacional, con lo que se perjudicaría el bien común, que es nota esencial del Derecho, y que el absurdo señalado

resulta más palpable en el presente caso, en que el Notario autorizante del poder cuestionado ha sido el mismo que intervino en las demás escrituras sociales, por lo cual ha tenido a la vista todos los antecedentes precisos para el perfecto conocimiento de la situación y la mejor apreciación de la legitimidad del otorgante.

Los Registradores titulares de la Oficina calificadora informaron: Que la nota de calificación se extendió a la vista de la escritura de compraventa y poder antecedente, sin tener en cuenta la escritura de modificación social, por lo que carece de valor la argumentación final del recurrente de tener perfecto conocimiento de la situación para apreciar la legitimación del otorgante, que es fundamento esencial del recurso la interpretación que debe darse al número 6 del artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, por su aparente contradicción con el número 6 del Código de Comercio señala los actos de los comerciantes, individuales o sociales, que deben figurar en su hoja registral, incluyendo entre ellos los «poderes generales dados a cualquier clase de mandatarios», y el artículo 86, número 6, del Reglamento del Registro Mercantil, desarrollando el anterior precepto, especifica qué poderes han de ser obligatoriamente inscritos y cuáles otros no están afectados por dicha obligatoriedad; que estiman excede de las atribuciones calificadoras el declarar no aplicable una disposición reglamentaria que no esté en abierta contradicción con la norma de rango superior; que ni siquiera aprecian contradicción entre las normas aplicables al presente caso, sino más bien complementariedad; que es evidente que la *ratio legis* del precepto reglamentario es la conveniencia e incluso la necesidad de que los poderes que emanen de órganos societarios que tengan por objeto actos sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad sean calificados y publicados por el Registro Mercantil, que es donde constan todos los datos que configuran la personalidad de la sociedad otorgante; que no se trata de un problema de interpretación restrictiva o extensiva de un precepto reglamentario, sino más bien del desarrollo de un precepto legal; y que en cuanto a las alegaciones sobre posible urgencia de otorgamiento y características del tráfico mercantil, este problema tiene su solución en el artículo 164, párrafo 2.º, del Reglamento Notarial;

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota recurrida por estimar que si la contradicción del ordenamiento reglamentario con el legal fuese flagrante habría de decidirse el Registrador por la primacía jerárquica de la ley, observando ésta y no aquella en la calificación a efectuar, entre otras razones, porque así lo impone a todos los efectos a los funcionarios públicos los artículos 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que tras prohibir absolutamente que se dicte disposición de rango inferior contrario a la ley, declara nulas de pleno derecho las que vulneren aquella prohibición; que este supuesto es casi inconcebible, pues significaría una actuación arbitraria de la Administración, en la que se habría eludido además el previo control de legalidad que supone el preceptivo informe del Consejo de Estado; que cuando la norma reglamentaria se propone desarrollar los preceptos legales, la función calificadora carece de prerrogativa para revelar esta dubitativa ilegalidad por estar atribuida tal fiscalización al orden jurisdiccional contencioso-administrativo; que el caso debatido encaja en este segundo supuesto al sustituir el nuevo Reglamento del Registro Mercantil al «inadecuado e incompleto» de 1919, haciendo expresa mención su exposición de motivos en la «necesidad de que los Administradores, Gerentes y Apoderados tengan legitimadas sus facultades dispositivas y contractuales mediante la inscripción»; y que, en consecuencia, es correcta la calificación registral, sin que pueda suponer un perjuicio la característica celeridad del tráfico mercantil, ya que puede evitarse con la debida diligencia y en último término con la anotación preventiva del número 9 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria.

Doctrina de la Dirección General.—Vistos los artículos 16 y 20 del Código de Comercio y 86 y 95 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956;

Considerando que en este recurso se plantea la cuestión de si para inscribir en el Registro de la Propiedad una escritura de un piso, en la que la sociedad aparece representada por un apoderado designado especialmente para este acto concreto, se requiere que previamente se inscriba en el Registro Mercantil la escritura en que se formalizó tal poder;

Considerando que la actividad mercantil, con su obligado dinamismo, impone la ampliación de la esfera individual del comerciante o representante de la sociedad a través de las facultades conferidas a mandatarios, gerentes o factores para realizar una serie de actos en nombre de aquéllos, y al ser el Registro Mercantil—artículo 16 del Código de Comercio—la institución encargada de darla a conocer a través de la publicidad de sus libros, todos los actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las leyes habrán de ingresar, según el artículo 20-6.º del mismo Cuerpo legal, los poderes generales que se otorguen a favor de esas mencionadas personas, al efecto de que los terceros que contraten puedan tener conocimiento de esta circunstancia;

Considerando que el Reglamento del Registro Mercantil vigente exceptúa de la obligatoriedad de la inscripción—por razones fácilmente comprensibles—las escrituras de los poderes generales para pleitos, y respecto de las dudas que se habían planteado en relación a los poderes singulares o para actos concretos, aclara la cuestión, declarando igualmente su no obligatoriedad, siempre que tales actos concretos no estén sujetos a inscripción;

Considerando que la frase final del indicado párrafo 6.º del artículo 86 únicamente se refiere a aquellos actos concretos que sean inscribibles en el propio Registro Mercantil, y así se deduce del texto de dicho artículo, que solamente incluye en sus ocho apartados—el último con carácter general—actos de la competencia de este Registro;

Considerando, en consecuencia, que al ser el documento calificado un poder dado por el Gerente—cuyo nombramiento y facultades constan inscritos—a favor de otra persona para actos muy concretos, y que quedan fuera de la competencia del Registro Mercantil, no es obligatoria su inscripción en este Registro como requisito previo para que puedan inscribirse las escrituras de venta de los pisos de un inmueble propiedad de la sociedad y que han sido otorgadas en su nombre por el Apoderado nombrado,

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

COMENTARIO.—La necesidad de mantener incólume la publicidad del Registro Mercantil en torno al tráfico de esta clase exige la inscripción en dicho Registro no sólo de los poderes generales—artículo 21 del Código de Comercio—, sino también de los poderes especiales—artículo 86 del Reglamento de Registro Mercantil—, dando así lugar a la regla general en materia de inscripción de poderes de que «deberán inscribirse en el Registro Mercantil los poderes, así como su modificación, revocación y sustitución», siendo la excepción a dicha regla general la de que «no será obligatoria la inscripción de los poderes en el Registro Mercantil cuando se trate de poderes generales para pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción». La indeterminación de esta norma de excepción, contenida en el artículo 86,6 del Reglamento del Registro Mercantil, plantea a su vez el problema de precisar a qué Registro jurídico se refiere, pues si bien es obvio que los poderes se inscriben exclusivamente, como queda dicho, en el Registro Mercantil, no lo es menos que los actos concretos para los que se otorga poder pueden estar sujetos a inscripción en otros Registros jurídicos, como el de la Propiedad o el de

Hipoteca Mobiliaria, en cuyo caso, aunque se trate de un acto concreto, parece que deberá inscribirse previamente el poder que lo contiene por imperativo del citado artículo 86 del Reglamento de Registro Mercantil. Ejemplo claro de lo anterior es el poder para constituir hipoteca. Esta, sin duda, se encuentra sujeta a inscripción, pues de no inscribirse no se constituiría como Derecho real y sí únicamente nacería como contrato. Es evidente, por tanto, que el poder para hipotecar una finca de una sociedad, comerciante individual, etc., tendrá que inscribirse siempre y con carácter previo en el Registro Mercantil para que pueda practicarse la que corresponda en el Registro de la Propiedad. La razón de la norma del artículo 86,6 del Reglamento de Registro Mercantil es clara: siempre que bajo la forma de poder se contenga un acto sujeto a inscripción en un Registro jurídico, normalmente debe ser calificado por un Registrador distinto del que tiene a su cargo el Registro Mercantil; es decir, al Registrador de la Propiedad en el caso anterior de la hipoteca no le constan las facultades del poderdante o del órgano que actúe en su nombre, por lo que sería preciso que en tales casos, de no exigirse, como se hace en el citado artículo 86,6 del Reglamento de Registro Mercantil la previa inscripción del poder, no tendría más remedio que exigir certificación de la hoja relativa al poderdante para acreditar así sus facultades y vigencia y eliminar, por supuesto, su responsabilidad como calificador.

Quizá la lógica de los argumentos anteriores es la que ha llevado al Notario autorizante a eliminar de raíz el problema y afirmar que en el Registro Mercantil se inscriben únicamente los poderes generales. Prescindiendo de que la distinción entre poder general y poder especial no es ciertamente muy académica, ya que en el tráfico mercantil, a diferencia del civil, los Apoderados generales están dotados de un poder de extensión fijo típico, así los Factores, Gerentes y Administradores sociales que hacen todo el tráfico del comerciante en nombre e interés de él, estimamos que, como señala el Presidente de la Audiencia, no cabe entrar en un problema de si el vigente Reglamento vulnera la norma superior del Código de Comercio, pues ésta es una materia que escapa a la calificación registral y sí pertenece al ordenamiento jurisdiccional contencioso-administrativo. Incluso los antecedentes legislativos permitieron la inscripción de poderes generales y especiales; en este sentido el Código de Comercio de 1829 habla de la toma de razón de los poderes que se otorguen por comerciantes a Factores y dependientes suyos para dirigir y administrar sus negocios mercantiles; análogo criterio se sustenta en el proyecto de Código de 1837; incluso con mayor claridad el proyecto de GONZÁLEZ HUEBRA de 1 de octubre de 1858 se refiere en el artículo 53 a la toma de razón de: 1. Los poderes que el comerciante otorgue a sus Factores; y 2. De los que den a sus mandatos encargándoles alguna parte de la administración de su comercio; este mismo criterio se mantiene en el Reglamento de 1869; en la hoja se anotarán los poderes generales de los Factores y los conferidos a mandatos y dependientes y se rechaza por vez primera en el proyecto de Código de 1875, que habla de la anotación de los poderes generales dados a los Factores y dependientes y constituye el antecedente del actual artículo 21, que sólo se refiere a la inscripción de los poderes generales, norma que se completa, como queda indicado, por el Reglamento del Registro Mercantil. Y este criterio reglamentario es lógico, pues de admitirse únicamente la inscripción de los poderes generales se cercenaría de una manera evidente la publicidad del Registro Mercantil y la finalidad que este Registro persigue.

La nota de calificación que motivó el recurso se basa en la no inscripción del poder en el Registro Mercantil, poder que tiene por objeto un acto sujeto a inscripción en el Registro de la Propiedad. ¿Pero qué actos están sujetos a inscripción? Indudablemente los determinados en el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento que emplean la

palabra «se inscribirán», lo cual, como señala MORELL (tomo 1, pág. 387, Reus, 1925), no implica mandato u obligación de inscribir, sino simplemente lo que la ley quiere decir es que la persona a quien convenga hacer público su derecho por medio del Registro puede inscribir los títulos que se enumeran, pero al hacerlo, la inscripción ha de verificarse en el Registro de la Propiedad, o lo que es lo mismo, que en este Registro es donde han de ser inscritos forzosamente los títulos relacionados con la propiedad inmueble.

Finalmente, estimamos que el criterio mantenido por la Dirección General al interpretar el artículo 86 del Reglamento de Registro Mercantil, en el sentido de que la frase final del párrafo 6.º sólo se refiere a aquellos actos concretos que sean inscribibles en el propio Registro Mercantil, restringe gravemente el alcance y finalidad del indicado precepto y acarreará en la práctica una serie de dificultades para el ejercicio de la función calificadora, ya que el Registrador tendrá que exigir, en sustitución de la inscripción previa de poder, una certificación literal de la hoja del poderdante, siempre que el Notario autorizante no la consigne en el documento bajo su fe.

E. F. C.

4. EL CONTADOR PARTIDOR NOMBRADO EN JUICIO DE TESTAMENTARIA PUEDE FORMAR UNA HIJUELA ESPECIAL PARA PAGO DE DEUDAS Y LEGADOS EN LA QUE SE ADJUDIQUEN AL HEREDERO BIENES COMO LIBRES DE UNA PROHIBICIÓN TEMPORAL DE DISPONER ESTABLECIDA POR EL TESTADOR—DICIENDO QUE EL HEREDERO NO ENTRARÁ EN PLENA POSESIÓN DE SU PROPIEDAD HASTA DESPUÉS DE CASADO Y QUE TENGA HIJOS LEGÍTIMOS Y ÉSTOS HAYAN CUMPLIDO LA EDAD DE QUINCE AÑOS, Y MIENTRAS ESTA CONDICIÓN NO SE RECLICE DESEO QUE MIS BIENES RAÍCES TENGAN EN EL REGISTRO ANOTACIÓN ESPECÍFICA DE QUE PERTENECEN A LA RESERVA TRONCAL—. Y ES INSCRIBIBLE TAL ADJUDICACIÓN EN BASE DEL LLAMADO BENEFICIO DE SEPARACIÓN; PORQUE TAL HIJUELA ES INEXCUSABLE PARA SEÑALAR EL DERECHO DE LA LEGATARIA DE PARTE ALÍCUOTA, UNA VEZ SATISFECHOS LOS LEGADOS DE CANTIDAD Y LAS DEUDAS; PORQUE LA ADJUDICACIÓN DE BIENES A UN HEREDERO PARA PAGO DE DEUDAS ES ACTO PARTICIONAL, Y PORQUE EN LAS OPERACIONES JUDICIALES DE LIQUIDACIÓN HAN INTERVENIDO TODOS LOS INTERESADOS, INCLUSO LOS HERMANOS DEL TESTADOR FAVORECIDOS POR LA CLÁUSULA INDICADA, TAL COMO HA SIDO INTERPRETADA POR LOS TRIBUNALES.

Resolución de 1 de septiembre de 1976 (B. O. del E. de 20 de octubre).

Antecedentes de hecho.—Don A. A., viudo, sin descendencia de su matrimonio, falleció en Madrid el 21 de noviembre de 1962 habiendo redactado testamento ológrafo, en donde, tras declarar que «carece de herederos forzosos» y de confirmar el reconocimiento hecho en anterior testamento abierto de su hijo natural don X. X., ordenó una serie de legados, en metálico casi todos, además de otro legado en usufructo de parte alícuota de su herencia, e igualmente reconoce toda una serie de deudas que gravan su patrimonio, la mayor parte con garantía hipotecaria a favor del Banco Hipotecario, Instituto Nacional de la Vivienda, Caja de Ahorros de Asturias y organismos oficiales de crédito, terminando por instituir heredero universal a su reconocido hijo, en la forma en que a continuación se indica: «...el resto de mi fortuna, así como mis otros bienes muebles e inmuebles, se los dejo a mi hijo X. X., sin otra limitación que la de que estos bienes raíces no podrán ser enajenados por él y no entrará en plena posesión de su propiedad hasta después de casado y que tenga hijos legítimos y éstos hayan cumplido la edad de quince años; mientras esta condición no se realice deseo que mis bienes raíces tengan en el Registro de la Propiedad ano-

tación específica de que pertenecen a la reserva troncal»; en dicho testamento nombra albaceas testamentarios conjuntamente a su hermano F. F., a su hijo X. X. y a su sobrino D. D., los cuales dejaron transcurrir con exceso el plazo legal para realizar sus funciones; tal testamento fue protocolizado una vez cumplidas las formalidades legales ante el Notario de Madrid don Eduardo Terrón con fecha 23 de enero de 1963.

El heredero don X. X. promovió juicio ordinario declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado número 4 de Barcelona, ciudad en la que se había domiciliado, sobre declaración de nulidad de la «reserva troncal» y consiguiente prohibición de disponer contenida en el anterior testamento contra las ignoradas personas que pudieran tener interés en la misma, dado que en dicha reserva no se daban los requisitos necesarios para su existencia, y el mencionado Juzgado, en Sentencia de 9 de septiembre de 1964, admitió la demanda declarando heredero universal al demandante con la libre disposición de los bienes hereditarios.

Los hermanos del testador difunto habían formulado a su vez demanda ante el correspondiente Juzgado de Madrid contra X. X. sobre nulidad de reconocimiento de hijo natural, e igualmente ante otro Juzgado de Madrid la legataria, en usufructo de parte alícuota de la herencia, había promovido juicio de testamentaría de don A. A., en la que fueron citados los demandantes como interesados en la herencia, y es entonces cuando tuvieron conocimiento de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, ciudad con la que no tenía ninguna vinculación ni el causante, que falleció en Madrid, ni los bienes radicados, en Asturias y Madrid, ni ninguno de los interesados en la herencia, por lo que, y tras una serie de actuaciones procesales que no interesan a efectos de este expediente, se interpuso recurso por los hermanos del testador ante la Audiencia Territorial de Barcelona, en la que solicitaban se revocase la sentencia del Juez de Primera Instancia de 9 de septiembre de 1964 y se declarase la existencia de esa reserva a favor de los demandantes, así como que don X. X. había sido instituido heredero universal bajo la condición suspensiva de no ser heredero hasta que hubiera contraído matrimonio y tuviera hijos mayores de quince años, correspondiendo hasta que se cumpla ese evento la herencia a los demandantes como herederos abintestato de su difunto hermano, y la mencionada Audiencia dictó sentencia con fecha 21 de febrero de 1967 por la que, revocando la del Juez de Primera Instancia, declara la validez de la institución de heredero hecha por el testador, con la limitación de disponer de los bienes que establece el testamento, y no da lugar a la pretensión de los demandantes de ser declarados herederos hasta el cumplimiento de la condición suspensiva que decían existía en la institución de heredero, y este fallo de la Audiencia fue confirmado en todas sus partes por el Tribunal Supremo con fecha 29 de octubre de 1968 al no dar lugar a los recursos de casación interpuestos por todos los interesados.

Como consecuencia del juicio de testamentaría promovido por la legataria de parte alícuota, con fecha 28 de junio de 1974, se dictó auto por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid por el que se aprobaban las operaciones particionales practicadas por el contador-partidor designado para este acto, dada la conformidad de los interesados, que eran el hijo y heredero don X. X. y la legataria de parte alícuota, así como la renuncia por no mantener interés de ninguna clase hecha por los hermanos del testador, y que este auto fue protocolizado en 9 de junio de 1974 en la Notaría de don José Luis Martínez Gil, y en el que para el pago de los legados, cuyo importe asciende a un total de 451.000 pesetas, así como el de las deudas hereditarias, que suponen la cantidad de 3.899.000 pesetas, se formaron sendas hijuelas de bienes para el pago de las anteriores atenciones, en la que se hace constar que no quedarán sujetos los inmuebles que en la misma se reseñan a la prohibición de disponer establecida en el tes-

tamento, quedando el resto de los bienes de la herencia sujetos a la anterior prohibición.

Presentado en el Registro de la Propiedad de Oviedo el anterior documento con la petición expresa de que se inscribieran los bienes de la expresada hijuela con el carácter de libres y de no ser así no se practicara operación alguna, fue calificado el mencionado documento con la siguiente nota: «Presentada la precedente escritura de protocolización de expediente judicial de aprobación de operaciones hereditarias en unión de copia autorizada del último y válido testamento del causante de la misma que instituyó un solo heredero voluntario, al que prohibió la enajenación de los bienes relictos mientras no se cumpliesen determinadas condiciones, y de instancia suscrita por dicho heredero y ratificada ante mí, en que pide se inscriban a su favor, sin limitación alguna en cuanto a su facultad de disposición, los bienes de la herencia que el contador-partidor designado por dicho heredero en el juicio voluntario de testamentaria del que derivó el citado expediente, le adjudicó en comisión para pago de deudas del testador y de los legados ordenados por éste, y, caso de no accederse a su súplica, que se suspendiese la inscripción de los mismos. Y manifestando por el presente de este título que no se realizase operación alguna respecto del resto de los fincas que comprende el mismo, se denegó la práctica de las inscripciones en la forma solicitada por los siguientes defectos:

Primero.—Porque aceptada por dicho heredero la herencia pura y simplemente y disponiendo el artículo 1.003 del Código Civil que en ese supuesto «quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios», son innecesarias dichas adjudicaciones al heredero en comisión para pago de las deudas hereditarias y testamentarias por estar ya obligado a satisfacerlas, incluso con dichos bienes, desde el momento en que aceptó la herencia sin beneficio de inventario.

Segundo.—Porque el contador designado por el heredero que intervino en el expediente judicial procolizado, cuya tramitación no era necesaria según disponen los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento, carece de atribuciones para interpretar la voluntad del testador; y por no someterse a lo ordenado por éste ni atenerse al sentido literal de las cláusulas testamentarias incumplió la voluntad de aquél al adjudicar al heredero, sin limitación alguna en cuanto a su facultad de disposición, bienes sobre los que el testador había dispuesto que no podrían ser enajenados por el heredero, «que no entrará en plena posesión de su propiedad» hasta que no se «realicen» determinadas condiciones.

Tercero.—Porque instituido el heredero con la limitación de que no podrá enajenar los bienes relictos mientras no se cumplan dichas condiciones, y ordenado además por el testador que dichos bienes se inscriban en el Registro de la Propiedad con «la anotación específica de que pertenecen a la reserva troncral», deberán expresarse aquellas condiciones en sus inscripciones a favor del heredero, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 9 de la Ley Hipotecaria y en el número sexto del artículo 51 de su Reglamento, pues de no hacerlo se vulneraría la voluntad del causante y podrían irrogarse en su día posibles perjuicios a los expectantes derechos de otras personas; y

Cuarto.—Porque por no justificarse debidamente las deudas que se detallan en el inventario bajo los números 2 a 13, por importe de 3.874.000 pesetas, ni precisarse si estaban o no vencidas al fallecimiento del causante, ni si las hipotecas que se dicen las garantizaban recaen o no sobre bienes de la herencia, se considera improcedente su deducción del activo hereditario, y por tanto que se adjudiquen en comisión para su pago determinados bienes de la herencia, que, por otra parte, son valorados en forma notoriamente inferior a la real, con posibles perjuicios para terceras personas.

Y estimando que para practicar las inscripciones en la forma en que se solicitaron son insubstanciables los tres primeros defectos, se denegó la práctica de las mismas.

Fueron también presentadas la partida de defunción del causante, certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, acreditativa de que el aludido testamento fue el último que otorgó aquél, y testimonio de particulares expedido el 5 de octubre de 1974 por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid, comprensivo de diversas sentencias obrantes en los autos de juicio de testamentaria del repetido causante que interpretan su testamento y que en parte habían sido recogidas en el presente título.

Don X. X. interpuso recurso gubernativo contra los tres primeros defectos de la nota que tienen el carácter de insubsanables y respecto del cuarto ofrece al Registro presentar las justificaciones oportunas para su subsanación, y en defensa de su derecho alega: Que el contenido del artículo 1.003 del Código Civil citado en el primer defecto de la nota no puede aducirse para impedir la inscripción del título, puesto que como puntualizó la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1896: «A consecuencia de la aceptación pura quedan confundidas la personalidad del heredero y la del causante», expresión que debe entenderse referida al orden patrimonial o de los bienes, por lo que el defecto señalado carece de justificación; que en cuanto al segundo defecto el Registrador no ha tenido en cuenta que no fue el recurrente el que promovió el juicio voluntario de testamentaria, sino la legataria de parte alicuota, y no se hizo por los interesados ninguna objeción al cuaderno redactado por el contador, no siendo por tanto pertinente la cita que se hace del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento, toda vez que aquel procedimiento universal no fue buscado por el recurrente para obtener el refrendo judicial de la liquidación de la herencia, sino consecuencia de la actuación de la citada legataria; que si bien es cierto que el contador-partidor fue nombrado por el heredero y no por el causante, por lo que carece de atribuciones para interpretar la voluntad del testador, este hecho no es por sí solo suficiente para denegar la inscripción solicitada; que en cuanto al tercer defecto señalado, si se mantiene el criterio del funcionario calificador, no sería posible el cumplimiento de las obligaciones de la herencia, dando lugar a que los acreedores pudieran llegar a la subasta judicial, con el consiguiente daño para el caudal hereditario; que en un supuesto semejante al contemplado, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre de 1910 señaló que para la liquidación de toda herencia es preciso el previo pago de las deudas y obligaciones hereditarias y que las limitaciones acerca de la facultad de disponer impuestas por el testador a los herederos, solamente alcanzan a los bienes que particularmente se les adjudiquen, y que en igual sentido se pronuncia la Resolución de 19 de septiembre de 1929.

El Registrador mantuvo su calificación informando que como cuestión previa interesa aclarar que el recurrente en el escrito que acompaña a la escritura de partición pide expresamente que las inscripciones registrales de las fincas que se adjudican para pago de deudas y legados se efectúen sin la limitación impuesta por el causante, y de no poder hacerse así se suspendiese la inscripción de las mismas, manifestando el presentante que no se realizase operación alguna respecto al resto de las fincas, lo cual produce como consecuencia la limitación de la función calificadora teniendo en cuenta el principio de rogación que informa la legislación hipotecaria; que la alegación del recurrente en cuanto al primer defecto de que el contenido del artículo 1.003 del Código civil no puede servir de base para impedir la inscripción del título sería aceptable si no se pretendiese que la inscripción se realizara en la forma libre de limitaciones instada por el heredero, pero siendo así, la vulneración de dicho artículo sería evidente;

que por ello se consideran innecesarias dichas adjudicaciones al heredero para pago de las deudas y legados de la herencia, ya que conforme al precepto citado está obligado a satisfacerlas desde que aceptó la herencia pura y simplemente; que a los argumentos del recurrente para combatir el primer extremo del segundo defecto ha de responderse que ni el juicio voluntario de testamentaria ni el expediente sobre aprobación de operaciones particionales eran necesarios para lograr las inscripciones a favor del único heredero, conforme a lo dispuesto en los referidos artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento, sin que la aprobación judicial del citado expediente lo convierta en documento judicial que supedite al funcionario calificador a las limitaciones a que se refiere el artículo 99 del Reglamento Hipotecario respecto a los documentos expedidos por la autoridad judicial; que las atribuciones del contador nombrado por el heredero no podrán ser mayores que las que tenía el que lo designó, estando limitadas a lo expresamente ordenado por el testador, debiendo someterse estrictamente a las cláusulas testamentarias y ateniéndose al sentido literal de las palabras del testamento, conforme a lo dispuesto por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias que cita, siendo también este criterio mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias resoluciones; que el Registrador se ratifica también plenamente en cuanto al defecto señalado con el número 3 de la nota, ya que instituido el heredero con unas limitaciones terminantes y precisas que expresan claramente la voluntad del testador, ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil; que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1964 sienta la doctrina de que el testamento es el título básico para inscribir la transmisión hereditaria, al que tienen que someterse no sólo los interesados, sino también los contadores, que no podrán alterar o modificar caprichosamente el contenido de las cláusulas testamentarias; y que no son de aplicación al caso debatido las Resoluciones de la Dirección General de 16 de septiembre de 1910 y 19 de septiembre de 1929, invocadas por el recurrente en apoyo de su tesis por ser totalmente distintos los supuestos de hecho.

El Notario autorizante de la escritura calificada, tras hacer constar que su actuación se había limitado a protocolizar el expediente judicial de aprobación de las operaciones hereditarias sin haber intervenido en la confección del cuaderno, informó que aunque la nota de calificación está inspirada en el plausible deseo de proteger a los posibles reservatarios troncales y cumplir lo dispuesto en la letra del testamento, no parecen decisivos los defectos que comprende; que en cuanto al primero no parece procedente la alegación del artículo 1.003 del Código civil, pues el hecho de que el heredero que acepta pura y simplemente una herencia sea personalmente responsable de las deudas de la misma no es contrario a que en realidad lo que se hereda es el conjunto de bienes del causante después de satisfacer las deudas de la herencia; que el argumento pierde aún más fuerza existiendo un legatorio de parte alicuota, ya que la existencia de este y de otros legatarios de parte específica hacen imprescindible la determinación del contenido económico de la herencia, por lo que procede la adjudicación para pago de deudas como medio para determinar la parte de herencia líquida sobre la cual se aplicará la cuota en el caso del legatario de parte alicuota; que en cuanto al segundo defecto hay que hacer constar que los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento no son aplicables, pues se refieren a la inscripción de heredero único y no al caso de que exista una legataria de parte alicuota, que fue la promotora del juicio voluntario de testamentaria, estando legitimada para ello conforme al artículo 1.038, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que la validez del tercer defecto y segunda parte del segundo de la nota de calificación depende de la significación que se atribuya a la cláusula testamentaria de institución de heredero, que dada su redacción exige ineludiblemente una

interpretación para determinar la significación de la ambigua expresión «reserva troncal» que no tiene un significado propio en nuestro derecho; que es evidente que la cláusula exige una interpretación que se basará en primer lugar en la voluntad del testador, y cuando ésta no sea clara, se acudirá a los demás medios de interpretación; que el criterio del informante para calificar jurídicamente lo dispuesto en esta cláusula es el de que se trata de una sustitución fideicomisaria en la que existe obligación de entregar los bienes a unos segundos llamados conforme a lo dispuesto en el artículo 785 del Código civil, que en este caso sería una sustitución fideicomisaria condicional consistiendo la condición en el cumplimiento de los tres requisitos previstos en la cláusula; que tal sustitución fideicomisaria afectará a la legítima del hijo natural que por esta causa podría impugnarla para que se declarase libre de tal traba la tercera parte de la herencia en que consiste la legítima, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 842 del Código civil, y que en realidad el problema de fondo que se plantea es el de quién debe representar a los sustitutos fideicomisarios en los actos de partición; que si el heredero hubiese exigido la entrega libre de su cuota legítima, lo que no ha ocurrido, plantearía un problema idéntico al que ha originado la nota sobre la adjudicación para pago de deudas, y nadie dudaría del indiscutible derecho del heredero a tal exigencia, que al carecer de solución legal la cuestión planteada ha dado lugar a un amplio abanico de soluciones por parte de la doctrina, y que de entre ellas, la mejor fundada en derecho, por su mayor sentido práctico y claridad, es la que entiende que puede el fiduciario por sí solo, sin intervención de nadie representar a los posibles fideicomisarios y realizar los actos particionales, siempre que exista una garantía de formación de inventario con intervención judicial; que en el caso que se estudia en el que existe la garantía de dicha formación de inventario, valoración y partición hecha por un contador partidario y aprobada judicialmente, la adjudicación para el pago de deudas realizada, parece la forma más práctica de resolver el problema, ya que evita que por ejecución de los créditos desaparezcan los bienes raíces, causando el máximo perjuicio a los fideicomisarios condicionales.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, declarando que el defecto primero señalado en la misma plantea el importantísimo tema de la persistencia individualizada del patrimonio hereditario, o sea, si es compatible el concepto residual de la herencia con la idea de sucesión universal, de forma que, aunque se pierda el beneficio de inventario y sobrevenga la responsabilidad *ultra vires*, no desaparece la autonomía del patrimonio hereditario; que en nuestro Derecho histórico, tras la aceptación, haya o no beneficio de inventario, persiste el principio de la individualización del patrimonio del causante, al decirse no haber herencia, sino en el residuo (partida 7.ª, 33, 8), principio que prevalece hasta la codificación e incluso en la jurisprudencia que lo considera principio general del Derecho; que si bien al publicarse el Código civil se generaliza en la doctrina la idea de la confusión del patrimonio hereditario con el patrimonio del heredero (sistema francés), no puede desconocerse el principio de autonomía, e incluso en el supuesto de heredero único, como principio de derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado; y admitir lo contrario sería admitir la disolución del patrimonio hereditario sin base en ningún precepto legal, abandonándola a la voluntad de los particulares; que del artículo 1.003 del Código civil no cabe deducir que por la aceptación pura y simple el heredero pase a responder con todos sus bienes, confundándose indiferenciadamente el propio patrimonio con el patrimonio hereditario, sino que este artículo quiere decir que el heredero es ante todo responsable de las cargas de la herencia con los bienes de ésta y si acepta pura y simplemente es además responsable

ultra vires; que la responsabilidad es independiente del fenómeno sucesorio en sí, reforzando la garantía del acreedor y afectando a la titularidad del patrimonio responsable, pero no a su estructura en cuanto a soporte de responsabilidad y garantía de los acreedores; que como afirma el Notario informante que protocolizó las operaciones particionales, que lo que se hereda es el conjunto de bienes del causante después de pagar las deudas hereditarias y que además al existir legatario de parte alícuota y varios legados específicos es imprescindible la determinación del contenido económico de la herencia; que en cuanto al segundo defecto no cabe invocar el artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento porque no estamos ante el supuesto de heredero único; que deben considerarse como válidas las operaciones realizadas por el contador designado en juicio universal para determinar el patrimonio líquido y consiguiente hijuela y adjudicación para pago de las deudas hereditarias, hechas a título de encargo o fiducia, por ser actos puramente particionales y adjudicaciones de las llamadas propias, como resulta de varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que cita y de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1946; que en cuanto al tercer defecto las limitaciones impuestas en la cláusula de institución de heredero cualquiera que sea su naturaleza jurídica, no pueden recaer sobre los bienes que no son adjudicados al heredero en pago en su haber hereditario, sino, en definitiva, para pago de los acreedores, a los cuales no pueden afectar tales limitaciones que el propio causante no podría establecer frente a ellos; que las referidas limitaciones han de recaer sobre las inscripciones que se efectúen en favor del heredero en pago de su haber hereditario (art. 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento), pero no sobre los bienes adjudicados al mismo a título de simple fiduciario para pago de las deudas del causante, y en cuanto al último defecto, está fuera de la función calificadoradora del Registrador, aparte de que la protección a los posibles reservatarios no tiene objeto, dado que se han personado en el juicio universal y renunciado a todo derecho.

Apelado el Auto presidencial por el Registrador, la Dirección General (1) acordó confirmar el Auto apelado que había revocado la nota del Registrador en base a la siguiente

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

En este recurso gubernativo, y antes de entrar en el estudio de las cuestiones que aparecen señaladas en la nota de calificación, se hace necesario advertir—dada la repercusión que forzosamente habría de tener—que no se entra en el examen de la incidencia que sobre el punto central del recurso pudiera presentar la intangibilidad de la legítima del que en diversos pasajes del expediente aparece como hijo natural del testador, pues aparte de que no ha sido materia de recurso, de los documentos aportados se deduce además que sobre su estado existe o ha existido contienda judicial, cuyo resultado final no aparece reflejado en el expediente.

Entrando en el fondo del asunto, procede dilucidar el primero de los defectos señalados, a saber, si cuando el heredero ha aceptado la herencia pura y simplemente, cabe formalizar una hijuela especial para el pago de las deudas de la herencia y de los legados dispuesto por el testador, en la que los bienes en ella incluidos pueden ser enajenados libremente para cumplir estas obligaciones, con lo que parece podría vulnerarse la voluntad del causante, que ha establecido una prohibición general de disponer hasta tanto se cumplan los eventos que en el testamento ológrafo se indican.

(1) Vistos los artículos 659, 660, 675, 785, 1.003, 1.023, 1.911 y 1.921 a 1.925 del Código civil; 14 y 15 de la Ley Hipotecaria y 82 del Reglamento para su ejecución; 1.031, 1.038, 1.053, 1.077, 1.081 y 1.097 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1968 y 7 de febrero de 1969, y las Resoluciones de este Centro de 24 de junio de 1902, 18 de agosto de 1909, 16 de septiembre de 1910, 29 de abril de 1913 y 19 de septiembre de 1929.

La responsabilidad *ultra vires* es el efecto primordial de la aceptación pura y simple de la herencia por el heredero, ya que tal como establece el artículo 1.003 del Código civil queda responsable de todas las cargas de las misma, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios, más en relación con este expediente lo que interesa ahora examinar es si nuestro Derecho adopta igualmente el sistema de confusión de los dos patrimonios—el hereditario y el del heredero—con la consecuencia de formarse una sola masa para toda clase de acreedores o si, por el contrario, se inclina por la separación de patrimonios, en base al conocido principio de que «primero es pagar, y luego heredar».

Aun cuando la cuestión tiene dividida a la doctrina patria, e incluso una mayoría opta por la tesis de la confusión de patrimonios, en base principalmente a los artículos 639 y 660 del Código civil, un detenido estudio de sus preceptos y de otros Cuerpos legales llevan a la conclusión contraria, ya que:

a) El artículo 1.023, 3.º, del Código civil establece la confusión de los bienes particulares del heredero con los que pertenezcan a la herencia sólo cuando lo sea en «daño de aquél», de lo que se deduce que no opera en daño a terceros, como son acreedores y legatarios, para los cuales el patrimonio hereditario debe permanecer inalterado, lo que es perfectamente congruente con el sistema, ya que de no ser así, podría unilateralmente el heredero, según la postura que adopte—aceptación pura y simple o a beneficio de inventario—, actuar con posibilidad de perjudicar los derechos de los acreedores.

b) El régimen de concurso o quiebra, o las normas imperativas sobre prelación de créditos de los artículos 1.921 a 1.925 del Código civil quedarían sin aplicación a la voluntad del particular, si se confundieran los patrimonios con la obligada secuela de que concurrirían los acreedores del causante y del heredero sobre el nuevo patrimonio formado y con la nueva prelación que correspondería.

c) Las facultades de intervención que a los acreedores hereditarios se confieren en la Ley de Enjuiciamiento Civil—juicio de testamentaria—para lograr el pago o aseguramiento del importe de sus créditos sobre el patrimonio del causante, y todo ello aunque el heredero no se haya acogido al beneficio de inventario o lo hubiese perdido.

En este caso concreto resulta además que la adjudicación de bienes para pago de deudas realizada era inexcusable para señalar el derecho de la legataria de parte alícuota en usufructo, pues hasta que no se determine el verdadero haber de la herencia una vez satisfechas las deudas y los legados de cantidad ordenados por el testador, no cabe fijar con seguridad su derecho, todo lo cual viene a confirmar una vez más la vigencia en nuestra legislación del principio de separación de patrimonios indicado en el considerando anterior.

En cuanto al segundo defecto, al poder promover, según el artículo 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el legatario de parte alícuota el juicio voluntario de testamentaria, equiparándose en este aspecto al heredero y ser, por tanto, al menos dos los interesados, no entran en juego los artículos 14, 3.º, y 16 de la Ley Hipotecaria, que se refieren al supuesto de heredero único, y dentro de este juicio las facultades del contador nombrado se extienden—con las garantías que los preceptos de la Ley Procesal establece—a todos aquellos actos particionales examinados a la liquidación y realización de las operaciones sucesorias, entre las cuales, sean o no parte los acreedores, se comprenden, según se deduce de la lectura de los preceptos legales, la de afianzar o garantizar el importe de sus créditos, como se ha pretendido hacer en el presente caso a través de la formación de la hijuela para pago de deudas, que permitirá una vez cumplido el encargo, determinar el derecho de la legataria de parte alícuota de usufructo, sin que por ello en principio se haya vulnerado la voluntad

del testador, ya que la prohibición de enajenar establecida sólo recaerá sobre la herencia, entendiéndose por tal la que reste una vez satisfechas las obligaciones que pesaban sobre el patrimonio del causante.

Recaída la prohibición de enajenar sobre aquellos bienes hereditarios que restan una vez que con cargo a los otros se hayan pagado las deudas de la herencia, se ha de entrar en el estudio del punto central del recurso—defecto tercero—con el que los dos primeros están íntimamente relacionados, y que hace referencia a la cuestión de quién tiene las facultades para realizar esa liquidación y consiguiente adjudicación de bienes de la hijuela especial, y a este respecto ha de partirse de que son en principio los herederos y copartícipes del patrimonio hereditario los que tienen, salvo disposición testamentaria o legal en contrario, la plenitud de los poderes en orden a la administración y partición de la herencia, que habrá de realizarse con las debidas garantías para que los que ostenten un interés o un derecho en la sucesión, como este caso, los favorecidos por la prohibición de disponer, no puedan ver alterados, disminuidos o incluso eliminados sus expectantes derechos.

A excepción de algunas Compilaciones Forales, hay que reconocer que en nuestro Derecho se adolece de una falta de regulación sistemática de la materia, o incluso de carencia de normas, lo que hace difícil la busca de solución adecuada, y por ello la doctrina pretende—no sólo en este supuesto concreto de pago de deudas y cargas, sino en el más amplio de enajenación para reemplazar unos bienes por otros—, a través de diversos medios con fundamento en preceptos legales, obtener un resultado positivo a través de la autorización judicial correspondiente—artículo 804 del Código civil en relación con el artículo 186 del mismo Cuerpo legal—o mediante subasta pública en los casos de abintestados y juicios de testamentarías (art. 1.097 en relación con el 1.093 y 1.031 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Es fundamental en este recurso atenerse a lo declarado por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1968, al examinar, como consecuencia de la contienda que se planteó, la que el causante denomina «reserva troncal» en su testamento ológrafo, y que nuestro más alto Tribunal, confirmando la interpretación de la Audiencia (sentencia de 21 de febrero de 1967), al fijar su sentido y alcance, y en base al artículo 675 del Código civil, entiende que la voluntad del testador no fue condicionar la institución de heredero, sino gravar al que designa y ya como propietario de los bienes hereditarios con una prohibición de enajenar, inscribible al amparo del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, hasta tanto no haya contraído matrimonio canónico, tenga hijos legítimos que hayan cumplido la edad de quince años y no haya dispuesto *mortis causa* en favor de estos hijos legítimos.

Indicado lo anterior, es de observar que en las operaciones de liquidación de la herencia del causante han intervenido, además de la legataria de parte alicuota que promovió el juicio de testamentaría, el heredero único instituido y los hermanos del testador favorecidos por la prohibición de enajenar impuesta por aquél, sin que el contador designado judicialmente se haya extralimitado en su función, pues de acuerdo con el artículo 1.077 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de la relación de bienes y de su avalúo, puede al realizar la liquidación, como parte de ella, proceder a garantizar a los acreedores el pago de las deudas, lo que ha formalizado a través de la hijuela especial para pago, y que ha sido aprobada por los interesados, expresamente unos, y no oponiéndose al desentenderse de la cuestión los otros, quienes—según consta en el mencionado juicio de testamentaría—presentaron escrito por el que se apartaban de dicho juicio y renunciaban al derecho de designar contador-partidor porque no mantenían intereses de ninguna clase en el mismo, dado el fallo dictado por el

Tribunal Supremo sobre la interpretación del testamento de su hermano y causante.

Confirma lo anterior la reiterada doctrina de este Centro de que constituye un acto particional la adjudicación de bienes a un heredero para pago de deudas y obligaciones de la herencia, y en especial por la similitud con el supuesto de este recurso, habría que citar las resoluciones de 16 de septiembre de 1910 y 19 de septiembre de 1929, que declararon inscribibles los bienes incluidos en aquella hijuela especial que no estaban sujetos en cuanto a su adjudicación y enajenación a la prohibición general de disponer establecida por los respectivos causantes en sus testamentos.

Por último, en cuanto al cuarto defecto, por cierto no recurrido por el interesado, pero tratado por el auto presidencial y apelado por el funcionario calificador, aunque en estrictos términos no debiera examinarse, cabe indicar por razones de economía procesal que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento no es materia propia de la calificación registral el exigir la justificación de que los bienes inventariados hayan sido valorados con arreglo a determinados criterios dictados para fines diferentes, como pueden ser los fiscales.

COMENTARIO.—Esta resolución es más larga y detallista de lo ordinario tanto en los resultando como en los considerandos, pero creo que ha concedido excesiva importancia a puntos que no eran decisivos y, en cambio, ha dejado un tanto imprecisos puntos fundamentales; así, por ejemplo:

— No obstante haber considerado necesario dedicar dos resultandos (el segundo y el tercero) al complicado entramado de litigios surgidos en torno a la herencia de don A. A., el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1968, confirmando la de la Audiencia de 21 de febrero de 1967, se recoge en forma incompleta tanto en el resultando tercero como en el considerando noveno. Cabía entender que aquellos procedimientos eran cuestiones ajenas al recurso o incluso, aunque con más esfuerzo (1 bis), que dichas sentencias, en cuanto interpretaban solamente *inter partes* el testamento, no eran decisivas para la calificación de la partición; pero si se estimó necesario partir de tales procedimientos y sentencias, era imprescindible reflejar el total contenido de éstas respecto a los condicionamientos de la institución de heredero.

— Se concede demasiada importancia (considerandos tercero y cuarto) a los problemas de la responsabilidad del heredero por cargas y deudas, de la confusión de patrimonios y del derecho de separación. Estas cuestiones guardan relación, en cierto sentido, con el principio «antes es pagar que heredar», pero no estábamos ante ningún caso de insuficiencia del patrimonio hereditario, para satisfacer cargas o deudas, ni era decisivo averiguar si en nuestro Derecho se admite, y en qué forma, el beneficio de separación, pues no había ninguna colisión entre acreedores de la herencia y acreedores de los herederos. El problema era distinto y estaba centrado en el carácter impreciso de esos imprecisos *reservatarios troncales* (?), carácter del que derivaba que tuviesen que concurrir o no con don X en unas operaciones particionales de las que resultase una hijuela para pago de deudas, con bienes libres de la limitación que impuso el testador. No había duda de que los herederos debían pagar las deudas hereditarias (antes es pagar que heredar), lo dudoso era determinar quiénes podían contar, pagar y partir.

Los problemas más interesantes que planteaba la sucesión de don X en rigor quedaban fuera del recurso y de la calificación. Por ejemplo, el de la intangibilidad de la legítima del hijo natural que expresamente deja fuera el considerando primero. Y en especial el de la interpretación de la cláusula testamentaria, en la que se limita la disponibilidad de los

(1 bis) En razón al artículo 1.252, apartado 2º, del Código civil

bienes raíces, dejándolos pertenecientes a la reserva troncal en tanto no se den ciertos hechos. Esta interpretación había sido judicialmente hecha, pero en cierto sentido la cuestión no había sido totalmente resuelta. La interpretación de esta cláusula era fundamental para determinar las personas legitimadas para partir, y en este aspecto no era totalmente concluyente.

Però antes de continuar con las dificultades que la cláusula ofrecía, aun después de dictada sentencia, haremos un breve resumen de las posiciones mantenidas en el recurso respecto a cada defecto y una somera referencia a la legislación y jurisprudencia reseñada en el vistos como aplicable.

A) *Defecto primero.*—Se deniega la inscripción de los bienes de la hijuela para pago de deudas hereditarias y testamentarias, como libres de la condición o prohibición temporal de disponer, porque existe un solo heredero que acepta sin beneficio de inventario, por lo que no procede tal hijuela, dado lo dispuesto en el artículo 1.003 del Código. El recurrente, contra la alegación de este artículo, replica con la puntualización que del mismo hizo la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de unio de 1896 (2); el informe insiste, por cuanto se pretende la inscripción libre de limitaciones; el Notario autorizante no ve que contradiga al 1.003 la hijuela necesaria para que se herede después de pagar y para determinar el montante del legado de parte alicuota. Creo que ni el 1.003 ni la sentencia reseñada tienen que ver gran cosa con la cuestión planteada, como prueba la poca precisión del informe sobre si la referida hijuela era innecesaria o era imposible.

Defecto segundo.—El expediente judicial era innecesario por haber heredero único (arts. 14 de la Ley Hipotecaria y 82 del Reglamento) y además el contador partidario designado en el mismo por el heredero ni puede interpretar el testamento ni incumplir la voluntad del testador adjudicando como libres bienes sometidos por éste a limitaciones o condiciones. El recurrente expone que fue la legataria de parte alicuota quien inició el juicio de testamentaria y que el origen del nombramiento no impide al contador que haga hijuela para pago de deudas. El Registrador insiste en lo innecesario del juicio (heredero único), en que el contador no puede hacer lo que no podría el heredero (vulnerar el testamento) y estima que la aprobación judicial no convierte en judicial el documento, a efectos de la calificación (art. 99 del Registro Hipotecario). El Notario niega que se trate de heredero único y que la legataria de parte alicuota podía promover el juicio de testamentaria (art. 1.038, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento) y el Presidente de la Audiencia se muestra conforme con todo esto y con la validez de las hijuelas formadas por el contador.

Defecto tercero.—La nota insiste en la imposibilidad de vulnerar la voluntad del testador, que impuso las condiciones y limitaciones en cuestión y la orden expresa de anotación específica en el Registro de que los bienes pertenecen a la «reserva troncal», todo lo cual ha de reflejarse en el asiento (art. 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 del Registro Hipotecario). El recurrente alega frente a esto las resoluciones de 16 de septiembre de 1910 y 19 de septiembre de 1919 [1929 (?)]. El Registrador en el informe no estima éstas aplicables y alega, en cambio, el artículo 675 del Código y la resolución de 14 de septiembre de 1964.

El Notario, refundiendo el defecto tercero con la segunda parte del segundo, se adentra en el problema de la interpretación de la cláusula de institución de heredero, de sus condicionamientos y limitaciones y de la ambigua expresión «reserva troncal», y moviéndose acaso con excesiva libertad en relación con las sentencias reseñadas sobre lo mismo, acude

(2) Esta Sentencia de 14 de junio de 1896 dijo que por la aceptación pura quedan confundidas la personalidad del heredero y la del causante, por lo que no pueden los hijos del primer matrimonio impugnar las ventas hechas por su padre binubo.

a la figura de la sustitución fideicomisaria condicional y al problema de quién debe representar a los sustitutos fideicomisarios en la participación, para concluir que la solución dada en la testamentaria de don A. A. (intervención del fiduciario con la garantía de formación de inventario y participación con la intervención judicial) parece ser conforme con la doctrina mejor fundada. El Presidente de la Audiencia no acoge esta interpretación del Notario, y sin entrar en la naturaleza jurídica de las limitaciones impuestas afirma que han de recaer sobre los bienes adjudicados en pago del haber hereditario, pero no sobre los adjudicados para pago de los acreedores. Lo cierto es que el auto presidencial, tal como aparece recogido en el correspondiente resultando, no explica por qué se estimó al contador partidario del juicio de testamentaria legitimado para una adjudicación para pago de deudas como la que se hizo, sin entrar en el problema de la naturaleza jurídica de las condiciones o limitaciones impuestas en la cláusula de institución de heredero.

Defecto cuarto.—Fue admitido por el recurrente, que ofreció presentar las justificaciones pedidas, ofrecimiento que si es comprensible respecto a la mayor parte de las justificaciones pedidas por el Registrador, no lo es tanto respecto del reparo final del defecto cuarto: infravaloración de los bienes de la hijuela, con posibles perjuicios para terceras personas. Es un tanto contradictorio ofrecer justificaciones sobre este reparo sin impugnarlo previamente. Este reparo no carecía de importancia en cuanto que esas terceras personas eran, ante todo, los eventuales reservatarios troncales que podían llegar a heredar conforme a la cláusula. A pesar del allanamiento del recurrente a este defecto, el Presidente de la Audiencia, no sin razón, se acuerda del mismo y lo considera fuera de la función calificadora. Pero más importante que despejar la incongruencia que suponía revocar un defecto admitido por el interesado es observar cómo se aprovecha este defecto para afirmar que no tiene objeto la protección a los posibles reservatarios, dado que se han personado en el juicio universal y renunciado a todo derecho. Aquí apunta un importante motivo para la revocación de la nota del Registrador y surgen las dudas sobre si se trataba de un argumento a mayor abundamiento o el decisivo para el fallo. Si fuese decisivo para el fallo, faltaría una declaración más completa de que no había otros posibles reservatarios troncales que los personados en el juicio de testamentaria (o debidamente citados).

B) 1) El Vistos de la resolución nos orienta sobre las cuestiones que aparecen en el caso. Del Código civil se citan una serie de preceptos, que podemos ordenar así:

— Los artículos 659 y 660, de los que resultan las deudas incluidas en el pasivo de la herencia; 1.911, en cuanto establece el principio de responsabilidad patrimonial universal, y 1.921 a 1.925, que regulan la clasificación de créditos y determinan los privilegiados, carácter que tenían la mayor parte de los recaentes en los bienes de don A. A.

— El 675, que establece la norma fundamental sobre interpretación de testamentos.

— El 785, en cuanto aproxima las sustituciones fideicomisarias y las prohibiciones de disponer. No obstante, la resolución peca de no apurar suficientemente las analogías y las diferencias que a efectos de ser estimados herederos existe entre fideicomisarios y beneficiarios de una prohibición de enajenar, según la intensidad de ésta.

— Los 1.003 y 1.023, que regulan los distintos efectos de la aceptación, según sea pura y simple o a beneficio de inventario (3).

(3) Debemos observar que todas las partes del recurso traen a colación estos preceptos para justificar su postura, aunque ninguna hace referencia a las verdaderas dificultades que estos preceptos plantean, algunas de las cuales afectan incluso al supuesto contemplado: ¿Responsabilidad *intra viribus* o *cum viribus*? ¿Deudas y demás cargas en ambos preceptos?

De los artículos que se citan de la Ley de Enjuiciamiento, el que mejor encaja es el 1.081, del que cabe deducir que el auto aprobatorio de la partición hecha en juicio de testamentaria supone la previa conformidad o al menos el silencio de *todos los interesados*. En cambio, creemos que la cita del 1.031 ayudaba más a la posición del Registrador, en cuanto exige subasta para la venta de los bienes del abintestato que sea necesaria para pago de deudas. La cita de los restantes (arts. 1.038, 1.053, 1.077 y 1.097) no necesitan comentario.

Tampoco la de los artículos 14 y 15 de la Ley Hipotecaria y 82 del Reglamento, a los que todos los intervinientes en el recurso trataban inútilmente de sacar la solución del caso sin probar antes si había o no más herederos que don X.

2) El Vistos no reseña más que dos *sentencias del Tribunal Supremo*: la de 29 de octubre de 1968, confirmando la de la Audiencia de Barcelona de 21 de febrero de 1967 y que fueron ambas dictadas en el litigio surgido entre X. X. y los hermanos de A. A. con motivo de la herencia de éste, y la de 7 de febrero de 1969, que sentó la doctrina de que la aprobación judicial de la partición realizada en juicio de testamentaria no varía la naturaleza del acto particional ni tiene autoridad de cosa juzgada ni puede impedir que los coherederos soliciten la rescisión al amparo del artículo 1.073 del Código o la nulidad de la partición (4).

Las *resoluciones* citadas en el Vistos son:

Las de 24 de junio de 1902 y 18 de agosto de 1909, que dieron carácter de acto meramente particional a las adjudicaciones de bienes a un heredero para pago de deudas, por lo que deben regirse por las reglas de esta clase de actos y no por las establecidas para la enajenación de bienes de menores: no es necesario, por tanto, la aprobación judicial de la partición hecha por el contador partidor, aunque contenga tal adjudicación. También estimó que tenían tal carácter dichas adjudicaciones la resolución de 9 de octubre de 1901 (5).

En el caso de la resolución de 16 de septiembre de 1910, el testador, después de hacer varios legados, instituyó heredera usufructuaria a su hermana y a la muerte de ella a sus sobrinos, prohibiendo a la heredera usufructuaria enajenar, gravar y permutar los bienes heredados en el plazo de diez años. Todos los interesados en la herencia hicieron la partición formando una hijuela para pago de gastos (funeral, testamentaria y pleito sobre testamento) y de legados, adjudicando bienes a la heredera usufructuaria y su marido. El Registrador entendió que sólo podían enajenarse bienes en lo imprescindible para el pago de deudas justificadas y en el informe mantuvo la necesidad de subasta para garantizar este límite. La Dirección revoca la nota porque la prohibición de disponer sólo debe alcanzar a los bienes adjudicados por herencia, porque la adjudicación para pago de deudas es acto meramente particional y porque las costas del litigio y los gastos de testamentaria deben tener el mismo trato que las deudas de la herencia, aunque en sentido estricto no lo sean. La adjudicación era, pues, inscribible, sin perjuicio de las acciones para impugnar la cuantía y justificación de dichas deudas. Como vemos, el caso era bastante parecido al del recurso comentado y también en él queda una ligera duda sobre si en la partición estaban interviniendo todos los interesados en la herencia y en la prohibición de enajenar por quienes el Registrador inten-

(4) En el caso concreto se trataba de si establecida en la partición de un cónyuge la colación de una finca, ha de figurar la misma colación (en cuanto a la otra mitad) en la herencia del otro cónyuge, y se decidió que cabe discutir la obligación de colacionar en la herencia de la madre la finca que fue colacionada en la del padre, puesto que el cuaderno de esta última puede ser impugnado y no cabe basar la colación en el artículo 1.035 por la diferencia entre valor y precio de la finca enajenada sin haber sido impugnada la escritura de compraventa.

(5) La de 1909 estimó, además, defecto subsanable no constar en forma fehaciente la citación para inventario a una coheredera en el caso del artículo 1.057, apartado 2º

taba velar. Además creo que hubo un ligero descuido en estimar hecha la adjudicación a un heredero, porque el cuñado del testador no lo era.

La resolución de 29 de abril de 1913 consideró acto de partición, en el que no han de regir las reglas establecidas para la enajenación de bienes de la herencia, una adjudicación de inmuebles hecha por el contador partidor a favor del viudo heredero usufructuario—heredero forzoso conforme al Código—; afirmando además que las particiones practicadas por contador partidor crean un estado de derecho que debe subsistir en tanto no se lleve a los Tribunales la cuestión de la recta o desacertada interpretación del testamento, sin que corresponda a los Registradores rechazarlas bajo el pretexto de posibles extralimitaciones. Esta resolución acaso despreció en exceso el argumento del Registrador, consistente en que en el documento se hacía una adjudicación especial para pago de deudas y gastos sin ultimarse la partición, de manera que el comisario adjudicaba a la heredera usufructuaria bienes en pleno dominio, sin distinguir cuáles se dedicaban a pago de deudas y cuáles a pago de gastos (6).

En la resolución de 19 de septiembre de 1929, el caso era éste: Una testadora mallorquina instituye heredero vitalicio a un hijo y, muerto éste, a dos nietos, con la prohibición de vender e hipotecar determinados inmuebles. Practicada la partición por el hijo y el defensor judicial de los nietos, y aprobada judicialmente, el Registrador deniega la inscripción en cuanto a una adjudicación para pago de legítima y de deudas, que comprende bienes incluidos en la prohibición de enajenar por hacerse la adjudicación en concepto de libres de la misma. El Presidente de la Audiencia confirma la nota, pero la Dirección revoca el auto y la nota, considerando las circunstancias especiales del caso, que antes es pagar que heredar, que la sustitución fideicomisaria y la prohibición de enajenar no iba más allá de los nietos—aunque el testador, después de imponer la obligación, añadía que el hijo heredero había de dejar a los nietos de la testadora la misma obligación—, y tales nietos aparecen representados por su defensor judicial, por lo que los únicos interesados han distribuido la herencia en la forma que entendieron más adecuada a la voluntad de la testadora, a la situación de la masa relictá, a las deudas existentes y a la institución testamentaria.

Recordamos cómo el Registrador estimó en su informe que no son de aplicación al caso estas resoluciones reseñadas de 1910 y 1929, por ser totalmente distintos los supuestos de hecho. Admitamos que eran distintos, pero no podemos admitir que totalmente.

Alargáramos excesivamente este comentario, sin resultado práctico importante, resumiendo otras sentencias y resoluciones no alegadas por las partes del recurso ni citadas en el Vistos, por ejemplo: la sentencia de 7 de octubre de 1896 y resoluciones de 27 de mayo de 1915, 26 de enero de 1955, 28 de julio de 1932 y 23 de mayo de 1944. En cuanto a la sentencia de 25 de junio de 1946, citada por el Presidente de la Audiencia, y la resolución de 14 de septiembre de 1964, citada por el Registrador, nos remitimos a los resultandos correspondientes (7).

C) La resolución dedica las considerando primero y segundo al planteamiento de la cuestión debatida, después de explicar por qué no entra en el problema de la intangibilidad de la legítima.

Los considerandos tercero al quinto abordan el tema de la responsabi-

(6) En algún otro caso, como el relativo a las facultades del contador partidor para la entrega de legados, la Dirección ha exigido que para que el acto sea considerado particional, el contador ha de estar simultáneamente partiendo: ver Resolución de 12 de julio de 1974. Esta *Revista*, núm. 505, noviembre-diciembre de 1974, pág. 1459.

(7) La Sentencia de 7 de octubre de 1896 consagra la doctrina de que antes es pagar que heredar, igual que las Resoluciones de 16 de octubre de 1910 y 19 de septiembre de 1929. Ver comentarios de CAMY, III, págs. 129, 216 y 217.

La Resolución de 27 de mayo de 1915, referente a la prohibición de enajenar el albacea cuando hay prohibición de enajenar del testador.

lidad del heredero, según la especie de aceptación, de su responsabilidad *ultra vires* y de la antítesis entre principio de confusión de patrimonios y derecho o beneficio de separación. Repetimos que, en nuestra opinión, se dedica excesiva importancia a esto, que acaso no fuese decisivo para el tema. Por otro lado, existe algo de bizantinismo en las discusiones doctrinales sobre si existe o no este derecho de separación (8).

El sexto considerando, diciendo entrar en el segundo defecto (aunque en rigor entendemos que los cuatro defectos son difícilmente individualizables), después de negar que haya heredero único, se dedica a demostrar que lo que hizo entraba en las facultades del contador de la testamentaria.

D) Los cinco considerandos siguientes entran a analizar, desde diversos ángulos, el problema fundamental, relativo a los requisitos que debía rodear a una hijuela para pago de legados y deudas, libre de las limitaciones que la cláusula testamentaria fundamental imponía al heredero X; especialmente en cuanto a los intervinientes en la partición o en el procedimiento de testamentaria, a efectos de tener por respetado el principio de unanimidad.

Acaso dichos considerandos (séptimo a undécimo) asimilen excesivamente partición y enajenaciones de bienes hereditarios; es cierto que no entran en distinciones sobre las variadas situaciones de herederos sucesivos (nudo propietarios futuros, fideicomisarios, fideicomisarios de residuo, en las diversas figuras de nacidos, *nascituri*, *nondum concepti*; beneficiarios de prohibiciones de disponer o de instituciones condicionales, etc.), y también podrían ser acusados de no describir suficientemente ni el ámbito de la prohibición de enajenar resultante de la interpretación de la cláusula hecha por la sentencia de 29 de octubre de 1968, confirmando la de la Audiencia, ni la fisonomía de los «reservatarios troncales», beneficiarios de la cláusula o de la prohibición. Pero la resolución estimó que no era necesario, partiendo de la base de que la aprobación judicial de la partición practicada implicaba suficiente e idónea garantía de los intereses de los beneficiarios de la cláusula, quienesquiera que fuesen los contemplados como tales, por las sentencias interpretativas del testamento.

El considerando octavo, ante la laguna legal—inexistente en algunas legislaciones forales—, pretende buscar la aplicación analógica del caso de la herencia sometida a condición (arts. 804 y 186 *in fine*: autorización judicial en caso de necesidad o utilidad evidente) y del caso de las ventas en subasta de los bienes de los abintestato o testamentarias necesarias para el pago de deudas (arts. 1.097, en relación con 1.093, 1.031, y 1.030, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento). Pero la verdad es que sólo el primer camino, y en forma muy indirecta, se había seguido a través de la aprobación de la partición realizada por el contador, entendiéndose que no había que realizar ningún expediente judicial independiente por no existir ninguna enajenación de bienes. En definitiva, se acepta el procedimiento indicado por la doctrina que aduce el Notario: intervención del heredero primero (fiduciario, etc.) sólo, con la garantía de partición realizada con intervención judicial.

Hemos de admitir que la resolución, aunque un tanto indirectamente, sienta la doctrina de que la partición, aunque haya de contener adjudicaciones similares a las del caso del recurso, puede hacerse por el heredero o herederos de primer grado o sus contadores partidores, siempre que la aprobación judicial venga a garantizar los derechos e intereses de los herederos sucesivos o de segundo grado que por cualquier causa no puedan ser parte directa en el procedimiento de testamentaria, pero quedan un

(8) Aunque sólo sea por la claridad de exposición, creo que cabe limitar la cita bibliográfica sobre el tema al trabajo de CRISTÓBAL MONTES en esta *Revista*, núm. 476, enero-febrero de 1970. Magnífico instrumento para una panorámica general de las discusiones sobre el beneficio de separación en el Código.

tanto imprecisos en los considerandos algunos puntos que acaso sean los más importantes a dilucidar:

a) El referente a cuál fue la voluntad del testador al limitar la institución de heredero a favor de X en la forma que lo hizo, articulando tal limitación o condición con la pertenencia, también condicional, de los bienes raíces a la «reserva troncal» (?) y especialmente a qué reserva troncal quiso referirse.

Ya vimos al principio cómo ni el resultando tercero ni el considerando noveno recogen íntegramente el contenido de las sentencias que interpretaron la cláusula testamentaria de institución de heredero, condicionada en tan dudosa forma y sometida a una aún más dudosa reserva troncal. No hay duda de que la interpretación del Notario autorizante (sustitución fideicomisaria condicional) no fue la judicialmente hecha, pero la resolución no es muy clara respecto a cuál fue esta interpretación, acaso porque las sentencias mismas no fueron totalmente concluyentes.

Dichos resultando tercero y considerando noveno se limitan a indicar cómo las sentencias declararon válida la institución de heredero incondicional y en propiedad a favor de X, aunque gravado con una prohibición temporal de enajenar inscribible (art. 7 del Registro Hipotecario) hasta tanto no haya contraído matrimonio, tenga hijos legítimos que hayan cumplido la edad de quince años y no haya dispuesto *mortis causa* en favor de estos hijos; rechazando de contrario el que, por tratarse de una institución sometida a condición suspensiva, hubieran de ser declarados herederos los hermanos del testador hasta el cumplimiento de tal condición.

Aunque desconecemos el texto completo de las reseñadas sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo, la reseña extractada de esta que hemos manejado coincide, en líneas generales, con la referencia que la resolución hace de ellas (9) y, por tanto, creo que, a efectos de la determinación de los beneficiarios de la cláusula, las sentencias no concretaron lo suficiente a qué «reserva troncal» quiso referirse el testador, pues el Tribunal Supremo se limitó a decir que no se trataba de la reserva troncal o lineal del artículo 811 del Código.

El considerando octavo, cuando acusa a nuestro Derecho de carecer de una regulación sistemática acerca de quién tendrá facultades para la liquidación de la herencia y consiguiente formación de hijuelas para pago de deudas en casos como el del recurso, exime de la acusación a algunas

(9) Don X. X. interpuso ante el Juzgado número 4 de Barcelona, contra cuatro hermanos de don A. A. y las ignoradas personas que pudieran tener interés en la reserva troncal y prohibición de disponer, sobre declaración de nulidad de tales reserva y prohibición, y la Audiencia declaró que don A. A. es heredero universal del testador, sin otra limitación que la de que los bienes raíces de la herencia no podrán ser enajenados por el heredero hasta que concurren los hechos que sabemos, y mientras no concurren estos hechos la prohibición de enajenar que se declara deberá constar en el Registro debidamente anotada en *expectativa del principio de troncalidad* (sic en Aranzadi) y a favor de los demandados, para el caso de fallecer el heredero sin haber ocurrido los tres hechos que determinaba la cláusula y sin haber dispuesto *mortis causa* en favor de hijos legítimos, y si llegaran a cumplirse tales hechos quede X. X. como heredero libre. Recurrida la sentencia de la Audiencia por demandante y demandado, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso en base a las siguientes consideraciones, entre otras:

- La anotación registral que se ordena en expectativa del principio de troncalidad no se basa en el artículo 811 del Código civil, sino en una disposición testamentaria a interpretar por el Juzgador.
- Por no haber sido infringido el artículo 675, sin que quepa estimar con el demandante que el testador no podía limitar la institución con la reserva del artículo 811 por no darse sus requisitos, puesto que no se trata de aplicar tal artículo; ni quepa entender, con los demandados, que el testador prohibió al heredero enajenar, incondicional, absoluta y perpetuamente, porque quería que los bienes no saliesen de la familia, del tronco de que proceden, porque son su reserva, lo suyo de hoy y la esperanza de mañana.
- Porque la interpretación ha de ser del conjunto y no partir de frases aisladas, si bien la interpretación literal de ciertas frases (estos bienes raíces no podrán ser enajenados por él, no entrará en plena posesión de su propiedad hasta...) también conducen a una mera prohibición de enajenar, Interin no se den los acontecimientos previstos, sin que en modo alguno se haya ordenado por el causante que tales bienes raíces permanezcan en poder de ciertos familiares (colaterales) en tanto no se den dichos acontecimientos

Compilaciones Forales. No nos detendremos en estas excepciones ni insistiremos en el reparo de aproximar excesivamente el caso de la partición y el de enajenación de bienes por el heredero primero, habiendo herederos sucesivos o similares (10).

Pero hay otro aspecto en el que tampoco podemos entrar, aunque no parece que fuese resuelto por las sentencias ni por la resolución: averiguar si el testador quiso referirse a alguna legislación foral al mencionar la reserva troncal en la cláusula de institución. En el tercer resultando se dice que ni el testador ni ninguno de los interesados en la herencia tenían ninguna vinculación con la ciudad de Barcelona, pero en ningún momento se trata de la posible regionalidad foral o larga permanencia en comarca foral del testador que permitiese dar un sentido determinado a su frase y una determinación más concreta de los beneficiarios de la cláusula (11).

Aunque la constancia registral de la discutida cláusula en la cláusula misma («anotación específica en el Registro de que los bienes raíces pertenecen a la reserva troncal») resulte un tanto alterada después de interpretada por los Tribunales («anotar debidamente la prohibición de enajenar en expectativa del principio de troncalidad y a favor de los demandados»), lo cierto es que de una u otra forma el Registro estaba llamado a garantizar unos derechos de familiares tronqueros del testador que no estaba de más precisar para determinar si habían de intervenir, y cómo, en una adjudicación de bienes libres de tal anotación registral.

Solución muy cómoda y sencilla era, puesto que el testador pensó en reservatarios (aunque troncales), echar mano de la doctrina sentada por la Dirección, según la cual éstos, al no ser herederos, no son de ineludible intervención en la partición que pueden hacerla los reservistas solos. Pero acaso el Centro Directivo estimó, con razón, que esto era demasiado sencillo y no acudió a este expediente ni citó en el Vistos las resoluciones correspondientes (12), aunque también es posible que, estimando que los beneficiarios futuros y condicionales de la prohibición de enajenar tienen derechos menos consolidados y actuales que los reservatarios del Código civil, era innecesario justificar, por qué no tenían que intervenir en las operaciones divisorias ni en el control directo de la hijuela para pago de deudas. Pero, entonces, ¿qué significado tiene el considerando décimo?

b) Este interrogante nos conduce al segundo punto, que quedó un tanto en el aire: si la intervención de los hermanos del testador en el procedimiento de testamentaria es un argumento a mayor abundamiento en pro de la inscribibilidad del documento o es el fundamento y principal para la misma.

El auto presidencial, después de recoger y perfilar los alegatos del Notario, basados en la individualización del patrimonio hereditario, pone el dedo en la llaga cuando dice que no tiene objeto la protección de los eventuales derechos de los posibles reservatarios, puesto que se han persona-

(10) Sólo a título de ejemplo citaremos en la *Compilación de Cataluña*, la partición de herencia en los casos de sustitución fideicomisaria (arts. 190 y 191); los distintos supuestos y modalidades de enajenación de bienes por el fiduciario (arts. 186 a 189, 192, 193, 195 y 196), y las notificaciones a los fideicomisarios o sus curadores cuando son necesarias, bien se trate de la partición o de las enajenaciones (art. 194).

En la *Compilación Navarra* encontramos: La Ley 64 (la aceptación por el padre o, en su defecto, la madre de las herencias y donaciones a favor de los *nascituri*, así como la defensa de sus intereses de los mismos) y la Ley 154, permitiendo hacer disposiciones a favor de los *nascituri* cuando se trate de hijos no concebidos de persona determinada que viva al tiempo de la donación o de la muerte del testador. Las Leyes 233 y 234, en cuanto permiten hacer al fiduciario sólo particiones, cancelaciones de hipoteca y enajenaciones a las que se haya obligado el fideicomitente y regulan las restantes enajenaciones y gravámenes.

(11) Indudablemente, las legislaciones forales tienen cierta propensión a la sucesión troncal, aunque no tanta como a primera vista parece. La simple residencia en Cataluña, Navarra o Aragón pudo conducir al testador a pensar en instituciones troncales, como las recogidas, por ejemplo, por los artículos 251 de la *Compilación de Cataluña*, 130 a 133 de la de Aragón y Leyes 275, 279, 280 y 304 a 307 de la de Navarra.

(12) Ver, sobre intervención de reservatarios en las particiones, las Resoluciones de 21 de marzo, 7 de noviembre y 30 de diciembre de 1912 y 12 de junio de 1930.

do en el juicio universal y renunciado a todo derecho. El considerando decimo añade que renunciaron incluso a designar contador partidario porque no tenían interés de ninguna clase en el juicio, dado el fallo dictado por el Tribunal Supremo interpretando el testamento.

Este apartamiento de los reservatarios troncales por carencia de interés era muy importante, a nuestro juicio, pero debió tenerse en cuenta para puntualizarle más:

1) Que al sernos desconocida la «reserva troncal» a que el testador quiso referirse, y no siendo tampoco las resoluciones judiciales dictadas en vía contenciosa muy concluyentes sobre este punto, es imposible saber si los beneficiarios de la cláusula eran sólo los hermanos supervivientes o, en determinadas circunstancias y según se interpretase la condición, podía serlo alguien más. Por lo pronto sabemos que había un sobrino vivo al momento de testar (D. D., al que, por cierto, se le nombra también albacea) y luego no se habla más de él, salvo para decir que, como los otros albaceas conjuntos, había dejado transcurrir con exceso el plazo legal para realizar sus funciones.

Otra lamentable consecuencia de no saberse cuál fue la intención del testador en su imprecisa mención de la «reserva troncal» es que, aunque simplifiquemos la idea, traduciéndola pura y simplemente por la de colaterales abintestato o colaterales herederos abintestato de la línea de procedencia de los bienes, siempre sería dudoso si serían los existentes al fallecer don A. A. o don X. Nos enfrentaríamos así con otros muchos problemas, y entre ellos el de las cláusulas testamentarias a favor de herederos *nondum concepti*. Desde que la resolución de 23 de julio de 1924 admitió la posibilidad de llamamientos a su favor a través de la sustitución fideicomisaria, cada vez se ve más amplio el campo de las figuras sucesorias en que hay unos beneficiarios futuros aún no nacidos, e incluso de nacimiento difícil o casi imposible, ante los cuales no se sabe si es mejor amortizar los bienes hereditarios sometidos a una administración por los coherederos vivos o admitir unas facultades dispositivas controladas de algún modo y con aplicación del principio de subrogación (13).

2) Que la demanda judicial interpuesta por el heredero, y que condujo a la sentencia del Tribunal Supremo, lo fue contra los hermanos del causante y contra las ignoradas personas que pudieran tener interés en la reserva troncal y en la prohibición de disponer. Por ello, cuando la sentencia dispuso que esta prohibición debería constar anotada en el Registro en expectativa del principio de troncalidad y a favor de los demandados, al no limitar el ámbito de los demandados a los hermanos, es que está queriendo que sean titulares de la anotación no sólo éstos, sino todas las ignoradas personas contra las que también la demanda estaba interpuesta. El que de hecho no existieran estas otras personas es una cuestión diferente, que fue despreciada en el recurso.

Por todo ello, un punto muy criticable de la resolución es dejar impreciso si el considerando décimo contiene la *ratio decidendi* fundamental o es un mero argumento, a mayor abundamiento, que no hubiese modificado el fallo, aunque los hermanos no hubiesen sido citados al juicio de testamentaria.

3) La causa del apartamiento de los hermanos también debió tener una constancia mayor. Cuando se dice que renunciaron incluso a designar

(13) Manteniéndonos a nivel de estudios elementales, ver. PUIG PEÑA: *Sucesiones*, I, págs. 501 y sigs., y III, pág. 425, y las obras que el mismo cita de ROCA, PALOMINO, LACAL, GITRAMA. También las Sentencias de 17 de marzo de 1934 y 29 de noviembre de 1935 y la Resolución de 16 de septiembre de 1929.

En mi comentario a la Resolución de 16 de julio de 1973 (en el núm. 500, enero-febrero, de esta *Revista*, págs. 155 y sigs.), al tratar incidentalmente del trato registral de los derechos sucesorios de los *nondum concepti* insinuaba cómo las nuevas circunstancias de la realidad económica (plusvalías que implican los cambios de destino de los terrenos, etc.) obligan a soluciones legislativas o jurisprudenciales tendientes a que un riguroso respeto a los derechos de fideicomisarios futuros, a veces improbables, redunden en perjuicio de los vivos e incluso de los no concebidos si llegasen a serlo.

contador partidario porque, dado el fallo dictado por el Tribunal Supremo, no tenían interés de ninguna clase en el juicio, tanto puede significar que entienden que el fallo ha reducido tanto sus expectativas de heredar, que resignados se apartan de todo, como significar que el fallo les garantizaba tan totalmente con la constancia registral de su expectativa que no podían pensar en el posible perjuicio de una hijuela libre de la limitación y anotación de la reserva troncal testatoria.

Es cierto que es más probable lo primero, especialmente porque la sentencia parece agravar la cláusula al interpretarla, con una cuarta circunstancia en la condición: no haber dispuesto *mortis causa* X en favor de hijos legítimos. Pero leyendo solamente la resolución tampoco es descabellado entender que los tronqueros pensaban lo segundo, porque no hay en ella el menor dato sobre si X estaba en el camino de cumplir el condicionado: contraer matrimonio, tener hijos del mismo, llegar éstos a los quince años o haberlos instituido herederos.

T. C. G.

7, 8 y 9: BIENES INMUEBLES GANANCIALES. ADQUISICIÓN POR MUJER CASADA: SON INSCRIBIBLES EN EL REGISTRO LAS COMPRAS HECHAS POR MUJER CASADA SIN INTERVENCIÓN DE SU MARIDO CUANDO EL PRECIO SE SATISFACE AL CONTADO O SE DECLARA RECIBIDO Y EL DINERO ENTREGADO POR LA MUJER ES PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL, BIEN SEAN PARA SU PATRIMONIO PRIVATIVO O BIEN PARA EL GANANCIAL, DEBIENDO PRACTICARSE LA INSCRIPCIÓN CONFORME A LA REGLA PRIMERA DEL ARTÍCULO 95 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

Resoluciones de 8 de febrero, 11 de febrero y 26 de febrero de 1977 (B. O. del E. de 16 de febrero, 18 y 30 de marzo).

FUNCIÓN CALIFICADORA. REGISTRO DESEMPEÑADO POR DOS TITULARES: LA CONFORMIDAD DEL COTITULAR A LA NOTA DE CALIFICACIÓN NEGATIVA DEMUESTRA QUE SE HA CUMPLIDO CON LO ORDENADO EN EL ARTÍCULO 485 c) DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

Resolución de 11 de febrero de 1977.

Antecedentes de hecho.—1) Resolución de 8 de febrero: Mediante escritura de compraventa, autorizada en Madrid por el Notario don Antonio Rodríguez Adrados el 24 de julio de 1975, don Benjamín Sánchez García y doña Evangelina Sánchez García vendieron a doña Rosa Rodríguez Diéguez un piso vivienda; la compradora es mayor de edad, casada, y comparece en la escritura por su propio derecho y el precio de la compraventa es de 350.000 pesetas, que los vendedores confiesan haber recibido de la compradora antes del acto, por lo que le otorgan completa carta de pago.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los defectos subsanables siguientes: a) No justificarse la procedencia del dinero para considerar la adquisición como parafernial; b) no resultar del mismo ser la adquirente la administradora de la sociedad de gananciales, faltando el consentimiento del cónyuge que ostente tal carácter. Se ha cumplido lo dispuesto en el párrafo c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación. En su extenso, profundo y bien fundado es-

crito de alegaciones recogió diversos argumentos importantes a favor de la validez e inscribibilidad de las compras hechas por mujer casada en esas condiciones. He aquí alguno de ellos: Que antes de la Ley de 2 de mayo de 1975, casi todos los actos jurídicos de la mujer casada necesitaban la licencia marital en virtud del artículo 61 y concordantes del Código civil, aun cuando la falta de este requisito no impedía la inscripción de la compra efectuada sin intervención del marido, si bien haciendo constar en la inscripción la falta de licencia cuando fuere necesaria; suprimida la licencia marital por la nueva Ley, es indudable que las compras de la mujer son ahora totalmente válidas e inscribibles sin salvedad alguna, aunque no haya intervenido el marido, que es administrador de la sociedad conyugal. Que así lo imponen los diversos artículos del Código civil no derogados por la reforma de 1975 (arts. 1.392, 1.401). Que el aspecto objetivo o de subrogación real, y no subjetivo de tener en cuenta en cada caso al cónyuge adquirente, que se sigue para la atribución a un bien así adquirido del carácter ganancial, es defendido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros, e inspira igualmente los artículos 94 y 95 del Reglamento Hipotecario. Que la Ley de 2 de mayo de 1975 ha reforzado esa solución, al pretender una mayor independencia jurídica de la mujer casada y una menor desigualdad entre marido y mujer, por lo que los preceptos no alterados del Código civil deben ser interpretados ahora conforme a esta nueva concepción, y en forma restrictiva si la contrarian. Que han desaparecido en esta nueva Ley tanto la licencia marital (arts. 60 a 65) como las restricciones que tenía la mujer casada para prestar el consentimiento contractual (1.263, 3). Que el derogado artículo 61 entendía la licencia marital como una institución unitaria, sin que pudiera verse en ella otro aspecto de consentimiento del marido para las adquisiciones con precio ganancial. Que el artículo 94 del Reglamento Hipotecario sólo ponía como limitación a las compras por mujer casada la necesidad de la licencia marital, y no la de cualquier otro consentimiento que no aparecía expresamente regulado. Que de no estimarse así se produciría el contrasentido de que antes de la Ley de 1975 las compras de la mujer fueran anulables e inscribibles con esa reserva y ahora resultaran nulas y no susceptibles de inscripción. Que tampoco es aceptable la tesis de la anulabilidad de tales compras. Que el marido es el administrador de la sociedad de gananciales, pero no único y exclusivo, sino que la mujer conserva algunas facultades administrativas: administra los frutos de los parafernales, que son gananciales, y los rendimientos profesionales de su trabajo, que también lo son. Que si se exige el consentimiento del marido para las compras de la mujer, se equipara los actos de adquisición a los de disposición, equiparación que no es aceptable. Que la dificultad de acreditar la procedencia privativa del precio impide prácticamente desvirtuar la presunción de ganancialidad del artículo 1.407, según la rígida interpretación jurisprudencial sobre este punto. Que aun aceptando que el consentimiento del marido fuera necesario, la inscribibilidad del acto otorgado sin su intervención sería evidente, porque ese consentimiento no podría afectar a la compra misma, sino solamente al pago del precio, lo que no sería obstáculo a su inscripción.

El Registrador, de conformidad con su cotitular, apoyó su calificación negativa, entre otras, en las siguientes razones: Que la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975 no ha alterado el régimen de las comunidades conyugales, reconociendo expresamente la diferencia entre consentimiento y licencia. Que entre las novedades introducidas por la reforma no se ha modificado la atribución legal al marido de la administración de la sociedad conyugal ni de los bienes gananciales. Que el cónyuge no administrador, sea marido o mujer, tiene limitaciones para injerirse en funciones que no le son propias, y estas limitaciones nada tienen que ver con la capacidad de dicho cónyuge no administrador, sino que derivan

del régimen matrimonial de bienes. Que no alterada la regulación de la sociedad de gananciales, su administración corresponde al marido, salvo pacto en contrario (art. 1.412), y a pesar de la dificultad de precisar el concepto de acto de administración, puede deducirse del artículo 1.413 que los actos que no sean dispositivos se consideran de administración. Que el artículo 1.416, en relación con el 1.362, sólo permite a la mujer obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido cuando se trate de gastos diarios usuales de la familia, pero no de la compra de un inmueble. Que mientras no ratifique dicho acto el marido, el funcionario calificador se ve obligado a suspender la inscripción. Que con independencia de la licencia marital, hoy suprimida, la exigencia del consentimiento del marido venía determinada por los artículos 59, 1.412 y 1.416, y no por el artículo 61. Que la subrogación real es una consecuencia de la adquisición, pero no la adquisición misma, y la validez de ésta es la que determinaría el nacimiento de aquélla, siendo uno de los requisitos de tal validez el consentimiento del cónyuge administrador. Que no es aplicable a este caso la doctrina de la Dirección General de los Registros, según la cual los bienes gananciales podían inscribirse indistintamente a nombre de la mujer o del marido, ni tampoco el artículo 94 del Reglamento Hipotecario (referente a adquisiciones privativas de la mujer) ni el 169 del Reglamento Notarial.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario. Y la Dirección General, de conformidad con el Consejo Consultivo de Letrados, acuerda revocar el auto apelado y la nota del Registrador, estableciendo una importante doctrina relativa al caso que nos ocupa, y que aparece formulada en los considerandos que más adelante se transcriben.

2) Resolución de 11 de febrero: Por escritura autorizada por el Notario de Barcelona don Antonio Roldán Rodríguez el 19 de septiembre de 1975, don José Ramón Oriol Estévez, mayor de edad, casado, vendió a doña María Viñas Fraga, mayor de edad, casada en régimen de gananciales con don Fernando Serrano Vega, empleada, que comparece por su propio nombre y derecho, una finca rústica de cuatrocientos noventa metros cuadrados formada por segregación en el mismo título de otra mayor situada en término de Castellgalí, propiedad del vendedor e inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad de Manresa, por el precio de sesenta mil pesetas, que el vendedor confiesa haber recibido de la compradora con anterioridad, por lo que otorga completa carta de pago.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por observarse el defecto insubsanable de falta de cumplimiento de los artículos 1.412 y 63 del Código civil. No procede anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado. Con esta calificación está conforme el cotitular.»

El esposo de la compradora, con el fin de obtener la inscripción, otorgó escritura autorizada por el mismo Notario el 12 de mayo de 1976, ratificando y confirmando la referida escritura de compraventa otorgada por su esposa.

El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, a efectos meramente doctrinales, formulando, entre otras, las siguientes alegaciones: Que es sorprendente se califique como radicalmente nulo un contrato celebrado por mujer casada para su sociedad de gananciales, precisamente después que la Ley de 2 de mayo de 1975 ha suprimido viejas trabas y ha colocado en igualdad de situación a marido y mujer. Que con la última reforma del Código civil ha desaparecido toda idea de sumisión femenina al marido, y así resulta de la nueva redacción dada a los artículos 57, 62, 65 y 66. Que aun cuando la sociedad de ganan-

ciales no haya sido reformada, la interpretación de las normas relativas a la capacidad de la mujer casada no puede ser la misma después de la Ley de 1975, y así, aunque subsiste el artículo 1.412, su contenido ha sido fuertemente alterado por el espíritu que inspira la nueva normativa. Que el hecho de que el marido sea administrador de la sociedad no es obstáculo para que la adquisición pueda ser hecha por el marido o por la mujer. Que en el caso concreto discutido, el acto no puede ser calificado de nulo, sino, a lo sumo, de anulable o impugnabile por la exclusiva voluntad del esposo de la compradora, según el artículo 65 del Código civil, en conexión con el 1.301, y por ello debió ser inscrita la escritura de compra, haciendo constar la advertencia contenida en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario. Que aunque se estimara que el acto sin consentimiento del esposo era nulo, es evidente que dicho consentimiento podía ser prestado *a posteriori*, de modo que dicha falta sería subsanable y debería provocar, a lo sumo, una nota de suspensión y no de denegación. Que la doctrina contenida en la calificación negativa carecía de fundamento incluso antes de la reforma de 1975, pues interpretando lógicamente el artículo 1.401, números 1 y 2, del Código civil, se deduce de él que las adquisiciones para la sociedad conyugal puede hacerlas cualquiera de los cónyuges, y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 95, 1, del Reglamento Hipotecario. Que si en la escritura la mujer adquiere para la comunidad, es lógico pensar que existe un consentimiento tácito del esposo, pues lo corriente es que entre marido y mujer haya habido alguna comunicación al respecto. Que la cita del artículo 63 del Código civil está fuera de lugar, ya que este artículo prohíbe que uno de los cónyuges se atribuya la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente, pero en nuestro caso la compradora no manifiesta en ningún momento estar representando a su marido, sino que interviene en su propio nombre y derecho, aun cuando adquiere para la comunidad. Terminaba solicitando la declaración de que la escritura debió ser inscrita, al menos, con la advertencia referida en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario; que de existir algún defecto, éste debía ser subsanable, produciendo sólo la suspensión de la inscripción; y que, en todo caso, era improcedente el último párrafo de la nota relativo a la conformidad del cotitular, cuya firma no aparece.

El Registrador argumentó que la escritura calificada vulnera claramente el artículo 1.412 del Código civil. Que no es aceptable que la mujer se convierta sin pacto en administradora de la sociedad de gananciales, no siendo, por tanto, inscribibles sus adquisiciones si no se acredita el carácter privativo del precio para poder practicar la inscripción en tal concepto. Que suprimida la licencia marital, el artículo 94 del Reglamento Hipotecario no es aplicable a las adquisiciones de bienes gananciales realizadas por la mujer casada no administradora. Que la referencia que se hace en la nota al artículo 63 del Código civil no es inadecuada, sino muy apropiada, ya que si la compradora adquirió bienes gananciales, la única posibilidad que tenía de hacerlo era atribuyéndose la representación del marido, y como carece de ella, infringe este precepto, infracción que, unida a la del artículo 1.412, determina la imperfección de la adquisición en nuestro caso concreto. Que según la más autorizada doctrina, el criterio para distinguir las faltas insubsanables es el de la necesidad de un nuevo otorgamiento sustancial, que en el supuesto presente es precisamente el de la escritura de ratificación y confirmación que ha otorgado el marido. Que al declarar en la nota la conformidad del cotitular no ha pretendido el funcionario calificador utilizar argumento de autoridad alguno, sino simplemente poner de manifiesto el cumplimiento del artículo 465, c), del Reglamento Hipotecario, que regula el régimen interior de los Registros desempeñados por dos titulares.

El Presidente de la Audiencia estimó el recurso declarando: a) Que la escritura controvertida no contiene defecto insubsanable y el negocio jurídico en la misma constatado no es nulo, sino factible de subsanación. b) Que dicha escritura debió ser inscrita sin perjuicio del cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, y que al ser posible la subsanación del defecto, la nota debió ser de suspensión de la inscripción hasta que fuera cumplido el requisito de ratificación por el esposo de la adquirente. c) Se declara y estima improcedente el último párrafo de la nota referido al cotitular registral que no la firma.

Tanto el Notario como el Registrador se alzaron de la decisión presidencial. Y la Dirección General acuerda revocar el auto apelado y la nota del Registrador, y declara que la escritura es inscribible con arreglo al artículo 95, 1, del Reglamento Hipotecario.

3) Resolución de 26 de febrero: Por escritura de compraventa autorizada en Vigo por el Notario don Luis Solano Aza el 1 de abril de 1976, doña Erundina de Domingo Docampo, casada, que comparece en su propio nombre y derecho, compró a don José Rodríguez Vila dos fincas en Sayanes, parroquia de San Miguel de Oya, del municipio de Vigo, haciendo constar la compradora «que la adquisición la efectúa de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 1.401 del Código civil, en concordancia con el 65 del mismo Código y con las consecuencias previstas en el artículo 1.301 de dicho Cuerpo legal, solicitando, por tanto, su inscripción conforme a lo prevenido en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento en la forma que en el mismo se solicita, por entender que el hoy inoperante artículo 94 del Reglamento Hipotecario se refería exclusivamente a la falta de licencia marital para actos y contratos relativos a bienes propios de la mujer casada y no al consentimiento en adquisiciones de bienes de carácter ganancial, cuya administración corresponde al marido, salvo pacto en contrario, de acuerdo con los artículos 59 y 1.412 del Código civil.

No se toma anotación por suspensión por el carácter insubsanable del defecto observado.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación alegando que las adquisiciones onerosas realizadas por la esposa no administradora en régimen de gananciales son inscribibles, dejando a salvo las acciones de anulabilidad que puedan corresponder al marido o a sus herederos, conforme a los artículos 65 y 1.301 del Código civil y 94 del Reglamento Hipotecario. Que este último artículo se debe considerar vigente, aunque con diferente matización, después de la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975, que abolió la licencia marital, pero respetando el régimen de consentimientos, y esta interpretación viene abonada por la remisión que dicho precepto hace al artículo 1.301 del Código civil, hoy reformado. Que en relación a los bienes en régimen de gananciales es esencial distinguir su adquisición de su administración, ya que si bien esta última corresponde al marido, salvo pacto en contrario, no sucede lo mismo en cuanto a su adquisición, y así, el artículo 1.401, 1.º, del Código civil, al hablar de la adquisición de bienes gananciales, no diferencia si el adquirente es el marido o es la mujer. Que si la esposa está en condiciones de disponer del dinero ganancial suficiente para comprar un inmueble, es evidente que cuenta con la autorización y consentimiento del marido, y que podría invertirlo en comprarse objetos suntuarios o de arreglo personal o adquirir una finca a su propio nombre. Que la nota recurrida contradice el espíritu de la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975 contenido en su exposición de motivos.

El Registrador informó que la cuestión fundamental planteada en el recurso es el de la vigencia actual del artículo 94 del Reglamento Hipotecario y su aplicación a adquisiciones de bienes gananciales realizadas por el cónyuge no administrador. Que este artículo se refiere exclusivamente a la falta de licencia del marido, pero que el recurrente equipara conceptos tan dispares como consentimiento y licencia y pretende se aplique a aquél un precepto que solamente se refiere, o se refería, a ésta. Que suprimidas las licencias que se establecían en los artículos 60 a 65 y 1.361 del Código civil, el referido artículo 94 del Reglamento Hipotecario queda sin ámbito de aplicación. Que antes de la reforma ya estaban de acuerdo la jurisprudencia y la doctrina en que el citado precepto se refería exclusivamente a actos y contratos sobre bienes propios de la mujer casada.

El Presidente de la Audiencia confirmó la calificación recurrida en cuanto no admite la inscripción de la compraventa, pero declarando que la nota denegatoria extendida por defecto insubsanable ha de ser sustituida por la de suspensión por defecto subsanable, a fin de que pueda solicitarse la anotación preventiva correspondiente. El funcionario calificador se alzó parcialmente de la decisión presidencial por cuanto considera subsanable el defecto señalado en la nota, insistiendo en sus anteriores argumentos sobre el carácter insubsanable del mismo, no haciéndolo el Notario autorizante de la escritura. Y la Dirección General acuerda no admitir el recurso por no existir defecto de ninguna clase en la escritura cuya calificación se discute.

Doctrina de la Dirección General.—La doctrina jurisprudencial en que se apoya la solución permisiva de la inscripción de las escrituras de compra por mujer casada sin intervención del marido, se encuentra detallada en los catorce considerandos de la Resolución de 8 de febrero, que a continuación se transcriben (1):

«Que este recurso, en el que ha de decidirse si es o no inscribible la escritura de compraventa discutida, plantea la importante cuestión de si puede la mujer casada bajo el régimen de comunidad de gananciales adquirir por sí sola y a título oneroso, con precio satisfecho al contado, bienes que con arreglo a la presunción general legalmente establecida tendrían el carácter de gananciales, o si, por el contrario, necesitará para estos actos el consentimiento del marido.

Que desaparecidas las restricciones que a la capacidad de obrar de la mujer casada establecían, entre otros, los artículos 61 y 62 del Código civil, y dada la estrecha relación que esta materia tiene con el régimen económico-matrimonial, hubiera podido abordarse simultáneamente la modificación de ambas materias, pero no ha sido así, pues nuestra legislación, en forma parecida a lo sucedido en otros países (Alemania, Francia), ha atendido en la Reforma de 2 de mayo de 1975 a 'la general finalidad perseguida de equiparar en lo posible a los cónyuges' y ha dejado para un ulterior momento la adaptación de ese enunciado al régimen matrimonial, por lo que al no haber apenas variado la Ley de Reforma el sistema de gananciales, la presunción del artículo 1.407 del Código civil y el carácter fungible del dinero pueden inducir a que se entienda que la capacidad adquisitiva de la mujer casada continúa todavía disminuida, y que en este aspecto la mencionada Ley no sólo ha introducido muy pocas variaciones, sino que incluso ha restringido el sistema anterior, que admi-

(1) En los Vistos de esta primera Resolución de 8 de febrero se recogen los artículos 59, 62, 63, 65, 66, 1.263, 1.301, 1.320, 1.364, 1.384, 1.385, 1.387, 1.392, 1.401, 1.406, 1.407, 1.411, 1.412, 1.416 y 1.444 del Código civil; 6, 7 y 8 del Código de Comercio; 95 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 y 21 de septiembre de 1907, 12 de julio de 1929, 28 de noviembre de 1953, 30 de septiembre de 1958, 24 de noviembre de 1960, 11 de marzo de 1965 y 25 de junio de 1973, así como las Resoluciones de 22 de agosto de 1894 y 15 de diciembre de 1933.

tía la validez de las compras hechas por la mujer con la licencia de su esposo, licencia hoy suprimida.

Que la prudencia legislativa aparece plenamente justificada ante las dificultades que surgen al tener que combinar el principio de igualdad 'en lo posible' de los cónyuges con unos sistemas que, como los de comunidad de bienes, se avienen mal con una duplicidad de poderes para la administración, hasta el punto de que el Derecho Comparado ofrece ejemplos de haber tratado de establecer como régimen supletorio el de separación de bienes, en donde tales dificultades se obvian; pero aparte de que los países que así lo hicieron rectificaron en seguida, volviendo de nuevo al sistema de comunidad, no hay que olvidar el gran arraigo popular que en nuestra Patria tienen los sistemas de comunidad en casi todas las regiones, y en concreto el de gananciales, lo que presumiblemente obligará a mantener este sistema, sin perjuicio de su perfeccionamiento.

Que no obstante la declaración general contenida en la exposición de motivos de la Ley de 1975, es indudable que la reforma ha afectado al régimen matrimonial de bienes, pues no cabe desconocer la modificación de preceptos de tanta trascendencia como los artículos 1.435, 1.436 y 1.441 a 1.444, que ha venido a suponer un importante cambio en relación al sistema anterior, al conferir a la mujer, cuando administra los bienes del matrimonio, las mismas facultades que tenía el marido, ajustándose así al criterio de equiparación que pretende establecerse; e indirectamente también incide sobre esta misma materia la modificación de otros preceptos del Código, como son los artículos 60, 61, 65, 69, 189, 995 y 1.301, en donde se ha eliminado toda referencia a desigualdades que existían en la posición de ambos cónyuges, o se establece un sistema de equiparación de los mismos en la administración de la sociedad conyugal.

Que el fundamento de estas modificaciones no es otro que el de acomodar la legislación a la actual realidad de la sociedad española, en la que son muchos los matrimonios donde no sólo el marido, sino también la mujer, colabora con su trabajo—bien sea intelectual o manual—al sostenimiento y aportación de ingresos a la sociedad conyugal, así como a atender a la posibilidad que la mujer tiene de ejercer una profesión sin necesidad de consentimiento de su esposo, que quedaría prácticamente sin efecto si para los contratos que realizase en el ejercicio de su actividad profesional—entre otros, arrendamiento o incluso compra de local—hubiera de necesitar este consentimiento marital.

Que una interpretación armónica de los preceptos del Código civil—reformados o no—deberá tener en cuenta no sólo el espíritu de 1889, momento de la publicación del Código civil, sino que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.º, 1.º, del mismo Cuerpo legal, habrá de atenderse a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados y, por tanto, interpretarse también según el espíritu de la reforma recientemente realizada.

Que los obstáculos en que pretende fundamentarse la tesis negativa de que la mujer casada pueda por sí sola adquirir a título oneroso bienes inmuebles durante el matrimonio, se encuentran, de una parte en el artículo 1.416 del Código civil, en cuanto establece que la mujer no podrá obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido, y, de otra, en que de poder comprar inmuebles la mujer con el carácter de gananciales, se alteraría por su sola voluntad el patrimonio común de los esposos.

Que un detenido examen del artículo 1.416 del Código civil lleva a la conclusión de que se limita a indicar los bienes que quedan obligados por los actos de la mujer, de modo que el consentimiento del marido no afecta para nada a la validez del contrato realizado por ella, pues a este aspecto se referían en su redacción derogada los artículos 61 y 1.263 del Código civil, que le impedían adquirir a título oneroso o lucrativo sin

licencia o poder de su marido; pero suprimida esta restricción no hay ningún obstáculo legal para que la mujer casada pueda ser compradora, sin que, por tanto, tengan aplicación los artículos 65 y 1.301 en su nueva redacción.

Que el segundo de los obstáculos señalados no tiene razón de ser, ya que es indudable que puede la mujer modificar la composición del patrimonio ganancial, según se deduce: a) Por los bienes que obtenga a través de su industria, sueldo o trabajo—artículo 1.401, 2.º—, para cuyo ejercicio no necesita la licencia de su marido; b) por los frutos, rentas o intereses que procedan de sus bienes parafernales—artículo 1.401, 3.º—, que pueden dar lugar a entrada de nuevos bienes gananciales; c) por la enajenación de sus bienes parafernales libremente—artículo 1.387—, que puede provocar una disminución de los gananciales, al no ingresar los frutos o rentas que tendrían este último carácter.

Que superados los obstáculos que podrían oponerse a la adquisición de inmuebles a título oneroso por la mujer casada en régimen de gananciales, la interpretación favorable a su posibilidad, por el contrario, se encuentra fundamentada: a) En la ya indicada supresión de la licencia marital para las adquisiciones a título oneroso o gratuito por la mujer; b) En los artículos 1.392 y 1.401, que no discriminan en cuanto a la adquisición por cualquiera de los esposos para que los bienes tengan el carácter ganancial, y lo mismo sucede con el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario; c) En que al comparecer en juicio ella sola para reclamar los haberes profesionales que se le adeudan—una vez suprimida en el artículo 60 del Código civil la exigencia de la licencia marital para esta comparecencia—, si en la fase ejecutiva queda desierta la subasta de los inmuebles embargados por falta de postores podrá pedir la adjudicación de dichos inmuebles, que indudablemente tendrán el carácter de gananciales.

Que merece especial atención destacar que nuestro Código civil, en su redacción anterior a la última reforma, siguiendo al Derecho tradicional y en reconocimiento de la personalidad de la mujer, señaló que ésta tiene la potestad de administrar los bienes parafernales, la cual no debe entenderse referida sólo a la administración de cada uno de los bienes, sino a la de todo el patrimonio privativo en función de las propias posibilidades económicas y profesionales de la mujer; y en el ejercicio de tal potestad, la mujer administra ciertos bienes gananciales—los frutos de los bienes parafernales y *a fortiori* las ganancias obtenidas en su profesión, industria o trabajo—como el marido mismo y, por ende, con la potestad de enajenarlos en tanto la enajenación constituya un acto de gestión de los bienes encomendados a su dirección (confróntese, entre otros, arts. 66, 1.384 y 1.385 del Código civil) y en tanto no recaiga sobre bienes gananciales que como excedentes hayan pasado a la administración general de la sociedad conyugal.

Que tras la reforma introducida por la Ley de 2 de mayo de 1975, ha desaparecido formalmente la salvedad que en favor del artículo 1.384 se hacía a la regla de que al marido incumbe la administración de la sociedad de gananciales en los artículos 59 y 1.412 del Código civil—según el texto de la segunda edición—, pero sin duda debe entenderse meramente que el legislador juzgó inútil por sobrentendida la expresa formulación de la salvedad, y nunca que haya habido un retroceso en la doctrina del Código civil, lo que no armonizaría en modo alguno con el espíritu de las últimas reformas, que han querido siempre potenciar la posición de la mujer.

Que de la presunción de que todos los bienes son gananciales no debe pasarse a la presunción de que todos los bienes, incluso los que posee la mujer, sólo pueden ser administrados por el marido, pues el tradicional reconocimiento de la personalidad de la mujer, el principio de la buena fe, la presunción del artículo 448, el ser ella también órgano de gestión

de la sociedad conyugal, la responsabilidad que incumbe al gestor principal de toda actividad económica y las exigencias de la seguridad del tráfico obligan a entender, mientras no conste otra cosa, que la mujer tiene la libre disposición del dinero del que efectivamente dispone, sin necesidad de acreditar que sea privativo, o que siendo ganancial lo hace en uso de la potestad que le reconoce el artículo 1.384 u otros varios preceptos, o que se trata de dinero ganancial que el marido ha puesto a su disposición, a salvo las posibles repercusiones que entre marido y mujer pueda tener la extralimitación de ésta, la cual no afectaría a terceros de buena fe.

Que de todo lo expuesto hay que concluir que son válidas las adquisiciones hechas por la mujer por sí sola con precio al contado, bien sean para su patrimonio privativo o bien para el ganancial, supuesto este último que será el más frecuente dada la presunción del artículo 1.407 del Código civil y la dificultad de la prueba del origen del precio, puesta reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia, por lo que en este supuesto, al no estar demostrado el carácter privativo del dinero, habrá de practicarse la inscripción, de acuerdo con lo dispuesto en la regla primera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.»

En las Resoluciones de 11 y 26 de febrero se hace referencia a la doctrina formulada en la precedente de 8 de febrero, y se recogen en resumen los mismos argumentos que sirvieron de base al criterio permisivo de la inscripción, que en ambas se reitera. Por razón de la forma en que se plantearon las cuestiones y de los distintos temas apuntados, en cada una de estas dos resoluciones se contiene un nuevo considerando, que también se incluye a continuación:

«La conformidad del cotitular a la nota discutida viene a reflejar que se ha cumplido con lo ordenado en el artículo 485, c), del Reglamento Hipotecario, que establece que cuando el Registrador calificador estima que existen defectos que impiden practicar la operación solicitada, lo pondrá en conocimiento de su cotitular por si éste entendiera que era procedente realizarla, en cuyo caso la practicaría bajo su responsabilidad.»

«A la vista de lo indicado parece ocioso entrar en el examen de si es subsanable o insubsanable la falta de consentimiento del marido, como administrador de la sociedad de gananciales, en la compraventa discutida, planteada en apelación como único punto de debate por el Registrador, dado que conforme a lo expuesto no es necesario tal consentimiento para la inscripción del mencionado contrato, por lo que bastaría una petición formal de la interesada que desvirtuara su primitiva solicitud para que la escritura calificada tuviese acceso a los libros del Registro.»

COMENTARIO (2).—Uno de los problemas más importantes y que pueden plantearse en la práctica con mayor frecuencia después de la Ley de 2 de mayo de 1975, es el de si la mujer casada puede comprar bienes inmuebles sin consentimiento de su marido, cuando el dinero con que se paga el precio de la compraventa es ganancial o presuntamente ganancial. Nos referimos a la mujer casada en general partiendo de la idea de que la administración de los bienes gananciales corresponde al marido, de que no se ha pactado en capitulaciones otra cosa ni encomendado voluntariamente a la mujer esa administración (bien sea en general, bien en relación con algún bien concreto), y no le pertenece esa administración por ley (artículos 225 y 1.441) ni le ha sido atribuida judicialmente (art. 68), es decir, cuando la mujer no es administradora de los bienes gananciales.

Antes de la reforma de 1975 se estimaba que los actos de adquisición

(2) Para un estudio más detallado del tema de las compras por mujer casada y sus relaciones con el Registro de la Propiedad puede verse el texto de mi conferencia: «Repercusiones registrales de la reforma del Código civil», pendiente de publicación en el Libro de Conferencias del Colegio Nacional de Registradores correspondiente a este año

realizados por la mujer casada en esas condiciones necesitaban de la licencia del marido (según el art. 61: «Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo... sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley»). Al faltar la licencia, el acto era anulable, de acuerdo con los artículos 65 y 1.301, porque sólo el marido y sus herederos podían impugnar la validez de esas compras; y entonces podían ser inscritos en el Registro, según el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, haciendo constar en la inscripción la falta de licencia. En la práctica—como ha recordado RODRÍGUEZ ADRADOS—se inscribían así las compras de mujer con dinero presuntamente ganancial, a nombre de ambos cónyuges, para la sociedad conyugal, y con arreglo al párrafo 1.º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Después de la reforma, la licencia marital ha sido expresa y radicalmente suprimida. Véanse los nuevos artículos 60, 61, 62, 63, 65, 237, 893, 995, 1.301, 1.361, 1.387, 1.442 y 1.444. No creemos, por lo demás, que resulte aceptable la interpretación de esta reforma legal, según la cual la licencia suprimida se refiere sólo a la actuación de la mujer respecto a sus bienes parafernales. Creemos más razonable entender, de acuerdo con la finalidad de estas nuevas normas y el principio inspirador según el cual el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, que esa supresión de la licencia se refiere a todos los supuestos en que la mujer necesitaba de ese complemento de capacidad para realizar con plena eficacia un acto jurídico, de acuerdo con la legislación anterior, según cuál fuere la clase de acto y los bienes sobre los que se proyecte.

Desaparecida la licencia marital, se suscita todavía la duda sobre si la mujer podrá realizar por sí sola esas compras de bienes inmuebles con dinero presuntamente ganancial, o necesitará para ello de la intervención o consentimiento del marido, por las facultades que a éste se le reconocen dentro de la comunidad conyugal. Cuestión que tiene una indudable trascendencia práctica, por la multiplicidad de ocasiones en que puede plantearse el caso de que una mujer casada quiera comprar un piso y pagar el precio con dinero que tiene a su disposición, presuntivamente ganancial mientras no se demuestre lo contrario en una siempre difícil prueba.

Cuestión que, además, lleva consigo una innegable repercusión registral: cuándo y cómo podrán ser inscritas en el Registro las compraventas así celebradas, supuesto que la situación jurídica de la mujer compradora de un piso con dinero ganancial, y el derecho de propiedad así adquirido por título de compraventa, deben gozar de publicidad registral. Lo que ocurre es que el tema de la inscribibilidad de tales derechos es consecuencia ineludible de la perfección jurídica del negocio de compraventa. La inscripción de aquél depende de ésta.

El problema así planteado puede ser enfocado desde dos distintos puntos de vista, que a su vez conducen a soluciones contradictorias: a) De una parte, se piensa que el acto de comprar con dinero ganancial es un acto de administración, y estando atribuida por el Código la administración de los gananciales al marido inicialmente (arts. 59 y 1.412), se deduce de ahí que sólo el marido podrá hacer la inversión del dinero, por lo que la mujer no podrá por sí sola realizar la compra y necesitará el consentimiento, la autorización o la intervención concurrente del marido para que la compra sea plenamente válida y eficaz. El acto así realizado por sólo la mujer será más o menos eficaz (incompleto, nulo, anulable) y no podrá llegar al Registro o, en su caso, y si llega a admitirse la inscripción, la publicidad se proyectará sobre una situación anulable susceptible de impugnación. b) De otra parte, si se tiene en cuenta que en la sociedad actual la mujer casada puede llegar a disponer de importantes sumas de dinero (por estar en una cuenta corriente a su nombre o indistinta a favor de marido y mujer, por haber sido adquirido por su propio trabajo

laboral o profesional, e incluso porque el marido así se lo permite tácitamente, al no oponerse a esa posibilidad de inversión de dinero), aunque pueda reputarse presuntamente ganancial; y que en el nuevo Código se ha suprimido la licencia marital y la relativa incapacidad para contratar que la mujer casada antes tenía, de modo que puede ahora prestar su consentimiento contractual libremente y sin limitación (art. 1.263); que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges (art. 62); y que la reforma está claramente inspirada en los principios de la igualdad jurídica de los cónyuges, de la desaparición de las limitaciones que afectaban a la mujer casada en su capacidad de obrar según el Derecho anterior, por lo que la interpretación que se haga de los preceptos reformados no debe conducir a una situación desfavorable para la mujer o más restrictiva de su capacidad, porque entonces quedaría desvirtuada la propia finalidad de la reforma, se piensa también que la mujer casada puede comprar inmuebles en esas condiciones sin necesidad de la intervención o del consentimiento de su marido, invirtiendo dinero ganancial o presuntamente ganancial para pagar el precio de la compra-venta, siempre que de hecho pueda disponer del mismo, y que el acto así realizado es plenamente válido y eficaz, produce todos sus efectos y debe ser inscrito como tal (3).

Si queremos reducir a un breve esquema las teorías y opiniones expuestas podríamos quizá resumirlas en tres grupos: 1) Tesis según la cual es necesario el consentimiento expreso del marido para la validez y eficacia de las compras por mujer casada con dinero presuntamente ganancial. Sin ese consentimiento, la compra es un acto nulo o incompleto o ineficaz; acto en vías de formación, pero aún no completado ni jurídicamente eficaz. No es, por tanto, susceptible de inscripción. 2) Tesis que exige igualmente el consentimiento del marido para la plena eficacia del acto, pero que estima la falta del mismo como causa de anulabilidad. El acto no sería nulo sino meramente anulable, inicialmente válido, aunque sometido a la posible impugnación del marido o de sus herederos, de acuerdo con los artículos 65 y 1.301 reformados del Código civil. Dentro de esta teoría caben dos matices en su proyección registral, según se rechace la inscripción, por no ser un acto plenamente eficaz, o se permita, al amparo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, haciendo constar en el asiento esa falta de consentimiento que puede provocar la impugnación ulterior. 3) Tesis que considera plenamente válida y eficaz la compra por mujer casada sin intervención del marido, aunque se pague el precio con dinero ganancial o presuntamente ganancial. Se afirma así la capacidad de la

(3) El tema que nos ocupa ha sido objeto de numerosos estudios y discusiones a partir de la reforma del Código civil de 1975. Dentro de la bibliografía específicamente destinada al mismo podemos recordar los siguientes trabajos

PEDRO AVILA, LUIS DE LA HAZA y JOSÉ POVEDA DÍAZ: *Estudio sobre la reforma del Código civil por Ley de 2 de mayo de 1975 y sus repercusiones sobre el Registro de la Propiedad* Madrid, junio de 1975

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA: *Algunas consideraciones acerca de las inscripciones a favor de la mujer casada después de la reforma del Código civil «RCDI»*, núm 512, págs 31-68

SERGIO SAAVEDRA QUEIMADELOS: *Inscripción de adquisiciones onerosas realizadas por los cónyuges bajo el régimen de gananciales tras la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975 «RCDI»*, número 514, págs 591-601

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS: *Las compras de la mujer casada*, «RDN», núm 88, págs 433-579, y *Libro homenaje a Roca Sastre*, vol. III, págs. 13-128.

MANUEL ALVAREZ BEJIGA: *Inscripción en el Registro de la Propiedad de compraventas de inmuebles por mujer casada sin intervención marital «RCDI»*, núm 515, págs. 757-808.

ANGEL SANZ: *La situación de la mujer casada en Derecho civil (Observaciones sobre la reforma del Código civil por Ley de 2 de mayo de 1975) «RDN»*, núm 91, págs. 267-390, y *Libro homenaje a Roca Sastre*, vol II, págs. 751-988

MANUEL DE LA CÁMARA: *Adquisiciones a título oneroso por mujer casada con dinero presuntamente ganancial*, *Libro homenaje a Roca Sastre*, vol II, págs. 989-1030.

ANTONIO PÉREZ SANZ: *La situación jurídica de la mujer casada, derechos y deberes de los cónyuges*, «Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada», julio-agosto de 1976.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: *Las adquisiciones de inmuebles por la esposa después de la Ley de 2 de mayo de 1975 «ADC»*, XXIX-IV (1976), págs 995-1002

mujer para comprar por sí sola y para invertir el dinero ganancial que tiene en su poder. De donde resulta la inscribibilidad sin restricciones de la compraventa así realizada, practicándose la inscripción entonces conforme al artículo 95-1 del Reglamento Hipotecario.

Llegados a este punto, ¿cuál es la solución más justa y razonable que puede defenderse en relación con este problema, teniendo en cuenta las normas actualmente vigentes, el encuadre sistemático de las normas nuevas con las que no han sido modificadas, el espíritu de la reforma, los intereses en juego, las convicciones sociales de nuestra sociedad y de nuestro tiempo, y la finalidad última de los preceptos en vigor?

Intentando resumir nuestra opinión, podríamos sintetizarla en los términos siguientes:

1) Para interpretar las nuevas normas del Código civil introducidas por la Ley de 1975, así como la supresión o modificación de las normas anteriores, es imprescindible tener en cuenta el espíritu y la finalidad de la reforma, sus principios inspiradores.

Ciertamente es lástima que la reforma de 1975, proyectada sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges en general, no haya abordado al mismo tiempo la reforma de la sociedad de gananciales. De esta manera, siendo la reforma parcial, conviven juntos preceptos inspirados en principios distintos. En cualquier caso, no puede afirmarse que no se haya modificado en absoluto el régimen de las comunidades conyugales, como se apunta en la exposición de motivos.

2) Desaparecida la licencia marital con carácter general para las actuaciones de la mujer casada, según la última reforma, una cosa parece clara, y es que la mujer puede comprar por sí sola (arts. 62 y 1.263 del Código civil). ¿Podrá también comprar pagando el precio con dinero ganancial, o sólo con dinero parafernial, pues para la inversión de metálico ganancial—real o presunto—necesitaría la intervención del marido? He ahí la cuestión. Problema no de capacidad de obrar de la mujer, que en el plano contractual hoy no se discute, sino de legitimación para entregar dinero ganancial como pago del precio. Problema que se complica en la práctica por la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1.407, frente a la cual resulta muy difícil o prácticamente imposible acreditar el carácter parafernial de la suma de dinero que está a disposición de la mujer y con la cual ella paga el precio.

3) El argumento más fuerte en que suele apoyarse la tesis negativa para esa actuación independiente de la mujer radica en el hecho de que normalmente será el marido el administrador de la sociedad conyugal (artículos 59 y 1.412); no siendo la compra un acto de disposición, se reputa por exclusión como acto de administración, y por eso se exige el consentimiento del marido, como administrador de los gananciales. Pero tales afirmaciones no son del todo convincentes y deben ser sometidas a revisión crítica.

De una parte, y como ha señalado un sector de la doctrina, no se puede subsumir la compra dentro de la categoría de los actos de administración. La compra, o la adquisición de un inmueble que tiene su origen en la compra completada con la tradición instrumental, no es un mero acto de administración, ni de disposición del dinero (aunque el pago del precio sea una de sus consecuencias debidas), sino de adquisición. La doctrina reciente, al profundizar sobre la estructura y función de los actos jurídicos, distingue con realismo plausible tres categorías distintas: actos de conservación, de administración y de disposición. O también actos de adquisición, administración y disposición (ALVAREZ BEJIGA).

De otra parte, tampoco es del todo cierto que la mujer no pueda administrar bienes gananciales, aunque con carácter general y por ley esa

administración le corresponda al marido. Los autores también han recogido diversos supuestos en que la mujer actúa como administradora: así, la administración de los frutos de los parafernales, que son gananciales (artículos 1.385, 1.386, 1.401-3). O la potestad doméstica de la mujer casada (art. 66 actual); o la actuación de la mujer casada profesional, que cobra sueldos o ingresos, paga gastos, compra su despacho de oficina, etcétera; o la mujer accionista de Sociedad Anónima, titular de acciones pagadas con dinero ganancial, que cobra dividendos o es administradora de la Sociedad; o la mujer que tiene a su nombre metálico en un Banco, del cual puede disponer, con autorización o mandato tácito de su marido, o valores a su nombre que también puede administrar, etc.

4) Cuando la mujer compra y paga el precio con dinero que tiene a su disposición en cuenta corriente bancaria o en una libreta de ahorros, aunque este dinero sea ganancial, se entiende por muchos autores que actúa entonces con el consentimiento o autorización tácita del marido, ya que la mujer invierte ese dinero en la medida en que el marido se lo permite, o no se opone a la inversión o no le impide la utilización del metálico. Claro que, a efectos registrales, las declaraciones de voluntad han de ser expresas y fehacientes. Pero no hay inconveniente en admitir esa autorización, aunque sea tácita, cuando resulta automáticamente acreditada por el hecho cierto de que la mujer puede disponer del dinero. Siguiendo por este camino se afirma que el hecho de poder disponer del dinero legitima a la mujer frente a terceros para disponer válidamente de él. E incluso que la legitimación posesoria derivada del artículo 464 no puede jugar en beneficio del que vende a la mujer y cobra el precio. Aunque el Tribunal Supremo ha establecido que la aplicación del artículo 464 no puede desvirtuar la presunción legal de gananciales del artículo 1.407 (Sentencia de 20 de mayo de 1957, citada por Cossío), creo que ambos artículos se refieren a problemas distintos, y la presunta ganancialidad del dinero, al no poder acreditarse su origen privativo, no obstaculiza que la mujer pueda invertir el metálico que posee, y el acreedor pagado resulte protegido.

5) Después de los últimos estudios antes referidos puede razonablemente afirmarse que la mujer puede por sí misma alterar la composición del patrimonio conyugal, sustituyendo el dinero ganancial por un bien determinado comprado por medio de él.

E incluso más: Que la mujer puede adquirir bienes gananciales por sí misma, aunque sea el marido el administrador de tales bienes, como lo prueban los siguientes artículos del Código civil: 1.392; 1.401-1.º; 1.411; 62-1; 1.384, en relación con 1.385, 1.386 y 1.401-3.º

6) La rígida interpretación que doctrinal y jurisprudencialmente se ha hecho de la presunción de ganancialidad del artículo 1.407, exigiendo una prueba suficiente del origen privativo para desvirtuar esa presunción, y la gran dificultad, que muchas veces se convierte en imposibilidad práctica, de realizar esa prueba cuando del dinero se trata, ya que éste funciona como bien fungible y medio legal de pago, y las deudas de dinero son normalmente deudas de valor, unido al hecho de que el dinero privativo y el ganancial suelen estar fundidos en una masa común, por lo que la atribución de uno u otro carácter—cuando proceda—se traduce no en una separación objetiva de monedas, sino en un crédito por el importe que sea contra la masa patrimonial en que se refundió, son todas ellas circunstancias que han venido a complicar, y desorbitar incluso, el problema que nos ocupa.

Quizá fuera conveniente replantear el estudio de esta presunción a la luz de sus antecedentes históricos y de la función que cumple en la dinámica de la sociedad actual, recordando cómo sirve para la protección de los cónyuges, de los que contratan con ellos, de sus herederos y de los terceros. Podría defenderse la posibilidad de una mayor facilidad proba-

toria del carácter privativo, si bien tal prueba siempre será más difícil en el ámbito registral que en el judicial, sean cualesquiera los bienes a que afecte. En cualquier caso, parece claro que una cosa es que el bien adquirido resulte ser privativo o ganancial, lo cual en definitiva puede depender de una prueba más completa posterior al momento de la adquisición, y otra cosa distinta es que la mujer pueda o no comprar bienes invirtiendo dinero ganancial.

7) Después de todo lo dicho no hace falta insistir en que el artículo 1.416 (según el cual, la mujer no podrá obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido) no debe ser alegado como inconveniente para la posibilidad de las compras de la mujer casada. Porque este artículo se refiere a la responsabilidad patrimonial por la actuación de la mujer, a qué bienes quedan afectos al cumplimiento de sus obligaciones, y no a los requisitos de eficacia del contrato de compra. Por eso se ha dicho que los requisitos de validez de la compraventa por mujer casada con dinero ganancial no se contienen en el artículo 1.416, sino en el 62 y 1.263, en relación con el 1.458.

8) La tesis que considera válida y eficaz la compra hecha por mujer casada después de la reforma de 1975 y cuestiona sobre su legitimación para pagar el precio con dinero ganancial, nos parece realista y fecunda. Cabría argumentar en contra de ella que de esta manera se distorsiona el proceso adquisitivo, separando dos elementos o etapas que lógicamente van unidos. Pero tal objeción no nos parece importante. Desde el punto de vista de la publicidad registral, que es lo que ahora más nos interesa, ¿qué es lo que se inscribe? En mi opinión, la situación jurídica del comprador y el derecho de dominio así adquirido junto con el título de compraventa que le sirve de justificación negocio jurídico y relación comercial indisolublemente unidos. Pues bien, que el precio se haya pagado, se haya aplazado o haya dejado de pagarse, y que se pague con dinero privativo o ganancial, no obstaculiza la adquisición del dominio por la compradora, si la compraventa es eficaz y se ha consumado y el derecho así adquirido por compraventa es susceptible de inscripción. El pago del precio es un problema obligacional o de responsabilidad, no real o de adquisición del dominio. Todo ello con independencia de que si el precio no se paga pueda ejercitarse la acción resolutoria (art. 1.124); que el pago produzca sus efectos aunque sea realizado por un tercero (art. 1.158), y no sea repetible frente al acreedor vendedor si éste ha gastado el dinero recibido de buena fe (art. 1.160); y que para hacer efectiva esa obligación de pago pueda el vendedor dirigirse sólo contra los bienes de la mujer compradora (art. 1.416).

9) Teniendo en cuenta el Derecho positivo actual, la finalidad de la reforma, la realidad práctica de que la mujer casada tiene a su disposición cantidades de dinero, y la legitimación para invertirlo que deriva de esa situación de hecho, aunque el dinero resulte ser ganancial o presuntamente ganancial, y que el acto de adquisición por compra no se identifica necesariamente con el acto de administración, a que se alude en los artículos 59 y 1.412 del Código civil, podemos llegar a la conclusión de que las compras por mujer casada de bienes inmuebles con dinero presuntamente ganancial, sin consentimiento de su marido cuando a éste le corresponde la administración de la sociedad conyugal, son perfectamente válidas y eficaces. Y ello tanto porque esta solución tiene apoyo directo en el Derecho vigente, como por parecernos la más adecuada a los principios inspiradores de la reforma del Código y a la plena capacidad de obrar de la mujer casada y a su igualdad de derechos con el marido, y por resultar socialmente más justa y adecuada para el momento actual. La solución contraria equivaldría a mantener a la mujer casada en una situación de notable inferioridad respecto a su marido, práctica-

mente a una incapacidad patrimonial, y dejaría sin efecto la finalidad principal perseguida por la propia reforma.

10) Calificado así el acto de compraventa realizado por la mujer en esas condiciones como plenamente válido y eficaz, sin necesidad de ninguna intervención del marido, parece claro que será perfectamente inscribible. Y que esta inscripción se practicará sin ninguna limitación ni restricción, conforme al artículo 95-1 del Reglamento Hipotecario, a nombre de ambos cónyuges y para la sociedad conyugal, por tener su origen el bien inmueble adquirido en un desembolso de dinero ganancial.

Algunos autores, que piensan que esas compraventas son actos anulables por faltar el consentimiento del marido, entienden que la inscripción de las mismas podrá hacerse conforme al artículo 94 del Reglamento Hipotecario, con indicación de esa posible causa de impugnación. No entramos a criticar esta opinión porque no nos parece aceptable su punto de partida y porque creemos en la plena eficacia de tales compras y en su normal inscribibilidad.

La Resolución de 8 de febrero de este año ha venido a resolver, por primera vez en el plano jurisprudencial después de la reforma de 1975, el discutido problema de la validez e inscribibilidad de las compras hechas por mujer casada sin intervención de su marido con dinero presuntamente ganancial. Tanto por el resultado práctico a que llega, como por el conjunto de argumentos en que basa esa solución positiva, la doctrina contenida en esta Resolución nos parece acertada y oportuna, acorde con los criterios inspiradores de la reforma de 1975, y con apoyo en la doctrina más moderna y autorizada. Se ha abierto así el camino para el reconocimiento oficial de la plena eficacia jurídica de las compras hechas por mujer casada, con lo cual, por vía del precedente jurisprudencial y su influencia sobre las resoluciones que puedan dictarse en recursos semejantes, se termina con la incertidumbre existente sobre la solución de un problema práctico tan frecuente e importante.

Por este camino de reconocer legalmente la administración conjunta de los bienes gananciales a ambos cónyuges (y no sólo al marido), y de facultar expresamente a cada cónyuge para que pueda disponer frente a terceros de los bienes gananciales que figuren a su nombre o que se encuentren en su poder, se orientan los actuales trabajos de la Comisión de Codificación para preparar la reforma de los artículos del Código civil relativos a la sociedad de gananciales.

Las sucesivas Resoluciones de 11 y 26 de febrero se enfrentan de nuevo con el problema de las compras hechas por sólo la mujer casada y su inscribibilidad; en ambos casos, la Dirección General reitera el mismo criterio permisivo expuesto en la Resolución de 8 de febrero y sintetiza en un considerando las razones que sirvieron de base a esta decisión. A pesar de esa identidad entre el problema de fondo planteado y su respectiva solución jurisprudencial, las alegaciones de los funcionarios intervinientes en ambos recursos no llegan a coincidir exactamente y la discusión se proyecta sobre alguna otra cuestión colateral. Así, por ejemplo, supuesta la necesidad del consentimiento del marido para la validez de la compra de la mujer casada, ¿la omisión de ese requisito debe considerarse como un defecto subsanable o insubsanable a efectos de inscripción? El Centro Directivo no entra en el tema, por estimar que dicho consentimiento concurrente no era necesario. En cualquier caso, de estimarse preciso, su falta parece acercarse más a un defecto subsanable, por cuanto el consentimiento marital omitido podría prestarse con posterioridad y perfeccionar entonces el acto adquisitivo, inicialmente incompleto. Pero esta reflexión no pasa de ser una lucubración hipotética, desde el momento en que se afirma expresamente la validez e inscribibilidad de la compra de la mujer sin intervención de su marido.

También queda fuera del supuesto de hecho planteado en estos casos, aquella otra variante en que se aplaza el pago de todo o parte del precio de la compra hecha por mujer casada; compraventa con precio aplazado, y no confesado recibido, que puede suscitarse en la práctica también frecuentemente. A pesar de las diferencias evidentes entre estos dos casos, quizá quepa aplicar a ambos la misma solución, desde el punto de vista que ahora es objeto de discusión: su validez e inscribibilidad. Porque si la mujer por sí sola puede comprar y pagar íntegramente el precio del inmueble que compra, aunque lo haga con dinero presuntamente ganancial, con mayor razón podría hacerlo si entrega sólo parte del precio y se obliga a pagar el resto en el futuro; en relación con esta parte aplazada del precio, la mujer será deudora de su pago, y no se discute su posibilidad actual de contraer válidamente obligaciones sin intervención del marido. Cuestión distinta será que el precio aplazado se satisfaga en el futuro con dinero parafernial o ganancial (aunque lo más frecuente será el supuesto del dinero presuntamente ganancial, de acuerdo con el art. 1.407) o en parte parafernial y en parte ganancial, con las consecuencias que de ahí puedan derivarse en orden a la titularidad del bien comprado (de la mujer o de ambos cónyuges) y de su imputación a uno u otro patrimonios (parafernial, ganancial, o en parte de uno y en parte de otro). Otra cuestión lateral podrá ser el posible establecimiento de garantías al servicio de ese aplazamiento, con los requisitos que en cada caso comporte la constitución de la garantía, según su naturaleza y objeto. En fin, el sometimiento de la adquisición de la propiedad del bien comprado al hecho de que se haya pagado íntegramente el precio (pacto de reserva de dominio), y las dificultades que tal pacto puede acarrear para la inscripción de la compraventa en que se insertó. Pero todas éstas son cuestiones que no llegaron a plantearse en los recursos comentados, y no debemos entrar en su examen.

M. A. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

BIENES VENDIDOS POR LA IGLESIA QUE ESTAN EXCLUIDOS DE DESAMORTIZACION. LA DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL NO ES DOCUMENTO AUTENTICO A EFECTOS DEL RECURSO DE CASACION. FALTA DE PRECISION ACERCA DE SI SOLICITA SOLO LA NULIDAD DE INSCRIPCION O TAMBIEN LA NULIDAD DEL TITULO QUE LA PRODUJO (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Don Esteban Petit Fortuny formula demanda contra don Ramón Rigueras Riba y otros y posteriormente por evicción contra el Arzobispado de Tarragona, manifestando que el actor era titular registral de una parcela de terreno y que los demandados habían inscrito a su nombre un terreno comprado al Arzobispado de Tarragona, que era en parte la misma finca del actor, siendo nula la inscripción a favor de tales demandados porque la adquisición de la finca por parte de la Iglesia fue anterior a 1860, por lo que estaba sujeta a la Ley de Desamortización, no siendo inscribible enajenación alguna no efectuada por el Estado de los bienes procedentes de la Iglesia que fueron adquiridos por ésta antes de tal fecha.

Contestada a la demanda por los demandados y por el Arzobispado citado de evicción y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia número 1 de los de Tarragona dictó sentencia desestimando totalmente la demanda sobre acción reivindicatoria interpuesta por el actor y estimando la demanda reconvenzional formulada por los demandados en cuanto a una porción de terreno de unos 600 metros cuadrados, respecto a la que el actor debe desalojarla.

Interpuesto recurso de apelación por el actor, demandado reconvenzionalmente, la Sala Segunda de lo civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia confirmando en todas sus partes la del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al mismo por lo siguiente:

«Considerando que de los tres motivos de que consta el recurso, los dos últimos se amparan en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y denuncian sendos errores de hecho en la apreciación de las pruebas, los cuales deben ser desestimados; el segundo motivo, porque en ninguno de los documentos que se invocan se contiene nada que expresamente se oponga a lo que la sentencia recurrida afirma, en orden a que la finca comprada por los demandados-reconvinentes en la escritura pública de 23 de abril de 1963 ha sido poseída de forma ininterrumpida durante más de treinta años en concepto de dueño por el Arzobispado de Tarragona y sus sucesores; y el tercer motivo, en el que se reprocha a la resolución impugnada de haber incurrido en equivocación evidente al afirmar que no se ha identificado la finca reivindicada por el demandante, porque según tiene declarado reiteradamente esta Sala, la diligencia de reconocimiento judicial no es documento auténtico a efectos de casación, carácter que tampoco tienen los mismos documentos que el Juzgador examinó y tuvo en cuenta para emitir su fallo .»

«Considerando que el primer motivo, fundado en el número 1.º del indicado artículo 1.692, acusa la violación, por no aplicación, del artículo 14 del Decreto de 8 de agosto de 1971 y de la doctrina legal que cita, y es igualmente desestimable; en primer término, por la falta de precisión y claridad que preside su formulación, pues mientras en su enunciado se da por infringido el mencionado precepto legal, en cambio en su desarrollo se alude al artículo 14 del Real Decreto de 12 de agosto de 1871, y, además, no se determina con la concreción necesaria si la propugnada nulidad se refiere exclusivamente a la escritura pública de compraventa de 23 de abril de 1963, o se contrae a la inscripción causada por dicha compraventa, o a las dos, es decir, tanto al título inscrito como a su inscripción, incurriendo con ello en la causa de inadmisión prevista en el número 4.º del artículo 1.729 de la Ley de Trámites, que en esta fase decisoria se convierte en causa de desestimación; y en segundo lugar, porque se construye partiendo del supuesto de hecho, que establece por su cuenta el recurrente, de que la finca objeto de la citada escritura de compraventa no está excluida de la desamortización, siendo así que la sentencia recurrida declara, por el contrario, que la finca cuya posesión fue inscrita por el Arzobispado de Tarragona en 14 de abril de 1941, de la que en definitiva procede la vendida por dicho Arzobispado en la escritura pública de 23 de abril de 1963, no resultó afectada por las leyes desamortizadoras del pasado siglo, declaración que no se impugna adecuadamente, pues frente a la presunción hecha en tal sentido por el Juzgador, ni se utiliza la vía del número 7.º del mencionado artículo 1.692 de combatirse los hechos base, ni se alega como infringiendo el artículo 1.253 del Código civil de atacarse la deducción, y tampoco se cita la ley que, según el recurrente, establece la presunción *juris tantum* de que la finca de que se trata era sujeta a desamortización.»

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS Y DE DESAGUE: AL AGRANDAR UNOS HUECOS DE TOLERANCIA SE CREAN UNAS CARGAS NO CONSENTIDAS QUE CONTRARIAN LA DEFINICION DEL DOMINIO (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Doña Carmen Crespo Moreno interpone demanda contra doña Carmen Vargas Quesada y otros sobre acción negativa de servidumbre, estableciendo, en síntesis, que es propietaria en pleno dominio y libre de

cargas de una finca urbana situada en Sanlúcar la Mayor, que linda por la derecha de su entrada con casa que fue de don Rafael Colorado Hidalgo, hoy de los demandados; que en la pared divisoria de ambos inmuebles, propiedad de los demandados, existían por mera tolerancia de la actora tres pequeños huecos de 30 centímetros en cuadro, que servían, al parecer, para luces; que en el mes de julio de 1972 los demandados habían hecho obra en su casa, y los referidos tres huecos los habían transformado en tres grandes ventanales de un metro treinta centímetros de ancho por noventa centímetros de alto, con vistas directas a la casa propiedad de la actora, todo ello con abierta oposición de la misma, estableciendo rejas por fuera en los referidos huecos, y no contentándose con ello, habían establecido una pequeña azotea con vistas directas a la finca de la actora, así como canales que tienden a hacer desaguar las aguas de la lluvia para verterlas al suelo del inmueble de la misma.

Contestada la demanda por los demandados y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia número 10 de Sevilla dictó sentencia estimando la demanda, decretando que se hagan desaparecer a costa de los demandados los signos de servidumbre de luces y vistas y de desagüe pretendidos, cerrándose las ventanas, elevándose el pretil de la azotea hasta un punto que haga imposible las vistas directas al fondo de la actora y haciendo desaparecer la inclinación o alineación de los canales de desagüe sobre el terreno de dicha actora.

Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Sala Primera de lo civil de la Audiencia Territorial de Sevilla dictó sentencia confirmando la del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada por lo siguiente:

«Considerando que la demanda inicial de este proceso de fecha 6 de febrero de 1973 estuvo determinada por el hecho de que en el muro de una finca urbana propiedad de la actora, que la separaba de la casa colindante, propiedad de las demandadas, y por mera tolerancia de aquélla, existían tres huecos de treinta centímetros en cuadro, que en el mes de julio anterior fueron sustituidos por tres grandes ventanales de un metro treinta centímetros de ancho por cero noventa centímetros de alto con rejas por fuera y con vistas directas a la indicada finca propiedad de la demandante y además construyeron una pequeña azotea con iguales vistas, y en el mismo muro divisorio, en una extensión de cinco metros cincuenta centímetros, canales para el desagüe de lluvias, vertiéndolas en el suelo del inmueble de la actora.»

«Considerando que planteada sobre este supuesto la demanda, la principal defensa alegada por la contestación consistió en oponer que los fundos respectivos de los litigantes no eran colindantes, sino que estaban separados por la vía pública, constituida por un callejón de dos metros de anchura, sin que por tanto hubiera impedimento para las obras denunciadas ni pudieran constituir servidumbres de luces, vistas y desagüe sobre fundo ajeno; y sólo a mayor abundamiento añadía, en el apartado 3.º, que tanto el sistema de desagüe como la azotea y los huecos de las ventanas de la finca de las demandadas existían desde hace más de veinte años, al igual que las fincas colindantes con el repetido callejón, lo que pondría de manifiesto la existencia de unas servidumbres continuas y aparentes en favor de la finca de las demandadas respecto de la actora, caso de acreditar ésta la propiedad de ese terreno que realmente separa ambas fincas.»

«Considerando que la sentencia recurrida por aceptación de la de primer grado sienta la afirmación, resultante de la prueba, de que ambas fincas son colindantes, que el aludido callejón es un pasadizo de terreno integrante del inmueble de la demandante, que dicha finca está libre de

cargas y gravámenes y que aquellas obras denunciadas, alterando la situación anterior, fueron construidas en el verano de 1972 en el muro propiedad de la demandante con manifiesta infracción de los artículos 582 y 583 del Código civil; y en su virtud da lugar a la demanda con los pronunciamientos consiguientes.»

«Considerando que contra dicha sentencia se formula el recurso apoyado en dos motivos, ambos amparados en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primero de los cuales denuncia la violación del artículo 537 del Código civil, por cuanto la sentencia recurrida no reconoce la adquisición de la servidumbre por la prescripción de veinte años, fundada en que la de la propia demanda se desprende que la pared propiedad de las demandadas hoy recurrentes existían tres huecos que servían para luces y vistas, y en su virtud, siendo, según el artículo 532 del Código, servidumbres continuas y aparentes, cabe su adquisición por prescripción de veinte años, conforme al artículo 537 del propio Cuerpo legal, a cuyos argumentos hay que oponer: a) Que según dice la sentencia recurrida, a efectos de este proceso, la pared donde se hallaban los referidos huecos no es propia de las demandadas ni medianera, sino propia de la actora (*), por lo que si tratándose de una medianera podría cerrarlos conforme al artículo 581 del Código, con mayor motivo cuando se trataba de una pared propia y de tres huecos de tolerancia de las proporciones normales en estos casos, de los que ni siquiera se conoce fecha de apertura; b) Porque, como queda dicho, la modificación del estado anterior con actos de disposición agrandando los huecos, construyendo la azotea y estableciendo un desagüe crearía cargas no consentidas ni en su finalidad ni en su proporciones, contrariando evidentemente la propia definición del dominio según el artículo 348 del Código civil.»

«Considerando que, en contradicción flagrante con su anterior posición, el motivo segundo denuncia la violación del artículo 582 del Código civil por no reconocer la sentencia recurrida el derecho de los recurrentes a abrir ventanas sobre la finca de la demandante, siendo así que hay más de dos metros entre la pared en que se construyeron tales ventanas y la propiedad de la demandante, declaración de hecho que la parte recurrente imputa a la sentencia recurrida haberla reconocido en su primer considerando, lo que es absolutamente inexacto como demuestra la simple lectura de su texto, que dice rotundamente lo contrario, pues en él se reitera la afirmación de la colindancia de las fincas, en cuya virtud hay que desestimar los dos motivos del recurso.»

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION INTERPUESTO POR QUIEN RESIDIA EN EL EXTRANJERO CONTRA SENTENCIA DECLARANDO EL DOMINIO POR PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—En el juicio verbal civil instado por don Salvador Sastre Alberti contra don Miguel Colom Ripoll y otros, y contra sus herederos desconocidos, el Juez Comarcal de Sóller dictó sentencia declarando que el actor ha adquirido por prescripción extraordinaria el dominio de la finca urbana descrita en la demanda, quedando, en consecuencia, extinguido totalmente el derecho que los demandados, o en su caso sus herederos desconocidos, ostentaban sobre la expresada finca, y procediendo la cancelación de las inscripciones respectivas que a favor de los demandados constan en

(*) Realmente no comprendemos bien esta declaración de que la pared en que estaban abiertos los huecos era propia de la actora, pues en la demanda ésta reconoce que la pared es propiedad de las demandadas y lo único que discute es la inexistencia de servidumbre sobre su finca.

el Registro de la Propiedad del Partido, y debiendo ser inscrito el derecho a favor del demandante.

Doña Laurence Lejus, viuda de don Miguel Ripoll Colom interpuso contra la anterior sentencia recurso de revisión, alegando que la finca pertenecía a su esposo, hoy fallecido, habiendo sido confiada la administración de la misma, a causa de la residencia en Francia del propietario, a don Salvador Sastre Alberti, que había obtenido sentencia a su favor en el juicio verbal civil, en el que no pudo comparecer la interesada, dada la forma de demandar en relación con «herederos desconocidos», que considera como una treta del actor para obtener sentencia a su favor.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que, dado el carácter excepcional y extraordinario del recurso de revisión, la constante y reiterada jurisprudencia de este Tribunal viene declarando la absoluta necesidad de que se acredite fehacientemente, no sólo la causa de las reseñadas en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se sustente, sino el cumplimiento de cuantos requisitos formales determinan los artículos 1.798 y 1.800; preceptos todos de rigurosa exigibilidad y cuyo contenido habrá de interpretarse en forma restrictiva tanto en cuanto al fondo como en cuanto a los términos marcados, todos de caducidad, y que por ende no admiten prórrogas ni interrupciones.»

«Considerando que señalado en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el plazo de tres meses, contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos, o el fraude, o desde el día del reconocimiento o declaración de la falsedad, para interponer el recurso de revisión, no puede ofrecer duda alguna que pasado más de aquel lapso de tiempo desde la sentencia impugnada al momento de presentación de la demanda del recurso, éste habría de quedar caducado, y en este aspecto, en el presente caso, si bien la parte recurrente señala como fecha del conocimiento del mencionado fraude la del 2 de septiembre de 1974, no lo es menos que de la apreciación conjunta de la prueba llevada a cabo en las presentes actuaciones se deriva la conclusión de que el descubrimiento del supuesto fraude por parte de la recurrente se produjo varios meses antes de aquel señalado anteriormente, pues ya el hijo de aquélla, único heredero del que figuraba como propietario de aquella finca, a juzgar por su conducta reflejada en los autos como operaciones previas a la de presentación del recurso, requirió notarialmente en 11 de enero de 1974 al ahora recurrido y a sus hijos, desprendiéndose de dicha diligencia, que el requirente conocía ya, las actuaciones judiciales llevadas a efecto ante el Juzgador de Sóller por parte del señor Sastre..., y si, por otra parte, en la demanda de revisión se alega "que para construir el fraude se ocultó astutamente la ocupación arrendaticia, dado que si se hubiera demandado por el señor Sastre a la arrendataria de la finca, ésta lo hubiera comunicado a la recurrente y a su hijo, y habría hecho constar que aquél no era más que el administrador y no el propietario, es lo cierto, que al ser desahuciada por las propietarias registrales dicha inquilina, existe la vehemente presunción, que precisamente en aquellas fechas (septiembre de 1973) conocieron la esposa y el hijo del causante, el hecho que motiva el recurso, pues es lo cierto que a partir de entonces, y no antes, se llevaron a cabo por el último, que se titulaba heredero único del fallecido, todas las actuaciones convenientes, entre ellas el ya mencionado requerimiento, así como la declaración de herederos aquél en el año 1974, muy posterior al 1971, fecha de la sentencia, presumiéndose asimismo, de todo lo actuado, que si figura como recurrente la viuda del causante, se hace sólo y exclusivamente a los efectos de encubrir el conocimiento del día cierto, por lo que si la fe-

cha señalada en la demanda de revisión no vincula en modo alguno al Tribunal respecto a su estimación, ya que puede acreditarse posteriormente que aquel plazo comenzó a correr antes de la fecha indicada en el recurso—Sentencia de 20 de abril de 1961—, y como este hecho se deriva precisamente de la apreciación conjunta de la prueba se hace procedente la no admisión del recurso.»

«Considerando que aun en el supuesto de que se hubiera cumplido con el trámite que es objeto de la fundamentación precedente, es lo cierto que tampoco prosperaría el citado recurso, dado que al momento de iniciarse el pleito de reivindicación por el recurrido, éste, ni conocía la existencia y domicilio de la esposa e hijo del causante, ni, por otra parte, estos últimos habían sido declarados herederos de su padre, no obstante haber fallecido éste cuarenta años antes de la fecha en la que llevaron a efecto tal formalidad, por lo que mal podía haber dirigido el señor Sastre su demanda contra ellos personalmente, siendo cierto que sí lo hizo contra los herederos de aquél, entre los que en tal momento no se encontraban dichos familiares, al menos documentalmente, cumpliendo de este modo el trámite de emplazamiento en la forma procesal de publicación de edictos—totalmente correcta en estos casos—...»

ADJUDICACION A LA HACIENDA PUBLICA POR DEBITOS FISCALES, QUE NO FUE SEGUIDA DE LA ENTREGA O TRADICION (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—El Abogado del Estado, en representación de la Administración Pública, presentó demanda contra don Salvador Cebriá Bargues, basándola en los siguientes hechos: Primero. En 28 de junio de 1951 se adjudicó a la Hacienda Pública una finca de don José Villalba García por impago de contribuciones de éste. Segundo. Pese a que había salido ya de su propiedad, el citado don José Villalba vendió la misma finca a don Antonio Sánchez Reche en escritura otorgada en el año 1967, el cual, a su vez, la enajenó al hoy demandado en 23 de abril de 1971. Tercero. Existe doble inmatriculación de la finca, estando inscrita, por un lado, a nombre del Estado y también a nombre del demandado. Cuarto. La quieta y pacífica posesión que de la finca tenía el Estado fue interrumpida por el señor Cebriá, que inició en la misma obras de transformación, por lo que el 11 de abril de 1973 el Delegado de Hacienda le comunicó para que cesase en la ocupación y se paralizasen las obras. El señor Cebriá no sólo no contestó al requerimiento, sino que inició el expediente de doble inmatriculación. Suplica se dicte sentencia por la que se declare que la finca descrita pertenece exclusivamente al Estado, condenando al demandado a cesar en cualesquiera actos posesorios, ordenándose la nulidad y cancelación de la inscripción a favor del mismo.

El demandado solicitó se citara de evicción a don Antonio Reche Sánchez, que fue quien le vendió la finca, contestando ambos a la demanda y formulando reconvencción el demandado en el sentido de que la finca le pertenece por prescripción adquisitiva, pues cuando se expidió por la Tesorería de Hacienda la certificación de adjudicación el día 31 de octubre de 1970, la finca ya no pertenecía al apremiado señor Villalba, sino que se había producido usucapión a favor del vendedor señor Reche, de quien el demandado la había adquirido de buena y por título oneroso y de quien en el Registro aparecía con facultades de transmitir. Solicita la declaración de nulidad y cancelación de la inscripción obtenida por el Estado.

El Juez de Primera Instancia número 5 de Valencia dictó sentencia desestimando la demanda y estimando la reconvencción, declarando que la fin-

ca pertenece al demandado señor Cebriá y decretando la nulidad y cancelación de la inscripción existente a favor del Estado. Dicha sentencia fue confirmada por la Sala Primera de lo civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado por lo siguiente:

«Considerando que por el primer motivo del recurso, amparado en el ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al denunciar error de hecho en la apreciación de la prueba se pretende combatir la declaración de la recurrida sentencia de no haber poseído la Administración la finca que reivindica hasta que el Tesorero de Hacienda certificó el dominio de la misma, como supuesto más favorable para la representación del Estado, en 31 de octubre de 1970, cuando ya el demandado la había adquirido, aparte del título que esgrime, por prescripción adquisitiva; mas como los documentos que para evidenciar el error, que se hace consistir en no reconocer la posesión del Estado desde el 28 de junio de 1951, lo son el expediente administrativo de adjudicación, la certificación de inscripción registral, la certificación del Tesorero de Hacienda de 31 de octubre de 1970 y los requerimientos por parte de ésta al propio demandado y Ayuntamiento de Sagunto de 11 y 16 de abril de 1973 para que éste cesase en la transformación de la finca, como los oficios de la Policía Municipal, dando cuenta del cumplimiento de las órdenes recibidas, no pueden ser calificados de auténticos, los tres primeros por haber sido objeto de amplio examen por parte del Juzgador de instancia y los otros por no revelar nada en contra de lo declarado por la sentencia, el motivo ha de ser desestimado.»

«Considerando que como la declaración a la que se ha hecho referencia en el motivo anterior la deduce el Juzgador de instancia del conjunto de la prueba practicada y de la documental aportada con la demanda, hace que, al igual que su anterior, decaiga el segundo de los motivos del recurso, amparado en la misma vía y denunciando error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación del artículo 1.218, párrafos 1.º y 2.º del Código civil, puesto que le hace estribar, en cuanto afirma que el Juzgador, para llegar a tal declaración, se fundó en dos exclusivos documentos que no tienen la condición de públicos, cuando, como se ha indicado, no lo fue con tal base, sino del conjunto de la prueba practicada.»

«Considerando que, en realidad, la declaración de la recurrida sentencia de haber operado la prescripción adquisitiva en favor del demandado como poseedor de buena fe a título de dueño por el tiempo que señala la ley, unida su posesión a la de sus anteriores poseedores, también con buena fe y justo título, sería bastante para hacer decaer los dos restantes motivos del recurso, no obstante es de señalar respecto al tercero, al denunciar por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil la violación de los artículos 609, párrafo 2.º, 1.462, párrafo 1.º, del Código civil, la de la doctrina legal contenida en las sentencias que se citan, relativas a la adjudicación en pago, y la del artículo 104, regla 7.ª, del Estatuto de Recaudación, que hay que entender se quiere referir al artículo 105, que cualquiera que sea la naturaleza que se quiera atribuir a la adjudicación en vía administrativa, si se niega que la misma no fue seguida de la tradición o entrega de la cosa, como se hace en la recurrida sentencia que se reconoce, dados los defectos que se atribuyen al expediente seguido en aquella adjudicación, llevada a efecto en 27 de abril de 1971, es indiscutible que hasta esa indicada fecha no pudo operar la transmisión del dominio a favor del Estado, y al serlo, cuando ya el demandado había adquirido por prescripción la propiedad de la finca, ninguno de dichos preceptos pueden

darse por violados; y en relación al último motivo, en el que se denuncia por igual vía la violación de los artículos 4.º, entendamos 6.º, 1.261, número segundo, 348 del Código civil, y la aplicación indebida del artículo 1.473 del propio Cuerpo legal, se está haciendo supuesto de la cuestión, atribuyendo al Estado la posesión y dominio de la finca desde la fecha de la adjudicación, lo que en la sentencia no se reconoce, cuando, por el contrario, se afirma no tuvo lugar hasta el 27 de abril de 1971, y además, al argumentarse sobre existencia de una doble venta, es cuestión esta que ni se planteó en la litis ni se decidió en la sentencia, por lo que ni se violaron los tres primeros preceptos señalados ni se aplicó indebidamente el último de ellos, puesto que limitada la cuestión litigiosa a un mero problema de prevalencia de títulos fuera del campo registral, dicho precepto es ajeno a todo ello, por lo que no puede decirse que haya sido aplicado indebidamente, cuando, como queda expresado, no se hizo uso del mismo por el Juzgador de instancia.»

LA POSESION DE JOYAS ENTREGADAS EN CONTRATO, CALIFICADO COMO DE PRESTAMO POR QUIEN LUEGO FUE PROCESADO POR HURTO, NO EQUIVALE AL TITULO DE DOMINIO. LA INFRACCION DE PRÉCEPTOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL NO PUEDE SERVIR DE FUNDAMENTO A UN RECURSO DE CASACION CIVIL (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Don Eliseo F. G. formula demanda contra el Ministerio Fiscal, como celador de la ley, y en representación de las personas desconocidas e inciertas que pudieran ostentar algún derecho sobre el objeto de la demanda y contra don R. E. R., alegando en síntesis que el demandado había vendido al actor por el precio de 80.000 pesetas las joyas que se relacionan; que se había instruido un sumario contra el referido demandado, acordándose intervenir el objeto del contrato, depositándolo en la Caja de Depósitos, sucursal del Banco de España, retirándolo del poder del actor; que éste, ajeno al sumario, solicitó el reintegro de los objetos que había adquirido, y a pesar de sus masivas solicitudes, protestas, recursos, etcétera, concluyen siempre las resoluciones judiciales, indicándole la conveniencia de resoluciones civiles de que se crean asistidos ante la jurisdicción competente. Suplica se dicte sentencia declarando la propiedad del demandante sobre los objetos, muebles o joyas descritos en la demanda y, en consecuencia, se comunique así a la Audiencia Provincial para su reintegro al demandado, como consecuencia del sobreseimiento de la causa del sumario, en que figuran ocupados al actor, y a este efecto se recabe su devolución de la Caja General de Depósitos en la sucursal correspondiente.

Contestada la demanda por el señor Fiscal, oponiéndose a la misma, y seguidos los demás trámites, el señor Juez de Primera Instancia número dos de Orense dictó sentencia desestimando la demanda formulada, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

El actor interpone recurso de casación por infracción de ley, entre otros motivos, por interpretación errónea de los artículos 434, 464 y 609 del Código civil, de los que se desprende la buena fe del poseedor, mientras no se pruebe la mala fe, y por interpretación errónea del artículo 635 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que la intervención de las joyas en el sumario se hizo cuando estaban en poder del recurrente, sin desconocer la doctrina de las Sentencias de 12 de junio de 1885, 28 de octubre de 1897 y 3 de abril de 1954, que sostienen que no pueden servir de fundamento a

un recurso por infracción de ley en lo civil las disposiciones de carácter penal, pero lo cierto es que se ha infringido el citado precepto.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando: Que en síntesis son hechos declarados por la recurrida sentencia, en cuanto acepta los considerando de la de Primera Instancia, los de que el actor recibió del demandado, en garantía de un préstamo, que se dice realizado en condiciones un tanto dudosas por 80.000 pesetas, cuya propiedad no acreditó y que decía haber recibido de persona desconocida, sin que a la misma, aunque no individualizada, pueda dejar de atribuírsele su propiedad, cuando menos con referencia al demandado señor F. G. “el que dice haberlas venido poseyendo en depósito de garantía prestataria”»

«... Considerando: Que los motivos segundo y cuarto del recurso, amparados en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto, respectivamente, denuncian la interpretación errónea de los artículos 434, 464, 609 y la violación del artículo 438, todos ellos del Código civil, no está haciendo el recurrente sino supuesto de la cuestión, pues tienen su fundamento en una adquisición a título de dueño de quien tenía facultad para transmitir su propiedad, mas olvida el recurrente y hace abstención de los hechos declarados probados por la sentencia de que tal transmitente no fue nunca dueño de la cosa, que solamente en garantía de un préstamo, esto es, sin ánimo de transmitir la posesión civil, entregó al señor Fernández González, sin que aparezca la existencia de título alguno por el que su propietario, aunque, como ya se indicó, lo sea persona no identificada, le transmitiese la propiedad de la misma, por lo que el señor Fernández no fue sino un simple depositario o detentador, y siendo esto así no puede decirse que aquellos primeros preceptos fuesen interpretados erróneamente por el Juzgador, o que éste violase el últimamente citado, haciendo sean desestimados uno y otro motivo.»

«Considerando: Que no pudiendo fundarse la casación en lo civil, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, en la infracción de artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede desestimar el tercero de los motivos del recurso, en el que se alega la interpretación errónea del artículo 635 de la mencionada ley.»

TERCERIA DE DOMINIO. ILICITUD DE LA CAUSA DE COMPRAVENTA EN FRAUDE DE ACREEDOR. DOCUMENTO AUTENTICO EN CASACION. LA PREMISA DE HECHO Y LA PRESUNCION RESULTANTE NO PUEDEN ATACARSE EN EL MISMO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACION, SINO POR CAUCES DISTINTOS (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—La entidad «Terra Brava, S. A.», formuló demanda de tercera de dominio contra el ejecutante Banco de Gerona, S. A., y contra el ejecutado don Manuel Casadevall Fontanet en autos de juicio ejecutivo, exponiendo, en síntesis: que la actora, por medio de escritura de compraventa, otorgada a su favor el día 25 de septiembre de 1971, adquirió de don Manuel Casadevall Fontanet una finca radicada en Massanet de la Selva, inscrita en el Registro de Santa Coloma de Farnés el 2 de noviembre de 1972; que en virtud de embargo preventivo y juicio ejecutivo seguidos por el Banco Carrera, S. A., hoy Banco de Gerona, contra don Manuel Casadevall, en reclamación de diez millones de pesetas, resultó embargada la finca anterior, como si fuese propiedad del ejecutado, cuando ya la había

transmitido a la entidad actora. Suplica se dicte sentencia declarando que la citada finca pertenece a la actora libre de toda carga, con cancelación del embargo en el Registro.

Contesta a la demanda el Banco de Gerona, S. A., alegando que la citada escritura de compraventa aparece configurada como correlativo o consecuencia de una previa escritura de opción de compra, pero que en realidad la compraventa no tiene explicación en esa opción, sino en los síntomas típicamente simulatorios, pues se otorgó dos días después de haber requerido esta parte al ejecutador señor Casadevall para el pago de los diez millones de pesetas. Además, la entidad compradora se constituyó con un capital de 150.000 pesetas, lo que evidencia la imposibilidad material de que haya podido desembolsar no ya los diez millones y pico, sino ni siquiera el precio de 700.000 pesetas declarado en la escritura, no habiéndose cubierto, por otro lado, la totalidad de las formalidades legales, ya que no consta la aprobación de la Junta General, a pesar de que los administradores no podían adquirir bienes a título oneroso en cuantía superior al 10 por 100 del capital social.

El señor Juez de Primera Instancia número dos de Gerona dictó sentencia estimando la demanda, pero fue revocada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que desestimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante, por lo siguiente:

«Considerando: Que el primer motivo del recurso en que, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba tiene que decaer, puesto que, en primer lugar, en contra de la claridad y precisión que han de contener los motivos de casación, cita como documentos auténticos diversas actuaciones judiciales y contenido de escritos de las partes, que, según reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, no tienen tal carácter, y en segundo lugar, aunque lo tuvieran pretende demostrar el error con razonamientos, cuando el mismo debe surgir del documento, sin necesidad de razonamiento alguno y de su simple lectura.»

«Considerando: Que igual suerte han de correr el segundo y tercero, ambos amparados en el ordinal primero del artículo anteriormente citado, ya que en cuanto al primero, al quedar intocada la premisa fáctica, es evidente la ilicitud de la causa, no habiéndose, por tanto, cometido infracción alguna de los artículos 1.250 y 1.277 del Código civil, que, por el contrario, fueron correctamente aplicados, y en cuanto al segundo, porque han sido citados como infringidos los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, lo que supone que han sido atacados en el mismo motivo la premisa de hecho y la conclusión de una presunción, contra la constante jurisprudencia de esta Sala, que exige que la premisa de hecho sea atacada por el cauce del número séptimo y la conclusión por el del número primero.»

OBRAS DE PROFUNDIZACION DE UN POZO, CUYO SOBRANTE VIERTE EN UNA LAGUNA EXPLOTADA POR UN CONCESIONARIO PARA LA EXTRACCION DE SALES: NO SE PRUEBA QUE EL AUMENTO DE VOLUMEN DEL AGUA DE LA LAGUNA PROVENGA DE LAS OBRAS EN EL POZO NI QUE, EN CONSECUENCIA, SE HAYA AGRAVADO LA SERVIDUMBRE NATURAL DE AGUAS DEL TITULAR DEL POZO SOBRE LA LAGUNA (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1976).

Hechos.—Don Valentín González interpuso demanda contra don Hermilio Rodríguez de la Vera, alegando que el actor tiene una concesión mi-

nera para la explotación de sales magnéticas sódicas en la laguna de Pertola, y que el demandado ha profundizado un poco de una finca próxima a la explotación, obteniendo tal cantidad de agua que en lugar de llevar a efecto las obras para contenerla y no perjudicar la laguna, ha canalizado dichas aguas desviándolas hacia la vertiente que conduce a la referida laguna, perjudicando al concesionario de la explotación, pues cuanta más agua se vierta en la laguna, más tarda en evaporarse y, por consiguiente, se reduce la explotación de las sales.

Se acumuló al procedimiento otra demanda del mismo contenido, contestándose a ambas por los demandados oponiéndose, ya que el aumento de nivel de la laguna no se debía a las obras de profundización del pozo.

El Juez de Primera Instancia número dos de los de Albacete dictó sentencia desestimando las demandas, siendo confirmada dicha sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante, por lo siguiente:

«Considerando: Que la finalidad perseguida en el pleito del que dimana el presente recurso está regulada en los pedimentos que se contienen en el suplico del escrito inicial de demanda, en el sentido de que se declare la obligación que a los demandados corresponde de hacer los reparos o construcciones accesorios, las obras defensivas que se requieran para contener el agua extraída de un pozo de su propiedad, cuyo caudal ha sido aumentado extraordinariamente, según el demandante, por la profundización del mismo, llevando con ello la consecuencia de que tales aguas, al aumentar el nivel de la laguna, retrasa la evaporación, perjudicando grandemente el rendimiento de la explotación minera de sales magnético-sódicas que en aquella se contiene, por lo que se pide se condene al demandado al pago de las obras que se refieren, y *ad cautelam*, y para el supuesto de que se estime, conforme al artículo 552 del Código civil y 69 de la Ley de Aguas, servidumbre natural, se condene asimismo a dicho litigante, por haber agravado la situación de la laguna por las obras realizadas.»

«Considerando: Que la sentencia recurrida, teniendo en cuenta el resultado de la apreciación conjunta de la prueba practicada, y especialmente la pericial, que consta como acordada por las partes en los autos, ha llegado a extraer los siguientes hechos: Primero: Que no puede sentarse conclusión alguna en orden a la influencia del nivel de las aguas en la laguna, antes y después de las obras de profundización del pozo litigioso. Segundo: Que la cantidad que mana del mismo es de tres a cuatro litros por segundo. Tercero: Que ello es insuficiente por sí mismo para impedir la precipitación de las sales en la laguna cuestionada, y cuarto: Que no puede afirmarse, por no acreditarse, según el dictamen pericial, cuál fuere la normal producción de la explotación minera y cuál la causa del descenso, hechos todos los referidos, que dan lugar a que el Tribunal *a quo* ante su inalterabilidad declare la no estimación de lo pedido por el actor no sólo en el apartado A) del suplico de su demanda, sino también de lo solicitado *ad cautelam* en el extremo B) de la misma, y ello porque la realidad de aquellos hechos, unido a la circunstancia evidente, señalada en la resolución que se recurre, de que no existen elementos precisos o indicativos, ni aun siquiera en forma de signos indiciarios de que se produzca un aumento de volumen de agua de la laguna de Pertola por el funcionamiento o extracción de igual líquido en el pozo excavado y profundizado por los demandados, es obvio que si la afirmación que hace la parte recurrente para apoyarse en la infracción del artículo 552 del Código civil es, precisamente, la de que aquello grava la servidumbre, se hace evidente que, constituyendo ello una cuestión de hecho, al no haberse atacado la premisa en la que se basa la sentencia recurrida, cae por su base el su-

puesto contrario, que mantiene el recurrente, tanto más cuanto que las aguas que discurren del pozo desaguan naturalmente en la laguna por la acequia madre, utilizada para ello desde tiempo de antigüedad indeterminada, por todo lo cual ha de perecer el único motivo del recurso y, por tanto, se impone la desestimación de éste.»

J. M. G.^a G.^a

PROPIEDAD INDUSTRIAL

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES SEGUN LA ACCION EJERCITADA (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1975).

A diferencia de lo que ocurre en los juicios ordinarios de mayor cuantía, en los que las sentencias de primero y segundo grado las dictan, respectivamente, los Juzgados de Primera Instancia y las Audiencias Territoriales, según los artículos 678 y 873 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el conocimiento y resolución de los procesos sobre nulidad de registro de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial está atribuido exclusivamente a los órganos judiciales últimamente citados, como disponen los artículos 268 y número 11 del 270 del Estatuto de 26 de julio de 1929; mas semejante norma competencial, que no es susceptible de alteración sin infringir los artículos 53, número 1.º, de la Ley Rituaria y artículo 298 de la Orgánica del poder judicial, no entra en juego cuando en un procedimiento ordinario el actor solicita se prohíba a su contendiente que siga utilizando determinados métodos de fabricación o que confeccione productos que estime protegidos por su patente y reclame la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, y el demandado se oponga alegando la falta de novedad de las reivindicaciones registradas o ser de dominio público sin pretender ninguna declaración de nulidad (Sentencias de 6 de abril de 1945, 24 de octubre de 1964, 27 de enero de 1966 y 7 de noviembre de 1970).

CARACTER DE LA INSCRIPCION. DOBLE INMATRICULACION. PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Superadas ya por la jurisprudencia más reciente las dudas a que había dado lugar la redacción del artículo 14 del Estatuto de la propiedad industrial, no puede mantenerse la tesis de que dicho precepto regule en términos absolutos, en todo caso, un tipo de usucapión, porque la propia citada ley especial, en su artículo 1.º proclama que la propiedad industrial en sus diversas clases, entre las que se hallan las marcas o signos distintivos de producción o de comercio, se adquiere por el productor, fabricante o comerciante con la creación de signos especiales con los que aspira a distinguir de los similares los resultados de su trabajo, es decir que la inscripción no es constitutiva, sino meramente declarativa; ni puede tampoco hablarse de una prescripción extintiva de la acción impugnatoria porque dicha prescripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.961 del Código civil, se produce por el mero transcurso del tiempo, mientras el artículo 14

del Estatuto habla de una posesión con buena fe y justo título; con lo cual se llega a la conclusión de que el repetido artículo 14 regula el supuesto de una situación extrarregistral en conflicto con una inscripción con carácter provisional durante un plazo de tres años en que la inscripción se consolida si no se impugna con éxito por un tercero que pueda estar legitimado para ello, demostrando que el titular provisional no estaba asistido de la buena fe y del título exigidos.

Por el contrario, en el supuesto de la doble inmatriculación, lo que se plantea es un problema de prioridad, que se traduce en una causa de nulidad, lo que aparece claro si se tiene en cuenta que el número primero del artículo 124 del Estatuto de la propiedad industrial establece una prohibición absoluta de admitir al Registro como marca «los distintivos que por su semejanza fonética o gráfica con otros ya registrados puedan inducir a error o confusión»; causa de nulidad derivada de la propia naturaleza del Registro, que carecería de objeto si pudiera admitirse la coexistencia de marcas idénticas (como ocurriría si pudiera entrar en juego la consolidación de una inscripción registral, al amparo del artículo 14, habiendo otra preexistente), con lo que se provocarían la inseguridad jurídica y la confusión mercantil, que tratan de evitarse; por lo que la prohibición del artículo 124 ha de considerarse como una causa de nulidad radical y absoluta, conforme a lo dispuesto en el número tercero del artículo 6.º del Código civil, que dice que «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»; y en virtud de estas acciones de nulidad son imprescriptibles porque lo que en principio es radicalmente nulo no puede convalidarse por el transcurso del tiempo.

La doctrina expuesta anteriormente ha sido reiterada por este Tribunal, entre otras, en las Sentencias de 6 de abril de 1945, 21 de octubre de 1954, 19 de febrero de 1970 y 26 de junio de 1975.

REQUISITOS DE LAS TRANSMISIONES DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL PARA GOZAR DE LA PROTECCION REGISTRAL (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1976).

Los artículos 31 y 32 del Estatuto de la propiedad industrial disponen que las transmisiones de las diversas modalidades que regula el Estatuto no surtirán efectos respecto a tercero mientras no se acrediten en el Registro de la propiedad industrial mediante un documento fehaciente en que aparezcan instrumentadas, y además se justifique también documentalmentemente que se ha satisfecho el impuesto por la transmisión de bienes; pero ello no quiere decir que sea suficiente la presentación de tales documentos en el Registro, sino que es preciso que tal organismo dicte acuerdo o *resolución* en la que se tenga por acreditada la realidad de la transmisión y el pago del correspondiente impuesto transmisorio, resolución que tiene que ser dictada por el *jefe del Registro*, en virtud de la correspondiente propuesta que se le haga por el encargado de la sección de transmisiones, según determina claramente el artículo 42 de la misma ley; lo cual, además, se conforma con el imperio del principio de publicidad registral, al que no puede sustraerse la propiedad industrial, mientras un precepto especial no disponga lo contrario, y cuyo precepto no figura en la repetida ley.

LOS REQUISITOS DE SER CONOCIDO Y DIVULGADO UN MODELO DE UTILIDAD HAN DE DARSE CONJUNTAMENTE (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1976).

CONCEPTO DE «TERCERO» NO PERJUDICADO POR LA CONCESION DE PATENTES (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Al otorgarse la concesión de las modalidades comprendidas en el Decreto-ley sobre propiedad industrial «sin perjuicio de tercero», como expresa el artículo 12, párrafo primero, del correspondiente Decreto-ley, pueden éstos impugnar su legalidad y validez por medio de la correspondiente acción anulatoria, siempre que los mismos se estimen perjudicados (Sentencia de 23 de marzo de 1945 y 27 de octubre de 1966), en la forma que previene el párrafo tercero del artículo 115 de dicho Decreto, por lo que el ejercicio de esta acción de nulidad no se limita a quien acredite ser titular de la modalidad registral que se trata de proteger, sino que se extiende a todas aquellas personas que se estiman perjudicadas, sin que sea precisa la prueba de un perjuicio real y efectivo, por ser suficiente con la existencia de un daño o menoscabo presente o futuramente previsible, en el orden normal de las circunstancias o de las cosas (Sentencias de 7 de diciembre de 1964, 19 de noviembre de 1965 y 5 y 6 de junio de 1968).

R. G. S. DE F.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

Por R. SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

SOCIEDADES ANONIMAS: IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. NECESIDAD DE QUE CONSTE EN EL ACTA LA OPOSICION AL ACUERDO (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1976).

Reiterada jurisprudencia de esta Sala, tanto anterior como posterior a la Ley de Sociedades Anónimas, es unánime en exigir para los accionistas que concurrieron a la Junta en que fueron adoptados los acuerdos que se tratan de impugnar por la vía que regula el artículo 70 de la propia ley, como requisito previo de legitimación o procedibilidad para el ejercicio de su derecho, el haber hecho constar en el acta de la Junta su oposición a los mismos, no siendo suficiente conforme a la Sentencia de 31 de enero de 1972 a tales efectos la mera emisión de su voto en contrario a la aprobación del acuerdo o acuerdos, ya que no existiendo éstos, en tanto no se verifique el recuento de los votos obtenidos y sea proclamado el resultado de la votación, si el acuerdo es adoptado por mayoría, cual sucede en el caso de autos, los disidentes han de manifestar con posterioridad a dichos momentos, en que el acuerdo se perfecciona o adquiere consistencia jurídica, su voluntad de oponerse al mismo, requisito sin duda exigido por el legislador e interpretado con rigor por la jurisprudencia, Sentencias, entre otras, de 6 de julio de 1963, 20 de febrero de 1968, 30 de enero de 1970, 21 de octubre de 1972, 27 de abril de 1973, 10 de diciembre de 1973 (aunque por error en la Colección Legislativa aparece con fecha 8 de diciembre del mismo año) y 19 de enero de 1974, con la preocupación o con el deseo de velar y compaginar la defensa de los derechos legítimos de los accionistas, pero al propio tiempo impedir que el funcionamiento normal de las personas sociales pueda quedar a merced injustificada de dilaciones en cuanto a la expresión de la voluntad de impugnar que debe constar claramente desde el momento en que se perfecciona el acuerdo y tienen conocimiento del mismo los accionistas asistentes a la Junta, en beneficio de la seguridad social y de los propios acuerdos.

Nota.—Concuerda esta Sentencia con las de 27 de abril de 1973 y 19 de enero de 1974, reseñadas en la página 223 del número 512 (enero-febrero de 1976) de esta REVISTA.

**SOCIEDADES ANONIMAS: IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES.
COMPUTO DEL PLAZO DEL ARTICULO 68 DE LA LEY (SENTENCIA
DE 12 DE MARZO DE 1976).**

El cómputo de los cuarenta días del plazo de caducidad de la acción ha de hacerse desde el día siguiente a aquel en que el acuerdo fue tomado, por lo que éste debe excluirse del cómputo, según la Sentencia de 30 de enero de 1974, examinando las interpretaciones gramatical, lógica, histórica y sistemática del artículo 68 de la ley.

Nota.—Confróntese con Sentencia de 29 de diciembre de 1972, reseñada en la página 223 del número 512 (enero-febrero 1976) de esta REVISTA.

IDEM (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1976).

Después de algunas vacilaciones ya puede considerarse consolidada como doctrina legal la detalladamente razonada en la Sentencia de 30 de enero de 1974 y confirmada por la de 12 de marzo último, según la cual, el cómputo del plazo de cuarenta días, establecido en el artículo 68 de la ley, para la caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales ha de hacerse no desde el mismo día, sino desde el siguiente a aquel en que los acuerdos se adoptaron.

IDEM (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1976).

Este Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de enero de 1974—cuya doctrina hoy se ratifica, como se ha ratificado en fechas posteriores—, ha declarado «que el cómputo de los cuarenta días establecido en el artículo 68 de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, siguiendo la regla genérica aplicable a toda clase de prescripciones o caducidades, salvo los casos en que la ley de modo expreso disponga lo contrario, deberá empezar a contarse a partir del día siguiente a aquel en que se adoptaron los acuerdos sociales que se quieren impugnar, sin incluir el día en que fueron tomados, a la manera como proclamó la jurisprudencia de esta Sala en las Sentencias de 4 de octubre de 1962, 11 de octubre de 1963, 22 de diciembre de 1966, 5 de octubre de 1967 y 15 de junio de 1973».

Tal interpretación encuentra, además, su apoyo en el precepto contenido en el artículo 5.º del Código civil en la redacción dada por la Ley de 17 de marzo de 1973, que taxativamente dispone que «siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente»; precepto que, como se razona en la Exposición de Motivos de aquella ley, se ha establecido «en aras de la claridad, la simplificación y la seguridad», por lo que, como allí se dice, «se logra la uniformidad encarecida por la Ley de Bases, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Procedimiento Administrativo».

SOCIEDADES ANONIMAS: JUNTAS GENERALES. NO SE CONSTITUYE VALIDAMENTE LA JUNTA DE ACCIONISTAS CUANDO SE IMPIDE LA ASISTENCIA A ELLA DE UN ACCIONISTA. SUS ACUERDOS SON IMPUGNABLES (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1976).

No se entregó al accionista la tarjeta de asistencia necesaria para el ejercicio del derecho, de cuya falta reclamó aquél en tiempo hábil para que pudiera ser subsanada, y en su consecuencia, es visto que se privó al citado accionista de su derecho de asistencia a la Junta en cuestión, lo que determina la nulidad de dicha Junta, ya que, según tiene establecido esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 11 de octubre de 1973 y 14 de marzo de 1974, no se constituye válidamente la Junta cuando se impide la intervención en ella del titular de unas acciones.

SOCIEDADES ANONIMAS: JUNTAS GENERALES. EFECTOS DE LA DENEGACION DE LA «TARJETA DE ASISTENCIA» (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1976).

Si se reconoce el carácter de accionista a don D. y que no se le entregó la tarjeta de asistencia necesaria para el ejercicio de tal derecho, es visto que, como proclamó la Sentencia de 2 de abril de 1976, se privó al citado accionista de su derecho de asistencia a la Junta en cuestión, lo que determina la nulidad de dicha Junta, ya que, según tenía establecido esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 11 de octubre de 1973 y 14 de marzo de 1974, no se constituye válidamente la Junta cuando se impide la intervención en ella del titular de unas acciones.

SOCIEDADES ANONIMAS: JUNTAS GENERALES. QUIEN PUEDE CONVOCARLAS (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1976).

El artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone de modo imperativo que las Juntas Generales ordinarias y extraordinarias habrán de ser convocadas por los administradores de la sociedad, mandato legal que no tiene otras excepciones que las establecidas en los artículos 55, 57 y 119, párrafo segundo, y, en su virtud, corresponde al Consejo de Administración de la sociedad, y no a su presidente, la facultad de convocar la Junta en cuestión, convocatoria que exige un previo acuerdo al respecto del Consejo de Administración.

SOCIEDADES ANONIMAS: DISOLUCION. EN LA QUE SE OPERE POR IMPOSIBILIDAD MANIFIESTA DE OBTENER EL FIN SOCIAL, CABE QUE LOS ESTATUTOS EXIJAN UN QUORUM DE VOTACION FAVORABLE SUPERIOR AL LEGAL (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1976).

Antecedentes de hecho.—Constando en los Estatutos de una sociedad anónima que se requiere el voto favorable del 70 por 100 (o del 60 por 100 en segunda convocatoria) del capital desembolsado para acordar la disolución de la sociedad; se acordó, con el voto favorable del 51 por 100 del capital desembolsado, la disolución por imposibilidad material de obtener el fin social. Impugnado el acuerdo por el 49 por 100 disidente, el Tribunal Supremo entiende que:

Si bien es cierto que el párrafo segundo del artículo 152 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que para que pueda acordarse la disolución de la sociedad por imposibilidad manifiesta de realizar el fin social bastará «acuerdo de la Junta General adoptado por las mayorías ordinarias», no es menos cierto: a) Que el artículo 11 de dicha ley prescribe, en el párrafo tercero letra j) que en la escritura de constitución de la sociedad se expresarán, entre otros particulares, «la forma de deliberar y tomar los acuerdos», y en el párrafo quinto del mismo artículo dispone «que se podrán, además, incluir en la escritura todos los pactos lícitos y condiciones especiales que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en la ley», y b) que el artículo 51 de la misma, después de regular detenidamente en el párrafo primero el *quorum* de asistencia preciso para quedar válidamente constituida la Junta General, añade en el segundo que «los Estatutos podrán establecer y fijar los requisitos especiales de convocatoria y *quorum* sin que puedan éstos ser inferiores a los que quedan establecidos en el párrafo anterior».

Con estos preceptos el legislador quiere significar: a) que si bien en los Estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad han de constar los requisitos que señala el artículo 11, en cambio, es potestativo de la autonomía privada lo relativo a los plazos y formas de convocar y constituir las Juntas Generales de socios tanto ordinarias como extraordinarias, así como la forma de deliberar y tomar acuerdos, siempre que tales Estatutos no fijen nunca *quorums* interiores a los que establece el aludido párrafo primero del artículo 51 de la ley especial; y b) que los referidos preceptos constituyen la normativa legal de ineludible observancia, pues si no se cumplen tales preceptos, los Estatutos no ajustados a ellos resultarían nulos, por el principio de legalidad sancionado en el artículo 6.º, número tercero, del Código civil y, en consecuencia, por imperativo del artículo 44 del Reglamento del Registro Mercantil, se denegaría su inscripción en el citado Registro.

Que, por tanto, estando señalados en los Estatutos unos *quorums* reforzados como necesarios para la validez de los acuerdos sobre disolución de la sociedad, sin especificación de causas productoras de ellos, y no siendo tales *quorums* contrarios a la Ley de Sociedades Anónimas, sino aceptados y avalados por ella en los preceptos relacionados, resulta evidente que el acuerdo adoptado decidiendo la disolución de la sociedad—aunque sea fundando ésta en una alegada imposibilidad de cumplir el fin social—ha infringido por violación los indicados preceptos.

SOCIEDAD IRREGULAR. EFECTOS ENTRE LAS PARTES Y FRENTE A TERCEROS (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1976).

De conformidad con la doctrina de esta Sala, establecida en las Sentencias de 19 de enero de 1925, 15 de octubre de 1940 y 16 de abril de 1942, entre otras, una cosa es el nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles frente a terceros y derivado del incumplimiento de los requisitos formales, escritura pública e inscripción, y otra, bien distinta, es que, concurriendo en el contrato los requisitos esenciales para su validez y eficacia, no surta efecto entre los contratantes, como sociedad de hecho, pero de índole mercantil, por el objeto, como criterio diferenciador de las sociedades civiles y mercantiles, no obstante, la forma irregular de su constitución. Es unánime la doctrina jurisprudencial, a partir del año 1941, de que hay que distinguir entre las relaciones internas y externas de la sociedad; y que en ésta, para proteger al tercero de buena fe, se pro-

duce verdadero desplazamiento de la responsabilidad de la sociedad irregular, frente al tercero, de conformidad con lo que se dispone en el artículo 120 del Código de Comercio.

SOCIEDADES ANONIMAS: CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL. LA EFECTUADA PARA AUMENTAR EL CAPITAL SOCIAL DEBE SERLO CON LA DEBIDA CLARIDAD (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1977).

El orden del día de la convocatoria rezaba así: «Ampliación de capital social y autorización al Consejo de Administración para ampliarlo dentro de los límites legales, además de la ampliación del capital que se acuerde», por aplicación del artículo 87 en relación con el 84 de la Ley de Sociedades Anónimas, procede proclamar la nulidad del acuerdo de ampliación de capital social, ya que el transcrito punto del orden del día no expresaba con la debida claridad si iba a decidirse en la Junta un aumento de capital, aunque con delegación en el Consejo de Administración de la facultad de llevar a efecto el acuerdo, o si iba sólo a darse un supuesto de «capital autorizado», previsto en el artículo 96 de la ley referida, o si iba a tratarse de dos aumentos de capital, a decidir, uno, y a autorizar, el otro.

SOCIEDADES ANONIMAS: JUNTAS GENERALES. PERSONA IDONEA PARA CONVOCARLAS (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1977).

Es válida la convocatoria de Junta General efectuada por el administrador de una sociedad anónima que continuó en el ejercicio de sus funciones aun después de transcurrido el plazo de duración de su cargo, en tanto no sea efectivamente sustituido en éste por los consejeros nuevamente designados, de acuerdo con la Sentencia de 22 de octubre de 1974 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968.

III. TITULOS VALORES

AVAL BANCARIO. CARACTER Y EFECTOS. INNECESIDAD DE PROTESTO PARA DIRIGIR LA ACCION CAMBIARIA CONTRA EL AVALISTA NO LIMITADO (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1976).

Del artículo 517 del Código de Comercio se infiere que no puede el acreedor dirigir la acción simultáneamente contra el aceptante—obligado directo—y contra un obligado en vía de regreso—librador o endosante—; pero no ocurre lo mismo cuando la acción se dirige simultáneamente contra los dos, aceptante y su avalista, ya que éste no es un obligado en vía de regreso, sino un obligado que, en el caso de aval no limitado, asume frente al tenedor exactamente la misma posición que la persona por quien salió garante, así lo dispone el artículo 487 del Código de Comercio, de suerte que, al ser el aval una fianza solidaria, el avalista frente al acreedor viene a ser un deudor solidario, del que sólo se distingue en el aspecto de las relaciones internas entre avalista y avalado, habiendo de observarse el régimen de las obligaciones solidarias, en las que, a tenor de lo prevenido

en el artículo 1.144 del Código civil, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, sin que, por otra parte, para la viabilidad de la acción ejercitada contra el avalista sea necesario que se le haya notificado el protesto, cuando el acreedor ha utilizado su acción por primera vez y la ejercita al mismo tiempo contra el aceptante y su avalista, así lo tiene declarado esta Sala para supuesto análogo en Sentencia de 7 de julio de 1928.

LETRA DE CAMBIO: EJERCICIO DE LA ACCION DEL ARTICULO 516 DEL CODIGO DE COMERCIO (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1976).

Lo que en el artículo 516 del Código de Comercio se prohíbe es el ejercicio simultáneo de la acción que otorga al tenedor de las cambiales contra las diversas categorías de obligados a satisfacer su importe, para evitar, como dicen las Sentencias de 7 de julio de 1928 y 25 de mayo de 1972, que, en ciertos casos, pueda darse la posibilidad de una duplicidad de pago, con el consiguiente, enriquecimiento injusto que ello comportaría, pero no que la prohibición se extienda a impedir que la demanda se dirija conjuntamente contra cuantas personas se hallen incluidas dentro de cualquiera de aquellas categorías, no sólo porque semejante interpretación no se deduce del sentido literal de la norma, siendo principio general de Derecho el que dice que *lex, ubi voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*, sino también porque los coobligados al pago de una letra de cambio, comprendidos dentro del mismo grado, aunque son entre sí deudores solidarios, no lo son cambiarios, pues las relaciones jurídicas que entre ellos existan se regulan en atención al contrato causal que les ligue, o, en su defecto, y según la doctrina científica, por las reglas del Derecho civil existentes sobre las obligaciones solidarias, entre las que debe destacarse la establecida en el artículo 1.144 del Código civil.

LETRA DE CAMBIO: CLAUSULA «SIN GASTOS». EFECTOS (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Cuando el librador, mediante la cláusula «sin gastos» (que afecta a las relaciones entre librador y aceptante o librador y tomador), libera al tenedor de la obligación del protesto, para exigir su pago puede disponer de la acción cambiaria, como de la causal, siempre que haya sido presentada al cobro el día de su vencimiento; mas no cabe aplicar tal doctrina cuando la relación lo es entre tomador y aceptante, pues al no existir relación directa entre uno y otro, sino que el contrato subyacente se da exclusivamente entre librador y tomador, la letra queda perjudicada por falta de protesto, ya que el tomador con respecto al aceptante no quedó liberado por dicha cláusula, no siendo la letra, en realidad, sino un simple documento privado utilizable en juicio como instrumento probatorio de aquella *causa debendi* o, como dice la Sentencia de esta Sala de 17 de abril de 1958, una promesa de pago hecha por el aceptante al librador o por éste al tomador, pero que en forma alguna puede provocar una condena al aceptante en favor de persona que no es el librador, esto es, entre quienes no existe contrato alguno.

LETRA DE CAMBIO: ACCIONES (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Es constante la orientación adoptada por la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que con apoyo en la letra no protestada en tiempo y forma, si bien no puede ejercitarse la acción ejecutiva, sí puede ejercitarse la acción de cobro de lo debido, en el juicio ordinario (Sentencias de 9 de abril de 1955, 26 de octubre de 1955 y 27 de septiembre de 1974), afirmándose en la penúltima de las citadas que con apoyo en la letra de cambio puede accionarse en dos vías: «la ejecutiva, que arranca del valor de documento privilegiado que se atribuye a la letra de cambio revestida de todas las formalidades legales precisas para convertirla en título ejecutivo, y la vía ordinaria, utilizable si no medió protesto eficaz o no se consiguió integrar debidamente el título para hacerlo ejecutivo»; y en la última de ellas, que se dice literalmente: «aunque es cierto que de la letra de cambio protestada en tiempo y forma puede surgir el juicio ejecutivo a que se refiere el artículo 1.429 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ello no obsta para que el librador de la letra de cambio aceptada y solidariamente avalada, aunque sin mediar el protesto, pueda ejercitar acción cambiaria, dentro del juicio ordinario, para cobrar su crédito contra el librador o contra el fiador solidario, utilizando aquélla como mero documento acreditativo del adeudo.»

IV. OBLIGACIONES Y CONTRATOS**COMRAVENTA. JUZGADO COMPETENTE (CUESTION DE COMPETENCIA)** (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Ejercitada en el presente caso una acción personal para reclamar el pago del precio establecido en una compraventa mercantil, sin que esté acreditada la existencia de una sumisión expresa o tácita a Juzgado o Tribunal alguno y sin que conste con claridad el lugar donde la obligación había de cumplirse, ni que los géneros vendidos se enviaran a porte pagado, es indudable que, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.171 y 1.500 del Código civil, en relación con los 50 y 325 del de Comercio, ha de presumirse que el lugar de entrega de la mercancía vendida fue el de la población donde está situado el establecimiento del vendedor, a favor de cuyos órganos jurisdiccionales debe resolverse la presente cuestión de competencia, conforme a lo prevenido en el número primero del artículo 62 de la Ley de Trámites (Sentencias de 28 de octubre de 1974 y 11 de marzo de 1975), sin que a ello obste la circunstancia de que para el cobro de lo debido se girase una letra de cambio al comprador, porque tal giro, al no seguirse el oportuno juicio ejecutivo, únicamente significa un simple medio para facilitar el pago, sin repercusión alguna a estos efectos (Sentencias de 15 de marzo y 6 de junio de 1975).

Nota.—Pueden verse también las Sentencias de 15 de enero de 1964 (página 185 del número 440-441 de esta REVISTA) y 13 de marzo de 1970 (página 708 del número 484 de esta REVISTA).

DEPOSITOS BANCARIOS. CONCEPTO (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1975).

La doctrina científica viene distinguiendo entre los variados tipos de depósitos bancarios aquel que comporta para el Banco la obligación de

devolver la suma depositada a petición del depositante y en el momento mismo en que éste la exija, operación esta que ha venido en denominarse en la técnica mercantil y bancaria «depósito en cuenta corriente», dado que las relaciones del Banco con los clientes se instrumentan y contabilizan en la forma expresada, dándose la circunstancias de que cuando ese depósito es de cosas fungibles, se le autoriza al depositario para disponer del objeto del depósito, con obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, generando entonces la figura del «depósito irregular», caracterizado por el hecho de que el depositario adquiere desde el momento de la adquisición de aquél la propiedad de las cosas depositadas, y por eso en esta clase de «depósitos en cuenta corriente» la concesión del crédito no es del Banco hacia el cliente, como ocurre en la simple «cuenta de crédito», sino del cliente hacia el Banco, de tal manera que éste puede disponer del numerario depositado, obligándose a restituirlo a petición del depositante, produciéndose la circunstancia de que esa entidad bancaria es el exclusivo propietario de las cantidades dinerarias depositadas por el cuenta-corrientista (y es ésta precisamente la doctrina establecida por este Tribunal en distintas Resoluciones, Sentencias de 7 de marzo de 1974 y 22 de diciembre de 1941).

COMPRAVENTA MERCANTIL. ACCION RESOLUTORIA POR VICIOS OCULTOS (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Establecido por el artículo 342 del Código de Comercio un plazo de caducidad de treinta días para el ejercicio de la acción resolutoria del contrato por vicios ocultos, dicho precepto, por disposición del artículo 50 del mismo Cuerpo legal, se ha de aplicar con preferencia al artículo 1.486 del Código civil.

COMISION MERCANTIL. DIFERENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1977).

Según el artículo 6.º de la Ley de Contratos de Trabajo de 21 de julio de 1962, para que el mandato, extendido a la realización de una o varias operaciones conjuntamente (Sentencias de 28 de junio de 1910 y 16 de enero de 1925), no tenga la naturaleza de comisión mercantil, regulada en el artículo 244 y siguientes del Código de Comercio y Sentencias de esta Sala de 9 de junio de 1947 y 14 de febrero de 1973, y adquiera la relación laboral, es preciso: A) Que la venta de la mercancía que constituya el objeto del negocio jurídico de que se trate se haga por cuenta ajena, conforme a lo preceptuado en los artículos 1.º y 2.º, párrafo primero, de la Ley de 26 de enero de 1944; B) que la actividad del representante se desarrolle bajo la dependencia e instrucciones del representado o comitente y no con absoluta autonomía por su parte (Sentencias de la Sala de lo Social de 6 de mayo de 1966, 9 de febrero y 22 de marzo de 1968); C) que la conclusión de la venta concretada se lleve a efecto con la conformidad o aprobación del mandante o empresario (Sentencias de 2 y 3 de diciembre de 1974) aun cuando tal requisito no se haya consignado en la nota de pedido (Sentencias de 4 de diciembre de 1968), quedando excluidos del contrato de trabajo los supuestos en que no se requiera aquel asentimiento (Sentencias de 6 de marzo de 1974 y 15 de junio de 1976), y D) que el man-

datario no quede personalmente obligado a responder del buen fin o de cualquier otro elemento de la operación realizada (Sentencias de 4 de diciembre de 1970, 3 de diciembre de 1973, 7 de marzo y 4 de octubre de 1974 y 29 de enero y 12 de diciembre de 1975).

VI. QUIEBRAS Y SUSENSIONES DE PAGOS

SUSPENSION DE PAGOS: NECESIDAD DE LA COMPARECENCIA DEL SUSPENSO A LA JUNTA PARA LA APROBACION DEL CONVENIO (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1976).

La finalidad del proceso de suspensión de pagos es la de lograr la aprobación de un convenio entre suspenso y sus acreedores, y a éstos el percibo de sus créditos en la cuantía y plazos que se determine en aquél, en evitación del proceso de quiebra de mayor complejidad, consecuencias y dilación; de ahí que llegado el momento que contempla el artículo 13 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, o sea, la celebración de la Junta para la aprobación del convenio propuesto por el suspenso, si no aparece éste personalmente ni a medio de representante especialmente apoderado, por imperativo del párrafo segundo del propio artículo, el Juez sobreseerá el expediente sin posterior trámite, a salvo el derecho de los acreedores a ejercitar individualmente las acciones que les competan o la declaración de quiebra, si se dan los supuestos determinantes de tal estado, criterio éste que sostuvo ya la sentencia de esta Sala en 7 de junio de 1968, al establecer que si por cualquiera de las causas señaladas en el artículo 13 de la Ley de Suspensión de Pagos, el Juez se ve obligado a declarar legalmente concluido el expediente, alzándose la suspensión de los procedimientos pendientes contra el deudor que motivó la admisión a trámite de la suspensión de pagos, quedan desde dicho momento en libertad los acreedores para ejercitar sus acciones o poder instar la quiebra, consecuencia de todo lo cual es que el expediente de suspensión de pagos queda sobreseído o concluido legalmente, como dice la ley, en todos sus extremos y derivaciones.

PREFERENCIA ENTRE DECLARACION DE QUIEBRA NECESARIA Y SOLICITUD DE SUSPENSION DE PAGOS (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1976).

El problema que se plantea en casación es el de la preferencia a efectos prioritarios entre la declaración de quiebra necesaria y la solicitud del estado legal de suspensión de pagos, resuelto en favor de la segunda por el Tribunal *a quo*, siendo de observar al respecto que la norma legal en que éste se apoya es el párrafo tercero del artículo 9.º de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, a cuyo tenor «los acreedores no podrán tampoco pedir la declaración de quiebra *mientras el expediente de suspensión de pagos esté en tramitación*», resultando de los autos que en el presente caso precedió la solicitud de declaración de quiebra, que se hizo el 5 de septiembre de 1974, cuya tramitación previa, acordada por el Juzgado el día 7 del mismo mes, fue totalmente cumplimentada, sin que con dicha solicitud pueda confundirse, y mucho menos identificarse, la petición formulada el 21 también del mes de septiembre, y que a la vista de la cumplimentación reseñada y de su resultado se

dictase el pertinente auto declaratorio de la quiebra, momento en que, por otra parte, el expediente de suspensión de pagos no estaba en tramitación, pues del mismo no constaba sino la solicitud de la entidad interesada del 20 del propio mes, lo cual evidencia que el supuesto es precisamente el contrario al contemplado por la ley, puesto que aquí no es que se pida la declaración de quiebra durante la tramitación de la suspensión de pagos, sino justo al revés, pues se solicita la suspensión no ya durante la tramitación de la quiebra, sino cuando ésta, en lo que tenía de trámite previo, estaba concluida, demostrándose con ello una evidente interpretación errónea del precepto utilizado, cuyas consecuencias podrían llegar a un auténtico fraude de ley, consistente en permitir que la iniciación de un expediente de suspensión de pagos en cualquier momento pudiese paralizar la tramitación del más severo de la quiebra, iniciado y tramitado—forzoso es insistir en lo que tiene de inevitable presupuesto legal—con anterioridad, con lo que además se impedirían, como ahora se ha impedido, la aplicación de las normas específicas dictadas para la quiebra, especialmente en el párrafo segundo del artículo 876 y número dos del artículo 875, ambos del vigente Código de Comercio.

La interpretación que se acaba de exponer es la sostenida por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo desde antes de la publicación de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, especialmente en las Sentencias de 28 de septiembre de 1907, que proclamó que «... la suspensión de pagos solicitada... lo fue con fecha posterior a la presentación de quiebra que los acreedores habían deducido en uso de su derecho, y siendo este estado preeminente y de reconocida preferencia al de suspensión de pagos a él tenían que subordinarse las pretensiones que al deudor pudieran convenir...», y la de 26 de octubre del mismo año 1907, donde se dice que «... aunque la suspensión de pagos impide instar la declaración de quiebra..., ello no es aplicable al caso porque este juicio universal fue promovido con bastante anterioridad y cuando el comerciante no había iniciado aún el expediente de suspensión de pagos. ., sin que a esta doctrina pueda oponerse la contenida en las Sentencias de 26 de septiembre de 1910 y 4 de marzo de 1929, relativas ambas al supuesto en que la declaración de quiebra se pidió *después* de tener solicitada la suspensión, ni tampoco la recogida en las de 29 de diciembre de 1927 y 3 de julio de 1933, en cuanto más bien vienen a confirmarla, pues aun manteniendo las dos el principio de que la suspensión debe primar sobre la quiebra, los supuestos fácticos que contemplan nada tienen que ver con el que aquí se debate, pues la primera de ellas declaró como probado y no discutido en casación que «no se ha sobreseído en el pago corriente de las obligaciones, que es lo que caracteriza a la quiebra..., sin que pueda reputarse como tal... un ligero retraso en el cumplimiento...», y la segunda porque se refiere a un caso en que se pidió la suspensión «. antes de practicarse la información testifical imprescindible en la quiebra para justificar el sobreseimiento..., esto es, antes de adquirir la petición estado legal...», pues se había hecho el día anterior de aquella solicitud de declaración de suspensión, nada de lo cual coincide con la hipótesis que se examina, en que justo es decir concurren los presupuestos contrarios.

COMPENSACION Y QUIEBRA (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1977).

El sugestivo problema de si las deudas del quebrado, vencidas por efecto de la declaración de quiebra, se compensan o no con los créditos que, a su vez, pueda tener contra él su acreedor, problema que hay que resolver negativamente, por las siguientes razones: la primera, por la

necesidad de mantener el principio de la indisponibilidad del patrimonio del quebrado, que no permite hacer pagos en detrimento de la masa, a la cual corresponde todo el patrimonio del quebrado; la segunda, por respeto al postulado de la *par conditio creditorum*, que no tolera que se distraiga en provecho de unos acreedores y en detrimento de los demás una parte del activo de la quiebra; la tercera, porque con arreglo a lo previsto en el párrafo quinto del artículo 1.196 del Código civil, para que proceda la compensación es preciso que sobre ninguna de las deudas haya retención, y en realidad y por ficción de la ley durante todo el período a que se retrotrae la declaración de quiebra existe retención sobre las cantidades del quebrado que estén en poder de terceras personas, y la cuarta razón se funda en que si la ley hubiera querido que los efectos de la compensación se sustrajesen a esa retroacción, lo hubiera dispuesto de manera expresa, como lo hace en el artículo 926 del Código de Comercio, cuando trata de los socios comanditarios, de los de las sociedades anónimas y de los de cuentas en participación que sean acreedores de la quiebra.

S. de F.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LAS PRESUNCIONES DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA SON IURIS TANTUM (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Frente a la alegación de los recurrentes de que la Sala sentenciadora no ha reconocido el valor que los artículos 1.957 y 1.960 del Código civil otorgan a la usucapión como título de adquirir, el Supremo opone el argumento de que la posesión judicial que pudiera ser apta para la adquisición del dominio, hasta la fecha en que se ejecutó la sentencia recaída en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, fue puramente teórica, contradictoria con la que realmente vino ejercitando el Ayuntamiento recurrido, como lo denota el hecho de que los recurrentes hubieron de acudir a dicho procedimiento hipotecario e ineficaz, por tanto, para poder causar la usucapión.

Las presunciones que establece el artículo 38 de la Ley Hipotecaria son *iuris tantum*, susceptibles de ser destruidas por la prueba en contrario.

LA EFICACIA PROBATORIA DE LOS LIBROS DE LOS COMERCIANTES ESTA EQUIPARADA A LA DE LOS DEMAS MEDIOS DE PRUEBA ADMISIBLES (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Reiterada jurisprudencia mantiene la doctrina de que considerados como comprendidos en el grupo de los documentos privados en el Código civil (arts. 1.225 y sigs.) los libros de comercio, su valor probatorio y su apreciación son de libre facultad de los Tribunales de Instancia, como las demás pruebas, siendo uno más de los elementos de convicción del juzgador. Lo que hacía con respecto al extremo discutido el artículo 48 del Código de Comercio en su anterior redacción, en su regla primera, era conceder una especial eficacia probatoria

a los libros de los comerciantes que hacían prueba plena contra ellos sin admitir prueba en contrario por razones obvias, ya que además de las garantías que la ley exigía, el propio Estado tenía el doble interés de su política fiscal y de la trascendencia económico-social de conocer la situación y resultado de las empresas; pero advirtiéndose que, en todo caso, su contenido probatorio era indivisible y que el adversario no podía desglosar lo que le beneficiaba, sino estar al resultado del conjunto, sin que por lo demás hubiera limitación alguna para proponer y practicar dicho medio de prueba, como lo demuestra el artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la modificación esencial introducida por la Ley de 21 de julio de 1973 al respecto ha sido equiparar, en el artículo 46, la eficacia de las pruebas de libros de los comerciantes a la de cualquier otro de los medios admisibles.

NO CONSTITUYE CUASICONTRATO UNA RELACION JURIDICA QUE NACE DE LA VOLUNTAD CONCORDE (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—El primer motivo del recurso acusa a la recurrida sentencia de haber violado los artículos 1.895 y 1.900 del Código civil, pero para ello incide en un vicio de origen, cual es calificar de «cobro de lo indebido» la condena al demandado de pagar al actor, y como es lo cierto que cualquiera que fuere la calificación jurídica que le diere a las relaciones entre actor y demandado, como la atribuida a la acción ejercitada, el Juzgador de instancia califica la relación jurídica que une a las partes de contrato o contratos de arrendamientos de obra o servicios, que define el artículo 1.544 del Código civil, y, por tanto, del que dimana la obligación por parte del arrendatario de pagar el precio convenido por la realización de las obras o servicios llevados a cabo por el arrendador, si bien su determinación, dada aquella compleja modalidad de cobros y pagos con la que venían desarrollándose las relaciones entre las partes, motivase aquella previa liquidación de cargos y abonos para llegar a conocer el saldo resultante, encomendada a un perito contable, sin que, por tanto, en ningún momento estuviera el Juzgador contemplando ni haciendo relación a la figura jurídica del cuasicontrato de cobro de lo indebido, al que se refiere nuestro Código civil en sus artículos 1.895 y 1.900, ambos inclusive; no puede decirse que el Juzgador haya violado dichos preceptos cuando no son de aplicación al supuesto de autos, lo que es conforme a la realidad, pues si la relación jurídica que unió a actor y demandado nació de una voluntad concorde, cosa que no se ha discutido en autos, lo que origina es un contrato con todas sus consecuencias y no esa institución a la que quiere referirse el demandado y recurrente.

ES IMPERATIVO PARA LOS TRIBUNALES LA MODERACION DE LA PENA CUANDO LA OBLIGACION SE HUBIERE CUMPLIDO EN PARTE (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Establecido en el artículo 1.154 del Código civil, que se cita como violado en el único motivo del presente recurso de casación, que «el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiere sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor», y declarado por reiterada doctrina de esta Sala que es impera-

tiva y no facultativa para los Tribunales la moderación equitativa de la pena, cuando la obligación se hubiera cumplido en parte o irregularmente, aceptados expresamente por la sentencia recurrida los tres primeros considerandos de la sentencia apelada, en que consta que una de las naves objeto del contrato se entregó antes de expirar el plazo contractualmente fijado, de donde deriva que hubo un cumplimiento parcial, que impone al propio Juzgador la moderación de la penalidad contractualmente establecida, la Audiencia al rechazar toda moderación de la pena incurre en la infracción denunciada, que da lugar a la estimación del recurso.

PARA QUE PUEDA PROSPERAR LA ACCION RECONOCIDA EN EL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO PRIMERO DE LA LEY DE REPRESION DE LA USURA, HABRA DE JUSTIFICARSE QUE SE LE ENTREGO MENOR CANTIDAD QUE LA QUE FIGURA EN EL DOCUMENTO COMO RECIBIDA (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado con reiteración que el documento cuya validez se discute en el pleito no debe ser estimado *a priori* como intocable por los órganos judiciales, para no privar de virtualidad a la Ley de 23 de julio de 1908, siendo posible, por tanto, que se decrete la nulidad e ineficacia de las letras de cambio en que conste la cláusula «valor recibido», no menos exacto es que la prueba de la nulidad de los negocios jurídicos incumbe, según el artículo 1.214 del Código civil, a quien pretenda hacerla valer ante los Tribunales, intentando enervar la veracidad emanada de los documentos en que aquéllos se reflejen, y que para que pueda prosperar la acción reconocida en el párrafo segundo del artículo primero de la Ley de Represión de la Usura, dicho señor habrá de justificar cumplidamente que se le entregó menor cantidad de dinero de la que en el documento impugnado figura como recibida, sin que a tal fin sean suficientes sus meras manifestaciones.

EL DERECHO DE RESOLUCION PRESUPONE QUE HAYA VERDADERO INCUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Los preceptos legales que disciplinan el ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones contractuales, condicionan siempre la procedencia de estas acciones al requisito de que haya existido una conducta culposa, por negligencia más o menos grave, originaria de responsabilidad en el contratante a quien se impute la infracción del contrato, y a esto obedece que por lo mismo, en orden a la acción que trae su origen de pacto resolutorio expreso, referido a la compraventa de bienes inmuebles, objeto del artículo 1.504, que en cuanto a la llamada condición resolutoria tácita en las obligaciones recíprocas, regulada en el artículo 1.124, tenga declarado esta Sala en repetidos fallos que el derecho de resolución presupone y exige que haya verdadero y propio incumplimiento, y que éste descansa en causa imputable al deudor.

LA FACULTAD DE PEDIR LA RESOLUCION DE LAS COMPRAVENTAS DE INMUEBLES POR FALTA DE PAGO, SE RIGE POR LOS ARTICULOS 1.124 Y 1.504, AMBOS DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Según reiterada doctrina de esta Sala, la facultad jurídica de pedir la resolución de los contratos de compraventa de bienes inmuebles por falta de pago del precio convenido en el plazo pactado, se rige por la norma general del artículo 1.124 y por la especial del 1.504, ambos del Código civil, exigiéndose, por tanto, una voluntad rebelde por el lado del comprador y una previa declaración de voluntad del vendedor expresada de forma auténtica, judicial o notarial, recepticia para el comprador, de tener por resuelto el vínculo por tal causa, pues sin este último requisito, aunque se hubiese convenido lo contrario, podrá efectuarse válidamente el pago fuera del plazo señalado.

No cabe apreciar en el demandado una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, dado que al recibir una carta del letrado de la parte actora con anterioridad al requerimiento notarial de pago, se personó en el despacho del mismo un empleado del demandado para hacer entrega del plazo adeudado, que no fue admitido, y que dicho requerimiento notarial era tan sólo un requerimiento para el pago, y no expresivo de esa declaración de voluntad recepticia tendente a la resolución, requerimiento que tan sólo cabe estimar que se cumplió en el acto de conciliación, cuyos efectos quedaron enervados por el ofrecimiento que en dicho acto hizo el demandado de la cantidad adeudada.

NO PUEDEN LOS PARTICIPES EJERCITAR ACCIONES RELATIVAS A LA COSA COMUN CUANDO AQUELLAS PUEDAN REDUNDAR EN PERJUICIO DE TODOS O DE ALGUNO DE ELLOS (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1977).

Hechos.—El propietario de una finca y el aparcero de la misma celebraron un contrato con un tercero, por el cual los dos primeros vendían al último la cosecha de manzana de la citada finca en unas condiciones que no fueron cumplidas y que motivaron la reclamación judicial que hace el propietario, en la que pide la mitad que a él le corresponde del precio establecido y de la indemnización por incumplimiento, además de la resolución del contrato. La demanda no prosperó por estar mal constituida la relación jurídico-procesal.

Doctrina de la sentencia.—Cuando por la naturaleza jurídica material del derecho ejercitado no pueda pronunciarse una declaración sino con referencia a varias partes, éstas han de figurar como demandantes o demandados, dado su interés en el derecho sometido a su controversia, pues el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia de todos los que debieron ser demandados, de tal modo que incumplido este precepto procesal, la relación jurídico-procesal queda mal constituida, impidiendo cualquier pronunciamiento sobre el fondo.

Por lo que respecta al segundo motivo, la anunciada desestimación tiene como fundamento la propia normativa que el recurrente esgrime con la pretensión de demostrar que uno de los contratantes en la relación de aparcería—el propietario—está legalmente autorizado para llevar a cabo actos de administración, dentro de los que indebidamente incluye la resolución de un contrato que los dos concertaron, de cuyo include en la categoría de actos dispositivos, lo que unido a que además y solamente

reclamó la parte del precio y de la indemnización correspondiente a su cincuenta por ciento, parece dar a entender que desconoce el principio de la indivisibilidad de los pactos contractuales, que no desaparece cuando se da el supuesto de la pluralidad de contratantes—tanto desde el punto de vista activo como pasivo—y que implica un desprecio del interés de quien con él figuró como vendedor, que no puede quedar sometido a su unilateral arbitrio, ni aun en la hipótesis a que se alude de que no quisiese dicho aparcero figurar como demandante, pues pudo entonces muy bien haberle citado como demandado al fin de oírle judicialmente cuanto hubiese tenido a bien manifestar al respecto, y olvidando, finalmente, que las reglas típicas de la comunidad de bienes a que, en definitiva, se reconducen todas las normas relativas a estas formas de cotitularidad de situaciones jurídico-reales, según la constante y reiterada doctrina jurisprudencial, permiten a uno de los comuneros ejercitar cuantas acciones o medios puedan repercutir en beneficio de todos los partícipes, pero nunca cuando aquéllos, como en el supuesto contemplado, puedan redundar en perjuicio de todos o de alguno de ellos.

NO ES NECESARIA PARA LA VALIDEZ DE LA FIANZA LA CONCURRENCIA DEL DEUDOR PRINCIPAL (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que los contratos de fianza, definidos en el artículo 1.822, párrafo primero, y de subfianza, a que se alude en el párrafo segundo del artículo 1.823, ambos del Código civil, como consensuales, accesorios y subsidiarios que son, requieren para que puedan producir efectos jurídicos la constancia de una manifestación de voluntad expresa por parte del fiador; la preexistencia de una obligación principal, cuyo cumplimiento garantiza, y la circunstancia de que el fiador no se haya obligado a más que el deudor principal, en la cantidad o en lo oneroso de los deberes asumidos por él, no lo es menos que en la hipótesis aquí contemplada tales requisitos concurren respecto del aval prestado por el actor, sin que a ello obste que el demandado hubiera o no solicitado la constitución de dicha garantía, ni que la ratificase o no, porque el párrafo segundo del artículo 1.823 expresamente dispone que la fianza puede constituirse a favor de otro fiador «consintiéndolo, ignorándolo o aun contradiciéndolo éste», y el artículo 1.838, en su párrafo tercero, añade que lo dispuesto en él tiene lugar, «aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor», por lo que para su validez, como agrega la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 1956, no es necesaria la concurrencia del deudor principal.

HA DE ESTARSE AL COMPUTO CIVIL DE DIAS COMPLETOS Y NO AL NATURAL DE MOMENTO A MOMENTO (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—En el motivo primero se denuncia que el árbitro designado dictó el laudo fuera del plazo de tres meses establecido en la cláusula segunda de la escritura de compromiso, motivo que no puede ser acogido porque tiene constancia en las actuaciones y así lo admite la parte recurrente en el escrito de formalización del recurso, que el árbitro aceptó el cargo el 6 de noviembre de 1975 y que el laudo fue dictado el 6 de febrero de 1976, es decir, el último día de los noventa

a los que equivale el plazo, porque fue fijado por meses, no determinados por su nombre, y es evidente que a los efectos del cómputo, tanto en el caso de que se aplicara el artículo siete del Código civil, como el artículo quinto del Título Preliminar reformado, ha de ser aceptado el de *dies civiles* o días completos, de conformidad además con la máxima, que ha llegado a constituir un auténtico principio general, de que *dies a quo non computatur in termino*; ha de estarse, pues, al cómputo civil de días completos y no al natural de momento a momento, y así fue declarado en la Sentencia de 30 de enero de 1974.

Pretende la parte recurrente la impugnación del nombramiento del árbitro, lo que es inadmisibile, porque el artículo 30 de la Ley de Arbitraje sólo admite el recurso de nulidad contra el laudo dictado en arbitraje de equidad por alguna de las causas establecidas en el número tercero del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciar, y tiene declarado esta Sala que si en términos generales los motivos de casación son siempre taxativos, habiendo muchas cuestiones jurídicas que no tienen encaje en ellos, tanto más en lo que atañe al excepcional y limitadísimo recurso admitido contra los laudos dictados en los arbitrajes de equidad.

LAUDO ARBITRAL: EL ARBITRO CARECE DE FACULTADES PARA HACER CORRECCIONES EN EL LAUDO UNA VEZ TRANSCURRIDO EL PLAZO QUE TENIA PARA EMITIRLO (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.691, número tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite el artículo 30 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, establece con carácter taxativo las tres únicas hipótesis en que puede ser viable el recurso de nulidad, insusceptibles de extenderse a otras por analogía, y sin que, por tanto, se dé tal recurso cuando deje cuestiones sin resolver; aun cuando esta Sala, como resultado de una interpretación extensiva, ha introducido una excepción a la última regla del apartado anterior, en virtud de la cual puede constituir causa de nulidad del laudo emitido por los árbitros de equidad la falta de resolución sobre lo que, por la voluntad de las partes, debía constituir premisa, base o asiento indispensable para los pronunciamientos relativos a los demás extremos o cuestiones sometidas al laudo, lo cierto es que aunque se aceptase hipotéticamente la alegación formulada por los recurrentes, esto es, que el árbitro no resolvió todos los puntos contenidos en las preguntas segunda y cuarta, lo que no puede sostenerse con éxito es que, por voluntad de los contendientes, tal resolución habría de constituir una *conditio sine qua non* para la decisión de las demás cuestiones propuestas al árbitro.

Extinguidos todos los poderes del árbitro en virtud del transcurso del plazo señalado en el compromiso, carecía de facultades el día tres de febrero aun para subsanar el error que ante Notario manifestó haber padecido en la redacción de la contestación a la pregunta primera del laudo dictado el día treinta y uno del mes precedente, por lo que, conforme al citado artículo 1.691, número tercero, inciso primero, procede anular en su integridad la corrección del laudo documentada en aquella fecha.

INTERPUESTO PURA Y SIMPLEMENTE EL RECURSO DE APELACION, QUEDAN SOMETIDAS A LA JURISDICCION DEL TRIBUNAL DE ALZADA TODAS LAS PRETENSIONES QUE NO HABIAN SIDO FAVORABLEMENTE RESUELTAS POR EL INFERIOR (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—En cuanto a la cuestión referente a la rescisión del contrato de autos por causa de lesión, la sentencia de primer grado considera que se ha articulado como excepción debiendo haberlo sido en forma de reconvención, por ello desestima la excepción aludida, sin entrar en el conocimiento del fondo de la cuestión; pero la sentencia recurrida estima, por el contrario, que no sólo la petición de rescisión, sino también las de inexistencia, nulidad y anulabilidad propuestas y la de daños y perjuicios constituyen verdadera reconvención, la cual desestima, absolviendo de la misma al actor, y este pronunciamiento del fallo recurrido es el que se ataca en el quinto y último motivo del recurso, que por la vía del número segundo del artículo 1.692 denuncia la violación por no aplicación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, argumentando el recurrente que la resolución combatida, al desestimar la reconvención, le cierra el camino para pedir, ejercitando acción posterior y separada, la rescisión del contrato de transacción, con lo cual, a su juicio, ha reformado *in peius* la sentencia dictada por el Juez, ya que esta sentencia fue apelada por el hoy recurrente, pero no por el actor, el cual tampoco se adhirió a la apelación, argumentación a la que se ha de objetar que el recurso de apelación lo interpuso pura y simplemente, esto es, sin limitar en el mismo sus peticiones de Primera Instancia, y admitido como lo fue en ambos efectos, es evidente que por su propia voluntad sometió a la jurisdicción del Tribunal de alzada todas aquellas pretensiones que no habían sido favorablemente resueltas por el inferior, y, por tanto, la de rescisión del contrato de transacción, sin que la circunstancia de que la resolución recaída a tal respecto le haya sido contraria, signifique en modo alguno que con ello se haya agravado su situación como apelante en beneficio de la parte contraria; la tesis del recurrente conduce a la conclusión absurda de que la jurisdicción del Tribunal superior está circunscrita o limitada a no entrar en el conocimiento a fondo de la cuestión o, en otro caso, a dictar sólo pronunciamiento favorable, pero nunca adverso al apelante y hoy recurrente.

NO QUEDAN EXCLUIDOS DEL PLAZO DE PRESCRIPCION DE UN AÑO, ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 1.968 DEL CODIGO CIVIL, LOS DEMAS SUPUESTOS COMPRENDIDOS EN EL CAPITULO II DEL TITULO XVI DEL REFERIDO CODIGO (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1977).

Hechos.—Unas caballerías interceptaron una carretera por la que circulaba el automóvil conducido por el actor, que colisionó con ellas, fallando la esposa del conductor y resultando este mismo y sus hijos con lesiones. Sobreseídas las actuaciones penales por auto de 5 de octubre de 1972, se presentó la demanda contra el dueño de los animales el 25 de mayo de 1974, habiéndose celebrado el acto de conciliación el 17 de abril anterior. Había mediado también una reclamación telegráfica de fecha 22 de octubre de 1973. El demandado es absuelto por estimarse la prescripción de la acción.

Doctrina de la sentencia.—Ha de ser desestimado el motivo primero porque al denunciar la violación del artículo 1.964 del Código civil, no

tiene en cuenta el recurrente que al plantearse el Juzgador de instancia el de si por la explícita referencia en el párrafo segundo del artículo 1.968 del propio Código, del artículo 1.902, quedan excluidos del plazo de prescripción del año los demás supuestos comprendidos en el capítulo II del título XVI del tan referido Código, lo resuelve siguiendo acertadamente la doctrina científica y de esta Sala, en el sentido de que dicho plazo es de aplicación no sólo en los casos del artículo 1.902, sino en todos los demás previstos en dicho capítulo, lo que excluye la aplicación al caso de autos, como comprendido en el artículo 1.905, del plazo señalado en el artículo 1.964 del tan meritado Código, que, por tanto, impide que pueda decirse que ha sido violado.

El segundo de los motivos, en cuanto al denunciar la violación del artículo 1.969 del Código civil, también olvida el recurrente que el Juzgador de instancia, conforme se declara en los hechos probados, partió para el cómputo del plazo del año del día en que quedó firme el auto de sobreseimiento de las actuaciones penales, si bien teniendo en cuenta la fecha del telegrama y presentación de la demanda, afirme sea indiferente al posible problema que pudiera plantear, dado la naturaleza del proceso penal, el de si esa fecha lo pudiera ser el día en que se dictó el auto o en que se puso por el Fiscal la fórmula de «visto», toda vez que en cualquiera de los supuestos, la acción estaba prescrita, pero sin que ello equivalga, cual tan arbitrariamente afirma el recurrente, a que la fecha de iniciación del cómputo no hubiese sido perfectamente determinada.

NO PUEDE ALEGARSE ERROR EN EL CONSENTIMIENTO CUANDO PUDIERA HABERSE EVITADO CON EL EMPLEO DE UNA REGULAR DILIGENCIA, COMO CONSULTANDO EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que el consentimiento prestado por error provoca la nulidad del acto o negocio jurídico de que se trate, siempre que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del mismo o sobre aquellas condiciones del objeto que principalmente hubieran dado motivo a su celebración, situación en que pueden encontrarse la adquisición de un terreno que se cree edificable, sin que realmente lo sea; la compra de cosa ajena en determinadas circunstancias, e incluso la tasación equivocada de una finca en procedimiento de apremio; no debe olvidarse, en cambio, que para que tal efecto se produzca es indispensable que el indicado error haya quedado plenamente acreditado en las actuaciones, cosa que no se da por justificada por el Tribunal *a quo*, a cuya apreciación está encomendada no sólo la existencia de los actos que lo constituyen, sino también los de aquellos otros que integran su esencialidad.

El reconocimiento del error sustancial, con trascendencia anulatoria del contrato, debe interpretarse de forma restrictiva, en aras de la seguridad jurídica y del fiel y exacto cumplimiento de lo pactado.

Aunque la acción de nulidad, establecida por el artículo 1.300 y concordantes del Código civil, puedan ejercitarla no sólo los obligados principal o subsidiariamente en virtud del acto o negocio jurídico de que se trate, sino también los perjudicados o terceros afectados por el mismo, e incluso quienes tengan un interés jurídico tutelable por el órgano jurisdiccional o que sean titulares de un derecho subjetivo vulnerado por aquél, sin que para ello fuera imprescindible que hubieran sufrido lesión (artículo 1.300), lo cierto es que carecen de esa facultad cuando el vicio

invalidatorio, consistente en error en el consentimiento, sea imputable a los que pretenden hacerlo valer en su favor (art. 1.302 y Sentencias de 8 de junio de 1968 y 7 de abril de 1976) o conocieran previamente los hechos que lo motivaron, de forma tal que pudieran haberlo evitado con el empleo de una regular diligencia, como consultando simplemente al Registro de la Propiedad, que es precisamente lo ocurrido en el supuesto que aquí se contempla, con relación al Banco ejecutante, dado que la designación de la finca embargada la hizo el Procurador de dicha entidad, y que la descripción de la misma constaba claramente reseñada en la Oficina Tabular Inmobiliaria, con lo que ambos recurrentes carecen de acción a los efectos por ellos pretendidos.

INTERPRETACION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS: CONSISTE EN LA INDAGACION DE LA VERDADERA INTENCION DE LOS CONTRATANTES (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.281 del Código civil, las estipulaciones contractuales deben interpretarse en el sentido literal de los términos en que están redactadas cuando no dan lugar a dudas sobre su contenido, no lo es menos que la interpretación de los negocios jurídicos consiste en la indagación de la verdadera intención de los contratantes, que debe prevalecer sobre las palabras empleadas por éstos, cuando no coincide con la voluntad auténtica de los mismos.

La validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los que lo suscribieron, según expresa el artículo 1.256 del referido Código y principio general de Derecho *nulla promissio potest consistere, quae esse voluntate promittentis statum capit* (epígrafe primero, Ley ciento ocho, título primero, libro XLV, del *Digesto*).

El contrato a favor de tercero a que el artículo 1.227 del Código civil se refiere es aquel que se celebra entre dos personas que actúan en nombre propio y que otorgan un derecho a un extraño que ni directa ni indirectamente ha tomado parte en su conclusión, es decir, que no ha tenido intervención alguna en tal convenio, lo que no sucede cuando éste se ha concertado en nombre de dicho beneficiario por su mandatario o representante legal.

LOS INFORMES PERICIALES NO SON VINCULATIVOS PARA EL TRIBUNAL DE INSTANCIA, DEBIENDO SER INTERPRETADOS CON ARREGLO A LAS REGLAS DE LA SANA CRITICA (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Es reiterada la doctrina de esta Sala de que los informes periciales no revisten el carácter de documentos auténticos a efectos de poderse apoyar en los mismos el motivo de casación, sino que, por el contrario, el contenido de aquéllos no es vinculativo para el Tribunal de instancia, debiendo ser interpretados o valorados, a tenor de lo que previene el artículo 1.243 del Código civil, en relación con el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con arreglo a las reglas de la sana crítica, lo que de por sí les excluye de la posibilidad de poder apoyar en los mismos el error de hecho.

LAUDO ARBITRAL: NO PUEDEN DESCONTARSE DEL PLAZO PARA EMITIRLO LOS DIAS INHABILES (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es verdad que las partes, o en su caso el Juez, son dueños de señalar un plazo de días naturales o de días hábiles, y en tales supuestos se cuentan los que aquéllos hayan dispuesto, el problema se suscita cuando en el plazo se habla simplemente de días, sin especificar si han de ser de una u otra naturaleza. La doctrina jurisprudencial es constante en el sentido de que no pueden descontarse los días inhábiles, por lo menos en relación con la legislación derogada, y por lo que respecta a la nueva legislación, también se manifiesta en este sentido, abordando directamente esta cuestión la Sentencia de 27 de septiembre de 1975, que expresamente declara que no se trata de un término procesal, sino que constituye un plazo contractual convenido por las partes, e incluso declara que del mismo no puede descontarse el mes de agosto, declarado inhábil por Decreto de 17 de julio de 1973, por referirse sólo a los Juzgados, lo que le hace inaplicable a la actuación arbitral; viniendo a ratificar este criterio el artículo quinto del Código civil *in fine*, que en su redacción actual determina que «en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles».

EL ARTICULO 1.947 DEL CODIGO CIVIL ES APLICABLE A LA PRESCRIPCION DE ACCIONES (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Si bien varias sentencias de esta Sala declaran que el artículo 1.947 del Código civil no es aplicable a la prescripción de acciones, en otras resoluciones sienta la doctrina de que este precepto debe y puede aplicarse por analogía a la prescripción de las acciones, debiendo, por tanto, entenderse que la interrupción de esta prescripción producida por la celebración del acto de conciliación es perfectamente ajustada a la ley.

Pretendiendo los actores que la parte demandada realice cuantas obras fueren necesarias y a su costa, a fin de que las vigas que en la reconstrucción del inmueble se han introducido en más de la mitad de la pared medianera sean retiradas convenientemente, conforme al artículo 579 del Código civil, y la sentencia, basándose en que el retirar las vigas sería antieconómico y de difícil realización y en las relaciones de vecindad a que da lugar la pared medianera esta colisión debe resolverse en equidad y procurando el menor daño posible, razones que dan lugar en el fallo a que éste, en vez de acomodarse a la pretensión antes señalada, condene únicamente al demandado al pago de una indemnización en metálico por la pared medianera de éste con el actor, que ha invadido con las vigas de la construcción; debe apreciarse que con dicho pronunciamiento queda circunscrita la incongruencia a la relación entre la pretensión de la demanda y la condena al demandado, y dada la evidencia de discrepar el pedimento de la demanda y el acuerdo adoptado por la sentencia, debe apreciarse que concurre la incongruencia que el demandante acusa.

ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA: NO ES APLICABLE A UN SUPUESTO DE ILEGITIMIDAD DE OBRAS (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Se alega por el recurrente la violación del párrafo primero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con el

párrafo segundo de dicho artículo, partiendo de afirmar que el recurrente adquirió su propiedad amparado por el precepto citado y debe ser mantenido en su adquisición, supuesto que adquirió antes que los otros propietarios; pero el Supremo rechaza este motivo, porque lo que se discute en este pleito radica en la legitimidad de ciertas obras efectuadas, sin que se discuta la propiedad, posesión y disfrute del recurrente, y el Juzgador, para decidir la cuestión tiene en cuenta los títulos aportados por los propietarios, sin que en esta valoración se estime infracción legal alguna que pudiera ser base de este extraordinario recurso, sin que afecten los fundamentos de la sentencia a los derechos de tercero hipotecario.

SOLIDARIDAD DE OBLIGACIONES (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1977).

Reitera la anterior doctrina jurisprudencial de que para que una obligación tenga el carácter de solidaria no es preciso usar de tal expresión, si de su texto, según la excepción con que se inicia el artículo 1.138 del Código civil, se infiere la solidaridad y puede deducirse que la voluntad de los contratantes fue la de crear una unidad en la obligación y responsabilidad *in solidum* de los cointerésados.

CORRESPONDE EXCLUSIVAMENTE A LA ESPOSA LA ACCION PARA IMPUGNAR LOS ACTOS REALIZADOS POR EL MARIDO CON RELACION A LOS BIENES GANANCIALES (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—El primer motivo del presente recurso no puede prosperar, porque al fundamentarse en que el Tribunal *a quo* infringió por violación el número 2 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber estimado bien constituida la relación jurídico-procesal, pese a que la esposa del actor no intervino en el proceso de que dimanaran estas actuaciones, ni estuvo representada en el mismo por su marido, no tiene presente: Primero, que el precepto últimamente mencionado es únicamente aplicable en aquellos supuestos en que se aprecie la falta de personalidad en el actor, que no puede confundirse con la de acción o titularidad del derecho cuya tutela pretende hacer valer ante los órganos jurisdiccionales, ni acogerse cuando, como aquí sucede, dicho señor actúa en su propio nombre, aun cuando lo hiciera sobre bienes que pudieran pertenecer a su mujer, por tratarse de cuestión que afectaría al fondo del proceso y no a su personalidad. Segundo, porque aun cuando tal excepción hubiera existido, la misma sería subsanable en todo tiempo. Tercero, porque al declararse probado que el actor adquirió la Academia en torno a la cual gira el litigio en estado de soltería, su esposa no tenía por qué intervenir en el proceso dado que dichos bienes no eran gananciales, sino privativos del marido. Cuarto, porque aun cuando a efectos polémicos se admitiera que la referida Academia se hubiera adquirido constante matrimonio con el actor, dada la fecha de los respectivos contratos, no regiría la Ley de 2 de mayo de 1975, y conforme a la legislación entonces vigente, el marido sería el administrador de la sociedad conyugal (art. 59 del Código civil) y de la de gananciales (art. 1.412), y estaría facultado mientras subsistiese el vínculo para reclamar cuanto concerniera a los mencionados bienes. Quinto, porque, en todo caso, la acción que el artículo 1.413 del Código civil concede a la esposa para impugnar

los actos realizados por su marido con relación a los bienes gananciales corresponde exclusivamente a la primera, en virtud de lo dispuesto en el propio precepto y conforme al criterio mantenido por esta Sala.

COMENTARIO.—Lo que más me ha llamado la atención de esta sentencia es la sorprendente afirmación de que «al no regir en la fecha de los contratos discutidos la Ley de 2 de mayo de 1975, y conforme a la legislación entonces vigente, el marido sería el administrador de la sociedad conyugal». Parece entenderse que en la actualidad, y tras la reforma introducida por la ley antes mencionada, esto ya no es así. Nada más lejos de la realidad, puesto que el artículo 59 del Código civil tras la reforma queda de esta manera: «El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario.» Estipulación contraria que también permitía el primer párrafo del antiguo artículo 59, con lo que todavía es menor la diferencia entre ambas normaciones.

TRATANDOSE DEL EJERCICIO DE UNA ACCION CIVIL CONTRA UNA PERSONA ES COMPETENTE LA JURISDICCION ORDINARIA PARA CONOCER EL ASUNTO, AUNQUE EL ESTADO SEA RESPONSABLE SUBSIDIARIO (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—Un camión del Ejército de Tierra, que iba en caravana y cumpliendo un servicio oficial, atropelló a una persona que conduciendo una moto circulaba en dirección contraria. El motorista resultó muerto en el acto, y su viuda e hija demandan al soldado conductor del camión, al Fondo Nacional de Garantía y al Ministerio del Ejército. La demanda fue acogida íntegramente por el Juez de Primera Instancia, pero la Audiencia revocó tal fallo estimando la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer el caso. El Supremo casa esta sentencia y confirma la de Primera Instancia.

Doctrina de la sentencia.—Al ser de orden público la cuestión de atribución de jurisdicción por razón de la materia, puede este Tribunal, sin incurrir en incongruencia, entrar a examinar la cuestión planteada en el primer motivo, no obstante su deficiente formulación, haciéndolo al amparo del precepto a que se refiere el artículo 76 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en su virtud y estimándolo, casar la sentencia de instancia, en cuanto que ha incurrido en defecto en el ejercicio de la jurisdicción, consistente en dejar de conocer de un asunto cuando tenía el deber de hacerlo.

Aunque es cierto que el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado confiere a los particulares el derecho a reclamar a la Administración la indemnización de los perjuicios que «sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de servicios públicos», ello no guarda relación con el caso planteado en la demanda, ya que el daño o lesión no ha sido consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, sino que se ha producido por una incidencia, marginal al servicio, provocada por la negligencia de uno de los agentes que intervinieron en él, contra quien se dirige la acción civil, nacida del artículo 1.902 del Código civil, si bien, a virtud de la acción directa que establece el artículo 42 de la Ley de 24 de diciembre de 1962, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, también se ha dirigido la demanda contra el fondo de garantía y contra el Estado, en concepto de responsable directo del exceso de indemnización sobre la cantidad asegurada.

Tratándose del ejercicio de una acción civil contra una persona determinada, no obstante la directa implicación de los aseguradores, la atribución de jurisdicción, según lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de deferirse a la jurisdicción ordinaria, tanto por la naturaleza de la acción ejercitada como por la persona contra la que se dirige como principal demandado; es más, la propia Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en su artículo 45 establece un régimen de exigencia de responsabilidad civil en que pueden incurrir las autoridades y funcionarios, confiando su conocimiento a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, y no otra es la orientación de la jurisprudencia de esta Sala, en reciente Sentencia de 20 de marzo de 1975, criterio que se confirma en cuanto al carácter atractivo de la jurisdicción ordinaria por la Sentencia de 15 de octubre de 1976.

COMENTARIO.—Dos puntos podríamos destacar en la presente resolución: El primero de ellos, por el que superando deficiencias formales entra a conocer en el fondo del recurso. Sólo elogios puede merecer tan progresiva actitud, que evita el fácil expediente de desestimar el recurso por motivos de índole puramente procesal. Y es que los formalismos han de ser un medio para que lleguemos a la resolución justa y equitativa del caso planteado, no un obstáculo que impida practicar la justicia material.

El segundo punto destacable es la diferenciación sutil que hace el Juzgador, por la que no considera aplicable el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sino el artículo 1.902 del Código civil, al estimar que el daño no se produjo por el funcionamiento de un servicio público, sino por la negligencia del agente que intervino en él. Matización aguda y salvadora, pues permite resolver sobre el fondo del asunto y no remitir a las partes a un nuevo proceso. Economía procesal y justicia material salen ganando con esta decisión.

CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACION LA VENTA COMO LIBRE DE UNA VIVENDA DE PROTECCION OFICIAL (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Al darse como probado en la recurrida sentencia que la vivienda lo era de protección oficial, de las de renta limitada, y como tal, vinculada a las disposiciones reguladoras de las de esta clase, con determinadas restricciones que limitan al propietario su libertad de disposición, es incuestionable obligaba al vendedor a hacérselo saber al comprador como obligación complementaria de aquella principal, dada la enorme trascendencia que ello había de representar para el comprador, hasta el punto de desarticular aquel régimen de onerosidad en las recíprocas prestaciones, y de ahí que con acierto no dudase el Juzgador de instancia de tener al vendedor por incumplida su obligación, al entregar como libre una vivienda que no lo era por ser de protección oficial, con las consiguientes repercusiones para el comprador, circunstancia que al ser valorada a la luz del artículo 1.124 del Código civil, determina que al incumplir el actor el contrato, cuya resolución ahora pretende, le prive de la facultad que en los contratos de recíprocas prestaciones solamente corresponde al que cumple lo que le incumbe y sufre el incumplimiento de la otra parte.

NO DEBEN INTERPRETARSE LAS FACULTADES DE LOS ARBITROS DE MODO TAN RESTRICTIVO QUE SE COARTE SU MISION (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Si de conformidad con lo dispuesto en el número tercero del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los árbitros de equidad no pueden resolver puntos no sometidos a su decisión, pues entrañaría una limitación de los límites objetivos del compromiso, ello no quiere decir que estén obligados a interpretarlo tan restrictivamente que se coarte la misión que amigablemente se les confía.

No es dable a este Tribunal entrar a conocer del resultado de las pruebas en relación a si se ajusta o no a las mismas lo declarado por los árbitros.

NULIDAD DE UNA CLAUSULA DEL REGLAMENTO DEL SEGURO VOLUNTARIO DE AUTOMOVILES (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida considera nula la cláusula contenida en el artículo 23 del Reglamento del Seguro Voluntario de Automóviles, del siguiente tenor: «Sin previa autorización de la Mutualidad queda absolutamente prohibido al asociado o al causante del accidente realizar acto alguno que pueda prejuzgar la responsabilidad o interpretarse como un reconocimiento de la misma», pues es completamente contraria a los derechos inalienables de la personalidad; ilícita, como acertadamente la califica el Tribunal *a quo*, por desposeer al actor de toda facultad de disposición acerca de sus derechos personales, que le hace carezca de criterio propio para decidir acerca de las resoluciones judiciales que le afecten, y haya de quedar subordinado, en todo caso, a lo que sin su consentimiento y sin ni siquiera oír su opinión, unilateralmente decida la dirección letrada, que en cumplimiento de lo convenido le fue facilitada por la Mutua aseguradora, ya que si responsables son los intereses económicos de ésta, en modo alguno pueden subordinarse a ellos los personales del asegurado, que por afectar a su libertad y seguridad no pueden ser contradictorios por una unilateral decisión sin posible contradicción, obligándole a mantener a ultranza toda clase de recursos, sin que esto suponga que la Entidad aseguradora no pueda perseguir, en su caso, la connivencia fraudulenta del asegurado por los medios legales que tiene a su disposición.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

APARCERIA: RECONOCIDA LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE APARCERIA ENTRE LAS PARTES, NADA PRUEBA CONTRA ELLO QUE UNA DE LAS MISMAS LO CALIFIQUE POSTERIORMENTE COMO PRECARIO (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1974).

Solicita la resolución del contrato el propietario porque ha fallecido el aparcero, sin que su esposa e hijos cultiven las tierras ni entreguen su parte al arrendador.

Tanto el Juzgado de Arenys de Mar como la Audiencia Territorial de Barcelona dieron la razón al demandante. El recurso de revisión, basado en que la posesión del ocupante era a título de precario y no de aparcería, por lo que había de regir el Código civil y no el Reglamento de Arrendamientos Rústicos, no prospera porque la existencia y efectividad del contrato de aparcería entre el demandante y su hijo están reconocidas en ambas instancias, habiendo un documento privado suscrito por las partes y por dos testigos, lo que se ha probado oportunamente, careciendo de relevancia la afirmación posterior del demandante de que era un precario, ya que los contratos son lo que la naturaleza de las estipulaciones revelan y no lo que las partes denominan, sucediendo así en el caso que nos ocupa, importando poco que una de ellas califique circunstancialmente como precario la relación jurídica creada entre las partes, ya que la verdad es que se trata de un contrato de aparcería.

DESAHUCIO: NO HAY PRORROGA PARA LAS APARCERIAS CONVERTIDAS EN ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1974).

Concluido el contrato de aparcería, a instancia del aparcerero, se transformó el mismo en arrendamiento por término de seis años, desde que se acabó la aparcería inicial. Al concluir el plazo, se niega la prórroga al arrendatario porque legalmente no le corresponde, por estar excluidas cuando la aparcería se convierte en arrendamiento por resolución judicial. El Juzgado de Jaén estimó la demanda y confirmó la sentencia la Audiencia Territorial de Granada.

Se desestima el recurso de revisión, rechazándose la incompetencia de jurisdicción alegada, ya que la cláusula de sumisión expresa, incluida en el contrato de aparcería, vale también para el arrendamiento establecido por conversión, ya que no existe novación extintiva, sino una continuación en la explotación, de una parte de finca, teniendo su razón de ser el arrendamiento en la aparcería, de la que procede. Tampoco se puede admitir el error de hecho en la apreciación de las pruebas documentales, ya que el contenido de éstas son meras liquidaciones de recibo de cantidades, que no prueban la existencia de la continuación del contrato de aparcería, que terminó al finalizar la campaña 1965-66, fecha en que empezó el arrendamiento, que terminó al acabar la 1971-72.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO: NO SE PRUEBA EL CARACTER DE LAS MEJORAS REALIZADAS NI LA FECHA DE LAS MISMAS (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1974).

Se notifica a la arrendataria la decisión de dar por extinguido el arrendamiento, comprometiéndose el propietario a permanecer en el cultivo de la finca durante seis años, por lo que se demanda a aquél para que la desaloje. El Juzgado de Guía de Gran Canaria estimó la demanda y la Audiencia Territorial confirmó esta sentencia.

El recurso de revisión no tiene éxito. No puede admitirse la reclamación de gastos, porque a pesar de que el artículo 453 del Código civil sea aplicable a todos los supuestos de posesión, hubiera sido preciso que en el pleito se hubiese alegado el carácter de necesarios o útiles y el aumento de valor que por ellos haya adquirido la finca, ya que ni siquiera se han enumerado por el demandado en su contestación y ha de tenerse en cuenta que el Reglamento de Arrendamientos Rústicos tiene un capítulo

dedicado a las reparaciones y mejoras, por lo que a sus disposiciones se debe estar con preferencia, y en ellas se dice que ni el arrendador ni el arrendatario pueden realizar mejoras útiles y las de adorno serán de cuenta de quien las ejecuta, sin derecho a indemnización alguna. Faltan las circunstancias para determinar el carácter de las mejoras y la fecha de su realización, así como su carácter, no estando tampoco claro que se arrendase un baldío para su transformación en tierra cultivable, pues ya llevaba muchos años arrendada en el año 1926 al otorgar el documento privado de arrendamiento, en el que se dice que tal porción «es» para tal cultivo, en lugar de expresar que «serán destinados» o «se dedicarán» a los cultivos expresados, como dice el demandado en su contestación.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO SE PUEDE OBLIGAR AL ARRENDADOR A CERCAR LA FINCA CUANDO EL ARRENDATARIO, GANADERO DE RESES BRAVAS, NO HA ESTABLECIDO EXPRESAMENTE ESTA OBLIGACION EN EL CONTRATO (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1974).

El arrendatario no tomó posesión de la finca arrendada por estimar que el arrendador no había dejado libre el predio ni lo había cercado debidamente, lo que acredita por acta notarial, en la que da por rescindido el contrato. El propietario pidió indemnización de daños y perjuicios por la negativa del arrendatario a hacerse cargo de la finca, demandando en este sentido a aquél, quien reconvenió, a su vez, pidiendo también indemnización de daños. El Juzgado de Olivenza estimó la demanda y desestimó la reconvenición, condenando al demandado a indemnizar al propietario, sentencia que la Audiencia de Cáceres confirmó íntegramente.

Tampoco triunfó el recurso de revisión. A juicio del recurrente, la obligación de cercar la finca correspondía al arrendador, conforme al artículo 19 del Reglamento, a cuyo tenor las obras indispensables para mantener el uso que se viene dando a la finca en la forma que se arrendó son de cuenta del propietario, pero en realidad en el documento privado de arrendamiento no se hace referencia al cierre o cercado que en el ánimo del arrendatario, ganadero de reses bravas, debió ser circunstancia no fácil de olvidar, omisión explicable por la cláusula 2.ª del contrato, en que se faculta al arrendatario para realizar por su cuenta las mejoras precisas. Como no se ha probado que el arrendador quisiera obligarse en otros términos de los consignados en el documento privado, ha de entenderse que la sentencia no ha infringido el artículo 19 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos.

DESAHUCIO: SE HAN CUMPLIDO CON EXCESO TODOS LOS PLAZOS MINIMOS DE DURACION DEL ARRENDAMIENTO, POR LO QUE PUEDE EL PROPIETARIO RECUPERAR LAS FINCAS PARA SU CULTIVO DIRECTO (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Transcurrido el plazo contractual y otros seis años más, que se podían considerar como prórroga del mismo, y teniendo en cuenta asimismo que el arrendatario se había jubilado y era su hijo quien llevaba la explotación de la finca, se solicita la resolución del contrato, por tener intención el propietario de asumir dicha explotación directamente. Tanto el Juzgado número 3 como la Audiencia de Burgos dieron la razón al demandante.

No prospera el recurso de revisión. Los plazos mínimos de duración de los arrendamientos rústicos han sido cumplidos con exceso, sin que se

pueda acudir a las normas del Código civil sobre tácita reconducción, por lo que, transcurrido el tiempo legal y no cumplida por el arrendatario la entrega requerida por el arrendador de las fincas, se hace en la sentencia recurrida correcta aplicación de los preceptos que se alegan como infringidos. Tampoco puede admitirse el error en la apreciación de la prueba documental, ya que no se indica el documento del que se deduzca una mutación de la realidad ni se acredita la infracción de preceptos o normas de obligada aplicación al caso de autos, ya que la extensión de las fincas se determina por la detallada relación que de ellas se hace en la demanda y podrá en todo caso concretarse en ejecución de sentencia.

DESAHUCIO: NO SE PRUEBA EL ERROR EN LA FIJACION DE LA DURACION DE LA PRORROGA DEL PRIMITIVO CONTRATO (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1974).

El contrato tenía un plazo que finalizó el 1 de octubre de 1968. Vendida la finca, se suscribió un documento entre comprador y arrendatario por el que convinieron que el arrendatario abandonaría la finca el 29 de septiembre de 1972. No habiendo entregado la finca en esta fecha el arrendatario, se le demandó ante el Juzgado de Peñarroya Pueblonuevo, solicitando la resolución del arrendamiento. Este Juzgado desestimó totalmente la demanda, pero la Audiencia de Sevilla revocó la anterior sentencia y decretó el desahucio del colono.

No ha lugar a la revisión, porque cuando el juzgador ha fijado ya los hechos y trata de interpretarlos, serán de aplicación los artículos 1.281 y 1.285 del Código civil, que tienen la entidad suficiente para dar lugar a la revisión, pero el recurrente no ha acudido a esta vía procesal. La sentencia recurrida dice que la prórroga legal debía terminar en 1974, pero este plazo ha sido reducido por un contrato de transacción de 1971, en virtud del cual las partes fijaron el 29 de septiembre de 1972 como fin de esta prórroga, sin que se haya podido probar el error de hecho en la determinación de esta fecha. Se podía haber aportado una prueba testifical cualificada como era la del Abogado que redactó el documento, pero no ha sido citado, de lo que se deduce que las partes novaron tácitamente el contrato arrendaticio al ser distinto el plazo fijado del de prórroga legal, siendo de aplicación el artículo 1.204 del Código civil para el caso de que la novación no sea expresa.

RETRACTO ARRENDATICIO: REUNIENDO LAS DEMANDADAS TODOS LOS REQUISITOS Y EFECTUADO DENTRO DE PLAZO LEGAL, HA DE ADMITIRSE EL RETRACTO (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1974).

Las arrendatarias pretenden el ejercicio del retracto frente al comprador de la finca arrendada, pero éste niega el carácter de arrendatarias de las mismas. El Juez de Orgaz estima la demanda y la confirma la Audiencia de Madrid.

El recurso de revisión no tiene éxito. La sentencia recurrida ha interpretado conjuntamente todas las pruebas y de ellas se desprende el carácter de arrendatarias de las retrayentes. Las mismas debían ejercitar el derecho de retracto dentro de los tres meses a contar de la notificación del comprador, y aunque ésta consta como realizada el 20 de septiembre de 1972, las arrendatarias no tuvieron conocimiento de la venta de las fincas anteriormente y se había efectuado el 14 de julio del mismo año. El

contrato de arrendamiento estaba vigente cuando se enajenó la finca, recibiendo las rentas de la campaña 1970-71 con posterioridad a la venta de aquella.

DESAHUCIO: NO PROCEDE LA PRORROGA LEGAL POR TRATARSE DE UN APROVECHAMIENTO GANADERO Y NO HABER ACCEDIDO EL PROPIETARIO A LA PRETENSION DE PRORROGA DEL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1974).

Arrendada una finca para aprovechamiento ganadero, por un plazo de seis años, a partir de 30 de septiembre de 1966, no tenía derecho a prórroga según la ley, pero la pretende el arrendatario, oponiéndose el propietario. El Juzgado número 2 de Jerez de la Frontera y la Audiencia de Sevilla estimaron la demanda, dando lugar al desahucio.

No prosperó el recurso de revisión, ya que las cuestiones relativas a una pretendida prórroga del contrato de arrendamiento como a un convenio para la venta de la finca al arrendatario fueron rechazadas por ser manifestaciones de la parte recurrente, contradichas por la recurrida, siendo meras conversaciones preliminares que no plasmaron en relación contractual firme y definitiva, no teniendo fuerza vinculante; no se acredita la entrega de una parte del supuesto precio de venta, ya que desde el primer momento se rechazó el ofrecimiento, según se probó en la primera instancia.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

TRASPASO ILEGAL: NOTIFICADO EL TRASPASO A LOS DIEZ DIAS DE VERIFICADO, NO SE HA EFECTUADO CONFORME A LA LEY (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1975).

Se notificó el traspaso de un local a los diez días de su realización y el propietario dio por resuelto el contrato por haberle notificado fuera de plazo, demandando al arrendatario. El Juzgado número 23 de Barcelona estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la sentencia anterior.

Triunfa el recurso de injusticia. Se ha probado que la notificación se realizó a los diez días de verificado el traspaso. Al requerir al Notario para que notifique el traspaso al administrador de la finca, no queda liberado respecto a terceros de las consecuencias de que dicha notificación no se verificase conforme a lo previsto en la ley, no constando los motivos que dieron lugar a que la misma se verificase fuera de plazo, y, por tanto, no se sabe si pudieron atribuirse a sucesos imprevistos o que, previstos, fueran inevitables, por lo que al no entenderlo así la Sala y liberar de responsabilidad a los demandados incurrió en la aplicación indebida del artículo 1.105 del Código civil, así como en la violación del artículo 32 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como se denuncia en el motivo correspondiente, debiendo anularse la sentencia recurrida.

OBRAS INCONSENTIDAS: LA AMPLIACION DEL WATER DE UN LOCAL NO ALTERA LA CONFIGURACION DEL INMUEBLE (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1975).

En el contrato se autorizaron obras para acomodar el local al negocio que se estableciese, conforme al destino pactado. El dueño observó que, meses después de la apertura del local sin haberle comunicado nada, se habían realizado nuevas obras, ampliando el *water* al doble y cambiando la puerta del mismo, modificando a su juicio la configuración del local, por lo que demandó la resolución del contrato. El Juzgado número 2 de Vigo estimó la demanda y la Audiencia de La Coruña revocó esta sentencia.

No prospera el recurso de injusticia por defectos formales, sin que se haya propuesto prueba alguna de los hechos alegados por el actor en su demanda. En la sentencia recurrida se decía que la doctrina jurisprudencial considera que el cambio o modificación de un *water* en un local no implica alteración de la configuración del mismo, entendiéndose que la ampliación del aseo entra dentro del concepto de modificación admitido por la jurisprudencia.

OBRAS INCONSENTIDAS: LA APERTURA DE UNA VENTANA Y DE UN HUECO EN UNA PARED SUPONE ALTERACION DE LA CONFIGURACION DE LA FINCA (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1975).

El propietario se había reservado el patio interior de la finca, pero el arrendatario abrió dos huecos en la pared que lindaba con dicho patio. Entonces el propietario construyó una habitación adosada a la pared, con lo cual cerró los huecos, abriéndolos violentamente de nuevo el arrendatario. En la demanda se solicita la resolución del contrato por parte de la propiedad, declarándose en rebeldía el demandado, que se personó en el período probatorio. El Juzgado número 3 de Málaga estimó la demanda, la que confirmó la Audiencia de Granada en apelación.

El Tribunal Supremo mantiene la misma solución. Las obras alteran notablemente la configuración del local, sin que se autorizase su realización por cláusula alguna en el contrato, resultando que se ha abierto una ventana y un hueco para extracción del aire, cambiando el aspecto físico del local al romper la pared que lo limitaba y aislaba, convirtiendo en espacio abierto lo que antes estaba cerrado, lo que evita que se pueda dar a las obras el carácter de interiores, únicas autorizadas en el contrato, de forma expresa.

DENEGACION DE PRORROGA: NO SE PRUEBA LA CONVERSION DE LA PRORROGA LEGAL EN VOLUNTARIA, POR LO QUE SE ESTIMA EL CIERRE DEL LOCAL COMO CAUSA DE DENEGACION DE LA PRORROGA (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1975).

El local arrendado, dedicado a fábrica de chocolates, cesó totalmente en su actividad, como se demostró con varias actas notariales y con el no consumo de agua y de electricidad durante un período superior a seis meses consecutivos. Se entabló la demanda por el Síndico de la quiebra del arrendador, que solicitó la resolución del contrato. El Juzgado número 1 de La Coruña y la Audiencia Territorial admitieron la demanda.

No triunfa el recurso de injusticia porque no se ha probado la existencia del préstamo solicitado por el arrendador en carta dirigida al arren-

datario en 3 de enero de 1972, ofreciendo garantizarlo con el pago de la renta del bajo que le tenía alquilado correspondiente a los años 1972, 1973 y primer mes de 1974, por lo que no puede estimarse la novación modificativa que se alega, que convertiría la prórroga legal de que gozaba el recurrente en una prórroga voluntaria durante el plazo a que alcanzaba el pago de las rentas que garantizaban el préstamo.

**RESOLUCION DEL CONTRATO: NO CONSTA QUE EL ARRENDADOR
CONSINTIESE EL SUBARRIENDO DEL LOCAL EXPRESAMENTE
(SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1975).**

La sociedad colectiva, arrendataria del local, se extinguió por el transcurso del plazo de treinta años que se fijó para su duración. Un año después se otorgó otra escritura en la que se procedió a dar nuevo nacimiento y estado legal a la compañía, con lo que se produjo un traspaso incontestado, habiendo fallecido además los dos socios iniciales. Como dicha entidad había subarrendado parte del local, se demanda conjuntamente a la entidad y al subarrendatario para que se resuelva el contrato. El subarrendatario formuló reconvencción, alegando una cláusula adicional del contrato de arriendo, por la que el actor, al conceder permiso para subarrendar, autorizaba al subarrendatario a optar por quedarse con la totalidad del local en el caso de que el arrendatario desocupase el local en la parte que él tenía. El demandante negó tal opción al contestar a la reconvencción. El Juzgado número 8 de Barcelona y la Audiencia de la misma ciudad estimaron la demanda y desestimaron la reconvencción.

No ha lugar al recurso ante el Supremo interpuesto por el subarrendatario. Está claro que la entidad arrendataria no se obligó a aquello que convinieron con el administrador del propietario en la cláusula adicional del contrato que se declara resuelto, y siendo la interpretación dada por el Tribunal *a quo* racional, no procede la casación ni el recurso de injusticia. Por otra parte, el subarriendo tenía una duración de cinco años, por lo que debía considerarse caducado sobradamente, de conformidad con la cláusula 8.ª del contrato de subarriendo.

**OBRAS NECESARIAS: HA DE ADMITIRSE LA EXCEPCION DE LITIS
PENDENCIA CUANDO EXISTE AL MISMO TIEMPO UN PROCEDIMIEN-
TO CONTENCIOSO SOBRE DECLARACION DE RUINA DE LA
FINCA (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1975).**

En la casa había dos arrendatarios que demandaron la realización de obras necesarias para la consolidación del edificio. La propietaria, simultáneamente, había incoado un procedimiento para la declaración de ruina de la finca. El Juzgado de Alcázar de San Juan absolvió de la demanda a la propietaria, pero la Audiencia de Albacete revocó la sentencia anterior.

Tuvo éxito el recurso de injusticia. La causa resolutoria 10 del artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos está condicionada por el requisito previo de la declaración firme administrativa, y al iniciarse el expediente contradictorio se pone en ejercicio la acción resolutoria de la ley arrendaticia; si no se diera la excepción de *litis pendencia* se dividiría la continencia de la causa y podrían producirse sentencias contradictorias de imposible ejecución simultánea. Se accionó el expediente de ruina ante el Ayuntamiento y, denegada la pretensión en 21 de mayo de 1973 y ratificada la denegación en agosto, se interpuso la acción de los arrendatarios en

julio, sin esperar a los dos meses para entablar la arrendadora el recurso contencioso-administrativo, como lo hizo en octubre del mismo año. Al no admitir la excepción de *litis pendencia* la sentencia recurrida, infringe el artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que ha de confirmarse la validez de la sentencia del Tribunal *a quo*, con nulidad de la recurrida.

C. R. R.

V. SUCESIONES

NULIDAD DE TESTAMENTO.—DOLO.—INDIGNIDAD SUCESORIA.—Artículo 673 del Código civil (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1977).

La violencia, la captación de voluntad, el dolo y el fraude son problemas de hecho, de apreciación del Tribunal *a quo*.

Hechos.—Don V. M. C., de regionalidad catalana y desahogada posición económica, falleció en estado de viudo de doña M. A. U., de cuyo matrimonio tuvo cinco hijos, doña E. y doña M. M. A.—actoras, apelantes y recurridas—, y doña E. S., don J. M. y don V. M. A., este último premuerto a su padre, dejando de su matrimonio tres hijos, don V., doña M. y doña N. M. LL., todos ellos demandados, apelantes y recurrentes.

Dicho causante don V. M. C. había otorgado dos testamentos notariales, en el primero de los cuales instituía sustancialmente herederos a sus cinco hijos por partes iguales, sustituidos por sus descendientes, y en el último, con fecha 20 de diciembre de 1963, instituyó heredero universal a su hijo V. M. A.—que luego le premurió—; sustituido por sus descendientes, legó a sus otros cuatro hijos su legítima, haciendo constar que ya la tenían percibida, y reconoce que su hija E. S., que vivía con él, había firmado como libradora letras de cambio aceptadas por el testador, por exigirlo así el Banco, y si alguna vez se las exigían—su pago—a su hija, tal pago habría de correr a cargo de sus herederos (*sic*).

El testador había sufrido en 1966 una operación por rotura de fémur, debilitándose sus facultades mentales por arteriosclerosis, por lo que fue declarado incapacitado en diciembre de 1970. El hijo mayor, don V. M. A., con el producto de los bienes de su padre, atendía a sus necesidades, hasta que, debilitadas las facultades mentales de éste, se negó a atenderle, según las demandantes, quienes añaden que desde el fallecimiento de su dicho hermano, ni la viuda ni los hijos de éste prestaron al causante el más mínimo cuidado ni dieron cuenta ni justificación de la administración de los bienes.

De modo que el hermano mayor de las actoras, don V. M. A., había desempeñado la administración de los negocios de su padre, sobre quien ejercía gran influencia, al extremo de que el último testamento paterno, que ellas impugnan, fue otorgado bajo los vicios de dolo e intimidación causados por su dicho hermano, quien, además, empleando los mismos procedimientos de presión y engaño hizo otorgar a su padre una escritura de venta a su favor del mobiliario existente en las viviendas por precio muy inferior al real, otra de venta de la misma casa con una hipoteca de 10 millones de pesetas para la cancelación de los avales de un negocio paterno por un precio de 21.026.747,50 pesetas, otra de traspaso a su favor de una propiedad funeraria sin precio, así como realizó otras muchas operaciones con precios simulados unos, otros inferiores al real, determinadas por la misma

intimidación y dolo empleados por su hijo, quien nunca rindió cuentas como tal administrador.

Por todo ello, las actoras suplicaron en su demanda se declarase nulo e ineficaz el último testamento notarial otorgado por su padre, así como cualesquiera otros actos que pudieran tener su causa en el mismo, en particular las transmisiones e inscripciones registrales relativas a los negocios antes indicados, que se declarase la indignidad sucesoria del hijo don V. M. A. y en consecuencia, que los hijos de éste, nietos del testador, sólo tienen derecho a la legítima en la herencia de su abuelo, la cual debe deferirse (*sic*) conforme a las reglas de la sucesión intestada (no obstante existir otro testamento anterior, por lo que las actoras entenderían que el testamento posterior ineficaz conservaba, sin embargo, su virtualidad revocatoria del precedente); y subsidiariamente formularon otros pedimentos.

Los nietos del causante, hijos de don V. M. A., contestaron a la demanda defendiendo, como es natural, la memoria de su padre, cuya actuación, dicen, fue totalmente desinteresada, dirigida a hacer frente a las obligaciones contraídas por su padre en una serie de negocios desgraciados ante la total pasividad de sus hermanos, teniendo que poner su dicho padre su propia fortuna a disposición de su abuelo, actuando aquél como valedor y fiador de éste.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona dictó sentencia declarando: Primero. Que es nulo e ineficaz el testamento abierto otorgado por don V. M. C. el día 20 de diciembre de 1963, así como cualesquiera actos que puedan traer su causa de dicho testamento, inclusive las transmisiones e inscripciones registrales que respecto a fincas propias del causante puedan paralizar o haberse realizado en los Registros de la Propiedad correspondiente. Segundo. Que la sucesión de don V. M. C. debe diferirse de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada. Tercero. Que el hijo premuerto, don V. M. A., era incapaz para suceder a su padre don V. M. C. por causa de indignidad, y por consecuencia de ello, sus hijos doña M., don V. y doña N. M. LL. deben concurrir a la herencia en calidad de herederos de su padre, percibiendo la porción legítimaria que pudo corresponder a éste en la herencia de don V. M. C., de quien se declaran herederos abintestatos a sus hijos don J. M., doña E., doña M. y doña ES. M. A., condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y además a don J. M. y a doña ES. M. A. a que en unión de las actoras, y previos los reintegros procedentes, realicen en ejecución de sentencia, si no lo hubieren hecho ya de común acuerdo, las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, formación de lotes o hijuelas, partición y definitiva adjudicación de la herencia relicta de don V. M. C. Cuarto. Que son colacionables, a efectos del cálculo de la partición hereditaria en la herencia de los descendientes de don V. M. C., cualesquiera otras donaciones efectuadas por don V. M. C. a favor de su dicho hijo V., y, en consecuencia, deben reintegrar los demandados doña M., don V., doña N. M. LL. y doña M. LL. V. todos los bienes donados, o bien su valor o subrogaciones en el caso de que hubieren sido enajenados, con más sus frutos y adhesiones, o en otro caso los intereses legales desde la fecha de la donación. Quinto. Que don V. M. A. administró los bienes del causante don V. M. C. desde el 10 de octubre de 1962, siguiendo dicha administración a partir de la fecha del fallecimiento del primero por su esposa doña M. LL. V. y sus hijos, debiendo sus herederos demandados y la referida demandada señora LL. V. rendir cuentas de tal administración, reintegrando a la masa hereditaria todos los bienes y documentos relacionados con ella y en su caso el saldo resultante de la misma, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados por dolo o culpa, debiendo incluir en el activo del causante los ocho millones de pesetas, porque fueron enajenados mediante escritura de 10 de octubre de 1966, a favor de la Sociedad Balnearia M., S. A., las fincas de la barriada de Horta de Barcelona. Sexto. Que es nula la venta de la finca

sita en esta ciudad, avenida del Generalísimo ..., otorgada por el causante a favor de su hijo don V. M. A., y nula la posterior transmisión de dicha finca por el comprador a sus herederos y causahabientes, procediendo la cancelación de las inscripciones registrales originadas por la expresada venta y por la transmisión sucesoria, debiendo doña M., don V., doña N. M. LL. y doña M. LL. V. reintegrar a la herencia la expresada finca, con las adhesiones y frutos percibidos o podidos percibir. Séptimo. Que es nula la dación en pago del mobiliario, cuadros, lámparas, objetos de adorno y demás enseres de ajuar doméstico existentes en los pisos principal y primero-primería de la casa de la avenida del Generalísimo ..., siendo asimismo nula la posterior transmisión de dichos bienes por don V. M. A. a sus herederos y causahabientes, condenando a doña M., don V. y doña N. M. LL. y a doña M. LL. V. a reintegrar a la herencia de don V. M. C. los referidos bienes o el producto de la enajenación o en su caso sus subrogados. Octavo. Que son nulas e ineficaces las transmisiones de propiedades funerarias realizadas por el causante a favor de don V. M. A. y nula asimismo la posterior transmisión hereditaria de tales propiedades producidas por el fallecimiento de éste, y en consecuencia doña M., don V. y doña N. M. LL. y doña M. LL. V. deben reintegrar a la herencia de don V. M. C. las expresadas propiedades funerarias. Noveno. Que debo condenar y condeno a los demandados en el presente procedimiento a estar y pasar por las anteriores declaraciones y condenas. Décimo. Que debo absolver y absuelvo del resto de las peticiones formuladas en la demanda a las que no se ha dado lugar en los anteriores pronunciamientos a todos los demandados y a aquellos que no les afectan las declaraciones y condenas anteriormente referidas. Sin costas.

Apelada esta sentencia por los demandados, adhiriéndose las actoras, la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia confirmando en parte lo apelado y declarando: Primero. Que es nulo e ineficaz el testamento abierto otorgado por don V. M. C. el día 20 de diciembre de 1963, así como cualesquiera actos que puedan traer su causa de dicho testamento, y en particular las transmisiones e inscripciones registrales que respecto a las fincas propiedad del causante puedan realizarse o haberse realizado en el Registro de la Propiedad correspondiente. Segundo. Que la sucesión de don V. M. C. debe diferirse de acuerdo con el anterior testamento válido del causante, otorgado ante el Notario don ..., por ser éste el único y válido testamento otorgado por el mismo, debiendo en ejecución de sentencia todos los demandados, menos el señor S., en unión de las actoras, previos los reintegros procedentes de todos ellos, así como de los bienes colacionables, efectuar las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, formación de lotes o hijuelas, partición y definitiva adjudicación de la herencia relicta de don V. M. C., salvo si se pusieran de acuerdo los herederos para efectuarlo particularmente. Tercero. Que son colacionables a efectos de constituir el caudal hereditario y su consiguiente partición todas las donaciones efectuadas por don V. M. C. a favor de su hijo V., que le premurió; en su consecuencia, deben reintegrar los demandados doña M., don V. y doña N. M. LL. todos los bienes donados o bien su valor o subrogaciones, o en otro caso los intereses legales, desde la fecha de la donación. Cuarto. Que don V. M. A. administró los bienes del causante don V. M. C. desde el 10 de octubre de 1962, siguiendo dicha administración, a partir del fallecimiento del primero, por su esposa doña M. LL. V. y sus hijos, debiendo los mismos, como herederos demandados y la también señora LL., reintegrar a la masa hereditaria todos los bienes y documentos relacionados con ella, y en su caso el saldo resultante de la misma, en cuya rendición de cuentas deberán incluirse las cantidades que se acredite que como tal administrador aparezcan percibidas por don V. M., como consecuencia de la enajenación de fincas de la barriada de Horta a favor de la Sociedad Balneario M., S. A., se efectuó por el causante en escrito de 10 de

octubre de 1966. Quinto. Que es nula la venta de la finca sita en Barcelona, avenida Generalísimo ..., otorgada por el causante a favor de su hijo don V. M. A., y nula la posterior transmisión de dicha finca por el comprador a sus herederos y causahabientes, procediendo a la cancelación de las inscripciones registrales exigidas por la expresada venta y por la transmisión sucesoria, debiendo doña M., don V. y doña N. M. LL. y doña M. LL. V. reintegrar a la herencia la expresada finca con las acciones y frutos percibidos o podido percibir, sin perjuicio que a su vez ostenten como créditos contra la herencia las cantidades que por intereses de la hipoteca abonaron desde 1 de julio de 1966 hasta el 1 de abril de 1974, cantidad que se concreta en el oficio de la Caja de Pensiones para la Vejez y el Ahorro de fecha 6 de julio de 1959 de los autos. Sexto. Que es nula la dación en pago del mobiliario, cuadros, lámparas, objetos de adorno y demás enseres del ajuar doméstico existentes en los pisos de la casa de la avenida del Generalísimo ... de Barcelona, y asimismo nula la posterior transmisión de dichos bienes por don V. M. A. a sus herederos y causahabientes, condenando a doña M., don V. y doña N. M. LL. y a doña M. LL. V. a reintegrar a la herencia del causante los referidos bienes o el producto de su enajenación, o en su caso sus subrogados, si no acreditara su enajenación por los mismos. Séptimo. Que es nula e ineficaz la transmisión de la propiedad funeraria realizada por el causante a favor de don V. M. A. por ser la misma no sólo propiedad de dicho causante, sino también de su esposa doña M. A. U., y en consecuencia asimismo anula la posterior transmisión hereditaria de tal propiedad al fallecimiento de don V. M. A. a favor de sus herederos, y en consecuencia deben los mismos reintegrar a la herencia del causante la expresada propiedad funeraria. Octavo. Que como consecuencia de todo ello debemos condenar y condenamos a los demandados en este procedimiento a estar y pasar por las procedentes declaraciones y condenas, y que no dando lugar en parte a la demanda, debemos absolver y absolvemos a los repetidos demandados de las peticiones formuladas en la demanda a las que no se ha dado lugar en los anteriores pronunciamientos y totalmente a aquellos que no les afecten las mismos, todo ello sin hacer especial pronunciamiento y respecto al pago de las costas causadas en esta apelación.

Los demandados interponen recurso de casación por infracción de ley basándose en los siguientes motivos:

Primero. Se denuncia infracción de ley, con violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incongruencia de la sentencia recurrida con las pretensiones deducidas por los litigantes en lo referente a la apertura de la sucesión abintestato del causante y el pronunciamiento, en cambio, sin petición de parte, de la validez y vigencia de un testamento de aquél de fecha anterior a la de la disposición *mortis causa*, cuya anulación fue solicitada por la demanda. Los principios tan reiteradamente consagrados por la jurisprudencia han sido evidentemente infringidos por la sentencia recurrida, que tras declarar nulo e ineficaz el testamento de don V. M. C., otorgado el 20 de diciembre de 1963, de acuerdo con lo pedido por la demanda, en lugar de declarar asimismo, como también solicitan las actrices, que la herencia de su padre sea deferida de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada, declara en el pronunciamiento segundo de su fallo: «Que la sucesión de don V. M. C. debe deferirse de acuerdo con el anterior testamento válido del causante, otorgado ante el Notario don ... en 23 de junio de 1961, por ser éste el último y válido testamento otorgado por el mismo. Ni demandantes ni demandados pidieron semejante pronunciamiento. Los actores, a pesar de las diversas peticiones que subsidiariamente formulan, en ninguna de ellas alegan la validez y vigencia del testamento que la sentencia recurrida declara válido, y los demandados se limitan a pedir se desestimen las peticiones de la demanda, lisa y llanamente. Es obvio que la Sala *a quo* venía constreñida a resolver únicamente

sobre la validez o no del testamento otorgado el 20 de diciembre de 1963 por don V. M. C., y si procedía o no, en caso de nulidad de aquél, abrir la sucesión intestada. Cualquier otro pronunciamiento excede el poder de la Sala juzgadora y mucho más declarar la validez de otro testamento que no se ha alegado ni discutido en los autos.

Segundo. Error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación de los artículos 1.218, 1.225, 1.228 y 1.233 del Código civil. Se ampara este motivo en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como con toda exactitud precisa la sentencia recurrida, la cuestión principal que se debate en el proceso se refiere a la supuesta nulidad del testamento abierto otorgado por don V. M. C. el 4 de noviembre de 1971. Las apreciaciones de la sentencia recurrida, que al aceptar los considerandos segundo a sexto de la primera instancia, sostiene que el resto de las pruebas obrantes en el proceso han sido examinadas con arreglo a las normas de la sana crítica inciden en patentes vicios de valoración probatoria. La Sala *a quo* sólo ha extraído de los documentos que obran en los autos los extremos perjudiciales, pero no los favorables, conclusión a que conduce la lectura de estos documentos. Y no otorga valor alguno escudándose en la estereotipada apreciación con arreglo a la «sana crítica» todos los restantes documentos que contradicen abiertamente las conclusiones obtenidas por la sentencia *a quo*. Y así el documento suscrito por el matrimonio M. A. el 23 de junio de 1958, cuando no existen sospechas de la aparición de la senilidad del señor M., revela la clara intención de los cónyuges de favorecer a su hijo don V. M. A. en relación con los pisos del edificio de la avenida del Generalísimo ... de la ciudad de Barcelona, documento que por estar reconocido por las partes hace prueba de su fecha y de su contenido en contra de los que lo firmaron y sus causahabientes por ministerio de lo dispuesto en los artículos 1.225 y 1.218 del Código civil, que al ser desconocidos resultan violados. En igual infracción incide la sentencia recurrida al desconocer el documento autógrafo de don V. M. C., fechado en Barcelona el día 13 de noviembre de 1963, que constituye un importante antecedente de las escrituras públicas de 14 de enero de 1964 y 23 de octubre de 1965, en cuyo documento el causante exterioriza el agradecimiento que guarda a su hijo don V. M. A., agradecimiento que reitera en los documentos, también autógrafos, que obran en los autos, relativos a la donación de las insignias de la Orden de la República. Idéntica conclusión, con las mismas infracciones denunciadas de los preceptos antes citados, ha de obtenerse del examen de los documentos que acreditan sobradamente la conducta seguida por don V. M. A. de hacer frente, aunque por cuenta de su padre—deudor directo—, de las obligaciones contraídas por éste, por consecuencia de la gestión económica de la sociedad E., que desembocó en la suspensión de pagos. Y tal conducta resplandece a través del contenido de un documento tan elocuente suscrito el día 12 de marzo de 1968 entre don H. P. L. y la sociedad R., S. A., de una parte, y don V. M. A., de otra, por el cual este último asumió el pago de una deuda de 950.000 pesetas contraída por E., S. A., y de la que era responsable don V. M. C. Este documento, como el antecedente del mismo, han sido desconocidos, en cuanto a su valor probatorio, por la sentencia recurrida, que precisamente por ese desconocimiento ha podido establecer la engañosa conclusión de que don V. M. A. hizo vacilar el ánimo de su padre, haciéndole ver que podía ir a la cárcel como consecuencia de aquella suspensión de pago. Y en orden a este extremo también es interesante denunciar otro nuevo desconocimiento del valor probatorio del documento, en la que el Banco de Bilbao, en Barcelona, a través de su Asesoría hace notar que una letra de cambio de 88.037 pesetas está tachada de falsedad, la Sala puede obtener las conclusiones procedentes sobre la supuesta captación de la voluntad del finado señor M. C. Comete también yerro de valoración probatoria la sentencia recurrida cuando afirma que la larga tradición testamentaria de

don V. M. C. acredita su voluntad de favorecer por igual a todos sus hijos, pues basta el simple examen de los testamentos otorgados por éste, pues acreditan la violación del artículo 1.218 del Código civil, singularmente la de su párrafo segundo, la lectura de los testamentos otorgados por dicho causante a partir del 13 de enero de 1943—folios 1.156 a 1.177—, en todos los cuales el testamento, en mayor o menor medida, ha favorecido a su hijo don V., dejándole más porción hereditaria que al resto de sus hermanos. La conclusión de que don V. fue el administrador de los bienes de su padre está obtenida por la sentencia recurrida, con evidente violación de la prueba documental y de las posiciones de doña M., denunciándose en este motivo la violación del canon probatorio de los artículos 1.218 y 1.225 por lo que respecta a los documentos privados y el 1.223 del Código civil por lo que hace referencia a la prueba de confesión.

Tercero. Infracción de ley por violación del artículo 1.253 del Código civil, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida estableció una serie de afirmaciones a las que otorga la categoría de hechos base, para deducir de ellos el hecho-consecuencia, a saber: que la voluntad de don V. fue inducida por dolo por su hijo para que instituyera a éste por heredero universal de sus bienes. Si se considera que don V. M. A. desde la fecha de su lejano nombramiento de Agente de Bolsa de Barcelona, y que ésta es una de las profesiones mejor remuneradas, se impone su rechazo, pues de tal circunstancia no se puede deducir la captación de la voluntad de su padre, que experimentó una descapitalización de su patrimonio que supuso la de suspensión de pagos de E. La sentencia recurrida, para destruir la presunción de capacidad que deriva de la fe notarial contenida en el testamento, acude a simples conjeturas o suposiciones, lo que no constituye camino adecuado para utilizar la prueba de presunciones, que exige unos hechos ciertos e incontrovertibles que conduzcan, siguiendo las reglas del criterio humano, al descubrimiento del hecho-consecuencia. Si el hecho-consecuencia que pretende obtener la Sala sentenciadora es la existencia de una supuesta captación engañosa de la voluntad del testador por parte de su hijo y heredero, tal existencia de dolo causal no es posible descubrirla y menos declararla a través de las conjeturas que establece la Sala, que de esta suerte comete una clara violación del artículo 1.253 del Código civil.

Cuarto. Infracción de ley y de doctrina legal por aplicación indebida del artículo 673 del Código civil, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En materia testamentaria, los vicios de la voluntad se rigen por los preceptos que imperan para los contratos, tomando el consentimiento como sinónimo de voluntad, cuya libertad puede ser anulada cuando se dan los supuestos de los artículos 1.265 a 1.270 del Código civil. Cita las Sentencias de 10 de marzo de 1910 y 30 de marzo de 1971. La jurisprudencia, cuando se trata de anular disposiciones testamentarias, no da cabida a más vicios que los taxativamente enumerados en el artículo 673 del Código civil: violencia, dolo o fraude. Cita las Sentencias de 23 de marzo de 1957, 30 de abril de 1920, 8 de mayo de 1922, 7 de diciembre de 1927, 10 de abril de 1944 y 4 y 29 de diciembre de 1927. La sentencia recurrida apunta una sutil diferencia entre los conceptos de fraude y dolo como fundamento de su pronunciamiento de captación de la voluntad del testador. Sin embargo, la doctrina científica se muestra constante en considerar la extrema dificultad que existe para separar conceptualmente el dolo y el fraude, pues el propio artículo citado parece englobarlos con la conjunción copulativa dolo o fraude y la jurisprudencia llega a formar con ambos conceptos uno solo. Cita las Sentencias de 25 de octubre de 1928 y 19 de enero de 1928. Después de otorgado su testamento, el testador, según dicen los propios demandantes, vivió durante más de cinco años con una hermana del supuesto captador de la voluntad de don V., y que incluso este supuesto captador murió un año y cuatro meses antes que

el susodicho testador. No pudo haber subsistido esa voluntad, supuestamente viciada, desde diciembre de 1963 hasta noviembre de 1971, en que murió el testador sin que éste la hubiera cambiado si fuera verdad ese infame comportamiento y abandono del padre por el hijo desde varios años antes de su fallecimiento, tanto más cuanto don V. tenía una verdadera manía testamentaria, y las mismas actoras mencionan más de quince disposiciones de tal índole antes del testamento cuya validez se impugna. El dolo no se presume según las Sentencias de 30 de noviembre de 1896, 21 de diciembre de 1906, 25 de mayo de 1921, 24 de marzo de 1930, 22 de marzo de 1941 y 31 de marzo de 1942. Rigen positivamente dos presunciones que favorecen la validez del acto testamentario: la validez del testamento proclamada en las Sentencias de 19 de enero de 1928, 27 de 1930 y 23 de marzo de 1944 y 16 de febrero de 1945, que es la otra presunción positiva que emana de la fe notarial. Tratar de contraponer a las presunciones de la ley otras libremente configuradas tiene que ser rechazado, a menos de que su evidencia sea de tal modo fehaciente que tenga fuerza y eficacia bastante para destruir aquélla.

Quinto. Se ampara en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación de los artículos 1.218, 1.225 y 1.233 del Código civil. La sentencia recurrida se enfrenta con otros planteamientos que la conducen a pronunciar sendas declaraciones de nulidad de negocios jurídicos *inter vivos* celebrados por el testador con su hijo, y para llegar a estas conclusiones utiliza indebidamente sus potestades de apreciación probatoria. La apreciación de los hechos realizada por la Sala revela claras infracciones del canon probatorio que debió ser aplicado a la prueba documental obrante en autos, que, reconocidos por las partes, tienen el mismo valor que la escritura pública entre los firmantes y sus causahabientes, y hacen prueba contra ellos, no sólo de su fecha, sino de las declaraciones contenidas en los mismos por ministerio de lo dispuesto en los artículos 1.218 y 1.225 del Código civil. Si tales documentos reflejan la entrega por parte del hijo a su padre de importantes cantidades, por cuantía superior a 1.280.135 pesetas, que es la que el deudor reconoce debe a su acreedor el 14 de enero de 1964; si entre aquellos documentos el autógrafo del padre califica de préstamo la entrega dineraria que en él se consigna y no hay en los autos prueba de que tales créditos fueran cancelados por el receptor, la única que se ofrece es el reconocimiento de la existencia de un saldo dicho día por expresa manifestación del acreedor; por tanto, no podía la Sala, sin infringir los artículos citados, afirmar que no se ha practicado prueba alguna a demostrar la existencia de tal deuda. Y la misma conclusión ha de ser predicada respecto a la otra manifestación en cuanto al contenido de la posición absuelta por doña M., pues de la contestación no es posible obtener la conclusión—sin infringir el canon probatorio de tan repetidos artículos—de que la confesante reconoció que su marido don V. M. A. era el administrador de los bienes de su padre, ya que la absolvente lo que hace es negar la posición. Y la misma conclusión negativa se obtiene al examinar la prueba testifical. En idéntica infracción incurre la sentencia cuando desconoce la existencia y no otorga valor a los documentos obrantes en autos.

Sexto. Infracción de ley por violación del artículo 1.253 del Código civil, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No sólo se han establecido como error los hechos que sirven de punto de partida, sino que aun en el supuesto de que no hubiera existido tal error de apreciación, quiebra el juicio lógico que impone la aplicación del artículo citado. Interpreta este artículo las Sentencias de 24 de marzo de 1956, 28 de febrero de 1973, 4 de junio de 1947, 10 de junio de 1911 y 8 de mayo de 1956. Ni la circunstancia de que el padre hubiera sido movido por impulsos de afecto paternal hacia su hijo, ni la falta de prueba de la

existencia de la deuda, ni la reserva mantenida en la publicación de los efectos del contrato, ni la moderación valorativa de los bienes adjudicados, ni siquiera la circunstancia de que la hija permaneciera viviendo en el piso después de acaecida la muerte de su padre conducen a través de un juicio lógico a obtener la consecuencia de que el contrato de adjudicación en pago fue radicalmente nulo por falta de consentimiento de los contratantes, ya que tales premisas carecen de fuerza que vincula el criterio humano menos riguroso a descubrir, después de su planteamiento, el hecho de que la voluntad de los contratantes fue simulada, y, a mayor abundamiento, existió una captación engañosa de la voluntad del transmitente, porque todo ello no se desprende de tales afirmaciones de la sentencia y pugnan abiertamente con el juicio de capacidad emitido por el Notario autorizante de la escritura. Y nada se diga de la falta de aceptación del donatario, porque la escritura contiene una estipulación en la que el adquirente manifiesta terminantemente su voluntad de aceptar la transmisión de los bienes muebles, para cuya aceptación no se requiere escritura pública. Abstracción hecha de los errores de apreciación probatoria, la aceptación de tales premisas no se desprende con arreglo a las reglas del raciocinio, la conclusión de que un contrato de compraventa celebrado en las circunstancias que establece la sentencia tenga que ser radicalmente nulo. Ninguna prohibición legal existe para que los padres puedan vender a sus hijos y viceversa. La compraventa no presupone que el vendedor tenga necesidad de vender, pues estos contratos onerosos están presididos por la conveniencia de las partes. Ni las personas de edad avanzada son, por este solo hecho, incapaces de regir su persona y bienes. La sentencia afirma que la compraventa se realizó poco antes que comenzaran los efectos de la enfermedad que determinó la esclerosis cerebral del señor M., lo cual significa que antes de su aparición su capacidad era plena, y así lo declaró el Notario. El hecho de que el vendedor, por pacto con el comprador, o simplemente por tolerancia de éste, siga disfrutando de la posesión de la finca vendida—máxime tratándose de un padre de edad avanzada que había habitado gran parte de su existencia en la finca transmitida—pueda tener otra interpretación que la que exterioriza unas relaciones afectivas entre el padre y el hijo. La circunstancia de que el precio fuera moderado, y no lo fue, y la de que no se practicara prueba sobre el destino ulterior del precio y su movilización patrimonial, puedan conducir, empleando las reglas del raciocinio, a la conclusión de que el contrato sea nulo, por captación engañosa de la voluntad del vendedor y falta de *animus accipiendi* en el comprador, cuando el Notario da fe de la completa capacidad de ambos contratantes.

Séptimo. Infracción de ley por violación de los artículos 1.281, párrafo 1.º, 1.263, números 1.º y 3.º, y 1.274 del Código civil, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La nulidad radical de los negocios jurídicos y, por ende, de los contratos se produce por la falta de concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 1.261 del Código civil. La sentencia sostiene que la voluntad fue captada, es decir, inducida a realizar la transmisión del inmueble por el comprador, pero no la justifica, y además demuestra que la voluntad de concertar el negocio jurídico existió entre los contratantes que comparecieron ante el Notario el 23 de octubre de 1965; el objeto del contrato fue este inmueble, y la causa onerosa radicó para el vendedor en la recepción del precio y para el comprador en la adquisición del inmueble. El precio de la venta está integrado por el talón del Banco de Bilbao por 11.026.647,50 pesetas y por la suma de 10.000.000 de pesetas que el comprador retuvo para pagar la hipoteca a favor de la Caja de Pensiones para la Vejez y Ahorro de Barcelona. La sentencia reconoce que las amortizaciones de la deuda hipotecaria han venido siendo realizadas por los recurrentes, y el cheque fue entrega-

do por el comprador al vendedor en el acto de otorgamiento de la escritura. Las vicisitudes posteriores del cobro del cheque no pueden afectar a la causa del contrato, como sostiene la sentencia. Y por lo que respecta a la escritura de adjudicación de bienes muebles en pago de deuda otorgada en 14 de enero de 1964, la sentencia desconoce los importantes antecedentes documentales obrantes en autos, así el contrato suscrito entre los esposos M.-A. y su hijo el 23 de junio de 1958, el documento autógrafo del señor M. C. suscrito el 13 de noviembre de 1963, así como el testamento abierto otorgado el 25 de agosto de 1943, porque en estos antecedentes se percibe claramente la voluntad del señor M. de transmitir a su hijo todo lo que se encontraba en los pisos principal primera y primero primera de la casa del Generalísimo en Barcelona.

Octavo. Infracción de ley por violación de los artículos 632, 633, 1.281 y 1.276 del Código civil, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el supuesto de la sentencia se estaría en presencia de los llamados contratos disimulados, que son válidos y eficaces por estar fundados en una causa verdadera y lícita, causa que se descubre al separar el velo de la ficción. Se estaría en presencia de un acto de enajenación a título gratuito, porque si don V. M. no quiso vender a su hijo ni quiso comprar el inmueble del Generalísimo, lo que nadie pone en duda es que el primero quiso transmitir al segundo el pleno dominio de esa finca, imponiéndole la obligación de levantar la carga hipotecaria que sobre él pesaba. Según esta tesis de la sentencia, lo que sí parece perfilarse es la exigencia de una donación, dado el parentesco existente entre los contratantes. Pero niega su existencia, porque, según afirma, no aparece notarialmente acreditada la aceptación del donatario. Si esta donación existe no se puede declarar la nulidad radical de la escritura, y tal declaración de la sentencia infringe, por violación, el artículo 1.276 del Código civil. La Sala *a quo* debió utilizar las normas que proporciona el párrafo primero del artículo 1.281 del Código civil, y aplicándolas al contrato contenido en la escritura pública de 23 de octubre de 1965 hubiera debido obtener las conclusiones: a) que la donación se otorgó en escritura pública. b) Que en esta escritura el adquirente de la finca señor M. A. exteriorizó su voluntad de adquirir el inmueble, consintió en la tradición o entrega del mismo y expresó que aprobaba la escritura, lo que equivale a la plena aceptación del supuesto donatario, y así debió entenderlo la Sala, que no utilizó las normas de interpretación del artículo 1.281 del Código civil, violándolo, e infringe así mismo, por este concepto el artículo 633 del propio Cuerpo legal. Idénticas infracciones comete la sentencia la enfrentarse con la escritura de adjudicación de bienes muebles en pago de deuda de 14 de enero de 1964. Si se está ante un contrato encubierto de donación, según la sentencia, este segundo contrato es perfectamente válido y lícito y no es necesaria la escritura pública como preceptúa el artículo 682 del Código civil, que viene así a resultar infringido por violación, y la aceptación consta en la propia escritura, que debió ser rectamente interpretada por la Sala, ya que la cláusula tercera así lo puntualiza.

Noveno. Infracción de ley por violación de los artículos 1.214, 1.281, párrafo primero, y por aplicación indebida de los artículos 1.709, 1.720 y 1.722 del Código civil, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El hecho de que la administración del patrimonio del señor M. C. se llevara en el lugar donde vivía y en el que desenvolvía su actividad patrimonial no significa ni puede ser interpretado como la justificación de la existencia de un contrato de mandato, que necesita un encargo para prestar un servicio o hacer una cosa por cuenta de otra, efectuada en el supuesto de autos por el padre al hijo, pues incluso la existencia de poderes que hubieran podido ser otorgados por el mandante al mandatario, indispensables, por otra parte, dado el alcance de las consecuencias económicas que produjeron algunos negocios en que inter-

venía el señor M. C., conduce a obtener conclusión contraria. Y nada se dice del examen de los demás documentos obrantes en autos, como la justificación de un dinero que el hijo entregó a tercera persona, un contrato de préstamo otorgado por el hijo al padre el 26 de noviembre de 1962, otro suscrito el 11 de julio de 1964, en el que el hijo asume por su padre el pago de una deuda. Todos estos documentales debieron ser interpretados rectamente, en cuanto recogen figuras contractuales con arreglo a las normas del artículo 1.281, párrafo primero, del Código civil, que así resulta violado. Todas esas infracciones revelan en la sentencia otro nuevo yerro *in judicando*, pues si no existió administración del patrimonio ajeno no se pueden utilizar los artículos 1.709 y 1.720 del Código civil. Ni menos resulta justificada la utilización del artículo 1.722, que se refiere al supuesto en que el mandatario nombra a un sustituto, supuesto en el cual el mandante tiene acción directa contra el sustituto, para que éste le rinda cuenta de su gestión.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara que no ha lugar el recurso, según las siguientes consideraciones:

Considerando que el motivo primero que denuncia incongruencia de la sentencia recurrida con las pretensiones deducidas por los litigantes, en lo referente a la apertura de la sucesión abintestato del causante, y el pronunciamiento, en cambio, sin petición de parte, de la validez y vigencia de un testamento de aquél, de fecha anterior a la de la disposición *mortis causa*, cuya anulación fue solicitada por la demanda, no puede prevalecer, porque reconocido por el propio recurrente, que al hacerlo así, la Sala *a quo* ha fallado *ultra petita partium*, no ha podido ampararse en el número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que debió serlo en el número tercero, que contempla el caso en que el fallo otorgue más de lo pedido, aparte de que, según reiterada jurisprudencia, no existe dicho vicio cuando en el fallo se respete «el título o causa de pedir», que es la nulidad del último testamento del causante, limitándose el fallo a establecer cuál es la consecuencia legal de la declaración solicitada y obtenida previamente, sin que el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según reiterada doctrina legal, exija que los pronunciamientos se ajusten literal y rigurosamente a las peticiones de las partes, bastando resolver éstas sustancialmente, con tal que queden claramente definidos los derechos controvertidos para evitar nuevas contiendas sobre los mismos puntos litigiosos.

Considerando que el motivo segundo denuncia error de Derecho en la apreciación de la prueba con violación de los artículos 1.218, 1.225, 1.228 y 1.233 del Código civil, que tampoco puede prosperar, pues acreditada en la instancia por la prueba efectuada, que la Sala aprecia en su conjunto (considerando segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la sentencia del Juzgado y segundo de la Audiencia) la sugestión y captación de la voluntad del testador por parte del heredero don V. M. A., según reiterada jurisprudencia, la apreciación conjunta de la prueba hecha por la Sala de Instancia no puede ser combatida en casación mediante la apreciación aislada de alguno de sus elementos, y mucho más si el recurrente acepta en su provecho lo que entiendo beneficiarle y rechaza lo que le perjudica.

Considerando que el motivo tercero ataca el proceso presuntivo que la Sala aprecia conjuntamente con las otras pruebas, documental, testifical y de confesión en juicio, amparándole en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando la violación del artículo 1.253 del Código sustantivo, que no puede gozar de mejor fortuna porque ataca los hechos base de la presunción, lo que requeriría el cauce del número séptimo del citado precepto procesal y la cita del artículo 1.249

del Código civil, sin que en ningún momento demuestre el recurrente que la deducción obtenida por la Sala de instancia carezca del «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», y lo que hace es sustituir con su propio y parcial criterio el objetivo de la Sala, teniendo declarado este Tribunal que el error en la apreciación de la prueba de presunciones no es posible estimarlo si el recurrente no demuestra que es absurda por contraria a las reglas de la lógica, la operación efectuada por el Juzgador de instancia para formularla, aunque pudiera quedar alguna duda acerca de su absoluta exactitud.

Considerando que en cuanto al motivo cuarto denuncia la aplicación indebida del artículo 673 del Código civil, ignorando que el acto de disposición de los bienes para después de la muerte, al igual que los demás negocios jurídicos, puede ser impugnado por engaño doloso, según resulta del explícito precepto contenido en el citado artículo, en relación con la doctrina que sobre el precepto y requisitos del dolo establecen los artículos 1.269 y 1.270, y que la violencia, el dolo y el fraude utilizados para costreñir a una persona a exteriorizar su testamento o para impedir su revocación son problemas de hecho y, como tales, de la prudente apreciación del Tribunal *a quo*, que de existir impiden los efectos jurídicos del acto (Sentencias de 24 de febrero de 1961, 1 de junio de 1962 y 9 de mayo de 1964), lo que hace decaer el motivo examinado.

Considerando que el motivo quinto acusa error de Derecho en la apreciación de la prueba con violación de los artículos 1.218, 1.225 y 1.233 del Código civil, sobre la cesión de bienes muebles y colección artística en pago de deudas, que la sentencia recurrida estima nula, desconociendo la apreciación conjunta realizada de las pruebas documental, testifical, de confesión y de presunciones, que no puede ser descompuesta a voluntad del recurrente, concediendo a alguno de sus elementos un valor preponderante con detrimento de los demás, por lo que tampoco puede prevalecer.

Considerando que el motivo sexto señala la violación del artículo 1.253 del Código civil, sin que se demuestre que la conclusión de la Sala de Instancia sobre declaración de nulidad de la dación en pago y de la compraventa de la finca, aunque solamente hubiera sido obtenida por la prueba de presunciones, sea absurda o inverosímil, por lo que ha de mantenerse.

Considerando que el motivo séptimo, en íntima conexión con los dos motivos precedentes denuncia la violación de los artículos 1.281, párrafo primero, 1.263, números primero y tercero, y 1.274 del Código civil, debiendo seguir la misma suerte que los anteriores, pues no sólo prescinde de la primera fase del proceso hermenéutico, sin tener en cuenta que la interpretación del contenido clausular de los negocios jurídicos es privativa del Tribunal de Instancia, y debe, por ende, ser respetada en casación mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado con exégesis atentatorias a la letra y espíritu del mismo, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, haciendo supuesto de la cuestión.

Considerando que el motivo octavo, sobre los actos gratuitos disimulados, constituye una cuestión nueva, no invocable en casación.

Considerando que, finalmente, el motivo noveno, relativo a la declaración de que la administración de los bienes del padre fue llevada por el hijo V. M. A. y después por los herederos de éste, utiliza un cauce inadecuado para impugnar la prueba testifical y defender la de la confesión en juicio, al ampararlo en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciar, por lo que ha de decaer también y, por consiguiente, el recurso en su totalidad.

COMENTARIO.—Se abordan en esta sentencia dos cuestiones fundamentales que han sido resueltas de manera diversa por el Juzgado y por la Audiencia: una, la de si la sucesión del causante ha de regularse por el anterior testamento válido, una vez declarada la nulidad del último o posterior por dolo o, por el contrario, ha de abrirse la sucesión interesada; otra, la de si la anulación de un testamento por vicio de dolo, equivalente a «engaño doloso», según el Tribunal Supremo, produce inexorable y fatalmente la incapacidad por indignidad sucesoria del heredero causante del dolo, con la consecuencia de que, caso de premorir el testador, sus descendientes sólo tendrán derecho a su legítima.

Partiendo de la existencia, que se da como probado, que el hijo mejorado notablemente en el último testamento de su padre actuó dolosamente para mover la voluntad de éste a su favor, en lo que coinciden las sentencias del Juzgado, de la Audiencia y del Tribunal Supremo, mientras el Juzgado estima debe abrirse la sucesión intestada y que los descendientes de dicho hijo, premuerto a su padre, nietos del causante, sólo ostentarán derechos legitimarios en la herencia de su abuelo, la Audiencia entiende que la sucesión se rige por el anterior testamento válido, en orden cronológico, del causante, conforme al cual recibirán los nietos de éste, hijos de quien empleó el dolo, la participación que les corresponda. Lo que confirma el Tribunal Supremo.

Hay que admitir que ambas cuestiones no están del todo claras. En principio y teóricamente caben tres soluciones: 1.ª Que en todo caso el testamento posterior, con simple apariencia formal de tal, revoca al anterior. 2.ª Que para tener virtualidad revocatoria, el testamento posterior debe ser válido y eficaz, esto es, reunir todos los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley. 3.ª Que basta con que el testamento revocatorio reúna sólo los requisitos formales determinantes de su posible nulidad, esto es, las solemnidades esenciales del acto, conservando su energía revocatoria, aunque después se declare ineficaz por otras causas (vicios internos, incapacidad o indignidad de los sucesores, indeterminación de éstos, falta de cumplimiento de formalidades complementarias, tales como adveración o protocolización). El tema ha sido muy bien estudiado por PASTOR RIDRUEJO («La revocación del testamento». Edit. Nauta, Barcelona, 1964, pp. 92 a 122), quien en el punto concreto objeto de este pleito, esto es, si la indignidad del heredero que empleó el dolo impide que el testamento pueda considerarse «perfecto», como exige el artículo 739 del Código civil, y, por tanto, no podrá revocar al anterior, con la consecuencia de que la sucesión se deferirá conforme a éste, o si por el contrario, la indignidad sucesoria del causante del dolo, como una manifestación del género más amplio de incapacidad, no sería obstáculo para que el testamento posterior viciado por esta causa revoque al anterior, se muestra partidario de la no revocación. Se trata, en suma, de la interpretación de los artículos 740, 756, número sexto, y 763, el último de los cuales resuelve, a mi juicio, cualquier posible duda que pudieran suscitar los otros dos. En efecto si el testamento otorgado con dolo es nulo (artículo 673) y lo que es nulo no puede producir efecto alguno, según reiteradísima jurisprudencia y doctrina unánime, ¿cómo va a producir el efecto de revocar el testamento anterior? Esta consecuencia, del todo lógica y ajustada a la equidad, había sido ya declarada terminantemente por la Sentencia de 24 de mayo de 1954. Supuesto que no hay revocación, tampoco procede, claro está, la apertura de la sucesión intestada cuando el testamento anterior ordena toda la sucesión del causante.

En cuanto a la segunda cuestión, parece claro que los nietos del testador, cuyo padre incurre en causa de indignidad en la herencia del abuelo, por haber empleado dolo, sólo tendrán derecho a su legítima (artículo 761 del Código civil, artículo 255 de la Compilación de Cataluña). Pero adviér-

tase que el precepto tiene su campo de aplicación cuando el hijo que empleó el dolo en la herencia de su padre, esto es, el heredero indigno, *sobrevive* al testador, ya que de otro modo no tendría sentido que el párrafo segundo del propio artículo 761 le privase de la administración y del usufructo de los bienes que por esta causa hereden sus hijos, nietos del testador. Y en el caso de este litigio resulta precisamente que el hijo indigno premurió al testador, por lo que el criterio jurisprudencial de la Audiencia, que el Tribunal Supremo ratifica, es, desde luego, el procedente.

F. C. L.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

DESLINDE DE COSTAS. INFRACCIONES DE PROCEDIMIENTO. FUNDAMENTO Y CONSECUENCIAS DEL DESLINDE EN RELACION CON EL REGISTRO. CUESTIONES FACTICAS. LOS LINDEROS.

I. ANTECEDENTES

1. Por Orden del Ministerio de Obras Públicas de 18 de octubre de 1974 se aprueba el deslinde practicado de un tramo de costa del Ayuntamiento de Montroig, modificando otro anterior, pero de carácter provisional.

2. Interpuesto recurso de reposición por un colindante titular registral, se desestima por Resolución de 8 de enero de 1976.

3. Contra dicha resolución se interpone recurso contencioso-administrativo, que se resuelve por la Sala Tercera en Sentencia de 25 de abril de 1977, no acogiendo ni los vicios de procedimiento alegados ni la cuestión de fondo relativa al deslinde efectuado.

II. LA SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1977

Esta sentencia, de que fue ponente el excelentísimo señor don Jaime Rodríguez Hermida, apunta interesantes problemas en sus considerandos, de entre los cuales resaltan las siguientes afirmaciones:

«Que la Sala ha de examinar las supuestas infracciones procedimentales..., pues siendo éste de orden público, el enjuiciamiento del mismo... precede al resto de las cuestiones que el examen de que se trate pudiera ofrecer..., bien entendido que no toda infracción formal genera el drástico efecto de la nulidad de actuaciones, ya que tal nulidad formal queda reducida no sólo a una interpretación restrictiva, sino a los exclusivos supuestos de que el trámite o trámites incumplidos sean esenciales o consustanciales con el fin perseguido por el acto de que se trate y, en especial, a que en todo caso se cause la indefensión del administrado, bastando el análisis de las tres supuestas hipótesis, que como vicios de procedimiento se alegan, para constatar que ninguna de ellas puede ni debe ubicarse en el espíritu y letra de la referida nulidad de actuaciones, habida cuenta que, por lo que se refiere a la no citación de la aquí colindante para asistir

al deslinde que nos ocupa, aun dando por cierta tal afirmación, lo que hubiese podido conceptuarse como tal infracción, la misma quedó subsanada con la audiencia reiterada con posterioridad a dicha colindante en cuanto no sólo formuló alegaciones, sino que, incluso, aportó la prueba que creyó oportuna, instando, contra la primera de las resoluciones impugnadas, el correspondiente recurso de reposición e, incluso, el jurisdiccional que nos ocupa, intervención, actuaciones y trámites que suplen aquella omisión de manera palmaria y que evitan cualquier atisbo de indefensión en dicha colindante, como así parece colegirlo la misma en los fundamentos jurídicos materiales del escrito rector de este proceso y en el de conclusiones, debiendo decirse lo mismo sobre la otra de las infracciones procedimentales anunciadas, la de no haber recibido la Administración el deslinde a prueba, pues tal recibimiento nunca es preceptivo, y si tan importante era para la recurrente, la misma debió interponer los recursos pertinentes, lo que no efectuó, pues ni siquiera interesó en esta vía el recibimiento a prueba del recurso que nos ocupa, no pudiéndose acoger, por último, la que se dice existir por la falta de motivación de las resoluciones recurridas, pues basta el simple análisis de las mismas para deducirse la fundamentación de su adopción, al considerar la Comisión correspondiente que en el lugar de autos estaba embalsada el agua del mar, lo que de por sí justificaba la adopción de las resoluciones controvertidas, pues el hecho de que tal motivación sea necesaria no requiere que sea exhaustiva y total, bastando con que sea suficiente, inteligible y racional, lo que aquí sucede.

Considerando que, centrada la temática de fondo de este proceso y abiertas de par en par las compuertas de admisibilidad de este recurso jurisdiccional, la Sala ha de adentrarse en el estudio del deslinde efectuado y, en consecuencia, en lo que constituye el fondo del asunto, el cual ha sido correctamente apreciado por las resoluciones que nos ocupan, pues dejando aparte el que la delimitación de la zona marítimo-terrestre es una facultad concedida explícitamente a la Administración por el artículo 1.º de la Ley de Puertos (N. Dicc. 25889) e igual número de su Reglamento (N. Dicc. 25892), sin que sea dable el considerarle de carácter discrecional, lo cierto es que si en el supuesto de autos se varió la línea que unía los hitos 72 y 73, no lo fue de una manera caprichosa y arbitraria, sino que, por el contrario, dejando aparte el que la primitiva fijación de hitos no fue definitiva, sino sujeta a comprobación por parte de la Administración, ésta constató, "previo reconocimiento del terreno", que el agua embalsada en la zona era agua de mar, realidad que, unida a la configuración del terreno, hicieron que la Administración cambiara la ubicación de aquellos hitos, sustituyendo la primitiva línea recta entre ambos por la poligonal que se reseña en el plano correspondiente, comprensivo o que encierra una "cala", sin olvidarse de que, tal como aparece en el expediente, los terrenos litigiosos son "arenales" y que se describen como confinantes con el mar, confinamiento que exige y requiere el respeto y existencia de un dominio público y, como tal, no sólo imprescriptible, sino reivindicable por la Administración, lo que, claro está, no excluye el posible litigio sobre dichos terrenos acerca de su propiedad ante la jurisdicción ordinaria, por lo que a la demanialidad, a los efectos que nos ocupan, no le importan los llamados "enclaves" de fincas en apariencia particular e inscritos, pues aun estando protegidos por el artículo 34 de la L. H. (R. 1946, 342, 886

y N. Dicc. 18732), el registro sólo protege los derechos publicados por dicho Instituto, no a las situaciones de hecho o más datos, como son los linderos, realidad reiterada por este Tribunal en múltiples y constantes sentencias que, por el número y reiteración, huelgan de todo comentario, de ahí la corrección con que obró la Administración al modificar la provisional fijación de hitos en el primitivo deslinde, no debiendo olvidarse que a "ese reconocimiento del terreno" no sólo asistieron los representantes de los Ministerios de Hacienda, Patrimonio del Estado y Obras Públicas, sino el alcalde de Montroig—que debe ser bien conocedor del terreno—, sino los representantes y familiares de la aquí recurrente, sin que ni unos ni otros alegaran nada en contrario de tal variación, al menos de una manera indubitada, porque sólo se limitaron a presentar sendas actas notariales sobre la distancia del terreno a la playa y la que dicen varios testigos sobre la no llegada del mar del terreno litigioso y, en especial, un informe de un geólogo, rendido a su instancia, que no excluye de manera total el que el agua embalsada en la finca de la recurrente no sea del mar, pues nos habla de su salinidad, aunque dice que si fuera del mar, el índice de la misma sería mayor, de ahí que tal herramental probatorio no puede enervar lo comprobado por la Administración, sobre todo, cuando, a la vista de lo actuado, la parte actora pudo y debió probar en esta vía tan capital punto, articulando los medios probatorios que creyera oportunos, lo que ni siquiera propuso, pues no postuló ninguna.»

II. COMENTARIO AL FONDO DEL ASUNTO: EL DESLINDE ADMINISTRATIVO

1. *La facultad de deslindar*

La facultad concedida a los particulares de deslindar las propiedades particulares (arts. 384-387 del Código civil, 2.061-2.070 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) tiene su traslación al ámbito de las propiedades administrativas en la LPE, artículo 13, párrafo I (32 RPE). «La Administración podrá reslindar los inmuebles patrimoniales...»

Los particulares pueden utilizar los siguientes medios: el convenio, la jurisdicción voluntaria o la jurisdicción contenciosa, según los supuestos.

El medio de la Administración es el «procedimiento administrativo». La peculiaridad está en su carácter unilateral, por cuanto, aunque debe oírse a los interesados, la Resolución Administrativa puede ir en contra de lo que los particulares han dicho y la Administración ha oído.

El fundamento de Derecho positivo, que la LPE, en general, supone, se ha justificado a su vez como una manifestación de la Autotutela Administrativa (o mejor, una traducción de la Autotutela, en general, a las cosas públicas).

Sin entrar en el problema de la naturaleza de la declaración que el deslinde implica (esto es, si lo es acerca de la propiedad, como sostiene MENDOZA OLINÁN o RIVERO) (1), baste subrayar que el deslinde en cuanto declaración se relaciona con la Autotutela declarativa y, por otro lado, que normalmente es un paso previo a la recuperación posesoria de oficio, sin perjuicio de recuperaciones autónomas que tendrían por base un acto administrativo distinto del deslinde propiamente dicho, pero también delimitador del objeto a recuperar (2).

(1) MENDOZA: *El deslinde de los bienes de la Administración* Madrid, 1968, fundamentalmente págs. 143 y sigs. RIVERO: *El deslinde administrativo*. Sevilla, 1967, fundamentalmente págs. 165 y sigs.

(2) Debe destacarse la peculiar posición de MENDOZA en *El deslinde* (págs. 249 y sigs.), que considera también deslinde el que no lo es propiamente.

2. *La facultad de deslindar costas*

La facultad de deslindar la Administración las costas viene reconocida en el D. Positivo, por un lado, y, en general, en cuanto que las costas sean demaniales en la LPE, artículo 17, que dice que:

«La Administración podrá aplicar las normas precedentes para el deslinde de bienes de dominio público» (art. 47 del RPE).

Y, por otro lado, específicamente en los artículos 1.º y 2.º del Reglamento de 19 de enero de 1928 de Puertos en relación con los artículos 2.º y 1.º de la Ley de 1 de enero de 1928 (con los precedentes del artículo 296 de la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1966 y los artículos 2.º de la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880 y 1.º de su Reglamento de 11 de junio de 1912) y hay además en base al artículo 6.º de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969.

El fundamento de la facultad de deslindar el demanio (aparte que se considere el demanio como propiedad) unilateralmente está claramente en la Autotutela Administrativa. En efecto, cuando se trata de inmuebles patrimoniales la justificación se hace atendiendo a datos exclusivamente determinados por la titularidad (3), pero cuando se trata de inmuebles directa y exclusivamente afectos al interés público las especiales prerrogativas que se atribuyen a la titularidad pública están más claramente fundamentadas, por cuanto la naturaleza de la relación jurídico-real justifica dicha preeminencia, al igual que en las distinciones entre actos y contratos de la Administración y actos y contratos administrativos (4).

En materia de zona marítimo-terrestre, el Tribunal Supremo ha recogido las anteriores ideas, considerando la Sentencia de 14 de julio de 1959, que: «no se trata más que de aplicar concretamente la posibilidad del ejercicio de la acción de oficio en la práctica del deslinde del dominio público, según sostiene la doctrina administrativista.» Y la de 6 de diciembre de 1974, que el deslinde es una manifestación de la Autotutela, como antes había precisado la Sentencia de 10 de febrero de 1972.

Por otro lado, cabe destacar la mayor importancia de deslindar los bienes demaniales por naturaleza en relación con los otros, sean patrimoniales o demaniales por afectación especial. En efecto, al venir determinada la naturaleza pública del bien por circunstancias geofísicas previstas en la ley y no existir acto administrativo de identificación y afección, carecen los bienes de la mínima determinación objetiva que exige el ejercicio de las facultades que su titularidad implica, y a su vez, al ser dichos criterios de identificación en algunas ocasiones de difícil apreciación la determinación de la cuantía de superficie incluida y, en definitiva, la línea divisoria implica especiales problemas. Según pone de manifiesto la Sentencia de 18 de junio de 1976, «resulta ineludible, dada la imprecisión de (la) línea o límite (de la zona marítimo-terrestre) que en la operación de deslinde... se adopten especialidades diligencias agrimensoras y cartográficas».

3. *El deslinde no es discrecional*

La sentencia comentada, después de aludir el fundamento positivo de la facultad de deslindar, añade que no es dable considerarla de carácter discrecional. Ello debe ponerse en relación con la razón de ser el

(3) Así, GARCÍA TREVILJANO, VILLAR Y ROMERO, CLAVERO ARÉVALO, GUAITA, etc. ...

(4) De aquí que se haya apuntado para justificar el deslinde en inmuebles patrimoniales «el grado de demanialidad» o la dinámica patrimonio-demanio.

deslinde en general (determinar las lindes entre distintas proyecciones de titularidad) y, en particular, en relación con las costas.

De las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (5) se desprenden las siguientes afirmaciones sobre el deslinde: *que* se refiere a la delimitación del área geográfica concreta y sobre esta base geográfica y física opera como elemento puramente delimitador de fronteras; *que* no resuelve más que un problema de límites o cuestión (material y física) para determinar la realidad física del terreno, *que* se circunscribe a determinar los límites (o confines); *que* lo único que hace es precisar los límites inciertos antes; *que* es el conjunto de operaciones que tienen por finalidad determinar los límites de los bienes de la Administración; *que* se limita a materializar la extensión de una propiedad administrativa por ser de dominio público; *que* su objeto o finalidad es el de materializar con carácter ejecutivo el dominio público, delimitando administrativamente la línea o líneas respectivas que separan y marcan la zona que física y necesariamente constituye la zona marítimo-terrestre.

De todo lo anterior se desprende que el deslinde se circunscribe a determinar *si se dan las circunstancias naturales previstas en la ley, son presupuesto determinante de la demanialidad.*

La fiscalización del deslinde afectará, por tanto, a dos puntos fundamentales de fondo: uno a si efectivamente se dan las circunstancias físicas en la realidad (problema fundamentalmente de prueba). Otro, la interpretación de lo que la ley entiende por dichas circunstancias.

Una Sentencia de 27 de abril de 1974 resume todas las anteriores ideas magistralmente, diciendo que:

«El deslinde no se traduce en un acto de delimitación producido de una libre apreciación de la Administración inmune a la revisión judicial, sino, cabalmente, de constatación de una realidad, y por esto es revisable en lo jurisdiccional para precisar en definitiva. Si el concepto de zona marítimo-terrestre utilizado por la Administración es el definido en los preceptos legales, y *si* partiendo de este concepto, los límites fijados son los que, realmente constatan el fenómeno natural definidor de la zona: aspecto del que el *primero* tiene un significado de interpretación jurídica, a fin de indagar qué es lo que la ley conceptúa como zona marítimo terrestre, y el *segundo* de constatación técnica, a los fines de materializar el contenido de aquel precepto legal.»

En la sentencia comentada se descarta un actuar discrecional de la Administración, por un lado, presuponiendo que la interpretación de la legislación es correcta y se ha tenido en cuenta (agua de mar, naturaleza de los terrenos y su configuración el que sean «arenales» y confinantes con el mar), y por otro, considerando que las actas notariales sobre distancia del terreno a la playa y declaraciones de testigos sobre la no llegada del mar a dichos terrenos, junto con el informe de que el agua siendo salina no es del mar, «no pueden enervar lo comprobado por la Administración, sobre todo cuando a la vista de lo actuado, la parte actora pudo y debió probar (al Tribunal) tan capital punto, articulando los medios probatorios que creyera oportunos, lo que ni siquiera propuso, pues no postuló ninguna.

(5) Sentencias de 15 de octubre de 1964; 27 de junio y 14 y 21 de octubre de 1966; 3, 22 y 30 de junio, 18 de mayo y 3 de julio de 1967; 20 de marzo, 6 de abril, 2 y 11 de noviembre de 1968; 23 de enero y 21 de julio de 1969; 16 de octubre de 1970; 26 de abril, 16 de marzo, 16 y 25 de noviembre y 21 de diciembre de 1972; 7, 8 y 28 de marzo, 30 de mayo, 30 de junio, 5 de julio, 15 y 24 de octubre y 28 de diciembre de 1973; 19 de enero, 25 de abril y 14 de junio de 1974; 13 de octubre y 18 de noviembre de 1976.

4. Los efectos del deslinde

Si según la ley, concurriendo determinadas circunstancias naturales, es decir, físicas y geográficas, una concreta porción de terreno es de dominio público, cabe plantear la efectividad que pueda tener el acto administrativo que establezca la existencia de dichas circunstancias.

Se trata de un problema relacionado con la naturaleza del deslinde, y en el cual, como antes dijimos, no vamos a entrar.

Lo que nos interesa son dos importantes consecuencias del deslinde en general, que se resumen en una: hacer concordar el deslinde con la realidad. Esta realidad es doble: la fáctica y la tabular o registral. La consecuencia del deslinde es, *por un lado*, posibilitar que la Administración que debe poseer posea, reintegrándose administrativamente la posesión del bien deslindado, y *por otro*, la inscribibilidad del deslinde en el Registro de la Propiedad.

En cuanto a la reintegración posesoria, ya se aludió antes su significación en relación con el deslinde, baste destacar que tratándose de bienes de dominio público el año no opera como límite (...).

Por lo referente a la inscripción del deslinde (art. 12 del R. H.; L. P. E. 16 y R. P. E. 46), tratándose de bienes demaniales no cabrá su inscripción (al menos según la doctrina mayoritaria). Todo el problema se resumirá a los efectos en cuanto a las fincas colindantes.

5. Los límites que implica la inscripción a nombre de particulares

Cuando la porción de terreno público está inscrito (total o parcialmente) a nombre de particulares, se plantea el problema de la subsistencia de las anteriores consideraciones. Podemos distinguir los siguientes supuestos: validez del deslinde, posibilidad de recuperación posesoria y posibilidad de rectificación del registro.

Por lo que se refiere al primer supuesto, puede plantearse en los siguientes términos: ¿Puede válidamente aprobarse un deslinde sin tener en cuenta las titularidades emanadas de las inscripciones y en contra de las mismas? Y la contestación puede darse afirmativamente en los supuestos que nos ocupan. Efectivamente, siendo el deslinde lo que hemos visto que era, y sin prejuzgar su carácter declarativo en la propiedad, debe admitirse la posibilidad de una determinación de situaciones y circunstancias fácticas al margen de los datos del Registro. Afirmación que no sería tan clara en los supuestos de bienes administrativos en función de datos ajenos a la naturaleza (6).

Ahora bien, admitida la validez del deslinde, se plantea el problema de su eficacia reintegradora y rectificadora del Registro.

En relación con la posibilidad de rectificarse el Registro, debe puntualizarse que, aun admitiendo la posibilidad de que sentencias de la jurisdicción contenciosa-administrativa, e incluso actos administrativos firmes, puedan tener dicha eficacia, los supuestos se centran en consecuencias registrales de supuestos administrativos. El hecho de que el deslinde sea válido y firme (e incluso sancionado como válido por el Tribunal Supremo) no quiere decir que implique rectificación de los asientos registrales. El problema del deslinde, en sus consecuencias, se refiere a la propiedad, y los problemas de propiedad son de la exclusiva competencia de la jurisdicción civil. El deslinde no implica problema alguno de titulación administrativa: cuando determina unas circunstancias natu-

(6) De aquí la fluctuación de la jurisprudencia en relación con los montes, por ejemplo, siendo clara en materia de costas hoy. Antes, sin embargo, en contra: las Sentencias de 10 de marzo de 1903, 13 de julio de 1907, 29 de febrero de 1908, 18 de febrero de 1936, 11 de mayo de 1950, 22 de noviembre de 1956, 30 de enero de 1958 y 24 de junio y 20 de noviembre de 1959.

rales, lo hace con carácter provisorio (incluso en la jurisdicción contencioso-administrativa), quedando todo pendiente del posible litigio ante la jurisdicción civil. Por todo ello, el deslinde contra el Registro, aun siendo válido, no podrá rectificar en ningún caso lo que sólo la jurisdicción ordinaria (en estos supuestos y hoy por hoy) puede rectificar.

En cuanto a la legitimación para una reintegración posesoria en contra del Registro, la respuesta también debe ser negativa: El que sea válido el deslinde no perjudica al titular registral; el reintegro, sí. Y la legitimación registral deberá prevalecer como límite genérico de las facultades de autotutela (...). El hecho de que el deslinde de montes sea la excepción cuando los montes están catalogados, no quiere prejuzgar una conclusión, disconforme con el ordenamiento en general, pudiendo oponerse interdictos y el artículo 41 de la L. H. a la Administración. El hecho de la inmunidad de la Administración a los interdictos tiene un límite en el Registro, que puede relacionarse con la vía de hecho. La disposición del artículo 44 R. P. E., 13, 2, L. P. E., sólo se refiere al período de deslinde, y no juzga posibles indemnizaciones.

El deslinde, por tanto, es válido, y sin que en abstracto deje de ser ejecutivo, su efectividad queda paralizada.

El problema ahora es justificar la oportunidad del deslinde si sus consecuencias normales no se van a producir. La respuesta está en ser presupuesto a la reivindicación por parte de la Administración. Así, por ejemplo, se considera en el artículo 6.º, número uno, de la vigente Ley de Costas.

Todo lo anterior se recoge en reiterada jurisprudencia (7), al afirmarse: *que* tales situaciones registrales sólo suponen, en vía administrativa, la existencia de un impedimento legal para que la Administración proceda a una reivindicación en tal vía y con tal carácter; *que* la Administración no debe realizar como consecuencia del deslinde acto alguno de naturaleza posesoria ni deberá otorgar concesiones sobre las fincas enclavadas dentro de la zona deslindada inscritas en el Registro de la Propiedad, en tanto que mediante resolución judicial firme no queden anuladas o canceladas las inscripciones registrales de las fincas de referencia; *que* se respetará, mientras que no obtenga la Administración sentencia favorable, el estado posesorio que los terrenos tengan en el momento del deslinde; *que* aun en el ejercicio de la facultad de deslinde que la compete puede encontrarse la Administración limitada por los efectos del principio de legitimación registral de que gozan los titulares inscritos en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.º y 38 de la L. H.; *que* la Administración, en estos casos no sólo no puede combatir por sí la titularidad de aquéllos, sino que incluso debe respetar el estado posesorio amparado por la inscripción registral, si bien tal situación no impide la práctica y aprobación del deslinde; *que* el deslinde es operación necesaria de delimitación del dominio público; *que* constituye un supuesto indispensable para poder partir de él para el ejercicio de las acciones reivindicatorias, anulatorias y demás que procedan ante los Tribunales ordinarios, que son los llamados a resolver; *que* la delimitación de la línea es necesaria y procedente, como constancia administrativa de la que se debe partir tanto por el Estado como por los particulares para el posible ejercicio de la reivindicación; *que* en los casos de inscripciones contrarias el único efecto del deslinde es fijar geográficamente la línea o supuesto indispensable para el posible ejercicio por el Estado de las acciones judiciales pertinentes.

Según se desprende de las anteriores afirmaciones de la jurisprudencia, por tanto, es claro que los deslindes aprobados en contra de los asientos registrales no pueden suponer perturbación posesoria de tipo alguno, en

(7) Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo: 22 de noviembre de 1956, 15 de octubre de 1964; 23 de abril, 23 de septiembre y 14 de noviembre de 1966, 18 de mayo y 3 de julio de 1967, 13 de mayo, 30 de octubre y 2 y 11 de noviembre de 1968; 2 de mayo de 1969; 8 de marzo, 30 de junio, 5 de julio y 24 de octubre de 1973; 25 y 27 de abril y 14 de junio de 1974.

tanto el Registro no sea modificado (modificación que sólo la jurisdicción civil es competente para realizar).

En las sentencias citadas se plantea otro importante problema, que es el de si en el acto de deslinde el respeto a la situación registral debe constatare, por cuanto en algunas resoluciones, la validez del acto e incluso de la limitación de efectos parece supeditarse a dicha declaración. Y se trata de un problema puesto de nuevo sobre el tapete en la Sentencia de 28 de junio de 1976, al sostener que este tipo de declaraciones son incompatibles con la naturaleza del deslinde.

Baste apuntar que estas declaraciones de respeto servirían de ámbito a la efectividad del acto administrativo, derivada del propio acto, con lo que se encontraría (a la hora de defenderse el particular frente a la actuación material de la Administración) un límite de fácil aplicación.

Por otro lado, si bien la fórmula de declaraciones de respeto pudiera considerarse incompatible con la naturaleza del deslinde, la fórmula de no prejuzgar ni titularidad ni posesión tendría perfecta cabida y las mismas consecuencias.

En definitiva, con o sin declaraciones de respeto, la Administración debe respetar la situación posesoria que el Registro legitima. Y es de gran importancia (independientemente que se deba considerar necesario) que en el mismo acto de deslinde se limiten sus consecuencias normales, es decir, cuando no hay inscripción en contra.

Dado, según vemos, que la Administración no puede acceder a los bienes deslindados, pero inscritos, por sí sola, será a ella a quien interese acabar con dicha situación y a quien corresponda el carácter de demandante en los juicios civiles subsiguientes.

Pero el anterior no es el caso de la sentencia que nos sirve de guía en la exposición. En la Sentencia de 25 de abril de 1977 se dice que las circunstancias geofísicas antes vistas dan lugar a una situación «que exige y requiere el respeto y existencia de un dominio público, y como tal, no sólo imprescriptible sino *reivindicable por la Administración*, lo que, claro está, no excluye el *posible litigio* sobre dichos terrenos acerca de su propiedad ante la jurisdicción ordinaria». Y al final de que todo es «sin perjuicio de los derechos de que se crea asistida *la parte actora* (titular registral) para acudir a la jurisdicción ordinaria».

El supuesto de la sentencia es el inverso, a pesar de existir la inscripción y el porqué está en la exclusión del artículo 34 de la L. H.

Caben contestarse dos cuestiones implícitas en la anterior afirmación:

- La de por qué excluir el artículo 34 de la L. H. y no el 38.
- Y la del porqué de la exclusión.

Por lo que se refiere a la alusión al artículo 34, se debe al artículo 6.º, 3, de la Ley de Costas, que dice:

«... La atribución de posesión, consecuencia del deslinde, no podrá realizarse respecto a las fincas o derechos amparados por el artículo 34 de la L. H., aunque sin perjuicio de la facultad de la Administración para ejercitar las acciones judiciales pertinentes.»

Se trata de un problema paralelo al del artículo 14, b), de la Ley de Montes y 111 de su Reglamento, que plantean el problema de que el deslinde pueda rectificar el registro en los casos de que no exista tercero hipotecario. Aquí no se trata de una rectificación del registro, sino de un problema posesorio y por disposición legal una cualificación en un ámbito concreto y determinado de las normas hipotecarias sobre legitimación. En este sentido es bien expresiva la Sentencia (como todas las ci-

tadas de la Sala Tercera) de 6 de diciembre de 1974, en la que se alude al obstáculo infranqueable que podrá suponer el artículo 34 de la L. H. en relación con el 6.º, 3, de la Ley de Costas, y en la que se recuerda la corriente jurisprudencial que dice basta la legitimación en relación con el artículo 38, párrafo III, de la L. H. (8).

6. *Los límites a las limitaciones que el registro implica*

Si bien la exigencia de los requisitos del artículo 34 de la L. H. supone una limitación de la legitimación o (mejor una cualificación) la exclusión de la aplicación del artículo 34 viene justificada con argumentos hipotecarios (o pretendidamente).

Según la Sentencia de 25 de abril: «A la demanialidad no le importan los llamados enclaves de fincas en apariencia particular e inscritos, pues aun estando protegidos por el artículo 34 de la L. H., el registro sólo protege los derechos publicados por dicho Instituto, no a las situaciones de hecho o más datos, como son los "linderos", realidad reiterada por este Tribunal en múltiples y constantes sentencias, que por el número y reiteración huelgan de todo comentario.»

Para afrontar tan tajante afirmación deben hacerse una serie de distinciones o precisiones.

Por un lado, no cabe duda de que en los supuestos de ambigüedad registral que determinen la imposibilidad de identificar la finca, las inscripciones no desenvolverán su eficacia jurídica. La Jurisprudencia en este sentido es clara (9) y lo mismo su fundamento: al desaparecer los presupuestos fácticos imprescindibles, base del registro, los efectos jurídicos no pueden desplegarse por falta de objeto a que referirlos. En otras palabras, por la fuerza de los hechos quedan enervados los principios registrales de Derecho.

Pro, por otro lado, no es en modo alguno admisible el considerar sin trascendencia registral alguna a los linderos cuando éstos son claros. Los linderos son el elemento identificador fundamental de la finca, y la finca es la base del registro. No cabe hablar de protección frente a colindantes sin alusión a los linderos. No puede existir jurisprudencia que llegue a conclusiones que desconozcan esta realidad. Lo que ocurre es que en determinados supuestos, como son los de linderos determinados por circunstancias geofísicas predeterminadas por la ley como criterio de demanialidad, a veces se ha considerado el lindero como algo relativo y de puro hecho, atribuyendo una superficie registral cero a la porción demanial. Pero ello no deja de ser un malabarismo mental: el que el demanio no sea inscribible no quiere decir que no exista fácticamente. El que el dominio público por naturaleza esté inscrito como inscribible, es decir, como propiedad particular, supone que, al ser el del titular registral un derecho inscribible (aunque en realidad no lo sea) inscrito, está protegido por el artículo 1.º, párrafo III, de la L. H. y correlativos. El demanio inmueble más que equipararse a los muebles debe equipararse a los derechos no inscribibles en cuanto tales, sobre inmuebles. Pero inscrito un derecho inscribible sobre un inmueble demanial, y en base a principios exclusivamente hipotecarios, el Registro debe surtir sus efectos. Problema distinto es que extrahipotecariamente y en base a otros principios del ordenamiento jurídico contrapuestos con los hipotecarios, estos

(8) Recuérdese cómo cierta corriente jurisprudencial tiende a exigir (sin el fundamento que existe para las costas) los requisitos del tercero hipotecario, para justificar los efectos de la legitimación, en los supuestos de deslindes de otro tipo de inmuebles.

(9) Entre las de la Sala Tercera de mayor importancia que pueden citarse están las Sentencias de 16 de marzo de 1971, 19 de febrero de 1972, y también de 1972, las de 16 de mayo y 24 de abril.

últimos deban ceder, caso este último rara vez admitido en el ámbito provisional de la legitimación (10) y sólo planteado en el definitivo, ple-nario, de la fe pública (11).

Una última precisión debe hacerse en relación con la colindancia con el mar. Los terrenos a que se refiere la sentencia, se trata de un problema de interpretación resuelto distintamente por la jurisprudencia. En efecto:

En una famosa Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1960, se establece:

«Que el deslinde que se ha llevado a efecto de la playa de Maspalomas..., se impugna en este recurso porque tal playa se estima por el actor que le pertenece dado que su finca contigua se expresa en su descripción que linda con el mar. Esta alegación no puede ser entendida en los términos absolutos que se pretende, sino conjugada con el establecimiento y existencia de dicha zona pública (la marítimo-terrestre), pues lo contrario llevaría a admitir la posibilidad de que por una simple exposición más o menos precisa de linderos quedará sin efecto un precepto legal.»

En análogo sentido, la Sentencia de 15 de noviembre de 1965.

No obstante, y en relación con el interesante supuesto de la playa de Santa Cristina de La Coruña, hay una importante Sentencia de la Sala Cuarta de 25 de noviembre de 1972. En ella se establece una importante precisión y matización a la tesis antes vista. Dice:

«En cuanto al alcance que debe darse a los títulos de propiedad privada debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad cuando señalan como linderos el mar o ría-mar, no obstante la Sentencia de 2 de enero de 1960 y otras posteriores entendieran que este lindero debía ser la línea anterior de la zona marítimo-terrestre, no puede prevalecer ante otras sentencias posteriores que han admitido la posibilidad de que el lindero sea la línea de bajamar, al reflejar la Sentencia de 29 de junio de 1967: 'Bien entendido que esta limitación con el mar no puede entenderse en modo alguno como expresión de que la línea o linde superior es la zona marítimo-terrestre, pues aparte de que el mar no tiene álveo, sino fondo (constituye una unidad ostensible, independientemente de las dilaciones de su densidad o de sus contracciones como efectos de las mareas, desde donde éstas se acusan.' Apunta a continuación la distinción que se desprende del artículo 1.º de la Ley de Puertos entre mar litoral o costero y zona marítimo-terrestre, y concluye que 'la zona marítimo-terrestre no es el mar propiamente dicho, sino una zona de tierra que el mar invade con la regularidad de su flujo, pues la línea litoral que define el mar es la de bajamar.

A lo que hay que añadir que en la Ley de Costas vigente, en su artículo 4.º se hace referencia a terrenos colindantes con la zona marítimo-terrestre o con el mar como cosas distintas.»

(10) En la doctrina Fornesa Ribó.

(11) Así, Sentencias (civil) de 1 de diciembre de 1966, 2 de febrero de 1974, 3 de junio de 1974, 28 de noviembre de 1973, 11 de noviembre de 1969. De la Sala Cuarta, Sentencias de 18 de junio de 1965, 19 de junio de 1967, 25 de noviembre de 1972, y Sala Tercera, 5 de noviembre de 1967.

(1) NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Valor jurídico del documento notarial* «A. A. M. N.», I, págs. 385 y sigs. Publicado en *Hechos y derechos en el documento público* Madrid, 1950. Al respecto, mi articulo. *Forma de los contratos* «Revista Notarial», núm. 802.

Esta sentencia, no obstante su lógico fundamento, se ha visto posteriormente contradicha por las de 28 de noviembre de 1973 y 3 de junio de 1974, en las cuales, al referirse a que la «finca extendía sus linderos hasta el mar», se habla de la «imprecisión que encierra la descripción del dato físico» y se alude a «tan impreciso límite como lo es el del mar».

No obstante, este dato del lindero no se considera sino *obiter dicta*, fundamentándose las sentencias en otros razonamientos. Concretamente, el carácter fáctico que se atribuye a los linderos, cuestión bien distinta de cómo deba interpretarse la expresión registral «linda... con el mar».

J. G. S.

4.º JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO.—EL ERROR CONSISTENTE EN APLICAR UN TIPO IMPOSITIVO SUPERIOR AL CORRESPONDIENTE, EN BASE A LA ESCRITURA DE MANIFESTACION, ACEPTACION Y ADJUDICACION DE HERENCIA, LIQUIDADADA POR EL CONCEPTO DE ADJUDICACION MORTIS CAUSA DE COLATERALES DE TERCER GRADO, DE CONFORMIDAD CON LO SOLICITADO POR LOS RECURRENTES, CON RECTIFICACION UN AÑO LARGO MAS TARDE, INDICANDO LAS INTERESADAS ESTAR ANTE UNA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA ESTABLECIDA POR EL BISABUELO, NO ES UN ERROR MATERIAL, EQUIVOCACION ARITMETICA O SENALAMIENTO DE TIPO QUE NO CORRESPONDA AL CONCEPTO LIQUIDADADO, SINO UN ERROR DE DERECHO QUE VERSA SOBRE CUESTIONES DE FONDO O DE CONCEPTO, CON LAS CONSECUENCIAS PERTINENTES (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1976).

Hechos.—En la Abogacía del Estado correspondiente se presenta inventario de los bienes relictos por doña L. J. A., fallecida en 1966, bajo testamento en el que instituye herederas a sus sobrinas, practicándose la correspondiente liquidación por el Impuesto de Sucesiones, que fue ingresado oportunamente; y con posterioridad las referidas sobrinas solicitan la devolución de cuanto se había ingresado indebidamente por tal concepto, por cuanto no se había tenido en cuenta por aquéllas que los bienes que se señalaron no habían sido adquiridos directamente de su tía, sino que la adquisición tiene su origen en la sustitución fideicomisaria instituida por su abuelo, don T. A., en virtud de la purificación de la misma por haber fallecido doña L. sin hijos y ser las antes expresadas las adquirentes definitivas de los bienes fideicomitidos.

La devolución solicitada fue denegada por el Delegado de Hacienda, interponiéndose reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, que, lo mismo que más tarde el Central, desestima.

Interpuesto posteriormente el contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial, se desestima por entender que el error aquí planteado no es de hecho, como pretenden las recurrentes, sino de derecho, como sostiene la resolución recurrida, por referirse a cuestiones de concepto o de fondo; distinción ésta de importancia, puesto que así como en el error de hecho el plazo para solicitar de la Delegación de Hacienda las rectificaciones o devoluciones procedentes es de cinco años, contados desde la fecha del ingreso que se reputa indebido, en los supuestos de errores de derecho el plazo para acudir a la jurisdicción económico-administrativa es de quince días, por lo que los recurrentes formularon la reclamación contra lo liquidado y satisfecho fuera del plazo reglamentario.

Resultando que contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Luis Vacas Medina, lo desestima en base a la doctrina que sienta en los siguientes:

Considerando que se hace necesario confirmar por sus propios fundamentos la sentencia recurrida de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial, que con un sintético y acertado planteamiento de la cuestión litigiosa llega a la correcta solución de ésta, ya que para poder apreciar el alegado error que se dice sufrido por las dos hermanas contribuyentes—y que a juicio de éstas tendría que resolverse mediante la aplicación al caso del número 1 de la tarifa del Impuesto de que se trata, en lugar del número 5, como se había efectuado—habría que determinar previamente, con el imprescindible juego interpretativo de las normas legales concernientes a los dos títulos hereditarios esgrimidos—desde el punto de vista del Derecho inglés, por el que se rigen ambas sucesiones—, el alcance del testamento otorgado en Londres el 7 de agosto de 1963 por E.-J. A. F., tía carnal de aquéllas, y sobre todo el de la sustitución fideicomisaria que figura en el testamento otorgado en Barcelona el 23 de junio de 1898 por el bisabuelo de las mismas, don T. A. E., que hace recaer, en definitiva, los bienes fideicomitidos a los herederos abintestato de sus nietas, sustitución fideicomisaria que, por otra parte, aparecía inscrita en el Registro de la Propiedad de la ciudad últimamente citada y que, por tanto, no pudo válidamente desconocerse; todo lo cual obliga a concluir, sin lugar a dudas, que tal indicado error se concreta en una cuestión de fondo o de concepto que habría de ser considerada en la correspondiente reclamación económico-administrativa y que nunca sería un mero error de hecho que pudiera determinar la devolución de ingresos indebidamente percibidos por la Hacienda Pública, conforme a los dictados de los artículos 6 y 118 del Reglamento de Procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas de 29 de julio de 1924, modificado por Decreto de 2 de agosto de 1934 y vigente en la actualidad en relación con esta materia.

Considerando que la conclusión a que se llega en el anterior considerando se halla respaldada por una reiterada jurisprudencia de este Tribunal, de que son muestra las Sentencias de 9 de marzo de 1970, 2 de noviembre de 1971, 4 de julio de 1973, 31 de mayo y 24 de octubre de 1974, 24 de enero y 18 de abril de 1975 y 22 de enero de 1976, que, entre otras precisiones, ha configurado esencialmente como error de hecho el numérico, aritmético o accidental, para cuya comisión no se precisa de raciocinio alguno y que ha de ser evidente por sí mismo, patente, claro y manifiesto, concretándole en el error material que versa sobre una cosa, hecho o suceso, esto es, sobre una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación, y excluyendo de su ámbito, por tanto, lo que afecte a cuestiones de derecho, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración legal de las pruebas, interpretación de las disposiciones legales y calificaciones jurídicas que puedan establecerse; doctrina ésta que—al reconocer que las omisiones o inexactitudes producidas en las declaraciones de los contribuyentes solamente deben ser admitidas en supuestos de hecho simples, de inmediato y fácil conocimiento y que den lugar a una fórmula de aplicación automática e indiscutible de los preceptos legales pertinentes—que tiene también un claro fundamento de orden pragmático, pues de aceptarse otra solución habría de producirse una inseguridad jurídica permanente en relación con el resultado de las liquidaciones practicadas.

GRAVAMEN ESPECIAL Y COMPLEMENTARIO DE LAS ADQUISICIONES HEREDITARIAS INDIVIDUALES SUPERIORES A DIEZ MILLONES DE PESETAS.—EL TIPO IMPOSITIVO ES APLICABLE, LO MISMO QUE EN LAS DEMAS ADQUISICIONES MORTIS CAUSA, DE FORMA ESCALONADA O PROGRESIVA (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1976).

Hechos.—En diciembre de 1970 se presentó en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Madrid primera copia de la escritura de inventario, avalúo, liquidación de sociedad conyugal, manifestación y adjudicación de herencia, comprensiva de los bienes quedados al fallecimiento de don A. F. T., esposo que fue de doña C. de la L. L., determinándose por dicha Abogacía del Estado la cuantía de la base imponible a efectos de la liquidación sobre Sucesiones, ascendente a 76.106.590 pesetas; y dada la cuantía de la herencia, superior a diez millones de pesetas, se practicó liquidación del Impuesto, concepto Fondo Nacional, número 8 de la tarifa, al tipo del 9 por 100 sobre el total de la base imponible, que, a efectos de este gravamen, se estimó en 53.024.943 pesetas, con un total a ingresar de 4.772.241 pesetas, liquidación contra la que se interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, que, lo mismo que posteriormente el Central, desestima.

Desestimado igualmente el contencioso-administrativo, se interpone recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, el cual, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Nicolás Gómez de Enterría y Gutiérrez, lo estima, con arreglo a la doctrina que emerge de los siguientes:

Considerando que el recargo establecido por el artículo 7.º de la Ley de 21 de julio de 1960, sobre las adquisiciones de bienes a título gratuito, realizadas a partir de 1.º de enero de 1961, en cuanto cada participación individual en aquéllas excediera de diez millones de pesetas, para dotar el Fondo Nacional de Asistencia Social, aun cuando era independiente del entonces vigente Impuesto de Derechos Reales, se rigió por su misma normativa, en todo lo que no se opusiera a la propia Ley de 1960; y como la estructura de la Tarifa, incorporada a dicha ley, fijaba los tipos con referencia a cuatro cantidades básicas, a saber, diez millones, veinticinco millones, cincuenta y ciento, mediante la utilización de las proposiciones «de» y «a», tenía que aplicarse el criterio progresivo, no porque así resultara directamente de la propia Tarifa, sino porque era el que venía rigiendo en las adquisiciones a título lucrativo, con arreglo al Texto Refundido de 21 de marzo de 1958, ya que las expresiones: de 10.000.000,01 a 25.000.000, de 25.000.000,01 a 50.000.000, de 50.000.000,01 a 100.000.000 y de 100.000.000,01 en adelante, lo mismo hubieran permitido la tributación por tramos o escalones, si tal hubiera sido el criterio aplicable a las herencias, en el Impuesto de Derechos Reales.

Considerando que establecida la tributación por tramos o escalones, en la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964, para todas las adquisiciones a título gratuito, no hay verdadera razón para abandonar este criterio, que se ha tenido por más racional y justo, en el gravamen complementario de las adquisiciones individuales *mortis causa* superiores a diez millones de pesetas, porque las preposiciones empleadas en el número 8 de la actual tarifa no indican más que los límites inferior y superior en que rige cada tipo, sin llevar consigo, de modo necesario, la absorción total de la porción inferior por la superior, criterio que será defendible, lo que no supone que sea el único que pueda sostenerse; ahora bien, la clave para la solución justa hay que buscarla, de un lado, en la interpretación sistemática de las normas, que aconseja un criterio unitario para todas las adquisiciones *mortis causa*, lo mismo que sucedía antes de la Reforma Tributaria de 1964, y de otro, en el contenido

del artículo 32 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, precepto que al señalar que el gravamen complementario se exigirá sobre el exceso de adquisición individual superior a los diez millones de pesetas, está indicando que existe un primer escalón, que no queda sujeto a gravamen, constituido por el de los diez primeros millones, y si hay un primer escalón en que el tipo es cero, lógico resulta que haya un segundo que tribute al 7 por 100 tratándose de cónyuges, un tercero al 8 por 100, un cuarto al 9 por 100 y un quinto al 10 por 100.

VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL.—EXENCIONES.—LA COMPRA DE UN SOLAR MEDIANTE DOCUMENTO PRIVADO EN QUE EL COMPRADOR, SEGUN CONCRETAMENTE SE COMPRUEBA, POR ACTOS POSTERIORES A LA FECHA DE DICHO DOCUMENTO, PERO ANTERIORES A LA LIQUIDACION PRACTICADA, MANIFIESTA SU CLARO PROPOSITO DE DESTINAR LOS BIENES ADQUIRIDOS A LA CONSTRUCCION DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL, ESTA EXENTA DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES POR APLICACION DEL ARTICULO 65, NUMERO 28, DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1976).

Hechos.—Los hechos se reducen sustancialmente a si es procedente denegar la exención del artículo 65, número 28, del Texto Refundido del Impuesto al contrato de compraventa mediante documento privado, reflejado en el extracto de la sentencia antes recogida.

El Tribunal Supremo, en contra del criterio mantenido por los Tribunales Provincial y Central, y confirmando, en cambio, el criterio mantenido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, considera aplicable al supuesto planteado la exención de referencia, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que en los razonamientos de la sentencia apelada certeramente se hacen estas dos afirmaciones: 1.ª, que el documento privado de la litis contiene un verdadero contrato de compraventa y no una mera promesa de venta, y 2.ª, que las partes están de acuerdo en que «de no hacerse constar en forma expresa», en el documento privado, el propósito de adquirir con la finalidad de construir viviendas de protección oficial, para merecer la exención provisional antes expresada debe revelarse claramente dicha intención a través de los «actos del interesado», declaraciones éstas a las que es preciso añadir que si bien es cierto que tales «actos» han de referirse precisamente al momento de otorgarse el documento privado, no es menester que por furza sean «anteriores» del mismo, como por la parte apelante se postula, porque del artículo 1.282 del Código civil, aplicable en litis con carácter supletorio, al amparo del artículo 9.º número 2.º, de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, claramente se deduce que también los actos «posteriores» al documento privado pueden constituir «un decisivo elemento de interpretación contractual».

Considerando que en el supuesto controvertido es preciso reconocer en justicia que si ya el 13 de abril de 1971 el adquirente insta el oportuno expediente de promoción de viviendas de protección oficial para construir un grupo de diez de ellas, previa autorización del Gobierno Civil de Avila, con el fin de proceder a la demolición de las viejas casas, autorización que no obtuvo al principio; si el 11 de mayo—sólo unos días más tarde—solicita del Gobierno Civil la referida autorización, que, por fin, le fue concedida; si comienza los correspondientes trabajos de demolición

y construcción tan pronto consigue aquélla; si poco después, el 31 de agosto siguiente, formaliza la venta por escritura pública, y si en ella, por último, «expresamente» se manifiesta que la adquisición se realiza con la exclusiva finalidad de construir viviendas de protección oficial, claro es que en estos «actos posteriores» al documento privado, que sin solución de continuidad cristalizan y que constituyen un valioso elemento de interpretación del contrato privado de referencia, se halla la más cumplida afirmación de lo que acertadamente se expresa en la sentencia apelada, a saber: que al otorgarse dicho documento privado el 15 de diciembre de 1970 es manifiesto el destino que ya entonces el adquirente pretendía dar a los terrenos, aun cuando dicho destino no se consignara expresamente en el calendarado documento.

Considerando que, por otra parte, en esta materia es preciso tener en cuenta: 1.º, que en todos los textos legales—incluido el artículo 65, número 28, del Texto Refundido—late el designio de estimular la iniciativa privada en la tarea común de resolver el problema de la vivienda (Sentencia de este Tribunal de 16 de abril de 1964), y 2.º, que el incumplimiento del plazo de treinta días, a que se refieren los artículos 113 y 115 de la expresada normativa, y el artículo 107, número 1.º, del Reglamento de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, cuya sanción de multa bien conocida es, no debe inadmisiblemente extenderse a una pérdida de derechos, cual la exención que se discute; pérdida que sí, en cambio, se produce por el transcurso de tres años sin obtenerse la calificación provisional, como establece el referido artículo 65, número 28, y asimismo se declara en la Sentencia de esta Sala de 5 de octubre de 1972.

Considerando que por estas razones, que demuestran la improcedencia de denegar la exención del artículo 65, número 28, del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales al contrato de compraventa formalizado en documento privado, en que el comprador, según concretamente se comprueba, *por actos posteriores* a la fecha de dicho documento, pero anteriores a la liquidación practicada, manifiesta su claro propósito de destinar los bienes adquiridos a la construcción de viviendas de protección oficial, obvio es que en el presente supuesto ha de llegarse a la conclusión de que la sentencia apelada no incide en los motivos impugnatorios que expresados quedan, por lo que, consecuentemente, procede la desestimación de este recurso, sin que corresponda hacer pronunciamiento especial sobre las costas procesales.

SUBASTA JUDICIAL.—MOMENTO DE LA TRANSMISION.—EL MOMENTO EN QUE SE CONSIDERA PRODUCIDA LA TRANSMISION ES EL DE LA FIRMEZA DEL AUTO, DIA A PARTIR DEL CUAL COMIENZA A CONTAR EL PLAZO A EFECTOS DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION DE LA ADMINISTRACION PARA DETERMINAR LA DEUDA TRIBUTARIA (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Hechos.—Por auto firme de fecha 13 de noviembre de 1965, recaído en procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se opera una transmisión de inmuebles a favor del mejor postor, y presentado un testimonio del mismo en la Abogacía del Estado competente con fecha 26 de agosto de 1971, se gira liquidación por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Tras las pertinentes reclamaciones desestimadas, se acude al contencioso-administrativo, y la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Valladolid admite el recurso en base, entre otros, a los siguientes:

Considerando que pese a que el actor interesaba ante el Tribunal Provincial la declaración de la extinción—por prescripción—del derecho de

la Administración a liquidar la deuda tributaria, y no obstante reiterar esta misma pretensión en el recurso de alzada, es lo cierto que el Tribunal Central, fundándose en que el órgano competente en Primera Instancia no se había pronunciado sobre el fondo (por haber acordado la inadmisibilidad de ambas reclamaciones en virtud de razones puramente formales), tampoco procedió al examen de la prescripción ni al de ninguna de las otras cuestiones de fondo, sino que realizó el Tribunal Provincial el previo enjuiciamiento de todas ellas, incurriendo así, entendemos, en infracción del Ordenamiento Jurídico, puesto que los artículos 169 de la Ley General Tributaria y 46 del Decreto 2083/1959, de 26 de noviembre, no limitan la competencia del Tribunal Central al conocimiento de las cuestiones que anteriormente hayan sido examinadas y resueltas por el Tribunal Provincial, antes al contrario, de ambas disposiciones se desprende que ambos Tribunales tienen competencia para resolver todas las cuestiones que el expediente plantee, interpretación acorde no sólo con la letra de la ley, sino con los principios que deben inspirar todo procedimiento administrativo, y que son los de rapidez, agilidad, flexibilidad, economía, celeridad y eficacia (Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo); junto a todo lo expuesto está la especial naturaleza del tema de la prescripción, cuyo enjuiciamiento debe realizarse antes que el de la legalidad de los actos de comprobación de valores y liquidación, ya que si se acredita la realidad de aquélla, aplicable de oficio por la Administración sin necesidad de que la invoque o excepcione el sujeto pasivo (art. 67 de la Ley General Tributaria), no podrán ser dictados ninguno de estos dos actos administrativos, y de ahí, pues, la necesidad de estimar el recurso contencioso-administrativo en cuanto al extremo que ahora examinamos.

Considerando que el auto de 13 de noviembre de 1965, cuyo testimonio fue presentado ante la Abogacía del Estado de Salamanca el 26 de agosto de 1971, operó la transmisión de la propiedad de las fincas subastadas y adjudicadas al mejor postor, incidiendo por ello en el hecho imponible previsto en el artículo 54-2 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, tributo cuyo devengo se produjo desde que dicho auto ganó firmeza (art. 73 y art. 17-1, *a sensu contrario*, ambos del Texto Refundido). Iniciándose a partir de esta fecha el cómputo del plazo de cinco años previsto en los arts. 64, *a*), y 65, *b*), de la Ley General Tributaria y 132 del Texto Refundido para que se produzca la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la liquidación.

Considerando que a lo anterior opone la Administración en vía de gestión que la prescripción debe computarse desde la fecha del testimonio del auto presentado a liquidación, y ya en trámite procesal, al contestar la demanda, aduce, de un lado, el artículo 107-4 del Reglamento del Impuesto, lo que implícitamente supone una invocación del artículo 133 del Texto Refundido, y de otro, alega la interrupción de la prescripción, en el supuesto de que el cómputo se inicie a partir de la fecha del auto, por virtud de la expedición de un testimonio del mismo; mas ninguno de los tres argumentos puede ser acogido: el primero, porque si lo que el texto de 6 de abril de 1967 sujeta a tributación son las transmisiones patrimoniales *inter vivos* (art. 3), es claro que es el auto del Juez el que produce la transmisión, careciendo de todo efecto traslativo el testimonio de dicho auto que en cualquier momento posterior puede librarse; el segundo, porque el artículo 133 del Texto Refundido se refiere a los documentos privados, y el auto de litis es un documento público (arts. 596-7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.216 del Código civil) que hace prueba frente a terceros del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste (artículo 1.218 del Código civil) y cuya presentación en las oficinas liquidadoras no es necesaria (art. 113-2, *c*), del Texto Refundido del Impues-

to), y el tercero, porque el libramiento del auto ni constituye la acción administrativa a que se refiere el artículo 66-1, *a*), de la Ley General Tributaria, ni es tampoco actuación conducente al pago o liquidación de la deuda, como exige el artículo 66-1, *c*), del mismo cuerpo legal para que dicha interrupción tenga lugar.

Considerando que, consiguientemente, habiendo mediado desde la firmeza del auto hasta su presentación a liquidación más de cinco años, debemos declarar la prescripción del derecho a que se refiere el artículo 64, *a*), de la Ley General Tributaria en relación con la transmisión resultante del auto a que el proceso se refiere, así como la anulación de la resolución del Tribunal Económico-Central impugnada en este recurso, todo ello sin expresa condena en costas.

Interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de la Administración, recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas, se desestima, y aceptando, por el contrario, los propios fundamentos de la sentencia apelada procede a estimar la declaración de prescripción discutida.

C. M. A.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

VOCALIA QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES
PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

COMPROBACION DE VALORES EN VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL. NO ES MEDIO DE COMPROBACION EL PRECIO MAXIMO DE VENTA FIJADO EN LA CEDULA DE CALIFICACION DEFINITIVA, DEBIENDO UTILIZARSE OTROS MEDIOS DE COMPROBACION PREVISTOS LEGALMENTE, SIN QUE SEA OBSTACULO QUE ARROJEN UN VALOR SUPERIOR A DICHO PRECIO MAXIMO (RESOLUCIÓN DE 6 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—Se presentó en la Abogacía del Estado de Cuenca escritura pública de compraventa de una vivienda de protección oficial por el precio declarado de 120.000 pesetas, y constando un precio máximo de venta en la Cédula de Calificación Definitiva de 300.000 pesetas.

La Abogacía del Estado fijó la base liquidable en 453.703 pesetas, utilizando el medio de comprobación de valores del número 12 del artículo 117 del Texto Refundido, es decir, la valoración efectuada por el Arquitecto de Hacienda.

El comprador interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial contra tal acto administrativo de comprobación de valores, alegando que tratándose de una vivienda de protección oficial, el precio fijado para su enajenación por el Ministerio de la Vivienda era el que debía tomarse en cuenta como máximo en el momento de fijar la base liquidable a los efectos de la liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

El Tribunal Provincial de Cuenca acordó acoger esta tesis del recurrente, anulando la base liquidable para ordenar que la Abogacía del Estado estableciera como tal la que, como precio máximo de venta, se fijaba en la Cédula de Calificación Definitiva.

Notificado el anterior acuerdo a la Dirección General de lo Contencioso del Estado, este Centro interpuso recurso de alzada ordinario, alegando que, a efectos de este Impuesto, hay que tener en cuenta el valor, con independencia del precio efectivamente satisfecho, por lo que procedía

comprobar el valor del inmueble al margen del precio establecido por el Ministerio de la Vivienda en la Cédula.

El Tribunal Central estima el recurso ordinario de alzada por la siguiente

Doctrina.—«Considerando que con arreglo a los artículos 28 y 29 de la Ley de Viviendas de Protección Oficial y 112 y 127 de su Reglamento, las viviendas de esa naturaleza están sometidas, en ciertos supuestos, a determinadas limitaciones o restricciones en lo que se refiere al precio a percibir por su propietario en caso de venta de las mismas, estableciéndose que los precios máximos de venta habrán de consignarse en la correspondiente cédula de calificación definitiva, quedando prohibido percibir cantidad superior o distinta al referido precio, cuyas normas, por virtud de la disposición transitoria 3.ª del citado Reglamento de 24 de julio de 1968, son de aplicación a las viviendas calificadas definitivamente con arreglo a la legislación anterior reguladora de las llamadas de renta limitada subvencionadas, constituida por la Ley de 13 de noviembre de 1967, Decreto de 22 del mismo mes y año, Ley de 15 de julio de 1954 y Reglamento de 24 de junio de 1955, y de ahí obtiene el Tribunal Provincial que el expresado precio máximo de venta implica un precio tasado por el legislador que ha de ser necesariamente aceptado como valor comprobado de la vivienda a efectos de la liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales o, al menos, que ha de ser considerado como un tope máximo, en el sentido de que el valor de la vivienda a efectos fiscales no podrá exceder en ningún supuesto del importe del repetido precio, debiendo reducirse—en su caso—el resultado obtenido en la comprobación hasta el límite de aquél.»

«Considerando que, ante todo, se hace preciso advertir que aunque las normas legales y reglamentarias señalen un precio máximo de arrendamiento y de venta de las viviendas de protección oficial, como contraprestación impuesta al promotor por las facilidades y ayudas recibidas para la construcción de las mismas, no puede apreciarse relación de exacta identidad entre este supuesto y el de señalamiento de un precio de tasa, ni tiene la misma trascendencia práctica que el que, en situaciones económicas ya superadas y en interés de la Sociedad, fijaba el poder público en nuestro país, para evitar el acaparamiento de productos vitales para la subsistencia y contener el agio de los mismos a precios abusivos, basando señalar, a los fines de que se trata, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había declarado reiteradamente que el contrato cuyo precio se estableciera con infracción de la legislación de tasas era nulo de pleno derecho por aplicación del artículo 4.º del Código civil (Sentencias de 27 de mayo de 1949, 27 de octubre de 1956, 9 de enero de 1958 y 21 de junio de 1963), mientras que, por el contrario, ha proclamado recientemente que el celebrado sobre viviendas de protección oficial no respetando los límites legales respecto a los precios de alquiler o venta es perfectamente válido desde el punto de vista civil, aunque la violación de los preceptos administrativos cometida por ese acto civil válido ponga en marcha el mecanismo corrector señalado en los preceptos de referencia (Sentencia de 20 de marzo de 1972), deduciéndose de ello, en el ámbito fiscal, que si el precio estipulado por los interesados fuera superior al señalado en la Cédula de Calificación de la vivienda, es evidente que habría de tomarse dicho precio como base liquidable en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, en calidad de valor declarado, no sólo en virtud de lo prevenido en el artículo 7-1 del Texto Refundido del Impuesto, sino por ser un precio civilmente válido y eficaz.»

«Considerando que el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales recae sobre el verdadero valor que los bienes transmitidos tuvieron el día en que se causó el acto o se celebró el contrato gravado (art. 8.º del Texto

Refundido) y no sobre el precio real que por los bienes satisficiera el adquirente, estimando el legislador que el verdadero valor de los bienes se obtiene mediante el empleo de los medios de comprobación que taxativamente enumera el artículo 117 del propio Texto, y de ahí que la comprobación constituya una obligación impuesta a la Administración por la ley, que sienta la regla general de que la base imponible se determina por el valor declarado por los interesados, salvo que la comprobación administrativa arroje uno superior (art. 70-1.º).»

«Considerando que, por la razón expresada, la comprobación administrativa del valor de los bienes transmitidos es obligada incluso en los supuestos en que consta fehacientemente el verdadero precio satisfecho por el adquirente, como ocurre en las subastas públicas, judiciales, administrativas o notariales (Texto Refundido art. 70-2.º), porque—como este Tribunal afirmaba en Resolución de 22 de diciembre de 1971—la razón de ser de esa comprobación no radica en que se conjeture o presuma la falta de veracidad del precio declarado por los interesados, sino en la necesidad de determinar el verdadero valor de los bienes, que según se ha expuesto, es el resultante de la aplicación de los medios comprobatorios autorizados por la ley, y lo mismo ocurre en el caso de compraventa de bienes enajenados por el Estado, en el que éste fija y percibe el precio de venta y, por tanto, conoce su exacta cuantía, no obstante lo cual la comprobación de valores resulta obligatoria, sin que implique contradicción alguna con los actos propios anteriores del mismo Estado, por ser evidente que al fijar el Estado-contratante el precio de venta de los bienes que enajena, no pretende determinar el verdadero valor que, con arreglo a las leyes fiscales, corresponda a aquéllos, no existiendo, por tanto, ninguna incompatibilidad entre la fijación de un precio con trascendencia contractual y la comprobación ulterior de valores con trascendencia exclusivamente fiscal, que los órganos competentes de la Administración deben practicar en todo caso en obediencia de los preceptos legales y a efectos jurídicos totalmente diferentes.»

... «Considerando que, dada la inexistencia de normas que exceptúen de la comprobación de valores a la vivienda a que el expediente se refiere, no pueden dejar de aplicarse al caso los medios comprobatorios que el artículo 117 del Texto Refundido enumera, siendo de advertir igualmente: a) que entre esos medios comprobatorios no se halla el precio de venta señalado a la finca por la legislación protectora de viviendas, por lo que no puede serle atribuida dicha consideración, dado que la determinación de la base y todos los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria vienen afectados por el principio de reserva de la ley que consagra el artículo 10 de la Ley General Tributaria; b) que, aun en la hipótesis de que el referido precio de venta fuese considerado como un medio de comprobación de valores, no podría considerarse tampoco como excluyente de los demás que enumera el artículo 117 repetidamente citado, y, por tanto, el Liquidador podría aplicar en tal supuesto el autorizado en el número 12 del apartado 1 de dicho artículo, pues es bien sabido que el Liquidador goza de indiscutible discrecionalidad para hacer uso en cada caso de cualquiera de tales medios, como ha mantenido constantemente la doctrina de este Tribunal Central y ha reconocido el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 1970, entre otras, disponiendo claramente el artículo 80-3) del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales—vigente por mandato de la disposición transitoria 6.ª del Texto Refundido—que la Administración podrá emplear indistintamente los medios comprobatorios que sean aplicables a la naturaleza de los bienes de que se trate, sin que sea preciso valerse de todos cuando el resultado obtenido por uno de ellos se conceptúe justificativo del verdadero valor de aquéllos.»

«Considerando que, a la luz de los razonamientos expuestos, es preciso llegar a la conclusión de que, en el caso de transmisión de una vivienda

sometida a la legislación reguladora de las de protección oficial, resulta obligada la comprobación administrativa del valor de la finca transmitida, no existiendo norma legal alguna que reconozca como tal medio de comprobación—y menos aun con carácter exclusivo y excluyente de los demás—el precio de venta máximo resultante de las normas de aquella legislación especial, siendo por tanto plenamente ajustada a derecho la utilización del medio ordinario reconocido en el número 12 del artículo 117-1 del Texto Refundido del impuesto, sin perjuicio del derecho de los interesados a promover la tasación pericial, en corrección de los resultados obtenidos de dicha utilización.»

Por todo ello, el Tribunal Central declara que en los supuestos de transmisión de viviendas de protección oficial que tengan fijado en la respectiva cédula de calificación un precio máximo a percibir por su titular en el caso de venta, es legalmente posible y obligado que las Oficinas Liquidadoras del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales lleven a cabo la comprobación del valor del bien transmitido, aplicando los medios ordinarios adecuados a su naturaleza o el extraordinario de tasación pericial, debiendo fijarse la base liquidable a tenor del resultado que arroje tal comprobación o, en su caso, a tenor del valor declarado por los interesados, aunque uno u otro fueran superiores a la referida cantidad señalada como precio máximo en la cédula de calificación de la vivienda transmitida, anulando por ello la resolución recurrida.

COMENTARIO.—Esta resolución es muy acertada, tanto en sus razonamientos como en su decisión o fallo.

De la misma se desprenden dos consideraciones: la primera, que el «precio máximo de venta» de viviendas de protección oficial no es medio de comprobación de valores fiscales; y la segunda, que dicho precio máximo tampoco es un tope limitativo del valor obtenido por los medios de comprobación ni excluye la aplicación de los que den resultado superior al mismo.

a) En relación con la primera consideración apuntada, la resolución bien claramente dice que «entre los medios comprobatorios no se halla el precio de venta señalado a la finca por la legislación protectora de viviendas, por lo que no puede serle atribuida dicha consideración, dado que la determinación de la base y todos los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria vienen afectados por el principio de reserva de la ley, que consagra el artículo 10 de la Ley General Tributaria». Pero a continuación, al señalar un argumento subsidiario o a mayor abundamiento, se le escapa la siguiente frase: «Aun en la hipótesis de que el referido precio de venta fuese considerado como un medio de comprobación de valores » Nos parece bien que la resolución se ponga en esa hipótesis, pues se trata de solucionar un caso concreto y para ello debe apurar los argumentos. Pero el intérprete no puede admitirlo ni siquiera en hipótesis, pues nos parece muy claro que el precio máximo de venta de tales viviendas no es medio de comprobación de valores. En el artículo 117 del Texto Refundido sólo se alude a «los precios medios de venta que se establezcan por Orden del Ministerio de Hacienda», y el «precio máximo» ni es «medio» (sino máximo) y lo fija el Ministerio de la Vivienda. Y en el número 15 de dicho precepto se alude a los «balances, *datos y valoraciones* de que disponga la Administración», pero esta última es la Administración Tributaria, pues tales datos y valoración han de haber sido aceptados por el contribuyente «a efectos de otros impuestos», lo que no ocurre en este caso.

Ese «precio máximo» podrá, eso sí, convertirse en un valor declarado cuando el interesado lo recoge como precio de venta en la misma escritura. Pero entonces ya no se trata de atender al «precio máximo» fijado, sino al precio declarado, que en ese caso coincide con aquél.

Esta conclusión de que el precio máximo no es medio de comprobación tiene interés porque, una vez aceptada, ha de aplicarse de igual modo tanto al supuesto que contempla expresamente esta resolución (valor fiscal comprobado superior al precio máximo) como al caso contrario (valor fiscal comprobado inferior al precio máximo). Es más, en el aspecto fiscal quizá sea más frecuente este último caso que el de la resolución, pues es sabido que los valores fiscales no llegan a ser los valores efectivos o reales por la clara razón de que el tipo impositivo es alto pensando en esa posibilidad. Por tanto, si el resultado de los medios de comprobación que se utilicen es inferior al del precio máximo, creemos que el Liquidador ha de atenerse a aquél y no a éste, por las mismas razones que la resolución señala contemplando el caso contrario. Porque quien está a las «maduras» debe estar también a las «duras» (permítasenos cambiar el sentido del clásico refrán castellano). Además, podría suceder en algunos casos en que el precio real de venta fuera inferior a ese precio máximo, cosa que hemos comprobado en ciertos supuestos de viviendas subvencionadas. En cuanto a la expresión «verdadero valor» que se emplea en el artículo 8.º, no hay que interpretarla de modo subjetivo, sino de forma sistemática, enlazándola precisamente con los medios de comprobación del artículo 117 del Texto Refundido, de donde se desprende que ese «verdadero» valor no deja de ser una mera expresión ficticia que no encaja con el resto del articulado ni con los tipos altos que el legislador prevé de antemano, porque, según hemos dicho, piensa que no va a conseguirse ese «verdadero valor». Para defender la tesis del «verdadero valor» tendrían que cambiar los tipos en el sentido de reducirlos y probablemente todo el sistema tributario.

b) La segunda conclusión que se obtiene de esta resolución es que el precio fijado en la cédula de calificación tampoco puede interpretarse como un «tope máximo» de los valores obtenidos por los medios fiscales o como un tope excluyente de los medios que arrojen un valor superior. O sea, que no actúa ni como corrector ni como excluyente de otros medios.

Téngase en cuenta a este efecto lo que hemos dicho antes: que en el artículo 117 no consta para nada el precio máximo fijado en la cédula, ni como medio de comprobación ni como tope corrector. Además, la resolución que comentamos se muestra francamente inspirada en sus argumentos en contra de tales ideas.

La resolución distingue ese «precio máximo» del antiguo «precio de tasa» previsto para evitar el acaparamiento de productos vitales para la subsistencia diciendo que mientras la infracción del primero no da lugar a la nulidad del contrato, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1972, la infracción del precio de tasa da lugar a la nulidad del contrato. Por tanto, si el precio declarado superior al «máximo» es un precio «civilmente válido y eficaz», no es un contrasentido que el valor fiscal pueda ser superior a ese «precio máximo». Llegados aquí, creemos que esto puede servir de puntualización en relación con la opinión de Joaquín Vesteiro Pérez, que trata de encontrar antecedentes del «precio máximo» en la legislación de tasas, considerando el «sobreprecio como in-moral e ilegal, sancionable incluso en el orden penal» (págs. 149 y 150 de su libro *El Reglamento de Viviendas de Protección Oficial a la luz de las disposiciones civiles e hipotecarias*, Madrid, 1970). Frente a la opinión de este autor hay que insistir en la Sentencia de 20 de marzo de 1972, que considera válido el contrato con sobreprecio, sin perjuicio de las sanciones administrativas, no civiles.

Continúa la resolución poniendo otros ejemplos interesantes para demostrar que no hay contrasentido en la fijación de un valor comprobado superior al citado «precio máximo». Así recoge la distinción entre «precio» y «valor», siendo este último el que ha de tener en cuenta la Hacienda Pública cuando no sea inferior al precio declarado. Por otro lado, nosotros creemos que si el «precio máximo» está fijado pensando en beneficiar a los

futuros compradores, lo normal es pensar que no se refiere precisamente al valor efectivo e incluso al valor fiscal, dejando a salvo esa posibilidad ya apuntada de que sea superior al real en algún caso aislado.

Otro ejemplo curioso: la enajenación realizada por el Estado como parte contratante. Dice la resolución que el valor fiscal puede ser superior al precio que conste recibido por el Estado, aunque es evidente que ahí no se produce ningún engaño, pues es el mismo Estado el que lo declara, previa la valoración pericial correspondiente. Pero tiene razón la resolución: una cosa es el precio fijado por el Estado como titular de bienes patrimoniales y otra el valor fiscal obtenido por los medios de comprobación del artículo 117. Téngase en cuenta que el Estado puede vender a precio inferior al de mercado si existen razones suficientes para ello, a pesar de lo cual esto no afectará al valor fiscal.

Otros argumentos impecables de la resolución son la obligatoriedad de la comprobación de valores y la discrecionalidad del Liquidador para elegir el que resulte más adecuado, lo que excluye esa idea del precio máximo como tope o límite de la comprobación fiscal.

COMPROBACION DE VALOR DE UNA CONCESION ADMINISTRATIVA POR EL PRESUPUESTO DE GASTOS DE OBRA. PUEDE ACUDIRSE A LA TASACION PERICIAL CONTRADICTORIA. DISTINCION ENTRE CRITERIO DE FIJACION DE LA BASE Y MEDIOS DE COMPROBACION DE VALORES (RESOLUCIÓN DE 6 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—Tuvo entrada en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de La Coruña la escritura pública de constitución de la Sociedad «Aparcamientos Subterráneos Orzan, S. A.», en la que se aportaba por un socio «los derechos a una concesión temporal de terrenos para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo, solicitada al Ayuntamiento de La Coruña, declarándose un valor de 20.000 pesetas».

La Abogacía del Estado, aparte de otros trámites que aquí no interesan, terminó fijando la base liquidable en 12.840.170 pesetas, valorando la concesión aportada fundándose en el importe del presupuesto de gastos en que se calculó la obra.

La Sociedad impugna la base liquidable ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de La Coruña, alegando que no podía valorarse la concesión en el importe del presupuesto de obra fijado en su momento, debiéndose aceptar como estima de la misma, bien el valor de 205.160 pesetas—al que se llegaba de acuerdo con determinado razonamiento económico—, bien el que resultara subsidiariamente de la práctica de una tasación pericial, que de este modo se solicitaba expresamente.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación, por lo que la Sociedad interpuso recurso de alzada ante el Tribunal Central, insistiendo una vez más en la necesidad de acordar la tasación pericial contradictoria como medio de fijar el valor de la concesión administrativa aportada.

El Tribunal Central estima la reclamación acordando que por la Oficina Liquidadora se proceda a la práctica de la tasación pericial extraordinaria para valorar la concesión aportada por lo siguiente:

Doctrina.—«Considerando que si bien el artículo 70 del Texto Refundido del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, en su número 21, letra a), señala que, tratándose de concesiones administrativas, "servirá de base" el importe del presupuesto de gastos en que se calcule la obra que haya de ejecutarse para la instalación del servicio, no es menos cierto que ello no supone que tal criterio se convierta en medio ordinario de comprobación automáticamente, ya que precisamente este precepto y este cri-

terio no se encuentra dentro del artículo 117 del mismo Texto Refundido, por lo cual debe concluirse que una cosa es el concepto (el "presupuesto" de gastos de la obra o de la instalación), al cual ha de atenerse el Liquidador para determinar la base imponible, y otra muy distinta la "forma" de cuantificación ese mismo criterio (determinación exacta y razonable—en actualización y en partidas—del presupuesto en sí).»

«Considerando que si bien los interesados están facultados con carácter general por el párrafo 4.º del artículo 81 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959 para solicitar la práctica de la tasación pericial como medio extraordinario cuando no acepten el valor que la Administración señale como resultado de la comprobación, tal facultad queda excepcionalmente limitada con arreglo al propio concepto reglamentario por lo dispuesto en el último inciso del párrafo 7 del artículo 85, conforme al que cuando la comprobación hubiera tenido por base un dato previamente fijado por la Administración o por el contribuyente a otros efectos (principalmente los datos del amillaramiento, Catastro, Registro fiscal o artículo 130 de la Ley Hipotecaria) no se admitirá recurso alguno contra la misma, razonamiento tenido en cuenta, desde otro punto de vista, por el fallo recurrido para desestimar la reclamación y la práctica de la tasación pericial solicitada en su día por la entidad contribuyente al distinguir los "medios" de comprobación de valores y los "criterios" para la aplicación de la base impositiva (rechazando incluso dicho fallo, que en el caso de concesiones administrativas se emplee, al acudir al presupuesto de obra o instalación, un medio ordinario o extraordinario de comprobación de valores, pues se trata—dice—de un mero criterio legal objetivo e inatacable).»

«Considerando que ello no obstante, es lo cierto que la limitación para la práctica de la tasación pericial en cualquier supuesto ha de entenderse desaparecido al entrar en vigor en 1 de marzo de 1964 la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 y disponer en el número 2 del artículo 52, con referencia a la comprobación de valores, que el sujeto pasivo podrá en todo caso promover la tasación pericial contradictoria, sin duda por entender que si la Administración puede en cualquier caso acudir a este medio extraordinario de comprobación, también el particular debe poder pedirla, cualquiera que sea el procedimiento de comprobación fiscal que para valorar los bienes se haya seguido por la propia Administración.»

... «Considerando que el principio establecido por la Ley General Tributaria de que queda hecho mérito ha sido confirmado por el artículo 119 del Texto Refundido del Impuesto General sobre Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, que al transcribir casi literalmente el contenido del artículo 81 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959 proclama la posibilidad de acudir a la tasación pericial siempre que lo soliciten los interesados y no acepten el valor que la Administración señale como resultado de la comprobación.»

... «Considerando que el presente supuesto no puede ser una excepción al criterio anteriormente sentado, pues al margen de cualquier consideración, la valoración de una concesión administrativa entraña una actividad comprobadora aunque deba acudirse por mandato legal al presupuesto de ejecución de la obra de instalación del servicio (documento ordenador y único módulo orientador posible a estos fines tributarios), de la que puede discreparse en cuanto a la cifra resultante al calcular dicho precepto, pues una cosa es el criterio de estimación y otra muy distinta la cifra obtenida a través de dicho criterio.»

«Considerando que admitida la posibilidad legal de la reclamación formulada por el contribuyente contra el resultado de la comprobación de valores (o sea, la *cifra* del presupuesto de ejecución de la obra o de la instalación del servicio), es manifiesta la improcedencia de la liquidación, igualmente reclamada, practicada por la Oficina Liquidadora como conse-

cuencia de la misma, la que debe ser anulada y sustituida por otra girada por el valor que resulte comprobado a través del mecanismo de la tasación pericial regulada los artículos 119 y siguientes del Texto Refundido—y preceptos concordantes reglamentarios—, en el supuesto de que al notificarse de nuevo el resultado de la comprobación de valores, como es preceptivo, por el interesado no se formule reclamación económico-administrativa contra el expresado acto administrativo de comprobación.»

COMENTARIO.—Esta resolución empieza bien distinguiendo dos conceptos: el *criterio de fijación de la base* y el *medio de comprobación de valores*; pero continúa mal, al entender que el presupuesto de gastos en una concesión administrativa es un criterio de fijación o determinación de la base y no un medio de comprobación; y termina bien, pero sólo en parte y sonando la flauta por casualidad, al decidir que procede aplicar la tasación pericial contradictoria solicitada frente al resultado obtenido por el presupuesto de gastos.

a) Decimos que la resolución empieza bien, porque son dos conceptos fundamentales el criterio de fijación y el medio de comprobación que aparecen diferenciados en el Texto Refundido.

En el artículo 117 se recogen los medios ordinarios de comprobación. En cambio los criterios de fijación o determinación de la base aparecen recogidos en *algunos* números del artículo 70. Por ejemplo, en el número 12 del artículo 10, últimamente citado, al tratar de la base liquidable de hipotecas, se contempla no un medio de comprobación de valor, sino un criterio legal de fijación de base, atendiendo al capital, intereses y costas. Otro ejemplo, en el que aparecen de modo sucesivo el medio de comprobación y el criterio de fijación de la base como conceptos distintos, se da en el usufructo: por un lado, para comprobar el valor total de la finca, hay que utilizar un medio de comprobación; pero una vez hecho esto, el valor del usufructo se obtiene a través de un criterio legal de fijación de base, consistente en un porcentaje que varía según la edad del usufructuario o el tiempo de duración del usufructo.

Esta distinción de los dos conceptos tiene importantes consecuencias: el *medio de comprobación* se refiere al trámite de la *comprobación de valores*, por lo que hay que aplicar la discrecionalidad de la Administración para acudir a uno u otro, y además cabe rectificar su resultado por el medio extraordinario consistente en la tasación pericial contradictoria. Aparte de ello, el contribuyente que no esté de acuerdo con el resultado obtenido por cualquier medio de comprobación ha de recurrir cuando se le notifique la comprobación, por ser una cuestión que pertenece a este trámite.

En cambio, los criterios de fijación de la base liquidable pertenecen al trámite posterior de *liquidación en sentido estricto*, ya que con ellos no se trata de comprobar el valor, sino de «determinar la base liquidable», aspecto éste comprendido dentro del trámite del acto administrativo de liquidación. Por eso cualquier recurso por errónea fijación de la base tendrá que producirse cuando se notifique la liquidación. Además, no cabe solicitar tasación pericial contradictoria para rectificar el resultado, pues dicha tasación sólo puede servir para rectificar la comprobación de valores, que no es el caso. Otra consecuencia es que la fijación o determinación de la base es de la exclusiva competencia del Liquidador; en cambio, en relación con los medios de comprobación, aparece la figura del Abogado del Estado-Jefe como órgano encargado de la aprobación del expediente cuando el valor excede de 500.000 pesetas.

Ciertamente, cuando se dan en un mismo supuesto los dos aspectos, como es el caso de usufructo, antes citado, la ley, porque así lo quiere, puede tener en cuenta el criterio de fijación de la base para que sirva de límite respecto a la cuantía de los expedientes que han de enviarse a apro-

bación a la Abogacía del Estado, ya que ese límite de 500.000 pesetas se refiere, no al valor total de la finca o fincas, sino a la «base liquidable».

Pero esta aparición del criterio de fijación de la base dentro del expediente de comprobación no debe alterar lo que hemos dicho. Así el expediente se referirá exclusivamente a la comprobación de valores; pero si la base liquidable (fijada en su caso por un criterio legal cuando esté previsto como tal) excede de 500.000 pesetas, el expediente se enviará a la Abogacía del Estado para su aprobación. Pero esta aprobación no versa sobre si es o no acertado el criterio legal empleado, sino sólo sobre la comprobación de valores, es decir, sobre los medios de comprobación utilizados. El criterio de fijación legal de la base de usufructo aparece en estos casos como un extraño invitado al trámite del expediente de comprobación, pero sirviendo sólo para la fijación de ese límite, por lo que en seguida, una vez cumplida esa función, debe retornar al trámite que le corresponde, que es el de liquidación, con todas las consecuencias indicadas.

b) Pero decíamos al principio que la resolución continuaba mal. Y es que aplica esa distinción de un modo erróneo al presente supuesto, pues entiende que el presupuesto de gastos en una concesión administrativa, que contempla el número 21, apartado a), del artículo 70 del Texto Refundido, es un criterio de determinación de la base y no «un medio ordinario de comprobación». La resolución apoya esta idea precisamente en la colocación del mismo dentro del artículo 70, diciendo que «no se encuentra dentro del artículo 117». Pero aquí está el error, pues el presupuesto de gastos, aunque se encuentra en el artículo 70 evidentemente, también está dentro del artículo 117. Efectivamente, en el número 2 de este artículo 117 se dice que «las bases obtenidas por aplicación del artículo 70, en cuanto a los números 3.º, 8.º, párrafo segundo, 9.º, 19 y 21, en sus apartados a), b), c), d), e), f), g), i) y j), producirán idénticos efectos que si hubiesen sido fijados a través de un medio ordinario de comprobación». ¿Es que el Tribunal Central no se ha dado cuenta de que existe este número 2 que equipara el presupuesto de gastos del apartado a) del número 21 del artículo 70 a los medios de comprobación del artículo 117? Por otro lado, a mayor abundamiento, el apartado final del artículo 70 dice que «lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho de la Administración para comprobar, por los medios ordinarios y extraordinarios, el valor de los bienes y derechos». Precisamente esto se explica porque dentro del artículo 70 no todos son criterios legales *fijos* de fijación de base (valga la redundancia), sino que algunos son medios de comprobación en virtud del número 2 del artículo 117, lo que explica que por ser medios de comprobación y no criterios fijos pueda entonces, y sólo en tales casos, acudir a otros medios ordinarios y al extraordinario de tasación pericial contradictoria.

c) También decíamos al principio que la resolución terminaba bien, pero sólo en parte. Lo que se planteaba era si el contribuyente podía acudir o no a la tasación pericial contradictoria para tratar de desvirtuar el valor resultante del presupuesto de gastos. La resolución, a pesar de considerar el presupuesto de gastos como un criterio de fijación de base y no como un medio de comprobación, entiende que cabe acudir a la tasación pericial contradictoria. Esto último es acertado, y por eso decimos que termina bien. Pero como la tasación pericial contradictoria sólo se da contra los medios de comprobación y no contra los criterios legales, la resolución ha tenido que incurrir en una inconsecuencia o contradicción para llegar a ese acertado resultado, pues no se explica cómo siendo el presupuesto de gastos un criterio fijo legal, puede ser rectificado por la tasación. Nosotros creemos que no incurrimos en contrasentido, porque consideramos el presupuesto de gastos como un medio ordinario de comprobación, según hemos visto.

Ahora bien, la resolución ha tratado de superar esa contradicción en que incurría (e incurre) a través de un razonamiento muy forzado.

Uno de los argumentos que utiliza es un sofisma: alude al artículo 52, número 2, de la Ley General Tributaria diciendo que de él se desprende la amplitud con que se contempla la posibilidad de acudir a la tasación pericial contradictoria. Pero este argumento no vale, porque, como la propia resolución dice de modo inconsciente (quizá), ese artículo 52 está dictado para «la comprobación de valores», lo que demuestra que no puede ser aplicado a los «criterios legales de fijación de base» que no implican ninguna comprobación. A nadie se le ocurriría, valga el ejemplo, acudir a la tasación pericial contradictoria para rectificar la base liquidable de una hipoteca.

Otro argumento que señala la resolución es más ingenioso, pues hace la pirueta consistente en distinguir lo que es el presupuesto en sí, como criterio de fijación de base, y la cifra resultante del mismo. En cuanto al presupuesto en sí, insiste en que es el «documento ordenador y único módulo orientador posible a estos fines tributarios», con lo que incide nuevamente en el error de olvidar que existen unos preceptos terminantes que dicen lo contrario, o sea, el número 2 del artículo 117 y el último apartado del artículo 70. En cuanto a la cifra resultante del cálculo de dicho presupuesto, dice que de ella sí puede discreparse y, en consecuencia, discutir la actualización y partidas del presupuesto a través de la tasación pericial contradictoria. Con esta distinción parece que llega al mismo resultado que nosotros. Pero no es así: por un lado, nosotros utilizamos textos legales, no distinciones sutiles que no aparecen claramente en el texto legal; por otro lado, nosotros admitimos la tasación pericial contradictoria sin limitación alguna, de modo que los peritos podrán hacer la valoración de la concesión siguiendo los criterios que estimen pertinentes, sin tener que sujetarse necesariamente a las partidas del presupuesto de gastos. Y basamos esta amplitud en que el presupuesto es medio ordinario de comprobación, y contra él cabe sin limitación alguna la tasación pericial. En cambio la resolución pone a los peritos de la tasación pericial la concha o coraza de atenerse al presupuesto, aunque discrepen de la cifra, lo que consideramos desacertado por falta de apoyo legal. Por tanto, la resolución termina bien concediendo la posibilidad de utilizar la tasación pericial contradictoria, pero por un razonamiento que, con todos los respetos, nos parece tortuoso y equivocado, como también lo es el prejuzgar el ámbito de la tasación pericial, que no debe sujetarse a los límites del presupuesto.

J. M. G.^a G.^a

LIBROS

CABANILLAS GALLAS, P.: *Consideraciones sobre los principios generales del Derecho*. Discurso leído el día 2 de mayo de 1977, en su recepción como académico de número de la Real de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1977.

Quizá el académico encargado de contestar a Pfo CABANILLAS en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, GARRIDO FALLA, haya sido el que supiera precisar las tres facetas en que se desarrolla la tremenda personalidad de Pfo. Pero al hacer esta recensión entiendo que a GARRIDO se le quedó una marginada, pues él creyó que después de reafirmar una «vieja» amistad quedaba cubierta esta faceta, que a mi entender es tan importante como las otras, pues viene a reflejar esa dimensión de un personaje que se nos escapa de nuestras pequeñas parcelas para convertirse en «histórico». GARRIDO FALLA hablaba de su aspecto profesional, de su vertiente doctrinal y de su faceta política. Yo quiero añadir aquí la de la amistad.

Entiendo que debo hacerlo así al hacer esta reseña, pues ella puede servirnos para reflejar ese ambiente que a modo de prolegómeno antecede al acto solemne de la recepción. El ya veterano semicírculo sin escaños, sin voz ni voto, de la Academia estaba prieto de concurrencia. Se bordeaba la hora de ese juego de azar divulgado por MUÑOZ SECA en su *Venganza de Don Mendo*, y en el portón de cuadrillas esperaban el recipiendario, los padrinos, los maceros y un conjunto de «a pie» para hacer el paseillo, esta vez dificultado por unos cuantos reporteros gráficos, unos focos luminosos y los diversos tripodes con máquinas captatorias de detalles, desplegadas por la televisión. Todo estaba dispuesto para que el Presidente hiciera la seña del comienzo. En ese momento, yo, que tenía una posición privilegiada por haber madrugado para captar la escena, pasé lista. No debe olvidarse que era un 2 de mayo, con vistas a unas elecciones políticas decisivas para el futuro de España, y que la consolidación de los «partidos» aún estaba sin fases de maduración.

Pasar lista es tremendo cuando uno domina el semicírculo, y sobre todo cuando al hacerlo las caras se vuelven y sonríen en señal de presencia. Frente a mí tenía la Presidencia, en la que estaban aquellos que «no podían faltar». Arriba, en los balconillos, se apretaba esa zona «femenina» que aporta contrastes y que desde su postura alta y protegida parece dominar la escena. En el ruedo de los sillones numerados y de los que se reservan para «autoridades» (¿autoridades con poder o autoridades jurídicas?) estaban casi todos. Estaban hasta FRAGA, con el cansancio milenario de sus intervenciones políticas, y FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, con su persistente idea del delito fiscal. Sin embargo, noté en el semicírculo que una voz suurrante insistía mucho en que faltaba el Conde, con nombre de ciudad de cornisa cantábrica entre Ondárroa y Deva. En los estrados, sin categoría de escaños, del semicírculo porticado se agrupaba todo un conjunto de profesionales, políticos, juristas y amigos que rendían culto a la personalidad que ingresaba en la Academia.

En la popularidad bien ganada de Pío CABANILLAS hay unos grupos de amigos muy nutridos. La mayor parte de ellos estaban allí, y los que no estuvieron fue por imposibilidad física. Pío es muy amigo de sus amigos. Pero con ser muy grande esa complacencia del conferenciante por la presencia de sus amigos, creo que también supo dedicar, en esos momentos emocionales que el discurso se lo permitió, la fidelidad presencial de lo que podríamos llamar sus leales. Ahora que se estila de nuevo el puño cerrado como saludo de un viejo partido, quiero utilizar el mismo para un símil que puede suponer la idea de lealtad. Cualquiera que pretenda coger en sus manos granos de trigo, por ejemplo, verá con gozo cómo se llenan, pero también con tristeza cómo a medida que la mano se va cerrando aprisiona solamente unos cuantos granos: éstos son los leales, con los que siempre hay que contar. Por eso me emocionaba mucho esa referencia que hacía GARRIDO FALLA a su vieja amistad con el recipiendario que se retrotraía a más de treinta y cinco años. Sin querer se me iba la imaginación a aquellos días primaverales, donde, contemplando la paz de una ría gallega, recién licenciados, intentábamos «acotar» la monumental obra de ROCA SASTRE, a la par que hacíamos planes para un futuro que tardaría en llegar...

Creo que esta cuádruple dimensión del conferenciante, como profesional, jurista, político y amigo, puede explicar el tema elegido, ya que desde el primer supuesto la profesionalidad obliga, la juridicidad vincula, la política permite y la amistad exige. Replantear la problemática de los «principios generales del Derecho» es tarea que sólo un profesional de cierta «clase» puede abordar con éxito. El haber militado en esa serie de actividades que sus profesiones le han impuesto justifica sobradamente la valentía para la elección del tema. Como jurista, la vinculación del mismo es más clara todavía. Sólo un jurista que domina la «materia» puede permitirse esos lujos doctrinales que Pío tiene en su discurso al hacer una afirmación genérica sobre las distintas facetas de la jurisprudencia. La política le ha permitido el hueco imprescindible para pensar y redactar su discurso. Desde su desfenetración, en su intento aperturista, hasta la nueva salida en «pantalla» ha transcurrido un tiempo con huecos de meditación que le ha permitido coser esa voluminosa serie de fichas que había ido acumulando sobre la materia. Sus amigos, sus leales, exigíamos un tema jurídico que, explicado en uno de los «templos» de la juridicidad, diese la dimensión de lo que un superclase puede si dedica un poco de atención a ese exigente campo del Derecho. No debo insistir más, pues todo lo que añada en este momento, en el que la «figura» vuelve a ser noticia, podría sonar a humo de incensario, y él sabe tan bien como yo que nunca he movido la maroma que pone en movimiento pendular el galleguísimo «botafumeiro».

Aunque son dieciocho los apartados que el discurso tiene, entiendo, y para que la gente me entienda, que podríamos reducir la materia a tres partes cruciales. La primera puede ser el replanteamiento de los principios generales del Derecho en relación con los distintos momentos metodológicos. La segunda pudiera comprender lo que el autor cualifica como la clasificación de los principios y el nuevo intento de clasificación, y la tercera la doctrina hipotecaria sobre los principios. Ajustándonos a ello distinguiremos esas tres partes.

A) *Principios generales y momentos metodológicos.*—El autor arranca de unas ideas generales sobre lo que doctrinalmente se ha entendido por principios generales del Derecho, sus dificultades y su momento actual, todo ello a través de las obras de ESSER, BOULANGER, BOBBIO, etc. Estas ideas generales permiten al autor señalar las grandes directrices de su replanteamiento: tratar de explicar su importancia más allá de la jurisprudencia, demostrar sus diversas naturaleza y origen, prestar atención al proceso formativo de los principios, reconocer a las instituciones los entes más idó-

neos para la «autogeneración» de principios, reconducir el planteamiento problemático a debidos límites, aclarar si se está o no ante verdaderas fuentes del Derecho, encontrar una clasificación de los principios y reconocer que una vez codificado o fijado el Derecho desaparecen las diferencias de origen y los principios actúan de modo similar en una concepción sistemática y en una concepción casuística.

Es claro que para llegar a estas metas inicie la exposición de la materia con el examen de la situación en el momento de la codificación, que el autor califica como «un momento jurídico de certidumbres». Con el «iusnaturalismo» individualista serán acogidos los principios generales del Derecho en el movimiento codificador. El examen se prolonga hasta la actual redacción del Código civil y las opiniones doctrinales que lo comentan, tomadas casi todas ellas del libro homenaje a ROCA SASTRE. Las tres grandes ideas que expone el autor en torno al movimiento codificador responden a las tres preocupaciones que la doctrina ha mantenido: si la remisión a los principios era a los de Derecho natural o a los del Derecho positivo, si se trataba de una fuente subsidiaria y si eran o no verdaderas normas jurídicas.

En el examen de los principios ante los diversos momentos metodológicos, el autor se luce haciendo gala del dominio de la materia. Arranca, como no podía ser menos, con la dogmática jurídica y su íntima conexión con el positivismo. El positivismo reposaba fundamentalmente en un método: el método dogmático, y dio pie o base a un tipo de jurisprudencia: la jurisprudencia de conceptos. Después de señalar las notas claves de la dogmática: predominio de la lógica en la dogmática, el derecho como ciencia normativa y los principios como dogmas, destaca el momento actual por el que atraviesa ante los ataques que recibe por el abuso de la lógica como medio para llegar al concepto. El procedimiento conceptual no puede limitarse a la aplicación de la lógica formal, sino que debe tener presente la lógica de la experiencia jurídica.

De la construcción dogmática y de la jurisprudencia de conceptos se pasa a la jurisprudencia de intereses para superar el estricto positivismo público. Todos los tratadistas coinciden en resaltar que la gran aportación de IHERING reside en el reconocimiento de que toda proposición jurídica ha de ser considerada también dentro de su función social. La jurisprudencia de los intereses, que no puede negar su procedencia del positivismo sociológico y de una concepción pragmática del Derecho, se ha ido transformando progresivamente a pesar de gozar aún de prestigio en la práctica judicial en una «jurisprudencia de valoración», continuando así la evolución iniciada ya por STOLL.

Un nuevo camino en esta evolución es el del método tópico y la jurisprudencia de problemas que, lleno de sugerencias, se abre ante los ojos del lector de la obra de VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*. Su tesis central es la rehabilitación del llamado método o pensamiento tópico, cuya singularidad era perfectamente conocida por la filosofía antigua como parte de la retórica, y alrededor de la cual, precisamente, se constituyó la técnica jurídica de los romanos. Sin perjuicio de ello, debe destacarse en la obra dicha la otra vertiente, formada por la concepción problemática del Derecho. Y en este menester el autor va examinando con singular maestría el problema jurídico como «caso concreto», el comportamiento judicial ante el mismo y la utilización de los principios como medio de solución, así como el análisis del pensamiento problemático y el pensamiento sistemático.

Tres últimos puntos van a rematar el estudio de esto que hemos llamado primera parte del discurso. La problemática del «iusnaturalismo» y el juego de los principios generales del Derecho como instrumentos idóneos para permitir la presencia en el mundo del Derecho de unos criterios de valor que actúan de estímulo, de límite, de orientación y de justifica-

ción de todo Derecho positivo. A continuación surge el tema de la «naturalidad de las cosas», en el que se examina su análisis como fuente, su esencia y como fórmula «sintética» entre los dos grandes mundos del ser y del deber ser. Por último, se afronta la temática de las instituciones y el pensamiento jurídico institucional y los principios institucionales, recorriendo ese inevitable camino de la construcción y esencia de los mismos, para desembocar en sus tres proyecciones: capacidad interpretativa, inventiva y organizativa.

B) *Clasificación de los principios.*—Si lo que hemos llamado «parte primera» se caracteriza por una exposición generalizadora de un replanteamiento de la función de los principios generales del Derecho, en esta parte es donde el autor va a sacar las conclusiones deductivas de todo lo que ha expuesto. BOBBIO apunta la idea inicial que le sirve al autor para desarrollar su tesis: los principios generales no constituyen una categoría simple y unitaria, no todos tienen el mismo valor y tienen orígenes distintos. De ahí se deriva una primera necesidad, y es la de estructurar en tipos y en categorías la serie de principios jurídicos que en un determinado momento pudieron ser considerados como categoría unitaria. En la lista de autores que tratan de ofrecer esas categorías se ofrecen por el autor los nombres de BOULANGER, TRABUCHI, VERDROSS, BOBBIO, DE CASTRO y ESSER.

Intimamente relacionado con el problema está el de las fuentes del Derecho, o lo que es lo mismo, los principios generales en función de fuentes del Derecho. El autor hace una afirmación que, salvo la tesis de BETTI, puede tener virtualidad general: en el momento presente, casi todos los juristas aceptan la tesis del origen extrasistemático de los principios generales y los reconducen a principios valorativos o institucionales que sólo después, *a posteriori* y por obra del hallazgo que normalmente—y ésta es la tesis fundamental de ESSER—se vincula al caso y a la labor judicial, penetran en la positividad.

Para el autor, la clasificación más aceptable es la que distingue entre principios dogmáticos, axiológicos e institucionales. Las tres clases las desarrollan en forma sucesiva. La concepción «iusnaturalista», asociada con las ideas de la escuela histórica, dio origen a la dogmática, de la que se derivan unos principios obtenidos por deducción sistemática o por inducción generalizada de las normas. Frente al juego de las actividades lógicas, que habían dado origen a los principios dogmáticos, se inició el reconocimiento en el Derecho de unas actividades valorativas, axiológicas, que dan lugar a la segunda categoría de principios. Por último, el tercer grado creador de principios lo proporcionan las instituciones. Los principios institucionales constituyen el grado intermedio entre los dogmáticos y los axiológicos o fundamentales. Son principios de ordenación. Están dentro y más allá del sistema, pero decantan siempre la porción jurídica que aquella necesita incluir en el campo del Derecho como consecuencia de su tendencia a la ordenación.

Con este esquema creo que puede quedar clara la idea del autor al ofrecer tres categorías de principios generales, como especies de un mismo género, que son la consecuencia—como dice GARRIDO FALLA—de las tres vías de producción de principios inherentes a la aplicación de cada uno de los métodos jurídicos: dogmático, axiológico e institucional.

C) *La doctrina hipotecaria sobre los principios.*—El autor concluye la segunda parte del trabajo con una afirmación que va a dar paso a una conclusión hipotecaria. La institución jurídica patria que armonizó mejor en su desarrollo el pensar sistemático y el pensar problemático, logrando a través de una jurisprudencia adaptada al caso y convertida ágil y eficazmente en norma, obtener de los principios sus más fecundas consecuencias

y ofrecer al Derecho español un modélico ejemplo de regulación jurídica es la legislación hipotecaria.

Sobre esta idea—que ya ha sido repetida en otras ocasiones por el autor en un anhelo de desarrollo—expone la situación anterior y simultánea de los principios hipotecarios con motivo de la publicación de la Ley Hipotecaria. Destaca el recorrido histórico que hace de las principales figuras doctrinales que contribuyeron al desarrollo de los principios hipotecarios y la conclusión de que se trata de principios institucionales, aunque se reconozcan los axiológicos y los dogmáticos. Concluye con un examen de las resoluciones de la Dirección General de los Registros que al ir creando una «jurisprudencia de problemas» ha permitido una rápida recepción normativa por vía de constantes reformas reglamentarias que, en forma sistemática, ofrece con dominio de materia.

La contestación de GARRIDO FALLA, a la que varias veces nos hemos referido, fue clara, precisa y llena de afecto hacia el beneficiario. Únicamente discrepa de la tesis del autor en cuanto la referencia que en el nuevo texto del Código civil se hace a los principios generales del Derecho, en cuanto considera que no pueden tener esa doble faceta de fuente subsidiaria y elementos informadores del sistema.

No es momento de entrar en la posible discrepancia, pues como espectador del acto y recensionista del discurso y su contestación, sólo puedo juntar palma con palma, como los piadosos palmeros, para agradecer aplaudiendo la jornada jurídica que se nos brindó.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *El contrato del Arquitecto en la edificación*.

Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1977, un volumen de 483 páginas y un *Prólogo* de MANUEL IGLESIAS CUBRÍA.

I. Hay una clase de libros de Derecho que no abunda ahora en nuestra literatura científica y a la que nuestra ciencia debe gran parte de su desarrollo. Se trata de textos que articulan en un sistema unitario una problemática doble: una jurídica y otra económica y social. Textos de exploración armados generalmente de un aparato teórico, construido sobre los criterios medios de la *communis opinio doctorum*, el que es proyectado hacia ámbitos nuevos o poco estudiados sectores de la realidad, en un intento de agotar las posibilidades dogmáticas que uno o varios institutos consienten en la indagación de todos los perfiles que el supuesto de hecho presenta. Ejemplos de ellos encontramos con cierta frecuencia en la literatura monográfica antigua y su técnica nos recuerda la empleada por los juristas romanos de la época clásica y que Max Kaser ha denominado el método de conexión de problemas. Esta clase de libros, en efecto, son hechos de ordinario por esa clase especial de juristas, de refinada preparación científica, que se ha venido llamando juristas prácticos, juristas del tipo de aquellos a los que debemos las grandes codificaciones individuales del siglo XIX y sus callados trabajos preparatorios o, limitándonos a nuestra experiencia histórica más inmediata, del tipo de juristas anglosajón, experimentado en el manejo realista de la técnica del *case law*. Pues bien, el libro que motiva estas notas y su autor, el doctor JAVIER FERNÁNDEZ COSTALES, siguiendo en esto la línea metodológica de su maestro, el catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, profesor MANUEL IGLESIAS CUBRÍA, pertenecen a esta clase de textos y a esta clase de autores, respectivamente.

II. Unas pocas palabras acerca del autor son suficientes—y obligadas por ser ésta su primera aportación monográfica de importancia—para verificar la calidad y el estilo de su trabajo científico. Formado el doctor FERNÁNDEZ COSTALES en la técnica civilista bajo la dirección certera del profesor IGLESIAS CUBRÍA, mantuvo una colaboración muy estrecha con el recordado profesor ALEJANDRO DE LA VALLINA. Dedicado fundamentalmente a la actividad docente, no ha descuidado, sin embargo, la investigación. En el primer aspecto, puede ser significativo recordar que el doctor FERNÁNDEZ COSTALES ha sido ayudante en la Universidad de Oviedo desde 1969; adjunto, desde 1972; encargado de curso desde 1974 y que, en la actualidad, es profesor titular de Derecho Civil en el Colegio Universitario de León, dependiente de la misma Universidad. En el segundo, ha publicado un trabajo de gran interés relativo a *La posibilidad real del autocontrato en nuestro Derecho*, en el «Boletín del Colegio de Abogados de Oviedo», 6 (1976), pág. 35 y siguientes, y ha profundizado en el campo del Derecho de Sucesiones con una investigación sobre *La firma del testamento ológrafo*, de muy próxima publicación, si bien es en el tema de obligaciones y contratos en el que ha centrado su atención, por ahora, preferentemente. Buena prueba de ello es su tesis doctoral que, calificada en su momento con la puntuación máxima, sirve de base a la monografía que comentamos y el trabajo que el autor tiene en un estado de elaboración muy avanzado sobre la responsabilidad profesional del médico, materia a la que nuestra doctrina ha prestado poca atención. Cabe esperar grandes frutos, por consiguiente, de la actividad científica del doctor FERNÁNDEZ COSTALES en ambos perfiles del quehacer universitario.

III. El libro es, ciertamente, una «aportación estimabilísima», como escribe el profesor IGLESIAS CUBRÍA en el *Prólogo* (vid., pág. 5) con toda razón, al estudio de la problemática y consecuencias jurídicas de orden civil derivadas del contrato del arquitecto en la edificación inmobiliaria (vid., página 19). Destacan en él las cualidades científicas del autor, que hemos perfilado, y su sensibilidad especial para la captación de las incidencias, técnicas y operativas, complejas que la construcción de la obra plantea, las que son analizadas con rigor, con acierto, con seguridad y con exhaustividad, como el mismo autor citado señala (vid. *Prólogo*, pág. 4). Una perspectiva genética orienta al estudio que investiga, en una parte general, al contrato (págs. 23-230) y, en una sustanciosa parte especial, la responsabilidad que en su virtud contrae el arquitecto (págs. 231-396). La actualidad y repercusiones sociales del tema son evidentes, siendo imposible exagerarlas. Dos causas principales hacen que, según el doctor FERNÁNDEZ COSTALES, se originen frecuentemente problemas en la práctica de la edificación: la negligencia del personal técnico que interviene en ella y un *animus lucrandi* «excesivo» y «peligroso» que suele motivar a las empresas de construcción (vid., pág. 12). A esto se unen ciertas contradicciones en la disciplina normativa de la misma, como son las que se producen entre la necesidad «insuprimible» de una casa y la regulación «imprecisa», «difusa» e «insuficiente» que nuestro Código civil da a la materia (vid., págs. 13-14); entre el frondoso aparato administrativo que depende del Ministerio de la Vivienda y la carencia de una organización eficaz que, según han advertido incluso observadores extranjeros, caracteriza al ejercicio de la actividad de las constructoras en nuestro país (vid., páginas 15-16); entre la multiplicidad de sujetos que intervienen en el proceso: clientes, arquitectos, aparejadores, encargados, operarios, etcétera, y la falta de control sobre las funciones de los mismos, fuente, muchas veces, de situaciones de grave irresponsabilidad (vid., pág. 16). La realidad jurídica, técnica y socio-económica confluyen, por tanto, en hacer inminente una reforma legislativa en este punto, necesidad que se ha hecho sentir ya, e insistentemente, en los niveles de gobierno (vid., pá-

ginas 17-18). Y la pieza clave sigue siendo la responsabilidad del arquitecto, objeto principal de la investigación (*vid.*, pág. 18), en la que se reúnen por el autor todos los materiales precisos de un estudio preliminar para llevarla a cabo. Como un factor previo a tal responsabilidad se analiza, pues, el contrato, sus elementos, su naturaleza jurídica y los efectos derivados de los supuestos de su cumplimiento y de su incumplimiento (*vid.*, pág. 19), esquema clásico de acuerdo con el cual organiza el autor sistemáticamente la materia.

A) La estructura del trabajo revela, en efecto, la destreza con que se desenvuelve el doctor FERNÁNDEZ COSTALES en la tradición dogmática que circunda el tema, cuyo tratamiento distribuye en bien equilibrados diez capítulos, que agotan prácticamente los datos normativos del mismo. Con arreglo a la sistemática gayana, abre la parte general un análisis del sujeto que tipifica al contrato, el arquitecto, en cuanto profesional organizado y colegiado a quien se encarga la proyección, dirección, control y, en ocasiones, la ejecución de la obra, capítulo en el que el autor estudia las condiciones de ejercicio de la profesión del arquitecto en nuestro Derecho e, incluso, la hipótesis de actuación profesional de arquitectos extranjeros en nuestro país (págs. 29-84). Sigue una investigación exhaustiva acerca de la naturaleza jurídica del contrato, la que varía, a juicio del autor, según sea la forma del ejercicio profesional que el arquitecto adopte en el mismo (págs. 88-132). Asimismo, sobre los elementos personales, reales y formales que intervienen en su constitución (págs. 135-171); sobre el contenido típico tanto de las obligaciones del arquitecto en relación con la ejecución y riesgos de la obra como del dueño de la misma en cuanto a su deber de cooperación, de recepción y de pagar el precio u honorario (págs. 176-124), y sobre las causas generales y específicas de extinción del contrato (págs. 217-230). Tras estos cinco capítulos viene la parte especial, dedicada a la responsabilidad contractual civil del arquitecto, materia que se divide en tres nuevos capítulos, que tienen por objeto algunos conceptos previos, la naturaleza jurídica de la misma y el seguro de responsabilidad (págs. 235-248); el estudio de los distintos supuestos de responsabilidad por inexecución o ejecución defectuosa y tardía, apartado en el que formula el doctor FERNÁNDEZ COSTALES una interesante clasificación omnicomprendensiva de los vicios de que puede adolecer la edificación (págs. 252-329) y, por último, el contenido de la responsabilidad contractual del arquitecto por incumplimiento del acuerdo negociado, los casos de modificación de tal responsabilidad típica y sus sistemas de distribución, apartado éste que comprende un estudio muy completo de la legitimación activa y pasiva, carga de la prueba y prescripción de la acción de responsabilidad contractual del arquitecto (págs. 334-386). Completan la obra un capítulo inicial destinado a servir de *Introducción* y a acotar y plantear el problema (págs. 11-22) y un capítulo final dedicado a recoger, en síntesis, las *Conclusiones* (págs. 389-396). Seis *Apéndices* relativos a puntos de interés práctico-jurídico y técnico (págs. 397-451), cerca de veinte páginas de bibliografía y de fuentes legales y jurisprudenciales (págs. 453-474) e *Índices* detallados de autores y de materias (páginas 475-483), dan a la obra un atractivo especial para el gran público, no menos que para el jurista y para el profesional de la construcción al par que ponen de manifiesto la técnica de investigación refinada y muy cuidada de la que hace gala el autor.

B) El tema está desarrollado en la obra de un modo muy sugerente, con un aparato bibliográfico plenamente confiable, con una riqueza y abundancia de datos legales y técnicos que excede de lo habitual en nuestra literatura jurídica. Nos extenderíamos demasiado si pretendiéramos ilustrar aquí los pormenores del estudio realizado por el doctor FERNÁNDEZ COSTALES, por lo que nos limitaremos a extractar algunas de sus conclu-

siones, las que tienen la particularidad de reflejar con fidelidad las líneas maestras de su estructura lógica.

C) En primer lugar, hay que tener en cuenta que «toda obra de arquitectura comprende las siguientes actividades: a) El planteamiento general de la edificación. b) La ejecución técnica de la obra. A su vez se subdivide en: dirección técnica propiamente dicha; ordenación, vigilancia e inspección especial y, finalmente, en la verificación de la misma. c) La ejecución material de los trabajos. d) La recepción de la obra», pese a su sustancial unidad (pág. 389). Por ello, «la figura del arquitecto, entendida tradicionalmente como el único profesional superior que interviene en la concepción y ejecución técnica de una edificación, se ve normalmente complementada, dada la complejidad que cada día en mayor grado presentan las obras de arquitectura por el concurso de otros profesionales con diversas titularidades y con unos cometidos o atribuciones concretas: aparejador o arquitecto técnico, calculistas de estructuras, etc.» (págs. 389-390). «La naturaleza jurídica del contrato que celebra el arquitecto—afirma el doctor FERNÁNDEZ COSTALES con acierto—vendrá determinada por un factor previo y un factor consecuente: a) La forma en que ejerce su profesión, como factor previo: arquitecto independiente, contratado al servicio de una empresa privada o de otro arquitecto y funcionario o técnico contratado por un organismo público. b) La actividad que realice en cada caso en concreto, como factor consecuente. En su virtud, el contrato del arquitecto en relación con la edificación puede subsumirse en alguna de las siguientes relaciones jurídicas: contrato de obra, contrato de servicios, contrato de mandato, contrato de obra complejo, contrato de trabajo, contrato de función pública y contrato administrativo» (págs. 390-391). Según el autor, en la hipótesis más frecuente—la relación del arquitecto independiente con el dueño de la construcción—el tipo puro del contrato será el de obra, el que puede verse complementado con otras estipulaciones, tales como las relativas a la recepción del edificio, caso en el que se configura un contrato de obra complejo (*vid.*, pág. 391). De esta recepción se deriva en nuestro Derecho una serie de efectos en orden a la responsabilidad que conviene puntualizar detalladamente: «Determina la transmisión de los riesgos al dueño de la obra; produce el reconocimiento por el propietario de la buena ejecución de la obra, pero solamente libera de responsabilidad al arquitecto si los vicios o defectos de que adolezca el edificio ha debido conocerlos, a pesar de su ignorancia o por razón de sus conocimiento o porque el arquitecto se los ha comunicado de forma fehaciente y aquél no formula reserva expresa y, en fin, si se ha modificado el régimen de responsabilidad mediante cláusulas a tal efecto, exceptuándose siempre en todos los supuestos los vicios que afecten a la solidez y estabilidad de la edificación; marca el momento en que comienza a transcurrir el plazo de garantía y el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad poscontractual del arquitecto; y, finalmente, determina la exigibilidad del precio u honorarios debidos al arquitecto» (págs. 391-392). La responsabilidad del arquitecto, como se sabe, es de naturaleza especial tanto por su carácter profesional y por la naturaleza de resultado de su obligación como por la mayor intensidad que ésta reviste en base a «los plazos de garantía de diez y quince años establecidos en el artículo 1.591 del Código civil para asegurar la buena ejecución de la obra inmobiliaria; la presunción de culpa que gravita sobre el arquitecto en la hipótesis de ejecución defectuosa de la edificación de la que se deriva su ruina; y, finalmente, en la nulidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, salvo escasas excepciones. La presunción de culpa (como es natural) cesará mediante prueba en contrario» (pág. 393). Los supuestos de inejecución, ejecución defectuosa y ejecución tardía son los que dan lugar a la responsabilidad contractual del arquitecto, que puede exigir el dueño de la obra y sus causahabientes, si bien, como expresa el doctor FERNÁNDEZ COSTALES, «resulta sumamente di-

fácil establecer el régimen de atribución de responsabilidades en la edificación de una obra inmobiliaria como consecuencia de la natural complejidad creada por los diversos contratos celebrados con los diversos elementos personales que intervienen en el proceso edificatorio y que tienden mediante prestaciones distintas a un mismo fin: la construcción del edificio» (página 393). Así, en particular, «los vicios del proyecto y los vicios del suelo son atribuibles al arquitecto proyectista en su calidad de autor. Compartirá esta responsabilidad el arquitecto-director en base a la obligación que pesa sobre él de revisar y en su caso rectificar el proyecto por los vicios o defectos que éste adolezca o porque en virtud de las circunstancias o de las condiciones del terreno o de las obras y que se manifiesten durante la ejecución técnica de la misma sea necesario asimismo rectificar aquél. Pueden ser asimismo responsables por los vicios del proyecto y del suelo aquellos técnicos especializados que hayan intervenido con función propia e independiente (hipótesis de que hayan sido contratados directamente por el dueño de la obra) en la confección del proyecto, los cuales responderán de los daños que les sean atribuibles a faltas profesionales de su respectiva actuación. Únicamente en el caso de vicios manifiestos y graves el aparejador o arquitecto-técnico y el constructor compartirán también la culpa y, por consiguiente, la responsabilidad. Los vicios de la ejecución técnica en su actividad de dirección técnica propiamente dicha son atribuibles exclusivamente al arquitecto-director. El aparejador o arquitecto-técnico responderá por los derivados de la actividad de ordenación, vigilancia e inspección especial. Finalmente, los vicios o defectos que provengan de la actividad de verificación de los trabajos y aprobación de las cuentas son atribuibles a ambos técnicos, arquitecto-director y aparejador, dentro de la esfera de su respectiva competencia. En cuanto a los vicios de la ejecución material, es cierta la responsabilidad del constructor, que será compartida por el arquitecto-director y el aparejador o arquitecto-técnico, si éstos hubieren incurrido en culpa por omisión del deber de control general y especial que, respectivamente, les incumbe» (págs. 394-395). En cuanto a la ruina, existe una «responsabilidad especial en el artículo 1.591 del Código civil (que) reviste una naturaleza *ex lege ex*, párrafo 10, del referido precepto, mientras que nos encontramos ante una responsabilidad específicamente contractual *ex párrafo* segundo del indicado texto legal, prescribiéndose distintos plazos de garantía para ambas» (pág. 395). Pese a todo esto, acierta el doctor FERNÁNDEZ COSTALES cuando, desde una perspectiva crítica, nos advierte la falta de sistematicidad y de organicidad que existen en la disciplina normativa analizada (*vid.*, págs. 395-396). Asimismo, cuando propone *de lege ferenda* que «la solución es complicadamente sencilla y está en la mente de todos: Un Código o Ley Especial de la Edificación que regule en todos sus aspectos la obra de arquitectura. Y para hacer real la protección jurídica que la ley debe conceder a los perjudicados, dado que no existe medio más idóneo que el seguro, con el cual se logra una eficaz protección frente a los diversos riesgos que el hecho edificatorio puede originar, crear un Seguro Colectivo obligatorio para la edificación. Y no nos olvidemos de la necesidad de un auténtico órgano de inspección y control *efectivo* de la obra en construcción y de la obra ya construida» (página 396).

IV. Como ha podido apreciarse, se trata, en suma, de una obra seria, madura y fundamental para todo otro investigador que quiera adentrarse en el tema. Pero su carácter definitivo no se limita a este plano científico únicamente, sino que su utilidad se proyecta al terreno de la política legislativa. Y no sólo al mundo del Derecho, sino que, como hemos señalado ya, al personal técnico y profesional que interviene en la edificación. Desde este ángulo, dan a la obra una utilidad muy singular, por otra parte, los cuadros generales, relativos a la regulación de los arquitectos del Estado (*vid.*, págs. 38-41), a las atribuciones y obligaciones técnicas del arquitec-

to (*vid.*, págs. 57-58), a las funciones de los promotores de viviendas de protección oficial (*vid.*, págs. 66-67), a las de los aparejadores o arquitectos-técnicos (*vid.*, págs. 72-73) y a las de los constructores (*vid.*, pág. 80), así como los de las disposiciones comunes, particulares y especiales que rigen las actuaciones del arquitecto (*vid.*, págs. 138-144) y sus honorarios (*vid.*, página 161). Tablas esquemáticas éstas que, sin duda, facilitarán su consulta por el lector lego.

DOCTOR CARLOS VATTIER FUENZALIDA
(Colegio Universitario de León)

SOTO NIETO, FRANCISCO: *Cuestiones jurídicas (Jurisprudencia creadora)*. Segundo volumen. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1976.

Integrada por un total de 535 páginas, completadas al final por unos amplios índices de jurisprudencia, autores, disposiciones legales y analítico de materias, consta de un total de quince capítulos, divididos a su vez en apartados.

El primero de ellos concierne al menor ante la responsabilidad civil dimanante del accidente automovilista, toda vez que, en el campo del tráfico automovilista, al permitirse la conducción a partir de los dieciocho años—y de los dieciséis, en ciertos vehículos—nos encontramos con multitud de siniestros en los que aparecen como responsables individuos que no alcanzaron la mayor edad, movilizandolos los resortes civiles de la responsabilidad por hecho ajeno (art. 1.903) siempre que se juzguen ilicitudes no desbordantes del estricto campo civil, creando a su vez, cuando de ilícitos penales se trate, arduos problemas el contraste entre los preceptos penales reconocedores de una capacidad para delinquir a partir de los dieciséis años, con su anejo normativo de la responsabilidad civil extraño a la general insolvencia de los menores y el conglomerado regulador del Código civil, más previsor en este orden al buscar suplementos de solvencia en los padres o guardadores hasta el límite de los veintiún años.

Por todo ello se examina en primer lugar el supuesto de que el menor de edad civil haya sido el agente conductor de un vehículo de motor causante de un atropello con un resultado damnificador, albergado dentro de los límites cualitativos y cuantitativos propios del seguro obligatorio, separando la hipótesis en que se detecte una ilicitud penal de aquellas otras en que sólo se impute un ilícito meramente civil.

Del mismo modo, al enjuiciar el resultado damnificador cuantitativo o cualitativamente situado fuera del cono de proyección de las instituciones seguro obligatorio y fondo de garantía, tiene en cuenta especiales normas sustantivas en cuanto, por regla general, ante la insolvencia de los menores se trataría de obtener un desplazamiento responsabilizador de garantía hacia sus padres o guardadores, no siempre posible, según se aprecia.

El segundo capítulo se refiere a las lesiones que produzcan incapacidad temporal o mera deformidad y a la indemnización puesta a cargo del seguro obligatorio, girando fundamentalmente el tema en torno a si se hallan o no comprendidos en el ámbito de cobertura propio del seguro obligatorio aquellas consecuencias dañosas o perjudiciales derivadas de cualquier deformidad física que no constituya propiamente incapacidad, así como las inherentes al periodo de curación de las lesiones experimentales que reporte inhabilitación temporal para el trabajo o dedicación profesional del lesionado.

Reflejando multitud de sentencias, se aprecia que ya contamos, en el seno de la jurisprudencia penal, con una doctrina reiterada, desde luego favorable—y en este sentido muy plausible—a los intereses de víctimas de la circulación automovilística.

El tercer capítulo trata del auto integrador del título ejecutivo y de las consideraciones sobre su recurribilidad.

Pasando a otro tema, estamos ante los arrendamientos de temporada, materia sugestiva en la frondosa temática arrendaticia y de vida polémica muchas veces, ante la imprecisión de los términos contractuales, ajenos a la estructuración sistemática y terminológica de la ley, dejando sin clarificar la naturaleza intrínseca del convenio; motivando que los arrendatarios, en afán de conseguir un afianzamiento en su papel de usuarios, gusten de aducir una nutrida serie de argumentaciones, buscando una incardinación amparadora en el ámbito de la L. A. U.; mientras que el arrendador, por el contrario, aspire a una excardinación liberadora que le devuelva toda la flexibilidad dispositiva propia de la *locatio-conductio*, en su más cabal y tradicional acepción, dentro de la teoría general del ordenamiento civil. Todo ello hace que la función interpretativa del órgano judicial, a fin de dar con la verdad contractual por entre las piezas sueltas de las aportaciones de las partes, tenga aquí una función de cardinal importancia.

Posteriormente llegamos a las consideraciones sobre los subarriendos de temporada, materia en la que, a juicio del autor, hay que distinguir según que el subarriendo se lleve a efecto por inquilinos o arrendatarios de inmuebles, cuyo arrendamiento se halle sometido a las disposiciones civiles y procesales comunes, o bien se trata de relaciones subarrendaticias derivadas de locaciones incardinadas en el ámbito material de aplicación de la L. A. U. Tanto unas como otras pueden servir de base a los sublocatarios para desarrollar un sistema de habitual residencia o permanente uso negocial en el inmueble o dependencias recibidas o bien por una mera utilización circunstancial, discontinua, esporádica, «de temporada», ya con caracteres de periodicidad, o sin ese ritmo o determinación en los intervalos de desuso, pero ausente el signo de permanencia. En este último supuesto—dice el autor—nos hallamos ante unas situaciones que bien podrían denominarse «subarriendos de temporada».

El problema radica en precisar si ante semejante hipótesis se han de configurar como modalidad especial tales «subarriendos de temporada», para haccerlos objeto de un trato especial, con aplicación de unas fuentes legislativas distintas de aquellas a las que se liga y adscribe el arriendo del que traen causa. A demostrar el fundamento de una respuesta negativa se encaminan las líneas que a esta materia dedica el autor.

En otro capítulo se ocupa del arrendamiento de locales para casinos o círculos de recreo, excluido expresamente del ámbito especial de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aunque dicha exclusión no aparece ya tan clara si la realidad atestigua la existencia de una base negocial o locativa, como, por ejemplo, el ejercicio de una industria cinematográfica por el círculo o entidad arrendaticia.

El capítulo VII se refiere a los depósitos, almacenes, escritorios y oficinas en la actual regulación arrendaticia.

En este tema, tras una consideraciones generales, examen del concepto de depósitos y almacenes, con una enumeración de supuesto conceptuados como arrendamientos de depósito o almacén por la jurisprudencia, pasa a ofrecer el concepto de los escritorios y oficinas, estudiando también el fundamento de la asimilación al arrendamiento de local de negocio, en los casos en que proceda, y los requisitos para la conceptualización como local de negocio.

Posteriormente, al examinar la relación del artículo 5.º, número dos, apartados segundo y tercero, con la causa de excepción a la prórroga por

cierre del local de negocio, distingue entre el cierre del local de negocio por su transformación en depósito o almacén, o en escritorio u oficina y el no uso del local destinado a depósito, almacén, escritorio u oficina.

Del mismo modo, al exponer la relación del artículo 5.º, número dos, apartados segundo y tercero, con las causas de resolución del arrendamiento por transformación de destino, establece la siguiente distinción: a) transformación del local de negocio en depósito u almacén, y viceversa; b) transformación del local de negocio en oficina u escritorio, y viceversa; c) significación de la causa de elevación de la renta por dedicación a negocio de clase distinta.

Finalmente, con el estudio de la relación del artículo 5.º, número dos, apartados segundo y tercero, con las diversas normas revalorizantes de la renta de los locales de negocio da por concluido el capítulo VII de la obra.

Siguiendo con la lectura de la obra llegamos al traspaso del local de negocio con tres pronunciamientos jurisprudenciales de sumo interés.

El primero de dichos pronunciamientos corresponde a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1974, y versa sobre la participación del arrendador en el precio del traspaso. Sumamente relevante resulta la citada resolución de nuestro más Alto Tribunal, al ser la primera que resuelve con claridad meridiana cuál es la fecha que ha de ser tomada en consideración en orden a la determinación de la cuantía porcentual con que ha de participar el arrendador en el precio del traspaso del local de negocio.

El segundo pronunciamiento es el de la Sentencia de 20 de junio de 1974, sobre ineficacia de cesión consentida por el administrador judicial. Se trata aquí de una resolución cuyo interés trasciende a la doble vertiente del derecho sustantivo arrendaticio y del derecho procesal, en un tema como el de las facultades del administrador judicial, tan sujeto a contradicción y que se enraiza con el famoso y controvertido problema del más puro derecho civil, de la distinción entre los actos de administración y de disposición.

El tercero de los citados pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia del traspaso corresponde a la Sentencia de 30 de marzo de 1973, sobre separación de un coarrendatario de la comunidad arrendataria, separación que verdaderamente implica un traspaso cuando el otro coarrendatario queda con el uso, por sí, de la integridad del local, compartido anteriormente en unión del sustituido, traspaso que por no reunir los requisitos legalmente exigidos da lugar a la resolución del contrato.

El capítulo IX trata de la accesoriedad y solidaridad en el aval cambiario.

Tras unas consideraciones generales y por lo que se refiere a la accesoriedad de la obligación del avalista, SOTO NIETO se refiere, en primer lugar, a las posturas mantenidas por la doctrina científica y por la jurisprudencia, extrayendo posteriormente las consecuencias que de las mismas se derivan.

Por lo que respecta a las consecuencias que son derivación íntima e ineludible de la accesoriedad del instrumento del aval, estudia, entre otras: la subordinación de la validez del aval a la de la obligación garantizada; excepciones oponibles por el avalista; inexistencia contra el avalista de acción ordinaria *ex contractu* y alcance de la obligación del avalista.

Por otro lado, la responsabilidad del avalista es solidaria con la del avalado, sin que ello suponga la absoluta asimilación de la misma a las obligaciones solidarias del derecho común, en las que una pluralidad de deudores convergen, dada la unicidad causal, en la común respuesta vinculativa a una misma obligación. Aquí nos hallamos ante obligaciones distintas, pese a la nota de accesoriedad que las conecta y coliga; quizá en ello radique la divergencia que, en orden a los efectos del pago, se apunta más acusadamente entre una y otra modalidad de vinculación *in solidum*. Se trata, pues, de una solidaridad especial o modificativa que, en definiti-

va, refuerza la seguridad en el ejercicio y en el cumplimiento de los derechos y obligaciones a que el afianzamiento cartulario da paso.

La jurisprudencia viene manteniendo igualmente una línea uniforme y constante en la proclamación del carácter solidario de la obligación del avalista.

De acuerdo con el carácter solidario del vínculo del aval, en el supuesto de suspensión de pagos del avalado, se admite la posibilidad de que el acreedor cambiario pueda dirigirse en primer término contra el avalista, esto es, no ha de afectar al acreedor cambiario el estado de suspensión de pagos en que pueda encontrarse el deudor principal, permitiéndole intentar, al margen de dicho expediente, el cobro del crédito.

Finalmente, resulta lógico que el avalista que atiende la reclamación de pago que el acreedor cambiario le formula quede subrogado en los derechos del mismo, como sucesor en la posesión o tenencia de la letra. Ahora bien, en el ámbito cambiario, el fenómeno de la subrogación se presenta con ciertas peculiaridades que le diferencian de la operada en el seno de la fianza civil. Y es que el avalista no deviene mero concesionario del crédito perteneciente al tenedor, sino que se erige en mero poseedor del título, al que advienen los derechos propios de cualquier poseedor legítimo del mismo.

Con el capítulo X se entra en el estudio del aval cambiario y la mujer casada, distinguiendo, tras una general introducción, los siguientes supuestos: *a)* aval suscrito por mujer casada comerciante; *b)* aval por mujer casada no comerciante; *c)* aval prestado por la mujer a favor del marido; *d)* aval prestado conjuntamente por marido y mujer a favor de tercero, y, por último, *e)* aval prestado por el esposo y su incidencia sobre los bienes gananciales.

Otro tema abordado por el autor es el referente al aval en documento separado.

La idea del aval por documento separado, tanto desde el punto de vista del derecho positivo como del dogmático, nace, se desarrolla y perdura —dice SOTO NIETO—bajo el signo combativo de lucha, bajo una dialéctica apasionada de contradicción y de crítica.

Cuando aquí se habla de aval por documento separado se excluyen los supuestos de aval materializado sobre un duplicado de la cambial, o bien aquel otro que—figurando fuera del espacio propio de la letra, viene concebido como suplemento o prolongación de la misma, hasta el punto de que le acompaña en su iter circulatorio figurando adherido a la misma.

Partiendo de un dato que no puede soslayarse, y es el de que en la realidad mercantil, tanto nacional como extranjera, viene haciéndose uso del sistema de afianzamiento del papel comercial por medio de documentos materialmente autónomos, independizados de aquél, que el que se erige como garante entrega al concedente del crédito, el autor refleja los distintos criterios doctrinales en torno al aval en documento separado, admitido generalmente por la doctrina patria, aunque, no obstante, son varios los autores que niegan la posibilidad de un aval cambiario en documento aparte de la letra.

En cuanto al criterio jurisprudencial, a juicio del autor, no se dispone de un bloque uniforme y compacto de doctrina legal que nos resuelva de modo indubitable toda la problemática suscitada por el aval dado en acto separado, toda vez que los pronunciamientos de la jurisprudencia revelan actitudes vacilantes y pendulares, de las que, sin embargo, trata de extraer provechosas consecuencias a los fines expresados.

En realidad estamos ante un aval cambiario propio, en tanto no exista más nota diferenciadora con el ordinario que su circulación extracartularia; pero nunca cuando—continúa diciendo SOTO NIETO—, además de esa materialización extramuros de la letra, se dejen de respetar las restantes notas que peculiarizan a esta *sui generis* especie de fianza mercantil.

Por otro lado, el autor se refiere a dos supuestos que la práctica ofrece con harta frecuencia, sobre todo en el ámbito bancario, y en los que se pretende la simplificación de la operación de garantía y, a la vez, su máxima extensión o abarcadura y su más eficaz realización ejecutiva. Se trata simplemente del aval conjunto, de plurales efectos, y aval indeterminado, de efectos futuros, hipótesis ambas en las que parece darse cuerpo a una fianza mercantil de carácter ordinario.

Cuando estudia la acción ejecutiva contra el avalista y sus requisitos, tras ofrecernos unas consideraciones generales, separa o distingue dos supuestos: uno referente al aval intervenido o firma de avalista legitimada y otro el aval sin intervenir y firma de avalista sin legitimar.

En el primer caso afirma que no basta para dotar de vigor ejecutivo a la acción contra el avalista con la observancia de los requisitos de intervención o legitimación que vienen a eliminar la necesidad de unas diligencias preparatorias ante el órgano judicial, sino también es preciso que el avalista sea noticioso del fallo producido en la invitación de pago cursada al aceptante de la letra, o sea, del desatendimiento por parte de éste de la orden recibida de hacer un determinado abono al tenedor legítimo del efecto.

En cuanto al supuesto de aval sin intervenir y firma del avalista sin legitimar, indica que para que la acción contra el avalista pueda ostentar vigor ejecutivo se hace preciso, aparte de la notificación de protesto levantado contra el deudor principal, apurar un trámite judicial tendente a dejar constancia de la suscripción de la letra por aquél, el reconocimiento de su firma, tras el cual queda abierta la posibilidad del despacho de ejecución.

Continuando con el orden de capítulos, llegamos a encontrarnos en el XIII el estudio de los principios éticos en el proceso, esto es, la lealtad y buena fe o deber de observancia de la verdad en el proceso, con un reflejo también de las consideraciones sobre el fraude procesal y una referencia a la estafa procesal.

No cabe duda de que muchas veces, abandonando los principios éticos que deben guiar a las partes en el proceso, se hace uso del fraude procesal a través de medios mendaces o artificiosos susceptibles de provocar una resolución errónea. Pero, avanzando un tanto más, cuando dicho comportamiento engañoso venga precedido por un ánimo lucrativo e incida perjudicialmente sobre el patrimonio de la contraparte, la general y vaga atipicidad del fraude deja paso a la tipificada conducta de la estafa procesal.

El capítulo XIV trata del abuso del Derecho en el ámbito procesal, noción que con criterio restringido queda reservada a la hipótesis de que el despliegue de las acciones judiciales, la utilización de recursos impugnatorios o la promoción de incidentes, a lo largo del desarrollo del proceso, supongan no una instrumentación al servicio de pretensiones defendibles, sino un retorcido o injustificado uso de una serie de garantías que flanquean y prestan su cobertura a todo derecho, con la intención de intranquilizar o molestar al adversario, retrasar al máximo la resolución del litigio o bloquear la efectividad de cualquier procedimiento judicial.

Finalmente, el capítulo XV recoge las preferencias e interferencias entre la jurisdicción especial de menores y la jurisdicción ordinaria.

Ofrecidas unas consideraciones generales sobre la materia, el autor examina la competencia de los Tribunales Tutelares de Menores, estableciendo un deslinde entre las facultades de los mismos y las atribuidas a la jurisdicción ordinaria.

A su vez, dentro de esas atribuciones especiales que le están encomendadas, se separan las que lo son en el ejercicio de la facultad protectora de aquellas otras que conciernen al ejercicio de la facultad correctora.

Pasando al estudio de la intervención de los Jueces y Tribunales de Jurisdicción Ordinaria en relación con hechos de la competencia de los Tribu-

nales Tutelares de Menores, independientemente de la posible intervención en la instrucción de primeras diligencias, indica que existe una intervención por vía de auxilio, puesto que los Tribunales Tutelares de Menores están facultados para requerir el concurso y auxilio de las autoridades y de los Jueces, Tribunales y funcionarios de cualquier orden y fuero, con el fin de que cooperen al cumplimiento de la elevada misión social que les está confiada.

Trata también de la delimitación de atribuciones entre la jurisdicción ordinaria, las autoridades gubernativas y los Tribunales Tutelares de Menores por razón de las conductas previstas en la Ley de 26 de julio de 1878 sobre ejercicios peligrosos realizados por menores de dieciséis años, Ley de 23 de julio de 1903 sobre mendicidad de menores de edad y Ley de 4 de agosto de 1970 sobre peligrosidad y rehabilitación social, toda vez que las mencionadas leyes contienen diversos preceptos sancionadores de determinadas conductas, bien de menores de dieciséis años, bien de mayores de esta edad, pero cuyos actos repercuten de modo trascendente en la formación del menor, y que por lo mismo son tomados en consideración para ser sancionados adecuadamente y sustraer a aquél de la nefasta influencia de quienes, ascendientes, tutores, maestros o encargados de su guarda, no son dignos de permanecer en la misión de custodia que se les atribuía.

SOTO NIETO concluye la obra con el estudio de los conflictos entre la jurisdicción de menores y la jurisdicción ordinaria, ya que aun cuando no será fácil que se suscite cuestión de competencia entre los Jueces y Tribunales de la jurisdicción de menores y de la ordinaria, dada la complejidad de funciones que estos Tribunales tienen encomendadas en determinados sectores de su actividad, es posible que surjan motivos de fricción con otros órganos de la jurisdicción.

Puede, no obstante, suscitarse conflicto entre ambas jurisdicciones, principalmente en relación con las medidas que la facultad protectora o correctora entraña, cuando los Tribunales civiles ordinarios reclamen su fuero, a veces no perfectamente definido en relación con las atribuciones conferidas a los Tribunales de Menores.

SOTO NIETO concluye así su obra, ofreciéndonos una vez más un estudio exhaustivo, profundo y completo sobre varias cuestiones jurídicas que han sido objeto de una viva, copiosa e interesante jurisprudencia.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

Vorstudien zur Rechtshistorik, herausgegeben von JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ. Ius Commune. Sonderhefte, 6. Frankfurt am Main, 1977. XIV + 346 págs.

Como un nuevo resultado de los trabajos en curso—o promocionados desde el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte—, aparece este volumen «metodológico» centrado en problemas «teóricos» de la práctica histórico-jurídica (presentándolo, el profesor COING anuncia que pronto se le sumará un segundo volumen dedicado a problemas más «técnicos», de valoración y aprovechamiento de las fuentes). Y la vocación «europea» del Instituto no deja de reflejarse en esta empresa «metodológica»; así el primer volumen ahora aparecido, bajo la dirección de JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, reúne los siguientes trabajos: del propio SCHOLZ, *Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik*; de MARIANO y

JOSÉ LUIS PESET, *Vicens Vives y la historiografía del Derecho en España*, y de ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Une méthode d'analyse structurale en histoire du droit*. Pasemos a una sumaria noticia de su contenido.

El de SCHOLZ es un extenso trabajo que dista mucho de limitarse a algunas «reflexiones» sobre la metodología histórica imperante en Francia o sobre la «Escuela de los Annales» en concreto. Se ocupa de ella, ciertamente, y de la literatura metodológica que sobre la misma, más o menos críticamente, se ha suscitado, en lo que constituye una de las reseñas más detenidas publicadas hasta el momento; reseña que a su vez tampoco se limita a una labor de mera catalogación, sino que descende a matizar direcciones y valorar posiciones en orden a la consideración del alcance que a todo ello haya de reconocérsele, más allá de las repercusiones ya habidas, en la historia del Derecho; en este sentido, tratará por una parte diferenciadamente, resaltando justamente su significación (que otros no hemos sabido anteriormente apreciar), de las investigaciones histórico-jurídicas desarrolladas en Francia bajo el impacto o la directriz metodológica de la historiografía promovida por los «Annales»; por otra, se ocupará de la atención que, desde los propios «Annales» y a lo largo de su historia, se ha mostrado por la especialidad histórico-jurídica; atención que resulta más bien insuficiente y a veces primaria, aunque desde la nueva historiografía se hayan también producido importantes incursiones en su campo; la falta de una relación definida entre uno y otro apartado es buen reflejo de una realidad en la que se siguen presentando significativas discordancias entre uno y otro campo, entre la historia del Derecho y la historiografía en general.

Pero, como decimos, la aportación de SCHOLZ no se reduce a dichos aspectos, extendiéndose a otros por los que mejor podrá hacerse cargo de los problemas reales que reflejan tales divergencias; problemas que suelen escapar a quienes, como medio de inmunizar a la historia del Derecho de toda dogmática, se recluyen en la afirmación de su entidad historiográfica. Quiérase o no, la historia del Derecho viene tradicionalmente comprometida con las cuestiones «doctrinales» del Derecho; y, quiérase o no, la misma no se libera de la «doctrina» sino asumiéndola como objeto—no como método—propio, concurriendo con ello al debate actual sobre el Derecho. Situándose en esta perspectiva, y ofreciendo noticia igualmente de la literatura alemana producida hoy en este campo (la historiografía francesa, comprendidos los debates interdisciplinarios de los «Annales», poco da de sí en este punto; y lástima que no haya cabido una extensión a la literatura—jurídica e histórico-jurídica—italiana, cuya contribución al respecto ha de juzgarse fundamental), esta segunda parte del trabajo de SCHOLZ presenta un interés si cabe mayor al de la primera; ciertamente mayor en nuestro caso, dada la escasa presencia entre nosotros de la problemática jurídica que aquí se trata.

La amplitud de perspectivas abiertas por este doble frente, considerado con el suficiente detenimiento y análisis, de la problemática historiográfica y de la jurídica puede imaginarse; y SCHOLZ saca provecho de ella para fijar limitaciones de la historia del Derecho tradicional y tareas para una historia del Derecho a la altura del presente. La primera tarea, obviamente, es aquí «metodológica»; tarea de asunción crítica de unas aportaciones de «método» que no proceden de un solo campo (y hacerlo ver, más que predicarlo, no es poco mérito de SCHOLZ, más allá de la puntillosa recensión de autores o tendencias), sino particularmente de la historiografía, de la teoría del Derecho y de la epistemología de las ciencias sociales; y tarea de intervención igualmente crítica en el desarrollo de tales aportaciones, ayudando a la integración, no menos «metodológica», de dichos componentes particulares de la ciencia social, vertiente esta en la que seguramente podrá avanzarse más allá de lo aquí expuesto por SCHOLZ, pero en base al panorama de conjunto abierto por él, efectuando ya un primer paso de

dicha integración con la misma colación de los debates habidos—de la problemática suscitada—en los diversos campos.

El terreno sustantivo en el que SCHOLZ sitúa preferentemente unas tareas, ya no en principio «metodológicas», de presente y futuro para la historia del Derecho resulta hasta buen punto lógico: el de la «Privatrechtsgeschichte der Neuzeit», que puede, con justo derecho, como lo viene por otra parte demostrando, concurrir muy especialmente al debate «metodológico» sobre el Derecho; e interesante para nosotros puede ser que ante la nueva defensa a que ha de desembocarse de unas perspectivas realmente «europeas» para la historia del Derecho de los países aquí comprendidos se señale la necesidad de articularlas con planteamientos «regionales» que puedan abordar justamente el estudio específico de las sociedades que en dicho ámbito se diferenciaban institucionalmente, conformándose con ello también a sugerencias de la nueva historiografía. Y dada la especialidad de SCHOLZ en la Península Ibérica, podrá insinuarse que una «historia del Derecho español» tendría así que eclipsarse ante unas historias de los Derechos castellano, aragonés, catalán, etc., y una historia del Derecho europeo. Aquí, como en otros casos, una motivación «metodológica» viene a confluir con un imperativo histórico, lo que no resulta mal índice de la adecuación de una metodología.

MARIANO y JOSÉ LUIS PESET inciden en parte de los problemas considerados por SCHOLZ, aplicándose a la cultura española con unos resultados no poco sugestivos. En ella puede resaltar una relativa particularidad de partida: la primera historia del Derecho que merece tal nombre se presenta aquí en unos términos bien comprensivos, extendiendo decididamente su objeto, con vocación realmente historiográfica, a la materia «socio-económica»; pese a ello, y tras el fuerte impacto, que los autores consideran en nuestro campo, de la guerra civil, no se mostrará especialmente receptiva de los planteamientos de la nueva historiografía; cierta indiferencia en unos sectores de la historia del Derecho, en el exilio y en la Península, y una notable reacción en otros, que lleva, como es bien sabido, a la configuración «jurídica», contrapuesta en principio a «histórica», de la disciplina académica. Considerando con detenimiento y crítica la forma de recepción de tendencias por VICENS VIVES y otros historiadores (entre los que se hace notar la ausencia de CARANDE), se sitúa dicha reacción, para dar posteriormente cuenta de la presencia que en cuanto a métodos y temas ha tenido la historia del Derecho en la cultura española.

Naturalmente, este trabajo también puede admitir ulteriores desarrollos; en un punto, bien general, querría tan sólo fijarme: la misma problemática habrá de considerarse desde la perspectiva, no ya de la historiografía, sino de la teoría y doctrina del Derecho, conforme a la dirección marcada por el propio SCHOLZ; aun teniéndose en cuenta sus particularidades, la historia del Derecho no ha dejado de responder aquí también a incitaciones venidas del campo del Derecho, pudiendo la consideración de esta vertiente arrojar no poca luz adicional sobre la misma coyuntura «metodológica» de posguerra. Superándose identificaciones nominales, habrían de analizarse las razones de las divergencias entre una historia del Derecho que ha venido en unas latitudes a incidir positivamente en la misma problemática jurídica y otra que aquí, y a pesar de quererse situar expresamente en dicho campo, no ha logrado realmente en él una incidencia de algún signo. MARIANO y JOSÉ LUIS PESET, aludiendo al «positivismo», no dejan de apuntar el tema; su aportación de conjunto, centrada en la problemática de la historiografía, será desde luego un punto de partida indispensable para su necesario desenvolvimiento ulterior.

El tercero y último trabajo, debido a ANDRÉ-JEAN ARNAUD, resulta un tanto heterogéneo con respecto a los anteriores, aunque en cierto grado también guarde, y a veces exprese, una cierta relación con la historiografía referible más o menos inequívocamente a los «Annales». El mismo, por

una parte, refunde y amplía anteriores trabajos «metodológicos» del autor; por otra, y unido a ello, no se acoge al procedimiento seguido por los anteriores de reseña de debates o de investigaciones tendente a la reconsideración con cierta panorámica de problemas de «método». ARNAUD se inclina más a presentar, aprovechando sus propias investigaciones, cuya importancia no es ésta la ocasión de ponderar, un ejemplo de estudio sustantivo sobre la «ideología» jurídica y de metodología—más «técnica» que «teórica»—en acto; de una metodología «estructuralista» que, con las precisiones pertinentes al caso, se muestra particularmente apropiada para el análisis de tal objeto.

En razón de dicha adecuación, el mismo ARNAUD deja insinuada la posible limitación del método, requiriendo finalmente investigaciones «complementarias» sobre el propio Derecho y las instituciones; en la forma concreta de plantearse y realizarse este «complemento» surgirían realmente no pocos problemas «metodológicos» en su alcance «teórico». En este caso también, un desenvolvimiento ulterior del tema podría resultar precioso; y no hay que recordar que en la obra de investigación del propio ARNAUD se encuentran aportaciones fundamentales a dicho efecto.

Con todo ello, y con la sumariidad aquí obligada, puede quedar noticia de la aparición de un libro, en cuya lectura convenía interesar al menos a historiadores del Derecho y a juristas. Un libro a sumar a la «Apología» de PARADISI, como base inexcusable para futuras «memorias» de oposiciones en la materia, lo que, fuera de expedientes más o menos convencionales, significa inexcusable para cualquier consideración futura de la vertiente teórica de una metodología histórico-jurídica.

BARTOLOMÉ CLAVERO

TIRADO SUÁREZ, FRANCISCO JAVIER: *El seguro de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa*. Jerez de la Frontera, diciembre de 1976, 359 págs.

El libro que reseñamos constituye, en palabras del profesor OLIVENCIA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, recogidas en el prólogo, «la aportación doctrinal más completa al estudio monográfico de un ramo de excepcional importancia económica, de profunda complejidad jurídica y de creciente interés en el futuro de la actividad asegurativa».

Esta triple afirmación viene claramente fundamentada por FRANCISCO JAVIER TIRADO a lo largo de una amplia y exhaustiva labor investigadora en torno al seguro de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa.

El libro viene articulado en torno a cinco capítulos, que siguen a una breve introducción, en la que se destaca la transformación del contrato de seguro en nuestros días y se señala una congruente línea metodológica, basada fundamentalmente en la autonomía de la relación jurídico-contratual, que se concreta en las cláusulas de los pólizas en uso en nuestro mercado de seguros ante el carácter fragmentario y vetusto de las normas contenidas en el Código de Comercio de 1885.

En el primer capítulo, titulado «Asegurabilidad del riesgo de interrupción de la empresa», se analiza el hecho de la paralización de la empresa como problema económico en cuanto se rompe el equilibrio entre ingresos y gastos. También se perfilan los diversos elementos teóricamente influyen-

tes en la pérdida de beneficios por interrupción de la empresa. Para concluir, con una perfecta lógica, a favor de la necesidad, desde el punto de vista económico, de que exista un seguro de interrupción de la empresa, así como los límites y posibilidades de aseguramiento a tenor de los diferentes eventos desencadenantes del siniestro de interrupción de la empresa, realizándose un especial y cuidado análisis de la interrupción de la empresa ocasionada por huelga.

Si el primer capítulo se anclaba en el estudio de un presupuesto económico, el segundo capítulo, bajo la denominación «El seguro de interrupción de la empresa: concepto y naturaleza», trata de perfilar dogmática y conceptualmente la noción y encuadramiento sistemático del seguro de interrupción de la empresa dentro de la clasificación general de los contratos de seguros privados. Tras una interesante comparación documentada con abundante bibliografía con los seguros de cosas, de personas, de responsabilidad civil e incluso con los denominados seguros de patrimonio, se concluye por configurar al seguro de interrupción de la empresa como modalidad *sui generis* dentro del ámbito de los seguros de lucro cesante (lucro cesante que aquí no aparece como legitimador de un concepto unitario del seguro, sino como forma de manifestación de un daño, basado en la frustración de legítimas expectativas).

El tercer capítulo de esta completa monografía tiene por título «Desarrollo histórico y aparición de las diversas modalidades del seguro de interrupción de la empresa»; como su mismo título nos indica, aquí el autor nos muestra la relativamente breve evolución del seguro de pérdida de beneficios desde su nacimiento, bajo la forma francesa de «chômage», que hoy día pervive en algunos países todavía, hasta la «turnover basis policy», pasando por la «time loss policy», tan íntimamente unida al origen del seguro de pérdida de beneficios por rotura de maquinaria.

En el capítulo IV se examina la praxis comparada del seguro de interrupción de la empresa con la finalidad de situar adecuadamente nuestra práctica nacional en el entorno europeo e internacional. Así se pasa revista, en un alarde de minuciosa tarea de investigación científica y de atento estudio de la normativa vigente, a la praxis de los principales países desde el punto de vista asegurativo. De esta manera el lector puede conocer el desarrollo y problemas básicos del seguro de interrupción de la empresa en EE. UU., Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Italia, Suiza, Países Escandinavos, Alemania, Hispanoamérica (Argentina, Brasil, Colombia, Méjico, Perú y Venezuela).

Por último, el capítulo V, al que van dirigidos metodológicamente los anteriores capítulos, viene dedicado a la praxis española del seguro de interrupción de la empresa.

El autor, tras una breve princiada histórica, se detiene en la descripción de la diversa tipología de los seguros de interrupción de la empresa en la praxis española: el seguro complementario de paralización de trabajo a causa de incendio, el seguro contra la interrupción de la producción cinematográfica, el seguro de interrupción de la empresa a causa de incendio, el seguro de interrupción para pequeñas empresas y el seguro de interrupción de la empresa por rotura de maquinaria.

El seguro de interrupción de la empresa a causa de incendio es objeto de una profunda y detenida atención a consecuencia de su mayor arraigo en nuestro mercado y de su carácter paradigmático respecto a los demás seguros de interrupción. Así se examinan, a la luz de nuestro Derecho positivo, la relación de esta modalidad con el principio indemnizatorio, la conexión con el seguro básico de incendio en las cosas, los elementos personales del seguro con una especial referencia al tema del coaseguro. A continuación se analizan los elementos esenciales del seguro de interrupción: la delimitación del riesgo asegurado, con un examen especial de la huelga como evento asegurable; el interés asegurado, con el arduo proble-

ma de las relaciones entre valor del interés o valor asegurable y la suma asegurada; la noción de daño indemnizable y los modos de determinación del beneficio bruto. Asimismo, se plantea con gran agudeza la problemática específica de los salarios como daño indemnizable a tenor de la influencia de la cambiante legislación laboral y de la normativa de la Seguridad Social. También se enumeran los daños indemnizables con pacto especial y los no indemnizables.

Siguiendo con rigor dogmático el esquema contractual del seguro, se pasa revista a las peculiaridades que presentan en el seguro de interrupción de la empresa a causa de incendio, la prima, los instrumentos documentales: la propuesta y la póliza, la duración con el denominado «período de indemnización», la suspensión del contrato, las obligaciones y deberes del asegurado antes del siniestro y con posterioridad al mismo, la obligación de indemnizar por parte del asegurador, el cálculo y pago de la indemnización, la resolución del contrato en caso de siniestro y la subrogación del asegurador.

Tras una breve referencia al seguro de interrupción para pequeñas empresas y al seguro de interrupción de la empresa por avería de maquinaria, se sientan unas precisas consideraciones sobre el seguro de interrupción como seguro industrial y ramo autónomo.

Por último, cierra la monografía un completo apéndice documental en el que se contiene el clausulado establecido por el Sindicato Nacional para la cobertura del seguro complementario de paralización de trabajo a causa de incendio; una propuesta de seguro de pérdida de beneficios por incendio; las condiciones generales de una póliza española del seguro de pérdida de beneficios a causa de incendio; tarifa utilizada por una compañía española en la contratación del seguro de pérdidas de beneficios; cobertura de la pérdida de beneficios incluida dentro de un seguro combinado para pequeñas unidades económicas; condicionado mínimo del seguro de interrupción por avería de maquinaria.

En suma, estamos ante una interesante monografía que ha enriquecido nuestra parca doctrina en materia de seguros y que supone un importante paso adelante a la hora de enfocar los múltiples problemas del complejo ramo de pérdida de beneficios.

RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ
Notario

REVISTAS

II. NOTICIA DE REVISTAS

DOCUMENTACION JURIDICA

Núm. 10. Abril-junio 1976

El Ministerio Fiscal en España, por Mariano Fernández Martín-Grani-
zo, págs. 267 a 359.

*Régimen jurídico vigente en mate-
ria de Jueces Decanos, Decanatos
y Juntas de Jueces y notas para
una reordenación*, por José María
Morenilla Rodríguez, págs. 359
a 395.

*Los poderes del Juez en Derecho
español. Ponencia para el Con-
greso Internacional de Derecho
Comparado (Teherán)*, por L. F.
Martínez Ruiz, págs. 395 a 413.

*Cuestiones que plantea la modifica-
ción de la competencia jerárquica
de los órganos jurisdiccionales,
efectuada por la Ley 10/73, con
respecto a la impugnación de las
resoluciones del Tribunal Econó-
mico-Administrativo Central dic-
tadas en alzada*, por Fernando de
Mateo Lage, págs. 413 a 421.

*Notas sobre el Convenio de extra-
dicción entre Austria y Francia fir-
mado en París el 9 de julio de
1975*, por Francisco Bueno Arús,
páginas 421 a 439.

diccional, por A. Carretero Pérez,
páginas 321 a 375.

*El desaparecido Juzgado de Delitos
Monetarios, a propósito de la Re-
forma de 4 de enero de 1977*, por
M. Bajo Fernández, págs. 375
a 395.

*Nuevos argumentos para la rehabi-
litación de la «renta consumida»
como índice de capacidad contri-
buitiva*, por J. L. Pérez de Ayala,
páginas 395 a 409.

El acto económico administrativo,
por N. Amorós Rica, págs. 409
a 453.

*Los Jurados Tributarios: Origen,
concepto y encaje sistemático*, por
E. González García, págs. 453 a
501.

*El fraude a la Ley Tributaria y la
Legislación Española*, por M. Mi-
randa Pan, págs. 535 a 553.

*Consideraciones críticas en torno a
los posibles esquemas de tributa-
ción de los grupos de Sociedades*,
por E. Lejeune, págs. 501 a 535.

*Un modelo matemático para distri-
bución y concentración de un tri-
buto*, por M. B. Puentes, S. M.
Suárez y M. J. Struch, páginas
553 a 599.

*Evolución del procedimiento eco-
nómico-administrativo en España*,
por A. Guaita, págs. 599 a 619.

REVISTA DE DERECHO Y HACIENDA PUBLICA

Núm. 128. Marzo-abril 1977

*Impugnación de las decisiones ad-
ministrativas en materia tributa-
ria en vía administrativa y juris-*

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Marzo 1977

*Notas sobre «Mutabilidad» del Régi-
men Económico matrimonial en*

- el Derecho común*, por José Manuel Lete del Río y José Alvarez Caperochipi, págs. 163 a 195.
- La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio*, por José María Castán Vázquez, páginas 196 a 212.

Abril 1977

- Sociología de la filiación extramatrimonial en Segovia (1959-1975)*, por Gabriel García Cantero, páginas 247 a 258.
- El Procedimiento de apremio gubernativo en la jurisdicción laboral*, por Mariano Espinosa Jover, páginas 258 a 271.
- Competencia de la Audiencia Nacional y Juzgados Centrales de Instrucción en materia de propiedad industrial e intelectual*, por Luis Gibert Vidaurre, págs. 271 a 275.

Mayo 1977

- Ámbito territorial de aplicación del Código civil*, por Enrique de Laguna, págs. 311 a 328.
- Las servidumbres establecidas en interés de los propietarios en la Ley de Propiedad Horizontal*, por María Carmen Gómez Laplaza, páginas 329 a 342.
- Pérdidas sociales, revalorización libre del activo y regularización de balances*, por Angel Velasco Alonso, págs. 343 a 349.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL IBEROAMERICANA

Núm. 1. Año 1977

- El Ministerio Fiscal en Europa*, por Leonardo Prieto-Castro, págs. 7 a 37.
- Consideraciones sobre la reforma del Derecho de Quiebras*, por Manuel Comellas Salmerón, páginas 37 a 87.
- El juicio ejecutivo como proceso de ejecución en el Derecho histórico*

español, por Vidal Estepa Moraina, págs. 87 a 103.

La naturaleza de la defensa penal y la intervención del defensor en la instrucción, por José Vicente Gimeno Sendrá, págs. 103 a 146.

El proceso como conjunto de valores, por Manuel M. Gómez del Castillo, págs. 146 a 151.

La reforma judicial y la Ley de Bases, Orgánica de la Justicia, por José María Morenilla Rodríguez, páginas 151 a 171.

Notas sobre la jurisdicción y la acción en el ámbito del proceso penal, por Tomás Muñoz Rojas, páginas 171 a 211.

Condiciones para la fijación del proceso a seguir, por Carlos Onecha Santamaría, págs. 211 a 225.

El recurso de apelación en el procesamiento de autoridades de la Administración Local, por Perpetuo Benedicto Sánchez Fuentes, páginas 225 a 237.

La reforma judicial de 1766 en México, por José Luis Soberantes Fernández, págs. 237 a 259.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núms. 140-141. Abril-septiembre 1976

La culpa del asegurado como riesgo asegurable en Derecho español, por Ricardo Alonso Soto, páginas 223 a 281.

Delimitación de competencias entre los órganos de la sociedad anónima y modificación de balance, por Ignacio M. Lojendio Osborne, págs. 281 a 349.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 391. Abril 1977

Algunas anotaciones sobre la información periodística en los derechos penal y civil de España y sus límites, por Enrique Ruiz Vardillo, págs. 258 a 270.

Miscelánea jurídico-aeronáutica, por Enrique Mapelli, págs. 270 a 282.

Núm. 392. Mayo 1977

Algunas anotaciones sobre la información periodística en los derechos penal y civil de España y sus límites, por Enrique Ruiz Vadillo, páginas 378 a 400.

Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad civil derivada de hecho punible, por Alvaro Navajas Laporte, págs. 400 a 409.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Núm. 2. Febrero 1977

In memoriam: El Marqués de Vivel, por Antonio Hernández-Gil, páginas 79 a 81.

Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975, por Antonio Gullón Ballesteros, págs. 81 a 101.

Sobre la exclusión voluntaria de la ley aplicable, por Bernardo Moreno Quesada, págs. 101 a 117.

La decimotercera sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, por José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, páginas 117 a 141.

Jurisprudencia Civil y Mercantil (Sala 1.ª del Tribunal Supremo) y

de Arrendamientos Rústicos (Sala 6.ª del Tribunal Supremo), por Gabriel García Cantero, págs. 145 a 165.

Reseña Legislativa (Índice de las disposiciones más importantes publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» en el mes de enero de 1977), por F. B., págs. 141 a 145.

Jurisprudencia Social (Tribunal Supremo), por Carlos Molero Mangano, págs. 165 a 177.

Núm. 3. Marzo 1977

La Jurisprudencia antitrust estadounidense en el campo cinematográfico, por Angel Luis Hueso Montón, págs. 179 a 203.

Precisiones sobre el bien jurídico penalmente protegido, por Federico Bello Landrove, págs. 203 a 217.

Situación jurídica de los cónyuges (Estudio comparativo del Decreto-Ley 19, de 26 de diciembre de 1975, de Amejoramiento del Fuero de Navarra y de la Ley 14, de 2 de mayo de 1975), por Luis Martínez Calcerrada, págs. 217 a 273.

Reseña Legislativa (Índice de las disposiciones más importantes publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» en el mes de febrero de 1977), por F. B., págs. 273 a 277.

Jurisprudencia Civil y Mercantil (Sala 1.ª del Tribunal Supremo) y de Arrendamientos Rústicos (Sala 6.ª del Tribunal Supremo) por Gabriel García Cantero, págs. 277 a 297.

