

**REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO**

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LII • Julio - Agosto 1976 • Núm. 515

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

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
«Inscripción en el Registro de la Propiedad de compraventas de inmuebles por mujer casada, sin intervención marital», por MANUEL ALVAREZ BEJIGA	757
«El artículo 1.361 del Código civil y la reforma de la Ley de 2 de mayo de 1975», por JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS CASCIARO	809
«La elasticidad del Derecho de propiedad en los planes de mejora ejecutados mediante arrendamiento forzoso en el Derecho Agrario Español», por C. S. VATTIER	833
«Usucapión en favor de las personas jurídicas privadas y públicas», por CELESTINO A. CANO TELLO	859
«Acerca de la propiedad en el <i>Code</i> », por MARIANO PESET REIG	879
JURISPRUDENCIA:	
I. Jurisprudencia comentada:	
«Tres apuntes a la jurisprudencia sobre gananciales», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	893
II. Resoluciones y Sentencias:	
I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por TIRSO CARRETERO GARCÍA	901
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, CATALINO RAMÍREZ, JOSÉ QUESADA SEGURA, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	915

2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	984
---	-----

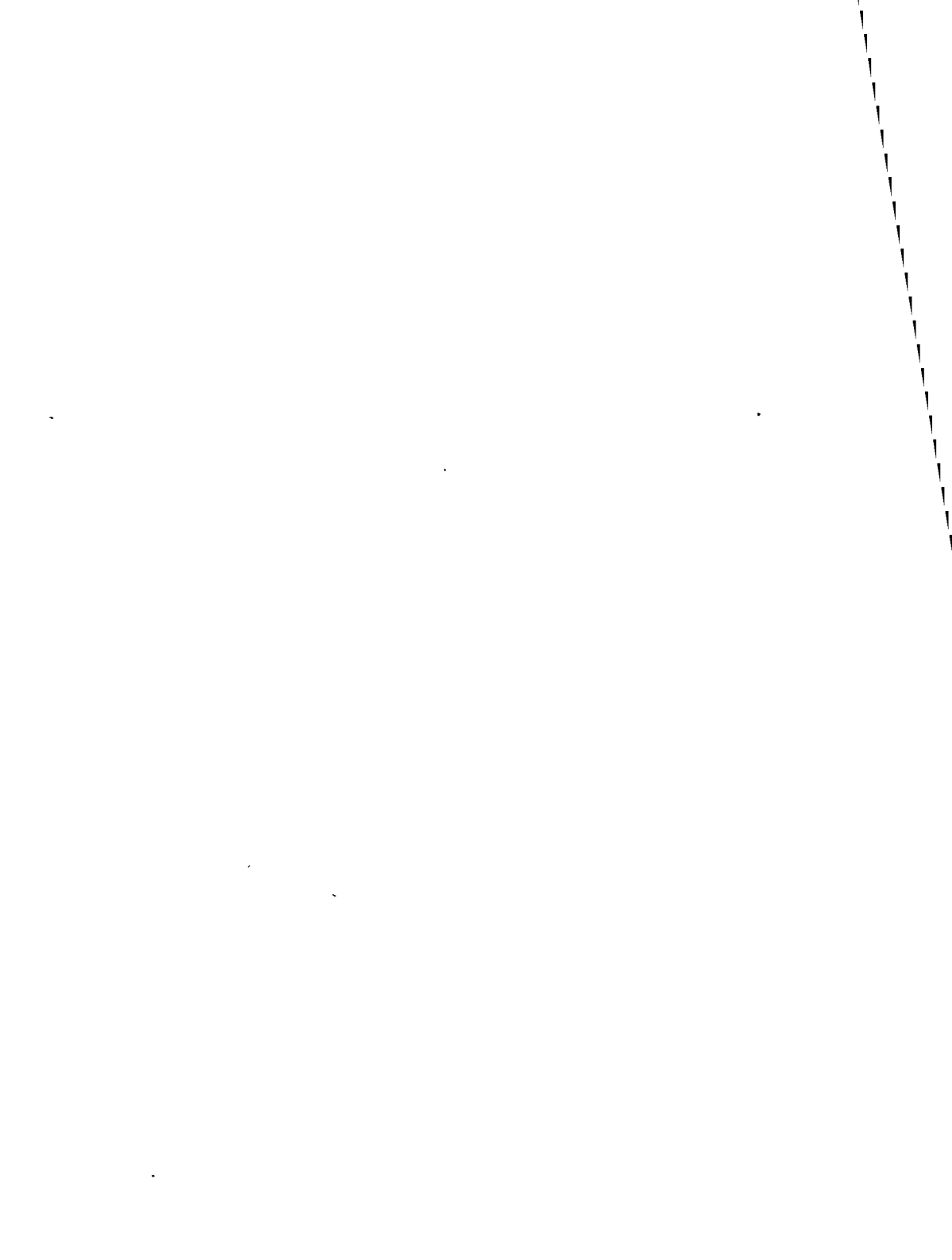
LIBROS:

«La gestione dell'impresa nella società per azione», de PIETRO ABBADESSA, por JOSÉ M.ª PIÑOL AGUADÉ	993
«Los contratos municipales», de V. BALBÍN PECHUÁN, por JOSÉ M.ª CHICO Y ORTIZ	999
«La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores», de J. CARRASO PALÁU, por JOSÉ M.ª CHICO Y ORTIZ	1002
«Los derechos reales administrativos», de J. GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ M.ª CHICO Y ORTIZ	1006
«Libertades cívicas y Derecho penal», de L. RODRÍGUEZ RAMOS, por JOSÉ M.ª CHICO Y ORTIZ	1008
«El Juez español (Un estudio sociológico)», de JOSÉ JUAN TOHARIA, por JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO	1011

REVISTAS:

II. Noticias de Revistas	1017
---------------------------------	------

ESTUDIOS



Inscripción en el Registro de la Propiedad de compraventas de inmuebles por mujer casada, sin intervención marital*

SUMARIO: I. *Preámbulo*: 1. Razón del título del tema.—2. Breve bosquejo histórico-filosófico.—3. Propósito o finalidad de la ponencia.—II. *Conceptos jurídicos previos*: 1. Diferente consideración legal de las diversas masas patrimoniales coexistentes en el régimen-económico matrimonial ganancial.—2. Titularidad civil y registral de los bienes gananciales.—3. Adquisición, administración y disposición de bienes gananciales.—4. Desigual evaluación o entidad jurídica del consentimiento contractual para adquirir y para enajenar.—5. Eficacia jurídica de la inversión, por la mujer casada, del dinero presuntivamente ganancial, en la compraventa de un inmueble.—6. Responsabilidad patrimonial en las adquisiciones hechas por la mujer casada con precio aplazado o por razón de los gravámenes que garantice el inmueble adquirido.—III. *Diversos criterios sustentados respecto de la inscripción de las compraventas a que se refiere la ponencia*: 1. No son inscribibles, a pesar de no ser actos nulos *ipso jure*, si no se acredita el carácter privativo del precio.—2. Sólo deben inscribirse si la mujer declara que adquiere para sí o que el precio es parafernial.—3. Son perfectamente válidas y eficaces y deben ser inscritas en tal concepto.—4. Deben ser inscritas en todo caso, consignando en la inscripción la falta de autorización o consentimiento del marido para el acto.—IV. *Opinión que debe prevalecer, teniendo en cuenta la realidad social actual y la finalidad de la reforma*.—V. *Forma en que debe practicarse la inscripción*.—VI. *Somera referencia al Derecho transitorio*.—VII. *Resumen*.

(*) Este trabajo constituye el texto de la ponencia pronunciada, en el Seminario de Derecho Hipotecario de Albacete, el día 28 de abril de 1976. Su autor lo dedica especialmente a su admirado y buen amigo ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, Notario de Madrid.

1. PREAMBULO

1. *Razón del título del tema*

Ante todo, al comenzar a exponer el tema objeto de esta ponencia, me interesa dejar perfectamente aclarado que, como su epígrafe indica, voy a referirme, en su desarrollo, exclusivamente a la capacidad o personalidad de la mujer casada, después de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, para adquirir bienes inmuebles por compraventa y no a las adquisiciones onerosas en general por mujer casada, puesto que si exceptuamos la compraventa, las demás adquisiciones no gratuitas requieren, como contraprestación, la realización de un acto de enajenación correlativo, para el que se exige siempre capacidad superior a la necesaria para efectuar el acto simplemente adquisitivo.

Por otra parte, emplearé en todo caso la expresión *mujer casada* en vez de *cónyuge no administrador*, porque, para mí, hacerlo así, supone un planteamiento más sincero y adecuado del tema, puesto que se puede afirmar que en nuestra nación no existen ni han existido nunca, generalmente, quizá ni siquiera excepcionalmente, matrimonios normales o en situación normal en los que la mujer sea, por pacto, administradora de los bienes comunes del matrimonio.

Resulta también más idóneo hablar de marido y mujer casada que de cónyuge administrador y no administrador, porque el empleo de estos últimos términos implica un planteamiento artificioso del tema, en cuanto que, ni antes ni ahora, los derechos y facultades del marido y la esposa han sido similares en los casos en que aquél o ésta hayan ostentado, respectivamente, la administración de los bienes de la sociedad conyugal, por haberse considerado siempre que la jefatura doméstica corresponde por naturaleza al marido, principio que actualmente, como dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ha sido bastante oscurecido y quebrantado en la Ley de 2 de mayo de 1975⁽¹⁾, pero no derogado totalmente.

Y así, antes de la citada Ley de reforma del Código civil, el marido, aun no siendo administrador podía, igual que ahora, disponer libremente de sus bienes privativos; las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1915 y 26 de enero de 1916 llegaron a declarar que, por ser de orden público, el marido no podía renunciar irrevocablemente a la representación legal de la mujer ni a la licencia marital; y nunca, incluso habiendo sido conferida a la mujer, por pacto en capítulos matrimoniales, la administración de los bienes de la sociedad conyugal ha necesitado el

(1) *Sistema de Derecho civil*, por LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, vol. I, Madrid, 1975, pág. 257.

marido licencia o autorización uxoria para disponer de sus bienes propios, y tampoco, antes ni ahora, han existido ni existen bienes dotales del marido, en los que las facultades dominicales o el usufructo y la administración corresponda a la mujer.

Por todo ello, creo que está sobradamente justificado no plantear los problemas referentes a la personalidad jurídica de los esposos sobre la base de distinguir entre el cónyuge administrador y el no administrador, puesto que su capacidad de obrar respecto de las distintas masas patrimoniales convergentes en el matrimonio jamás ha sido similar, ni lo es actualmente en el caso normal de que el marido sea el administrador y en el más raro supuesto de que, por convenio capitular, la administradora sea la esposa.

2. *Breve bosquejo histórico-filosófico*

Para conocer la evolución histórica de la condición jurídica de la mujer en general, que no es necesario exponer detalladamente al objeto de este tema, basta leer cualquier tratado de Derecho civil, monografía o trabajo sobre esta materia, lo que nos hará saber que la situación de la mujer, que en los primitivos sistemas sociales era de sumisión absoluta a la potestad del hombre, se ha ido transformando a través del tiempo, mejorando constantemente su condición jurídica, salvo algún período de retroceso, hasta llegar a las modernas legislaciones que, en general, reconocen la igualdad de derechos del hombre y la mujer y consideran que el matrimonio no restringe la capacidad de los cónyuges, los que deben compartir la administración y disposición de los bienes comunes y tener iguales facultades para efectuar los actos jurídicos que afecten a tales bienes (2).

Esta evolución progresiva de la condición de la mujer, que ha tenido carácter paralelo en los Estados europeos, latinos y germánicos, y a la que no ha sido ajeno el Derecho español, se ha debido fundamentalmente a la influencia de la Declaración Internacional de Derechos Humanos, que, por lo que se refiere a nuestra patria, ha sido recogida en nuestras Leyes Constitucionales, a cuyo respecto la Exposición de Motivos de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, dice que importa reconocer a la mujer casada «un ámbito de libertad y capacidad de obrar en el orden jurídico que es consustancial

(2) La evolución histórica y filosófica de la situación legal de la mujer puede verse en JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *La condición social y jurídica de la mujer*, Madrid, 1955; más recientemente, JAIME CORTEZO: *Situación jurídica de la mujer casada*, Madrid, 1975; y también ENRIQUE FOSAR BENLLOCH, en su trabajo publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, págs. 270 y ss., y págs. 487 y ss., con el título «La capacidad jurídica de la mujer casada (Aspectos históricos, sociológicos y de Derecho positivo)», completado, después de la vigencia de la Ley de 2 de mayo de 1975, con un «Apéndice al estudio *La capacidad jurídica de la mujer casada*», publicado en la misma revista, 1975, págs. 1375 y ss.

con la dignidad misma de la persona, proclamada en las Leyes Fundamentales» (3).

Asimismo las ideas cristianas han tenido una influencia decisiva en los últimos tiempos en orden a la equiparación jurídica de los cónyuges, y así el Papa actual, Pablo VI, ha dicho recientemente, según hemos leído en la prensa, que «el hombre y la mujer son iguales ante Dios, iguales como personas, iguales en dignidad e iguales también en sus derechos».

En España, también la Sección Femenina Nacional y a la voz de la Universidad, según dijo el Ministro de Justicia en la presentación a las Cortes del Proyecto de Ley de Reforma del Código civil, han constituido un estímulo para la revisión del estatuto jurídico de la mujer casada, sobre la base de situarla en un *plano de igualdad* de derechos con el marido (4).

3. *Propósito o finalidad de la ponencia*

Aparte de razones filosóficas o de carácter ético-jurídico, pretendemos demostrar en esta modesta disertación que, *con arreglo al Derecho positivo vigente*, las compraventas de inmuebles hechas por mujer casada sin intervención marital son actos lícitos y en principio *válidos con trascendencia real*, en cuanto que producen todos sus efectos jurídicos mientras no sea declarada su nulidad por los Tribunales de Justicia, por lo que, habida cuenta además de que la inscripción de esas compraventas hace concordar el Registro con la realidad jurídica, sin que mediante la misma se pueda causar perjuicio a nadie y sí solamente beneficios, incluso a las personas que pudieran instar su invalidación, deben, por todo ello, considerarse inscribibles en el Registro de la Propiedad en todos los casos, tanto si la mujer compra para ella o declara que el precio es parafernalia, como si manifiesta que el precio es ganancial o no hace declaración alguna sobre la propiedad o procedencia del dinero, y lo mismo si el precio se paga íntegramente al contado que si se aplaza, total o parcialmente su pago, y cualquiera que sea la forma en que se garantice el precio aplazado.

Y vamos a intentar hacer la demostración de que, en todos los supuestos expresados, procede inscribir las referidas compraventas, tanto con argumentos de carácter positivo como poniendo también de manifiesto los resultados absurdos a que nos conduciría la aplicación práctica de cri-

(3) Esta Exposición de Motivos fue redactada por los profesores HERNÁNDEZ GIL y DÍEZ-PICAZO, según se dice en CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, tomo V, vol. 1.º, 9.ª ed., revisada y puesta al día por GABRIEL GARCÍA CANTERO y JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1976, pág. 95.

(4) Puede verse el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1.023, de 15 de mayo de 1975, en el que se publica el referido discurso del Ministro de Justicia, JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ-VENTURA Y PASCUAL, pág. 5.

terios de interpretación rigurosamente conceptuales, opuestos al nuestro estimativo y resolutorio del problema objeto de este trabajo, de acuerdo con las modernas tendencias de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, teniendo en cuenta las necesidades sociales, la protección de legítimos intereses y la finalidad de la reforma que no puede implicar, en ningún caso, un retroceso en cuanto a la inscripción de los actos adquisitivos de inmuebles por mujer casada (5).

II. CONCEPTOS JURIDICOS PREVIOS

Para el adecuado desarrollo de cualquier tema es imprescindible partir de unos conceptos previos que deben ser configurados en forma clara, breve y concreta, y esto es lo que voy a intentar hacer: fijar esos conceptos de la manera más sencilla, concisa y nítida que me sea posible, evitando emplear términos jurídicos complicados y de oscura inteligencia. Por otra parte, esos conceptos previos son conocidos de todos los civilistas e hipotecaristas y no constituyen ninguna novedad, por lo que exponerlos aquí tiene como única finalidad demostrar que el problema que se plantea en el tema objeto de esta tesis debe ser resuelto con ideas jurídicas elementales, que nos conducirán a soluciones justas y prácticas, en vez de utilizar ideas e interpretaciones de carácter dogmático riguroso, contrarias a los ideales de justicia que, sin una previa y adecuada valoración de la realidad social, nos llevarían a soluciones empíricas que se podrían calificar de raquíticas y absurdas, al negar la inscripción de actos lícitos con sustantividad real, que legítimamente merecen el amparo registral del que, como hemos dicho antes, no puede derivarse perjuicio para nadie.

Los conceptos jurídicos referidos son los que se exponen seguidamente:

1. *Diferente consideración legal de las diversas masas patrimoniales coexistentes en el régimen económico matrimonial ganancial*

En el patrimonio conyugal de los matrimonios sujetos al régimen económico de gananciales, pueden existir simultáneamente, después de la reforma de la Ley de 2 de mayo de 1975, las siguientes clases de bienes perfectamente diferenciados en cuanto a su consideración jurídica:

A) *Bienes propios del marido*, respecto de los que corresponde al mismo el dominio, la administración y disposición sin limitación alguna.

(5) Las tendencias novísimas respecto de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas se exponen en CASTÁN, *Derecho civil*, cit., t. I, vol. 1.º, 11.ª ed., revisada y puesta al día por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, Madrid, 1975, págs. 515 y ss.

Antes de la reforma, el marido no incapacitado disponía libremente, igual que ahora, de sus bienes privativos aun en los casos, como hemos dicho antes, en que la administradora de los bienes de la sociedad conyugal fuera la mujer.

B) *Bienes parafernales*, en los que la propiedad, administración y disposición corresponde a la mujer.

Suprimida por la Ley de 2 de mayo de 1975 la necesidad de la licencia del marido para la enajenación de los parafernales, la mujer casada puede actualmente disponer por sí sola de tales bienes, con arreglo al artículo 1.387 del Código civil, y, en consecuencia, puede enajenar, gravar e hipotecar libremente dichos bienes, así como comparecer en juicio y litigar sobre los mismos (art. 1.388, nuevo).

La similitud del régimen jurídico de los bienes privativos de la esposa de carácter parafernál y los bienes privativos del marido es actualmente absoluta. Ambos cónyuges pueden disponer libremente de esos bienes.

Sin embargo, respecto de los parafernales cuya administración hubiere sido entregada por la mujer al marido, que antes se regían por las reglas establecidas para los dotales inestimados, hoy, conforme al nuevo artículo 1.389, el ejercicio de su administración está sometido a las reglas establecidas en las capitulaciones matrimoniales y, en defecto de ellas, a las del mandato contenidas en el Código civil, por lo que, a nuestro juicio, en el supuesto de que no se haya pactado otra cosa en las capitulaciones, la mujer, con arreglo al artículo 1.732 del Código civil, puede revocar la administración conferida al marido y enajenar libremente los bienes, e incluso cabe sostener que puede efectuar la enajenación sin revocar previamente el mandato de administración, puesto que no existe precepto legal alguno que impida a ninguna persona enajenar bienes de su propiedad respecto de los que tenga conferida a otro la simple facultad de administrarlos.

C) *Bienes dotales estimados*, que son los que la mujer aporta al matrimonio transfiriendo el dominio al marido y quedando éste obligado a restituir su importe (art. 1.346, ap. 2.º), por lo que, al ser el marido dueño de estos bienes, puede enajenarlos libremente y celebrar por sí, respecto de ellos, cuantos contratos las leyes consientan, dejando siempre a salvo las garantías reales establecidas a favor de la mujer para asegurar el importe de la estimación de los bienes, tal como la hipoteca que está obligado a constituir con dicha finalidad (art. 1.349, núm. 1.º), excepto en los casos en que esté relevado de la obligación de prestar esas garantías.

D) *Bienes dotales inestimados*, que son aquellos bienes aportados por la mujer al matrimonio respecto de los que la misma conserva el dominio, pero cuyo usufructo y administración corresponde al marido (arts. 1.346, apartado 3.º, en relación con el 1.357).

El modo de expresarse el Código civil en cuanto a estos bienes, como dicen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, es harto impropio (6); pues la mujer, al no ser usufructuaria ni administradora de los bienes dotales inestimados, no puede decirse que tenga el dominio pleno de los mismos, razón por lo que, como dicen estos autores, la enajenación de esos bienes debe ser hecha por ambos cónyuges, cada uno por el derecho que sobre dichos bienes le compete (7).

Por ello, como nos demostró JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS en su admirable y exhaustiva ponencia, expuesta en este seminario, sobre «El artículo 1.361 del Código civil y la reforma de la Ley de 2 de mayo de 1975», el citado artículo, en su redacción anterior, al disponer que la mujer podía enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote inestimada con licencia de su marido, no podía referirse a una verdadera y propia licencia, por la trascendencia de la intervención marital, que necesariamente tenía que suponer el asentimiento o conformidad del marido para la enajenación de su derecho de usufructo, como parte integrante del pleno dominio.

Por esta razón, la reforma de 2 de mayo de 1975, que ha eliminado todos aquellos preceptos del Código civil que imponían la necesidad de la licencia marital para los actos y contratos otorgados por la mujer casada, ha hecho una única excepción precisamente al modificar el artículo 1.361, exigiendo el *consentimiento* del marido para que la mujer pueda enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote inestimada.

La consecuencia obligada de ello es que, como indudablemente para la venta de esos bienes era ilógico que bastara la simple licencia marital, el consentimiento que ahora se exige es el necesario para la validez de un negocio de enajenación sobre bienes en los que el marido comparte la propiedad con la esposa, por lo que ésta no puede ser considerada propietaria plena de esos bienes, lo que impide efectuar la inscripción de su enajenación al amparo del derogado artículo 94 del Reglamento Hipotecario, a no ser que, por razones de analogía, dados los términos del nuevo artículo 65 del Código civil, se considere aplicable el criterio del expresado artículo 94 a todo negocio jurídico inmobiliario de carácter común realizado por uno de los cónyuges sin el preceptivo consentimiento del otro (8), doctrina que, respecto de los actos de enajenación, por razones

(6) *Derecho de familia*, t. I, Barcelona, 1974, pág. 220.

(7) *Derecho de familia*, tomo y página citados.

(8) En la ponencia referida, expuesta por JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS, insinúa esta posibilidad, que, aunque califica de aparentemente escandalosa, por cuanto si bien el Registro de la Propiedad, uno de cuyos objetivos es asegurar el tráfico jurídico, sólo debe admitir títulos (materiales) que sean válidos y perfectos con arreglo a las leyes, no es menos cierto que tiene también la misión de estimular dicho tráfico jurídico inmobiliario mediante la coordinación de los pronunciamientos re-

que expondremos después, consideramos muy difícil que pueda prosperar, por los inconvenientes que para el crédito territorial supondría el arrastre de la causa de nulidad en las inscripciones siguientes, lo que privaría a todos los posibles adquirentes posteriores de la cualidad de terceros invulnerables a diferencia de lo que sucede con los actos adquisitivos, cuya inscripción queda inmovilizada para la mujer, por ser necesario el consentimiento marital para cualquier enajenación, gravamen o acto dispositivo posterior.

E) Y *bienes gananciales*, que son aquellos que pertenecen en comunidad a ambos cónyuges, y son los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, los obtenidos por la industria, sueldo o trabajo de los cónyuges o de cualquiera de ellos y los frutos, rentas o intereses de los bienes comunes o de los de cada uno de los cónyuges (artículo 1.401, C. c.).

La naturaleza jurídica de la comunidad conyugal de bienes, que en nuestro Derecho positivo se denomina, quizá impropriamente, sociedad de gananciales ha sido muy debatida, pero sin duda alguna la teoría que hoy prevalece, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, especialmente la de la Dirección General de los Registros, es la que considera la comunidad matrimonial como un patrimonio colectivo sin personalidad, o sea, una propiedad de tipo colectivista de carácter análogo a la comunidad germánica en mano común, lo que quiere decir que ninguno de los cónyuges puede considerar privativa suya una mitad indivisa de cada uno de los bienes comunes, aunque en forma conjunta deben compartir ambos cónyuges la disposición de esos bienes y lo mismo puede decirse de su administración, en la que debe participar cada uno de los esposos, aunque por

gistrales con la realidad jurídica; por lo que llega a la conclusión de que mantener el Registro cerrado a determinados negocios jurídicos comunes de los cónyuges, celebrados por uno de ellos sin el consentimiento del otro, incrementando el desacuerdo con la realidad extrarregistral, o doblegarse ante tal realidad, inscribiendo tales negocios jurídicos, con la sola advertencia de su anulabilidad o impugnación, máxime cuando ha existido un precedente en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, es cuestión de inaplazable planteamiento para el legislador y, a ser posible, de resolución favorable en el más breve plazo, pues el desbordamiento entre una y otra realidad puede ser asombroso en un corto espacio de tiempo.

Si se llega a esta solución no se culpe de ello—dice—a la legislación hipotecaria, sino a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a un cierto sector doctrinal que reiteradamente han promovido al acceso al Registro de los negocios jurídicos expresados, con la advertencia referida de su posible impugnación.

Tal solución, por nuestra parte, no creemos que sea conveniente para el crédito inmobiliario más que en los casos de adquisiciones de inmuebles, por la menor entidad jurídica del consentimiento adquisitivo respecto del enajenativo, así como por todas las demás razones que se exponen en el desarrollo del tema objeto de esta ponencia.

razones de unidad de dirección se conceda a este respecto a uno de los cónyuges, ordinariamente al marido, mayores facultades para la realización de los actos de administración y, en general, de todos aquellos negocios jurídicos como consecuencia de los cuales queden obligados los bienes comunes del matrimonio (9).

La adquisición de bienes gananciales de cualquier clase a título oneroso puede hacerla el marido, sin intervención de la esposa, por su condición de administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario (arts. 59 y 1.412, C. c.), respondiendo los bienes gananciales del cumplimiento de las obligaciones que dimanen de las adquisiciones onerosas que efectúe el marido, por ser éste el único cónyuge que puede obligar tales bienes sin consentimiento del otro (art. 1.416 del Código civil), regla que tiene, no obstante, numerosas excepciones y limitaciones; pero es incuestionable que el marido puede adquirir bienes inmuebles para la comunidad matrimonial, cuyo patrimonio queda obligado por razón de esas adquisiciones con la salvedad de que el marido no puede efectuar adquisición onerosa alguna en la que tenga que transmitir, como contraprestación, un bien inmueble o establecimiento mercantil, pues en tal caso necesita el consentimiento de la mujer para la realización del acto.

La esposa, antes de la reforma del Código civil necesitaba, con arreglo al artículo 61, licencia marital para adquirir a título oneroso, pero derogado este artículo y sin que exista ningún precepto legal que exija actualmente la autorización, consentimiento o poder del marido para que la mujer pueda adquirir a título oneroso, a no ser que sostengamos la absurda teoría de que a «la mujer le está prohibido todo lo que la ley no le permite expresamente», lo que sería radicalmente antónimo con la declaración genérica del nuevo artículo 62 del Código civil de que «el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges» hay que llegar, por ello, a la conclusión de que actualmente la mujer puede adquirir, por sí sola, toda clase de bienes a título oneroso siempre que la contraprestación no entrañe un acto de enajenación, aunque su adquisición, sobre todo si se trata de compraventas con precio aplazado, por razones que después

(9) Las posiciones doctrinales sobre la titularidad de los bienes gananciales han sido estudiadas, entre otros, por los siguientes autores: ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO: *Titularidad y disposición de bienes gananciales*, «Revista de Derecho español y americano», t. IV, 1959, pág. 739; RODRÍGUEZ ADRADOS: *Disposición onerosa de inmuebles gananciales*, «Revista de Derecho Notarial», julio-diciembre 1958, páginas 129 y ss.; BONET RAMÓN: *Los poderes dispositivos de la mujer casada en el Derecho común*, vol. II, de «Estudios Jurídicos Varios», publicado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1962, págs. 57 y ss.; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, cit., t. I, págs. 281 y ss.; y CASTÁN: *Derecho civil*, cit., t. V, vol. 1.º, págs. 336 y ss.

expondremos, no obligue a la sociedad de gananciales en el caso de que la efectúe sin consentimiento del marido, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1.416 del Código civil.

Lo que ocurre es que las adquisiciones hechas por uno solo de los cónyuges, sea el marido o la mujer, obliguen o no a la sociedad de gananciales, tanto si minifiestan que adquieren para sí, con dinero suyo, o si expresan que adquieren para la sociedad conyugal, o, como es más frecuente, se limitan a comparecer en nombre propio sin hacer declaración alguna sobre la propiedad o procedencia del precio, deben ser reputadas gananciales por exigencia terminante del artículo 1.407 del Código civil, que establece el principio fundamental en esta materia de la necesidad de una prueba suficiente para desvirtuar esa presunción, sin que en manera alguna pueda considerarse prueba bastante para ello, ni siquiera indiciaria, la mera manifestación del adquirente, tanto si es el marido como si se trata de la mujer, por lo que sorprende que un comentarista tan prestigioso de la legislación hipotecaria como CAMY sostenga que el Registrador solamente debe practicar la inscripción de la compraventa hecha por la mujer si ésta alega, aun sin probarlo, el carácter parafernial del precio (10), solución que es también la adoptada por algunos Registradores de Madrid, según nota redactada por ellos y enviada por el Colegio, a efectos meramente informativos, a todos los Registradores de España, siendo asimismo éste el criterio que sostiene JOSÉ MANUEL GARCÍA en un trabajo sobre este tema publicado recientemente (11).

A nosotros esta opinión nos parece que carece de fundamento serio: el artículo 1.407 del Código civil, no reformado por la Ley 14/1975, exige la prueba de que el precio pertenece al cónyuge adquirente para que el bien adquirido se considere de su propiedad privativa, y esa prueba debe ser completa y concluyente para inscribir a su nombre y, en defecto de la misma, la inscripción hay que practicarla con arreglo a lo dispuesto en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal. Sólo, por excepción, en el supuesto único de *que el cónyuge no adquirente asevere que el precio es de la exclusiva propiedad del que adquiere*, se practicará la inscripción sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial del inmueble adquirido, por lo que resulta evidente que la manifestación del cónyuge comprador de que adquiere para sí no puede tener valor jurídico

(10) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Pamplona, 1969, vol. II, páginas 580 y ss.; e igual volumen de la 2.ª ed., 1975, págs. 414 y ss.

(11) *Algunas consideraciones acerca de las inscripciones a favor de mujer casada después de la reforma del Código civil*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1976, págs. 31 y ss.

alguno para decidir la calificación del Registrador favorable a la inscripción de la compraventa ni para que se practique el asiento sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial de la adquisición, infringiendo de hacerlo así, lo dispuesto en el artículo 1.407 del Código civil y en el 95 del Reglamento Hipotecario.

Respecto de la enajenación de bienes inmuebles gananciales, por ser materia que sólo interesa al objeto de este tema a efectos de evaluar la desigual entidad jurídica del consentimiento contractual para adquirir y para enajenar, cuestión de la que trataremos después, basta decir que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código civil, la enajenación, tratándose de bienes inmuebles, debe efectuarla el marido con el consentimiento de la mujer; pero, aparte de que en los actos a título gratuito la mujer comparte con el marido el poder de disposición de los bienes gananciales, también se admite práctica y jurídicamente, por aplicación de los artículos 1.416 del Código civil y 96 del Reglamento Hipotecario, que disponga la mujer de los bienes gananciales con el consentimiento del marido, y esta distinta forma de disposición de los bienes gananciales es lo que en la práctica se denomina por los civilistas e hipotecaristas *«doble régimen de los consentimientos»*.

2. Titularidad civil y registral de los bienes gananciales

La titularidad civil de los bienes inmuebles gananciales corresponde indudablemente al marido, como administrador de los bienes de la sociedad conyugal, así como por estar atribuida al mismo la facultad o iniciativa para obligar y enajenar dichos bienes con consentimiento de la mujer (artículos 59, 1.412 y 1.416, C. c.).

No obstante, cuando los inmuebles han sido adquiridos por la mujer con o sin intervención marital y por dicha causa figuran inscritos a su nombre, bien para ella y su esposo conjuntamente como gananciales o sin prejuzgar privativa o ganancial de la adquisición, la titularidad de los bienes, desde el punto de vista registral, corresponde a la mujer, lo que exige que, para cumplir el tracto sucesivo, sea la mujer la que disponga y el marido preste su conformidad para la enajenación, la que, en principio, tenía que conceder en el doble concepto de jefe de la sociedad conyugal e interesado directo en la transferencia o, en su defecto, tenía que ser efectuada la venta conjuntamente por ambos cónyuges con arreglo a la doctrina de las Resoluciones de 7 de septiembre de 1921 y 28 de abril de 1941, bastando actualmente con que el marido dé su consentimiento para el acto dispositivo conforme a lo dispuesto en el artículo 96 del Reglamento Hipotecario.

3. *Adquisición, administración y disposición de bienes gananciales*

En general, el concepto de los actos de adquisición, administración y disposición no ha sido nítidamente delimitado por los autores que se han ocupado de esta cuestión, tales como VON THUR, BETTI, FERRARA, BARASSI, PLANIOL, RIPERT y SAVATIER, entre los extranjeros, y CASTÁN, LACRUZ y SANCHO, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, GITRANA, VILLAVICENCIO, ALPAÑÉS, EGEA IBÁÑEZ, AGUILERA DE LA CIERVA y RODRÍGUEZ ADRADOS, entre los españoles, siendo el último citado el que, a mi juicio, al estudiar la reforma del artículo 1.413 del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958 (12), ha procurado más aclarar el sentido de los actos de administración, obligación y disposición en el ámbito de la sociedad de gananciales.

Como para mí ha resultado impracticable hacer un estudio detallado comentando los diferentes y con frecuencia contradictorios significados que los autores citados dan a los conceptos referidos (13), me voy a limitar a exponer mi propio criterio respecto de tales actos en la forma más clara, breve y sencilla que me sea posible.

En sentido general y amplio, entiendo que el concepto de administración comprende toda clase de actos de adquisición, conservación, obligación y disposición de bienes. En esta acepción se emplea, por ejemplo, el concepto de administración respecto de las sociedades anónimas y limitadas.

Pero en un sentido estricto, que es el que hay que aplicar a los actos que afectan al patrimonio conyugal, se impone la necesidad de matizar

(12) Véase en la *Revista de Derecho Notarial*, 1958, su art. cit., págs. 171 y ss.

(13) Las opiniones de los diferentes autores, así como las suyas propias, acerca de los actos de adquisición, conservación, administración, obligación, disposición y enajenación de bienes en general y en especial de bienes gananciales y matrimoniales, pueden ser estudiadas, además de en el citado artículo de RODRÍGUEZ ADRADOS, en los siguientes trabajos: *Negocios de autorización en general*, por LUIS RIERA AIXA, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Española», t. III, págs. 157 y ss.; *La administración por la mujer casada de los bienes parafernales*, por RICARDO EGEA IBÁÑEZ, en «Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas», Madrid, 1969, t. III, págs. 203 y ss.; *Autorización marital*, por JOSÉ J. PINTÓ RUIZ, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Española», cit., tomo III, pág. 157; y recientemente AGUILERA DE LA CIERVA ha publicado una obra titulada «Actos de administración, de disposición y conservación», Madrid, 1973, la que recoge las diversas opiniones de los autores sobre los actos a que nos estamos refiriendo y formula una nueva clasificación tripartita de ellos. Por nuestra parte, en el trabajo titulado *Efectos civiles y registrales de las prohibiciones de enajenar*, publicado en el tomo II de «Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso internacional de Derecho Registral», pág. 343, hacemos una distinción, basada en conceptos de VILLAVICENCIO y de ALPAÑÉS, entre negocios de administración en sentido general y como actos conservativos, matizando, en sentido estricto, la diferencia existente entre los negocios de adquisición y los de disposición.

más y cabe diferenciar perfectamente los actos de adquisición, administración y disposición, aunque a veces tales actos se enlazan o entrecruzan unos con otros, en determinados negocios jurídicos referentes a los bienes matrimoniales, de tal manera que resulta imposible su inclusión exacta o exclusiva en ninguna de las citadas clases de actos por tratarse, en realidad, en tales supuestos, de negocios de carácter mixto.

Nuestro concepto de los actos referidos en sentido estricto es el siguiente:

A) Los actos de adquisición son aquellos mediante los cuales se obtiene un aumento del patrimonio conyugal, por lo que pueden ser realizados indistintamente por ambos cónyuges por sí solos los que, sin duda alguna, pueden adquirir para la sociedad conyugal toda clase de bienes tanto muebles como inmuebles, realizando la adquisición mediante su industria, sueldo o trabajo (art. 1.401, 2.º, C. c.), los frutos, rentas o intereses de sus bienes privativos (art. 1.401, 3.º, C. c.) e incluso con su juego u otras causas que eximan de la restitución (art. 1.406).

El marido, como administrador de los bienes de la sociedad conyugal, puede adquirir por sí mismo y no precisa autorización alguna de la esposa, excepto en el supuesto de adquisición por permuta con un inmueble o establecimiento mercantil, en el que necesita el consentimiento de la mujer con arreglo al artículo 1.413 del Código, por implicar tal adquisición un acto de enajenación correlativo.

La esposa, al haber sido derogado el anterior artículo 61 del Código civil, que prohibía a la mujer casada adquirir por título oneroso ni lucrativo sin licencia o poder del marido parece indudable, dado el sentido progresivo y liberalizador de la reforma para la mujer, que puede actualmente adquirir bienes inmuebles para la comunidad matrimonial en forma onerosa directa u originaria a cambio de su trabajo, industria o sueldo, o entregando como contraprestación los frutos o rentas de sus bienes privativos y también en forma derivativa mediante la compra-venta de un inmueble, pagando como precio el dinero por ella ganado u obtenido de cualquiera de las formas expresadas, lo que resulta legal y racionalmente justificado si se tiene en cuenta que el dinero, según la teoría jurídica más generalizada (14), más que un bien en sí mismo es fundamentalmente un medio de pago e instrumento de cambio reconocido por el Derecho como medida y signo de valor, por lo que el dinero no es

(14) Puede verse ARTHUR NUSSBAUM: *Teoría jurídica del dinero*, trad. del alemán y notas por LUIS SANCHO SERAL, Madrid, 1929; asimismo, ARENAL MARTÍNEZ DE BEDOYA: *Obligaciones pecuniarias*, «Revista de Derecho español y americano», tomo IV, 1959, págs. 1032 y ss.; y CASTÁN: *Derecho civil*, cit., t. I, vol. 2.º, Madrid, 1971, 11.ª ed., con adiciones de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, págs. 558 y ss.

instantáneamente un bien ganancial en el momento mismo de su percepción y la mujer o el cónyuge que lo haya adquirido puede sustituirlo o reemplazarlo lícitamente, antes de integrarlo en el patrimonio común, mediante la compraventa de un bien inmueble, el que alcanza automáticamente, por subrogación real, la condición de ganancial de la sociedad conyugal (15).

Para comprender mejor la licitud y validez de las adquisiciones onerosas de inmuebles por mujer casada sin intervención marital mediante compraventa, basta poner algunos ejemplos: piénsese en la mujer Arquitecto o Aparejador que sin autorización marital, por no serle necesaria para ello, contrata la prestación de su trabajo profesional a cambio de la adquisición de una vivienda y nos daremos perfecta cuenta de que dicho acto es perfectamente válido; pensemos también en la mujer que administra, con plena independencia del marido, sus bienes privativos, o en la mujer Farmacéutico, Médico, Notario o en la que tenga cualquier otra profesión u oficio. Los frutos, sueldos, honorarios, etc., son, desde luego, gananciales, pero no en el momento en que surgen, sino sus resultados líquidos y así la mujer que tenga fincas rústicas parafernales tiene que pagar sueldos, comprar semillas, ganados, maquinaria, hacer cercas, establos, etc., e incluso puede tener necesidad de comprar una finca colindante con mejor salida a un camino que la propia, para facilitar la explotación de ésta, lo que hay que admitir que legalmente puede efectuar, ya que de no ser así no podríamos afirmar que administra sus bienes privativos.

Lo mismo podemos decir de las mujeres casadas a que hemos hecho referencia, que ejerzan alguna profesión, a las que las compras, incluso de inmuebles pueden serles necesarias para instalarse, pues no siendo así no se podría asegurar que ejercitaran libremente la profesión.

Y es que en realidad, antes y ahora, sobre todo ahora, la mujer, nos parezca bien o nos parezca mal, es órgano de adquisición de bienes gananciales y actualmente establecido por el nuevo artículo 62 del Código civil el principio fundamental de que el matrimonio no restringe la ca-

(15) Puede estudiarse la subrogación real por sustitución de valores en RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *La subrogación real*, «Revista de Derecho privado», abril, 1949, t. 33, págs. 281 y ss.; MEZQUITA DEL CACHO: *Principales aplicaciones de la subrogación real en nuestro Derecho*, «Revista de Derecho español y americano», tomo IV, 1959, págs. 649 y ss.; LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, cit., tomo I, pág. 247; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, cit., vol. I, página 454; respecto de los bienes parafernales, EGEA IBÁÑEZ, *art. cit.*, págs. 221 y siguientes; y recientemente el trabajo, muy completo, de MARÍA LUISA MARÍN PADILLA: *La formación del concepto de subrogación real*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1975, págs. 1111 y ss.

pacidad de obrar de la mujer, debemos considerar válidas las compraventas de inmuebles que efectúe la esposa sin intervención del marido, cualquiera que sea el carácter, ganancial o privativo, que ella asigne a la adquisición, aunque el Registrador de oficio, como dice CAMY, debe darle siempre carácter de gananciabilidad (16) en todos los casos en los que el marido no comparezca o autorice el acto adquisitivo y además en los que no asegure que el precio es de propiedad exclusiva de la mujer.

B) Los actos de administración, en el sentido estricto de esta palabra y referidos a los bienes comunes del matrimonio, son aquellos que tienden a conservar y mejorar mediante su adecuada explotación, utilización o empleo el patrimonio conyugal, obteniendo el mayor aprovechamiento o disfrute posible de los bienes que lo integran, los que quedan respondiendo del cumplimiento de las obligaciones que con dicha finalidad se contraigan; y, en principio, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 59 y 1.412 del Código civil, solamente el marido está facultado para realizar actos de administración de los bienes de la sociedad conyugal, norma que confirma el artículo 1.416 al disponer que «la mujer no podrá obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido» si bien estos preceptos legales, como veremos, no pasan de ser reglas generales que tienen muchas excepciones y limitaciones.

Lo que no ofrece duda es que el marido, como administrador de la sociedad de gananciales, puede comprar para la comunidad conyugal y, en general, realizar cualquier adquisición a título oneroso por consecuencia de la cual quede obligada la sociedad conyugal. Es más, cualquier acto adquisitivo oneroso que efectúe el marido en nombre propio se considera hecho a favor de la comunidad matrimonial y por ello la adquisición se inscribe conjuntamente a favor del marido y la esposa si ésta no manifiesta que el precio o la contraprestación es de propiedad del marido o se acredita así en forma indubitable (art. 95, Reglamento Hipotecario).

Sin embargo, el marido no puede realizar acto adquisitivo alguno a título oneroso en el que la contraprestación lleve consigo la enajenación de un bien inmueble o establecimiento mercantil ganancial, para la que, por exigencia del artículo 1.413 del Código civil, necesita el consentimiento de la mujer, y ello es así porque, en este supuesto, no se trata de un acto de administración en sentido estricto o administración ordinaria, sino de un acto de los que RODRÍGUEZ ADRADOS llama de administración excep-

(16) *Ob. cit.*, vol. II, ed. 1975, pág. 414.

cional (17), para el que se requiere, por la trascendencia que nuestra legislación le concede, el consentimiento de la esposa.

En cuanto a la mujer, como no es administradora ni puede obligar a la sociedad de gananciales sin el consentimiento del marido, excepto en los casos en que la Ley lo permite, hay que entender por ello, en principio, que no puede comprar bienes inmuebles por sí sola con dinero que se encuentre ya integrado o incorporado al patrimonio común del matrimonio.

No obstante, como actualmente la mujer casada tiene plena capacidad de obrar, por lo que es indudable que puede comprar bienes de todas clases sin obligar a la sociedad conyugal, la cuestión importante a resolver es la de la validez de las compraventas hechas por la esposa por sí sola con precio pagado al contado de carácter ganancial o presuntivamente ganancial, en cuyo caso para considerar perfectamente válida y eficaz la compraventa hay que aceptar la teoría de que el hecho de que la mujer haya dispuesto del dinero supone implícitamente la existencia de un consentimiento tácito previo del marido para que la mujer efectúe dicha inversión pecuniaria, habiendo abandonado virtualmente el marido, en tal supuesto, sus facultades de administrador en favor de la mujer.

El problema planteado no es nuevo: existía ya con anterioridad a la reforma del Código civil por la Ley 14/1975, si bien entonces sólo se suscitaba a efectos de la inscripción en calidad de anulables de las compraventas hechas por la mujer casada por sí sola, las cuales con arreglo al artículo 94 del Reglamento Hipotecario se inscribían en el Registro haciendo constar que el acto había sido realizado sin la preceptiva licencia marital, a efectos de que quedara explícitamente consignada dicha carencia de autorización marital como posible causa de impugnación del acto por el marido o sus herederos; y también existía la cuestión antes que el Reglamento Hipotecario de 1947 autorizara, en el citado artículo 94, la inscripción de los actos y contratos otorgados sin licencias del marido por mujer casada, por lo que no tiene razón CAMY al decir que para el legislador hipotecario anterior «el problema no existía, pues para él las adquisiciones por la mujer sin licencia o consentimiento del marido no eran inscribibles, tanto si se tratase de actuaciones referentes a los parafernales como si lo fuera respecto a los bienes gananciales» (18).

La realidad es que más de medio siglo antes de la publicación del referido Reglamento y por tanto de la vigencia de su repetido artículo 94, la Dirección General de los Registros, aceptando la doctrina ya establecida con anterioridad por el Tribunal Supremo, declaró en Resolución de 22

(17) *Art. cit.*, pág. 175.

(18) *Ob. cit.*, vol. II, ed. 1975, pág. 417.

de agosto de 1894 inscribible una escritura de compraventa otorgada por sí sola por mujer casada, en la que constaba que se hallaba ausente el marido de la compradora y que ésta contrataba con la licencia y mandato que el mismo le había concedido verbalmente, considerando dicha resolución que aunque el calificativo que en rigor merecía el acto era el de anulable o rescindible, puesto que antes de su anulación o rescisión producía todos sus efectos jurídicos, el defecto en cuestión no era subsanable ni insubsanable desde el punto de vista hipotecario, por lo que el Registrador no debía suspender ni denegar la inscripción, sino practicarla, cuidando de que en el asiento apareciera claramente la falta de licencia marital.

Esta doctrina fue reiterada en Resolución de 15 de diciembre de 1933, dictada en un caso análogo de compraventa con precio al contado, otorgada a favor de mujer casada sin licencia marital declarándola inscribible, porque la falta de autorización marital, aunque no se aceptara la existencia de un asentimiento tácito del marido para el acto «no supone en modo alguno la nulidad, sino su posible anulación ya que solamente aquél o sus herederos, nunca los extraños, podrán reclamarla en los plazos y condiciones establecidas por la Ley y que, en consecuencia, no pudiendo calificarse el defecto *ni de insubsanable ni de subsanable* no autoriza al Registrador a suspender ni a denegar, sino que debe inscribir si bien cuidando de que en el asiento aparezca claramente la falta de licencia marital a fin de prevenir a terceros de que hay pendiente una acción de nulidad», fundamentando también esta resolución la procedencia de la inscripción en que en las fincas así adquiridas corresponde indiscutiblemente al marido la facultad de enajenarlas, al ser reputadas gananciales en fuerza de la presunción legal que establece el artículo 1.407 del Código civil, así como que el mismo Código en su artículo 1.401 prevé la posibilidad de adquisición por cualquiera de los esposos, aun respecto de los bienes adquiridos a costa del caudal común.

Otras varias resoluciones repitieron la doctrina de no considerar absoluta la nulidad de los actos otorgados por la mujer casada sin licencia marital, permitiendo su inscripción en el Registro, pero en general se referían a actos de enajenación o disposición por la mujer de bienes propios y no a la mujer compradora, coincidiendo todos los tratadistas de Derecho Hipotecario en criticar desfavorablemente dicha jurisprudencia del Centro directivo en cuanto a los actos de enajenación, por la inseguridad que para la contratación inmobiliaria suponía el arrastre de la causa de nulidad en las inscripciones posteriores a aquella en la que constaba dicha causa; pero en cambio, respecto de las compraventas, la opinión de los hipotecaristas fue en general favorable a la inscripción, basándose en

que se trataba de asientos que quedaban inmovilizados porque al no ser posible la enajenación o gravamen posterior de la finca sin intervención del marido, no podía perpetuarse la causa de nulidad en el historial de la finca a través de sucesivas transmisiones de la misma (19).

(19) Puede verse a este respecto el artículo de MARTÍNEZ SANTONJA: *¿Son inscribibles en el Registro de la Propiedad los actos y contratos otorgados por mujer casada sin licencia marital o autorización judicial?*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1940, pág. 649 y ss.

También CAMPUZANO Y HORMA, en *Elementos de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1931, vol. II, pág. 68, enumeró entre los actos que el Código civil califica de nulos, respecto de los que «no es el Registrador el llamado a apreciar la nulidad», los actos adquisitivos de inmuebles, a título oneroso, otorgados por mujer casada sin licencia marital, falta que no impide la inscripción porque sólo el marido y los herederos pueden reclamar la nulidad.

Y POVEDA MURCIA, en un trabajo titulado *Faltas subsanables e insubsanables*, publicado en 1942, decía que cuando la falta no anula la obligación no puede calificarse de insubsanable, por lo que debe ser calificada de subsanable o considerarla irrelevante desde el punto de vista registral; y, aunque esta última solución no le parecía aceptable, era preciso reconocer que algunas resoluciones del Centro directivo y ciertas disposiciones reglamentarias daban pie para llegar a ella, como sucedía con los negocios jurídicos concluidos por la mujer casada sin licencia marital, en los que no obstante su carácter anulable, el defecto no se consideraba subsanable ni insubsanable y el título debía inscribirse, cuidando de que en el asiento apareciera claramente la falta de licencia marital.

Esta doctrina, sin embargo, la consideraba muy peligrosa, aunque podría aducirse que para proteger los derechos de los terceros adquirentes, basta con que en la inscripción conste la falta de licencia. Pero debían evitarse sucesivas generalizaciones de este argumento, mediante las que se llegaría a admitir en el Registro cuanto próxima o remotamente pudiera llegar a ser válido, por lo que consideraba más acertado estimar la falta de licencia marital y en general los defectos confirmables como faltas subsanables, añadiendo que hay que suponer que este efecto no es un privilegio odioso de esta especie de faltas (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1942, págs. 78 y 79).

Aunque no compartimos el punto de vista último del trabajo de POVEDA MURCIA, por lo que respecta a los actos y contratos otorgados por la mujer casada sin licencia marital por entender que su inscripción, en lugar de basarse en un privilegio infundado, tendía a eliminar en lo posible una injustificada discriminación de la capacidad de obrar por razón del sexo, lo que nos interesa resaltar en relación con el tema de esta ponencia es que el autor de tal trabajo reconoce en el mismo que los actos de adquisición de inmuebles por mujer casada, sin intervención marital, se consideraban inscribibles con la advertencia referida.

Por lo demás, estamos de acuerdo con su criterio contrario a la generalización de la inscripción de actos anulables, como lo hemos estado siempre con la opinión de MARTÍNEZ SANTONJA radicalmente contraria a que se efectuaran esa clase de inscripciones cuando se trataba de enajenaciones de parafernalia sin licencia marital, por la inseguridad que para el tráfico inmobiliario suponía el traslado de la causa de nulidad a las inscripciones posteriores, todas las cuales quedaban encadenadas a la posible impugnación de aquella enajenación; y, en cambio, como decía muy acertadamente, a mi juicio, dicho notable hipotecarista, apenas había problema cuando la mujer adquiría a título oneroso sin licencia marital, porque la inscripción, en tal caso, quedaba inmovilizada. De este criterio, por el prestigio de su autor y la consistencia de los razonamientos a su favor, participábamos, en general, los Registradores que ingresamos en el Cuerpo en el año 1941.

Para nosotros actualmente, por razones que después expondremos, las compraventas por mujer casada, por sí sola, con precio entregado, son inscribibles, para la sociedad conyugal, como válidas y eficaces o, por lo menos, consignando en la inscripción la falta de autorización marital como causa de posible impugnación con arreglo a los artículos 65 y 1.301 del Código civil.

C) Los actos de enajenación o disposición en sentido estricto, con referencia a los bienes gananciales, son los que producen inmediatamente la pérdida de un bien de la comunidad conyugal mediante su transmisión o gravamen y, en lo que respecta a los bienes inmuebles, ya hemos dicho que para su realización el marido con arreglo al artículo 1.413 del Código civil necesita el consentimiento de la mujer, pero que también se admite, por aplicación de los artículos 1.416 del Código civil y 96 del Reglamento Hipotecario, que enajene la mujer con consentimiento del marido o que efectúen la enajenación los dos cónyuges conjuntamente (20).

4. *Desigual evaluación o entidad jurídica del consentimiento contractual para adquirir y para enajenar*

Nuestro ordenamiento jurídico exige, en general, una capacidad y requisitos que pudiéramos llamar de inferior magnitud o entidad para adquirir que para enajenar y así, por ejemplo: el padre o la madre, en su caso, puede comprar bienes inmuebles para el hijo menor de edad con dinero del mismo, pero no pueden enajenar los bienes inmuebles de dicho hijo ni gravarlos sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización judicial (art. 164, C. c.); el menor emancipado por

(20) En el coloquio que tuvo lugar después de la exposición de esta ponencia, se me objetó que la distinción que había hecho entre actos de adquisición, administración y disposición o enajenación, era demasiado estricta; y no tuve inconveniente en aceptar que el acto de adquisición puro sólo existía tratándose de adquisiciones a título gratuito, y que dentro del confusionismo reinante en esta materia, en la que no había ideas unitarias, quizá por un planteamiento inadecuado, al formularse conceptos sin tener en cuenta sus distintas acepciones en relación con las diversas instituciones de Derecho y la posición respecto de cada clase de actos de las personas o entes jurídicos realizadores de ellos, tenía que reconocer que las compraventas eran consideradas en general, por la doctrina, como actos de administración simple u ordinaria, a diferencia de los actos de enajenación, que se consideraban de extraordinaria administración.

Pero aun aceptando tal doctrina, la misma no impedía considerar a la mujer casada, con arreglo a la nueva normativa legal, plenamente capacitada para comprar inmuebles sin intervención marital, con la limitación de que el acto no obligara a la sociedad conyugal, por lo que podía ser inscrito con la advertencia de la falta de asentimiento del esposo.

matrimonio o por concesión paterna y el habilitado de edad pueden prestar dinero y comprar bienes inmuebles, pero para tomar dinero a préstamo, enajenar o gravar dicha clase de bienes necesitan el consentimiento de su padre, madre o tutor (arts. 61, 317 y 324, C. c.); el tutor puede adquirir bienes inmuebles para el pupilo con autorización del consejo de familia (art. 269, 6.º, C. c.), pero para enajenarlos precisa además hacerlo en pública subasta (arts. 269, 5.º, y 272, C. c.); y para adquirir por donación ni siquiera es necesaria la capacidad para contratar, exigiéndose únicamente que no se esté especialmente incapacitado por la ley para ello (artículo 624, C. c.), en tanto que para hacer donaciones se requiere no sólo la capacidad para contratar, sino también la libre disposición de los bienes (art. 624, C. c.).

Por la misma razón, al ser considerado el acto adquisitivo de menor trascendencia patrimonial que el acto de enajenación, el Derecho exige un consentimiento de menor entidad o sustantividad jurídica para adquirir que para enajenar, tanto cuando se trata de un acto que afecta al patrimonio propio como cuando se refiere al patrimonio matrimonial que pertenece en común a los cónyuges, del que hemos dicho que nuestra doctrina y jurisprudencia lo configuran en general como una propiedad colectivista de tipo germánico, cuyas diferencias con la comunidad romana, como dice ESCRIVÁ DE ROMANÍ, son menores de lo que corrientemente se cree y ninguna afecta a la esencia de ellas que es idéntica (21).

Por esta razón, como la adquisición de bienes gananciales es como máximo un acto de administración, puede realizarla el marido sin necesidad de autorización o consentimiento de la esposa aun cuando se trate de adquirir bienes inmuebles y sólo necesita, para efectuar la adquisición, la mera capacidad de gestión de carácter conservativo, que se denomina en nuestro Derecho capacidad general para contratar y obligarse sin que se le exija la llamada capacidad de disposición o enajenación; y si es la esposa la que adquiere, de no aceptarse el criterio de que puede hacerlo válidamente a favor de la sociedad conyugal sin la conformidad del marido, el consentimiento del mismo tendría que ser considerado en tal supuesto como un simple permiso legitimador de la voluntad de la mujer sin más trascendencia que la de eliminar un impedimento legal de dudosa justificación, puesto que la participación global de la mujer en el patrimonio consorcial del matrimonio es igual a la del marido.

El consentimiento para enajenar, debido a la mayor trascendencia económica del acto dispositivo, es de superior entidad jurídica y exige

(21) *Art. cit.*, pág. 749.

por ello mayor capacidad a la persona que debe prestarlo y concretándonos a los bienes inmuebles de la comunidad matrimonial, que es lo que interesa a efectos del tema que estamos tratando, la mujer por sí sola, al no ser administradora de la sociedad conyugal ni estar facultada para obligar los bienes de la misma, no puede prestar el consentimiento para su enajenación, por ser el consentimiento del cónyuge administrador elemento esencial para la perfección y eficacia del negocio jurídico enajenativo. De ahí que sólo en los supuestos en que la mujer sea titular registral del inmueble ganancial tenga que ser ella por razones formales de tracto sucesivo la que efectúe la enajenación a la que, inevitablemente, debe concurrir además el marido para añadir su consentimiento el que, a pesar de su carácter complementario, tiene que ser considerado de rango superior al de su esposa e indispensable para la completa validez y eficacia del acto que sin dicho consentimiento marital tiene que ser reputado inexistente o nulo.

En los casos en que sea el marido el que realice el acto de disposición sobre un bien inmueble ganancial, su consentimiento para celebrar el contrato transmisivo necesariamente tiene también que ser complementado por exigencia del artículo 1.413 del Código civil con el consentimiento de la mujer, consentimiento este último cuya naturaleza jurídica ha sido muy discutida y que, según nuestra actual opinión, coincidente esencialmente con el criterio de la Dirección General de los Registros, se trata de una declaración de voluntad por la que la esposa aprueba la repercusión de la disposición del marido, al que pertenece legalmente la iniciativa para realizar el acto de enajenación, en el propio ámbito jurídico de la mujer, por ser ésta cotitular, con su esposo, del patrimonio del que forma parte el inmueble objeto de la enajenación, por lo cual, aunque el acto no sea radicalmente nulo con arreglo al nuevo artículo 65 del Código civil, resultaría incompleto si faltara el consentimiento de uno de los titulares del patrimonio perteneciente al consorcio conyugal, razón por la que el acto *no debe considerarse inscribible* en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, nos parece más acorde con la intención del legislador de la Reforma del Código civil de 1958 la opinión de CASTRO (22), LA RICA ARENAL (23), ESCRIVÁ DE ROMANÍ (24), CHICO ORTIZ (25), VENTURA-

(22) *Compendio de Derecho civil. Apéndice*, Madrid, 1958, pág. 49.

(23) *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, página 100.

(24) *Art. cit.*, págs. 766 y 774.

(25) *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ y JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA, Madrid, 1968, t. II, pág. 80.

TRAVERSESET (26), AMORÓS GUARDIOLA (27) y otros civilistas e hipotecaristas, a cuyo juicio el consentimiento uxorio no era una mera autorización o licencia ni un negocio de asentimiento, sino un requisito esencial necesario para el perfeccionamiento y validez del contrato, en cuanto que arranca de la cotitularidad que ambos cónyuges tienen sobre los bienes gananciales.

Pero actualmente esta doctrina ya no puede sostenerse, al establecer el nuevo artículo 65 que «cuando la Ley requiera para actos determinados que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos». La referencia a la confirmación expresa o tácita, como dice CASTÁN, lleva a concluir que se trata de la acción de anulabilidad de los artículos 1.301 y siguientes del Código civil, como se comprueba por la reforma de este último precepto (28). Por tanto, después de la reforma de la Ley 14/1975, no puede ser considerado el consentimiento de la mujer un elemento esencial del contrato de enajenación del inmueble ganancial por el marido y, por ello, tal contrato sin dicho consentimiento no puede ser conceptuado como inexistente o nulo.

Ahora bien, a pesar de que algunos autores como CÁMARA (29) y BONET (30) opinan que el consentimiento «uxoris» guarda un estrecho parentesco con la derogada licencia marital, aunque el fundamento de los dos institutos fuera diferente, doctrina que parece ser también la de las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo y 7 de febrero de 1964, 3 de marzo y 6 de mayo de 1969 y, sobre todo, la de 7 de junio de 1972 nosotros creemos, con todos los respetos para los citados autores y para nuestro más alto Tribunal, que no cabe equiparar la desaparecida licencia marital que entrañaba una autorización, evidentemente discriminatoria y vejatoria (31) para la enajenación por la mujer de bienes de su exclusiva

(26) *La Ley de 24 de abril de 1958. Repercusiones de la reforma del artículo 1.413 del Código civil en ciertos contratos*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1959, pág. 472.

(27) *Anotación preventiva de demanda sobre finca ganancial*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1969, pág. 1677.

(28) CASTÁN: *Derecho civil*, cit., t. V, vol. 1.º, 11.ª ed., 1976, pág. 423.

(29) *El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil*, por MANUEL DE LA CÁMARA, en «Anuario de Derecho civil», 1959, t. XII (págs. 451 a 479) y XIII (páginas 361 a 499), págs. 465 y ss. del t. XII.

(30) *Compendio de Derecho civil*, por FRANCISCO BONET RAMÓ, t. IV, «Derecho de familia», Madrid, 1960, págs. 412 y ss., en las que hace suya la opinión de CÁMARA y transcribe literalmente los argumentos de éste a favor de su criterio.

(31) Estos calificativos son los mismos empleados por el Ministerio de Justicia, SÁNCHEZ-VENTURA Y PASCUAL en la presentación del Proyecto de Ley de Reforma del Código civil a las Cortes. Ver página 9 del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1.023, mayo de 1975.

propiedad o para realizar una adquisición a favor del patrimonio conyugal común, con el consentimiento para la enajenación o gravamen de un inmueble perteneciente al patrimonio consorcial de ambos esposos, por lo que en el último supuesto, el consentimiento de la mujer, con mayor razón después de la reforma del Código por la Ley de 1975, cuya finalidad tiende a igualar la capacidad de obrar de los cónyuges en el orden económico matrimonial debe ser considerado, razonable y lógicamente, como un negocio de asentimiento que concierne a la enajenación de un bien que pertenece a la mujer en colectividad patrimonial con su esposo y que, por consiguiente, afecta a su propia esfera jurídica, criterio que es también el que sostiene nuestro Centro directivo en sus Resoluciones de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966, 28 de marzo de 1969 y 15 de marzo de 1972 (32).

(32) CÁMARA, en su trabajo citado (notas 8 y 14, págs. 461 y 466 y ss.) y RODRÍGUEZ ADRADOS, en su también expresado trabajo (págs. 194 y ss.), están de acuerdo en que el consentimiento «uxoris» encaja dentro de lo que la técnica jurídica alemana llama *negocios da asentimiento* y en que tal consentimiento no presupone codisposición.

No obstante, CÁMARA no acepta la distinción que hace RODRÍGUEZ ADRADOS entre licencia, consentimiento y disposición, dentro de cuyas tres categorías el asentimiento de la mujer está comprendido en la segunda. A juicio de CÁMARA la licencia marital y el consentimiento «uxoris» son instituciones muy próximas y de la misma naturaleza jurídica, por lo que considera muy pobres las razones de RODRÍGUEZ ADRADOS para separar ambos institutos, basándose en que la licencia es cosa típica del marido.

A nosotros, por el contrario, nos parece perfectamente correcta y nítida la distinción entre tres tipos diferentes de consentimiento, que actualmente suprimida la licencia marital, podríamos denominar: consentimiento permisivo; asentimiento para disponer; y consentimiento dispositivo, conceptuando el acto de codisposición como modalidad del último. Dentro de la segunda clase incluimos el consentimiento uxorio, que para mí, con criterio radicalmente opuesto al de CÁMARA, está más próximo, sobre todo actualmente, a la codisposición que a la simple autorización o permiso.

Dentro de nuestra modestia, y pese a la admiración que sentimos por CÁMARA, cuyas obras y trabajos sobre Derecho civil, mercantil e hipotecario nos han servido tantas veces para decidir nuestras calificaciones como Registrador de la Propiedad y Mercantil, creemos que no es nada convincente su razonamiento de que el hecho de que la suprimida licencia marital y el consentimiento «uxoris» obedecieran a un fundamento distinto no impedía que su naturaleza jurídica fuera la misma, basándose para sostener la identidad de ambas instituciones y su igualdad de rango jurídico en que así como la facultad de disponer y obligar a los parafernales correspondía a la mujer única dueña de esos bienes y el marido sólo tenía un *derecho de veto*, análogamente, al ser el marido el administrador de los gananciales y, por ello, el único cónyuge que puede disponer y obligar los bienes del matrimonio, el consentimiento de la esposa no tiene más trascendencia que el de un simple permiso, equivalente también a un *derecho de veto*.

Pero CÁMARA no tiene en cuenta que la suprimida licencia marital tenía dos vertientes, en cuanto que unas veces implicaba el permiso marital para la enajenación de los bienes propios de la esposa y otras la autorización para que la misma adquiriera a título oneroso, tanto para sí como para la sociedad conyugal, por lo que su finalidad exclusiva era, sin duda, asegurar la jefatura doméstica del ma-

Se trata sin duda, por todo ello, de un consentimiento de superior importancia y trascendencia al de un simple permiso legitimador, como antes lo era la licencia y actualmente puede serlo el consentimiento para adquirir que el marido conceda a la esposa si se estima que es neces-

rido; y, en cambio, el consentimiento de la esposa para enajenar inmuebles tiene su fundamento en el condominio que pertenece a la mujer, por mitad, sobre el patrimonio común matrimonial del que los expresados bienes forman parte. Lo que ocurre es que el Código civil sólo exige el consentimiento de la esposa cuando se trata de actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, sin duda por considerar que son normalmente los bienes de mayor valor, cuando debiera haber extendido el consentimiento «uxoris» a cualquier clase de bienes valiosos, puesto que el criterio legislativo, para determinar las facultades administrativas y dispositivas de los cónyuges, es siempre en nuestro Derecho positivo más de carácter cuantitativo que cualitativo y, aunque la iniciativa para administrar y disponer sigue correspondiendo al marido, se tiende cada vez más a que en todos los negocios jurídicos que afecten a los bienes comunes del matrimonio las facultades de ambos cónyuges sean las mismas o se compartan conjuntamente.

Tampoco consideramos decisivo, para determinar la identidad de la naturaleza jurídica de la suprimida licencia marital (hoy reducida al consentimiento permisivo del marido, en los casos en que se considere necesario para los negocios jurídicos que realice la esposa y obliguen a los bienes gananciales) y el consentimiento «uxoris», el argumento que emplea CÁMARA de que ambos consensos, en el caso de denegación injustificada, podían ser sustituidos por la autorización judicial. Tal hecho es intrascendente a efectos de determinar la naturaleza jurídica de las dos instituciones y del mismo sólo puede decirse que tanto el permiso marital como el consentimiento «uxoris» no tienen suficiente rango para que su carencia haga ineficaz o completamente inválido el negocio jurídico.

No obstante, entre sí, es evidente que la sustantividad o evaluación jurídica de ambas clases de asentimientos se encuentra muy distanciada, siendo notoriamente de menor entidad la simple autorización marital legitimadora de la enajenación de bienes propios de la mujer o de la adquisición realizada por ella, incluso para la sociedad conyugal, si se estima necesaria, *de innegable carácter tutelar*, que el consentimiento uxorio para la enajenación de inmuebles por el marido, que implica una *declaración de voluntad de la esposa de carácter dispositivo*, complementaria del consentimiento del marido, haciendo a aquélla partícipe del negocio jurídico de enajenación de bienes que integran el patrimonio común de los cónyuges, cuyo dominio pertenece a ambos por igual. Se trata aquí de una ampliación de la capacidad de obrar de la mujer, facultándola para que proteja por sí misma sus intereses económicos, y no de una actuación tutelar inherente a la jefatura doméstica.

La esencia, fundamento y finalidad de ambas instituciones es, por ello, distinta; y sostener lo contrario nos llevaría a que el marido pudiera realizar por sí solo actos de enajenación de inmuebles que incluso pudieran ser considerados inscribibles con advertencia de su posible impugnación, lo que sin duda alguna contribuiría a mantener la monarquía absoluta o dictadura marital, fuente de tantas discordias conyugales y, sobre todo, a que en los casos de rotura de la convivencia matrimonial la esposa quedara siempre en situación de inferioridad respecto del marido, lo que implicaría una discriminación por razón de sexo sólo justificable por la tradición, pero esclavizadora para la esposa y contraria a su dignidad como ser humano.

La conclusión es, por todo ello, que la naturaleza de los dos referidos institutos es diferente por ser distinta su razón de ser y finalidad jurídica, que es lo que configura y da carácter a las instituciones de Derecho.

Lo más que se podría aceptar, por lo que respecta al consentimiento «uxoris» es que, como dice BONILLA ENCINA (*ob. cit.*, t. II, págs. 80 y 81), al reformar el ar-

rio (33) y, desde la perspectiva del Derecho registral, nos parece desatinado que pueda ser inscrita una enajenación de un inmueble hecha por el marido sin el consentimiento de la esposa, haciendo constar esta circunstancia en el asiento.

título 1.413 del Código civil, la intención del legislador fue «conceder ciertas facultades a la mujer, limitando las del marido, pero sin establecer una diarquía en cuanto al poder de disposición que corresponde a éste. El sistema no se ha cambiado, sino que se ha limitado; de otro modo, la mujer, pudiendo lo más (compartiría la disposición de inmuebles) no podría lo menos (administración), y dejaría de tener sentido el artículo 1.416, por cuanto la enajenación de bienes inmuebles exigiría siempre el doble consentimiento de los cónyuges». Pero de ahí a afirmar que el simple permiso marital, en los casos en que antes era necesario bajo el nombre de licencia, o se considere que lo es actualmente bajo el nombre de autorización, conformidad o consentimiento, para la realización por la mujer de los actos que el marido puede efectuar por sí solo, tiene igual rango jurídico que el consentimiento «uxoris», existe una gran diferencia, sobre todo a efectos de inscripción registral y legitimación respecto de terceros.

(33) JOSÉ MANUEL GARCÍA, en su trabajo citado (págs. 40 y ss.), hace la sugerencia, que consideramos muy interesante a efectos registrales, de que en la teoría general del acto y del negocio jurídico debería profundizarse acerca de la distinción de dos tipos de consentimientos o asentimientos que pueden darse en la práctica, referidos ambos según damos por supuesto, aunque el citado autor no lo dice expresamente, a los casos en que el acto realizado por un cónyuge por sí solo no se considere radicalmente ineficaz y si solamente anulable con arreglo al nuevo artículo 65 del Código civil.

Tales consentimientos son: el que JOSÉ MANUEL GARCÍA llama *eventual*, y nosotros denominaríamos *cautelar*, que es el que se presta en la práctica «por si acaso», «por si fuere necesario para la plena eficacia del acto», y al objeto de «cubrir todos los posibles eventos»; y el consentimiento que denomina *fijo* y que nosotros llamaríamos *habilitante*, que es el que se exige cuando se trata de supuestos de hecho muy precisos en los que no existe duda alguna respecto de su necesidad para la plena validez y eficacia del acto.

Con lo que no estamos conformes, desde el punto de vista hipotecario, con el expresado autor, es con los ejemplos que a título de orientación examina para determinar en qué casos procede y debe exigirse, a efectos de inscripción, una u otra clase de consentimiento, desacuerdo que es lógico como consecuencia de nuestra distinta posición doctrinal respecto de la inscripción de las compraventas hechas por la esposa por sí sola.

Para nosotros, el consentimiento cautelar es el que puede prestar el marido en todos los casos de compraventas hechas por la esposa en los que no se acredite el carácter parafernial del precio. Este consentimiento no debe ser exigido por el Registrador en ningún supuesto para practicar la inscripción, ya que la adquisición hecha por la mujer *siempre es, como máximo, un acto de administración* y no de disposición, que no obliga al patrimonio común del matrimonio y su inscripción, tanto si se efectúa a nombre de ambos cónyuges para la sociedad conyugal como si se hace sin prejuzgar la naturaleza de la adquisición, *legítima a los cónyuges* para enajenar o gravar, mediante su consentimiento conjunto, el inmueble adquirido sólo por la esposa, como sucede en todos los demás casos de inscripciones practicadas a favor de los dos cónyuges o sin prejuzgar. El tercero que adquiera o grave el inmueble tiene que ser mantenido en su adquisición y, por ello, la legitimación registral es perfecta e incluso supera a la protección que confiere el Registro al tercer

Lo que importa, desde el punto de vista del Registro, es que *el asiento registral legitime*, como ocurre con la inscripción de las adquisiciones hechas por la esposa por sí sola, la enajenación o gravamen posterior que se efectúe a favor de tercero por las personas que con arreglo a la Ley están facultadas para transmitir. Pero hipotecariamente no es conveniente para el crédito inmobiliario, en cambio, practicar inscripciones de enajenación, como ocurriría con las hechas por el marido sin consentimiento de la esposa, con advertencias de peligro de anulación para los terceros adquirentes.

Esto es lo que ocurría antes con las enajenaciones de bienes parafernales sin licencia marital y, al ser eliminada tal licencia por la reforma de 1975, han desaparecido las inscripciones de dicha clase tan justificadamente criticadas por los comentarios de Derecho hipotecario, por lo que sería absurdo resucitarlas ahora inscribiendo las enajenaciones hechas por el marido sin consentimiento de la esposa.

Bien está que inscribamos las compraventas hechas por la esposa sin intervención marital, que no producen para el tercero ninguna situación de inseguridad o confusión, pero debemos evitar a toda costa la inscripción de actos de validez problemática, con lo que el tercer adquirente no gozaría de la protección registral. Y ello, aunque desde el punto de vista civil el acto sólo tenga la consideración de anulable, lo que nos parece perfectamente correcto, en cuanto que permite la ratificación por la esposa. Sin embargo, los campos civil e hipotecario son distintos y al último sólo le interesa la protección del tercero que adquiere de buena fe de la persona facultada para transmitir.

5. *Eficacia jurídica de la inversión, por la mujer casada, del dinero presuntivamente ganancial en la compraventa de un inmueble*

Puede afirmarse, casi como una perogrullada, que al invertir la mujer casada el dinero ganancial o presuntivamente ganancial en la compraventa de un inmueble, se ha producido una subrogación real o sustitución de valores en virtud de la cual la situación jurídica, dentro del patrimo-

adquirente de un inmueble sujeto a un derecho de opción o de retracto o a cualquier condición resolutoria o rescisoria.

Y en cuanto al consentimiento fijo o habilitante, el Registrador debe exigirlo siempre y suspender la inscripción si no consta tal consentimiento, como sucede en la venta de bienes de un menor emancipado o habilitado de edad sin consentimiento del padre, madre o tutor, o en la enajenación de inmuebles gananciales por el marido sin el consentimiento de la mujer.

nio matrimonial, del inmueble pasa automáticamente a ser la misma que tenía el dinero empleado en su compraventa.

La eficacia jurídica de la situación de hecho creada en virtud de la compraventa realizada por la mujer casada dependerá de que se considere o no legalmente facultada a la esposa para emplear el dinero destinado al pago del precio de adquisición del inmueble por ella comprado.

En principio, como dice PÉREZ-JOFRE, «cabría sostener que el hecho de que la mujer maneje y disponga del dinero ganancial implica un consentimiento tácito del marido para disponer del mismo (que sólo podría éste desvirtuar probando, por ejemplo, que la mujer se lo ha robado). La realidad de la vida parece inclinar a esta conclusión: si el marido permite a la mujer poseer grandes sumas de dinero bien eminentemente fungible, parece lógico que le permita disponer; en tal caso y respecto a ese concreto dinero ganancial la mujer puede invertirlo en bienes concretos que tendrán el carácter de gananciales. Y el marido para impugnar esa adquisición deberá demostrar que no habría tal consentimiento presunto; y aun así, frente al tercero es discutible si podría repetir el precio por la regla última del artículo 1.160 del Código civil: “no habrá repetición contra el acreedor que lo hubiera consumido de buena fe”» (34).

Para mí es decididamente acertada la expuesta opinión que sostiene, con ostensible tibieza o timidez, PÉREZ-JOFRE, a pesar de la incorrección del lenguaje que emplea al exponer su criterio, pues entendemos que sólo en sentido vulgar puede hablarse de «disposición» del dinero por la mujer, ya que jurídicamente tal palabra tiene un significado equivalente al de «enajenación» y es evidente que el *dinero no puede ser enajenado* y sí únicamente invertido o entregado como contraprestación de una cosa recibida a cambio, como signo y medida del valor del bien así adquirido.

Y si la mujer efectúa una compraventa con entrega del precio al contado lo más racional es estimar que lo ha hecho lícitamente, efectuando el pago con dinero ganado por ella o producto de sus bienes parafernales o incluso de su juego que no incorporó a la masa patrimonial común en el momento de su adquisición, como también es razonable presumir que, en todo caso, aun tratándose de dinero ganado por el marido o fruto de sus bienes privativos, el hecho de su inversión o empleo por la mujer presupone la existencia de una autorización tácita del marido para efectuarlo y, desde luego, lo que para mí no ofrece la menor duda es que en el caso de que el dinero proceda de una cuenta indistinta abierta en un Ban-

(34) JOSÉ MANUEL PÉREZ-JOFRE ESTEBAN: *La evolución del Derecho de familia en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges*, «XIII Congreso Internacional del Notariado Latino», Barcelona, 1975, pág. 515.

co a nombre del marido y de la mujer, realizando está el pago mediante un talón contra tal cuenta, es entonces perfectamente válida y eficaz la inversión hecha por la esposa en la compraventa de un inmueble en cuanto que la apertura de dicha clase de cuenta implica innegablemente un apoderamiento expreso y recíproco entre los cónyuges para emplear el dinero del referido depósito bancario, sin limitación alguna, de la manera que cada uno tenga por conveniente, no pudiéndose argüir en contra que, como la cuenta indistinta no puede ser cancelada sin el consentimiento de la mujer, resultaría que al efectuar su apertura la esposa habría obtenido una autorización irrevocable para administrar, cuando la realidad es que el marido administrador puede en cualquier momento cancelar tal cuenta o reducirla prácticamente a cero retirando dinero, así como dar orden al Banco para que no sean satisfechos los talones de retirada de fondos firmados solamente por la mujer (35).

Por otra parte, sería absurdo que se considere perfectamente válido y eficaz con cargo a la sociedad de gananciales el pago, cualquiera que sea su cuantía hecho por la mujer, del dinero perdido en cualquier clase de juego y que lo perdido por ella y no pagado en juego lícito obligue a la sociedad conyugal, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.411 del Código civil y, en cambio, careciera de toda eficacia jurídica la inversión del dinero ganancial hecha por la mujer casada, hoy plenamente capaz con arreglo a la nueva normativa legal, en la compraventa de un inmueble.

6. *Responsabilidad patrimonial en las adquisiciones hechas por la mujer casada, con precio aplazado o por razón de los gravámenes que garantice el inmueble adquirido*

El artículo 1.911 del Código civil consagra el principio de la responsabilidad patrimonial universal al disponer que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros», y en el régimen de gananciales la referida responsabilidad patrimonial se extiende a los bienes de la sociedad conyugal en las compraventas de inmuebles realizadas por el marido con precio aplazado, tanto respecto del precio pendiente de pago como por razón de los gravámenes que garantice el inmueble adquirido, lo mismo si se trata de cargas a las que estuviere afecto el inmueble con anterioridad a la adquisición que respecto de las

(35) Sólo por razones de tipo fiscal puede oponerse el Banco a la cancelación de la cuenta indistinta sin consentimiento de la mujer, lo que no impide que el marido, como se ha dicho, pueda retirar suficiente dinero para dejar la cuenta prácticamente reducida casi a cero y, en todo caso, puede cancelarla acreditando que su esposa vive en el momento de hacerlo.

que se constituyan por «deductio» o vía de reserva a favor del enajenante en el acto de la compraventa, tal como la condición resolutoria explícita la hipoteca o el pacto de reserva de dominio en garantía del precio aplazado. Y esto es así porque el marido es el único cónyuge que en el supuesto de que se está tratando, puede obligar los bienes de la sociedad de gananciales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.416 del Código civil.

En cambio, en las compraventas de inmuebles con precio aplazado hechas por la mujer casada por sí sola a pesar de que con arreglo al nuevo artículo 62 del Código civil al ser la esposa actualmente plenamente capaz hay que considerar el contrato perfectamente válido, como la mujer no puede obligar a los bienes de la sociedad de gananciales (art. 1.416 citado), recae exclusivamente, por tal razón, la responsabilidad patrimonial sobre sus bienes parafernales por ser estos bienes los únicos que la esposa puede obligar a título oneroso, tanto para asegurar el pago del precio aplazado como el de los gravámenes de toda clase que garantice el inmueble adquirido, lo mismo aquellos a los que estuviera afecto antes de la compraventa que los que se establezcan mediante «deductio» en el momento de la formalización del contrato, puesto que la persona que puede comprar está facultada también para determinar las condiciones de la adquisición por lo que la mujer puede convenir, sin duda alguna, al efectuar la compraventa, a favor del vendedor, cualquier clase de garantía admitida por el Derecho, como la condición resolutoria, la hipoteca, el pacto de reserva de dominio o su variante, el de acceso diferido a la propiedad en las Viviendas de Protección Oficial, en las que sólo esté permitida su compra con esta modalidad; debido a que, al constituirse los gravámenes en el momento de la compraventa, la mujer adquiere el inmueble ya gravado.

Y a pesar de que, a efectos obligacionales, la responsabilidad patrimonial por razón del precio aplazado o de las cargas del inmuebles comprado por la esposa por sí sola, recaiga exclusivamente sobre su patrimonial parafernál, entendemos que el Registrador debe calificar la adquisición como ganancial sin detrimento de que en su día, si se justifica que el pago del precio se ha efectuado con dinero parafernál o privativo de la mujer, se haga constar esta circunstancia por nota marginal en la inscripción.

En cierto modo el nuevo artículo 995 del Código civil sanciona el criterio expuesto respecto de la responsabilidad exclusiva del patrimonio de la mujer casada, exceptuando de aquella responsabilidad el de la sociedad conyugal en el caso de aceptación por la esposa de herencia sin beneficio de inventario no habiendo prestado el marido su consentimiento a la aceptación, al disponer expresamente que en dicho supuesto no responderán

de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal; y, en este caso, entendemos que al inmueble adquirido por razón de tal herencia, aunque la heredera responda ilimitadamente de las deudas del causante, el Registrador no debe asignarle carácter ganancial, sino inscribirlo como privativo o parafernial por el mismo fundamento que la Resolución de 21 de abril de 1929 consideró parafernial una finca hipotecada adquirida por la mujer con licencia marital, en la que aquélla pagaba parte del precio y se subrogaba en la obligación garantizada por la hipoteca.

III. DIVERSOS CRITERIOS SUSTENTADOS RESPECTO DE LA INSCRIPCION DE LAS COMPRAVENTAS A QUE SE REFIERE LA PONENCIA

En las compraventas de inmuebles por mujer casada sin intervención marital únicamente hay coincidencia de criterios, respecto de su eficacia y validez, en un solo caso: son, en teoría, perfectamente válidas e inscribibles cuando se acredite el carácter parafernial o privativo del precio.

Pero el problema o dificultad estriba precisamente en que en la práctica no resulta posible acreditar, de forma completa y concluyente, la condición privativa del dinero, pues, como decía MARTÍNEZ SANTONJA, aun en el supuesto de presentar el título fehaciente de adquisición de dicho dinero, siempre cabría la duda de que haya podido ser gastado con anterioridad a la adquisición que se inscribe, y esta sospecha sólo puede desvanecerla la conformidad del marido (36) y para LA RICA ARENAL sólo se podría considerar completa la prueba cuando el precio de una enajenación hecha por la mujer quedase sobre la mesa del Notario autorizante y con las mismas monedas se pagase, acto seguido, el precio de la adquisición realizada por aquélla, dando de ello fe aquel funcionario (37).

Por ello, como regla general, lo mismo en este caso que en todos los supuestos en que la mujer declare en la escritura que adquiere para sí, sin justificar el carácter parafernial del precio, estamos de acuerdo con la opinión de GÓMEZ VALLEDOR de que la solución debe ser suspender la inscripción a no ser que el presentante del documento consienta que se practique de conformidad con el artículo 95, regla 1.^a, del Reglamento Hipotecario (38); o sea, a favor de la compradora y su esposo conjuntamente, sin

(36) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1940, pág. 656, trabajo citado.

(37) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1948, Primera parte, pág. 77.

(38) *Inscripción de actos adquisitivos realizados por mujeres casadas sin el consentimiento del marido*, ponencia expuesta por JOSÉ MARÍA GÓMEZ VALLEDOR en el

atribución de cuotas y para su sociedad conyugal, solución que se basa en lo dispuesto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario y la doctrina de la reciente Resolución de 19 de junio de 1975 que ha declarado que si los interesados solicitan que una finca se inscriba como parafernial, sin el consentimiento del presentante no puede ser inscrita como ganancial, criterio que, a nuestro juicio, es también aplicable en el supuesto de que se pretenda hacer la inscripción sin prejuzar la naturaleza privativa o ganancial de la adquisición.

Dados los términos del artículo 65 del Código civil debería haber también unanimidad de criterios en cuanto a la consideración de las compraventas de fincas hechas por mujer casada sin intervención marital, por lo menos como actos no radicalmente nulos, y solamente debería ser objeto de discusión si son perfectamente válidas y eficaces o se trata de actos anulables, por aplicación del citado precepto legal, en el caso de que se estime que la mujer necesita el consentimiento del marido para comprar bienes inmuebles.

Pero como la nota enviada por nuestro Colegio, redactada por Registradores de Madrid con el fin de unificar criterios de calificación (para lo que se prescindió de la opinión de los demás Registradores de España y de la de muchos de Madrid), se dice que cuando «el cónyuge *no administrador* manifieste que adquiere para la sociedad conyugal *se denegará la inscripción* con arreglo al artículo 63 del Código civil», solución que resulta inexplicable para nosotros en cuanto que no comprendemos la razón de tal denegación por aplicación del precepto legal que se acaba de citar, tenemos, no obstante, que suponer que en el caso expresado los redactores de la nota referida consideran radicalmente nula la compraventa hecha por la esposa e inaplicable al supuesto a que se refieren no sólo el nuevo artículo 62, sino también el 65 del Código civil, lo que para nosotros carece de todo fundamento. Después insistiremos sobre esto, así como respecto del criterio de la nota, que tampoco compartimos, de que cuando la mujer no haga manifestación alguna respecto al carácter de la adquisición ni a la procedencia del precio de la misma debe suspenderse la inscripción por falta de claridad en cuanto al destino de la adquisición.

Y como hemos sentado ya todos los conceptos e ideas básicas en las que vamos a apoyar nuestro criterio respecto de la materia objeto de esta ponencia, el que puede ya deducirse de dichos conceptos, pasamos a exponer las diversas opiniones que han sido mantenidas en cuanto a la inscripción de las compraventas por mujer casada si intervención marital.

1. *No son inscribibles, a pesar de no ser actos nulos ipso jure, si no se acredita el carácter privativo del precio*

Este fue el parecer que sostuvieron los Registradores de Madrid que hicieron un primer estudio sobre la reforma del Código civil y sus repercusiones registrales, que fue aprobado, con mi única disconformidad, por los Registradores que, en escaso número, asistieron a la reunión convocada al efecto.

Aunque con arreglo al derogado artículo 61 del Código civil a la mujer le bastaba para adquirir a título oneroso la simple licencia marital, que como antes hemos dicho *ha sido eliminada por la nueva normativa legal en todos los actos y contratos otorgados por la esposa en los que antes se exigía la licencia, con la única excepción del supuesto del artículo 1.361 del Código*, en el que ha sido sustituida por el *consentimiento* del marido, se da por seguro en dicho estudio que la mujer necesita ahora para comprar *el consentimiento expreso del marido*, que no exige ya ninguna disposición legal al expresado objeto. Se basan, para ello, en que si no exige el consentimiento marital para la compraventa hecha por la mujer, ésta se convertiría, sin pacto, en administradora, *determinando las inversiones del patrimonio ganancial*.

También, a pesar de que no consideran la compraventa hecha por mujer casada un acto absolutamente nulo, sostienen que no es inscribible a reserva de una confirmación o de la extinción del plazo de ejercicio de la acción impugnatoria, por no ser procedente la aplicación por analogía del artículo 94 del Reglamento Hipotecario sin que planteen siquiera la posibilidad de que se practique la inscripción por aplicación analógica de alguna otra norma legal (analogía *legis*) o de algún principio general inducido de una serie o conjunto de normas positivas (analogía *iuris*), por más que el actual artículo 4.º del Código civil ha consagrado la analogía como regla de aplicación del Derecho.

Sostienen asimismo que respecto de las compraventas que estamos tratando, que incluyen dentro del concepto notoriamente más amplio e impropio de «disposición unilateral de gananciales», a pesar de que con arreglo a los nuevos artículos 65 y 1.301 del Código civil son actos simplemente anulables, deberá procederse de la misma forma que con los demás actos anulables; o sea, no inscribirlos en tanto no sean confirmados por quien corresponda.

No obstante, no tienen en cuenta que de seguir ese criterio, a primera vista irreprochable mediante una interpretación conceptual estricta de la vigente normativa civil e hipotecaria, aparte de que emplean un sistema

hermenéutico rechazado por la doctrina moderna, la aplicación de la reforma del Código civil supondría un retroceso en cuanto a la protección registral del contrato de compraventa hecha por la mujer casada, lo que sería radicalmente contrario a la finalidad liberalizadora para la esposa de las modificaciones efectuadas en el texto del Código civil, por lo que resulta más racional y equitativo aplicar las nuevas tendencias de la doctrina y la jurisprudencia que rehúsan toda clase de interpretaciones dogmáticas rigurosas que conduzcan a resultados absurdos, al no resolverse mediante ellas los problemas jurídicos de acuerdo con las necesidades sociales, recurriendo en tales casos, con absoluta preferencia, a las normas de interpretación protectoras de intereses legítimos y dignos de ser jurídicamente amparados (39), lo que en el caso concreto de las compraventas hechas por sí sola por la mujer casada únicamente puede conseguirse mediante la salvaguardia de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

El Derecho positivo, decía BELTRÁN FUSTERO, no siempre camina al compás exigido por las necesidades sociales. Suele ir con retraso y no es heraldo de la realidad, sino su escolta, por lo que en los casos de imprevisión legislativa (como quizá suceda en el tema que estamos tratando, no solucionado por la nueva normativa legal en forma categórica, lo que puede ser el motivo de los diversos criterios, casi posiciones irreconciliables, que respecto de él se sustentan), *hay un vacío* que debe resolverse mediante la sumisión de la norma a las aspiraciones del cuerpo social; y si bien hay que reconocer que la orientación masculinista del Código no ha creado problemas en los matrimonios bien o regularmente avenidos, la cuestión cambia cuando la discordia se asienta en el domicilio conyugal, por lo que aunque la mujer española ha encontrado siempre una amplia protección en los Tribunales cuando ha sido víctima de injusticias por parte de su marido (y de aquí excluiríamos nosotros a las esposas de condición más humilde que trabajan y ahorran lo indispensable para comprar, con el dinero ganado por ellas, una modesta vivienda, y no podrían emplear tal dinero para hacer frente a los gastos necesarios para obtener la expresada protección judicial contra un marido vago e indiferente) llegaba, por todo ello, el citado BELTRÁN FUSTERO a la conclusión de que, *siendo conveniente la armonía entre Derecho y Sociedad*, convenía corregir nuestro ordenamiento jurídico en un sentido favorable a las aspiraciones de la mujer (40).

(39) Puede verse CASTÁN: *Derecho civil*, cit., t. I, vol. 1.º, 1975, 11.ª ed., revisada y puesta al día por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, pág. 515.

(40) LUIS BELTRÁN FUSTERO: *La mujer ante el Derecho y la sociedad*, separata de la «Revista de Derecho privado» correspondiente al mes de octubre de 1956.

Sin embargo, los autores del expresado estudio, respecto de la enajenación por la esposa de los bienes dotales inestimados, único caso en el que la reforma debido a la modificación realizada en la redacción del artículo 1.361 del Código se exige expresamente el *consentimiento del marido* para que la mujer pueda enajenar, gravar e hipotecar los referidos bienes, exigencia que, como ya se ha dicho, está justificada por no ser la esposa propietaria plena de tales bienes y afectar por ello su enajenación al patrimonio conyugal e incluso al privativo del marido, por estar éste obligado a constituir hipoteca en garantía del dinero percibido como precio, entienden que se puede hacer la inscripción por aplicación analógica del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, tan justificadamente denigrado en su aplicación a los actos de enajenación, por la inseguridad que producía el arrastre de la causa de nulidad en las inscripciones siguientes, y tan justo, útil y conveniente en su aplicación a las adquisiciones efectuadas por la mujer mediante compraventa, por cerrar el Registro frente al transmitente, respecto del cual, antes y ahora, la compraventa siempre se ha considerado válida, con la ventaja de que jamás puede existir un tercero hipotecario perjudicado al no ser posible la inscripción de acto enajenativo ni de gravamen alguno sin la conformidad del marido, que lleva necesariamente aneja la confirmación de la compraventa anterior realizada por la esposa por sí sola (41).

En honor de los autores del estudio de urgencia referido es obligado

Extracto de las páginas 2, 3 y 24 y ss. BELTRÁN FUSTER, Notario y Registrador de la Propiedad, compañero de promoción y buen amigo del autor de este trabajo, persona de extraordinarias cualidades morales y formación jurídica, falleció en 1966, a los 52 años, siendo Notario de Bilbao.

(41) LACRUZ BERDEJO, en el prólogo de su publicación *El nuevo Derecho civil de la mujer casada* (Cuadernos Civitas, Madrid, 1975, págs. 19 y ss.), hace historia de la intervención, en la discusión del Proyecto de Ley de Reforma del Código civil, de algunos procuradores de nuestras Cortes no especialistas en el tema y partidarios de mejorar la situación jurídica de la mujer casada, los que en su euforia supresora de la intervención marital, llegaron a proponer que el artículo 1.361 debería quedar redactado diciendo que «la mujer puede enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote inestimada» y otros añadían «sin licencia ni consentimiento del marido».

Pone de manifiesto LACRUZ BERDEJO la incongruencia de tal pretensión en relación con el instituto que regula el expresado artículo y, de acuerdo con nuestro criterio, dice que «si la dote inestimada es un patrimonio uxorio administrado y poseído inmediatamente por el marido y cuyos frutos percibe él (aunque las ganancias pasen a la comunidad cuando las hay) sería absurdo que la esposa, por sí sola, pudiera enajenar unos derechos (los de gestión y goce del varón) que no son suyos. En realidad, ni siquiera la titularidad, semejante al nudo dominio que corresponde a la mujer, puede ser enajenada aisladamente por ella, de igual modo que el esposo no puede transmitir por ningún título la suya. La condición de patrimonio *ad sustinenda onera matrimonii* que, aun atenuada, tiene todavía la dote, comporta esas consecuencias desconocidas, por lo visto, para los enmendantes».

decir que lo realizaron con evidente altura jurídica y, en general, resolvieron muy acertadamente los demás abundantes problemas que la reforma de la Ley 14/1975 plantea en el orden registral. Y también somos absolutamente conscientes de lo delicado e incluso comprometido que es interpretar *prima facie* una reforma legislativa liberalizadora para la esposa, pero incompleta desde el punto de vista técnico, al establecer que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de la mujer y dejar vigente *ex lege*, a la vez, salvo pacto en contrario, la superioridad marital en materia de sociedad gananciales.

Tal reforma, pese a la cortedad con que ha sido efectuada, puede resultar alarmante en un país como el nuestro tan apegado todavía a la tradición en materia de relaciones económico-matrimoniales, por lo que nos resulta muy respetable el criterio, que no compartimos, de interpretar la reforma en el sentido más perjudicial para la esposa, sobreponiendo para ello la exégesis conceptual estricta a la hermenéutica pragmática y protectora de intereses con arreglo a la realidad social, para favorecer, con aquella interpretación, la autoridad o potestad marital en la que, según la tradición, debe estar cimentado el matrimonio; pues ya el mismo San Pablo, en sus Epístolas, consideraba que «el marido es cabeza de la mujer como Cristo es cabeza de la Iglesia» y «así como la Iglesia está sumisa a Cristo, así también las mujeres deben estarlo a sus maridos» (42), y hasta Proudhon, representante de la filosofía libertaria, fue uno de los grandes detractores del feminismo y partidario de la andocracia familiar (43).

Pero la realidad es que en la época actual se tiende a reconocer la igualdad de derechos del marido y la esposa, por lo que debe darse carácter preferente a cualquier interpretación del Derecho vigente favorable a la protección de los actos jurídicos realizados por la mujer en un plano de igualdad, en cuanto sea posible, al del marido, sin perjuicio de que en otros órdenes las diferencias fisiológicas impongan a cada cónyuge misiones distintas dentro del matrimonio, las que no deben afectar a la capacidad de la esposa, puesto que su conciencia y cualidades intelectuales, sobre todo en el orden económico, no son inferiores a las del marido. Y todo ello, en lugar de ser causa de catástrofes familiares, ha de contribuir, sin duda alguna, a fomentar la concordia matrimonial y la armonía familiar, puesto que, como dice LACRUZ BERDEJO, «la nueva identidad de la esposa no se define ya exclusivamente como madre y animal domés-

(42) *Biblia de Jerusalén*, según DESCLÉ DE BROUWER, ed. española dirigida por JOSÉ ANGEL UBIETA, 1972, carta de San Pablo a Efesios, V, versos 21-33, págs. 1966 y siguientes.

(43) Pueden verse sus obras *De la Justicia*, trad. esp. en 1873, cap. IV, y *Amor y matrimonio*, Valencia, Ed. Sempere, s. f.

tico o de labor dentro de la casa, sino como ser con dignidad y libertad iguales a las del varón, y por tanto con derecho a que, como regla general, se le deparen las mismas oportunidades y posibilidades jurídicas» (44).

Sobre todo lo anteriormente expuesto para nosotros hay un argumento terminante: *una reforma liberalizadora para la mujer casada no puede tener como consecuencia, en ningún supuesto, la denegación de la protección registral para un acto realizado por la esposa que se consideraba inscribible antes de la modificación legislativa.*

2. *Sólo deben inscribirse si la mujer declara que adquiere para sí o que el precio es parafernál*

Esta es la opinión sostenida por CAMY antes de la reforma efectuada por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, y referida a la aplicación del artículo 94 del Reglamento Hipotecario en las adquisiciones onerosas de inmuebles por mujer casada sin intervención marital.

También es el criterio que se expone en la «nota de los Registradores de Madrid» remitida por el Colegio a efectos informativos, respecto de la cual es conveniente aclarar que fue redactada con posterioridad al «estudio» a que nos hemos referido y por Registradores diferentes, los que en forma muy escueta exponen sus criterios de calificación citando solamente las disposiciones legales en que los fundan, sin argumentar la procedencia de la aplicación de las mismas.

Asimismo sustenta esta opinión JOSÉ MANUEL GARCÍA, que dice que cuando la mujer declara que el dinero invertido en la compra es parafernál, sin justificarlo, desde un *punto de vista estrictamente teórico* el Registrador, como en los demás casos, debería suspender también la inscripción fundándose en los artículos 1.407 y 1.412, pero «merece la pena esforzarse y encontrar otra solución que no coarte la libre actuación de la mujer» y «el Registrador debe ser realista y ponerse en línea con el espíritu de la reciente reforma del Código. Además debe procurar que quede fomentada la inscripción siempre que al mismo tiempo queden salvaguardados todos los intereses en juego. Es evidente que la inscripción puede producir múltiples beneficios y resulta muy fuerte, después de la reforma del código, cerrar el Registro a las adquisiciones realizadas por la mujer con dinero que ella dice ser suyo, sobre todo cuando no va a ser fácil que el marido dé su autorización, consentimiento o aseveración al acto adquisitivo. Pongamos el clásico ejemplo—añade—de la mujer se-

(44) LACRUZ BERDEJO: *El nuevo Derecho civil...*, cit., pág. 23.

parada de hecho que quiere invertir su dinero en inmuebles: si se suspende la inscripción puede producirse una doble venta a favor de tercero en perjuicio de la mujer, o bien la constitución de gravámenes o de afectaciones; aparte de que mientras no obtuviera esa autorización, *quizá imposible, y por qué no, quizá improcedente, no podría contar con las ventajas del sistema registral*» (45), por todo lo cual le parece *más realista la solución* que permite el acceso al Registro de tales adquisiciones.

El razonamiento anterior de JOSÉ MANUEL GARCÍA nos parece impecable en cuanto que prescinde de interpretaciones dogmáticas estrictas que conducen a resultados absurdos y prescinde también de los cánones rigurosos en los que desarrolla en general su trabajo, que da la impresión de que está apriorísticamente sujeto al criterio marcado por la nota informativa remitida por el Colegio; y probablemente sea ésta la razón por la que tan prestigioso compañero, número uno de su oposición, en su excelente trabajo, no aplique igual criterio a todas las compraventas realizadas por la mujer casada sin intervención marital, puesto que en todos los casos las razones para su inscripción son las mismas aducidas por él, hasta más justificadas en los supuestos en que propugna la suspensión de la inscripción, en los que la protección registral puede producir indudables beneficios, evitando dobles ventas y constitución de gravámenes o anotaciones de embargos por deudas del transmitente, e incluso produce evidentes ventajas para el marido de la compradora quedando además siempre, como dice el mismo JOSÉ MANUEL GARCÍA respecto al supuesto único a que se refiere, *el acto adquisitivo cristalizado en el Registro sin posibilidad de que se perpetúe indefinidamente en la historia registral a través de sucesivas enajenaciones* (46).

¿Por qué motivo si existen las mismas o mayores razones para que el Registrador sea realista y se ponga en línea con el espíritu de la reforma, mediante una interpretación utilitaria y finalista, protectora de intereses legítimos y acorde con la realidad social, consagrada como regla hermenéutica en el actual artículo 3.º del Código civil, hemos excluír de la protección registral las compraventas hechas por la esposa en las que manifieste que adquiere para la sociedad conyugal o no exprese el carácter del dinero invertido en la compra ni el de la adquisición?

Para nosotros no hay motivo alguno que justifique la exclusión del Registro de estas compraventas: la declaración de la mujer de que el dinero invertido en la compra es parafernalia carece íntegramente del más exiguo valor frente a la presunción del artículo 1.407 del Código civil y

(45) *Trabajo cit.*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1976, pág. 37.

(46) *Trabajo cit.*, pág. 43.

a lo dispuesto en la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario; y resulta más lógico y ajustado a la Ley presumir cuando la mujer dice que adquiere para la sociedad conyugal o no hace manifestación alguna sobre la propiedad o procedencia del precio, que ha actuado con el consentimiento tácito del marido o que éste, por causas circunstanciales, incluso por imposibilidad de hacerlo, no le ha prestado su autorización sin que ello implique necesariamente su oposición al acto realizado por la esposa. Esta presunción, además de ser legalmente más correcta, es por lo menos tan racional como la de estimar en principio cierta la manifestación de la mujer de que adquiere para sí con dinero propio.

Lo más frecuente será, sin duda, que la esposa adquiera en nombre propio sin hacer declaración alguna sobre la propiedad o procedencia del precio, como ocurre en las compraventas que efectúa el marido, en las que jamás se ha exigido la determinación expresa del destino de la adquisición. En ambos supuestos resulta diáfano que cada cónyuge hace la adquisición para sí, pero al no hacer declaración alguna respecto de la procedencia del precio está de hecho adquiriendo, con arreglo a las normas legales, para la sociedad conyugal, siendo indiferente a efectos con trascendencia real, pues los efectos obligacionales no interesan al Registrador, que la compraventa sea realizada por el marido o por la esposa por sí sola, debiendo en este último caso inscribir, como en aquél, asignando carácter ganancial a la adquisición, puesto que inscribir la compraventa hecha por la esposa sin indicar la procedencia del precio o expresando su índole ganancial no causa perjuicio ni al marido ni a los terceros adquirente por las razones ya dichas, por lo que no tiene sentido negar actualmente la protección registral a tal clase de contrato que se inscribía antes de la reforma del Código.

Y si prospera el criterio, que no vacilamos en calificar de absurdo, de que sólo puede practicarse la inscripción si la mujer declara que el dinero es parafernial cuando en realidad el precio sea ganancial, ni que decir tiene que las esposas compradoras resolverán sin duda su problema manifestando siempre, sea o no verdad, que adquiere para sí con dinero propio, puesto que ésa es la única forma de obtener la protección registral. La solución, como se ve, es tan sencilla como absurda.

En lo que no hay coincidencia de opiniones entre los que sostienen que sólo deben inscribirse las compraventas hechas por sí sola por la esposa si declara que adquiere para sí o que el precio es parafernial es respecto de la forma en que debe practicarse la inscripción, pues mientras CAMY, pese a creer necesaria dicha alegación para que se pueda practicar la inscripción, sostiene que el Registrador de oficio debe darle carácter

de gananciabilidad a la adquisición; en cambio, la nota informativa remitida por el Colegio y JOSÉ MANUEL GARCÍA sustentan que se deben inscribir sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial de los bienes.

Y tampoco coinciden las opiniones de JOSÉ MANUEL GARCÍA y la de la nota expresada respecto de la calificación que procede cuando la mujer manifieste que adquiera para la sociedad conyugal, pues en tanto que aquél sostiene que debe suspenderse la inscripción, los autores de la nota opinan que en tal caso el Registrador deberá denegar la inscripción con arreglo a lo dispuesto en el nuevo artículo 63 del Código, lo que para nosotros resulta insostenible en cuanto que carece de todo fundamento, puesto que si la mujer compra para la sociedad conyugal lo hace a favor de una comunidad patrimonial sin personalidad jurídica de la que es propietaria de la mitad, por lo que no puede decirse que por ello se ha atribuido la representación de su marido de la misma manera que éste no es actualmente en caso alguno ni representante de la mujer, cuya representación legal le ha sido suprimida por la reforma a todos los efectos, ni de la comunidad conyugal, por no constituir esta última ente jurídico alguno con personalidad propia.

Y asimismo tampoco es convincente el criterio de la nota de que cuando la mujer «no haga manifestación alguna respecto al carácter de la adquisición ni a la procedencia del precio de la misma, *se suspenderá la inscripción por falta de claridad en cuanto al destino de la adquisición*», pues aparte de que el Reglamento Hipotecario en su artículo 95, 1.º, se refiere con toda nitidez al supuesto de que *se adquiera «por uno» y no «para uno»* de los cónyuges y la regla 2.ª del mismo artículo prevé también «la adquisición por cualquiera de los cónyuges», siempre que una persona, sea varón o mujer, comparece en una escritura *en nombre propio* y compra, *resulta de una claridad meridiana que adquiere para sí*, puesto que legalmente sólo es necesario manifestar para quién se adquiere cuando se efectúa a favor de otro. Lo que ocurre es que tanto cuando adquiere en nombre propio el marido como cuando lo hace en igual concepto la esposa, compareciendo solos y sin acreditar el carácter privativo del precio, la adquisición, por exigencia de los artículos 1.407 del Código civil y 95 del Reglamento Hipotecario, debe reputarse ganancial o inscribirse a nombre de ambos esposos conjuntamente sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal.

La opinión de CAMY, anterior a la reforma, de que para que pueda practicarse la inscripción es necesario que la mujer alegue el carácter parafernial del dinero, aunque el Registrador debe luego inscribir a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial está basada, según se deduce de

los razonamientos que hace, en que erróneamente sólo consideraba aplicable el artículo 94 del Reglamento Hipotecario a las enajenaciones de bienes propios efectuadas por la mujer sin licencia del marido y a las adquisiciones con dinero parafernial, cuando en realidad era asimismo procedente también su aplicación a las adquisiciones onerosas hechas por la esposa con dinero ganancial, por exigir el derogado artículo 61, sin distinción, solamente la licencia marital para que la mujer efectuara tales adquisiciones onerosas, no requiriendo, por tanto, que en las compraventas el precio tuviera carácter parafernial (47), por lo que actualmente, suprimida la licencia marital para todos los actos y contratos en que intervenga la mujer casada sin que haya sido sustituida por la exigencia del consentimiento del marido para la realización de las adquisiciones referidas, resulta obvio que la esposa puede por sí sola hacer compraventas de bienes inmuebles, aunque como consecuencia de ellas, por imperativo de los artículos 59, 1.412 y 1.416 del Código, pueda sostenerse, sobre todo en los casos de precio aplazado, que no quedan obligados los bienes de la sociedad conyugal.

En el mismo error, a mi juicio, incurre también JOSÉ MANUEL GARCÍA al afirmar, basándose en que la Exposición de Motivos de la Ley dice que «si bien se suprimen las licencias, es respetado el actual régimen de los consentimientos», que «uno de tales consentimientos es el que el marido debe prestar a la mujer para actos de administración de bienes gananciales entre los que incluye, con un criterio amplio para los actos de administración y restrictivo para la capacidad de obrar de la mujer, contrario al sentido liberalizador de la reforma, la adquisición por la esposa por sí sola de bienes inmuebles por medio de dinero ganancial (48).

Tal punto de vista nos parece equivocado, pues creemos que la Exposición de Motivos se refiere, en la frase expresada, *al mantenimiento del doble régimen de consentimientos ya existente para enajenar inmuebles, jurídica y prácticamente admitidos*: el de la mujer para la enajenación por el marido (art. 1.413 del Código) y el del marido para los *actos de disposición* que realice la mujer (art. 96 del Reglamento Hipotecario). Por ello, tal frase no indica que ahora se deba exigir un consentimiento nuevo que en los casos de compraventa de inmuebles sustituya a la suprimida licencia marital, impidiendo la inscripción de tales compraventas, que los

(47) Confirma nuestro criterio el hecho de que CAMY, tan prolijo en la consignación de jurisprudencia, como antecedente de cada tema que trata en sus volúmenes de *Comentarios a la Legislación Hipotecaria* no cita, al tratar este tema, ninguna Sentencia ni Resolución de las que declaran inscribibles las compraventas con dinero ganancial hechas, por sí sola, por la mujer casada.

(48) *Trabajo cit.*, págs. 31 y 32.

Registradores vienen practicando desde hace más de tres cuartos de siglo, y que ya GALINDO Y ESCOSURA y MORELL Y TERRY opinaban que debían ser inscritas en todo caso, haciendo constar en la inscripción la falta de autorización marital (49).

Por lo demás, insistimos en nuestro criterio, coincidente con el de GÓMEZ VALLEDOR (50), de que precisamente cuando la mujer manifieste que adquiere para sí es cuando no debe practicarse la inscripción, excepto si el presentante consiente que se inscriba a favor de la compradora y su esposo conjuntamente. También JOSÉ MANUEL GARCÍA cree que el presentante debe prestar su conformidad para que se inscriba sin prejuzgar conforme a la regla 2.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario (51), con lo que no estamos de acuerdo, por ser presupuesto básico para la aplicación de tal regla la aseveración del marido de que el precio es de la exclusiva propiedad de la mujer, afirmación que el marido no ha podido hacer al no haber intervenido en el acto.

Es muy interesante tener en cuenta los argumentos que, partiendo de la distinción entre actos incompletos *ab initio* y actos en interrogante, emplea JOSÉ MANUEL GARCÍA a favor de la inscripción, en el caso único en que la considera procedente, de la compraventa hecha por la esposa por sí sola, razonamientos que podrían perfectamente ser igualmente empleados para sostener la procedencia de la inscripción en todos los supuestos de compraventas hechas por mujer casada sin intervención marital. Tales argumentos son los siguientes:

1.º La norma general interpretativa del artículo 1.284 del Código civil, que, al menos, debe considerarse indiciaria en pro de la solución por él expuesta, pues si los contratos deben interpretarse en la forma más adecuada para que produzcan efecto, se debe permitir la inscripción ya que ésta puede producir múltiples efectos y beneficios (ejemplo: Viviendas de Protección Oficial, evitar dobles ventas en perjuicio de la mujer, etc.).

2.º La analogía con las situaciones de pendencia y los actos condicionales. En estos supuestos existe también una interrogante y, sin embargo, se pueden inscribir haciendo constar en el Registro el evento del que dependen. Ciertamente que no se puede hacer una aplicación desmesurada de esta analogía, pues hay que evitar que queden emborronados los libros

(49) LEÓN GALINDO Y DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*, Madrid, 1899, t. II, págs. 78 y ss.; y J. MORELL Y TERRY: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1927, t. II, págs. 346 y 1928, t. III, pág. 264.

(50) Ponencia citada, pronunciada en el Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca.

(51) *Trabajo cit.*, pág. 59.

registrales, pero aquí se trata de una aplicación analógica medida, pues sólo se patenta *la idea de inscribir las adquisiciones, no las enajenaciones* (52).

En cambio, estima improcedente aplicar por analogía el artículo 94 del Reglamento Hipotecario que considera derogado (por mi parte, dicho sea entre paréntesis, creo que *lo que está derogado es la licencia marital a todos los efectos, pero no el artículo 94*, a pesar de que hable de ella), con lo que no estamos de acuerdo, puesto que como dice GÓMEZ VALLEDOR la finalidad del artículo 94 del Reglamento Hipotecario era avisar a los terceros de la existencia de una posible causa de impugnación y si esta causa sigue existiendo el precepto legal debe seguir cumpliendo su finalidad, aunque hable de licencia marital, máxime si el actual artículo 3.º, apartado 1.º, del Código civil establece que las normas se interpretarán atendiendo fundamentalmente a la finalidad para la que fueron dictadas (53).

3. *Son perfectamente válidas y eficaces y deben ser inscritas en tal concepto*

Desde el punto de vista registral no tiene apenas trascendencia, por razones que diremos después, inscribir las compraventas a que nos venimos refiriendo calificándolas como plenamente válidas; o sea, sin hacer advertencia expresa de que el marido no ha prestado su consentimiento para el acto, o inscribirlas consignando la falta del asentimiento marital.

El criterio favorable a la inscripción de estas compraventas como actos perfectamente válidos fue el que yo sostuve en contra del parecer de los Registradores que hicieron el primer estudio de urgencia sobre las repercusiones registrales de la reforma del Código civil, exponiendo los argumentos legales a favor de mi opinión en una nota redactada apresuradamente.

Tales argumentos fueron los que ya han sido expuestos en el desarrollo de esta ponencia y son esencialmente los siguientes:

a) La mujer es órgano de adquisición de bienes gananciales mediante su industria, sueldo o trabajo, los frutos, rentas o intereses de sus bienes privativos e incluso con su juego u otras causas que eximen de la restitución (arts. 1.401, 2.º y 3.º, y 1.406, C. c.).

b) Derogado el anterior artículo 61 del Código civil, que prohibía a la mujer casada adquirir por título oneroso ni lucrativo, parece indudable

(52) *Trabajo cit.*, pág. 44.

(53) *Ponencia cit.*, pendiente de publicación.

que ya puede adquirir en forma onerosa directa u originaria mediante la contraprestación de su trabajo o industria o entregando los frutos de sus bienes privativos, y también en forma derivativa por compraventa, pagando como precio el dinero adquirido como rentas o intereses de sus bienes o el ganado por ella que antes de incorporarlo al patrimonio común invierta en la adquisición de un inmueble.

c) Con arreglo al número 1.º del artículo 1.401 del Código, son bienes gananciales «los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común (...) para uno sólo de los esposos» y el artículo 95, regla 1.ª, del Reglamento Hipotecario autoriza expresamente que la adquisición pueda ser hecha *por uno de los cónyuges* y la regla 2.ª del mismo artículo reconoce la posibilidad de que se haga «la adquisición por cualquiera de los cónyuges».

d) Si se aceptara el criterio de no inscribir las compraventas hechas por la esposa por sí sola se llegaría a la conclusión absurda, contraria al sentido de la reforma, de negar la protección registral en perjuicio de la mujer (y también incluso del marido), a un acto realizado por la misma que se inscribía de la reforma sin que pudiera decirse que su inscripción perjudicara a nadie, ya que al vendedor no hay razón alguna para que le proteja el Registro; en cuanto que el acto, respecto de él, es perfectamente válido, sin que pueda alegar ignorancia de que en los casos de precio aplazado los bienes de la sociedad de gananciales no responden de la deuda a su favor.

e) En los casos de pago del precio al contado se debe estimar, en principio, que la mujer lo ha hecho con el consentimiento tácito del marido o que éste, en tal supuesto, ha hecho dejación de sus facultades adquisitivas como administrador en favor de su esposa, presunción que jurídicamente es tan justa y racional por lo menos como la de suponer la certeza de la declaración de la mujer de que realiza la adquisición con dinero parefrenal, basando en tal manifestación la procedencia de la inscripción.

f) Asimismo, como hemos puesto de manifiesto en el desarrollo de esta ponencia, es evidente que en los casos en que la mujer haya invertido el dinero ganancial o presuntivamente ganancial en la compraventa de un inmueble, se ha producido de hecho una subrogación real o sustitución de valores en el patrimonio común matrimonial con suficiente eficacia jurídica para que sea protegida registralmente.

g) En los casos de compraventas con precio aplazado, como ya hemos apuntado antes, no hay motivo alguno de carácter civil o registral para no practicar la inscripción y lo único que ocurre es que la responsa-

bilidad patrimonial por razón del pago del precio, como ya se ha dicho, recae exclusivamente sobre el inmueble vendido y los bienes parafernales de la mujer, lo mismo que sucede con las cargas a que estuviere afecto el inmueble adquirido; pero el contrato de compraventa es perfectamente válido, por ser actualmente la esposa plenamente capaz para contratar un negocio adquisitivo como consecuencia del cual quede solamente obligado su patrimonio privativo.

4. *Deben ser inscritas en todo caso, consignando en la inscripción la falta de autorización o consentimiento del marido para el acto*

Este es el criterio que, por mi parte, modificando el que acabo de exponer he adoptado definitivamente, de acuerdo con los compañeros cotitulares del Registro número 9 de Madrid y, a mi juicio, es el que acabará imponiéndose. Su implantación no supone innovación alguna, puesto que ya la Resolución de 22 de agosto de 1894 y posteriormente otras cuya doctrina hemos expuesto, declararon inscribibles las compraventas de inmuebles hechas por mujer casada por sí sola, ordenando que en el asiento se hiciera constar la falta de licencia marital.

También GÓMEZ VALLEDOR sostiene que actualmente, exceptuado el caso de que se justifique el carácter parafernial del precio, en el que debe inscribirse la compra como acto válido y con carácter parafernial, en los demás casos debe practicarse la inscripción a nombre de los dos cónyuges conjuntamente haciendo constar la falta de consentimiento del marido, por entender que la mujer no está legitimada por la legislación vigente para disponer del dinero (54) ganancial, por lo que necesita el consentimiento del marido para comprar bienes inmuebles; pero como tal compraventa es solamente un acto anulable si se demuestra la inversión del dinero ganancial por la esposa sin autorización del marido, acto que, con arreglo al nuevo artículo 65 del Código civil, produce todos sus efectos en tanto que no sea impugnado por el marido o sus herederos dentro del plazo que establece el artículo 1.301 del mismo Código, puede, por ello, practicarse su inscripción, teniendo en cuenta que así lo permitía antes el artículo 94 del Reglamento Hipotecario y que la finalidad de la reforma de la Ley de 2 de mayo de 1975 ha sido ampliar la capacidad de la mujer y no restringirla.

(54) El término «disposición del dinero» ya hemos dicho al comentar la opinión de PÉREZ-JOFRE, que sólo puede utilizarse en sentido vulgar, pues jurídicamente el dinero se puede prestar, emplear, invertir o depositar, pero no se puede enajenar, concepto equivalente en Derecho al de disponer.

Y en la inscripción se debe hacer constar la falta de consentimiento del marido como aviso a los terceros de la existencia de una posible causa de impugnación y por una razón práctica: si el marido no ha intervenido en la escritura no se puede decir en la inscripción que intervino, siendo conveniente que el asiento refleje con claridad esa falta de intervención marital. No se trata, dice GÓMEZ VALLEDOR, de un supuesto de aplicación analógica del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, sino de una interpretación extensiva: «el espíritu de la Ley es más amplio que sus palabras» (55).

El criterio de GÓMEZ VALLEDOR respecto de la forma en que debe practicarse la inscripción es coincidente con el nuestro, que expondremos después; y también tiene la misma opinión expuesta por nosotros respecto de las compraventas con precio aplazado.

IV. OPINION QUE DEBE PREVALECER, TENIENDO EN CUENTA LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL Y LA FINALIDAD DE LA REFORMA

En toda reforma parcial de un Cuerpo legal, como la efectuada en el Código civil por la Ley 14/1975 de 2 de mayo, a consecuencia de la cual permanecen vigentes algunos preceptos legales contradictorios con los modificados, por no haber sido aquéllos concordados con los últimos, la discordancia entre las diferentes normas legales debe resolverse dando primacía a las normas nuevas y teniendo en cuenta sobre todo, como dispone el actual artículo 3.º, apartado 1.º, del Código civil, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad..

Y no cabe duda que, según resulta de lo dicho a lo largo de esta ponencia, los antecedentes históricos y legislativos, tanto la doctrina como la jurisprudencia y la normativa legal, son favorables a la inscripción de las compraventas de inmuebles hechas por la esposa sin intervención marital y que asimismo la realidad social actual es la de que la mujer, por su mayor cultura que en épocas anteriores, dedicada entonces casi exclusivamente a labores domésticas, lo que hoy es menos frecuente, tiene un desarrollo intelectual y capacidad de discernimiento análogos a los del hombre, por cuya razón se considera que la mujer casada debe tener

(55) Extractado de la Ponencia citada, pronunciada en el Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca.

facultades similares al marido respecto de la administración de los bienes comunes. Y éste es el motivo por el que se ha efectuado la reforma, cuyo espíritu y finalidad, a los que hay atender para su interpretación, según el citado artículo del Código civil, ha sido, sin duda, como dice la Exposición de Motivos de la Ley, reconocer a la mujer casada «un ámbito de libertad y capacidad de obrar que en el orden jurídico es consustancial con la dignidad misma de la persona humana».

Por lo anterior resulta evidente que respecto de las compraventas otorgadas por la esposa sin intervención marital, se debe optar por un criterio favorable a su inscripción en todo caso, la que en principio debiera efectuarse considerando tales compraventas como actos perfectamente válidos y eficaces; pero como por ahora los Tribunales de Justicia, que son los que en definitiva deben declarar si tales compraventas son actos completamente eficaces o se trata de actos anulables a instancia del marido o sus herederos, no se han pronunciado respecto de la categoría de la eficacia de las referidas compraventas, debemos, entre tanto, practicar su inscripción haciendo constar la no intervención y falta de autorización o consentimiento del marido para el acto, más que como aviso para los terceros de la existencia de una posible causa de impugnación, prevención innecesaria para ellos, que no pueden ignorar que para cualquier enajenación o gravamen a su favor de la finca es necesario el consentimiento del marido, como advertencia para la mujer compradora de que al haber comprado sin autorización marital el inmueble no es exclusivamente suyo con arreglo al Registro, sino de la comunidad matrimonial habida entre ella y su esposo.

Por esto, para conocimiento de la mujer compradora, debe hacerse constar también en la nota al pie del título tanto que la adquisición ha sido calificada como ganancial, como que en la inscripción se ha consignado la no intervención y falta de consentimiento del marido para el acto.

Y cuando se expidan certificaciones debe hacerse constar en ellas la misma circunstancia, por ser evidente, como dice GÓMEZ VALLEDOR, que puede desvirtuar la titularidad registral, pudiendo dar lugar a la aplicación del artículo 37, número primero, de la Ley Hipotecaria.

V. FORMA EN QUE DEBE PRACTICARSE LA INSCRIPCION

Ya hemos dicho que, a nuestro juicio, por exigencia de lo dispuesto en el 1.407 del Código civil y en el 95 del Reglamento Hipotecario, la inscripción debe ser practicada a favor de ambos cónyuges conjuntamen-

te y sin atribución de cuotas, o sea con carácter ganancial, no siendo precedente practicarla sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial de la compraventa, aunque la mujer manifieste que adquiere para ella con dinero parafernial, porque esta manifestación no tiene valor jurídico alguno en cuanto que para inscribir sin prejuzgar es necesaria la aseveración del marido de que el precio es de propiedad exclusiva de la mujer, afirmación que no es posible que haya hecho puesto que no ha intervenido en la compraventa.

También hemos dicho que si la mujer declara, sin probarlo, que adquiere para sí con dinero parafernial, *se debe suspender la inscripción* a no ser que el presentante del título consienta que la compraventa se inscriba a favor de la compradora y su esposo, conjuntamente y para su sociedad conyugal.

En las compraventas con precio aplazado hemos dicho asimismo antes que, aunque la responsabilidad patrimonial a efectos obligacionales (que no interesan al Registrador por carecer de trascendencia real) recae exclusivamente sobre el patrimonio parafernial, debe calificarse también la adquisición como ganancial, efectuando su inscripción a favor de ambos cónyuges sin perjuicio de que en su día, si se justifica que el pago del precio aplazado se ha realizado con dinero parafernial o privativo, se haga constar así por nota marginal en la inscripción.

Por lo demás, desde el punto de vista práctico a efectos de legitimación registral respecto de terceros y a efectos de anotaciones de embargo por deudas de las que responda sólo la mujer, tal como el mismo precio aplazado, o por deudas contraídas por el marido o la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales *es una cuestión superflua si se debe inscribir a nombre de la compradora y su esposo, para su sociedad conyugal, o si debe hacerse sin prejuzgar la naturaleza parafernial o ganancial de la adquisición*. Y así, si se procede contra la mujer por falta de pago del precio aplazado, el único que puede oponerse, alegando que el inmueble es ganancial, es el marido, pero al hacerlo así está admitiendo que la compra fue hecha por la sociedad conyugal y entonces del pago del precio aplazado, al no poder escindir el marido dicha admisión, responderá no sólo el mismo bien, sino todos los demás bienes gananciales; y en el caso de que se ordene el embargo por deudas a cargo de la sociedad de gananciales habiendo dirigido la demanda contra ambos cónyuges o contra el marido, notificando el procedimiento a la mujer, la única forma de atajar el embargo consiste en probar de forma indubitada, a juicio del Juez, que el precio de la compra tenía carácter parafernial o privativo de la esposa.

VI. SOMERA REFERENCIA AL DERECHO TRANSITORIO

Realmente la inscripción de las compraventas de inmuebles por mujer casada sin intervención marital no plantea ningún problema de Derecho transitorio: antes se hacía constar la falta de licencia marital y ahora, se consigne o no en la inscripción la falta de asentimiento del marido, el resultado en todos los casos es el mismo a efectos hipotecarios, puesto que en ningún supuesto puede practicarse ninguna inscripción posterior sin el consentimiento del marido el que, si presta tal consentimiento para la transmisión o gravamen ulterior, implícitamente—y mejor diríamos explícitamente—ratifica el contrato celebrado anteriormente por la mujer sin su licencia o consentimiento, y si fallecido el marido sus herederos no reclaman la nulidad de la compraventa y, como ya decía MARTÍNEZ SANTONJA, concurriendo a la liquidación de la sociedad conyugal y partición de la herencia, adjudican, a quien corresponda, la finca o derecho objeto de la inscripción, igualmente quedará ésta purificada de todo vicio de nulidad, porque también entonces hay ratificación tácita y, además, nadie puede ir contra sus propios actos (56).

No obstante, vamos a salirnos un poco del tema y tratar por su gran interés, aunque sea someramente, de la problemática que en Derecho transitorio plantean las enajenaciones, inscritas o no, de bienes parafernales realizadas por la esposa sin licencia marital antes de la reforma del Código por la Ley 14/1975.

En el primer estudio de la reforma que hicieron los Registradores de Madrid a los que se les encargó efectuarlo, consideraron que se trataba de un supuesto incluíble en la disposición transitoria cuarta del Código civil y que el marido y sus herederos conservaban durante el plazo legal el derecho de impugnar la enajenación hecha por la mujer, por tratarse de una acción nacida y no ejercitada durante la vigencia de la legislación derogada.

Por mi parte, sin oponerme a tal punto de vista, planteé la posibilidad de que, al amparo del artículo 1.309 del Código civil, el acto pudiera ser confirmado válidamente por la mujer después de la reforma, por haber cesado la limitación de la capacidad de la esposa para disponer por sí sola de sus bienes purivativos, criterio que fue rechazado a pesar de que no aceptándolo se podría en la práctica llegar al caso absurdo de que después que el marido lograra que los Tribunales de Justicia declarasen nula la enajenación del inmueble parafernál, cancelándose la inscrip-

(56) *Trabajo cit.*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1940, pág. 656.

ción practicada a favor del adquirente, la mujer, a nombre de la cual quedaría inscrito nuevamente el inmueble parafernial, lo volviera a enajenar a la misma persona y en iguales condiciones sin que ahora pudiera el marido impugnar la enajenación, por no ser ya legalmente necesaria su licencia, autorización ni consentimiento.

Actualmente nuestra opinión sobre este problema es distinta, habiéndonos hecho cambiar de criterio la lectura de un extracto que nos ha facilitado RODRÍGUEZ AYUSO de la ponencia expuesta por él en el Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca (57), siendo también de la misma opinión JOSÉ MANUEL GARCÍA (58). Para estos compañeros, a cuyo parecer me adhiero, la licencia marital era vejatoria para la mujer y contraria a la dignidad humana, por cuya razón debe aplicarse a su supresión el párrafo último de la Disposición transitoria tercera del Código civil, puesto que la legislación anterior privaba a la mujer del legítimo ejercicio del derecho de disponer por sí misma sin limitación alguna de bienes de su exclusiva propiedad y confería indebidamente al marido la facultad de impugnar la enajenación hecha sin su licencia por la mujer de esos mismos bienes. Por ello hay que aplicar a tales enajenaciones la nueva normativa legal, que es *la más benigna* para la mujer, teniendo en cuenta además que la facultad de impugnar la enajenación que se atribuía al marido más que un derecho a secas era, empleando una frase de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, una mera expectativa o prerrogativa que no constituía un auténtico derecho subjetivo (59), por lo cual por razones de «moral legislativa», como dice RODRÍGUEZ AYUSO, se debe dar a las nuevas normas referentes a la capacidad de la mujer *un carácter retroactivo fuerte* que alcance a los efectos de los actos y contratos otorgados por la esposa sin licencia marital antes de la reforma, efecto retroactivo que por su parte JOSÉ MANUEL GARCÍA funda en razones de orden público, pues no es lógico seguir considerando a la mujer como menor de edad ni siquiera a efectos transitorios (60).

Las conclusiones prácticas que deducimos de este criterio, coincidentes en lo esencial con las de los colegas citados, son las siguientes:

1.^a Si se presenta en el Registro una escritura de enajenación por mujer casada de finca parafernial, anterior a la reforma, en la que falte la

(57) La Ponencia se titula: «Inscripciones de adquisiciones y actos dispositivos de bienes inmuebles realizados por los cónyuges, conforme a la reciente reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975. Derecho transitorio: sus problemas.» No publicada.

(58) *Trabajo cit.*, pág. 45.

(59) *Sistema de Derecho civil*, cit., vol. I, pág. 131.

(60) *Trabajo cit.*, pág. 45.

licencia marital, se debe inscribir sin hacer constar dicha falta de licencia.

2.^a En las inscripciones que se practiquen con posterioridad a la falta de licencia marital se debe cancelar previamente la consignación de tal falta de licencia, mediante nota marginal con arreglo al artículo 355 del Reglamento Hipotecario.

3.^a Igualmente se cancelará la consignación de la falta de licencia por aplicación del citado artículo 355 del Reglamento, al expedirse certificación relativa al inmueble en el que conste tal advertencia.

La nota marginal de cancelación referida podría redatarse en forma parecida a la siguiente:

«Cancelada la consignación de la falta de licencia marital que consta en la inscripción adjunta por haber sido eliminada dicha licencia por la Ley de reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975, supresión que tiene carácter retroactivo conforme a lo dispuesto en el párrafo último de la Disposición Transitoria 3.^a del Código civil; practicándose esta cancelación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario por haber... No se devengó impuesto. Fecha y media firma.»

Esta solución ofrece la ventaja de limpiar el Registro de inscripciones de actos sujetos a causas de impugnación, quedando relegada la licencia marital a la categoría de museable, lo que consideramos mucho más importante que negar la protección del Registro a las compraventas hechas por la esposa por sí sola, de cuya inscripción, como repetidamente hemos dicho, se derivan en la práctica muchos beneficios y ventajas sin ningún perjuicio para nadie.

VII. RESUMEN

Como resumen de todo lo expuesto llegamos a la conclusión de que las compraventas hechas por la esposa por sí sola, se deben inscribir bien como actos perfectamente válidos o bien consignando en la inscripción la falta del consentimiento del marido a efectos de su posible impugnación por él o sus herederos, para el supuesto de que se considere que existe a su favor un derecho subjetivo potestativo para efectuar tal impugnación.

El fundamento legal de que se realice la inscripción de estas compraventas, aun considerándolas anulables, puede encontrarse en la analogía,

aceptada actualmente como regla de aplicación del Derecho por el artículo 4.º, apartado 1.º, del Código civil, con todas aquellas figuras y situación jurídicas de carácter interino sujetas a una causa de resolución, cuya inscripción permite el artículo 23 de la Ley Hipotecaria tal como sucede con las compraventas sujetas a derecho de opción, retracto legal, pacto de retroventa o de reserva de dominio y, en general, todas las situaciones interinas que impliquen la inscripción de titularidades condicionalmente limitadas o situaciones jurídicas de pendencia o carentes de firmeza, como las inmatriculaciones de fincas, e incluso, por qué no, por analogía con el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, actualmente inaplicable para el supuesto a que se refiere, pero cuya finalidad era, igual que puede serlo ahora la consignación de la falta de consentimiento marital, advertir que la inscripción se hallaba sujeta a una posible causa de impugnación.

Por lo demás, creemos que toda la problemática objeto de esta ponencia quedaría solucionada por medio de un Decreto del Ministerio de Justicia modificando el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, que podría quedar redactado en forma parecida a la siguiente:

«Serán inscribibles los actos y contratos de adquisición de bienes inmuebles otorgados por mujer casada sin intervención marital; pero el Registrador hará constar la falta del consentimiento del marido cuando éste fuera necesario.

»En este último caso, a efectos del artículo 1.301 del Código civil, se considerará que el marido ha tenido conocimiento del acto o contrato a partir de la fecha de la inscripción; y, transcurridos cuatro años, salvo que exista obstáculo registral, podrá ser cancelada por nota marginal, a solicitud de cualquier interesado, la consignación en la inscripción de la falta del consentimiento marital, como causa de su posible impugnación.»

La reforma del referido artículo del Reglamento Hipotecario, en la forma expresada u otro semejante, creemos que debe hacerse a la mayor brevedad posible, pues la realidad es que las diferentes posiciones doctrinales y, como consecuencia de ellas, las distintas calificaciones de las compraventas de que hemos tratado, que en unos Registros se inscriben en todo caso, en algunos en determinados supuestos y en otros en ninguno de ellos, producen una evidente pérdida de prestigio para el Cuerpo de Registradores y para el Registro de la Propiedad como Institución seria y respetable, y también el Cuerpo de Notarios está sufriendo las conse-

cuencias de la falta de un criterio uniforme en las calificaciones de los Registradores, sobre todo progresivo o, por lo menos, no retrógrado, de acuerdo con el sentido y finalidad de las modificaciones realizadas en el texto del Código civil por la Ley de 2 de mayo de 1975.

MANUEL ALVAREZ BEJIGA

Registrador de la Propiedad
Seminario de Derecho Hipotecario
de Albacete

El artículo 1.361 del Código civil y la reforma de la Ley de 2 de mayo de 1975*

La regulación de los actos dispositivos sobre bienes dotales inestimados en el artículo 1.361 del Código civil y sus posibles relaciones con el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, plantean algunas cuestiones que tras la reciente reforma de 2 de mayo de 1975 («B. O. E.» 5-5-75, Ley número 14/75) sobre situación jurídica de la mujer casada, se hace necesario reconsiderar, pues la infrecuencia del juego de la institución dotal no creemos deba ser motivo suficiente de excusa.

I. ANTECEDENTES HISTORICOS

Vamos a iniciar los comentarios haciendo un pequeño recorrido histórico a la disponibilidad dotal, con la intención de resaltar el carácter innovador que en 1889 tuvo el artículo 1.361 del Código civil y los precedentes considerados, probablemente, por el legislador del 75.

Conocidas son las frases o períodos que la doctrina (1) suele reconocer en la evolución de la institución dentro del Derecho romano:

En una primera, dueño y señor el marido de los bienes que constituían la dote como si de cosa propia se tratara, su poder de disposición era omnímodo, reconociéndose solamente a la mujer por vía de costumbre para protegerla frente a posibles situaciones de desamparo o repudiación

(*) Ponencia presentada al Seminario de Derecho Hipotecario de Albacete el 27 de febrero de 1976.

(1) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, t. V, vol. 1.º, pág. 394; PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil*, t. V, pág. 294; MUCIUS SCAEVOLA: *Comentarios al Código civil*, t. XXI, pág. 596.

de su marido el derecho a reclamar la restitución del todo o parte de la dote, a través de una *Cautio Rei Uxoriae*, de carácter personalísimo, convencional y excepcional. que hacia el año 200 antes de Jesucristo se convertiría, por gracia del derecho del Pretor, en verdadera *Actio Rei Uxoriae*, aunque de contenido graduable y basada en la equidad.

No siendo suficiente garantía para la mujer el reconocimiento de su derecho a la restitución, pocos años antes de la Era de Jesucristo (año 18), se iniciaría por la *Lex Iulia de Adulteriis*, conocida en lo referente a este capítulo con el nombre de *Lex Iulia de Fundo Dotali*, un sistema de inalienabilidad parcial, en virtud del cual se privaba al marido de la facultad de enajenar el fundo itálico que tuviera en concepto de dote, a no contar con el consentimiento de la esposa y se le prohibía constituir gravamen o hipoteca sobre él aun contando con dicho consentimiento.

Finalmente Justiniano pondría término al proceso evolutivo de la dote al darle, en lo que aquí nos interesa, carácter absoluto a la prohibición de disponer. En efecto, según el proemio del título VIII, libro II de las *Instituciones de Justiniano* (2), los términos de la *Lex Iulia* fueron corregidos mejorándolos—en palabras del citado proemio— (pues, teniendo solamente lugar en aquellas cosas que gozaban del derecho itálico y prohibiendo enajenarlas sin consentimiento de la mujer e hipotecarlas aunque ella consintiera, se ha puesto remedio a todo ello), estableciéndose ahora—por las *Instituciones*—que la enajenación y la hipoteca estén prohibidas igualmente respecto de las cosas situadas en las provincias, y que ni una ni otra cosa tengan lugar, aunque presten su consentimiento las esposas, a fin de evitar que la fragilidad propia del sexo femenino sea causa de quebrantos económicos para ellas.

Naturalmente, todos estos párrafos van referidos a la dote inestimada, pues el Derecho romano desde el momento en que quedó plenamente configurada como institución jurídica especial la dote distinguió perfectamente, entre dote estimada, en la que eran del marido el dominio y los riesgos, y el fundo inestimado o dotal, cuya propiedad y riesgos o mejoras pertenecían a la mujer. Pueden verse en este sentido, entre otros pasajes, el párrafo 15 de la Ley 1.^a, título XIII, libro V del Código de Justiniano y la Ley 10, título III, libro XXIII del Digesto romano (3).

(2) *Instituciones de Justiniano*, versión española de HERNÁNDEZ-TEJERO, ed. 1961, página 87; MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, pág. 597.

(3) Citas tomadas de MUCIUS SCAEVOLA, obra y tomo citados, págs. 588 y 597. Y así, según la primera: «Aunque la Ley Anastasiana habla de las mujeres que prestan su consentimiento o que renuncien a su derecho debe ser, sin embargo, entendida respecto a los bienes del marido o ciertamente a los estimados de la dote, en los que son del marido el dominio y el riesgo. Pero respecto al fundo inestimado, que propiamente es llamado también dotal, permanezca intacto el derecho

No obstante la rigurosidad del principio de inalienabilidad del fundo dotal inestimado impuesto por Justiniano en sus Instituciones y Código, conoció el propio Derecho romano alguna excepción aislada a propósito de enajenaciones no voluntarias por responsabilidades del marido, y así la Ley 1.^a, título V, libro XXIII del Digesto dice que «a veces deja de ser aplicable la Ley Julia sobre los fundos dotales, por ejemplo, si, porque el marido no daba caución por daño inminente, hubiera sido puesto el vecino en posesión del predio dotal y después se le hubiera mandado poseerlo; en este caso el vecino se hace dueño, porque esta enajenación no es voluntaria» (4).

La recepción en nuestra Patria del Derecho de Justiniano tuvo lugar a través de la Legislación de Partidas, pues hasta entonces nuestros Cuerpos Legales, a decir de PUIG PEÑA (5), sólo recogían la llamada dote germánica, que no revestía los caracteres técnicos y propios de la dote romana. Así, con absoluta fidelidad a los precedentes citados, las Partidas mantuvieron la distinción entre dote estimada e inestimada (6), e impusieron la prohibición absoluta de disponer de los bienes dotales inestimados sin reconocer ninguna excepción. Y en este sentido la Ley 7.^a, del título XI, de la 4.^a partida, vino a establecer que «No puede el marido vender nin enajenar, nin malmeter, mientras que durare el matrimonio... la dote que recibió de la mujer; fueras ende si la diese apreciada» (7).

Frente a este sistema de inalienabilidad absoluta comenzó a surgir una práctica en contrario, reconocida en la doctrina (8), por virtud de la cual eran válidas las enajenaciones con tal que interviniese la mujer en el contrato, prestase su permiso jurado y renunciase al derecho a impugnar la enajenación por el marido.

Nuestro Proyecto de Código civil de 1851, en base a estos precedentes y el del artículo 1.554 del Código civil francés, de honda influencia en aquél, mantendrá el criterio prohibitivo que ha caracterizado du-

—es decir, sin enajenar ni gravar—ciertamente imperfecto según la Ley Julia—por cuanto permitía la enajenación con el consentimiento de la mujer—, pero pleno por virtud de nuestra autoridad y extendido a todas las tierras, y no únicamente limitado a las de Italia y a la sola hipoteca»; y según la segunda cita: «Muchas veces importa al marido el que no se aprecien las cosas, para que de este modo no se haga responsable a la pérdida de ellas... Porque siempre que se dan las cosas en dote sin apreciar, las mejoras o menoscabos pertenecen a la mujer.»

(4) Autor y obra últimamente citados, pág. 588.

(5) Obra y volumen citados, pág. 296.

(6) Edición B. O. E., 1975, Partida 4.^a, título XI, leyes 7, 16 y 20, entre otras.

(7) Id., cita 6, ley 7, la cual añade que «esto debe ser guardado por esta razón: porque si acaesce que se departa el matrimonio, que finque a cada uno de ellos libre e quito lo suyo para hacer de ello lo que quisiere o a sus herederos si se departiere el matrimonio por muerte».

(8) PUIG PEÑA, *ob. cit.*, pág. 328; CASTÁN, *ob. cit.*, pág. 395.

rante siglos a la institución dotal inestimada, y así, su artículo 1.280, con carácter general, dispondrá que «ni el marido ni la mujer, ni los dos juntos, pueden enajenar ni hipotecar los bienes dotales inmuebles, salvo las excepciones contenidas en los artículos siguientes». Prohibición que hay que entender referida a la dote inestimada, pues como comenta GARCÍA GOYENA en sus Concordancias (9) debe sobrentenderse la excepción del Derecho romano que por su notoria equidad y sencillez no se ha creído necesario expresar, según la cual, cuando el inmueble fue dado por estimación que causó venta, en tal caso el marido adquiere desde luego el dominio irrevocable del inmueble y sólo es deudor del precio o estimación, pudiendo libremente enajenarlo.

Sin embargo, como indican las últimas palabras del artículo 1.280, la regla prohibitiva de la disponibilidad dotal inestimada va a conocer diversas excepciones de carácter legal, con lo cual se inicia ya dentro del ordenamiento positivo una nueva era en orden a la disponibilidad de estos bienes.

Y así, según los artículos 1.281 y 1.282 del Proyecto, el marido podrá enajenar por sí solo los bienes dotales inmuebles, siempre que haya asegurado la restitución de su valor con hipoteca especial. Y el Juez podrá autorizar la enajenación a instancia de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos, con la audiencia del otro, por causa de necesidad probada; a instancia de ambos cónyuges para cualquier permuta que les convenga o por otra causa de considerable utilidad; y a instancia de la mujer con el consentimiento del marido o a falta de su consentimiento con su audiencia para colocar a sus descendientes o cumplir algún oficio de piedad respecto del mismo marido, ascendientes o descendientes y siempre que los bienes restantes del matrimonio basten para cubrir sus cargas. Limitándose en estos casos la autorización a los bienes necesarios para cubrir las respectivas atenciones.

Dos aspectos, pues, en orden a la disponibilidad dotal inestimada se nos descubren en esta época: Uno, relativo a las numerosas excepciones reconocidas a la norma general prohibitiva, y otro, referente al reconocimiento en favor de la mujer casada de la iniciativa para solicitar la enajenación en los dos supuestos indicados, aunque precisando siempre la autorización judicial y el consentimiento o audiencia del marido.

No se alude, pues, en ninguna de las hipótesis citadas al término licencia; y aunque pudiera que en esta época los términos licencia-consentimiento no estuviesen técnicamente perfilados, por ser elaboración de ju-

(9) Volumen segundo, pág. 294, impresión anastática de 1973, ejemplar número 959.

risprudencia y doctrina más recientes, es de observar que los artículos 62, 63, 64 y 65 del Proyecto de 1851, referidos a actos o negocios jurídicos de la esfera propia de la mujer (comparecer en juicio, adquirir por título oneroso o lucrativo, enajenar y obligar sus bienes propios), utilizaban el término licencia, frente al artículo 1.282 que, referido a bienes en los que los derechos y facultades sobre ellos recayentes se hayan distribuido entre los cónyuges con carácter exclusivo (nuda propiedad a la mujer, usufructo y administración el marido, arts. 1.290 y 1.276), emplea el término consentimiento.

Poco tiempo después de fracasado el proyecto del Código civil de 1851, y dando un importante paso en orden a la alienabilidad de los bienes dotales inestimados inmuebles, la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, convirtiendo en regla general lo que en el proyecto de 1851 era excepción, reconocerá la utilidad de aquella facultad dispositiva pero sobre la base de que ambos cónyuges presten su consentimiento.

Y así de la exposición de motivos de la citada Ley, podemos entresacar los siguientes párrafos que retratan con fidelidad el estado hasta ese momento de la cuestión y el criterio a adoptar para el futuro: «aunque nuestro derecho escrito, como queda dicho, establece el principio de que el marido es el dueño de la dote, no le permite enajenar la inestimada por estar obligado a restituir lo mismo que recibió; por esto, bajo cierto aspecto, puede decirse que esta dote corresponde a los bienes de la mujer. Resulta de aquí que en rigor de derecho, la dote inestimada es inalienable y que los bienes que la constituyen no están en el comercio. En esto adoptaron las Partidas la innovación que el Emperador Justiniano introdujo para libertar a las mujeres casadas de los peligros que su propia debilidad podía ocasionarles, reformando el derecho antiguo, en virtud del cual el marido, con consentimiento de la mujer, estaba autorizado para enajenar la dote, pero no para hipotecarla; diferencia que se fundaba en la menor resistencia que es de presumir que tendría la mujer para hipotecar que para vender... La legislación que actualmente rige en la mayor parte de la Monarquía es insostenible, porque deja fuera de circulación la gran masa de bienes que corresponden a la clase de dotales y hace más triste la condición de la propiedad dotal, puesto que no viene en auxilio de las necesidades del propietario que en medio de riquezas considerables puede encontrarse reducido a la indigencia. Para obviar estas dificultades, algunos escritores dicen que cuando las enajenaciones no llegan a la mitad de los bienes y la mujer las hace en unión con su marido, o cuando hechas por éste, tiene ella intervención y promete con juramento no reclamar contra las mismas, suelen sostenerse, si bien a la mujer le queda el derecho de ser indemnizada en los bienes del marido. En la práctica actual vemos que

desentendiéndose de la prohibición legal la mujer enajena la dote inestimada... Semejante estado de contradicción entre la ley y la conveniencia pública, y entre lo prescrito y lo que se observa, crea una incertidumbre que el legislador debe apresurarse a resolver dando a la ley la flexibilidad necesaria para que pueda cumplirse sin inconvenientes. Atendiendo a esto, los redactores del proyecto del Código civil propusieron la reforma del derecho antiguo en el sentido de que el dominio de los bienes dotales fuera de la mujer, pero sin declarar que eran siempre enajenables, antes al contrario, fijando los casos y la forma en que el marido y la mujer habían de poder enajenarlos y obligarlos. Siguiendo este mismo espíritu, la Comisión propone que los bienes dotales hipotecados o inscritos con la calidad expresada no se puedan enajenar, gravar ni hipotecar, sino en nombre y con el consentimiento expreso de ambos cónyuges; pero añade que en este caso quede a salvo a la mujer el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes en sustitución de los enajenados, o si no los tiene, los primeros que adquiriera...».

Haciendo aplicación práctica de estos principios la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 1888, confirmando la nota del Registrador, denegará la inscripción de una adjudicación a un tercero de bienes dotales inestimados en pago de cierto crédito operada por la mujer con la sola licencia marital, por entender que la escritura contemplada no llenaba las exigencias del artículo 188 de la Ley Hipotecaria, ya que la autorización y licencia del marido que se exige por regla general a todo contrato celebrado por mujer casada no equivale al otorgamiento a nombre y con consentimiento expreso de ambos cónyuges, lo cual significa que de los deberes resultantes de la venta de bienes dotales inestimados han de ser responsables por igual ambos cónyuges.

Hasta este momento, a modo de resumen, los bienes dotales inestimados han pasado sucesivamente por las siguientes fases (prescindiendo de los albores de la institución en la que al ser el marido dueño absoluto no se plantea cuestión):

Una primera, representada por el Derecho Justiniano y recogida en nuestro suelo por las Leyes de Partidas, que está caracterizada por la indisponibilidad absoluta.

Una segunda, en la que comienza a quebrar el principio de inalienabilidad, siquiera sea por vía de excepción, y que está representada por el proyecto del Código civil de 1851.

Y una tercera, relativa a la propiedad inscrita, de libre disponibilidad constituida por la Ley Hipotecaria de 1861.

Y en estas dos fases en que se admitía la disponibilidad como excep-

ción o como regla el poder de disposición correspondía, respectivamente, al marido por sí solo o con el consentimiento de su mujer y autorización judicial; a la mujer con el consentimiento o audiencia del marido y autorización judicial; o a ambos cónyuges conjuntamente. Ninguna disposición legal, pues, ha referido el poder de disposición a la mujer con la simple licencia del marido.

II. CODIGO CIVIL HASTA LA REFORMA DE 2 DE MAYO DE 1975

a) *Planteamiento.*—Fue el artículo 1.361 del Código civil el que iniciando otra nueva etapa introdujo aparentemente esta regulación en la dote inestimada al disponer que «La mujer puede enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote inestimada si fuese mayor de edad, con licencia de su marido y, si fuese menor, con licencia judicial e intervención de las personas señaladas en el artículo 1.352». Añadiendo en el apartado segundo la obligación de hipotecar para el caso de enajenaciones.

Podría pensarse entonces que el Código queriendo destacar al máximo la titularidad dominical de la mujer sobre su dote inestimada, redujo la intervención marital a la sola licencia por entender que con ello quedaba suficientemente salvaguardado el principio de unidad de dirección familiar atribuido secularmente al marido y la supuesta falta de capacidad de la mujer casada, que así quedaba suficientemente completada.

Pero enfrente, el artículo 1.357 del Código civil dice que «El marido es administrador y usufructuario de los bienes que constituye la dote inestimada». Y el segundo párrafo del artículo 1.361, puntualiza que si se realiza la enajenación «...tendrá el marido obligación de constituir hipoteca, del propio modo y con iguales condiciones que respecto a los bienes de la dote estimada».

De donde puede pensarse también que la mujer casada tiene dominio, pero no todo el dominio de los dotales inestimados ya que el marido retiene el usufructo y administración. Por lo que su intervención no parece deba limitarse a completar una falta de capacidad de la mujer.

En realidad, si la intervención del marido en el caso del artículo 1.361 del Código civil reviste la forma de licencia o de consentimiento es el problema que vamos a pasar a considerar, y que no está claramente resuelto.

Es más, las posturas doctrinales que, aun a riesgo de equivocarnos, indicaremos, están más que explícitamente expuestas inducidas de las palabras de sus autores como reflejo de esa falta de examen profundo de la cuestión.

b) *Doctrina civil*.—Así en el campo del Derecho civil parecen referir el término del artículo 1.361 a una verdadera y propia licencia, entre otros:

DE CASTRO, que a propósito de la capacidad patrimonial de los cónyuges, contrapone el consentimiento del artículo 1.413 del Código civil a la licencia marital como actos de naturaleza distinta, refiriendo esta última a bienes y actos de la mujer, entre los que incluye con absoluta identidad los supuestos de los artículos 1.361 y 1.387 (10); y a propósito del levantamiento de restricciones a la capacidad de la mujer casada, coloca entre los supuestos que tienen lugar por licencia marital y como casos análogos los de dote inestimada y parafernales (11).

CASTÁN, que aun hablando en un principio con referencia al artículo 1.361 de licencia en unos casos y de consentimiento en otros (12), al igual que PUIG PEÑA (13), mantienen una cierta tendencia hacia esta orientación al poner en relación el artículo 1.361 con el artículo 61 del Código civil, que consideran de alcance general, aplicable a los actos realizados por mujer casada sobre sus bienes propios en los que quedan incluidos los dotales inestimados (14).

En cambio, niegan que el término empleado por el artículo 1.361 equivalga a una verdadera y propia licencia:

LACRUZ BERDEJO (15), quien considera que la redacción del artículo 1.361 es defectuosa frente a la del artículo 1.357, pues aquel precepto se refiere a la total enajenación de singulares bienes dotales, es decir, tanto de la titularidad que a la mujer corresponde como de los derechos que competen al marido y que por ello el marido no debe limitarse a dar licencia—la cual bastaría para la enajenación de los parafernales y, caso de que se admita, para la enajenación de la nuda propiedad de los dotales inestimados—, sino que es necesario que como requerían los artículos 188 y 191 de la antigua Ley Hipotecaria, concurren a la enajenación ambos cónyuges. Para aceptar la regulación del artículo 1.361 sería preciso, a su juicio, pensar que la licencia marital equivale a ella más el mandato para enajenar los derechos del marido, cosa completamente arbitraria.

PUIG BRUTAU (16) hace suya la tesis de LACRUZ, si bien puntualizando que en la práctica sucederá que el marido que haya concedido licencia

(10) *Compendio de Derecho Civil*, pág. 282, ed. 1968.

(11) *Ob. cit.*, pág. 284.

(12) *Ob. cit.*, págs. 439, 441 y 444.

(13) *Ob. cit.*, pág. 329.

(14) Obras y autor citados, págs. 445 y 330, respectivamente.

(15) *Derecho de Familia*, pág. 374, ed. 1963.

(16) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. 1, págs. 506 y 507, edición 1967.

a la mujer para vender un objeto de la dote inestimada sin ninguna reserva por su parte no podrá luego pretender que sólo pudo negociar la esposa su nuda propiedad. En realidad ésta habrá quedado legitimada para disponer del bien dotal.

La posible trascendencia de la intervención marital había sido advertida ya por MUCIUS SCAEVOLA en sus comentarios al Código civil (17), destacando que la palabra licencia de que se vale el artículo 1.361 referente a la intervención del marido «No supondrá cualquier acto pasivo de aquél en el otorgamiento de las respectivas escrituras o contratos y a título de requisito puramente formulario. Supone, como lo da a entender el valor gramatical de esa palabra, perfecto discernimiento del alcance de la enajenación, gravamen o transacción en proyecto y resolución suya; en consecuencia—termina diciendo—producto de un juicio en el que se hayan tenido presentes las ventajas o desventajas de tales actos jurídicos para la mujer y para los fines económicos del matrimonio». Intuía el ilustre comentarista la trascendencia de la licencia marital que requería el artículo 1.361, aun cuando no profundizase en su naturaleza, pero es que ya hemos advertido del olvido que la doctrina en general ha tenido de esta problemática.

c) *Jurisprudencia civil*.—Tampoco la Jurisprudencia del Tribunal Supremo parece haber entrado deliberadamente en la pesquisa de la licencia del 1.361, aunque quepa observar una preferente reserva del término licencia para los actos de la mujer relativos a los bienes parafernales (así sentencias 30-12-1905, 27-10-1909, 27-1-1912, 19-11-1941, 5-11-1959, 22-3-1965, etc.), e incluso citar una sentencia, la de 6 de mayo de 1944, en la que aquel término aparece referido a los bienes parafernales con exclusión de los dotales, dice así en uno de sus Considerandos: la facultad del marido de vigilar y aprobar los contratos celebrados por su mujer respecto a la enajenación o gravamen de sus bienes *extradotales* se concreta en la licencia marital, cuya omisión no invalida en principio el acto por concurrir la capacidad natural, sino que simplemente permite su anulación a instancia del marido o sus herederos. Licencia que la sentencia identifica como «Hecho psicológico de un querer o voluntad interna acorde con el contrato que su mujer celebra», o lo que es igual del contrato celebrado por otra persona.

No encontramos en suma en el campo de la doctrina y jurisprudencia civil un criterio resuelto sobre si la naturaleza de la palabra empleada por el artículo 1.361 es la de una propia licencia o más bien la de un consentimiento.

(17) Tomo XXI, pág. 605, *ob. cit.*

d) *Doctrina hipotecaria*.—Introducido en la legislación hipotecaria el precepto del artículo 94 con el Reglamento de 1947 («serán inscribibles los actos y contratos otorgados sin licencia del marido por mujer casada; pero el Registrador hará constar en la inscripción la falta de licencia cuando ésta fuera necesaria». Al que la reforma de 17 de marzo de 1959 añadiría como segundo párrafo: «En este último caso, a efectos del artículo 1.301 del Código civil y salvo que exista obstáculo registral, podrá hacerse constar, a solicitud de cualquier interesado, por nota marginal, que han transcurrido cuatro años desde la disolución del matrimonio mediante el documento que lo acredite»), parecía lógico que se plantearan e incluso apuntasen soluciones a esta interrogante, como premisa obligada para resolver sobre la procedencia del precepto reglamentario. Sin embargo ello no ha sido así debido, probablemente, a la confusión que el término licencia empleado por el artículo 1.361 va a seguir produciendo y que parece excusar toda indagación.

LA RICA, en sus Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario, primera parte: innovaciones (18), no trata abiertamente la cuestión al examinar el artículo 94, pero los términos generales en que se expresa permiten entender comprendida la enajenación de dotales inestimados dentro de su ámbito. Y de modo explícito llega a esa conclusión cuando en los comentarios a la reforma de 1959 (19), y a propósito de la inscripción de los actos dispositivos de los cónyuges—artículo 96 R. H.—, dice «si la inscripción se practicó a nombre... de la mujer y atribuyó a los bienes adquiridos el carácter de dotales o parafernales... los actos dispositivos se otorgarán con sujeción a las normas civiles pertinentes. Si son dotales o parafernales, dispondrá la mujer con licencia del marido o de las personas que en su caso deban autorizarla. Aun sin aquélla—afirma—podrá inscribirse el acto dispositivo con la limitación que establece el artículo 94 del R. H.».

De igual modo CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA, refieren la licencia marital y la aplicación del artículo 94 a los actos dispositivos sobre dotales inestimados al decir en sus Apuntes (20), que «queda circunscrito el artículo 94 a los actos dispositivos de mujer casada sobre bienes inscritos a su nombre como parafernales o dotales, para los cuales el Registro Hipotecario invoca las reglas comunes que los rigen, entre las cuales se destaca la necesidad de licencia marital (arts. 1.361 y 1.387 del C. c.)».

Por su lado, ROCA SASTRE tampoco resuelve, y realmente tan siquiera

(18) Publicación Colegio Nacional de Registradores, 1948, pág. 67. Dice así: «La mujer casada mayor de edad necesita licencia marital para enajenar o gravar sus bienes dotales inestimados y parafernales.»

(19) Id., cita anterior, año 1959, pág. 101, apartado C.

(20) *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, ed. 1968, tomo II, pág. 96.

trata, la cuestión en su Derecho Hipotecario (21) al hacer la exégesis del artículo 94, pues al hablar en general de actos para los cuales necesita la mujer casada licencia de su esposo, sin descender a detalles, lo que hace es remitir el problema al campo del Derecho civil en el cual, como hemos visto, no está definitivamente resuelto.

Del mismo modo, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, alega que como problema netamente civil no es procedente entrar en un tratado de Derecho Hipotecario acerca de cuándo requiere la mujer licencia de su marido y, en consecuencia, al tratar del artículo 94 lo refiere en general a los actos de la mujer casada que precisen de aquella sin más especificaciones. Si bien cabe observar en este extremo que las referencias aisladas que el autor citado va haciendo a preceptos del Código civil son siempre relativas a los bienes parafernales (22).

e) *Jurisprudencia hipotecaria*.—En el campo de la Jurisprudencia hipotecaria tampoco las Resoluciones de la D. G. resuelven el dilema, por cuanto que las que dieron lugar a la redacción del artículo 94 o bien hablaban en general de actos y contratos otorgados por mujer casada sin licencia, sin más, o bien se referían en concreto a los bienes parafernales, pero sin excluir tampoco expresamente a los dotes inestimados (en este sentido resoluciones de 22 de agosto de 1894, 25 de agosto de 1911, 19 de julio de 1922, 15 de diciembre de 1933); sin que posteriormente conociéramos otras resoluciones que hayan tratado el problema.

f) *Conclusiones*.—En este estado de cosas, nos encontramos con unos preceptos civiles, artículos 1.357, 1.360 y 1.361, como fundamentales, de los cuales resulta: que la mujer tiene el dominio—por emplear palabras del Código—de los bienes dotes inestimados, pero no el usufructo y administración que corresponden al marido; que la mujer dispone—según el mismo Código—de esos bienes con la licencia del marido, y que el marido está especialmente obligado, para el caso de enajenación mediante precio, a constituir hipoteca. Y nos encontramos asimismo con unos preceptos hipotecarios, el del artículo 108, 2.º, de la Ley que niega la disponibilidad por el marido de su derecho de usufructo y el del artículo 94 del Reglamento, que permite la inscripción de actos y contratos otorgados por mujer casada sin licencia marital.

Pues bien, a nuestro juicio, la aplicabilidad del artículo 94 al supuesto de hecho que nos ocupa no puede venir determinada tan sólo por el empleo con más o menos propiedad de un término gramatical, sino que se hace necesario desentrañar el alcance de esa licencia y el verdadero fun-

(21) *Derecho Hipotecario*, pág. 101, tomo IV, vol. 1.º, ed. 1968.

(22) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 1.ª ed., tomo 11, págs. 548-549.

damento del precepto sustantivo para concluir *a posteriori* sobre la aplicabilidad o no del precepto hipotecario.

De los antedichos artículos se desprende que la mujer casada tiene sobre sus bienes dotales inestimados todas las facultades y derechos integrantes del pleno dominio, menos los atribuidos a su marido (administración y usufructo). Y si esas facultades están constituidas normalmente por la de usar, disfrutar, consumir, gravar, enajenar, transformar e incluso destruir dentro de ciertos límites la cosa de su propiedad, resulta evidente que al privar el artículo 1.357 de algunas de ellas—las que atribuye al marido—permanecerán en la mujer casada todas las demás, y entre ellas las que impliquen un efecto dispositivo.

De aquí posibles justificaciones: primera, que el Código civil, en vez de emplear con respecto a la titularidad de la mujer sobre sus dotales inestimados el término de nuda propiedad hable de dominio (art. 1.360) como el centro unitario de todas las facultades que pueden recaer sobre la cosa dotal inestimada pudiendo ser despojado de algunas de ellas en mayor o menor medida sin que por ello pierda el dominio su integridad potencial y virtualidad de recuperarlas, pese a reconocer al marido la titularidad usufructuaria (art. 1.357). Segunda, que refiera la enajenación, gravamen o hipoteca a la integridad de los bienes dotales y no sólo a la nuda propiedad (art. 1.361), atribuyendo así a la mujer el poder de disposición. Y tercera, que la transferencia de aquellas facultades desgajadas se haga por el Código, en los casos previstos, a la mujer y no al marido (artículo 68, regla 4.^a, 225 y 1.443).

Pero al lado la titularidad usufructuaria del marido, aunque no sea la propia del usufructo patrimonial (al igual que en el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos sujetos a su potestad) por su especial carácter familiar, tiene su propio contenido y virtualidad con normas específicas que lo rigen en concreto contenidas dentro de la institución dotal (art. 1.357) y con otras normas generales, las del usufructo patrimonial, en cuanto no se opongan a aquéllas.

Así, según estas normas: el marido administra los bienes de la dote inestimada (art. 1.357), aunque no pueda dar en arrendamiento los inmuebles por más de seis años (arts. 1.363 y 1.548); no está obligado a prestar la fianza de los usufructuarios comunes, pero sí a inscribir con su calidad de dotal los inmuebles inestimados en el Registro a nombre de la mujer y a constituir hipoteca especial suficiente para responder de la gestión, usufructo y restitución de los bienes muebles (art. 1.358); tiene el carácter de poseedor de buena fe en orden a las expensas y mejoras hechas en las cosas dotales inestimadas (art. 1.368), de donde deduce la doctrina favorables consecuencias para su gestión; responde del deterio-

ro que por su culpa o negligencia sufran los bienes dotales (art. 1.360); excepcionalmente, sustituye o enajena con el consentimiento de su mujer y, en su caso, el de las personas mencionadas en el artículo 1.352, los efectos públicos, valores cotizables y demás bienes fungibles de la dote inestimada no asegurados con hipoteca (art. 1.359); de los que si estuviesen asegurados, *a contrario sensu*, dispondrá por sí solo, como si de dote estimada se tratase; no podrá en cambio disponer, por ningún título, de su derecho de usufructo (según se desprende del artículo 108, 2.º, de la Ley Hipotecaria y en general de la regulación de la dote); e intervendrá, finalmente, en la enajenación que de los dotales inestimados pretenda hacer su mujer (art. 1.361).

Reconocida a la titularidad subjetiva del marido sobre los dotales inestimados un propio contenido, se hace necesario su protección por el ordenamiento jurídico. Y si además se tiene en cuenta que la disposición del bien dotal puede acarrear consecuencias perjudiciales a la sociedad conyugal de la que el marido es normalmente el administrador, e incluso especiales obligaciones, se comprenderá con mayor razón la necesidad de su intervención en los actos dispositivos como parte interesada. En efecto, en este último punto el gravamen que sobre el bien dotal se constituye puede suponer una disminución de su rendimiento (ver en este sentido artículo 595 del C. c.), incluso una pérdida absoluta; y si la disposición se realiza mediante precios se verá obligado el marido por mandato de la Ley a constituir el gravamen sobre sus propios bienes.

Limitar entonces su comparecencia a una simple licencia no parece conforme con lo expuesto, toda vez que aquella intervención no irá dirigida sólo a completar una supuesta falta de capacidad de la mujer casada como en los casos tradicionalmente contemplados por los artículos 60, 61, 65, 995, 1.053 y 1.387 del Código civil, con los que no existe una perfecta identidad, sino también a consentir la privación de su titularidad usufructuaria, a meditar sobre las consecuencias que a la sociedad conyugal le pueda reportar el acto dispositivo, y a tomar conciencia de la especial obligación de hipotecar que en su caso le incumbe.

Y no son supuestos idénticos los contemplados en el artículo 1.361 y demás preceptos antes referidos, porque en estos últimos los bienes y derechos son exclusivos de la mujer, cuya falta de capacidad plena o capacidad de obrar restringida precisa ser completada por el marido mediante el mecanismo de la licencia, en tanto que en los dotales inestimados los derechos son exclusivos de cada cónyuge (usufructo y administración el marido, y demás integrantes del dominio la mujer), pero concurrentes, por compatibles, sobre el mismo bien, que lógicamente deben dar a los actos o negocios jurídicos que lo tengan por objeto un cierto carácter común.

De aquí que no sea incorrecta, en nuestra opinión, la idea de darle a la intervención del marido en el supuesto del artículo 1.361 el tratamiento de un consentimiento.

Sin que sea obstáculo a lo dicho el empleo por dicho artículo de la palabra licencia, toda vez que la propiedad de su utilización es muy discutible a la vista de los precedentes históricos que hemos examinado, con respecto a los cuales constituyó en su momento una innovación, y porque el marido se constituye en parte interesada del negocio dispositivo, haciéndose responsable de sus consecuencias.

Ahora bien, la intervención del marido tampoco va más allá de la que la ley le atribuye, o sea, prestar su consentimiento. Por eso de los dotales inestimados dispone la mujer y no el marido. Sin que se pueda afirmar, como antes vimos hacía algún autor (23), que al acto dispositivo concurren ambos cónyuges en régimen de igualdad ni tampoco utilizar la mujer un mandato del marido, pues ni hay verdadera cotitularidad ni el marido (poderdante) puede conferir a otra persona facultades de las que él normalmente carece.

Considerado el supuesto del artículo 1.361 repetido como un caso de consentimiento no parece pueda quedar amparado en la norma del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, del mismo modo que no se incluye en ella el artículo 1.413 del Código civil, toda vez que la falta de consentimiento debe tener en ambos casos el mismo alcance.

De otra parte la norma del artículo 94 es de carácter excepcional, no permitiendo una aplicación extensiva de sus términos (Resolución de la D. G. 15 de marzo de 1972).

III. REFORMA DE LA LEY DE 2 DE MAYO DE 1975

Llegamos así a la Ley de 2 de mayo de 1975 (que entraría en vigor el 25 del mismo mes), por la que se reforman determinados artículos del Código civil sobre situación jurídica de la mujer casada y derechos y deberes de los cónyuges, y entre aquéllos el artículo 1.361 que comentamos, cuyo primer párrafo queda redactado en adelante en los siguientes términos: «La mujer puede enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote inestimada con consentimiento de su marido.»

Dos alteraciones se observan respecto al texto anterior: la sustitución del término licencia por el de consentimiento, y la supresión de la referencia al supuesto de mujer casada menor de edad.

(23) LACRUZ, cita 15.

En cuanto a la primera, inmediatamente a la reforma, dos posturas de signo opuesto comenzaron a dibujarse en el ámbito profesional.

Según una, representada por AVILA ALVAREZ, DE LA HAZA ORPÓÑEZ y POVEDA DÍAZ (24), no se tratará de verdadera reforma legislativa, toda vez que sólo ha consistido en sustituir la palabra licencia por la de consentimiento pero sin que el término gramatical empleado lo haya sido en un sentido técnico y expreso, sino como sinónimo de licencia. Y lo justifican porque rehuyendo el legislador el empleo de esta palabra en una reforma legislativa que la suprime se ha visto abocado a utilizar el término consentimiento. La mujer—siguen diciendo—tiene la propiedad de sus bienes dotales inestimados y sería absurdo que para disponer de ellos precisase que el marido consintiera en sentido técnico, ya que ello equivaldría a empeorar la condición de la mujer en una reforma de signo liberalizador y progresista para la misma.

A tenor de lo expuesto—concluirán—la venta del bien dotal inestimado hecho por la mujer casada sin aquel impropio consentimiento será inscribible en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, como lo era—en su opinión—anteriormente; haciéndose constar en la inscripción la falta de dicha licencia.

En cambio la otra postura, representada por ALVAREZ BEJIGA (25) considera indispensable el consentimiento del marido para que la venta de dotales inestimados pueda inscribirse en el Registro, puesto que la licencia la estima desaparecida a todos los efectos sin que pueda sobrevivir en este caso bajo el nombre de consentimiento. El consentimiento del marido—dice—parece necesario porque es administrador y usufructuario de estos bienes, además de que con la enajenación surge la obligación del marido de constituir hipoteca. Por todo ello no es posible efectuar actualmente la inscripción al amparo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

Siguiendo la línea expuesta nos mostramos de acuerdo con esta orientación última por las siguientes razones:

Primero. Que si el supuesto del artículo 1.361 actual fuese verdadera licencia, no se comprende cómo en una reforma legislativa que ha tenido como meta su supresión, puede el legislador mantenerla ni siquiera dándole un nombre distinto.

Más bien se nos ocurre pensar que por no ser licencia, ni ahora ni

(24) Madrid, junio 1975, xerocopia enviada a todas las oficinas de los Registros de la Propiedad, págs. 8 y 9.

FOSAR BENLLOCH, en trabajo publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 511, año LI, pág. 1393, considera que el legislador ha dado un paso atrás convirtiendo la antigua licencia en consentimiento; pero esta conversión no es cierta a tenor de lo que hemos expuesto sobre el carácter que siempre ha tenido la intervención del marido en el artículo 1.361.

(25) Xerocopia, id., cita anterior, pág. 4.

nunca, es precisamente por lo que el legislador mantiene la intervención del marido empleando el término adecuado a la naturaleza de la misma. Decir sin más que el legislador emplea la palabra consentimiento porque las circunstancias de la reforma se lo imponen, sin ser ése su propósito, nos parece que es poner en entredicho la labor legislativa, máxime cuando el autor de la reforma asegura haber acabado con el régimen de las licencias.

Y segundo. Tampoco se puede decir que exigir la intervención del marido con el alcance de un verdadero consentimiento equivalga a empeorar la condición de la mujer casada en una reforma de signo progresivo y liberalizador para la mujer. Pues, además de que ello supone dar por existente una condición que como hemos visto es discutida, la liberalización se logre desde el momento en que aquí como en los otros casos ya no es necesaria la intervención del marido—ni por tanto su licencia—para completar la capacidad de la mujer (dice el nuevo artículo 62 que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges), sino que la intervención del marido va referida a extremos que en modo alguno han sido modificados, cuales son, la defensa de su titularidad usufructuaria, la salvaguardia, como gestor, de los intereses económicos de su sociedad conyugal y la admisión de la especial obligación de hipotecar para el caso de enajenación, ya que el segundo párrafo del artículo 1.361 se mantiene en la nueva redacción sin alteración.

Puesto que intereses de la mujer, del marido y de la misma sociedad conyugal concurren sobre unos mismos bienes, estamos ante un negocio jurídico de carácter común que la mujer celebra con el consentimiento del marido. Sin que el carácter común quepa predicarlo sólo de los supuestos de comunidad, como parecen dar por supuesto los autores de la primera postura comentada, excluyendo, sin fundamento en nuestra opinión, el artículo 1.361 del régimen del artículo 65 reformado (26).

(26) Dicen así en la pág. 9 del trabajo citado: «En este último caso del artículo 65 del Código se trata, empleando palabras de la Exposición de Motivos de la Ley, de un consentimiento sobre negocios jurídicos de carácter común. De un asentimiento prestado por un cónyuge al otro que tiene facultades dispositivas de bienes comunes. En el caso de dotales inestimados se trata de un negocio jurídico de disposición de bienes privativos por su titular dominical.»

Pero aparte de que tal criterio lleva la duda del precepto aplicable a la infracción del 1.361 (pues si se rechaza la procedencia del art. 65 reformado y el anterior art. 62 no existe, ¿cuál ha de fijar el alcance de la falta de consentimiento?), estimamos que tan asentimiento es el supuesto del 1.361 como el del 1.413. En ambos casos el poder de disposición lo tiene atribuido uno solo de los cónyuges, y en ambos casos se exige el consentimiento del otro, consentimiento marital o consentimiento *uxoris*. La única diferencia estriba en que el art. 1.413 trata, efectivamente, de bienes en comunidad (comunidad germánica), mientras que el 1.361 se refiere a derechos propios de cada cónyuge (uno usufructo, otro nuda propiedad) sobre unos mismos bienes; pero tan negocio de carácter común, en el

La Exposición de Motivos de la Ley de Reforma se refiere al régimen de consentimientos alegando que «se recoge en este punto la diferencia teórica, hoy admitida con carácter general, entre el consentimiento que versa sobre actos o negocios jurídicos de carácter común y la licencia que como complemento de capacidad, tiene por objeto los actos o derechos privativos. Si bien se suprimen las licencias es respetado el actual régimen de los consentimientos».

El carácter común que durante años ha marcado a los negocios jurídicos de disposición sobre dotales inestimados y que fue roto en 1889, ha debido indudablemente tenerse en cuenta por el legislador de 1975 a la hora de redactar el nuevo artículo 1.361.

Lo que sucede es que el actual régimen de consentimientos tiene atribuidos los mismos efectos que anteriormente se predicaban de las licencias, pues según el artículo 65 reformado «cuando la ley requiere para actos determinados que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos». Precepto cuya razón de ser justifica la Exposición de Motivos por entender que constituía una laguna legal que la desaparición del anterior artículo 62 podía hacer aún más grave. Añadiéndose en el último párrafo del artículo 1.301 que si la acción de anulabilidad se dirige a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro el plazo de los cuatro años comenzará a contar desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes se hubiere tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato.

Es correcta, pues, la utilización de la palabra consentimiento en el nuevo artículo 1.361.

Y si el artículo 94 del Reglamento Hipotecario no lo considerábamos antes apropiado al supuesto del artículo 1.361, con mayor fundamento tendremos que defender ahora, pues contamos incluso con el apoyo terminológico del nuevo precepto, la no aplicabilidad al supuesto de hecho que nos ocupa.

Así, el acto dispositivo realizado por la mujer casada en sus dotales inestimados, sin el consentimiento de su marido, será un acto anulable, sujeto a impugnación, que por falta de precepto idóneo que lo excepcione no podrá acceder al Registro de la Propiedad siguiendo la normativa general.

El resultado de todo ello con respecto a la posible vigencia del sentido amplio que estimamos se produce la Ley de reforma, lo es un supuesto como otro; sólo que en aquél el carácter común resaltará por la cotitularidad de los sujetos y en éste por la unidad de objeto e intereses.

título 94 del Reglamento Hipotecario es el de que dicho precepto, habida cuenta la supresión de las licencias, queda circunscrito a situaciones de derecho transitorio. Y en conformidad con ellas, la escritura otorgada por la mujer casada antes de la entrada en vigor de la Ley de 2 de mayo de 1975, relativa a sus bienes parafernales, sin la requerida licencia marital, accederá al Registro como ha venido sucediendo hasta ahora, haciéndose constar la falta de la licencia y la posibilidad de su impugnación al amparo del anterior derecho (arts. 62 y 65, anteriores a la reforma) (*). Si bien en cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, como norma favorable, podría defenderse la aplicación del nuevo artículo 1.301 en su último apartado, que reconoce como fecha de comienzo del cómputo de la acción de impugnación no sólo la de disolución del matrimonio, sino también la de disolución de la sociedad conyugal para dar cabida al supuesto de modificación de capitulaciones que afecte al régimen económico conyugal (**). En cambio, la confirmación tácita de los nuevos artículos 65 y 1.301 no podrá llegar fácilmente al Registro por la necesidad en éste de la prueba documental y pública (en este último caso; por ejemplo: notificación notarial de la venta al marido que inicia el cómputo del plazo).

Por cuantas razones han quedado expuestas sería conveniente la reforma del actual artículo 94 del Reglamento Hipotecario, bien sea para suprimirlo habida cuenta de su falta de vigencia o bien para dotarlo de un contenido del que ahora mismo carece, pues nada tendría de extraño, dados los términos del actual artículo 65, se plantease el legislador la conveniencia de extender el tradicional criterio del artículo 94 del Reglamento Hipotecario a todo negocio jurídico inmobiliario de carácter común realizado por uno de los cónyuges sin el preceptivo consentimiento del otro (27).

(*) En cuanto a la posibilidad de que estos negocios accedan al Registro sin la amenaza de su anulabilidad, entendemos que no es correcto dar retroactividad a la Ley de 2 de mayo del 75 por cuanto el marido y sus herederos tienen un derecho o potestad adquirido a la impugnación (Disposición transitoria 4.ª, artículo 2.º, 3, del Código civil) y porque la capacidad para realizar actos o negocios jurídicos debe apreciarse y regirse por la ley vigente en el momento del otorgamiento. Tampoco se puede exigir con propiedad una comparecencia del marido a prestar la licencia, por no existir actualmente; o a ratificar, por no tratarse de negocios de su esfera propia. Pero sí creemos podrá comparecer a confirmar expresamente dichos negocios al amparo de los artículos 1.309 y siguientes del Código civil como único legitimado con sus herederos, en su caso, a estos efectos (art. 1.312 del Código civil).

(**) Ver Disposición transitoria 4.ª del Código civil.

(27) Comprendemos que afirmar esta posibilidad es escandaloso por cuanto que el Registro de la Propiedad, uno de cuyos objetivos es asegurar el tráfico jurídico, sólo debe admitir los títulos (materiales) que sean válidos y perfectos con arreglo a las leyes. Pero no es menos cierto que el Registro de la Propiedad tiene

En cuanto a la otra alteración introducida en el artículo 1.361 por la Ley de Reforma, es decir la supresión de la referencia al supuesto de mujer casada menor de edad, se hace preciso considerar las diversas hipótesis que pueden darse sobre la base de combinar el artículo antes citado con los artículos 60 y 61 de la Reforma. Dichos supuestos son éstos: marido y mujer mayores de edad; marido menor de edad y mujer mayor, marido mayor de edad y mujer menor y marido y mujer menores de edad.

Primera hipótesis: Marido y mujer mayores de edad. Se aplica sólo el 1.361, disponiendo la mujer con el consentimiento del marido, consentimiento que como ha quedado dicho, no puede identificarse conceptualmente con la antigua licencia; aun cuando sus efectos, sobre los que luego volveremos, sean similares.

Segunda hipótesis: Marido menor de edad y mujer mayor. Se aplican los artículos 61 y 1.361 conjuntamente, conforme a los cuales dispone la mujer con el consentimiento del marido que al ser menor de edad (es igual que tenga o no más de dieciocho años) estará completada su capacidad por el consentimiento del padre, madre o tutor.

Este punto era discutido ya en la anterior dicción del artículo 1.361, pues mientras unos consideraban que si el marido tenía más de dieciocho años podía por sí solo dar la licencia al acto dispositivo de su mujer, toda vez que el artículo no distinguía y que no era el marido sino la mujer quien enajenaba, la mayoría de los autores entendían que siempre que el marido fuese menor de edad (tuviera o no dieciocho años) no podía por sí solo, por una interpretación extensiva de la regla 3.^a del anterior artículo 59, prestar la licencia (28).

Criterio que muy bien puede ser mantenido ahora, como señala GARCÍA CANTERO, en la última edición hecha al libro de Familia de la Obra

también la misión de estimular el tráfico jurídico inmobiliario y, sobre todo, de intentar coordinar sus pronunciamientos con la realidad jurídica extrarregistral. Y si anulables son determinados negocios jurídicos comunes de los cónyuges celebrados por uno de ellos sin el consentimiento del otro, no se culpe de ello a la legislación hipotecaria, sino a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la de cierto sector doctrinal (así, sentencias 7-2, 13-3 y 21-4-64, 6-3 y 6-5-69, etc., y RODRÍGUEZ ADRADOS, CÁMARA, BONET, ROCA SASTRE, etc.) que reiteradamente han promovido y al fin logrado, con el consenso del legislador, que tales negocios entren en el tráfico jurídico con la sola advertencia de su anulabilidad o impugnación.

Mantener el Registro cerrado ante esa situación, incrementando el desacuerdo con la realidad jurídica extrarregistral, o bien doblegarse ante tal realidad, máxime cuando ha existido un precedente con el artículo 94 del R. H., creemos que al menos es cuestión de inaplazable planteamiento para el legislador y, a ser posible, de resolución favorable en el más breve plazo, pues el desbordamiento entre una y otra realidad puede ser asombroso en un corto espacio de tiempo.

(28) Confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 3-3-1911. Ver CASTÁN, *ob. cit.*, pág. 444.

de CASTÁN (29), con fundamento en la finalidad que el legislador atribuye ahora al consentimiento marital como referido a actos o negocios jurídicos de carácter común, según hemos visto.

Tercera hipótesis: Marido mayor de edad y mujer menor. Se aplican también los artículos 61 y 1.361 del Código civil, a tenor de los cuales dispone la mujer con el consentimiento del marido pero completada su capacidad por el consentimiento del padre, madre o tutor.

La reforma de 2 de mayo ha suprimido el apartado que el artículo 1.361 venía dedicando a este supuesto, en el que se establecía un complicado mecanismo de licencia judicial e intervención del padre y subsidiariamente la madre, constituyente de la dote, tutor, protutor, consejo de familia o cualquiera de sus vocales (art. 1.352), por entender indudablemente que los nuevos artículos 60 y 61 regulan con suficiencia la capacidad de los cónyuges en orden a la administración y disposición de sus bienes tanto comunes como privativos; no suponiendo la mentada supresión por tanto laguna legal alguna.

Si bien es de señalar que al no reformarse en el mismo sentido el artículo 1.359, que contiene una remisión expresa al 1.352 cuando la dote consiste en efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles, se ha venido a establecer una dualidad de regulación en orden a los consentimientos nada edificante, salvo que se quiera entender producida una derogación implícita de aquella remisión.

Cuarta hipótesis: Marido y mujer menores de edad. Por la combinación de los criterios anteriores, el acto dispositivo se realizará por la mujer con el consentimiento del marido, completados ambos cónyuges en su capacidad con el consentimiento del padre, madre o tutor respectivos.

Y todo lo expuesto es de aplicación tanto respecto a los actos de enajenación *strictu sensu* como a los de gravamen o hipoteca, pero sólo respecto de los bienes inmuebles o raíces (art. 61).

Pues, tratándose de muebles hay que distinguir: si son efectos públicos, valores cotizables o bienes fungibles dispone el marido por sí solo si están garantizados con hipoteca y si no lo estuvieren necesitará el consentimiento de la mujer y el de las personas señaladas en el artículo 1.352 si aquélla fuese menor de edad (art. 1.359), salvo que en cuanto a esto último se entienda producida la derogación indicada anteriormente. En todos los demás supuestos de bienes muebles por aplicación de la norma general del artículo 1.361, que habla de bienes, sin distinguir entre muebles o inmuebles, dispondrá la mujer con el consentimiento del marido sin que sea preciso en este caso el de las personas mencionadas en el ar-

(29) Novena edición, *Derecho civil común y foral*, 1976, tomo V, vol. 1, página 561.

título 61 (exclusivo de los bienes raíces), siempre que los cónyuges sean mayores de dieciocho años, pues si fuesen menores de esa edad parece conveniente el consentimiento del padre, madre o tutor, toda vez que resultaría ilógico que lo precisaran para actos de administración (art. 60), y no en cambio para los de disposición sobre muebles.

En cuanto a los actos de administración de dotales inestimados, que no son objeto de nuestro examen, su regulación vendrá dada por el artículo 1.357 y concordantes y por el nuevo artículo 60 que fija los complementos de capacidad o régimen de consentimientos para el cónyuge administrador menor de dieciocho años.

En cuanto a los efectos del negocio jurídico celebrado sin alguno de los consentimientos citados, conviene distinguir:

Si se trata del consentimiento que subsidiariamente y a modo de complemento de capacidad deben prestar el padre, madre o tutor en los supuestos de los artículos 60, 61 y 1.359, su falta determinará, por aplicación de los artículos 1.300, 1.301 y 1.302 del Código civil, la anulabilidad del contrato o negocio jurídico celebrado. Dada la naturaleza subsanable del defecto el Registrador suspenderá la inscripción solicitada.

Y si se trata del consentimiento que el marido debe prestar a la mujer de conformidad al artículo 1.361, o del que un cónyuge debe dar al otro en base a los nuevos artículos 60 y 61, su falta supondrá también una nulidad relativa o anulabilidad del contrato o negocio jurídico celebrado, pero por aplicación no sólo del artículo 1.301 sino del más concreto artículo 65 reformado. Carácter que corrobora la propia Exposición de Motivos de la ley hablando, para el supuesto que nos ocupa, de «Anulación» del negocio celebrado.

Y que la doctrina más reciente que va apareciendo tras la Ley de 2 de mayo de 1975 mantiene con el mismo alcance, se trate del supuesto general del artículo 65 reformado, así DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en su Sistema de Derecho civil, o del más concreto del artículo 1.361, así GARCÍA CANTERO en la obra antes citada (30).

De esta opinión disiente LACRUZ BERDEJO, en su nuevo Derecho civil de la Mujer Casada (31), por entender que en los casos de los artículos 1.361 y 1.415 que él identifica, marido y mujer son cotitulares del bien dotal inestimado que se enajena o grava, o del bien ganancial que se dona y rechaza la aplicación del artículo 65, por considerar que en ambos supuestos se trata de una codisposición.

Pero, aparte de que no creemos deba distinguirse donde no lo hace la

(30) *Sistema de Derecho Civil*, ed. 1976, pág. 258, y obra anteriormente citada, pág. 560, respectivamente.

(31) *Cuadernos Civitas*, ed. 1975, págs. 73 y ss.

ley, tal identificación de supuestos no nos parece correcta. En el régimen del artículo 1.415 se trata efectivamente de una codisposición de los cónyuges, porque cotitulares de los bienes gananciales sin cuotas concretas y privado el marido de facultades dispositivas, salvo en los supuestos que el mismo precepto exceptúa (motivo de piedad y de asistencia a los hijos), se hace necesario la concurrencia de marido y mujer en régimen de igualdad; o sea, codisponiendo, para que el acto de liberalidad sea plenamente eficaz. Pero en el supuesto del artículo 1.361 los cónyuges no aparecen como cotitulares o condueños de los bienes dotales inestimados, puesto que los derechos de cada uno sobre dichos bienes exclusivos por otro lado, se encuentran en régimen de desigualdad y con la misma condición deben comparecer para los actos de disposición; de aquí que en este caso sea la mujer la que disponga aunque con el consentimiento del marido, pero sólo eso.

Desde el punto de vista de la actuación registral, dada la naturaleza que venimos atribuyendo a la falta del consentimiento del artículo 1.361, como del artículo 65 en general, y la improcedencia de la aplicación del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, según ha quedado expuesto, lo procedente será suspender el asiento solicitado por el carácter subsanable del defecto.

Para terminar estas consideraciones, cabría preguntarse si puede tener lugar la autorización judicial como subsidiaria del consentimiento del artículo 1.361.

Es decir, si ante la negativa que puede ser injustificada, del marido podrá la mujer casada para evitar las consecuencias que le atribuye el artículo 65 al negocio celebrado, acudir a la autorización judicial subsidiaria.

Tal posibilidad no se preveía en el anterior texto del precepto del Código civil, a diferencia de lo que ocurría en otros artículos como el 60, 995, 1.053 y 1.387, aunque estaba bastante extendida la idea de hacer una aplicación extensiva de la autorización judicial subsidiaria a cualquier supuesto que aun no previsto por el Código o Leyes Especiales reconociese el mismo fundamento, para evitar un ejercicio arbitrario de la potestad marital; en este sentido, entre otros, DE CASTRO, PUIG BRUTAU, CASTÁN, LACRUZ (32).

Incluso en la antigua redacción del artículo 225 (33) había una referencia a la autorización judicial para la disposición de dotales inestima-

(32) *Obras citadas*, respectivamente, págs. 285, 342, 199 y 94, también respectivas.

(33) Artículo 225, segundo apartado, antes de la reforma: «La mujer administrará los dotales y parafernales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal. Para enajenarlos necesitará autorización judicial.»

dos por la mujer del pródigo, que tras la reforma ha desaparecido; si bien es cierto que la autoridad judicial era llamada en tal caso no por vía de subsidiariedad, que es la que tratamos, sino de sustitución ante la imposibilidad de la actuación del marido.

Sin embargo, la falta de identidad absoluta del supuesto que nos ocupa con el de los artículos anteriormente mencionados, según hemos venido viendo, y la ausencia de referencia alguna en este sentido tanto en el artículo 1.361 como en el artículo 65, que por su carácter más general del mismo modo que fija el alcance de la falta del consentimiento podía haber previsto esta forma de suplirlo, podría inclinarnos a la postura negativa.

Pero hay un argumento en favor de la admisibilidad que pese a lo dicho y por su importancia no queremos omitir. Y es el de la analogía, que venimos manteniendo, del consentimiento del artículo 1.361 con el del artículo 1.413.

Si ambos consentimientos son análogos y en el supuesto de negativa de la mujer se puede acudir por declaración de la ley a la autorización judicial subsidiaria, ¿qué razón existe, siendo el mismo fundamento para no aplicarlo al consentimiento del marido? ¿Acaso la analogía (art. 4.º del nuevo Título preliminar del C. c.) no estaría bien utilizada en este caso?

Si la autoridad judicial suple un consentimiento tan trascendente cual es el de la mujer respecto a la disposición de bienes gananciales de los que es cotitular con su marido, ¿por qué no suplir un consentimiento también importante, pero menos, como es el del marido respecto a la disposición de bienes dotales inestimados de los que no es cotitular propiamente con su mujer?

El deseo de igualar la condición jurídica de la mujer casada, que en otro caso quedaría postergada con respecto a la del marido y que ha constituido motivo determinante de la reforma última al Código civil, debiera ser, con el anterior, argumento suficiente para justificar la procedencia de la autorización judicial como subsidiaria del consentimiento del marido en la disposición de bienes dotales inestimados (34).

JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS CASCIARO
Registrador de la Propiedad de Vélez-Rubio

(34) La Compilación Foral de Navarra, en la redacción dada a la Ley 58 por Decreto-Ley de 26-12-75 (siguiendo, según el citado Decreto-Ley, la orientación que presidió la reforma parcial del Código civil de 2 de mayo), viene a reconocer expresamente la posibilidad de la autorización judicial subsidiaria de los consentimientos de los cónyuges con carácter general al decir que «respecto a los actos en que cualquiera de los cónyuges precisare, por pacto o por ley, el consentimiento del otro, podrá éste ser suplido por el Juez...».



La elasticidad del Derecho de propiedad en los planes de mejora ejecutados mediante arrendamiento forzoso en el Derecho Agrario Español

SUMARIO: 1. La elasticidad del derecho de propiedad por accesión y la disciplina de la actividad mejoraticia.—2. Algunos problemas de la expansión de la propiedad por el principio de accesión.—3. La extensión de la propiedad a lo construido en suelo ajeno y momento en que la accesión se produce.—4. La paralización de esta elasticidad expansiva por la derogabilidad del principio de accesión.—5. Breve caracterización de los contratos *ad meliorandum* en general.—6. Naturaleza jurídica *ad aedificandum* de los arrendamientos forzosos y su disciplina particular de la actividad mejoraticia en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.—7. Los arrendamientos forzosos no derogan la elasticidad expansiva del derecho de propiedad por accesión.

1. Tradicionalmente, la disciplina de la actividad mejoraticia, o sea, aquella desarrollada por el titular del derecho de goce sobre cosa inmueble en orden a introducir mejoras en su utilización productiva (1), se ha pre-

(1) Esta concepción dinámica de la actividad encaminada a la introducción de mejoras, elaborada, principalmente, en la doctrina italiana, y siguiendo una tradición relativamente constante en ella, por el Prof. A. CARROZZA, «Sulla misura del rimborso per miglioramenti agrarie: due regole nuove», *RDA*, 37 (1958), 164-173; «Addizione costituente miglìoria e addizione improduttive nell'azienda agrarie», *RDA*, 38 (1959), 429-441; «Linee di una teoria dei miglioramenti 'agrarie'», en G. G. BOLLA, *Atti 1ra. Ass. IDAIC*, Giuffrè, Milán, 1962, 115-148; «La fattispecie del miglioramento nel profilo oggettivo», en *Studi G. B. Funaioli*, Giuffrè, Milán,

séntado por la dogmática en conexión con la teoría de la accesión, conexión que, en las distintas fases de su evolución, exhibe un carácter positivo o negativo según se identifiquen o se diferencien, respectivamente, ambos fenómenos. Así, por ejemplo, testimonia una conexión positiva el texto de ULPIANO, recogido en D. 23-10, pr. y 1 que en su parte pertinente expresa: «en cambio, cuando se dan cosas en dote sin estimar, las mejoras o los deterioros se atribuyen a la mujer. Si acreció alguna cosa a los predios no estimados, es en provecho de la mujer, y si algo se pierde, es en daño de la mujer» (2), incluyendo indiferenciadamente todo tipo de elementos que en forma física se incorporen a los inmuebles no estimados de la dote, pudiendo aquéllos provenir de supuestos de accesión, así como de resultados de la actividad mejoraticia, con lo que parecen venir integradas las mejoras entre aquéllos (3). Por su parte, la doctrina del *ius commune* parece incluir los supuestos de accesión dentro de la actividad mejoraticia, exhibiendo también una conexión positiva aunque inversa, como se indica, por ejemplo, en el siguiente pasaje de I. GARCÍA GALLEGO: «*Ex quibus verbis fati explicatur quid veniat nomine meliorationis, intelligimus enim quidquid re accedit quocumque modo accedat, ex quo valor re, + eius aestimatio augeatur*» (4), o en el texto de P. 5.8.23 (5), tendencia que el Profesor A. LUNA SERRANO registra como constante para este pe-

1962, 73-98; «Discipline legislativa delle 'innovazione' del mezzadro e del colono», RDA, 43 (1964), 429 y ss.; *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari*, Giuffrè, Milán, 1965, v. 1; «Sul procedimento de 'destinazione pertinenzial'», RDA, 46 (1967), 767-789; ha sido también acogida y desarrollada en la doctrina española, especialmente, por el Prof. A. LUNA SERRANO, «Las mejoras fundiarias rústicas (Lección preliminar para un estudio sistemático)», TEMIS, 18 (1965), 61-92, y por el Prof. I. SERRANO Y SERRANO, «La ley sobre fincas y comarcas mejorables», relación general, *Primeras Jornadas Italo-españolas de Derecho agrario*, Salamanca-Valladolid, 1972, en curso de publicación, texto policopiado, sub número 10, limitándose a acoger esta orientación doctrinal.

(2) Cfr. D. 23.10.pr. y 1; la traducción utilizada corresponde a A. D'ORS y colaboradores, *Digesto*, Aranzadi, Pamplona, 1967, v. 2, pág. 117.

(3) De acuerdo a la concepción adoptada, se entiende, con el Prof. A. LUNA SERRANO, *op. cit.*, págs. 63 y ss., por mejorar los resultados de la conducta del sujeto encaminada a introducirlas.

(4) I. GARCÍA GALLEGO, *De expensis et meliorationibus*, ed. posterior por D. I. Garciam á Saavedra, Correa, Madrid, 1622, cap. 14, núm. 10, folio 101; cfr., sin embargo, cap. 1, núms. 8 y 10 especialmente, folio 3 v. y cap. 22, donde es posible constatar que la opinión del autor no es uniforme en relación con los *naturale melioramentum*.

(5) Cfr. «*Si ad casum fortuitum se obligavit conductor, vel cum ad duos, vel plures annos conduxisset, + potuit, deductis expensis, ex fructibus cum ubertate praecedentis, vel sequentis anni steritas compensari, tenetur ad solutionem pretit. Item si redditus forté, + non ob industriam, + culturam colonis augeatur, ita quod fundus attulit duplum ejus, quod dare solebat, duplicatur domino merces illius anni: quia quem periculum spectat, spectare debet + commodum*», en G. LÓPEZ, *Las siete partidas glosadas*, Cano, Madrid, 1789, tomo 2, pág. 748.

ríodo (6) hasta las codificaciones decimonónicas (7) y que, sin embargo, todavía se recoge en el artículo 433, Proyecto 1851 (8), en el artículo 461, Anteproyecto 1882-1888 (9) y en el artículo 456 del Código civil vigente (10), tendencia que, por último, se prolonga en parte de la doctrina que concibe la actividad mejoraticia como un supuesto de accesión de mueble a inmueble (11). Sin embargo, autorizadas opiniones contemporáneas parecen inclinarse, acertadamente, por una conexión negativa entre ambos institutos, debido a que la actividad mejoraticia presenta como características distintivas frente a la accesión el hecho que aquélla debe ser siempre resultante del comportamiento humano y que no necesariamente ha de alterar la configuración de la cosa mejorada (12), aunque sí requiere incrementar establemente su productividad (13), conceptos que no precisan presentarse en los supuestos fácticos englobados bajo la teoría de la accesión (14); pudiendo, por consiguiente, afirmarse con el mismo Profesor A. LUNA SERRANO a este respecto que «la distinción doctrinal existente entre mejora y accesión es también clara, pero que hay que tener en cuenta que las mejoras suelen resolverse en accesiones de la cosa mejorada» (15), lo que permite concluir en la existencia de una interdependencia de ambos fenómenos, predominando el carácter negativo en la vinculación dogmática entre los mismos.

No es, sin embargo, el estudio teórico de esta vinculación el objeto

(6) *Vid.*, en el mismo sentido, los testimonios de VACCARIO, ACCURSIO y AZÓN que registra A. SANZ FERNÁNDEZ, «Edificación en suelo ajeno: sus problemas», en *Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Curso de conferencias 1947*, Diana, Valencia, 1947, pág. 119, nota 1.

(7) *Vid.* A. LUNA SERRANO, *op. cit.*, pág. 65, nota 10.

(8) Cfr. «Las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo ceden siempre en beneficio del propietario», en F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, ed. Cátedra Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, Cometa, Zaragoza, 1973, pág. 226, correspondiente, según la tabla de concordancias, al actual artículo 480.

(9) Cfr. «Las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión», en M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Junta Decanos Colegios Notariales, «Centenario de la Ley del Notariado», Reus, Madrid, 1965, Sección 4, v. 1, pág. 145.

(10) Cfr. su texto, que reproduce el del Anteproyecto transcrito.

(11) *Vid.*, aparte de las obras generales, los estudios especializados de M. M. TRAVIESAS, «Ocupación, accesión y especificación», *RD*, 73 (1919), 289-303, págs. 295 y ss.; A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 122 y ss., especialmente 126-128; F. V. BONET, «Observaciones sobre la accesión en nuestro derecho positivo», *RGLJ*, 63 (1971), 103-128, págs. 114 y ss.

(12) Cfr., en el mismo sentido, para la doctrina española A. LUNA SERRANO, *op. cit.*, pág. 70.

(13) *Vid.* interesantes observaciones a este respecto en A. LUNA SERRANO, *op. cit.*, pág. 77.

(14) *Vid.*, en el mismo sentido, A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 129.

(15) A. LUNA SERRANO, *op. cit.*, pág. 70.

principal de este trabajo (16). En concreto, éste se limita al análisis de la relación que puede existir entre el principio de accesión, genéricamente formulado en los artículos 350 y 358 del Código civil (17) y los contratos *ad meliorandum*, específicamente representados por el arrendamiento forzoso que regulan los artículos 156 y siguientes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (18) con el fin de determinar si en el ordenamiento positivo español estos contratos excepcionan o reiteran la vigencia de aquel principio, conforme a los efectos típicos que se deducen de su naturaleza jurídica a este respecto. Este mismo objeto así limitado, finalmente, exime del estudio en el derecho histórico y en el derecho comparado de ambas figuras, puesto que desbordan los límites precisos de la correlación que el presente trabajo pretende analizar de acuerdo al siguiente plan. Comenzando por puntualizar el estado actual de la teoría de la accesión en la doctrina especial sobre la materia, se intenta analizar la admisibilidad de su derogabilidad en el ordenamiento positivo en estudio. Seguidamente, después de señalar a grandes rasgos la disciplina de las relaciones *ad meliorandum*, aplicadas a los arrendamientos forzosos, se pretende fijar su naturaleza jurídica de cara a la accesión. Para terminar, por último, formulando la hipótesis que esta figura contractual compleja, tan altamente tutelada por el ordenamiento, no alcanza siquiera a derogar ni paralizar el funcionamiento de aquélla.

2. Destaca en la teoría de la accesión, antes que nada, la sorprendente continuidad de su problemática, como pone de manifiesto entre otros indicadores el sustancial paralelismo que presenta su tratamiento tanto por M. M. TRAVIESAS (19) como, más de medio siglo después, por F. V. BONET (20), en los que es posible constatar cierta identidad estructural en el planteamiento de sus problemas. Efectivamente, concebida la accesión, en términos genéricos, como aquellos cambios intrínsecos en la cosa que la aumentan o disminuyen con independencia de la voluntad o de

(16) Obsérvese, en todo caso, que la fungibilidad entre ambos institutos se debe a una errónea concepción de la actividad mejoratoria que, sintéticamente, consiste en: A) Concebir únicamente los resultados de aquélla o mejoras, desvinculando el concepto de su proceso generador. B) Concebir únicamente las mejoras como un medio de plusvalorización, desvinculando el concepto de su significación cualitativa en el incremento de la productividad.

(17) Cfr.: «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella...» y «Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las reparaciones o mejoras hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes».

(18) LRDA. en D. 118, 12-1-1973, que refunde con leves variaciones sistemáticas y lexicográficas, entre otras materias, la Ley de fincas y comarcas mejorables, texto legal que introduce en el ordenamiento esta figura contractual.

(19) Cfr. M. M. TRAVIESA, *op. cit.*, en 1919.

(20) Cfr. F. V. BONET, *op. cit.*, en 1971.

participación alguna de su titular (21), desde la codificación discute la doctrina si la extensión de la titularidad al mismo objeto modificado (22) es, por un lado, un modo de adquirir el dominio propiamente tal (23) o, simplemente, una parte del contenido del *ius fruendi* (24) y, por otro lado, si es posible construir una teoría unitaria de todos los supuestos de hecho en que este fenómeno se produce (25) o, a la inversa, deben concebirse de manera desintegrada aquellos supuestos que tradicionalmente se engloban bajo su denominación (26).

En términos generales, puede observarse frente a ambos problemas que las primeras alternativas, o sea, la de considerar la accesión como un modo de adquirir la propiedad y la de concebirla como un sistema unitario, tienen su origen en las generalizaciones del *ius commune* (27), así como que, por el contrario, no existe en las codificaciones uniformidad en la recepción de las segundas, a la vez que tampoco puede apreciarse que exista correlación entre la solución adoptada en aquéllas para el primero, con la adoptada para el segundo de los problemas mencionados (28).

Así, en España, la doctrina está de acuerdo en admitir que el artículo 353 del Código civil (29), apartándose de la tradición dogmática referida, concibe la accesión como una simple facultad del derecho subjetivo de

(21) *Id.*, en el mismo sentido, F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 103.

(22) *Id.*, a este respecto, L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 123, 4.

(23) *Id.*, especialmente, M. M. TRAVIESAS, *op. cit.*, pág. 259; F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 104; L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 122, y J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 2.^a ed., 1971, tomo 3, v. 1, página 381.

(24) *Id.*, igualmente, M. M. TRAVIESAS, *op. cit.*, pág. 291; F. V. BONET, *op. cit.*, *loc. cit.*; L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 123; J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, *loc. cit.*

(25) Cfr. un resumen de la crítica antiunitaria magistralmente expuesta en L. Díez-PICAZO, «Las modificaciones del objeto de la relación jurídica real y la teoría de la accesión», en *RCDI*, 455 (1966), págs. 829 y ss., y en *Lecciones de Derecho civil*, Universidad de Valencia, Copigraf, Madrid, 1967, v. 3, págs. 379-408.

(26) *Id.*, en el mismo sentido, J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 382.

(27) Así, A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 119, nota 1, reproduce el siguiente texto de Azón: *acquiritur etiam dominium per accessionem discretam vel secretam seu continuam*, y L. Díez-PICAZO, *Modificaciones*, cit., págs. 383 y ss., señala, siguiendo las investigaciones de GORLA, que la formación de la teoría unitaria de la accesión se debe a la fase humanista del *mos gallicus*.

(28) Así, J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pone de relieve cómo, por ejemplo, el Código civil argentino, sin considerar la accesión como un modo de adquirir el dominio, le da un tratamiento desintegrado; en cambio, el Código civil español, concibiéndola como facultad de goce, le otorga un tratamiento unitario, a la vez que el Código civil chileno, considerándola como un modo de adquirir, le da también un tratamiento unitario, en contraposición al BGB, que, concibiéndola igualmente como modo de adquirir, la trata desintegradamente; cfr. *op. cit.*, pág. 381.

(29) Cfr.: «La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente.»

goce correspondiente a la estructura interna normal del derecho de dominio (30) y que, por lo tanto, sería en parte correcta la afirmación de M. M. TRAVIESAS según la cual «es la propiedad antigua que se extiende al extenderse el objeto» (31) en todos aquellos supuestos de alteración objetiva que no signifiquen la incorporación de elementos adicionales en la cosa objeto de la titularidad dominical (32), siendo a la vez también válido, de acuerdo a esta misma disposición, el supuesto contrario, de mayor interés para este trabajo, consistente en la incorporación de nuevos elementos a la cosa original (33), hipótesis en la que se presenta, por consiguiente, otra titularidad sobre los objetos incorporados constitutivos de una cosa nueva (34) y no una simple extensión del antiguo dominio, como parecen entender los Profesores L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN al aludir a la fuerza expansiva del dominio original (35), aunque categóricamente rechacen esta concepción (36). Por su parte, el propio F. V. BONET (37) constata la existencia en la doctrina de una tendencia ecléctica que concibe, interpretando fraccionalmente este mismo texto legal, la accesión como elemento componente del *ius fruendi* cuando es del tipo llamado discreto (38) o como modo de adquirir nueva propiedad cuando aquélla corresponde al denominado tipo continuo (39), siempre, en un intento de sostener una teoría unitaria del instituto considerado (40), posición que, según admite toda la doctrina (41), criticada sin embargo por las autorizadas opiniones de los Profesores L. Díez-PICAZO (42) y J. PUIG

(30) *Vid.*, en el mismo sentido, M. M. TRAVIESAS, *op. cit.*, pág. 291; F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 103; J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 381; L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 123.

(31) M. M. TRAVIESAS, *op. cit.*, *loc. cit.*

(32) *Vid.* la precisión que formula J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, *loc. cit.*, a este respecto.

(33) *Vid.* L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 122.

(34) *Vid.*, igualmente, J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, *loc. cit.*

(35) Cfr. sus proposiciones generales a este respecto, L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 122.

(36) *Vid.* para esto L. Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 380 y 384, y L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, especialmente pág. 123.

(37) *Vid.*, para esto, F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 104.

(38) Correspondiente a la adquisición de los frutos o, en general, a la producción de cosas, según recoge ESCRICHE, citado por M. M. TRAVIESAS, *op. cit.*, página 292.

(39) El cual opera, conforme a la misma opinión, por la unión física de cosas, según refiere M. M. TRAVIESAS, *op. y loc. cit.*

(40) En lo que coinciden incluso J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 381, 2, y L. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 381, y L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 123, 4.

(41) *Vid.* las referencias señaladas *supra* en la nota 30.

(42) Cfr. las *ops. y locs. cit.*, insistiendo en la inconsistencia lógica de la unidad.

BRUTAU (43), viene recogida en el ordenamiento positivo en relación con el segundo problema mencionado (44).

Sintetiza de modo magistral la doctrina dominante el recientemente referido estudio del Profesor F. V. BONET, conforme al cual, el fundamento de la teoría de la accesión se encuentra en el derecho de propiedad (45), al tiempo que señala como principio rector de su funcionamiento el de que lo accesorio sigue a lo principal en lo que a su titularidad respecta (46), regla que también acepta lo que podría llamarse la doctrina disidente del Profesor L. Díez-PICAZO (47), a la vez que, en idéntico sentido, una de las más elaboradas monografías existentes sobre la materia en la doctrina francesa (48). Coinciden, a su turno, ambas posiciones en reconocer el hecho que, cuando las cosas objeto de la relación de accesión pertenecen a distintos titulares reales, se origina un conflicto de intereses que la disciplina del instituto estudiado, al igual que la generalidad de las normas jurídicas intenta resolver (49); aplicando, según califica F. V. BONET, los principios del enriquecimiento indebido desde que la adquisición de nueva propiedad precisa ser compensada con la indemnización de los perjuicios ocasionados por el empobrecimiento sufrido en el patrimonio del antiguo propietario de la cosa incorporada (50), o las reglas de la buena fe, conforme entiende L. Díez-PICAZO (51), dado que esta calidad psicológica aparece como un prerrequisito necesario para la procedencia de esta misma indemnización (52), coincidiendo en este as-

(43) Cfr. la *op. cit.*, *loc. cit.*, enfatizando la necesidad de un tratamiento diferenciado en la sistemática de los distintos supuestos.

(44) Obsérvese, sin embargo, que modernamente la política legislativa se inclina por el tratamiento desintegrado de la accesión, como lo hacen el B.C. y el Código civil italiano de 1942, con el antiguo precedente del Código civil argentino, según refiere el mismo J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 383.

(45) Cuyo concepto positivo viene fijado en las normas de los artículos 348 y 350 del Código civil.

(46) *Vid.* F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 104, registrando antiguos reparos doctrinales, según los cuales si la accesión discreta parece obedecer a razones de justicia, la continua sólo a motivaciones de necesidad o conveniencia.

(47) *Vid.*, a este respecto, L. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 393, y L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 125.

(48) Cfr. G. GOUBEUX, «La règle de l'accessoire en Droit privé», *LGDJ*, París, 1969.

(49) *Vid.*, en este sentido, F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 105; L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 123, 4; J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 382.

(50) Cfr. F. V. BONET, *op. y loc. cit.*

(51) *Vid.* L. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 391, y L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 124.

(52) En virtud de lo cual parte de la doctrina ha entendido incorrectamente que la cuestión se traslada del campo del derecho de cosas al del derecho de obligaciones, olvidando el carácter *propter rem* que presenta esta indemnización; cfr., en el sentido criticado, V. GARRIDO PALMA, «Superficies solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie», *RDN*, 63 (1969), 89-164, pág. 94.

pecto, por otra parte, con la autorizada opinión del Profesor J. L. DE LOS MOZOS (53). Más aún, se muestra también conforme la doctrina en excluir de la teoría de la accesión en sentido estricto, la disciplina de los frutos desde que correspondiendo esta a aquella forma de accesión tradicionalmente llamada discreta, se resuelve en el simple ejercicio del derecho de goce (54), entendiéndose que la norma contenida en el artículo 356 (55) no hace otra cosa que resolver los eventuales conflictos de intereses que puedan presentarse cuando existe incongruencia entre el sujeto que los percibe y aquel que haya efectuado los gastos *fructum causa*. Finalmente, reducida a los límites de la accesión continua (56), debe observarse que la desadecuación entre las distintas posiciones doctrinales aludidas se concreta en el tratamiento sistemático de la especificación, conmixión o mezcla que, tanto J. PUIG BRUTAU (57) como L. DÍEZ-PICAZO (58), estudian como supuestos diferenciados, en tanto que F. V. BONET (59), incluye dentro de la categoría genérica de las accesiones de mueble a mueble sin recoger el precedente de M. M. TRAVIESAS (60) a este respecto. Por el contrario, a pesar de la distinta fundamentación y de las atinadas observaciones de la teoría crítica, ésta también concuerda con la posición tradicional en la solución del supuesto que en concreto interesa para este trabajo, cual es el de la llamada accesión de mueble a inmueble (61), o artificial o industrial en bienes inmuebles (62), o del conflicto de intereses típico de la construcción en suelo ajeno (63).

(53) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, «El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística», en Ministerio de la Vivienda, *Tratado de Derecho urbanístico*, Secretaría General Técnica, Servicio Central de Publicaciones, Madrid, 1974, pág. 229.

(54) En el mismo sentido, vid. F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 105, 6; L. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 380; J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 384.

(55) Cfr.: «El que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación.»

(56) Para la crítica de las tradicionales clasificaciones entre accesión discreta vs. continua, vertical vs. horizontal, mobiliaria vs. inmobiliaria, mediata vs. inmediata y natural vs. artificial o industrial, vid. L. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 388 y siguientes.

(57) Vid. J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 397, 8.

(58) Vid. L. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 399 y ss., y L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, págs. 131 y ss.

(59) Vid. F. V. BONET, *op. cit.*, págs. 120 y ss.

(60) Cfr. M. M. TRAVIESAS, *op. cit.*, págs. 302 y ss.

(61) En este sentido, vid. F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 114.

(62) Vid. J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 401 y ss., y también A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 129, posición que parece enfatizar el aspecto dinámico del problema tratado.

(63) Así como esta tendencia pone de relieve el conflicto de intereses subyacente en la norma; cfr., en este sentido, L. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 395 y ss., y L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, págs. 126 y ss.; vid., además, coincidente, el mismo A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 119 y ss.

3. En efecto, es el caso resuelto por las disposiciones de los artículos 361 y siguientes del Código civil, el supuesto de accesión que mayor vinculación presenta con el ejercicio de la actividad mejoraticia llegando, incluso, la doctrina a exigir para que aquél se produzca la concurrencia de la *plus utilitas* (64) característica de las mejoras, como expresa una de las más autorizadas opiniones que se ha ocupado en forma especial de esta temática (65). Sin embargo, en este supuesto es preciso distinguir diferentes hipótesis. Como señala el mismo A. SANZ FERNÁNDEZ, es posible que la incorporación de materiales en el inmueble de otro, hecho típico que configura los supuestos tradicionales de la *plantatio*, *satio* e *inaedificatio* (66) y que la moderna doctrina sistetiza bajo el concepto genérico de construcción (67), se produzca total o parcialmente en el inmueble perteneciente al otro titular (68), originando así los conflictos peculiares de la construcción en suelo ajeno y el de la construcción extralimitada, respectivamente. A los efectos de este trabajo interesa únicamente la regulación del primer supuesto (69), consistente en la incorporación de materiales propios en el inmueble cuya titularidad real corresponde a un sujeto distinto del que ejecuta la actividad destinada a efectuar la incorporación (70), exigiendo la doctrina que esta incorporación sea de naturaleza

(64) *Vid.* para este concepto tipificador de las mejoras en el sentido más estricto, A. LUNA SERRANO, *op. cit.*, págs. 74 y ss.

(65) *Cfr.* el importante estudio, clásico en esta materia, de A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, especialmente pág. 128, en que sucesivamente descarta la posibilidad que la construcción en suelo ajeno pueda configurar un gasto de tipo necesario o de tipo voluptuario para el titular del inmueble.

(66) *Vid.*, por todos, el propio A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 119-120; F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 114, en el mismo sentido.

(67) *Cfr.*, acogiendo esta conceptualización en la doctrina española, L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 126.

(68) *Vid.* A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 118, y L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 127.

(69) El segundo supuesto de edificación extralimitada, más que una verdadera excepción al principio de accesión, es precisamente una aplicación del mismo, aunque se opera en su solución jurisprudencial una inversión en la valoración del objeto considerado como principal, excepcionando claramente el principio de *superficies soil cedit*, tal como parece venir estructurada por el Tribunal Supremo la llamada accesión invertida en las sentencias de 31-5-1949, 7-6-1961 y 5-7-1966, adoptando una posición constante desde la sentencia de 30-6-1923 hasta la más reciente de 26-2-1971. *Vid.*, en el mismo sentido, F. V. BONET, *op. cit.*, págs. 118 y ss., y J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 406 y ss.

(70) Es este comportamiento activo del sujeto incorporativo el hecho que tipifica el supuesto en estudio, tal como expresaba ya M. M. TRAVIESAS, *op. cit.*, página 295. Por su parte, los supuestos de incorporación en suelo propio de materiales ajenos y el de ambos elementos pertenecientes a distinto titular del que ejecuta la incorporación vienen resueltos, respectivamente, en los artículos 360 y 365, 1, del Código civil. *Cfr.*: «El propietario del suelo que hiciere en él, por sí o por otro, plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, debe abonar su valor; y, si hubiere obrado de mala fe, estará además obligado al resarcimiento

material o física; que sea de carácter irreversible, esto es, que la unión o adherencia se produzca de tal manera que sea materialmente inseparable o sólo separable con daño, tanto del objeto incorporado como del objeto receptor (71); que se forme por aquélla un todo único e indivisible, perdiendo su individualidad los objetos originales y los agregados (72); y que, como determina A. SANZ FERNÁNDEZ, la incorporación debe ocasionar la transformación material de la cosa, transformación que ha de consistir en el cambio de su destino económico (73) y que necesariamente, como se ha anticipado, para que se produzca el supuesto típico de edificación, ésta ha de significar una mejora útil (74) para el inmueble que la recibe.

Sin duda, cuando se produce esta incorporación, se presenta un conflicto de intereses (75) consistente en las distintas titularidades dominicales, supuestamente elásticas y expansivas, que coexisten sobre el mismo objeto transformado (76), conflicto que el ordenamiento resuelve mediante un doble expediente efectuando tanto una atribución de la propiedad del objeto a un titular único como regulando las relaciones recíprocas entre aquéllos (77). Para el primer aspecto el ordenamiento adopta el principio de accesión, resumido en el antiguo adagio *accessorium sequitur principale* (78), al tiempo que para el segundo atiende al estado psicológico de buena o mala fe con que respectivamente hayan actuado (79), según se

de daños y perjuicios. El dueño de los materiales tendrá derecho a retirarlos sólo en el caso que pueda hacerlo sin menoscabo de la obra construida, o sin que por ello perezcan las plantaciones, construcciones u obras ejecutadas», y «Si los materiales, plantas o semillas pertenecen a un tercero que no ha procedido de mala fe, el dueño del terreno deberá responder de su valor subsidiariamente y en el solo caso de que el que los empleó no tenga bienes con qué pagar».

(71) Así resulta de correlacionar, por un lado, el texto del artículo 360, segunda parte, y, por el otro, el artículo 454, relativo al *ius tollendi*, que, en su parte pertinente, indica: «pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufre deterioro».

(72) *Vid.*, coincidentes, A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 124; F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 116; J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 382; L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 122.

(73) *Cfr.* A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 128.

(74) *Cfr.* A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 129.

(75) *Vid.*, enfatizando esta concepción, L. Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 348-349, y L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 127.

(76) Es, sin embargo, esta concepción del derecho de propiedad privada lo que causa el conflicto de intereses aludido, concepción predominante en la doctrina; *vid.*, últimamente, J. L. DE LOS MOZOS, «En torno al régimen jurídico de la explotación agrícola», *RDP*, 56 (1974), 873-888, pág. 877, utilizándola.

(77) *Cfr.*, en el mismo sentido, F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 114.

(78) *Vid.* L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, págs. 124-125, denunciando el carácter puramente empírico de este principio; *cfr.*, sin embargo, las observaciones de G. GOUBEUX, *op. cit.*

(79) *Vid.*, coincidentes, L. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 391; F. V. BONET, *op. cit.*,

constata en la disciplina estructurada por los artículos 358, 359, 361-363 del Código civil. La primera disposición (80) establece lo que puede considerarse la regla general sobre esta materia (81), recogiendo el principio de accesión enunciado de manera notablemente más rigurosa que como consagraron este mismo principio los modelos de la codificación francesa e italiana (82), aplicándolo específicamente al supuesto en que la incorporación de elementos extraños se efectúe «en predios ajenos» (83), al asignar la propiedad total de aquéllos conforme a *superficies solo cedit*, que no es sino una aplicación particular de aquél (84) al titular del derecho de dominio sobre el inmueble en que la incorporación se haya efectuado. Refuerza por su parte, esta misma orientación, la presunción *iuris tantum* que establece la norma del artículo 359 (85), lo que parece venir a confirmar frente al problema del momento en que se produce la accesión, la tesis de su actuación automática e inmediata sostenida por A. SANZ FERNÁNDEZ (86), en contra de la mayoría de la doctrina que admite su suspensión (87). En efecto, la doctrina dominante, apoyándose en la disciplina adoptada por el ordenamiento para la regulación del segundo aspecto, el de las relaciones recíprocas entre los titulares en conflicto establecida en los artículos 361 y siguientes del Código civil, afirma a este respecto la hipótesis contraria, consistente en el efecto diferido de la accesión, cuyo apoyo textual parece insuficiente para destruir la presunción que a falta de prueba en contrario establece el ordenamiento, sancionando la coetaneidad existente entre el hecho de la incorporación y la actuación del principio de accesión, relación de hecho que no puede resultar alterada por la indeterminación de la oportunidad de ejercicio de las opciones que esta misma regulación prescribe, principal argumento que, como se verá, utiliza la tesis predominante.

Antes de entrar en esta problemática, sin embargo, es preciso describir los rasgos esenciales de la normativa establecida por el ordenamiento

página 116; J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, 402; L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, página 127.

(80) Cfr. su texto *supra* en la nota 17.

(81) En este sentido, J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 401.

(82) Cfr. artículo 553 del Código civil francés y artículo 488 del Código civil italiano de 1865; en el mismo, A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 131, y el propio Profesor J. L. DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie*, cit., págs. 113-114.

(84) *Vid.* esta observación en L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, págs. 125-126, y en V. GARRIDO PALMA, *op. cit.*, págs. 97 y ss.

(85) Cfr.: «Todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario.» Del propio texto se desprende el carácter de la presunción; cfr., en todo caso, F. V. BONET, *op. cit.*, página 115, y J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 401, en el mismo sentido.

(86) *Vid.* A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 140 y ss.

(87) Interpretación constante en la doctrina como testimonio M. M. TRAVIESAS, *op. cit.*, pág. 295, y F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 116.

para este efecto. Distinguen estas disposiciones la buena o mala fe de los sujetos intervinientes, estructurando un sistema de opcionalidades para el titular del dominio sobre el inmueble, cuyo contenido varía en uno como en otro supuesto (88). Aunque caben cuatro combinaciones lógicas, cuales son las de que ambos sujetos se encuentren en el mismo estado de buena o mala fe, respectivamente, y las de que el constructor o el propietario del predio presenten uno u otro alternadamente, el ordenamiento, con injusticia, se abstiene de regular el supuesto del constructor de buena fe frente a un propietario que se encuentre a este respecto en situación de mala fe (89). Cuando ambos titulares están de buena fe, lo que significa para el Profesor L. DÍEZ-PICAZO (90), respecto del edificante, la errónea creencia excusable de que en general su título legitima su ejercicio de la actividad destinada a efectuar la incorporación, así como respecto del propietario «consiste en su diligencia para desvanecer el error del constructor» (91), el artículo 361 del Código civil (92) abre un derecho de opción para el titular del inmueble (93) que para la misma autorizada opinión significa un derecho potestativo a la vez que un acto de configuración jurídica (94), opción consistente en la facultad de decidir autónomamente acerca del destino del nuevo objeto modificado por la incorporación. Las alternativas que dispone el ordenamiento son dos: o bien el propietario «consume la accesión» (95), pagando al titular de los objetos incorporados la indemnización que prescriben los artículos 453 y 454 del Código civil para el poseedor de buena fe desposeído o, alternativamente, impone la compra forzosa (96) del terreno invadido en el supuesto de edificación (97), así como la formalización de un contrato de arrendamiento unilateralmente forzoso de finca rústica en el caso de plantación o siembra, entendiendo la doctrina que este arrendamiento debe prolongarse hasta

(88) *Vid.*, en este sentido, J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 402.

(89) *Vid.* L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 127, hipótesis en que el propio J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 402, parece aceptar la proposición de V. M. GARRIDO PALMA, *op. cit.*, págs. 118-119, de aplicar la mecánica de la accesión invertida.

(90) Cfr. L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, *loc. cit.*

(91) L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *op. y loc. cit.*

(92) Cfr.: «El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y el que sembró, la renta correspondiente.»

(93) *Vid.*, a este respecto, A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 145, y F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 116.

(94) Cfr. L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 127.

(95) F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 116.

(96) Según concibe el mismo L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 129.

(97) Rechazando una pretendida accesión invertida en este supuesto, *vid.* A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 164.

que el sujeto mejorante recoge los productos de la respectiva cosecha (98). En la hipótesis que el propietario opte por la primera alternativa, el ordenamiento parece abrir una nueva opcionalidad a este titular, como entiende la generalidad de la doctrina (99) desde que la construcción, como se ha dicho, ordinariamente presentara el carácter de mejora útil con respecto al suelo (100), aunque la doctrina también entiende que la obra ejecutada ha de ser previamente calificada como necesaria, útil y voluptuaria (101) antes de aplicarse el régimen indemnizatorio dispuesto en las disposiciones mencionadas (102), en el cual sólo en el caso que la obra pueda ser calificada de necesaria el titular de la propiedad inmobiliaria carece de opcionalidad, debiendo reembolsar al incorporante la totalidad de los gastos invertidos en aquélla (103). En efecto, siendo la construcción calificada de útil, el artículo 453, 2.º, del Código civil reconoce al titular del dominio inmueble un nuevo derecho optativo o facultativo (104), opcionalidad cuyos extremos son ahora los gastos invertidos por el incorporante tanto en bienes de capital como en fuerza de trabajo (105) o el plusvalor agregado a la cosa transformada, con lo que el ordenamiento recoge en esta materia la clásica regla del *ius commune* de la *minor summa inter impensas et melioramenta* (106), fundándose en el antiguo precedente proculeyano de Celso recogido en el texto de D. 6.1.38, así como en el improbable caso en que aquélla pueda ser calificada de voluptuaria, el artículo 454 del Código civil legitima otra opcionalidad pa-

(98) Así, *vid.* F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 116, apoyándose en los artículos 1.578 del Código civil y 14 RAR.

(99) Cfr. A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 161; F. V. BONET, *op. cit.*, página 116; J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 402; L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, página 128.

(100) *Vid.* A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 128 y ss. y también págs. 156 y siguientes.

(101) Así, F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 116; J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 402; L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 128.

(102) Cfr. artículo 453: «Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan. Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa», y artículo 454: «Los gastos de puro lujo o mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufre deterioro y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado.»

(103) Cfr. artículo 453, 1, del Código civil.

(104) *Vid.* A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 161.

(105) *Vid.*, apoyándose en los textos de GAYO de D. 43.1.7.10 y 12, A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 163, en el mismo sentido del texto.

(106) *Vid.*, a este respecto, el argumento sobre los distintos criterios aplicables para esta indemnización en la doctrina del Derecho común, I. GARCÍA GALLEGU, *op. cit.*, cap. 24, f. 170 v. y ss.

ra el titular del inmueble cuyos extremos alternativos en este caso son el de abstenerse de toda conducta activa y dejar que el incorporante ejercite el *ius tollendi* o, a la inversa, impedir este ejercicio indemnizando a éste «el importe de lo gastado» (107), tanto en elementos de capital como de trabajo invertidos en la ejecución de la construcción (108). Por otro lado, si ambos titulares están de mala fe, estado que respecto del propietario inmobiliario significa que se encuentra en una situación cercana a la aquiescencia (109), el artículo 364, 1.º, reproduce este mismo juego de opcionalidades para aquél (110), situación que el ordenamiento repite para el caso en que el incorporante proceda de mala fe, aunque el contenido de las alternativas presentadas al propietario es diferente desde que según establecen los artículos 362 y 363 del Código civil, éste puede también optar alternativamente entre consolidar (111) la accesión producida sin venir obligado al pago de indemnización alguna al edificante (112), o, a su turno, exigir la destrucción de lo hecho a costa del mismo (113), quedando en este caso los materiales para el incorporante ya que el propietario del suelo ha resuelto rechazar la accesión (114), así como si éste opta, a la inversa, por la solución anterior puede también venir obligado a indemnizar los gastos necesarios, útiles o voluptuarios que eventualmente hubiere efectuado el edificante en forma adicional a la construcción en sí, dado que este régimen indemnizatorio es de aplicación general y no es incompatible con la inindemnizabilidad establecida en la norma del artículo 363 (115), lo que parece finalmente confirmado por la doctrina que ha extendido el sistema de opcionalidades del artículo 361, fundán-

(107) Artículo 454.

(108) Debiendo entenderse incluidos en su cuantía los dos rubros comprendidos en el concepto de gasto, cuando éste se refiere a aquellos de tipo útil.

(109) Vid. L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 127; cfr. artículo 364, 2, del Código civil: «Se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse.»

(110) Cfr.: «Cuando haya habido mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño de éste, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubieran procedido ambos de buena fe.»

(111) Expresión que utiliza el propio L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, página 129.

(112) Cfr. artículo 362: «El que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno pierde lo edificado, plantado o sembrado sin derecho a indemnización.»

(113) Cfr. artículo 363: «El dueño del terreno en que se haya edificado, plantado o sembrado con mala fe puede exigir la demolición de la obra o que se arranque la plantación y siembra, reponiendo las cosas a su estado primitivo a costa del que edificó, plantó o sembró.»

(114) Vid., en el mismo sentido, A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 166.

(115) Vid., para esto, las atinadas observaciones del mismo A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 165.

dose en motivos de lógica y de conveniencia práctica al caso previsto en el artículo 362 (116), con lo que se ha venido a ensanchar el margen del poder decisional del propietario inmobiliario.

Como puede apreciarse, el ordenamiento no regula la forma ni la oportunidad de ejercicio de las distintas opciones otorgadas al propietario del inmueble. Así, la doctrina entiende que éste puede expresar su voluntad en orden a actuar conforme a alguna de las alternativas que se le ofrecen tanto en forma expresa como en forma tácita (117). Entiende, también, la doctrina que el plazo máximo para el ejercicio de este derecho optativo no puede ser otro que el señalado para la prescripción, concibiendo esta opción como una sección de tipo real (119). Ante esta indeterminación entiende, igualmente, la doctrina dominante que la accesión operaría paralelamente con el ejercicio de esta opción (120), o aun con el pago de la indemnización correspondiente (121), existiendo entre el hecho de la incorporación y el ejercicio de esta opción una situación borrosa (122) calificada de accesión en expectativa (123), que sólo se consumaría (124) con el ejercicio de aquél. No es, sin embargo, esta interpretación la que más se adecua a la presunción ya estudiada del artículo 359 ni al propio texto literal del artículo 361, como correctamente interpreta el tantas veces citado A. SANZ FERNÁNDEZ. En efecto, precisa este autor (125) que la expresión «tendrá derecho a», utilizada por este texto, no tiene otra significación que la de legitimar la facultad potestativa del propietario del suelo para evitar el funcionamiento automático de la accesión; así como la de «hacer suya», aunque imprecisa, sólo puede significar que este mismo titular viene legitimado por el ordenamiento para decidir autónomamente la actuación de la accesión; o la de «indemnización», significando más resarcimiento que precio, por lo que la concepción dominante de la compraventa de lo edificado queda eliminada; y que, por

(116) Cfr. ya desde F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1900, v. 3, págs. 128 y ss.; C. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, Cuesta, Valladolid-Madrid, 1910, v. 2, págs. 81 y ss., y F. C. DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, ed. Cossío y Gullón, San Martín, Madrid, 1959, v. 1, páginas 418 y ss., hasta la bibliografía más reciente, como F. V. BONET, *op. cit.*, página 116; J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 402.

(117) *Id.*, por todos, L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 128.

(119) *Id.*, igualmente, D. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. y loc. cit.*

(120) Así, F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 116; J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 404, apoyándose en la sentencia del Tribunal Supremo de 2-1-1928.

(121) En este sentido, *vid.* las sentencias de 23-3-1943 y 18-3-1948; cfr. J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 405.

(122) L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 128.

(123) *Id.*, recogiendo la expresión de J. GONZÁLEZ, A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 142-143.

(124) Cfr. F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 116.

(125) Cfr. A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 142 y ss.

último, la expresión «previa» debe entenderse en el sentido que, aunque ya se ha adquirido el dominio por el titular de lo principal desde el hecho mismo de la incorporación, su posesión sigue correspondiendo al sujeto incorporante (126); motivo por el cual se autoriza, precisamente, su ejercicio del *ius retentionis* (127) que sin obstaculizar la automaticidad de la accesión, aun teniendo eficacia real, no presenta sino un carácter cautelar (128). Puede observarse a este respecto que este criterio no es tampoco categóricamente rechazado por la teoría crítica, pues como el mismo L. Díez-Picazo expresa, «la mecánica del artículo 361 no parece que sea automática ni inmediata» (129) o, como V. M. Garrido Palma indica, recogiendo el precedente de M. M. Traviesas (130), en el período intermedio se habría producido una especie de propiedad superficiaria sometida a condición resolutoria (131), con lo que viene a confirmar que el ordenamiento efectúa una atribución de titularidad real tan pronto como se practica la incorporación, aunque nada tenga que ver con la que dicho autor parece entender, debiendo, por consiguiente, concluirse en este punto que la accesión actúa desde el momento de la incorporación de los elementos en el inmueble a no ser que existan otras circunstancias especiales que impiden su funcionamiento (132), modificando su operatividad típica.

4. Pero esto mismo no se opone a que la doctrina conciba el principio de accesión con flexibilidad, lo que parece haber llegado a ser incontrovertible (133) a nivel teórico. Debe observarse, sin embargo, la existencia de dos aspectos distintos en esta flexibilidad. Por un lado consiste simplemente en la variación de la consideración de cosa principal, como en el supuesto de la llamada accesión invertida por construcción de buena fe extralimitada (134) en que se exceptiona el principio de *superficies solo cedit* (135), aunque se aplica, como se anticipara precisamente, el

(126) Cfr. A. Sanz Fernández, *op. cit.*, págs. 147-148.

(127) Cfr. artículo 453.

(128) *Vid.*, sobre este punto, J. L. de los Mozos, *op. ult. cit.*, pág. 198, nota 70.

(129) L. Díez-Picazo y A. Gullón, *op. cit.*, pág. 128.

(130) M. M. Traviesas, *op. cit.*, pág. 295, entiende, sin embargo, que es el dominio del propietario del inmueble el que se encuentra sometido a la condición resolutoria.

(131) Cfr. V. M. Garrido Palma, *op. cit.*, pág. 134.

(132) *Vid.*, a este respecto, A. Sanz Fernández, *op. cit.*, pág. 140.

(133) *Vid.*, en el mismo sentido, J. L. de los Mozos, *op. cit.*, págs. 198-199.

(134) Cfr. constatando la evolución que marcan las sentencias del Tribunal Supremo de 31-5-1949, 7-6-1961 y 5-7-1966, F. V. Bonet, *op. cit.*, págs. 118-119; en el mismo sentido, J. Puig Brutau, *op. cit.*, pág. 406; V. M. Garrido Palma, *op. cit.*, páginas 98 y ss.

(135) Cfr. F. V. Bonet, *op. cit.*, pág. 118; V. M. Garrido Palma, *op. cit.*, páginas 105 y 113 y ss., especialmente 119-120.

mismo de *accessorium sequitur principale* en forma invertida (136). Pero, por otro lado, esta flexibilidad debe entenderse hasta un rango total llegando hasta la inaplicabilidad o derogación del principio de accesión, supuesto que únicamente puede provenir, como expresa la más autorizada doctrina, por la presencia de una situación jurídica preexistente; típicamente la concesión de un derecho real de superficie (137) que explícita o implícitamente y sin alterar la presunción del artículo 359 en relación con la norma del artículo 350 del Código civil haga admisible la inaplicación del principio de accesión, excluyendo la automaticidad de la misma (138) sin duda, porque en virtud del contrato constitutivo de dicho derecho real (139) se evita que se produzcan los presupuestos fácticos de aquélla (140). Aún más, la doctrina señala la existencia de otros casos como son el derecho real de vuelo (141), el derecho real de sobreelevación (142), la propiedad separada u horizontal (143), así como las concesiones mineras, las propiedades especiales, las propiedades imbricadas, el derecho de superficie rústica sobre pastos y leñas y las llamadas autorizaciones de derecho de familia (144) que constituyen otras tantas derogaciones del principio de accesión. Sin embargo, estos supuestos no presentan la identidad de fundamento que requeriría la formulación de un verdadero principio unitario de superficie, como postula V. M. GARRIDO PALMA (145), principio que la autorizada opinión del Profesor J. L. DE LOS MOZOS califica de inadmisibles en el ordenamiento español (146), sino que esta derogabilidad debe explicarse únicamente por la existencia del sistema de *numerus apertus* de derechos reales (147) y el carácter mera-

(136) *Vid.*, en el mismo sentido, J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 406 y ss., analizando las sentencias de 30-6-1923, 17-7-1961 y 26-2-1971, anteriormente referidas.

(137) *Vid.*, en el mismo sentido, J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 230-231; A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 140; V. M. GARRIDO PALMA, *op. cit.*, págs. 102, 105 y 127 y ss.; V. FONT BOIX, «El derecho de vuelo y el derecho de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», *RDN*, 57, 8 (1967), 7-62, pág. 29.

(138) *Vid.*, en el mismo sentido, A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 140.

(139) *Vid.*, igualmente, L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 266.

(140) Cfr., señalando que esto constituye el fin del derecho de superficie, A. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 116; en el mismo sentido, precisando que es su función típica o causa, J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 231.

(141) *Vid.*, para esto, M. GARCÍA DEL OLMO SANTOS, «Derecho real de vuelo, superficie rural y propiedad separada perpetua de los árboles respecto a la del fundo», *RDN*, 67 (1970), págs. 73-102.

(142) *Vid.* V. FONT BOIX, *op. cit.*

(143) *Vid.* V. M. GARRIDO PALMA, *op. cit.*, págs. 127 y ss.

(144) *Vid.*, en el mismo sentido, J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 227-229.

(145) Cfr. V. M. GARRIDO PALMA, *op. cit.*, págs. 148 y ss.

(146) Cfr. J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 195, 198 y 228.

(147) *Vid.*, para esto, el mismo estudio del Prof. J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, página 196.

mente dispositivo, supletorio de la autonomía contractual que presenta la normativa que disciplina la accesión (148). Pues bien, cabe preguntarse si esta misma derogabilidad se extiende a los contratos de arrendamiento *ad meliorandum*.

5. Concebida esta figura atípica por la doctrina como una subespecie de contrato complejo (149), se definen estos arrendamientos *ad meliorandum* como «aquellos en que el arrendatario asume como obligación principal la de mejorar la finca (ya poniéndola en mejores condiciones de cultivo o construyendo en ella) y en que el precio se sustituye, total o parcialmente, por esa obligación» (150). Confirmando, por su parte, el Tribunal Supremo esta misma orientación doctrinal ha concretado que la complejidad de este contrato viene dada por la combinación indivisible de una *locatio rerum* con una *locatio operis* (151), vinculadas por una relación de recíproca causalidad. La contraprestación del goce en estas relaciones contractuales, según precisa el mismo F. V. BONET, viene conmutativamente fijada por la complejidad del precio, parte en dinero y parte en la obra, que respectivamente ha de pagar y hacer el arrendatario (152). Esta doctrina, sin embargo, no extiende este carácter complejo a aquellos contratos de arrendamiento en los cuales se faculta únicamente al arrendatario para el ejercicio indeterminado de la actividad mejoratoria, como parece entender V. M. GARRIDO PALMA (153), sino que concibe esta relación como de tipo simple (154) porque la ejecución de las mejoras en esta hipótesis no presenta un carácter principal en el esquema contractual. Tampoco se extiende ese carácter complejo por la doctrina referida al supuesto del derecho real de superficie temporal que otro sector doctrinal llegar a equiparar con el arrendamiento *ad meliorandum* (155). En todo caso debe observarse que éste se distingue de las demás figuras contractuales simples, por el hecho de no conferir un de-

(148) Cfr., igualmente, J. L. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*; en el mismo sentido, sin embargo, V. M. GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 130; esta derogabilidad se funda, principalmente, en el ya observado carácter *iuris tantum* de la presunción contenida en el artículo 359 del Código civil.

(149) E. MASCAREÑAS, *Nueva enciclopedia jurídica*, Seix, Barcelona, 1950, v. 2, páginas 924-933, y F. V. BONET, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21-4-1951», *RDP*, 35 (1951), págs. 944-951.

(150) J. M. DE PORCIOLES, *op. cit.*, pág. 927.

(151) *Vid.* la sentencia de 21-4-1951, en *RDP*, 35 (1951), págs. 944 y ss., especialmente pág. 946, considerando D.

(152) *Vid.*, enfatizando la coprincipalidad de ambos elementos del precio, F. V. BONET, *op. ult.*, pág. 950.

(153) Cfr. V. M. GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 126.

(154) *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo en referencia, *op. y loc. cit.*

(155) *Vid.* en este sentido, GARRIDO PALMA, *op. cit.*, págs. 124-125; J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, 1.ª ed., 1953, tomo 3. págs. 511-512.

recho real a su titular (156); no constituir un título suficiente para legítimar la adquisición de la propiedad por el arrendatario (157); no dar lugar, típicamente, a la indemnizabilidad de las mejoras ejecutadas por el arrendatario, por entenderse incorporadas dentro del pacto contractual (158) y, por último, en lo que interesa destacar para los efectos de este trabajo, por el hecho que según la doctrina en consideración, su regulación excede los límites de la legislación especial para las relaciones arrendaticias urbanas y rústicas (159), debiéndose regir, por consiguiente, mediante las normas del *ius commune*.

Sin detenerse en ahondar en la caracterización general de estos contratos de arrendamiento *ad meliorandum* debe observarse, sin embargo, que parte de la doctrina parece haber entendido que este tipo contractual constituiría un caso típico de «inaplicación de la regla *superficies solo cedit*», derogando así el principio de la automaticidad de la accesión (160), debiendo estimarse, por el contrario, más seguro el criterio adoptado a este respecto por el Profesor J. L. DE LOS MOZOS cuando expresa que «las obras o construcciones realizadas por el arrendatario (*ad meliorandum*), si bien escapan al régimen normal del principio de accesión no configuran una propiedad superficiaria, sino simplemente un derecho a las mejoras» (161), derecho «que puede implicar para el arrendatario una vinculación real respecto de aquélla(s), pero siempre en función de “garantía” (como muestran el *ius tollendi* y el *ius retentionis*)» (162) y que, por lo tanto, este tipo contractual complejo no llega a derogar el principio aludido lo que, a su vez, confirma la opinión de F. V. BONET cuando define como elemento esencial y distintivo del arrendamiento *ad meliorandum*

(156) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 512; J. M. DE PORCIOLES, *op. cit.*, páginas 927-929, y también J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 198 y allí nota 70.

(157) *Vid.*, en el mismo sentido, J. M. DE PORCIOLES, *op. cit.*, pág. 928.

(158) *Vid.*, en el mismo sentido, aunque la afirmación requiere ser matizada según el tipo de mejoras de que se trate, J. M. DE PORCIOLES, *op. cit.*, pág. 929; F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 951; J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 512, nota 14.

(159) *Vid.*, en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo referida, *op. cit.*, página 946, considerando E; J. M. DE PORCIOLES, *op. cit.*, pág. 929; F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 951. Obsérvese que, respecto de los arrendamientos *ad meliorandum* rústicos, esto es altamente discutible dado el texto expreso del artículo 21, 3, RAR: «El arrendador no estará obligado a indemnizar las mejoras que se hubieren tenido en cuenta al otorgar el contrato o hubieran sido objeto de compensación, incluso por reducción de la renta», o sea, exactamente, el tipo complejo en estudio que, por tanto, vendría expresamente regido por el RAR, además de que lo inverso está en contradicción con el principio de especialidad en la aplicación de las normas jurídicas. sancionado en el artículo 4, 3, Título Preliminar, del Código civil.

(160) Cfr. V. M. GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 127.

(161) *Vid.* J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 228.

(162) *Vid.* J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 198, nota 70.

el hecho que las mejoras «reviertan después a la propiedad del dueño» (163).

6. Como es sabido, los arrendamientos forzosos (164) son una de las técnicas que el ordenamiento coloca a disposición de la Administración para que alternativa y subsidiariamente escoja, entre otras, el método de actuación de los planes individuales de mejora (165) en las fincas ya inscritas en el catálogo de mejora forzosa, de conformidad con la facultad que le confiere el artículo 153, 1.º, de la LRDA. (166). Este contrato especial presenta, a su turno, dos modalidades diferentes de formalización. En la primera puede resultar como un mero pacto accesorio del contrato normativo regulado en el artículo 148 de la LRDA., cuyo objeto principal es el plan individual propiamente tal (167), pacto accesorio cuya función no es sino la ejecución de las obras de mejora programadas en dicho plan. Mientras que en la segunda, se presenta simplemente como un contrato principal destinado a la realización de estas mismas obras y celebrado, mediante los distintos trámites previos que el ordenamiento dispone según se trate de un arrendatario forzoso de tipo ordinario (168) o de tipo preferente (169), directamente por la Administración, sometiéndose al régimen general de la contratación administrativa (170). Atendida, por su parte, la

(163) *Vid.* F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 948.

(164) Obsérvese que la complejidad de esta figura contractual, poco analizada todavía por la doctrina, se ve agravada por el hecho que excede los límites tradicionales de la disciplina iusprivatista, respecto de la cual el presente trabajo se concreta en observar únicamente su especial disciplina de las mejoras en relación con la derogabilidad del principio de accesión.

(165) *Vid.* para esto el estudio del Prof. I. SERRANO Y SERRANO, *op. cit.*, sub números 21 y 26; E. LLAMAS VALBUENA, «El arrendamiento rústico ante la Ley de 21-7-1971 sobre régimen de fincas y comarcas mejorables», comunicación a las *Primeras Jornadas de Derecho Agrario*, cit., en curso de publicación, texto policopiado, sub número 3; C. S. VATTIER, «La autonomía privada en el proceso de planificación de comarcas mejorables», comunicación a *Jornadas Nacionales de Derecho Agrario*, Madrid, 1974, en curso de publicación, texto policopiado, sub números 2 y 4.

(166) Cfr.: «La Administración, con el objeto de dar cumplimiento a la realización de la mejora, puede elegir entre someter las fincas inscritas en el Catálogo a régimen de arrendamiento o consorcio forestal forzoso o seguir el procedimiento de expropiación de las mismas, conforme a las normas que se establecen en el capítulo V de este Título», en relación con las normas de los artículos 154, 2, y 160 LRDA.

(167) Cfr. C. S. VATTIER, *op. cit.*, sub número 3, en que se formula y desarrolla la hipótesis de la doble función de la relación contractual especial regulada por la norma del artículo 148 LRDA. *Vid.*, sin embargo, en un sentido algo diverso, I. SERRANO Y SERRANO, *op. cit.*, sub números 13 y 21.

(168) Cfr., para esto, el artículo 159 LRDA.

(169) Cfr., para esto, el artículo 158 LRDA.

(170) *Vid.* I. SERRANO Y SERRANO, *op. cit.*, sub número 26; E. LLAMAS VALBUENA, *op. y loc. cit.*; C. S. VATTIER, *op. cit.*, sub número 4; cfr. artículo 148, 2, LRDA: «Estos contratos quedarán sujetos al ordenamiento jurídico-administrativo,

función que desempeña este contrato dentro del proceso de planificación en que se inserta sin duda, su causa viene constituida, prioritariamente, por la ejecución de las obras proyectadas al extremo que los demás elementos del pacto contractual han de subordinarse a ella, como es el acso del plazo, cuyo término se determina acumulando la duración tanto de la realización como de la amortización de las obras referidas (171). Igualmente, tan prioritarias son concebidas estas obras de mejora que su incumplimiento por el arrendatario forzoso, fuera de las sanciones de carácter económico aplicables (172), puede configurar incluso una causa especial para la resolución del contrato (173). Sin embargo, en términos generales, aparte de las normas particulares que a su respecto se encuentran en los artículos 156 y siguientes de la LRDA., estos contratos se rigen en forma supletoria justamente por la legislación especial de arrendamientos rústicos, de conformidad a lo que dispone el artículo 149, 1.º, de la LRDA (174).

Tan importante es en la estructura de este contrato el ejercicio de la actividad mejoratoria consistente en la precisa ejecución de las obras del plan que «el arrendatario asumirá, como obligación principal, la de realizar el Plan Individual de Mejora» (175), motivo por el cual la doctrina ha concebido estos arrendamientos forzosos como otro caso típico de contrato *ad meliorandum* (176) llegando, incluso, a afirmarse que el propio

siéndoles de aplicación lo establecido en el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado y concordantes de su Reglamento, y en ellos se incluirá una cláusula penal, aplicable en los supuestos de incumplimiento, cuya cuantía no podrá ser superior al coste de las obras, mejoras y trabajos que hayan dejado de realizarse y que como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios se exigirá en función de la entidad del incumplimiento de que se trate.»

(171) Vid. I. SERRANO Y SERRANO, *op. cit.*, sub número 21; cfr. artículo 157, 2, LRDA: «La duración del contrato será fijada por la Administración, de tal manera que pueda llevarse a cabo la ejecución del Plan y quedar amortizado el coste de la inversión.»

(172) Vid. I. SERRANO Y SERRANO, *op. cit.*, sub número 22; C. S. VATTIER, *op. cit.*, sub número 5; cfr. artículo 157, 1, 2, LRDA: «El incumplimiento del Plan dará lugar a la sanción que corresponda conforme al artículo 148, además de la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda, y a la rescisión administrativa del contrato.»

(173) Vid. E. LLAMAS VALBUENA, *op. y loc. cit.*; C. S. VATTIER, *op. cit.*, sub número 5; cfr., además, artículo 148, 3, LRDA: «Será causa de desahucio del arrendatario o aparcerero el incumplimiento por su parte de las obligaciones que hubiere aceptado en un Plan aprobado...»

(174) Obsérvese desde ya esta notable diferencia que presentan estos contratos frente a los complejos *ad meliorandum* en su concepción doctrinaria; cfr. artículo 149, 1, LRDA: «Cuando las fincas en las que se establezca un Plan Individual de Mejora estuvieren arrendadas, o lo fueren en el futuro, en todo lo no preceptuado especialmente en esta Ley se estará a lo dispuesto en la legislación especial de arrendamientos rústicos.»

(175) Vid. artículo 157, 1, LRDA, parcialmente reproducido en el texto.

(176) Cfr. principalmente I. SERRANO Y SERRANO, *op. cit.*, sub números 21 y 22;

Profesor I. SERRANO Y SERRANO que habría sido más ajustado a la dogmática organizar esta forma especial de concesión como un censo enfiteútico pensando, por cierto, más en el *contractus meliorationis* causa del derecho común que el instituto regulado en los artículos 1.628 y siguientes del Código civil (177). Pero es precisamente esta misma importancia, que excede la simple coprincipalidad que la doctrina anteriormente referida estima como elemento definitorio del carácter *ad meliorandum* (178), lo que obliga a diferenciar una y otra tipicidad, sobre todo por el hecho que en el arrendamiento forzoso parece no existir la relación de causalidad recíproca existente en aquéllos (179) entre el derecho de goce locativo y el ejercicio de la actividad mejoraticia. Entre otros elementos del tipo contractual en estudio esta diferenciación se presenta, por su parte, en forma particularmente clara en lo que a la disciplina de las mejoras respecta. Dos son principalmente las peculiaridades de los arrendamientos forzosos en esta materia, cuales son: la de su expresa indemnizabilidad y la del derecho de acceso a la propiedad que su ejecución legitima.

En efecto, las mejoras en el arrendamiento forzoso, por un lado, cuando no han sido tenidas en cuenta en la conmutatividad que igualmente preside este contrato (180), se encuentran sometidas a un régimen indemnizatorio paraferencial cualitativamente distinto del ordinario, desde que se ha adoptado por el ordenamiento a su respecto el moderno criterio de su cálculo por el plusvalor residual agregado a la finca por el arrendatario forzoso (181), a la vez que suprime el *ius tollendi* que corresponde al arrendatario rústico simple por las mejoras de carácter volupuario (182) o por las que convencionalmente lo presenten, de conformi-

E. LLAMAS, *op. cit.*, *loc. cit.* y *sub* número 4 b; C. S. VATTIER, *op. cit.*, *sub* números 2 y 4, aunque en un sentido algo diferente.

(177) *Vid.*, en este sentido, I. SERRANO Y SERRANO, *op. cit.*, *sub* número 17.

(178) *Cfr.*, por todos, F. V. BONET, *op. ult. cit.*, pág. 950.

(179) *Vid.*, igualmente, F. V. BONET, *op. cit.*, pág. 948.

(180) Cuando son tenidas en cuenta en el otorgamiento del contrato rige la misma norma de inindemnizabilidad que en los arrendamientos rústicos ordinarios. *Cfr.*: «Este derecho a indemnización no tendrá lugar cuando el arrendatario con obligación de mejorar se estableciese con una renta resultante de licitación pública», como expresa en artículo 163. segunda parte, LRDA, coincidiendo con el artículo 21, 3, RAR.

(181) *Vid.* E. LLAMAS VALBUENA, *op. cit.*, *sub* número 4 b; I. SERRANO Y SERRANO, *op. cit.*, *sub* números 22 y 23; C. S. VATTIER, «Las mejoras agrarias en la evolución legislativa de arrendamientos rústicos de España», comunicación a *Segundas Jornadas de Derecho Agrario*, Pisa-Sassari, 1975, texto policopiado, *sub* número 3; *cfr.* artículo 163. primera parte, LRDA: «El arrendatario que haya realizado la mejora tendrá derecho al finalizar el contrato a ser indemnizado por el aumento de valor debido a dicha mejora que subsista en tales momentos.»

(182) *Cfr.* artículo 23, 2, RAR: «El arrendatario, salvo acuerdo en contrario,

dad con la autonomía contractual que la normativa especial reiteradamente establece a este respecto en las normas de los artículos 20, 5.º y 22, 7.º de la RAR (183). Por otro lado, la disciplina del arrendamiento forzoso recoge una forma adicional de retribución por el ejercicio de la actividad mejoraticia desarrollada por el arrendatario consistente, como en el antiguo contrato altomedieval de la *complantatio* en el derecho de adquisición preferente de la finca, una vez ejecutado íntegramente el plan de mejoras, derecho que éste puede ejercitar en forma potestativa durante el lapso de amortización de las obras (184).

Como fácilmente puede apreciarse, si esta disciplina distingue al arrendamiento forzoso del contrato de arrendamiento rústico simple, con mayor razón lo aparta del contrato complejo *ad meliorandum* en el que la actividad mejoraticia, según estima la doctrina anteriormente analizada (185), no es indemnizable. Pero es precisamente esta última forma de tutela adicional que el ordenamiento otorga al arrendatario forzoso lo que más particulariza la figura en estudio, toda vez que su derecho concebido como eventual título para la adquisición del dominio tanto de la finca como de las mejoras incorporadas puede ser calificado, si no como un *ius in re*, al menos como un verdadero *ius ad rem*, encontrándose en una situación similar a la del acreedor de dominio de cosa cierta, una de las figuras típicas que la doctrina estudia como correspondiente a una situación intermedia entre el derecho real y el de carácter personal (186), apartándose así completamente del carácter tradicional de la tutela que el ordenamiento otorga tanto al arrendatario simple como, según la doctrina aludida, al de tipo complejo *ad meliorandum*. Todo lo anterior obliga a calificar la naturaleza jurídica del arrendamiento forzoso como una concesión *ad aedificandum*, situada en una posición intermedia entre este último tipo de arrendamiento complejo y el derecho real de superficie, como parece concebir la más autorizada doctrina (187) este tipo particular de concesiones para edificar, mejorar o, en este caso, ejecutar un

podrá retirar al finalizar el contrato las (mejoras de adorno o comodidad) que él haya costado...»

(183) Autonomía contractual que no resulta legitimada por el ordenamiento para el arrendamiento forzoso en estudio.

(184) Vid. I. SERRANO Y SERRANO, *op. cit.*, sub número 23; E. LLAMAS VALBUENA, *op. cit.*, sub número 4 c; cfr. artículo 164 LRDA: «Dentro de los cinco años siguientes a la terminación de la mejora, y siempre durante la vigencia del contrato, el arrendatario podrá acceder a la propiedad de la finca, que será excluida del Catálogo cuando el Plan Individual de Mejora se haya realizado a satisfacción de la Administración.»

(185) Cfr. *supra* las referencias bibliográficas de las notas 149 y 156.

(186) Vid. para esto J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, 2.º ed., 1971, tomo 3, v. 1, páginas 19 y ss., calificándolas como «dotadas de eficacia real».

(187) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 198, nota 70.

determinado plan de mejoras. Si entre la concesión *ad aedificandum* y la de tipo *ad meliorandum* se presenta un amplio campo en común consistente en la causa mejoraticia que peculiariza a ambos tipos contractuales, puede observarse por último que fundamentalmente se diferencia por el hecho que la paridad que el primero presenta entre sus aspectos internos de *locatio rei* y *locatio operis*, se transforma en abierto predominio de este último en la estructura de la concesión *ad aedificandum*, denotando un mayor ámbito de control sobre la ejecución de las obras por parte del concedente que en la simple relación contractual *ad meliorandum*.

7. Cabe preguntarse, finalmente, si de acuerdo a la regulación positiva este arrendamiento forzoso *ad aedificandum* altera el funcionamiento de la accesión. Todo parece indicar que, dada la naturaleza jurídica especial de esta figura contractual, tan cerca al derecho real de superficie, efectivamente constituyera otra derogación del principio de accesión. No es, sin embargo, ésta la conclusión que puede obtenerse del ordenamiento en estudio. En efecto, por una parte, la ausencia del *ius tollendi*, que denota cierta titularidad real del sujeto mejorante sobre los resultados de su actividad, aunque sea de naturaleza puramente cautelar (188) parece indicar que a pesar de la mayor tutela jurídica de la posición del arrendatario forzoso, éste simplemente se vincula con aquéllas mediante una simple relación obligacional. Por otra parte, el derecho de acceso a la propiedad que el ordenamiento le concede siendo sensible frente al problema de la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario forzoso, se muestra, por el contrario, insensible frente al carácter personal de su titularidad sobre las mejoras sin alterar la naturaleza de este crédito puramente obligacional. Esto se deduce claramente, por su lado, de la norma que regula el destino de estas mejoras cuando el arrendatario, provocando el procedimiento de licitación para el ejercicio de este derecho adicional no logre adjudicarse la finca, situación en la cual, simplemente, «del precio obtenido se entregará al arrendatario el importe de las mejoras no amortizadas si no hiciere uso de su derecho de preferente adquisición» (189) sin preferencias ni garantías adicionales de ninguna especie que puedan justificar la calificación de este crédito de otro modo que de un simple derecho personal. Y en tercer lugar, finalmente, esta disciplina particular no deja lugar a que se presenten las circunstancias que hacían dudosa la

(188) Cfr. el estudio del Profesor J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, *loc. cit.*, calidad que, como se ha visto, también extiende al *ius retentionis*.

(189) Cfr. artículo 164, 3, parte final. LRDA, reproducida en el texto; obsérvese que en este supuesto el ordenamiento vuelve al criterio indemnizatorio de los gastos para la retribución de las mejoras; *vid.* a este respecto C. S. VATTIER, *op. ult. cit.*, sub números 3 y 4, donde se analiza la oscilación que presenta el ordenamiento en estudio sobre esta materia.

determinación del momento en que se producía la accesión desde que, determinadamente, la disposición del artículo 163 de la LRDA. prescribe, como se ha visto, que al igual que en los arrendamientos ordinarios el pago de la indemnización por las mejoras procede al extinguirse el contrato, debiendo por tanto entenderse que la accesión ha venido operando automática e ininterrumpidamente durante la ejecución de las obras del plan sin que puedan presentarse las dificultades planteadas por la doctrina en la interpretación del artículo 361 del Código civil, toda vez que en la disciplina del arrendamiento forzoso solamente se exige al propietario de la finca una conducta omisiva consistente en no obstaculizar el ejercicio de la actividad mejoraticia de acuerdo a lo programado y en acatar el ejercicio del derecho de preferente adquisición de la propiedad. Por consiguiente, es posible concluir a este respecto que el contrato de arrendamiento forzoso regulado en los artículos 156 y siguientes de la LRDA no constituye una nueva excepción al principio de accesión ni menos aún a la regla de *superficies solo cedit* sin llegar a constituir tampoco, en la forma en que viene disciplinado en el ordenamiento vigente, siquiera una modificación o atenuación de aquél (190), permaneciendo inalterada la elasticidad del dominio *del titular* real del inmueble objeto del plan.

C. S. VATTIER

Becario de la Fundación Ford
en la Universidad de Salamanca

(190) Forma en que el Profesor J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 229, califica los supuestos del artículo 361 del Código civil.

Usucapión en favor de las personas jurídicas, privadas y públicas

INTRODUCCION

La usucapión en favor de las personas jurídicas, especialmente cuando se trata de personas jurídicas de Derecho público, plantea abundantes problemas. Ello se debe, sin duda alguna, a que si bien el Código civil la admite de forma implícita en el artículo 1.931 cuando dice que pueden adquirir bienes o derechos por medio de la prescripción las personas capaces para adquirirlos por los demás modos legítimos, toda la regulación de la usucapión se encuentra redactada en función de las personas físicas.

En este trabajo pretendemos estudiar la usucapión en favor de las personas jurídicas y trataremos de resolver los problemas que suscita. La usucapión extraordinaria no los plantea con caracteres tan agudos porque sus requisitos son mínimos y pueden ser cumplidos por las personas jurídicas sin dificultad, por lo que nos referimos a la ordinaria, con lo que resolveremos también las cuestiones relativas a aquélla.

USUCAPION ORDINARIA

A título de recordatorio

La usucapión es uno de los ejemplos de la influencia que el tiempo puede tener en las relaciones jurídicas. El Código civil la considera en su artículo 609 como un modo de adquirir y el artículo 1.930 determina que por la prescripción se adquieren de la manera y con las condiciones determinadas en la ley el dominio y demás derechos reales. La usucapión es el modo a través del cual se adquieren el dominio y los derechos reales mediante su posesión durante el tiempo y con los requisitos legales.

No requiere la usucapión ningún tipo de capacidad especial siendo suficiente la capacidad para adquirir por los demás medios legítimos (artículo 1.931).

Pueden ser usucapiadas todas las cosas que están en el comercio de los hombres (art. 1.936), siempre que sean susceptibles de posesión (artículo 437).

Se exigen determinados requisitos: buena fe; título justo, verdadero, válido y probado; y posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. Esto para la usucapión ordinaria que es la que plantea problemas en relación con las personas jurídicas y de los que vamos a tratar.

Nuestro método va a consistir en determinar en qué medida estos requisitos pueden ser cumplidos por las personas jurídicas.

CAPACIDAD

En términos generales pueden adquirir todas las personas físicas y jurídicas, nacionales y extranjeras. Esto ya fue admitido en el Derecho romano que contiene en esencia análoga solución a la de las legislaciones actuales. La capacidad de adquirir por usucapión estaba plenamente reconocida en favor de los municipios, de los «collegia», «corpora», instituciones piadosas, Iglesia.

En el gobierno de las personas jurídicas, cabe distinguir a grandes rasgos entre los órganos individuales o colectivos (pero siempre poco numerosos) de carácter permanente y las asambleas generales de socios que no tienen este carácter.

ADMINISTRACION Y REPRESENTACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS, EN GENERAL

Las personas jurídicas, por su propia naturaleza han de actuar a través de órganos o representantes.

Dos teorías fundamentales existen en orden a esta cuestión. Aquella que sostiene que las personas jurídicas actúan a través de sus órganos y aquella otra que piensa que son sus representantes los que actúan por ellas. Esta posición propuesta por SAVIGNY es seguida por diversos autores como ALESSI (1), FERRARA (2) e incluso por GIERKE (3).

(1) «Sul fondamento di una responsabilità diretta delle persone giuridiche», en *Studi in Onore di Giuseppe Pacchioni*, Milán, 1931, pág. 384.

(2) *Le persone giuridiche in Trattato de Diritto civile Italiano*, tomo II, volumen II, 2.^a ed., pág. 111, Turín, 1956.

(3) *Derecho Comercial y de la Navegación*, I, pág. 441, Buenos Aires, 1957.

Otros autores se muestran, por el contrario, partidarios de la teoría del órgano, como NEPPI (4).

Cualquiera que sea la posición que se adopte, lo cierto es que el órgano o representante debe actuar dentro de los límites de sus atribuciones orgánicas o de su poder. Ciertamente, no es lo mismo, en cuanto que la representación se proyecta hacia afuera, respecto de personas ajenas a la persona jurídica, hacia el exterior, siendo así que los órganos actúan a veces hacia adentro (administración), sobre las mismas personas o cosas que integran el ente jurídico.

Sin embargo, en relación con el objeto de nuestro estudio, no nos preocupa la cuestión de establecer una distinción tajante y disyuntiva entre órgano y representante. El órgano de gobierno de una persona jurídica puede actuar como representante (en sus relaciones con personas extrañas) y como administrador (en las relaciones internas). Por ello vamos a emplear indistintamente los términos representación y órgano sin pretender, por tanto, adscribirnos a ninguna de las posiciones doctrinales citadas.

La representación de personas morales se asemeja a la de los menores e incapacitados en que ambas son de carácter necesario, ya que tanto el ente como el incapaz y el menor sólo pueden obrar mediante representante. Pero la representación de la persona jurídica es permanente, ésta no puede actuar sino a través de sus órganos representativos, es una representación legal. La representación que la ley otorga al administrador o administradores de las sociedades, o sea la representación social típica, se distingue de otras figuras representativas en que el órgano a que se atribuyen tiene otras facultades tan importantes como las de representación que son las de dirección y gestión de la sociedad; y esto que BARRERA GRAF dice de la sociedad (5), puede predicarse de todas las personas jurídicas. Al conjunto de actividades propias atribuidas al órgano se le llama administración. La administración de sociedades, por otra parte, no sólo se ejerce frente a terceros, sino también internamente frente a los socios, bienes de la empresa y personal (que entra en la categoría de tercero) y su actividad comprende el aviamiento en su caso y organización de la entidad. Se trata, en síntesis, de relaciones externas de la sociedad predominantemente representativas y relaciones internas preferentemente de dirección y gestión según señala el autor citado. El carácter y la naturaleza jurídica de la relación que liga a apoderados, gerentes, directores,

(4) Citado por BARRERA GRAF en *La representación voluntaria en Derecho Privado*, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, México, 1967, pág. 145, nota 342.

(5) *La representación voluntaria en el Derecho Privado*, cit.

directores-gerentes y administradores con la persona jurídica es de la misma naturaleza que las que se producen entre personas físicas: arrendamiento de servicios, mandato y representación, según los casos y las facultades atribuidas.

Vamos a ver a continuación, brevemente, los órganos representativos de las distintas personas jurídicas en función de las ideas que pretendemos desarrollar, distinguiendo entre personas jurídicas civiles, mercantiles (sociedades colectivas, comanditarias, anónimas y de responsabilidad limitada) y entes de la administración pública estatal, provincial y municipal.

ADMINISTRACION Y REPRESENTACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS

Personas jurídicas civiles

El Código civil trata de las personas jurídicas en sus artículos 35 a 39, pero no hace en ellos referencia a la administración de las mismas. Los artículos 1.692 a 1.695 relativos a la sociedad civil, sí que contienen algunos preceptos relativos a ella. BONET RAMÓN (6), con relación a los mismos, afirma que estos preceptos regulan la administración de la sociedad en los supuestos que establecen.

Es el primero cuando en el contrato social se nombra o acuerda nombrar administrador a un socio (art. 1.692). El nombramiento hecho en el contrato social requiere como requisito *sine qua non* el consentimiento de todos los socios cuando el administrador sea designado nominalmente.

El segundo supuesto es el de administración concedida a dos o más socios que admite las siguientes hipótesis. 1.º Que se hayan determinado al hacerse los nombramientos las funciones que respectivamente corresponden a cada administrador, el cual deberá actuar dentro del ámbito de su mandato. 2.º Que no se hayan determinado las funciones específicas de cada uno, ni expresado que deban proceder conjuntamente, en cuyo caso cada uno puede obrar separadamente en el ámbito general de las funciones administrativas, pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones del otro antes que surtan efecto (art. 1.693). 3.º Que se haya estipulado que los socios administradores han de actuar conjuntamente, en cuyo caso si no hay concurrencia de voluntades, no serán válidos sus actos para la sociedad, salvo caso de urgencia (art. 1.694).

El tercer supuesto es el de falta de estipulación sobre la administración de la sociedad, en cuyo caso el Código adopta la solución de considerar a todos los socios como administradores (art. 1.695).

(6) *Código civil comentado*, Ed. Aguilar, Madrid, 1962, pág. 1330.

Sociedades colectivas (7)

Nuestro Código de Comercio, cuando nada se establece en el contrato considera a todos los socios como administradores. El problema se plantea en relación con los artículos 128 y 129, que no deslindan claramente los supuestos de representación y administración. El artículo 128 determina que «los socios no autorizados debidamente para usar la firma social no obligarán con sus actos y contratos a la compañía, aunque los ejecuten a nombre de ésta y bajo su firma. La responsabilidad de tales actos en el orden civil y penal, recaerá exclusivamente sobre sus autores». Y según el artículo 129 «si la administración de las compañías colectivas no se hubiere limitado por un acto especial a alguno de los socios, todos tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes y los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad» (7 bis). Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 130, se exige la unanimidad. La doctrina más extendida opina que para la representación de la sociedad se precisa designación expresa y que el artículo 129 únicamente se refiere a la gestión interna. En contra de esta opinión se manifiesta GIRÓN TENA (8).

A los efectos de nuestro tema nos interesa fundamentalmente la representación, y en relación con la misma el artículo 128 exige autorización para usar la firma social; pero puede pensarse que si ésta falta o mejor, si nada han establecido los socios, cada uno debe considerarse autorizado para representar a la sociedad.

La separación de patrimonios entre la sociedad y los socios no es absoluta, debido a la comunicación de la responsabilidad, a la responsabilidad ilimitada de los socios por las deudas sociales (8 bis), pero es suficiente para que el socio pueda ser titular de toda clase de derechos y obligaciones compatibles con la sociedad colectiva como ente de finalidad lucrativa; ahora bien, esta regla hay que atemperarla con esta otra: cuando en las relaciones jurídicas tengan trascendencia circunstancias personales de los intervinientes en ellas, las concurrentes en los socios se han de dar como concurrentes en la sociedad. En las relaciones en las que el

(7) En la exposición de esta materia seguimos a GIRÓN TENA: *Sociedades mercantiles*, parte especial II-1.º, correspondiente a *Sociedades colectivas*, págs. 63 y ss., Valladolid, 1962.

(7 bis) Sobre este punto puede verse URÍA: *Derecho Mercantil*, 10.ª edición, Madrid, 1975, págs. 150 y ss., por su especial interpretación del artículo 129 en relación con el 130.

(8) *Op. cit.*, parte citada, pág. 66.

(8 bis) Véase BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*. Lección 7. «La sociedad colectiva y la comanditaria», redactada por SERRANO MONFORTE.

haber podido conocer o hacer, trascienden, v. g., en la adquisición de cosas acordada por todos los socios, debe bastar la prueba de mala fe de uno de ellos para producir los efectos que de ello se sigan (8 ter).

Sociedad comanditaria

La gestión y representación de la sociedad en comandita está encomendada a los socios colectivos que asumen una responsabilidad personal solidaria e ilimitada con igual extensión que en la sociedad colectiva. Damos por reproducido respecto de los mismos cuanto dijimos respecto de la representación y gestión de ésta.

Sociedad anónima

Es la que presenta una mayor complicación de órganos representativos: éstos son la asamblea o junta general de accionistas y los administradores (9).

La Junta General.—Es, no la sociedad misma, sino un órgano de ésta por lo que sólo expresará la voluntad social funcionando legalmente. Constituye una *collegium* que acuerda bajo el régimen de mayorías. Es un órgano soberano y no permanente (9 bis).

La competencia de los órganos de la sociedad anónima ha de ser referida a las atribuciones de cada uno deslindando las que correspondan a unos y a otros. Las funciones gestoras corresponden al órgano administrativo, pero ajustándose a las directrices que señale la Junta.

Por regla general la Junta manifiesta su voluntad con fines internos, pero hay casos en los que se manifiesta frente a terceros, como ocurre en el de nombramiento de administradores. La representación de la sociedad, en juicio y fuera de él corresponde al Consejo de Administración. En defecto de éste la representación se regirá por lo dispuesto en los Estatutos y en los acuerdos de la Junta General. En todo caso la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la Empresa. Queda, por tanto, a salvo la eficacia del Derecho dispositivo que habrá que tener en cuenta en orden a la competencia de cada

(8 ter) GIRÓN TENA, *op. cit.*, parte citada, págs. 108 y 109.

(9) Véase RUBIO: *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1967, páginas 183 y ss.

(9 bis) GIRÓN TENA, *op. cit.*, parte especial II-2, págs. 493 y ss.

órgano si no hay derogación estatutaria. Naturalmente, se observará en todo caso el Derecho necesario.

El Consejo de Administración.—Así la función administrativa interna, como la representativa, corresponden al Consejo de Administración como regla general. Del artículo 48 de la Ley de Sociedades Anónimas, se deduce, según GIRÓN TENA (10), que no se trata de una función delegada de la Junta General sin perjuicio de la soberanía de la misma (10 bis). Independientemente de la posibilidad de ser el órgano ejecutor de las instrucciones de ésta, el Consejo de Administración tiene funciones propias. Según el artículo 76 de la Ley, la representación de la sociedad, en juicio y fuera de él, corresponde al Consejo de Administración como antes dijimos y con las limitaciones expuestas.

Sociedad de Responsabilidad Limitada

La administración y representación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada se encomendará a una o más personas (de igual modo que en la Sociedad Anónima), quienes la representarán en todos los asuntos relativos al giro o tráfico de la misma, obligándola con sus actos y contratos (artículo 11).

La voluntad de los socios, expresada por mayoría, regirá la vida de la sociedad; cuando sean más de quince la mayoría habrá de formarse, necesariamente, en Junta General. Salvo disposición estatutaria en contra, se entenderá que hay mayoría cuando vote un número de socios que represente más de la mitad del capital social (art. 14).

ADMINISTRACION Y REPRESENTACION DE LAS PERSONAS JURIDICAS PUBLICAS

Administración del Estado

El artículo 2.º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, señala como órganos superiores de la misma al Jefe del Estado, Consejo de Ministros, Comisiones Delegadas, Presidente del Gobierno y Ministros. Todos los demás órganos y autoridades de la Administración del Estado se hallan bajo la dependencia del Jefe del Estado, Presidente del Gobierno o Ministro correspondiente.

(10) *Op. cit.*, parte citada, pág. 558.

(10 bis) Véase DE LA CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, I-2. Madrid, 1972, págs. 9 y ss., respecto a cómo debe interpretarse la «soberanía de la Junta General».

Desde nuestro punto de vista iusprivatista, nos interesa determinar los órganos administrativos competentes para la adquisición por medios de derecho privado. A este respecto, en líneas generales, será competente el órgano que ostente la representación de derecho público: el Jefe del Estado, Presidente del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas, del Gobierno y los Ministros como Jefes de sus Departamentos.

Del artículo 14 de la ley citada en su número 11, se desprende el poder de representación de los Ministros cuando les asigna la atribución de firmar, en nombre del Estado, los contratos relativos a asuntos propios de su Departamento. Según el artículo 15, 1.º, corresponde al Subsecretario ostentar la representación del Departamento por delegación del Ministro.

Las atribuciones reconocidas a las diversas autoridades de la Administración del Estado son delegables conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica.

Administración local

a) AYUNTAMIENTOS

La administración del Municipio corresponde al Alcalde y al Ayuntamiento, cada uno de los cuales cuenta con atribuciones propias. Las Entidades locales menores lo están por el Alcalde pedáneo y la Junta vecinal y las Mancomunidades voluntarias y Agrupaciones municipales forzosas, por los órganos que determinan sus propios estatutos.

El Alcalde es Delegado del Gobierno (salvo en los casos que la ley exceptúa) y Jefe de la Administración municipal, preside el Ayuntamiento y, en su caso, la Comisión permanente. El Ayuntamiento está compuesto por el Alcalde y los Concejales; la Comisión permanente que existe en los municipios de más de dos mil habitantes, se integra por el Alcalde y los Tenientes de Alcalde. Aún existen pequeñas poblaciones que se rigen por el sistema de concejo abierto y otras (Madrid y Barcelona), que lo hacen por el régimen de Carta.

El Alcalde tiene, según la Ley de Régimen Local (art. 116), entre otras atribuciones, la de representar judicial y administrativamente al Ayuntamiento y establecimientos que de él dependen y, en general, la de representarlos en toda clase de negocios jurídicos, pudiendo conferir mandatos para el ejercicio de dicha representación.

El Ayuntamiento pleno tiene, también entre otras finalidades, las de adquisición y disposición de bienes y derechos del Municipio, las de contratación y concesión de obras y servicios, y el ejercicio de acciones judiciales y administrativas.

La Comisión permanente tiene, asimismo además de otras competencias, la facultad de contratar y conceder obras y servicios de duración no superior a un año o que no exijan créditos superiores a los consignados en el Presupuesto anual del ejercicio, el desarrollo de la gestión económica conforme al presupuesto aprobado y el ejercicio de acciones en caso de urgencia dando cuenta al Pleno.

b) DIPUTACIONES

La administración de los asuntos provinciales corresponde, según la Ley de Régimen Local a la Diputación y a su Presidente; éste designará entre los Diputados provinciales un Vicepresidente que le sustituirá en los casos de ausencia, enfermedad o vacante. La Diputación está constituida por el Presidente y los Diputados provinciales.

En toda Diputación existe una Comisión provincial de Servicios Técnicos que es presidida por el Presidente de aquélla, salvo que asista a sus sesiones el Gobernador Civil, en cuyo caso la preside éste. Funciona en Pleno o en Ponencias.

El Presidente de la Diputación tiene todas las facultades de gobierno y administración que no estén atribuidas de modo expreso a aquélla y, entre otras, la de contratar y conceder la realización de obras y servicios no reservados a la Diputación, representarla y ejecutar acciones judiciales y administrativas en caso de urgencia, dando cuenta a la misma.

La Diputación tiene, también entre otras facultades, el ejercicio de acciones judiciales y administrativas, la adquisición y disposición de bienes y derechos, la transacción sobre ellos y la concesión de quitas y esperas, la ejecución y contratación de obras y servicios provinciales.

En las islas Canarias, los Cabildos interinsulares cumplen funciones análogas a las de las Diputaciones.

Vista la capacidad y representación de las personas jurídicas pasamos a estudiar los requisitos de la usucapión ordinaria en relación con las mismas, siguiendo un orden inverso a la dificultad que plantea su aplicación a éstas.

LOS REQUISITOS DE TITULO Y POSESION EN LAS PERSONAS JURIDICAS, EN GENERAL

El título debe ser justo, verdadero, válido y probado. El artículo 1.952 del Código civil define el justo título diciendo que es el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate. Ha de tener una existencia real (art. 1.953). Se excluyen los títulos

simulado y putativo y también el título inválido. El artículo 1.954 exige que sea probado; no se presume nunca.

El título y sus requisitos no plantean especialidad alguna en materia de usucapición en favor de personas jurídicas, con excepción de lo que después veremos en función de la buena fe, por lo que nos limitamos a lo dicho (11).

La posesión debe ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. Los tres últimos requisitos tampoco tienen especialidad en materia de usucapición en favor de personas jurídicas. En cuanto al primero, es necesario examinarlo.

El concepto de dueño y la buena fe

Creemos conveniente estudiar conjuntamente estos dos requisitos dado que, desde el punto de vista del sujeto, presentan en la prescripción en favor de personas jurídicas los mismos problemas.

Como dice MORALES MORENO (12) el Proyecto de Código de 1861 parte del Código civil francés, sustituyendo la frase título de dueño por la de concepto de dueño, salvo en el artículo 1.948, en la que utiliza la expresión francesa.

El Código civil afianza la locución concepto de dueño y asimismo la Ley Hipotecaria.

La posesión en concepto de dueño implica la intención de poseer la cosa o derecho como suyos: es el *animus* que supone la intención de retener la cosa y la de tenerla como si se fuera titular del derecho que se va a adquirir por usucapición. La voluntad tiene una gran importancia en la *possessio ad usucapionem*. No sólo refiere la situación posesoria a un sujeto, sino que la relaciona con el título adquisitivo. HERNÁNDEZ GIL (13) observa que la posesión en concepto de dueño ostentada por persona distinta del propietario «apta para la adquisición del dominio» es, según el artículo 447, la que se adquiere y disfruta con este carácter, por lo que su determinación ha de efectuarse con referencia al momento adquisitivo.

Posee a título de dueño el que ha adquirido la cosa por un medio cualquiera de los que sirven para transmitir el dominio (14). Cuando no hay defectos legales que a ello se opongan, el mero poseedor adquiere el do-

(11) ALAS, DE BUEN y RAMOS: Cfr. «De la usucapición», Madrid, 1916.

(12) *Posesión y usucapición*, C. S. I. C., Madrid, 1972, págs. 89 y ss.

(13) «La función social de la posesión», Madrid, 1967, pág. 81, Publicación de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

(14) ALAS, DE BUEN y RAMOS, *op. cit.*, pág. 168.

minio de la cosa. Pero puede ocurrir que al transmitirse los bienes, la falta de algún requisito esencial impida la adquisición del dominio. Si la falta es tan grave que anula el acto jurídico, le impide producir efectos en lo sucesivo; pero puede no ser esencial, en cuyo caso el que cree haber recibido la propiedad recibe sólo la posesión. Esta posesión lo será en concepto de dueño si reúne los restantes requisitos citados, y podrá convertirse en propiedad por el transcurso del tiempo.

Todo ello nos lleva a considerar la íntima relación existente entre el concepto de dueño y el título adquisitivo.

Tratándose de personas físicas no hay problema, pero tratándose de personas jurídicas sí, pues es necesario determinar quién debe tener la voluntad de poseer en concepto de dueño, cosa que no resulta clara siempre.

* * *

Como dicen ALAS, DE BUEN y RAMOS (15), la exigencia de la buena fe añadida a la del título, quita a la usucapión ordinaria toda apariencia de una desnuda injusticia. La finalidad de la institución no es proteger el interés de los usurpadores, sino el de aquellas personas que adquiriendo las cosas con todas las formalidades esenciales exigidas por la ley y desconocedoras de un vicio fundamental existente en su adquisición, poseen las cosas pública, pacífica e ininterrumpidamente durante el plazo legal, con indiferencia de los propietarios que no se cuidan de su derecho.

El concepto de buena fe tiene una doble proyección: se puede hablar de buena fe en sentido moral y en sentido jurídico. La diferencia que separa a ambas es la misma que separa la moral del derecho (16). La moral hace referencia a la intención del sujeto, tiene un aspecto interno, mientras el derecho gravita sobre las relaciones sociales. Pero también en el derecho, la buena fe es creencia de igual modo que la buena fe moral; se funda únicamente en la convicción de no haber obrado en contra del derecho, en contra de la norma jurídica. Pero además se presenta como una exigencia de determinadas instituciones que refieren la buena fe a los requisitos y circunstancias que concurren en la institución de que se trate.

Desde nuestro punto de vista lo que nos interesa destacar de la buena fe es que tiene un carácter eminentemente interno, que tiene un contenido psicológico, lo que nos plantea el problema de si puede ser un requisito apto para ser cumplido por las personas jurídicas y por ello sí, en definitiva, podrán adquirir el dominio a través de la usucapión ordinaria ya que la

(15) *De la usucapión*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 1916, págs. 230 y ss.

(16) ALAS, DE BUEN y RAMOS, *op. cit.*, pág. 231.

extraordinaria no exige este requisito. ALAS, DE BUEN y RAMOS, cuya inspiración estamos siguiendo en este punto (17), estiman que así como se habla de una personalidad de los entes jurídicos diferente de la de los elementos que los constituyen, puede hablarse de una conciencia colectiva y por tanto de una buena o mala fe de las personas jurídicas. Esta buena o mala fe será, en definitiva, la de los «órganos de acción» de la persona jurídica en el acto de que se trate.

Pero esto no es decir mucho. En las personas jurídicas que son administradas por un órgano o representante único, evidentemente queda resuelto el problema, por lo menos en principio, pero en las personas jurídicas que, como muchas de las examinadas en este aspecto anteriormente, están dotadas de una pluralidad de órganos, se nos plantea el nuevo problema de resolver cuál de ellos debe ostentar la buena fe, teniendo en cuenta que esta buena fe ha de valer como buena fe de la persona jurídica y lo mismo cabe decir de la posesión en concepto de dueño.

La representación de las personas jurídicas presenta, como ya hemos dicho, caracteres análogos a la de los menores e incapacitados en cuanto que es una representación necesaria, pues tanto unas como otros sólo pueden obrar a través de sus representantes, pero difiere en que la de los menores es temporal y transitoria y la de las personas jurídicas es permanente. Nos interesa destacar la analogía, pues la consideramos fecunda en consecuencias y altamente esclarecedora en función del problema que fija nuestra atención.

La representación de los menores e incapacitados tiene naturaleza legal y se caracteriza por la incapacidad del representado para obrar por sí mismo y por el amplio contenido de sus facultades que vienen determinados por la ley. Con las debidas adaptaciones esto ocurre también con los representantes de las personas jurídicas, por lo que, repetimos, los requisitos de buena fe y justo título deben ser ostentados por ellos. Sin embargo, dado que las distintas personas jurídicas tienen según su naturaleza, como hemos visto, distintos órganos de representación y administración, interesa que nos refiramos por separado a cada una de ellas.

La buena fe y el justo título en los acuerdos de las asambleas de las personas jurídicas

La naturaleza jurídica de los acuerdos de los órganos colectivos de las personas jurídicas ha sido poco tratada por la doctrina civil. Los mercantilistas, por el contrario, le han dedicado importantes estudios, con refe-

(17) *Op. cit.*, pág. 243.

rencia, principalmente a las sociedades anónimas. Las conclusiones obtenidas son, sin embargo, aplicables a todo tipo de personas jurídicas; por lo que no hay inconveniente en que nos apoyemos en ellas en gran parte.

Para GARRIGUES y URÍA (18) el acuerdo de la junta general de una sociedad anónima es un negocio jurídico unilateral, aunque se forma por la coincidencia de voluntades individuales de los socios que votan a favor del acuerdo ya que éstas se funden entre sí para formar la voluntad colectiva, porque es una declaración de voluntad de una sola parte: la sociedad. Los acuerdos son, como actos, colectivos, pero como negocios, son unilaterales. Se trata de manifestaciones de voluntad unilateral, o mejor de manifestaciones unilaterales de voluntad.

ANTONIO BRUNETTI (19) opina que el acuerdo no es una suma de declaraciones, pues si fuese así las de sentido negativo al sumarse paralizarían las declaraciones en sentido positivo. En los acuerdos por mayoría nos encontraríamos con una fusión de la voluntad de la minoría con la de la mayoría.

El acuerdo como acto colectivo (suma de voluntades concordantes) es defendido, entre otros, por VASELLI (20), según el cual en la asamblea los socios no actúan como órganos, sino como partes de un órgano, por lo cual la voluntad colectiva se forma en virtud de la relación particular existente entre el socio como miembro de un órgano y la sociedad.

Para DONATI el acuerdo de la asamblea es un acto simple (21). Dice que el acuerdo de la asamblea (junta general) como órgano único es la voluntad de la sociedad, o sea, la voluntad de un sujeto único; es por ello un acto simple.

Por último, para FIORENTINO (22), el acuerdo es un acto colegiado. La asamblea actúa como cuerpo colegiado, por lo que sus acuerdos, por provenir de una sola parte, tienen carácter unilateral; de ellos emana la actividad social considerada como unidad. Es un negocio jurídico capaz de producir determinados efectos jurídicos.

A nuestro objeto únicamente nos interesa destacar que ya se consideran los acuerdos como actos unilaterales o complejos, colegiados, colectivos o simples, los autores están, en general, de acuerdo en que se trata de negocios jurídicos, o sea, de declaraciones de voluntad. Se discute si

(18) *Comentario de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1952, pág. 506.

(19) *Trattato del Diritto delle società*, Milano, 1949, pág. 326.

(20) *Deliberazioni nulle e annullabile delle società per azioni*, Padova, 1948, página 16.

(21) «Natura giuridica della deliberazioni de assemblea delle società commerciali», en *Scritti Giuridici in Memoria di Ageo Arcangeli*, Padova, 1939, página 47.

(22) *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, pág. 55.

es un negocio jurídico unilateral complejo, colegiado, simple o colectivo, pero por ser un negocio jurídico es siempre una manifestación de voluntad y no de conocimiento.

Nos interesa destacar esto también en relación con la buena fe, ya que siendo así no parece posible atribuir la buena o mala fe a un órgano que sería incapaz como tal de conocimiento (independientemente del conocimiento que puedan tener sus miembros como personas físicas). Y decimos esto porque la buena fe es un contenido psicológico, es una consecuencia del conocimiento del sujeto sobre determinada situación.

Pero llegados a este punto se nos presenta la duda de si las asambleas son en realidad incapaces de conocimiento, como tales asambleas o simplemente es que no ha sido suscitado el problema en este aspecto por carecer de interés.

Es evidente que la aprobación de los actos de sesiones anteriores supone un previo dar conocimiento a la asamblea, aunque a ésta no se le ha considerado nunca en su individualidad, sino como algo integrado en la aprobación o no de aquéllas que es un acto de voluntad. En definitiva, lo único que nos interesa afirmar, para no incurrir en divagaciones, es que las asambleas son también capaces de actos de conocimiento, aunque éstos no sean tan numerosos como los actos de voluntad.

Siendo las asambleas u órganos no permanentes capaces, pues, tanto de actos de voluntad como de actos de conocimiento, es necesario determinar, en aquellas personas jurídicas que disponen de un aparato representativo que comprende órganos permanentes y otros que no lo son, la mala fe de cuál de ellos puede impedir la usucapión ordinaria o si es necesario que ambos obren de buena fe. Téngase en cuenta que si cualquiera de ellos actúa de mala fe no podrá darse evidentemente esta forma de usucapión, pero puede ocurrir que uno de estos órganos, el no permanente no tenga buena ni mala fe por no haberse pronunciado en relación a la misma, por la ausencia de acuerdo sobre esta cuestión.

En principio, como ya hemos visto, los representantes de las personas jurídicas tienen una naturaleza muy próxima a los de los incapaces ya que actúa por éstas en razón a que ellas no pueden hacerlo por sí. Se trata de suplir la imposibilidad natural que tienen de actuar por sí mismas, por lo que la voluntad del representante vale como voluntad de ella, y lo mismo puede decirse de los contenidos mentales del mismo en cuanto hagan relación a asuntos de aquélla.

Las asambleas no permanentes de las personas jurídicas privadas suelen asumir un papel de control y dirección de la política de la entidad, proporcionando una o varias grandes líneas de actuación y acordando la realización de actos concretos, casi siempre a propuesta de los órganos per-

manentes, sin descender nunca a detalles de ejecución que quedan al conocimiento e iniciativa de éstos.

Respecto del problema de la buena fe, descendiendo al caso que nos preocupa, se trata de determinar en qué medida una asamblea puede tener conocimiento de que en el título o modo de adquirir una cosa exista vicio que lo invalide (art. 343) o de que la persona que transmite la cosa es dueño y puede transmitir el dominio (art. 1.950). Es posible el conocimiento individual de estas circunstancias por los socios que componen la Junta General, pero es prácticamente impensable un acuerdo sobre estos extremos de carácter concreto y específico; un acuerdo de la Junta que sería una manifestación de conocimiento que es en lo que consiste la buena y la mala fe y que resolvería la cuestión. El verdadero problema es en qué medida puede influir la situación de conocimiento de los socios sobre el acuerdo que decida la adquisición de una cosa para la sociedad cuando el transmitente no es el verdadero dueño, teniendo en cuenta que en este supuesto el acuerdo sería previo a la adquisición y, por lo tanto, el conocimiento se limitaría no a todos los vicios del título y modo sino únicamente al carácter de propietario del transmitente y a su poder de disposición; y en cuanto al título previsto a si éste es justo, o sea, si basta para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate (artículo 1.952).

La Junta difícilmente se pronunciará sobre estos puntos como tal Junta, como hemos dicho, pero entonces debemos determinar la trascendencia que la mala fe de los socios puede tener en la validez del acuerdo o, dicho en otras palabras, si se requiere o no unanimidad en la buena fe (por difícil que sea probar la mala fe). Creemos que bastará la mayoría de socios de buena fe para que el acuerdo deba tenerse por válido, pues al no establecer nada especial en la Ley de Sociedades Anónimas hay que aplicar las reglas generales.

La Junta General es el órgano soberano al que pueden referirse todos los actos y contratos de que son capaces las personas jurídicas, pero no actúa en representación de la Sociedad sino a través del consejo de administración, apoderado, director gerente...

Esta doctrina, aunque apoyada fundamentalmente en elaboraciones doctrinales mercantilistas y especialmente sobre sociedades anónimas, es aplicable a todo tipo de asambleas de personas jurídicas.

Como norma general, salvo en aquellos casos en que se exija unanimidad para la adopción de acuerdos, la mala fe de la minoría de los asistentes no se transmite a los mismos, siendo por tanto el acuerdo de buena fe. Será de mala fe cuando la mayoría actúe también de mala fe.

Vamos a examinar a continuación el comportamiento de las distintas clases de personas jurídicas en función de la buena fe y justo título de usucapión ordinaria.

LA BUENA FE Y EL JUSTO TITULO EN LAS DISTINTAS CLASES DE PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS

Sociedades civiles

Si se ha determinado que la sociedad sea representada por una sola persona, será ella la que deberá reunir los requisitos subjetivos necesarios para la usucapión ordinaria por parte de la sociedad. Si son varias con determinación de las funciones que corresponden a cada una, deberán actuar dentro de los límites de las mismas, y los requisitos subjetivos necesarios para la usucapión ordinaria aprovecharán a la sociedad en tanto en cuanto sean ostentados por el órgano representativo competente. Si se ha expresado que deben actuar conjuntamente, la mala fe de la minoría no trasciende a la sociedad salvo si se ha convenido que deben actuar por unanimidad, caso raro, pero no imposible. Si no se han determinado las funciones específicas de cada uno ni expresado que deban proceder conjuntamente, cada uno puede actuar en el ámbito general de sus funciones representativas, y la mala fe de la minoría de los administradores no afecta a la sociedad (23).

Sociedades colectivas

Hay que atenerse al artículo 128 del Código de Comercio, según el cual sólo los socios autorizados para usar la firma social la obligarán con sus actos y ellos son los que deben reunir los requisitos necesarios para la usucapión ordinaria. En caso de que sean éstos varios socios, la mala fe de la minoría no se transmite al acto, salvo que deban actuar por unanimidad.

Sociedades comanditarias

Habida cuenta de que esta clase de sociedades son administradas por los socios colectivos única y exclusivamente es aplicable a ellos cuanto

(23) Utilizamos la palabra administrador en sentido amplio comprensivo de actos de administración y representación.

acabamos de decir respecto de las Sociedades colectivas. Como según el artículo 148, 4.^a, del Código de Comercio los socios comanditarios no podrían hacer acto alguno de administración de los intereses de la Compañía ni aun en calidad de apoderados de los socios gestores, resulta que su situación de buena o mala fe en relación con la usucapión carece de trascendencia.

Sociedades anónimas

Ya hemos visto que como regla general la Junta manifiesta su voluntad con fines internos, aunque hay veces que se produce frente a terceros.

Siendo la Junta General el órgano soberano de la sociedad anónima deberá intervenir de buena fe en relación con el justo título en los actos que den lugar a la usucapión ordinaria, pero sólo cuando se sometan a su consideración, pues ordinariamente será el Consejo de Administración el que intervenga directamente en ellos, en cuyo supuesto se atribuirán al mismo estos requisitos. Tanto en un caso como en otro, la mala fe de la minoría no implica la del acuerdo.

Sociedades de responsabilidad limitada

Damos por reproducido aquí cuanto acabamos de decir respecto de la sociedad anónima en punto a los requisitos de la usucapión ordinaria en relación con sus órganos representativos.

LA BUENA FE Y EL JUSTO TÍTULO EN LAS PERSONAS JURIDICAS PUBLICAS

Administración del Estado

Organos unipersonales.—Los requisitos de buena fe y justo título exigidos para la usucapión ordinaria deberán ser cumplidos por la persona física que ostente la representación de derecho público, o sea, el Jefe del Estado, Presidente del Consejo de Ministros y Ministros.

Organos pluripersonales.—Hay que estar al régimen vigente en cada caso para tomar acuerdos. Por regla general, salvo que se exija unanimidad, la mala fe de la minoría no trasciende al acuerdo.

Administración Local

a) AYUNTAMIENTOS

El artículo 116 de la Ley de Régimen Local dice que corresponderá al Alcalde g) representar judicial y administrativamente al Ayuntamiento y Establecimientos que de él dependan y, en general, en toda clase de negocios jurídicos, pudiendo conferir mandatos para el ejercicio de dicha representación, y el artículo 121, 9.º, del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales habla de celebrar contratos a nombre del Ayuntamiento y suscribir escrituras, documentos y pólizas.

Según el artículo 121 de la Ley de Régimen Local corresponde al Ayuntamiento pleno, como órgano deliberante de la Administración Municipal c) la adquisición o disposición de bienes y derechos del municipio, y el artículo 122 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, en su apartado 5.º, se refiere también a la resolución de expedientes de adquisición o enajenación de bienes.

Como la adquisición de bienes es, según vemos, competencia del Ayuntamiento pleno, será este órgano el que deberá reunir los requisitos de buena fe en relación con el justo título que requiere la usucapión ordinaria. La mala fe de la minoría de los Concejales no determinará la del acuerdo. Siendo el Alcalde el órgano de representación legal del Ayuntamiento frente a terceros, también deberá éste reunir los citados requisitos además de ostentarlos el Ayuntamiento pleno, pues ambos deben intervenir en la adquisición dentro de los límites de su respectiva competencia.

b) DIPUTACIONES

Damos por reproducido aquí cuanto acabamos de decir respecto de los Ayuntamientos, sin más que sustituir el Alcalde por el Presidente de la Diputación y el Ayuntamiento pleno por la Diputación provincial (artículos 268, 270 y concordantes de la Ley de Régimen Local).

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS FISICAS QUE INTEGRAN LOS ORGANOS PLURIPERSONALES

Como hemos visto anteriormente, el carácter de los acuerdos en función de su buena o mala fe se rige por las reglas que cada persona ju-

rídica ha de observar para adoptarlos válidamente. En otras palabras, que cuando se exija unanimidad para la adopción de un acuerdo, será necesaria la buena fe de todos los miembros presentes para reputar dicho acuerdo de buena fe; pero cuando se exija mayoría simple, la buena fe de la mayoría será suficiente para reputarlo así. Si la mayoría actúa de mala fe no podrá hablarse de buena fe de la persona jurídica y lo mismo puede decirse del justo título. En este caso no será posible la usucapión ordinaria (hablamos, naturalmente, en el terreno de los principios, pues somos conscientes de la dificultad de la prueba).

La cuestión se plantea cuando el acuerdo es válido y debe reputarse tomado de buena fe a pesar de que alguno o algunos miembros del órgano conocían los vicios de la adquisición, cuando alguno o algunos miembros han actuado de mala fe. Como hemos visto, y repetimos, ha de reputarse que el ente jurídico ha obrado de buena fe, pero parece indudable que el perjudicado podrá dirigirse contra los miembros del órgano que lo hayan hecho de mala fe, silenciando una situación que les era conocida y contribuyendo maliciosamente a tomar un acuerdo que lesiona intereses de terceros. Se trata de una responsabilidad extracontractual que habrá que fundar en el artículo 1.902 del Código civil.

EL CORPUS

La posesión, como es notorio, está integrada por *corpus* y *animus*. Ya hemos hablado suficientemente de ésta; vamos ahora a referirnos al primero.

El hecho posesorio, el contacto físico con la cosa, puede tener lugar en las personas jurídicas a través de cualquier persona física que mantenga con ellas una relación de representación, administración o simplemente laboral, o que ejerza una función pública tratándose de entes públicos, aunque sea de tipo subalterno (cualquier funcionario) y tanto si se trata de funcionario en propiedad como contratado o interino.

CONCLUSIONES

De todo lo dicho, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1.º La actuación de las personas jurídicas se realiza a través de sus órganos de representación y administración (24), a los que ha de refe-

(24) No nos pronunciamos sobre si se trata de órgano o representante, pues esta cuestión carece de trascendencia a nuestro objeto; la utilización de una u otra palabra no implica que nos inclinemos por una u otra posición doctrinal.

- rirse la buena fe y el justo título, así como también la voluntad de poseer a título de dueño en materia de prescripción ordinaria. El problema, sin embargo, no es tan simple como a primera vista parece, pues al existir personas jurídicas con órganos representativos varios y pluripersonales nos surgen dos cuestiones: quién debe reunir los expresados requisitos y en qué medida los acuerdos de un órgano pluripersonal pueden ser influidos por la mala fe de sus miembros.
- 2.º Los expresados requisitos de tipo interno, intelectual o psicológico deben referirse al órgano individual o pluripersonal competente en orden a la adquisición del bien objeto de la usucapión y que de hecho haya intervenido en el negocio adquisitivo que sirva de título.
 - 3.º Tratándose de órganos pluripersonales, la mala fe de uno o varios de sus miembros trasciende al acuerdo únicamente en la medida en que la proporción de votos sea exigida para adoptar el mismo. Si se exige mayoría absoluta para tomar un acuerdo, la mala fe de la minoría no supone que el acuerdo esté tomado de mala fe; para que esto fuera así se requeriría la mala fe de la mayoría.
 - 4.º Aunque el acuerdo se repute de buena fe, los socios que hayan actuado de mala fe serán responsables frente al perjudicado que (salvando todas las dificultades de prueba) podrá exigirles la correspondiente indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 1.902 del Código civil.
 - 5.º El «corpus» puede ser hecho efectivo por cualquier persona física que tenga con el ente moral una relación jurídica de representación, mandato o simplemente laboral; y tratándose de personas jurídicas públicas, por un funcionario de las mismas.

CELESTINO A. CANO TELLO
Profesor Adjunto de Derecho Civil

Acerca de la propiedad en el *Code*

El *Code des français* logró prontas traducciones. Primero en Madrid en 1809, poco después—en un plazo de tres años—en Valencia, en 1812. Significaba la mayor difusión en España de las nuevas realidades que se asoman a una Europa liberal y revolucionaria por estos años y que—paulatinamente—habrían de imponerse en los diversos países y reinos. Los españoles a través de esta traducción, como directamente desde el texto original—el francés es la lengua de cultura del momento—conocieron sus disposiciones, mientras se sentían anclados en sus viejas leyes y códigos. Es más, a partir de 1833, en plena época liberal, cuando los resortes del poder absoluto se habían quebrado, todavía hubieron de vivir durante largos años—hasta el Código civil de 1888-1889—asidos a antiquísimos preceptos de *Partidas* y *Novísima recopilación*, es decir, a normas de cuerpos formados en siglos anteriores que poco tienen que ver con la nueva época. Verdaderamente resulta sorprendente esa pervivencia de viejas normas legales hasta épocas tan cercanas a nosotros. ¿Cómo es posible? En verdad el derecho civil posee unos ritmos lentos y, aún hoy, estamos viviendo con un código que casi cuenta una centuria. Pero es diferente, pues los principios del Código civil todavía están vigentes, mientras que los cuerpos legales del antiguo régimen se estructuraban desde principios muy dispares al liberalismo burgués.

Creo que un día será menester que profundice este tema. ¿Cómo fue posible que los liberales reglasen sus relaciones con viejos códigos tan distantes a ellos? Creo que el sendero hacia la explicación de esta realidad posee dos aspectos que son complementarios:

a) De un lado, la legislación liberal fue derogando aquellos preceptos de las viejas leyes que resultaban incompatibles con la nueva época.

Así pudo terminar con los bienes amortizados y derramarlos sobre la nueva clase que accedía al poder, pudo eliminar los señoríos y abolir las vinculaciones. Reformar la organización judicial o los municipios, el aparato burocrático del Estado... Pero no fue capaz de promulgar un Código civil en donde se sistematizaran los nuevos preceptos y se renovaran anticuadas normas. Hubo que esperar hasta bien avanzado el siglo para que se promulgase nuestro primer y único Código civil.

b) De otro lado, la doctrina supo encajar vieja materia en moldes y principios nuevos. Supo adaptar las disposiciones de *Partidas* a un marco político y económico distinto. GOROSABEL es, en este sentido, extraordinariamente significativo al recoger en líneas y sistemática del *Code* las antiguas leyes castellanas. La jurisprudencia debió hacer un uso adaptado de estas normas, salvando la distancia de tiempos y circunstancias... Un estudio detallado de las líneas del Tribunal Supremo nos llevaría a comprobar—creo—cómo es posible aplicar las normas de *Partidas* en un contexto nuevo y diferente; al fin y al cabo, eran normas romanas que señalaban una justicia abstracta que había podido plegarse a los diversos siglos...

En verdad, no está estudiado—salvo alguna excepción—este tránsito del derecho privado entre dos edades tan dispares. Su determinación sería del mayor interés, puesto que nos revelaría unos forzamientos y unas interpretaciones del derecho privado, que resuelve adaptaciones y nuevas situaciones desde unos mismos textos legales. Lo cual, más que una neutralidad del derecho, nos induciría a pensar en una posibilidad de adaptación de los textos abstractos desde nuevos dogmas y principios, una variabilidad basada en distinta interpretación y en unos hombres concretos que lo enseñan y aplican. En suma, una lejanía de las normas legales de derecho privado respecto de los concretos resultados de su aplicación y, en consecuencia, la escasa repercusión de las normas abstractas del derecho privado sobre su orientación general y sentido.

La traducción del Código napoleónico recogía sus artículos tras las reformas introducidas en 1806 por el propio Napoleón. Era—ciertamente—una regulación muy diferente de los viejos textos castellanos. Significaba una construcción desde nuevas ideas que había de completarse con los restantes códigos franceses para reflejar en toda su amplitud los cambios introducidos en Francia. Frente al antiguo régimen señorial y feudal, nobiliario y clerical, la revolución de 1789 había sentado principios nuevos derivados de unas realidades distintas. La burguesía revolucionaria al lograr el poder político y económico redacta y pone en vigor un sistema de propiedad distinto al que hasta entonces había servido para regular las relaciones entre los viejos estamentos. El *Code*—traducido—de-

paraba una perspectiva apta para entender, desde el derecho, un mundo nuevo... Cerca de quince años fueron precisos—de 1789 a 1804—para que la norma reflejase la nueva situación revolucionaria francesa. En España hizo falta más, quizá porque su revolución liberal fue más lenta o menos radical en sus transformaciones. Durante años, sin duda, necesitaría mecanismos de tránsito a falta de una legislación decidida y clara; la doctrina y la jurisprudencia debieron representar un papel de complemento para reinterpretar lo antiguo.

Hace poco ha aparecido en Francia un estudio interesantísimo sobre el *Code des français*. Me refiero al libro de A. J. ARNAUD: *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*. Con técnicas del estructuralismo nuevo realiza un profundo estudio de los preceptos del texto civil francés y nos depara una visión renovada y sugerente de su contenido y deseos, de sus determinaciones sobre la sociedad nueva. Se preocupa de las clases de personas y de sus relaciones jurídicas, incluidas las relaciones respecto de los bienes. Esquematiza las conexiones existentes desde su estructura y sentido con una precisión y finura que despierta la mayor atención. Pero en su construcción parece dejar en un segundo término las relaciones de propiedad, atendiendo más las personales. «De même—escribe—le fameux droit de propriété, apanage de la liberté et de la puissance absolues de l'individu, doit être considéré comme un type de rapport particulier, mais banal, entre une personne et un bien. Le statut de propriétaire est moins ...celui d'un détenteur de droits exorbitants sur la chose, que celui d'un «programmateur» disposant d'une gamme plus étendue que dans d'autres types de rapports, de possibilités d'action dans les relations civiles...» (págs. 147-148).

En cambio, la propiedad es la institución central en el Código francés, un auténtico eje y vértebra de toda su regulación. La sistemática así lo sugiere, pues las restantes instituciones se eslabonan en su alrededor; sólo el libro I *De las personas* presenta cierta independencia, centrado en la familia. El libro II trata *De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad* y el III *De los diferentes modos de adquirir el dominio*. Por ello, cuando nuestro Código civil de 1888-1889 difumine un tanto esta sistemática, logrará un equilibrio de extensiones, pero romperá esa certera dependencia de la propiedad que caracteriza al *Code*. Si la sistemática de SAVIGNI, después tan difundida, mejora la técnica desde un punto de vista formal y académico, oscurecerá, no obstante, aquel buen sentido francés, porque la propiedad nueva es el alma del derecho revolucionario, en civil como en mercantil, incluso en materias penales y públicas. Se suprime la confiscación de bienes y se mantiene la prisión por deudas, se regulan con buen cuidado los delitos contra la propiedad... La declara-

ción de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 comienza y acaba con preceptos referidos a la propiedad:

Art. 1. Los hombres nacen y permanecen libres y iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden ser fundadas sino sobre la utilidad común.

2. El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

17. La propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige evidentemente, y bajo la condición de una justa y previa indemnización.

Efectivamente, la propiedad como derecho y realidad supone un eje central, y en su torno giran todas las cuestiones del derecho privado y aun público. Incluso en materia de personas, me atrevería a afirmar que las relaciones personales se refieren primordialmente a quienes son propietarios: la ausencia está pensando en bienes, como también el matrimonio, la filiación o la tutela... Por debajo de estas instituciones latén relaciones económicas en torno de la familia. Se refleja la familia burguesa, de los poseedores de bienes. Porque los dos círculos de personas—o clases—que conviene distinguir en el estudio del código son propietarios y no propietarios, distinción esencial desde los albores de la edad contemporánea. En los arrendatarios de fincas rústicas o de servicios aparecen las clases más humildes, frente al resto del código destinado a los bienes de las clases más adineradas. Efectivamente, en los códigos modernos existen unas desigualdades patentes. Las antiguas desigualdades entre esclavos y señores, entre nobles y villanos van desapareciendo; ello es evidente. Pero en cierta manera aparece la fundamental entre propietarios y no propietarios. BENTHAM, gran conocedor de su época, distribuía a los hombres en los siguientes estados domésticos o privados: señor y servidor, tutor y pupilo, padres e hijos. Reconocía que la esclavitud terminaba, pero seguían existiendo unas desigualdades entre las personas que él no vio, quizá creyendo que sin los esclavos se alcanzaba una igualdad entre los hombres. La esclavitud quedaba relegada a sólo determinadas zonas y territorios—recuérdese el Código de Luisiana—, pero había desaparecido de la civilización europea. Padres e hijos, mujeres y maridos constituían diferentes clases, certeramente estudiadas por ARNAUD. Pero la distinción entre amos y criados, patronos y asalariados se mantenía, se vigorizaba. El proyecto español de 1821, que recientemente he estudiado (en *Anuario de Derecho civil*, 1973, 29-100) inspirado en BENTHAM, recogía mejor estas nuevas diferencias. La igualdad no existía tampoco en esta nueva etapa. Sus auto-

res—o su autor NICOLÁS MARÍA GARELLI—veía claro; la constitución de Cádiz suponía desigualdad:

... al crearnos una anchurosa libertad e *igualdad civil* dio por sentada la desigualdad que nace de la edad, fijando la necesaria para el ejercicio de los derechos más preciosos; la que proviene del sexo, limitando al varonil el desempeño de los cargos públicos; la que se deriva del estado de prosperidad, suspendiendo el ejercicio de la soberanía a los sirvientes domésticos, y el de la voz pasiva en las elecciones de diputados a Cortes (a su tiempo) a los que no posean una renta según los artículos 92 y 93; la que produce la educación e instrucción consiguiente, acordando la suspensión de los referidos derechos desde el año 1830 a los que no sepan leer y escribir; la que dimana de la condición, prescribiendo como una obligación la de respetar las autoridades establecidas. (Discurso preliminar, pág. 21.)

El proyecto establecería diferencias entre superiores y dependientes en sus artículos 455 a 476. La propiedad es decisiva aquí como en el Código francés, como institución fundamental de la nueva sociedad contemporánea. En la traducción se establecía su definición de esta manera:

544. La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos.

ARNAUD ha logrado un análisis penetrante de este artículo comparado con el 537. Los aspectos activo y teórico de uno y otro de los preceptos surgen de su comparación. Frente a la propiedad dividida del antiguo régimen resalta la exclusividad de utilización, que permite mantener a los demás apartados de la cosa. Frente a las propiedades comunes de los pueblos en que todos participan en cierta manera, ahora los propietarios pueden excluir...

Y esta idea de *exclusividad* y amplia utilización se confirma en otros varios artículos. Tal el 545: «Ninguno puede ser forzado a ceder su propiedad si no es que sea por causa de utilidad pública y precediendo una justa indemnización»; el mismo estado es limitado fuertemente respecto de posibles inmisiones en la propiedad de los bienes. O el 546 que—conforme a la vieja traducción que manejamos—establece: «La propiedad de una cosa, sea mueble o inmueble, da derecho sobre todo lo que produce y sobre todo lo que se le aumenta natural o artificialmente.» Viejos preceptos romanos convertidos en fórmulas de exclusividad. Una nueva clase propietaria representaba el poder político y social, había logrado que pasasen a sus manos buen número de propiedades y ahora consagraba con amplitud sus derechos exclusivos sobre las cosas y se veía confirmado en su poder de disponer de ellas. Mientras los viejos estamentos dominantes

del antiguo régimen poseían diversos modos de dominio sobre las clases inferiores—desde la jurisdicción a los privilegios feudales—, los nuevos señores hacían de la propiedad nueva su instrumento de dominio.

La propiedad liberal posee otra característica esencial: es propiedad *privada*. Al pronto, parece natural esta caracterización de la propiedad, pero es sabido que en el antiguo régimen las relaciones públicas y privadas se entrelazan alrededor del dominio de las tierras. Las extensas propiedades del rey y de la nobleza, de la iglesia, no estaban concebidos como un mero derecho exclusivo frente a los demás, sino que su disfrute engloba a las personas que los cultivan y trabajan por generaciones, adscritas—con mayor o menor fuerza jurídica y económica—a aquellas tierras. Siempre en beneficio—claro es—de los señores que poseen poderes que superan el simple disfrute y disposición de las cosas que consagra el Código de Napoleón. Por lo demás, los preceptos de éste atienden especialmente a la propiedad territorial, a los inmuebles que se consideran—por el todavía escaso desarrollo industrial—la base de la riqueza, la más importante. Como si recordasen todavía las estructuras sociales del antiguo régimen.

El estado liberal admite la propiedad privada de las cosas y restringe su dominio al máximo. Su presencia se manifiesta en los impuestos y en la reserva de zonas públicas mínimamente. Delimita el código con precisión el dominio público:

538. Los caminos, veredas y calles que están al cuidado del estado, los ríos sean o no navegables, las orillas, las ensenadas y bahías de la mar, los puertos, abras, radas y, en general, *todas las porciones del territorio de la nación que no son susceptibles de propiedad particular* —la expresión merece subrayarse en cuanto parece limitar al máximo el dominio público—, se consideran como dependencias del patrimonio público.

539. Todos los bienes vacantes y sin dueño y los de las personas que mueren sin herederos, o cuyas herencias se abandonan, pertenecen al patrimonio público.

540. Las puertas, muros, fosos y defensas de las plazas de guerra y de las fortalezas también hacen parte del patrimonio público.

541. Lo mismo sucede con los terrenos, con las fortificaciones y murallas de las plazas que dejaron de ser de guerra; pertenecen al estado *si no se han enajenado legítimamente* o si no se ha prescrito la propiedad contra el mismo estado.

Como puede apreciarse—los subrayados tienden a hacerlo notar—el dominio público se limita al máximo. Si en el antiguo régimen se procura no desmembrar el patrimonio del monarca—aparte el eclesial y nobiliario—ahora el sector público tiende a reducirse a un mínimo. Las tierras y los bienes para los particulares. Las desamortizaciones de los bienes públicos buscan precisamene esta finalidad.

Además la nueva propiedad es *individual*. Las propiedades antiguas suelen favorecer a varias personas, a varios titulares, en más de un sentido. Por de pronto, es usual que el mismo dominio se divida entre dos titulares, se partan las facultades que el mismo supone. En los censos y enfiteusis, en las formas de aprovechamiento agrario del antiguo régimen, es usual que el señor reserve el dominio directo—con jurisdicción y rentas varias—, mientras cede el útil al cultivador de la tierra. Varios están ligados en torno a una misma tierra, los señores reciben buena parte de los frutos por razón de su dominio directo, los campesinos, sin embargo, son también propietarios de la tierra y quedan de esta manera adscritos por sus necesidades. El Código francés no gusta de estas divisiones. Una propiedad para una persona. La propiedad es unitaria. Desde otro punto de vista proclamará que la propiedad del suelo incluye «la propiedad de la superficie y del fondo» (art. 552), conforme al viejo adagio romanista. El propietario puede hacer todas las plantaciones y edificios que juzgue convenientes, a salvo las servidumbres reales.

Pero esta limpieza de adherencias que debe poseer la propiedad se muestra evidente en la regulación de los derechos reales, únicas formas—aparte de la propiedad—para establecer relación con las cosas.

El usufructo parece limitarse para que no se convierta en relación por tiempo indefinido. Termina en el período fijado o por muerte del usufructuario. Si se concede a personas jurídicas durará treinta años (arts. 617 y 619). La propiedad sólo se divide transitoriamente, nunca para siempre. Las servidumbres, por su parte, se determinan específicamente, para que no pueda volverse a situaciones anteriores. Unas provienen de la posición de las fincas, otras por utilidad general—senda a la orilla de los ríos navegables, construcción de caminos u obras públicas—, o por exigencias de policía rural y urbana, vistas, pasos, lluvias, tejados... «Es lícito a los propietarios establecer sobre sus propiedades o en favor de ellas las servidumbres que les pareciera, con tal que los servicios no se impongan ni a la persona ni en favor de la persona, sino solamente sobre una finca o en favor de otra finca y con tal que no tengan por otra parte nada contrario al orden público.» Las servidumbres feudales han terminado. Se corta cualquier posibilidad de relaciones del antiguo régimen entre personas y tierras.

Asimismo las antiguas formas de explotación de la tierra de tipo censos, que podían limitar esta propiedad exclusiva e individualizada deben desaparecer. Los señores reconocían la propiedad útil de los campesinos a través de los censos enfiteúticos, o incluso toda la propiedad para el cultivador en otros casos, porque dadas sus facultades y poderes, la distancia entre sus posiciones sociales, jurídicas y económicas no pueden tener

demasiado. Las revueltas de campesinos son sofocadas, los derechos del señor mantenidos... En cambio, la burguesía o los propietarios en el nuevo estado deberán contar con una propiedad nítida, clara... Se hace de ella instrumento de dominación más sutil. Por ello, no reconocerán derechos reales en los asentamientos de las tierras que son suyas y exclusivamente suyas. Las tierras—como las casas o las personas—se arrendarán.

Se llama *alquiler* la locación de las casas y de los muebles. *Arrendamiento*, la de las haciendas de campo. *Salario*, la del trabajo o servicio. *Aparcería*, la locación de los animales... (art. 1.711).

Veamos la situación de los arrendatarios que hace aparecer en el código una clase inferior a la de los propietarios. Su situación no es, ciertamente, envidiable.

El contrato puede hacerse por escrito o verbalmente. En el último caso, si se niega su celebración no cabe otra prueba sino diferir el juramento a quien lo niega. Si se duda del precio decide el propietario por juramento, salvo que el arrendador prefiera la tasación judicial a su costa... Incluso se limita, en ciertos casos, la posibilidad del subarriendo (artículos 1.714-1.717, 1.763).

Las obligaciones por ambas partes son muy distintas. El propietario se limita, prácticamente, a entregar y mantener la cosa «en estado de servir para el uso para que se arrendó» (art. 1.719, 1.º y 2.º), y apenas más. Aunque se compromete a asegurar el disfrute pacífico de la cosa, sólo interviene caso de discutirse la propiedad, pues cualquier otra perturbación corresponde al arrendatario (arts. 1.719, 3.º, 1.725-1.727). Las obligaciones de éste se describen en forma limitada en el artículo 1.728; estaría obligado «1.º A usar de la cosa arrendada como buen padre de familia y según su destino... 2.º A pagar el precio del arrendamiento en los términos pactados». Sin embargo, otros numerosos preceptos nos revelan toda la amplitud de las cargas que soporta en estas relaciones. Veamos de resumir su situación, sus responsabilidades. Si destina la tierra a otro uso o no se aplica con diligencia a su cultivo, si lo abandona o no posee las bestias y utensilios necesarios, se rescinde el contrato con indemnización de daños y perjuicios (arts. 1.766, 1.764, 1.729). Si el propietario vendiera la finca puede echarle, a no ser que sea por tiempo determinado en la escritura; sin embargo, siempre puede reservarse esta facultad, abonando daños y perjuicios de una tercera parte del precio del arriendo durante el tiempo que falte (arts. 1.743-1.751). La propiedad pues, a efectos de venta, apenas queda limitada durante el tiempo del arrendamiento.

Mas continuemos esbozando la situación de los partícipes en esta relación jurídica. Si al celebrarse el contrato resulta la cabida menor o mayor

en una vigésima parte, podrá pedirse una rebaja proporcional, o bien aumentar el precio del arriendo o desistir de él (art. 1.765, en relación con 1.617-1.618). Aquí la solución es equilibrada, quizá porque procede de una remisión a la compraventa. En cambio, en otros artículos se refleja la peor situación de arrendatario. Si el contrato es por un año y se pierde por caso fortuito la cosecha en más de su mitad, cabe pedir rebaja proporcional, pero si es por varios años la pérdida podrá compensarse por las cosechas precedentes; en todo caso, la rebaja se hará al finalizar el contrato, aunque el juez puede dispensar provisionalmente de pagar una parte del precio proporcionada a la pérdida sufrida. En todo caso hay excepciones, cuando los frutos ya están separados de la tierra y se pierden —a no ser que se pague en especie—, cuando el daño ya existía y era sabido en la época que se otorgó el contrato o cuando se estipule que responde del caso fortuito ordinario como piedra, fuego del cielo, helada, sequía... (arts. 1.769-1.773). Llegado el fin del contrato de arrendamiento, debe devolverla tal como se describe en la escritura—salvo fuerza mayor—o en buen estado. Responde de los deterioros, salvo que demuestre ser sin culpa... (arts. 1.774-1.778, 1.730-1.733). En resumen, ésta es la situación de los nuevos cultivadores de la tierra. Sobre elementos romanos y del derecho anterior se regula la relación entre propietarios y clases humildes, sin muchos medios y que viven de su trabajo agrario.

Desde otro punto de vista resalta el carácter individual de la nueva propiedad, que contrasta con las viejas comunidades de los pueblos. El *Code* las conoce, pero no se interesa por ellas. El artículo 542 establece una definición: «Bienes comunes son aquellos a cuya propiedad o producto han adquirido derecho los habitantes de uno o muchos pueblos.» Parece que son una propiedad que se desvía del nuevo modelo y se regula por leyes especiales, por el Código forestal más adelante. Pero también se eluden porque no interesa la comunidad.

El Código francés de 1804 no gusta de propiedad en común en ningún caso. Está dispuesto a hacerla desaparecer aun en los casos más usuales, más inocuos para sus concepciones. Una propiedad, un propietario. «Si una cosa común a muchos no puede dividirse cómodamente y sin pérdida, o si en una partición de bienes comunes hecha amigablemente hubiese algunos que ninguno de los comparticioneros pueda o quiera admitir, se procederá a su venta en subasta y su precio se divide entre los copropietarios» (art. 1.686).

Por último, vemos que la propiedad liberal significa asimismo una mayor *disponibilidad* y *fluidez*. La Iglesia, la nobleza o el monarca reunían en sus manos grandes extensiones de tierras amortizadas que no podían salir—o sólo con dificultad—al comercio. En Francia se confiscó y

dispuso de los bienes de los estamentos privilegiados. La propiedad era para todos y debía circular libremente. Si bien se limitó a unos cuantos, es posible que en mayor número que antes a quienes fueron capaces de adquirirla arrojándose sobre las tierras que constituían la base de los estamentos dominantes del antiguo régimen. La propiedad fluye con mayor facilidad y en este sentido es posible resaltar dos aspectos del Código francés.

1.º En primer término el carácter obligacional de la venta exigía, conforme al Derecho romano, la posterior entrega de la cosa. Sin embargo, el *Code* facilitaría que por el simple contrato de compraventa, se llegase a adquirir la propiedad. Es la forma más sencilla.

1.582. La venta es un pacto por el cual uno se obliga a entregar una cosa y otro a pagarla.

Puede hacerse por acta pública o por acta privada.

1.583. Queda perfecta la venta entre las partes y el *comprador adquire la propiedad* con respecto al vendedor, desde que se convinieron en la cosa y en el precio, aunque ni la cosa se haya entregado ni se haya pagado el precio.

El tono general del código en las transmisiones *inter vivos* muestra marcados deseos de facilitar la venta y la circulación de la propiedad. «Puede hacerse la venta pura y simplemente o bajo cierta condición, bien suspensiva, bien resolutoria. Puede también tener por objeto dos o más alternativas», señala el artículo 1.584. Y al establecer la capacidad se da comienzo por un artículo ampliamente permisivo, el 1.594: «todos aquellos a quienes la ley no se lo prohíbe pueden comprar y vender»; enumerando después las limitaciones. O el 1.598: «Todo lo que está en el comercio de los hombres puede venderse cuando su enajenación no se haya prohibido por algunas leyes particulares.» Se busca facilidad para disponer y fluidez, realidades muy distintas a las existentes en el anterior régimen con propiedades anquilosadas por la amortización y trabadas por diversos vínculos.

2.º En segundo lugar, en las transmisiones *mortis causa* las limitaciones, los vínculos, se miran con desconfianza. Se reducen las incapacidades para heredar o las causas de indignidad—de vieja raigambre—. Se huye de la indivisibilidad de los bienes que sólo puede pactarse por cinco años, renovables (arts. 725-730, 815). Se regula la sucesión *ab intestato* hasta el 12.º grado, después los hijos naturales y el cónyuge y, en su falta, pasan al estado (arts. 723, 731-755, 756-766, 767-773). Un sistema de legítimas existe en el código como *parte de los bienes disponible*, entre vivos y por testamento. A saber, si se tiene un hijo legítimo puede disponer de la mitad, si dos del tercio, y de la cuarta parte si dejare tres o más. Si deja ascendientes dispone de la mitad, pero si éstos pertenecen

a una de las líneas, hasta tres cuartas partes. «En falta de ascendientes y de descendientes, las liberalidades por acta entre vivos o por testamento podrán comprender la totalidad de los bienes», establece el artículo 916.

Por fin puede detectarse en el Código francés un auténtico horror por las vinculaciones. Las sustituciones sólo las admite en favor de nietos o hijos de hermanos o hermanas. Sin embargo, en la vieja traducción que manejo, tras la reforma posterior, volvían a aparecer excepcionales las vinculaciones. Por acta imperial de 30 de marzo de 1806 y senadoconsulto de 14 de agosto, las admitía como especial concesión del emperador de los franceses. Las viejas vinculaciones rebrotaban.

Cuando S. M. lo juzgue conveniente, bien sea para recompensar grandes servicios, bien para excitar una útil emulación o bien para contribuir a la mayor brillantez del trono, podrá autorizar a una cabeza de familia a que sustituya sus bienes libres para formar la dotación de un título hereditario que S. M. erija en su favor, reversible a su hijo primogénito o por nacer y a sus descendientes en línea directa de varón en varón, por orden de primogenitura.

Esta permisión altera la primera idea del *Code*, se incrusta como cuerpo extraño en su lógica y nueva regulación de la propiedad. Después, desaparecería, como mero recuerdo de tiempos y realidades muy diferentes. Hubiera sido dique y dificultad para la fluidez y disponibilidad constante de la propiedad.

En suma, he aquí una serie de connotaciones de la propiedad liberal—cercana a la actual—que la diferencia brusca y radicalmente del antiguo régimen. Los poderes de los estamentos privilegiados—distinto derecho, jurisdicción, riqueza—desaparecen y el derecho de propiedad y la tenencia de las cosas hace aparecer una clase nueva... Sus derechos se marcan con un carácter de exclusividad o posibilidad de relacionarse con la cosa excluyendo a los demás de ella. Cada persona dispone de su propiedad con toda amplitud, en su goce y disfrute como en su posibilidad de enajenarla. La propiedad—como realidad—se transforma en instrumento de poder y dominio; el derecho de propiedad—consagrado en el *Code*—depara armas y prohibiciones, derechos y obligaciones para esta nueva utilización de las tierras y propiedades.

Es evidente que los liberales son muy conscientes de su nueva posición y deseos. La propiedad es para ellos el centro de su dominio. Todo lo demás está subordinado a ella. No hace mucho, un buen amigo mío, JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ me facilitaba un precioso texto del redactor del Código portugués: «A nossa existencia, a nossa liberdade, o nosso passado, o nosso futuro, a industria, a sciencia, as artes, a moral, e a mesma religião, tudo se liga e prende à questão de Propriedade, unico princi-

pio e fim da sociedade...» (ANTONIO LUIZ DE SEABRA: *A Propiedade. Philosophia do Direito...*, II, Coimbra, 1850, pág. 1).

Podían encontrarse otros, quizá tan significativos como éste. Por ejemplo, GÓMEZ DE LA SERNA, en sus *Elementos del Derecho civil y penal de España*—Madrid, 1840—escribía:

La propiedad, tan antigua como el mundo, no es resultado de las leyes positivas, es hija de la constitución de nuestra existencia y de las distintas relaciones que tenemos con los objetos que nos rodean. Base de todo el edificio político ha dado al hombre el señorío de la tierra, ha civilizado la sociedad y ha producido el amor a la patria y a la familia (I, 92).

No hace mucho terminé el estudio de un proyecto de Código civil de 1821, que se ha publicado en el *Anuario de Derecho civil*. Entonces deploraba que por ser inacabado no era posible entender bien las nuevas ideas... La lectura del magnífico libro de ARNAUD, que abre nuevos caminos para el estudio del Derecho, me suscitó una serie de vivencias, de sugerencias... Y leyendo la primera traducción del *Code* pensé que era posible pergeñar unas páginas—como ensayo menor—para ordenar mis ideas. Una especie de esquema genérico—unas notas—sobre el significado de la propiedad a partir de la edad contemporánea. Sin mayores pretensiones.

MARIANO PESET REIG

JURISPRUDENCIA

I. Jurisprudencia comentada

Tres apuntes a la jurisprudencia sobre gananciales

I. UN BIEN PRIVATIVO COMPLETAMENTE GANANCIAL: EL DIVIDENDO SATISFECHO EN ACCIONES

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1976, *López vs. Yordán*. Referencia del Colegio de Abogados, 13-1976. Ponente, Sr. Díaz Cruz.

En trámites de liquidación judicial de la comunidad de gananciales, la parte demandada recurre contra la sentencia de instancia, planteándose en revisión precisiones sobre varios aspectos, algunos de los cuales son aceptados por el Alto Tribunal. De ellos, y siguiendo los trámites de admisión del propio Tribunal, nos interesa la afirmación del Tribunal *a quo*, transcrita en la sentencia de revisión, de que «un dividendo pagado en acciones sobre acciones privativas resulta ser un bien ganancial». El interés deriva de que el Tribunal *ad quem*, entendiendo en este punto concreto, casa la sentencia en ambos efectos, viniendo a determinar el carácter privativo de dicho dividendo.

No recoge la sentencia la relación de hechos, limitándose a consignar la frase entrecomillada, lo cual resulta un poco extraño, pues la simple frase, evidentemente, podría ser deficiente expresión de una hipótesis muy distinta. No obstante, si vale para el Tribunal Supremo, debe valer para nosotros. Razón por la cual habremos de opinar acerca de si «un dividendo pagado en acciones sobre acciones privativas resulta ser un bien ganancial», limitando los datos fácticos a los que resultan de esta frase, medio y método que es el empleado, precisamente, por el Alto Organismo.

También resulta un poco extraña la serie de argumentos que emplea el Tribunal Supremo: partiendo de la consideración de que toda sentencia es expresión de un *juicio*, por lo que intelectual, el Organismo judicial se limita a citar argumentos de autoridad (lo que tampoco es inoportuno si se preceden de la autoridad de los argumentos); pero extrañamente ninguno

de los argumentos tienen que ver con el caso de «un dividendo pagado en acciones sobre acciones privativas» para resultar un bien privativo (conclusión de la revisión).

La trama del caso es muy simple y, por lo que luego diremos, parece ser que (siempre ajustándonos a la frase que el Tribunal detecta como únicos «hechos») la revisión ha confundido el abono de un dividendo, que no se paga en metálico, sino en acciones expresivas de un aumento de capital, con los beneficios que puedan derivar de una variedad de acciones *especiales*, que ciertamente no tienen por qué ser dividendos, al no ser frutos.

El esqueleto de la opinión de la revisión es claro: pretender acreditar que un dividendo satisfecho en acciones, al no ser fruto, no puede configurarse como atribuible a la comunidad de gananciales, por lo que deviene en bien privativo del titular de las acciones que dan derecho al «dividendo satisfecho en acciones». Para llegar a tal conclusión, el Tribunal confunde muchas cosas, entre ellas las respectivas tesis de las autoridades que cita y, desde luego, las diversas modalidades de acciones.

Los argumentos de autoridad son: *a)* la obra de FLETCHER (1); *b)* una referencia a PUIG BRUTAU (2); *c)* el artículo de José Luis ALVAREZ ALVAREZ sobre el tema (3). La alusión a FLETCHER tiene por finalidad reforzar la explicación acerca de los fines de la capitalización en las sociedades anónimas (o corporaciones), lo cual, sin mengua de acierto, no tiene nada que ver con el caso debatido. La referencia a PUIG BRUTAU no se acaba de comprender, pues, en la página y edición que se citan, el distinguido jurista, luego de recoger el pensamiento de ROCA SASTRE (4) y la sentencia del Tribunal Supremo de España de 8 de noviembre de 1893, relativos ambos a situaciones de acciones con prima, se preocupa de la emisión de acciones con cargo a reservas, y ni lo uno ni lo otro guardan relación con «un dividendo pagado en acciones». La cita de ALVAREZ ALVAREZ, más extensa al tiempo que reiterada, parece ser la base fundamental en que descansa el fundamento de la sentencia en revisión. El problema es que el mismo ALVAREZ ALVAREZ en varias ocasiones dice lo contrario de lo que se le pretende hacer decir.

Discrepamos por ello de la opinión emitida por el Alto Organismo y, desatadamente, de sus escarceos pseudológicos, que responden—por la apariencia, único dato que proporciona la sentencia en su referencia a los «hechos»—a la vieja técnica de «dar gato por liebre».

Si se observa el esquema de la sentencia, se ve que el Tribunal analiza qué son bienes gananciales, concluyendo tal carácter para los frutos, incluso de bienes privativos, si se devengan durante el matrimonio. De ahí se pasa a analizar qué es la actividad, configurándola como cuota perteneciente al accionista en la propiedad de la corporación (5), y de ahí se pasa a afirmar que «un dividendo en acciones es aquel que se paga en acciones reservadas o adicionales emitidas de la corporación, resultando en una conversión de ganancias en capital e implica la continuación de la corpora-

(1) *Private Corporations*, vol. 2.º, ed. 1971.

(2) *Fundamentos de Derecho civil*, IV, vol. 1.º, pág. 646, ed. 1967.

(3) El aumento de capital de las sociedades anónimas y la sociedad de gananciales, A. A. M. N., XIII.

(4) *Naturaleza jurídica de la aportación social*, conferencia dada en Valencia en 26 de mayo de 1945, en cita de PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 646, nota 122.

(5) Aquí aparece ya un primer fiasco, ya una expresión poco afortunada. La acción no es una cuota sobre «la propiedad de la corporación», sino la representación proporcional del capital social. «La propiedad de la corporación» lo es el patrimonio social, concepto que nada tiene que ver con el capital (cfr. GARRIGUES, J.: *Derecho mercantil*, I, págs. 362 y sigs., 2.ª ed.). Distinto es que por aumentar el patrimonio social la cotización de la acción suba o, en la inversa, baje. La afirmación de la sentencia solamente es admisible en la fase de liquidación de la sociedad y allí cuando capital social y patrimonio social son aritméticamente iguales; situaciones ambas que no son normales, y en Derecho es lo normal lo que usamos para precisar conceptos (cfr. GARRIGUES, J.: *Op. cit.*, I, páginas 377 y sigs.).

ción con los mismos activos y pasivos», insistiéndose, con pretensiones de fundar la opinión en ALVAREZ ALVAREZ, que sólo el beneficio repartido se puede considerar fruto; «que las nuevas acciones con cargo a reservas han de seguir la suerte del capital social ya existente y, por consiguiente, han de ser un valor privativo». Excelente ensalada jurídica la hasta aquí volcada, pues se confunde el dividendo satisfecho en acciones con unas supuestas acciones reservadas, y el dividendo satisfecho en acciones con acciones emitidas con cargo a reservas, todo ello como si fuesen conceptos iguales. Si, ciertamente, en los hechos del caso, hay acciones con cargo a reservas, acciones reservadas, etc., es decir, otra cosa distinta a «un dividendo satisfecho en acciones», creemos que es obligación del Tribunal indicarlo. Como no lo hace, hemos de insistir en que se trata simplemente de «un dividendo satisfecho en acciones». Y así citar a PUIG BRUTAU y a ALVAREZ ALVAREZ es hacerles flaco servicio, pues ninguno de los dos ha afirmado nunca algo parecido.

Al tratar de los bienes gananciales, PUIG BRUTAU analiza el problema de las acciones de una sociedad que conceden al accionista un derecho de suscripción preferente de nuevas acciones, viniendo a defender, en tesis no combatida ya por nadie, el carácter privativo de las nuevas acciones suscritas, ya que el derecho de suscripción preferente deriva del régimen de la acción original, la cual, en cuanto acción, es privativa—si se suscribió y desembolsó con bienes privativos—, y, ciertamente, nadie pretende calificar el derecho de suscripción preferente como fruto.

Continúa PUIG BRUTAU analizando la situación de emisión de acciones con prima, prima que no es sino una manifestación económica del derecho de suscripción preferente, no empuja el criterio que, para calificarlo como ganancial, sentó la sentencia del Tribunal Supremo de España de 8 de noviembre de 1893. Y, finalmente, acomete PUIG BRUTAU el problema del aumento de capital con recursos propios de la sociedad anónima, esto es, ampliación de capital a cuenta de reservas disponibles.

Sin embargo, en ninguna parte, no ya de la página, sino del epígrafe correspondiente, se lee que el dividendo pagado en acciones nuevas sea un bien privativo. Muy por el contrario, en las páginas 644 y 645 de la obra plantea PUIG BRUTAU que no hay duda de que los dividendos son el fruto o rendimiento de la acción, y que si son repartidos durante el matrimonio tienen carácter ganancial. Inmediatamente pasa a analizar el supuesto de emisión de nuevas acciones en situaciones en que los accionistas tienen derecho de suscripción preferente, matizando que «cuando no existía el *derecho de preferente suscripción*» establecido por disposición legal, podía discutirse si la pertenencia o titularidad de las nuevas acciones, en el sentido de si serían privativas o gananciales, dependía del origen de la aportación social en cuya virtud se adjudicaban...». Es entonces cuando el ilustre Abogado de Barcelona pasa a escribir aquello que el Tribunal Supremo cita, y que nada tiene que ver con los hechos del caso objeto de la revisión.

★ ★ ★

Cuando José Luis ALVAREZ ALVAREZ publica su artículo sobre *El aumento de capital de las sociedades anónimas y la sociedad de gananciales*, la finalidad perseguida por quien en su día fue *el niño* de los Notarios de Madrid era la de rectificar una exagerada tendencia de la jurisprudencia española, para la cual todo lo producido por una acción en una sociedad capitalista, adquirido durante el matrimonio, tenía que ser ganancial (6), por estimarse fruto de la acción. El criterio de ALVAREZ ALVAREZ, que expresa claramente

(6) Cfr. sentencias del Tribunal Supremo de España de 9 de noviembre de 1891, 8 de noviembre de 1893, 14 de mayo de 1929 y 31 de mayo de 1930.

y de forma reiterada a lo largo de su magnífico artículo, es que tal afirmación puede ser, por lo menos, exagerada (7). Exageración derivada de que muchas facultades y derechos que derivan de la acción no son *fruto*, sino derechos y facultades atribuidos exclusivamente al accionista (v. gr., el derecho de voto, de suscripción preferente, etc.).

Para acreditar el carácter excesivo dado por la jurisprudencia española a la condición de fruto y ganancial de lo producido por la acción, distingue ALVAREZ ALVAREZ diversas modalidades de aumento de capital en la sociedad anónima, distinciones que no existen en la jurisprudencia española, por él analizada y criticada negativamente.

En efecto, examina detalladamente ALVAREZ ALVAREZ las sentencias del Tribunal Supremo español que, con cierta alegría intelectual, atribuyen carácter de ganancial a todo lo derivado de la acción, como ya se apuntó, sin distinguir, lo que sí hace ALVAREZ ALVAREZ, las consecuencias derivadas de la acción *per se*, que son referibles simplemente al titular, y los productos o frutos que derivan de la acción, que son referibles al patrimonio ganancial. La tesis que, en la sentencia que analizamos, pretende defender el Tribunal Supremo de Puerto Rico, parece ser: que toda acción implica el derecho de suscripción preferente, por lo que no produce frutos, y todo dividendo recibido de dicha acción que se abone en nuevas acciones, no es tal dividendo, por no ser fruto, sino resultado de la preferencia en la suscripción de nuevas acciones. Diferentemente, ALVAREZ ALVAREZ hace depender el carácter privativo o ganancial de «nuevas acciones emitidas y suscritas durante el matrimonio» de que las aportaciones sean privativas o gananciales, de la titularidad de las antiguas acciones y del derecho de suscripción preferente: amplio acondicionamiento, pues.

Concretamente, en el estudio que hace ALVAREZ ALVAREZ de la sentencia española de 9 de noviembre de 1891, deja en suspenso la condena absoluta de la misma porque el fallo se justificaba por diversas razones, entre las que cita: «2.º Parte de las acciones se entregan como pago de dividendos» (8). Refiriéndose a la sentencia de 14 de mayo de 1929, deja a salvo en la misma aseveración de que «no cabe duda que están comprendidos los productos, rendimientos o utilidades que se obtengan de los valores, ya se llamen dividendos o beneficios, en los artículos 1.385 y 1.401» (9), lo que es conforme—escribe ALVAREZ ALVAREZ—. «Hace afirmaciones igualmente correctas—continúa—y el fallo, que termina reconociendo el carácter ganancial a las acciones entregadas a los socios con cargo a bonos que se habían repartido y entregado como dividendos, es igualmente admisible.» Con lo cual, en dos concretas ocasiones, ALVAREZ ALVAREZ afirma lo contrario de lo que la sentencia que comentamos pretende atribuirle.

Cuando el citado autor analiza la sentencia de 31 de mayo de 1930, no está conforme con la afirmación, vista en abstracto, que en sus resultandos se efectúa, aunque acepta completamente el fallo judicial, puesto en relación con los hechos concretos (emisión de acciones con suscripción en metálico, que no se probó fuesen bienes privativos, sin distinguir entre el derecho de suscripción y acciones suscritas), en que «se llega a la conclusión de que las nuevas acciones son plenamente gananciales» (10). Condena seguidamente ALVAREZ ALVAREZ la sentencia de 18 de abril de 1934, que

(7) «Tal afirmación es, ya veremos, excesiva. Mi opinión personal es que las acciones nuevas, por suscribirse durante el matrimonio, no han de ser gananciales, sino que depende no sólo de que las aportaciones sean privativas o gananciales, sino también de la titularidad de las antiguas acciones y del derecho de suscripción» (ALVAREZ ALVAREZ, *loc. cit.*, pág. 230).

(8) ALVAREZ ALVAREZ, *ibidem*, pág. 231.

(9) El artículo 1.385 del Código civil español no tiene correspondencia con el articulado del Código civil de Puerto Rico. El artículo 1.401 del Código civil español es correspondiente con el artículo 1.301 del Código civil de Puerto Rico.

(10) ALVAREZ ALVAREZ, *loc. cit.*, pág. 233.

califica la plusvalía de acciones como bien ganancial, cuando su carácter privativo es incuestionable por no ser fruto de la acción.

En la página 247 de su artículo comienza ALVAREZ ALVAREZ a tocar de nuevo un punto que interesa al caso aquí objeto de interés. En concreto, escribe: «Ni el derecho de suscripción es un fruto ni muchísimo menos las acciones, por las que hay que desembolsar un precio. Es decir, como se ha dicho con frecuencia, que las acciones nuevas son fruto de las antiguas no es verdad, ni aun en el caso de que se entreguen con cargo a dividendos, que es donde únicamente cabría la duda.» Y debemos preguntar nosotros, ¿por qué la duda? Porque en este caso, para que las nuevas acciones no sean fruto ni gananciales, es menester que «el aumento se ha de realizar así: se acuerda el aumento y se acuerda el dividendo repartible aplicándolo a suscribir nuevas acciones, con lo que hay en el fondo el derecho preferente de los socios y pago de valor de las acciones».

Pero la sentencia en revisión no analiza una *emisión de nuevas acciones con cargo a dividendos*, lo cual debe hacerse como dice ALVAREZ ALVAREZ, sino un *dividendo cuya satisfacción se realiza en acciones*, cuyo proceso de realización es completamente inverso. Confundir ambas situaciones no es, evidentemente, estimulante.

Cuando se emiten acciones con cargo a dividendos, el organismo encargado de la gestión del patrimonio social lo que decide es realmente una capitalización de la sociedad y no un reparto de dividendos, decretando así la pertinente ampliación de capital y suprimiendo la distribución de dividendos, pues las cantidades que habrían de repartirse en tal concepto van a cubrir la emisión de acciones. Distinto es que el organismo gestor decida distribuir dividendos, y al momento de abonarlos entregue nuevas acciones o acciones liberadas en pago de los mismos. El procedimiento interno para alcanzar ambos fines es muy distinto; el impacto contable también. Es cierto que si la sociedad emite acciones con cargo a dividendos, su activo y pasivo permanecen iguales (10 bis), pues las acciones representativas del capital (que son un crédito del socio contra la sociedad) se compensan con el pasivo, que significa distribuir un dividendo, que es un pasivo que reduce, además, la liquidez de Caja. Por el contrario, un dividendo satisfecho con acciones no tiene por qué dejar inalterados el activo y el pasivo: piénsese en un dividendo pagado en acciones de que era titular la misma sociedad (acciones liberadas), en cuyo caso el pasivo que el dividendo significa implica una reducción del mismo, ya que hasta su distribución las acciones pertenecían a la sociedad (y la deuda de sí mismo no es tal), mientras que al entregarse en concepto de dividendo pasan definitivamente a ser un crédito contra la sociedad; lo único que se ha obviado es una reducción de liquidez, sin afectarse en absoluto la capitalización. Claro que en esta hipótesis es dable que el dividendo se satisfaga con acciones originadas en una ampliación de capital sin necesidad de derecho de suscripción preferente alguno, hipótesis bajo la cual las acciones siguen siendo dividendos, fruto de las anteriores acciones, y por ello gananciales.

Importa también llamar la atención sobre la diversidad de procedimientos para alcanzar dichos fines.

En todo caso, es el organismo gestor quien, con sus decisiones, hará posible determinar o no si un beneficio determinado es calificable de bien privativo o ganancial, al consignarse en el correspondiente acuerdo el modo de adjudicación de dicho beneficio.

Si la Junta de Directores o el Consejo de Administración deciden ampliar el capital social, y por temor a no encontrar liquidez fuera de la entidad asumen la decisión de que sea la misma sociedad quien, con los beneficios logrados en el ejercicio, se capitalice, aquí no cabe hablar nunca, con relación a las nuevas acciones, de fruto alguno, por cuanto la decisión

(10 bis) O puede incrementarse el pasivo, según hipótesis.

del organismo gestor ha consistido exclusivamente en suprimir futuros dividendos que, llegada la hipótesis de repartirse, no van a serlo, sino que se usarán para aumentar el capital social, amortizando el valor de las acciones emitidas.

Pero si la Junta o Consejo determina distribuir un dividendo, éste es, desde luego, fruto. Y si por ahorrarse liquidez, la Junta o Consejo decide que el dividendo no se satisfaga en dinero, sino en distribuir a los socios su equivalente en acciones, tal acción será siempre dividendo, luego fruto, por lo que ganancial. Aquí para nada cuenta un pretendido derecho preferente de suscripción o, menos aún, una pretendida acción con prima.

* * *

Ciertamente, debe prevenirse la posibilidad de que, en el caso objeto de las presentes páginas, hubiese, en efecto, una suscripción preferente, acciones con prima, etc. En tal caso, nuestra crítica a la sentencia ¿estaría justificada? Creemos que sí, no ya, desde luego, por la validez de nuestros argumentos, sino porque la responsabilidad sería atribuible exclusivamente al Alto Organismo, a quien corresponde exponer, sucinta, pero con absoluta claridad y completamente, los hechos necesarios para analizar si se ha aplicado bien el Derecho.

II. UNA GARANTIA GANANCIAL QUE NUNCA PUEDE SER PRIVATIVA: LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ACTOS PROFESIONALES

Comentario a la sentencia de 10 de noviembre de 1975,
Lugo vs. González. Referencia del Colegio de Abogados,
179-75. Ponente, Sr. Rigau.

La sentencia es clara y manifiesta, aparte de muy correcta: la responsabilidad declarada de un cónyuge, por actuación improcedente en su profesión, debe atenderse con bienes gananciales. La sentencia se limita a concretar, por sentido contrario, la norma contenida en el artículo 1.301 del Código civil, que en su párrafo segundo configura como gananciales los bienes «obtenidos por la industria, sueldo o trabajo de los cónyuges o de cualquiera de ellos».

No parece, pues, nada oportuna la crítica condenatoria de esta sentencia, vertida por algún estudiante; ello sería intrascendente; la trascendencia deriva de recogerse la crítica en un vocero jurídico-estudiantil (11), en que se exhibe otra «ensalada jurídica» similar a la sentencia que explica el comentario precedente a la que ahora me ocupa.

La crítica a la sentencia se hace descansar en la tesis, asimismo defendida por el Tribunal Supremo, de que la indemnización por daños físicos y morales sufridos por un cónyuge es bien privativo, con lo cual se confunden, de entrada, dos cuestiones que nada tienen que ver entre sí. La esposa puede sufrir daños en *su persona* y ser correspondiente la indemnización privativa, pues se indemniza a *su persona*. Si por consecuencia de tales daños, los ingresos que aportase la esposa a la comunidad de gananciales se hubiesen perjudicado, habrá incuestionablemente un porcentaje de indemnización referible a la comunidad ganancial. Ahora bien, si todo el

(11) *Per Curiam*, Boletín mensual de la «Revista Jurídica», U. I. A., año I, vol. 1º, núm. 4, marzo de 1976, pág. 2, comentario de la estudiante ORTIZ TORRES, Ana V.

producto del trabajo es ganancial, por la misma regla debe ser ganancial la responsabilidad derivada de todo trabajo dentro del matrimonio sometido al régimen de gananciales. No parece ser, en principio, que exista contradicción entre *Lugo vs. González y Robles vs. Universidad de Puerto Rico* (12), pues en este caso se debatía el carácter de la indemnización derivada de una lesión o perjuicio personal y, si la memoria no me falla, omitiéndose toda posible implicación entre el daño personalmente sufrido y su posible impacto en la aptitud del sujeto para seguir aportando al matrimonio el producto de su trabajo.

Y, desde luego, parece completamente improcedente aplicar el artículo 1.802 del Código civil al caso, pues si bien este precepto fija una garantía en caso de daño, no determina los bienes afectados si para ello es menester contemplar situaciones concretas, en que unos bienes estén afectados a regímenes especiales.

Resulta difícil realmente intentar ranalizar el régimen matrimonial, regulado en el Código civil, con un enfoque liberal individualista trasnochado, pues con ello nada se consigue. El mismo legislador decimonónico, individualista él mismo, no se atrevió a introducirse mucho en el régimen matrimonial, y se limitó a configurarlo—salvo el siempre previo pacto en contrario—como un sistema de repercusiones «comerciales»: como una unión para lograr ganancias; desde luego, triste concepción del matrimonio, pero, al parecer, muy generalizada en el momento codificador. Si aquel legislador no fue más allá en patrocinio de su propia ideología, ¿será oportuno que cuando tal ideología ha muerto en el mundo, se pretenda introducirla en la interpretación?

Las pretensiones actuales dirigidas a romper la comunidad matrimonial, atendiendo exclusivamente al interés de *uno* entre los varios componentes de la familia, no parecen muy sensatas, no empece la propaganda con que se rodean. En el ámbito de la comunidad no cabe buscar el equilibrio por *tensión*, pues tal equilibrio solamente es posible por *cooperación*.

Lo que la simpática estudiante pretende, más o menos, es estar sólo a las maduras, obviando las duras. Y ése no es el refrán.

No creo, no, que en este caso el Tribunal Supremo haya pretendido legislar judicialmente para enmendar el artículo 1.803 del Código civil. Muy por el contrario, se ha expresado con la mejor técnica y exactitud que el Código autoriza. Cabe, sí, que el Código civil no se ajuste a exigencias sociales actuales; entonces la solución es hacer un nuevo Código, no condenar a la jurisprudencia (cuando, sobre todo, tantas ocasiones nos ofrece para hacerlo con mayor fundamento), o lo que, al parecer, intenta proponerse muy seriamente por ahí, «derogar el Código» y dejar el vacío.

III. UNA PARTICIPACION EN LOS GANANCIALES QUE NO ES TAL PARTICIPACION

Comentario al caso *Celestina Camballo vs. Acosta*. Referencia Colegio de Abogados, 196-75.

No parece oportuno, siendo exacta la referencia (13), pues no he tenido acceso al texto de la sentencia, que la concubina tenga participación alguna en «la sociedad legal de gananciales». La razón es clara: en el concubinato no existe sociedad legal alguna, y menos de gananciales, la cual «empezará

(12) 96 DPR 1968

(13) *Per Curiam*, cit., pág. 6.

precisamente en el día de la celebración del matrimonio». No comprendo cómo sin matrimonio (14) puede haber sociedad legal de gananciales.

Evidentemente, la aseveración no quiere decir lo que dice; pero podía decir lo que quiere decir por el sencillo procedimiento de decirlo bien dicho. Nadie pone en duda que una concubina, en cuanto persona que aporta esfuerzo a una labor común, tiene derecho a las resultas de su esfuerzo (no, desde luego, por concubina, pues el esfuerzo consistente en adquirir tal condición no suele incrementar los bienes, sino en cuanto persona que aporta dicho esfuerzo). Cabe que la misma sentencia reconozca su derecho en los «gananciales», entendidos como ganancias derivadas del común trabajo, que incrementa los bienes correspondientes; cabe que la misma sentencia afirme un derecho a los bienes adquiridos en esa «sociedad legal de gananciales» constituida de modo tan particular, que legalmente es imposible constituirlos; cabe que al hacerse el comentario *per curiam* se haya superpuesto al léxico de la sentencia una idea muy difundida y muy errónea: que el concubinato tiene aceptación legal. En todo caso, parece adecuado ir expresándonos con rigor: nada impide reconocer a alguien, vinculado con otra persona por un común esfuerzo (e íntimas relaciones, lo que, al efecto de reparto de bienes, no importa absolutamente nada), su derecho a participar en los beneficios (y, en su caso, en las pérdidas). Pero todo el Código civil se opone a que dentro del matrimonio aparezca nuevamente la barragana o algo parecido.

Lo que tampoco me satisface es la aseveración siempre, si la cita es precisa, de que esa concubina «tiene derecho a una participación..., ya sea basada ésta en la comunidad de bienes..., ya sea por enriquecimiento injusto». No parece adecuado usar las causas con alegría, pues la diferencia es enorme. Si se admite la tesis del común esfuerzo y de la comunidad de bienes resultante, a falta de prueba rige la presunción de participaciones iguales (art. 327, párrafo segundo, del Código civil); si se admite la tesis del enriquecimiento injusto, hay que probar exactamente la cuantía. Y este factor procesal parece de mucho relieve.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

(14) Que «es una institución civil que procede de un contrato civil en virtud del cual un hombre y una mujer se obligan mutuamente a ser esposo y esposa, y a cumplir el uno para con el otro los deberes que la Ley les impone. Será válido solamente cuando se celebre y solemnice con arreglo a las prescripciones de aquélla, y sólo podrá disolverse antes de la muerte de cualquiera de los dos cónyuges, en los casos expresamente previstos en este Código» (art. 68 del Código civil, énfasis suplido).

II. Resoluciones y sentencias

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

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

2. PUBLICADO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD UN CONVENIO DE ESPERA O MORATORIA, APROBADO EN PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS, POR EL QUE SE LIMITAN LAS FACULTADES DISPOSITIVAS DEL DEUDOR CON LA INTERVENCIÓN DE UNA COMISIÓN DE ACREEDORES QUE, EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO, SE CONVERTIRÍAN AUTOMÁTICAMENTE EN LIQUIDADORES, NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE VENTA OTORGADA POR EL DEUDOR SOLO, AUN DESPUÉS DE TRANSCURRIDO EL PLAZO DE MORATORIA, SIN QUE SE ACREDITE LA NUEVA SITUACIÓN RESULTANTE DEL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO Y SE CANCELE LA LIMITACIÓN DISPOSITIVA DEL DEUDOR.

Resolución de 11 de noviembre de 1975 (B. O. del E. de 8 de diciembre).

Antecedentes de hecho.—Don Segundo Mindán Vázquez, como comerciante individual, solicitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza la declaración de suspensión de pagos, sobre la que recayó auto de 9 de julio de 1970 aprobando el Convenio con los acreedores, que fue anotado en el Registro de la Propiedad el día 15 de febrero de 1973, en virtud de mandamiento de 9 de julio de 1970, ampliado por otro de 15 de enero de 1973; dicho Convenio contiene, entre otras, las siguientes cláusulas:

Primero.—Don Segundo Mindán Vázquez pagará a sus acreedores comunes la totalidad de sus respectivos créditos reconocidos y relacionados en la lista definitiva de acreedores, formalizada por los señores Interventores y aprobada por el Juzgado número 3 de Zaragoza.

Segundo.—El pago de los antes indicados créditos comunes se realizará dentro del período máximo de tres años, a contar desde el día en que adquiera firmeza el auto que apruebe el vigente Convenio, y dicho pago se hará efectivo en la forma y momentos siguientes:

a) Durante el primer año se pagará un 20 por 100 del total de los respectivos créditos comunes.

b) Durante el segundo año se pagará un 30 por 100.

c) Durante el tercer año se pagará el restante 50 por 100.

El deudor podrá anticipar el pago de las cantidades aplazadas.

Tercero.—Los indicados créditos comunes no devengarán interés alguno durante el convenido período de espera o moratoria.

Cuarto.—El cumplimiento del presente Convenio vendrá supervisado y controlado por una comisión acreedora, constituida por un acreedor que ostente la representación de los acreedores de Barcelona y provincia, por un segundo acreedor que ostentará la representación de los acreedores domiciliados en el resto de España y un tercero representando a los de Zaragoza y provincia. La comisión así constituida podrá delegar sus funciones fiscalizadoras de la contabilidad del señor Mindán en una sola persona.

Quinto.—Don Segundo Mindán Vázquez, además de atender los plazos convenidos en el pacto segundo, a todos aquellos de sus acreedores que además son proveedores suyos y que después de la firma de este Convenio continúen aprovisionándolo, los anticipará a cuenta de sus respectivos créditos reconocidos en la indicada lista definitiva y precisamente imputados a los últimos plazos convenidos para su pago más largamente diferido, un 50 por 100 sobre el importe total de cada factura y siempre que las mismas puedan ser pagadas por el suspenso a noventa días fecha. Igualmente, las Entidades bancarias incluidas en la repetida lista definitiva de acreedores que sigan concediendo descuento de efectos de comercio librados por el suspenso a cargo de sus clientes y con vencimientos no superiores a noventa días fecha libramiento, podrán retener un 5 por 100 de cada remesa descontada, a cuenta de sus respectivos créditos reconocidos en la indicada lista definitiva, y cuyas retenciones también imputarán siempre a los últimos plazos convenidos para su pago más largamente diferido. La comisión de acreedores quedará autorizada para, de acuerdo con el suspenso, poder proceder a realizar bienes de su propiedad con la única condición de que el producto de dicha realización se invierta en el pago total o parcial de créditos preferentes con derecho de abstención, incluidas las costas del expediente de suspensión de pagos y asimismo los plazos convenidos en el pacto segundo del presente o de su anticipo.

Sexto.—La comisión de acreedores pasará a ser liquidadora en el supuesto incumplimiento por parte del señor Mindán de cualquier plazo del Convenio aprobado.

Por escritura otorgada el 5 de noviembre de 1974 ante el Notario de Zaragoza don Pascual Gomis Vidal, el recurrente, don Segundo Mindán Vázquez, en nombre propio y en representación de su esposa, doña María del Carmen Gasqué Otaola, vendió a doña Inocencia García Comín un piso destinado a vivienda, 3.º, letra B, del tipo B, de la casa número 40, de la calle Mosén Domingo Agudo de Zaragoza, en precio de 410.436 pesetas, de las cuales el vendedor confesó haber recibido la mitad antes de dicho otorgamiento, quedando aplazado el pago de la otra mitad del precio.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 2 de Zaragoza primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con nota del tenor literal

siguiente: «Denegada la inscripción de la compraventa contenida en el documento que antecede, porque hallándose en estado de suspensión de pagos el vendedor, según resulta de la anotación letra C de la finca vendida, que obra al folio 50 del tomo 813, libro 207, sección 3.ª, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de esta capital, por auto dictado el 9 de julio de 1970, que causó el correlativo asiento al ya relacionado, el cual se practicó el 15 de febrero de 1973, en virtud de mandamiento expedido por dicho Juzgado y en la misma fecha antes expresada, ampliado con posterioridad por otro de 15 de enero de 1973, se aprobó el convenio celebrado entre el suspenso y sus acreedores, y de conformidad con los términos del mismo, los actos dispositivos del vendedor, mientras se encuentra vigente y sin cancelar el meritado último asiento que publica la aprobación del Convenio, deberán ser aprobados por los Interventores que en el mismo se designó, con independencia de que se haya cumplido o no lo concertado en los términos y plazos previstos, ya que se trata de situaciones jurídicas de carácter extrarregistral que, a los libros del Registro, habrán de llegar a través del correspondiente documento. El defecto observado se califica como insubsanable, por lo que no procede anotación de suspensión.»

Don Segundo Mindán Vázquez interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: «Que el plazo de vigencia del Convenio de suspensión de pagos es de tres años, a contar desde el día en que se hizo firme el auto de aprobación del mismo, es decir, a partir del 9 de julio de 1970, y que transcurrido dicho plazo queda enervada la situación derivada del Convenio, y si éste fue cumplido cesa completamente la intervención de la comisión de acreedores, y en caso de incumplimiento resurge nuevamente la situación jurídica en que se encontraban las partes con anterioridad al Convenio; que en auto de 25 de noviembre de 1974, la misma Presidencia, al resolver otra situación análoga planteada en relación con otra escritura otorgada por el recurrente ante el mismo Notario y referente a otra vivienda de la misma casa, se establecía que la intervención de la comisión de acreedores en el otorgamiento solamente era exigible 'durante los tres años de vigencia del Convenio, que habían de contarse a partir de la fecha de la firmeza del auto de aprobación'; que en el caso del presente recurso, como la escritura fue otorgada fuera de esos tres años, procede la revocación de la nota denegatoria; que el carácter contractual de la suspensión de pagos aparece recogida en la sentencia de 5 de octubre de 1973 de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Zaragoza, siendo también éste el criterio de varios tratadistas, y que la Ley de Suspensión de Pagos no habilita ningún procedimiento para obtener una declaración de cumplimiento de Convenio por parte del deudor.»

El Registrador informó que: de conformidad con la cláusula 6.ª del Convenio, en caso de incumplimiento del mismo, los Interventores nombrados se convertirán automáticamente en liquidadores y su función no tendrá más límite que la total liquidación del pasivo del suspenso, sin que la expiración del término del Convenio suponga el fin de sus funciones; que al determinar los artículos 76 y 77 de la Ley Hipotecaria que los asientos del Registro no se extinguen más que por su cancelación o por su caducidad, aun aceptando en el caso que nos ocupa que el derecho o situación que ampara se hallara extinguido por cumplimiento del término, no se producirá por ello la cancelación del asiento, pues para tal supuesto el ordenamiento jurídico registral exige la presentación del documento que acredite de forma auténtica la situación producida, que en el supuesto que tratamos sería el auto dictado por el mismo Juzgado que aprobó el Convenio declarando su cumplimiento y decretando su cancelación (arts. 76, 77, 83 y 84 de la Ley Hipotecaria y 175 del Reglamento Hipotecario); que si bien la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 no regula la forma de dar publicidad al cumplimiento del Convenio para obtener la rehabilitación

del suspenso, cabría aplicar por analogía los artículos 1.388 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que no es aceptable el criterio del recurrente al considerar que el Convenio en la suspensión de pagos tiene un carácter estrictamente contractual; que si bien la mayoría de los mercantilistas siguen considerando la suspensión de pagos como un expediente de jurisdicción voluntaria, la moderna técnica procesalista se inclina por su carácter procesal, basándose en que la vinculación de las partes al Convenio aprobado por auto judicial no es simplemente contractual, sino que por la nueva vinculación del proceso, las partes quedan ligadas por la transacción judicial; que en todo proceso de suspensión de pagos se observan las características propias de la jurisdicción contenciosa, por lo que sus normas reguladoras tienen un poder coercitivo que las partes contendientes en ningún momento pueden eludir; que desde el punto de vista hipotecario, el Convenio sigue vigente al no constar en los libros del Registro si se cumplió o no lo acordado, necesitándose para que los actos patrimoniales del suspenso tengan plena validez, la intervención de los órganos de inspección y vigilancia, ya actúen como interventores o como liquidadores (cláusula 4.ª), y que, en todo caso, es imposible, conforme a las normas hipotecas invocadas, la inscripción de dichos actos en tanto la autoridad judicial no decreta la cancelación del asiento que publica el Convenio.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y teniendo además en consideración que no es admisible la interpretación que hace el recurrente del auto de 25 de noviembre de 1974 resolviendo otro recurso análogo al presente, según la cual sólo era exigible la concurrencia de la comisión de acreedores al otorgamiento de la escritura de compraventa por el señor Mindán Vázquez durante los tres años de vigencia del Convenio, pero no pasados éstos, que es el caso del presente recurso, sacando la consecuencia de que procede ordenar la inscripción denegada; que con esta interpretación olvida el recurrente que esta exigencia del tiempo no es el único requisito a cumplir, pues, como se decía en el referido auto, «el Convenio aprobado judicialmente vincula a suspenso y acreedores en todo su alcance, tanto en lo que se refiere al tiempo de su duración como en el resto del conlo que se refiere al tiempo de su duración... como en el resto del con cuenta que igual fuerza vinculante que lo pactado, en cuanto al tiempo, tiene la cláusula 6.ª del Convenio, al establecer que 'la comisión de acreedores pasará a ser liquidadora en el supuesto de incumplimiento', y no habiéndose acreditado en absoluto si el Convenio se ha cumplido o no, se desconoce si la comisión de acreedores ha de pasar o no a ejercer las funciones liquidadoras, y por ello ha de respetarse la garantía de publicidad que la anotación registral practicada supone.»

Apelado el auto del Presidente de la Audiencia por el recurrente, la Dirección General (1) acordó confirmar el mismo y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Anotado en los libros registrales el Convenio judicialmente aprobado por el que el suspenso se compromete a pagar a sus acreedores en un período máximo de tres años, pudiendo la comisión acreedora, de acuerdo con el deudor, realizar bienes propiedad de este último, y pasando tal comisión a ser comisión liquidadora en caso de incumplimiento del Convenio por el deudor, la cuestión que entraña este recurso consiste en resolver si es inscribible una escritura de venta otorgada por el deudor una vez transcurrido el plazo de tres años señalado y sin ninguna intervención de la comisión de acreedores.

(1) VISTOS los artículos 77, 82, 83 y 84 de la Ley Hipotecaria, 173 a 178 del Reglamento para su ejecución, 17 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1959, 4 de julio de 1966 y 30 de abril de 1968 y la Resolución de este Centro de 27 de noviembre de 1974.

La suspensión de pagos, al tener como objetivo principal tratar de evitar una declaración de quiebra, se endereza a lograr un Convenio entre el deudor y la junta de acreedores que permita al primero ir satisfaciendo durante el plazo señalado los créditos pendientes, y sólo en caso de incumplimiento puede originarse la situación de quiebra.

De ello se deduce la importancia que a efectos de la publicidad de la situación del suspenso tiene saber si éste se encuentra cumpliendo el Convenio judicialmente aprobado, con las limitaciones que en este caso se hayan podido establecer respecto de la disposición de sus bienes inmuebles, o bien si por haber cumplido todas las obligaciones pactadas se ha puesto fin a su estado de suspensión y ha recuperado la plena capacidad de obrar, o bien, por último, si por haberlo incumplido tienen efecto las medidas de liquidación que legalmente se hubiesen acordado para este evento o si ha sido pedida por cualquiera de sus acreedores la rescisión de dicho Convenio y la consiguiente declaración de quiebra.

Para la inscripción de la escritura de compraventa calificada surge un obstáculo derivado del contenido del Registro que publica la existencia de unas limitaciones a la facultad de disponer del vendedor dimanante del Convenio pactado, y sin que se haya hecho llegar—caso de que hubiera tenido lugar—a los libros registrales la nueva situación habida, que podría dar por terminada la anterior, por lo que el funcionario calificador hasta tanto esto no ocurra y se presenten los documentos que así lo justifiquen, no puede ejercer su ministerio más que en la forma en que ha actuado.

Es indudable que la Ley de Suspensión de Pagos, que en su artículo 17 prevé la forma de dar publicidad al Convenio en los Registros Mercantil y de la Propiedad a través del libramiento de los correspondientes mandamientos por el Juez, ha omitido toda referencia a esta misma publicidad para el caso de que el Convenio hubiera sido cumplido y desaparezcan así las restricciones que en orden a la capacidad del deudor se hubiesen adoptado; pero esta omisión ni implica que no existan los medios adecuados para lograr su cancelación, ni menos que se haya de eximir de su presentación en el Registro y se pretenda en su lugar una cancelación automática, por vencimiento del plazo de duración del Convenio, a la que no pueda accederse—aparte de ser contraria a los principios generales hipotecarios—dada la posibilidad de variantes examinadas en otro considerando y que han podido suceder.

COMENTARIO.—a) Si todo el tema de la publicidad registral en materia de quiebras y suspensiones de pagos está plagado de dudas e incertidumbres, la parte referente a la de los Convenios es donde la fantasía doctrinal tiene más campo, ya que la normativa legal y reglamentaria es no sólo insuficiente, sino desorientadora. El Convenio de la suspensión de pagos ha de ser publicado en el Registro Mercantil, en el de la Propiedad y en el Civil; apenas nada más que esto es lo que sabemos. Nada sobre los efectos de esta triple publicidad porque el legislador no se ha preocupado de desmenuzar el múltiple contenido posible del Convenio, para dar a cada caso y cada cosa la publicidad apropiada, en el Registro idóneo, y con los efectos oportunos respecto de los acreedores del suspenso y los terceros. Ni siquiera sabemos si la publicidad del Convenio pretende ser cancelatoria de la publicidad inicial de la suspensión de pagos o, por el contrario, modificativa de ésta y necesitada, a su vez, de una extinción por cumplirse el Convenio o, contrariamente, rescindirse y declararse la quiebra. Ante el silencio de la ley, la doctrina y la práctica imaginan soluciones más o menos acertadas, en las que frecuentemente se olvida el vario contenido posible del Convenio, a que antes nos referimos, y del cual es imprescindible partir para ordenar su publicidad y sus efectos.

Ante todo, debo remitirme, para evitar repeticiones, a gran parte de las ideas expuestas en mi comentario a la resolución de 27 de noviembre

de 1974 (2). Allí, aunque el caso era bastante diferente, tuvimos ocasión de observar cómo en el recurso se sorteaban sin abordarlas las cuestiones más graves de los aspectos registrales del Convenio de la suspensión de pagos. Algo parecido ha ocurrido en éste, en el que se plantea el problema de la necesidad de un asiento extintivo del practicado en base al Convenio, cuando éste se haya cumplido o bien cuando por incumplirse sea rescindido y tome la quiebra estado registral; pero se plantea, y a medias se resuelve, sin partir de una previa determinación de la naturaleza y efectos de la inscripción o anotación del Convenio.

Como ejemplo de las incertidumbres sobre el contenido y efectos de los asientos registrales destinados a la publicación de los Convenios en las suspensiones de pagos, podemos ver cómo CHICO Y ORTIZ se abstiene de profundizar en los efectos de los asientos practicados en base al Convenio (3). Comienza por afirmar que el Convenio tiene normalmente como finalidad poner término al correspondiente procedimiento de suspensión de pagos; pero añade que aparte de ello, en su dimensión contractual (que requiere aprobación judicial) pueden estipularse dilaciones, remisiones, cesiones de bienes, constitución o extinción de garantías hipotecarias, etc. Por ello deduce que en el Registro se producirá, por un lado, la cancelación de la inscripción de declaración de suspensión de pagos y, de otro, las posibles inscripciones de cesiones de bienes a favor de los acreedores o de constitución o cancelación de hipoteca. Basta ver la resolución que comentamos y la de 11 de noviembre de 1975 para comprender que el contenido de los Convenios suele ser más rico y vario de lo que CHICO Y ORTIZ dice, siendo muy frecuente que los acreedores consigan en el Convenio restricciones de las facultades dispositivas del suspenso muy parecidas a las que sufría conforme a la Ley en la situación de suspenso antes del Convenio, si bien no de carácter legal, sino contractual, por virtud del Convenio judicialmente homologado y no de la directa aplicación de la ley.

La jurisprudencia citada en el vistos, referente a la naturaleza del Convenio en la suspensión de pagos, además de no versar sobre el problema concreto del recurso, tampoco aclara tal naturaleza en el sentido que más interesa al Derecho registral.

La sentencia de 30 de mayo de 1959 enfoca la naturaleza jurídica del Convenio tratando de calificar la situación de un acreedor ausente del proceso por circunstancias especiales y se adhiere a la doctrina que lo reputa negocio jurídico *sui generis*, que si se asemeja a los de naturaleza contractual y puede implicar una transacción, no puede decirse que se asimile totalmente a un negocio privado, pues acusa un matiz de marcado carácter público revelado por la intervención judicial, que reviste a lo otorgado de fuerza general vinculante y procura la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados. Considera dicha sentencia que la ley ha establecido una serie de medidas de publicidad, entre las que destacan la inscripción en los Registros que menciona, que demuestran la preocupación por llegar a una declaración que tenga virtualidad *erga omnes* y que respondiendo a la naturaleza especial del Convenio haga posible la igual condición de los acreedores (*par conditio creditorum*), que de otra manera no puede lograrse. Versando la polémica sobre la mayor o menor generalidad de los acreedores vinculados por el Convenio, no puede darse un valor absoluto a sus afirmaciones sobre virtualidad *erga omnes* del Convenio, en el sentido de referirse a un carácter real de la situación jurídica de Convenio, capaz de originar una asimilación completa a cualquier otra relación inmobiliaria registrable y registrada.

La sentencia de 4 de julio de 1966 igualmente insiste en la naturaleza

(2) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número de marzo-abril de 1975, págs. 370 a 380.

(3) JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ: *Complemento al Derecho hipotecario y su legislación*, Madrid, 1974, pág. 289.

sui generis del negocio jurídico de Convenio, en su matiz de marcado carácter público y en la fuerza general vinculante de lo otorgado en el Convenio aun habiéndolo sido sólo por la mayoría legal de acreedores; pero también con vistas a obtener la igualdad o paridad de condición de todos los acreedores no privilegiados, y no en el sentido de transformar en real, en cuanto al patrimonio del deudor y por la sola virtud del Convenio, lo que era meramente obligacional.

La sentencia de 30 de abril de 1968, dictada en un caso de discutida compensación de créditos dentro de una suspensión de pagos, en situación de Convenio supuestamente incumplido, afirma que el incumplimiento del Convenio por el deudor no determina automáticamente la resolución del mismo, sino solamente confiere a cualquiera de los acreedores acción para pedir que así se declare judicialmente y se haga la declaración de quiebra (4). Tampoco esta sentencia es directamente aplicable, pues no parece deducirse de ella *a sensu contrario* norma registral alguna aplicable al supuesto de cumplimiento del Convenio.

En cuanto a la resolución de la Dirección de 27 de noviembre de 1974, trató de un supuesto en cierto modo contrario al de la que comentamos (5), y, como dijimos al comentarla, presentaba escaso interés doctrinal para llenar la laguna legal sobre los efectos *erga omnes* (frente a terceros) del Convenio y de su inscripción, porque todos los intervinientes en el recurso parecían estar de acuerdo en que el Convenio inscrito en el Registro de la Propiedad implica una vinculación del deudor plena (el Registrador ha de calificar todos los actos inscribibles del deudor a la vista del contenido del Convenio), con efectos reales, incluso en el sentido de cerrar el Registro las prohibiciones de disponer que el Convenio contenga, y con plena independencia de las limitaciones legales que el suspenso tenía antes del Convenio, las cuales fueron canceladas por el asiento registral de Convenio.

No obstante, todo esto, que no se puso en duda por nadie en el recurso resuelto por dicha resolución, que tampoco está plenamente aclarado por las sentencias citadas y que muchas veces se tiene como *communis opinio*, no es tan seguro como parece y lo único cierto es que nuestro Derecho está muy necesitado de una normativa más clara sobre los efectos de la publicidad registral de los Convenios.

Aunque los autores, cuando estudian las variadas modalidades de Convenio, suelen fijarse principalmente en los pactos de quita o de espera o de ambas cosas (Convenio remisorio, dilatorio, remisorio-dilatorio), de cesión de bienes o dación en pago, y también suelen apuntar otras modalidades más complejas, especialmente tratándose de sociedades, lo cierto es que analizan con escasa profundidad aquella otra parte de los Convenios que tiende a garantizar todo el contenido obligatorio de los mismos por medio de ciertas intervenciones en el patrimonio del deudor, unas veces a través de garantías reales ordinarias (hipotecas, etc.), otras por medio de prohibiciones de disponer y hasta de administrar sin asentimiento o control de ciertos organismos que se crean y otras transformando la suspensión de pagos en un procedimiento contractual de ejecución liquidatoria del patrimonio del deudor a través de dichos organismos (quiebra convencional).

Toda esta parte accesoria del Convenio pasa a ser la fundamental para la publicidad registral, en cuanto origina una nueva situación jurídica en las facultades patrimoniales del deudor, y esta parte es de calificación totalmente relegada a la doctrina jurídica ante el silencio de la ley.

De todas maneras parece ser que, en el punto más interesante para el

(4) No obstante el texto literal del último apartado del artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pagos, la doctrina, en general, entiende que no son necesariamente conexas la petición de rescisión del convenio y la de declaración de quiebra.

(5) Al hacerse la venta conjuntamente por el suspenso y el órgano encargado de intervenirle dejaba de tener transcendencia si el convenio se estaba cumpliendo o no. Ver la Resolución y su comentario donde reseñamos en la nota 2.

Registro de la Propiedad (vinculación real o meramente obligatoria de las limitaciones dispositivas derivadas de los Convenios), no ha llegado en toda su crudeza a la casación, acaso por una *communis opinio* de tener efectos reales *erga omnes* tales restricciones a las facultades dispositivas, al menos por virtud de la publicidad registral del Convenio judicialmente aprobado y a pesar de no ser muy uniforme la tendencia de la pequeña jurisprudencia.

SAGRERA (6) afirma que del artículo 1.091 del Código se desprende que el Convenio, tras la aprobación judicial, se convierte en ley entre los contratantes (con lo que estamos conformes) y también la obligación de respetar, tanto el deudor como quienes con él contraten en lo futuro, las limitaciones que como consecuencia del Convenio les fueron impuestas bajo pena de nulidad (lo cual es ya más dudoso). En apoyo de esta nulidad cita la sentencia de la Audiencia de Barcelona de 3 de febrero de 1955, que accede a la nulidad de un juicio ejecutivo basado en letras de cambio aceptadas por un deudor suspenso, con suspensión de pagos anotada en el Registro Mercantil, cuyo expediente *terminó* por Convenio aprobado judicialmente y publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia*, una de cuyas cláusulas prescribía la intervención en todas las operaciones del suspenso de un representante de la comisión de acreedores nombrada, persona que no había intervenido en la aceptación de las cambiales.

No obstante, el mismo SAGRERA afirma que lo contrario ocurre en cuanto pueda afectar a inmuebles por virtud del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, como muy lúcidamente—dice—resolvió la sentencia de la Audiencia de Sevilla de 24 de marzo de 1969, que partiendo de la naturaleza contractual del Convenio considera que una prohibición de enajenar acordada en un acto a título oneroso, cual es el Convenio, no trae consigo, en caso de infracción, la nulidad ni la anulabilidad de la enajenación perfeccionada incumpliendo aquella prohibición, sino tan sólo la indemnización de daños y perjuicios, criterio que dice la sentencia también expresado por el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de junio de 1965. En la referencia que hace a esta sentencia no destaca si la prohibición de enajenar era absoluta o se había establecido algún organismo de intervención para autorizar los actos dispositivos de inmuebles por el deudor, ni tampoco si el Convenio, incluso tal cláusula, había sido o no inscrito o anotado en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil.

Como podemos observar, se aborda con escasa atención los efectos respecto de terceros de los Convenios, cosa bastante en congruencia con la laguna existente en la legislación y doctrina registral. No obstante, la opinión general tiende a conceder efectos *erga omnes* a lo otorgado en el Convenio, efectos que sólo pueden ciertamente derivar de la resolución judicial homologatoria y de su inscripción registral, que se hace así, en cierto modo, constitutiva.

Las dudas no están sólo en el caso de cumplimiento del Convenio, que es el de la resolución que comentamos; la imprecisión sobre los efectos de la publicidad de los Convenios y la naturaleza de éstos arrastra también muchas dudas sobre lo sustantivo y lo procesal en el caso de incumplimiento.

MAJADA (7), después de analizar la naturaleza jurídica del Convenio y derivar de ella los efectos generales en cuanto a los deudores que quedan vinculados por el Convenio, sin entrar en el ámbito mayor que puede darse a la expresión «todos los interesados», que, conforme al artículo 17 de la ley, han de estar y pasar por el Convenio; pasa al estudio del incumplimiento de éste mostrando las indecisiones que en la práctica se observan

(6) JOSÉ MARÍA SAGRERA TIZÓN. *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Barcelona, 1974, III, págs. 73 y sigs.

(7) ARTURO MAJADA. *Manual de concurso, suspensión de pagos y quiebra*, Bosch, Barcelona, 1974.

en esta fase al afirmar: que este incumplimiento puede desembocar en la quiebra (a instancia del propio deudor y de cualquier acreedor) mediante escrito en el mismo expediente de suspensión de pagos (Decreto de 1 de octubre de 1894); que el Juzgado suele dictar la primera providencia de la quiebra a continuación del expediente de suspensión de pagos sin nueva numeración de Registro (8); que otras veces sin pasar a la quiebra se limitan a pedir los acreedores que se decrete la vía de apremio y consiguiente embargo contra los bienes del suspenso, y otras se pide la liquidación de los bienes por la comisión de acreedores con arreglo a uno de los pactos del Convenio (sentencia de la Audiencia de Barcelona de 20 de mayo de 1971, apoyándose en la del Supremo de 18 de abril de 1929), y, por último, no ha faltado tampoco la solución de que ante el incumplimiento del Convenio queda en libertad cada acreedor para reclamar su crédito individualmente, apoyándose en que el artículo 17 de la ley es facultativo y no obligatorio, que no hay precepto alguno que prohíba las reclamaciones individuales a diferencia de la quiebra, etc. (sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 5 de octubre de 1973).

En resumen, la variación de soluciones prácticas y jurisprudenciales sobre la situación del expediente y del suspenso durante la fase de Convenio, en caso de incumplimiento o falta de justificación del cumplimiento, no puede ser mayor, y es deseable que cuanto antes queden aclaradas tales situaciones. En tanto esto se consigue no debe ofrecer duda que las limitaciones impuestas al suspenso inscritas en el Registro han de surtir su efecto en tanto no sean canceladas, pues sería absurdo que se diese respaldo judicial y registral a algo que el deudor en cualquier momento puede vulnerar y dejar sin efecto a su capricho.

b) Consecuencia de la incertidumbre sobre el significado de la publicidad registral del Convenio es la duda sobre la *clase de asiento en que debe recogerse el auto aprobatorio del Convenio*. Este problema formal sobre si el Convenio es anotable o inscribible en el Registro de la Propiedad, derivado del relativo a la naturaleza del acto inscrito (mixto de convencional y judicial), no aparece ni siquiera planteado en la resolución que comentamos, a pesar de que el considerando primero, al fijar la cuestión que entraña el recurso, afirma estar anotado el Convenio en los libros registrales. Como quiera que en ningún momento del recurso se plantea cuestión sobre la cancelación por caducidad, posible cuando el Convenio se haya reflejado por vía de anotación preventiva, no parece que deba darse a la frase inicial de dicho considerando ningún valor de doctrina jurisprudencial, en el sentido de ser este tipo de asiento el idóneo para reflejar el Convenio, al menos, para reflejarle en todo caso.

Creo que, en general, la anotación preventiva es más apropiada para recoger la parte del Convenio que viene a limitar las facultades dispositivas del deudor, bien a través de prohibiciones de disponer o bien de intervenciones de órganos nombrados en el Convenio en los actos y contratos del mismo. Se trataría de anotaciones del tipo de las de embargo, secuestro o prohibición de enajenar, inscribibles al amparo del artículo 26, 2.º, de la Ley Hipotecaria, y no rechazables, conforme al artículo 27 de la misma, como mantuvo la sentencia de la Audiencia de Sevilla de 24 de marzo de 1969, aunque, naturalmente, el auto de aprobación habría de hacer expresa constancia de la aprobación judicial de la limitación convenida y del mandamiento de estar y pasar todos, y el deudor antes que nadie, por la limitación establecida, de conformidad con el artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pagos.

Naturalmente, si en garantía de lo obligacionalmente convenido se esta-

(8) Además de la publicidad del Registro Civil, del Mercantil y de la Propiedad, se lleva en cada Juzgado un registro especial de suspensiones de pago en el que se anota la providencia inicial, comunicándose a los demás Juzgados de la población, si hay varios, para que también la anoten.

blecen hipotecas, entonces el Convenio desembocará en inscripciones normales de hipoteca; pero en este caso, como aquel en que el Convenio venga a condensarse en cesiones de bienes inmuebles determinados a los acreedores, lo establecido en el Convenio será objeto de inscripción conforme a las reglas generales.

Como el contenido remisorio y dilatorio del Convenio, de ordinario fundamental en el ámbito obligacional, no tiene, en cambio, especial relevancia para el Registro de la Propiedad, creo que la transcripción literal de todo el Convenio es, además de innecesario, algo que ha contribuido en gran medida a dificultar el análisis de los efectos de la anotación o inscripción del Convenio. En rigor, en el Registro de la Propiedad no deben ingresar más que las limitaciones a las facultades dispositivas del suspenso respecto de sus bienes inmuebles, así como los derechos y actos que con trascendencia real se refieran al inmueble determinado en que la inscripción se practica, pues, en principio, la publicación del Convenio debe contener, como cometido fundamental, la cancelación de los asientos practicados, conforme a los artículos 4 y 8 de la Ley de Suspensión de Pagos.

Es cierto que la temporalidad de la anotación preventiva y su caducidad a los cuatro años, conforme al artículo 86 de la ley, puede suponer un grave inconveniente siempre que el Convenio prevea una vinculación por período de tiempo superior a los cuatro años. No obstante, creo que, al amparo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario, cabe obtener la fórmula idónea para que la caducidad de la anotación proporcione a este tipo de asiento más ventajas que inconvenientes para reflejar la situación de Convenio, que por principio debe ser temporal, transitoria y, como este recurso demuestra, muy necesitada de un procedimiento automático de cancelación transcurrido cierto tiempo, por las dificultades de conseguir una justificación fehaciente del cumplimiento total del Convenio cuando es grande el número de acreedores y el de las deudas del suspenso (9).

c) Entrando en el problema concreto del recurso, consistente en la manera en que debe cancelarse el asiento de Convenio, prescindiendo de su cancelación por caducidad si se estimase que el asiento idóneo es el de anotación preventiva ordinaria, vemos cómo el recurrente mantiene que debe operarse una especie de cancelación automática en el supuesto de que el Convenio contenga un plazo cierto para su cumplimiento, y alega que la enajenación verificada por el deudor transcurrido dicho plazo es perfectamente válida e inscribible por haber desaparecido las limitaciones derivadas de la situación de suspenso por virtud del Convenio, y las derivadas de éste por el transcurso del plazo de cumplimiento. El Registrador, en cambio, sostiene que es necesario justificar el cumplimiento del Convenio para que esto se refleje en el Registro en el correspondiente asiento, y que el documento necesario para esto ha de ser paralelo al que motivó el asiento de Convenio: resolución judicial.

No ofrece duda que si el asiento de Convenio sirvió para cancelar la especial situación de incapacidad relativa del suspenso, pero también para constatar otras determinadas limitaciones a la libre disposición de bienes

(9) En el Derecho francés, en relación con el Registro Mercantil, se inscriben en éste las resoluciones judiciales clausurando las operaciones de la suspensión de pagos por insuficiencia de activo o *falta de interés de la masa*. Se inscriben además las que declaran la suspensión, modifican la fecha de cesación en los pagos, homologan el concordato, anulan o resuelven éste, convierten la suspensión en quiebra y resuelven recursos sobre la iniciación o terminación del expediente de suspensión de pagos (Ver art 27 del Decreto de 23 de marzo de 1967, reformado por el de 5 de diciembre de 1969).

En el Registro de la Propiedad el convenio, en cuando contenga limitaciones dispositivas al suspenso, creemos que tendrá acceso al Registro a través de la transcribibilidad general de las cláusulas de inalienabilidad temporal del número 2.º del artículo 28 del Decreto de 4 de enero de 1955. Son obligatoriamente publicados en el Registro inmobiliario (*bureau des hypothèques*). 2.º Los actos *inter vivos* especialmente dirigidos a constatar cláusulas de inalienabilidad temporal y cualesquiera otras restituciones al derecho de disponer, incluso las resoluciones judiciales constatando la existencia de tales cláusulas.

del deudor resultantes del Convenio mismo, es imprescindible que los efectos del asiento de Convenio vengan a desaparecer mediante otro extintivo de tales limitaciones en razón al cumplimiento del Convenio y de la consiguiente falta de interés de la masa de acreedores en tales limitaciones. Por eso es razonable y acertada en lo principal la resolución cuando en los considerandos tercero y cuarto considera necesaria la publicidad extintiva de la situación registral de Convenio que contenga limitaciones antes de la inscripción de actos de disposición del suspenso.

Pero creo que no puede decirse lo mismo respecto del último considerando, en cuanto escamotea lo que era fundamental en el recurso y, después de reconocer que la ley ha omitido toda referencia a la publicidad del cumplimiento del Convenio, añade que esta omisión no implica que no existan los medios adecuados para lograr su cancelación, sin continuar explicando cuáles son estos medios adecuados o indicando, al menos, algún camino para averiguarlos. La resolución termina confirmando el auto y la nota sin decirnos, como tampoco ésta, cuál sea el documento idóneo para cancelar el asiento de Convenio en caso de haberse éste cumplido. Es criticable este silencio de la Dirección cuando el recurrente había alegado que la ley no habilita ningún procedimiento para obtener una declaración de cumplimiento del Convenio, y también que un auto presidencial anterior parecía sustentar criterio favorable a interpretar que transcurrido el plazo de cumplimiento no es procedente la intervención de la comisión nombrada para completar la capacidad del suspenso (10). Y más criticable aún cuando el Registrador, con manifiesta intención de que el Centro Directivo decidiese sobre ello, apuntaba que el procedimiento que cabría aplicar por analogía era el determinado para la rehabilitación del quebrado en el artículo 1.388 (¿y siguientes?) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Creo que aquí es difícil aplicar el aforismo «el que calla otorga»; el silencio de la Dirección más bien parece indicar no convencerle totalmente la aplicación del procedimiento de rehabilitación del quebrado para la declaración de cumplimiento del Convenio, porque la rehabilitación del quebrado se obtiene en virtud de una petición que se instruye concluso en juicio de calificación en la misma pieza separada que éste, como final de ella y con intervención del Ministerio Fiscal; la pieza de calificación en la suspensión de pagos no solamente es excepcional (casos de insolvencia definitiva sin afianzamiento de la diferencia entre activo y pasivo), sino que presenta una estructura tan diferente a la de la quiebra, que creo difícil asimilar el cumplimiento del Convenio con la rehabilitación del quebrado. Lo único utilizable por analogía es el artículo del antiguo Código de Comercio de 1829, aplicable todavía a la rehabilitación del quebrado, que exige acompañar a la solicitud de rehabilitación las cartas de pago o recibos originales en donde conste el reintegro de los acreedores (en nuestro caso, los documentos justificativos del cumplimiento del Convenio).

SAGRERA, después de referirse al artículo 178 del Reglamento del Registro Civil y destacar la falta de regulación legal y reglamentaria sobre el procedimiento para dar la debida publicidad al cumplimiento del Convenio, paralela a la que a éste se dio, afirma que la práctica ha arbitrado un *breve incidente*, en el cual el Juez que tramitó la suspensión y aprobó el Convenio, a solicitud del deudor, acuerda la publicación de esta solicitud emplazando, a quienes interese la alegación del incumplimiento del Convenio, para que en el plazo de seis días (art. 749 de la Ley de Enjuiciamiento) se personen exponiendo lo que a su derecho convenga, y transcurrido dicho plazo sin oposición o estimada improcedente por el Juez, a la vista de la

(10) En realidad, el descubrimiento del procedimiento cancelatorio apropiado parece haber sido el motivo fundamental del recurso. Da la sensación de que el recurrente había ya intentado en vano obtener la justificación judicial del cumplimiento del convenio.

justificación del cumplimiento hecha por el deudor, dictará auto teniendo por cumplido el Convenio, decretando la cancelación de los asientos registrales en correspondientes mandamientos, en que se ordene la publicidad del auto.

SAGRERA no justifica ni demuestra la difusión de esta práctica, un caso más de los muchos en que se emplea como comodín el Título de los incidentes de la Ley Procesal para cualquier cuestión, encaje bien o mal (aquí creemos que poco bien) el procedimiento incidental. Por lo demás, no aclara SAGRERA si la publicación de la solicitud del deudor (que en el art. 749 es trasladado a la parte contraria) se hará siempre por edictos o personalmente a cada acreedor de la masa de la suspensión de pagos. Lo único cierto es que tal práctica sólo puede descansar en un grandísimo margen judicial para apreciar las circunstancias del caso; margen que acaso conduzca a la negativa en alguno a la tramitación y auto pedidos.

También OLIVENCIA es excesivamente parco, en su conocida monografía (11), al estudiar la triple publicidad de los Convenios en la suspensión de pagos. En los pasajes dedicados a la suspensión de pagos, en el Registro Civil pueden encontrarse indicios de que concibe la publicidad registral del Convenio solamente como momento extintivo del expediente de suspensión de pagos y de la situación de capacidad patrimonial limitada del suspenso. En dichos pasajes se limita a afirmar que el artículo 178 del Reglamento de Registro Civil (que amplía el art. 46 de la ley) considera inscribible el hecho de haberse aprobado judicialmente el Convenio y a encontrarlo lógico, puesto que una vez establecido el reflejo registral de la suspensión de pagos es obligada la inscripción del acto que pone fin al expediente. En cambio, cuando trata de la publicidad del Convenio en relación con el Registro Mercantil, estima que aunque procesalmente el Convenio supone el fin del expediente, materialmente implica la producción de una serie de efectos que vienen a crear una nueva situación jurídica para el deudor, incluso limitaciones de enajenar o intervención en la contabilidad, y afirma que el cumplimiento total del Convenio supone también unos efectos que importa dar a conocer a terceros. Vemos, por tanto, que aquí OLIVENCIA no concibe la inscripción registral del Convenio exclusivamente como extintiva del estado registral de suspenso y cancelatoria de las anotaciones de suspensión de pagos, sino reflejo registral de una situación jurídica distinta de la anterior, modificativa de ella, cuya terminación por cumplimiento o por transformación en quiebra también debe ser publicado.

Pero en cuanto al procedimiento para la publicidad del cumplimiento del Convenio, OLIVENCIA es más pesimista que SAGRERA, por la complicación procesal que implica, especialmente en cuanto a Juez competente (el Juez de la suspensión cesó como órgano de la misma cuando el expediente termina) y en cuanto a procedimiento (parece necesario un *juicio declarativo* en que se demande a todos los acreedores, para obtener sentencia constatando el cumplimiento y ordenando el asiento correspondiente). No obstante, deja abierto el interrogante de si el Juez que conoció de la suspensión podría dar por justificado el cumplimiento sin juicio contradictorio, mediante la justificación fehaciente del cumplimiento hecha por el comerciante.

Cuando trata de la publicidad en el Registro de la Propiedad, a pesar de que en éste es donde cobran más trascendencia las prohibiciones dispositivas que puedan haberse establecido en el Convenio, OLIVENCIA es tan parco que sus referencias a limitaciones dispositivas parecen destinadas exclusivamente al periodo estricto de suspenso (antes del Convenio).

d) En resumen, la resolución comentada, como la de 27 de noviembre

(11) MANUEL OLIVENCIA RUIZ: *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, Madrid, 1963.

de 1974, ayudan poco al legislador futuro para la regulación de la publicidad registral de la suspensión de pagos y de los Convenios surgidos en ella. Parece ser que la actualización de la ley en toda esta materia de quiebras, suspensiones de pagos, etc., está dentro de las tareas urgentes de los órganos encargados de las reformas legislativas dentro del Derecho civil, mercantil y procesal. Acaso por ello ha estimado la Dirección que carecía de interés precisar y concretar un procedimiento idóneo para justificar ante los Registros el cumplimiento del Convenio, que acaso resultase pronto superado por la normativa legal. Sólo en este sentido es justificable que el Centro Directivo se haya abstenido de marcar a recurrente y Registrador el camino apropiado para solucionar el problema planteado.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ZONA MARITIMO-TERRESTRE Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD: ES ZONA DE DOMINIO Y USO PUBLICO, INALIENABLE E IMPRESCRIPTIBLE Y EXCEPTUADA DE LA INSCRIPCION, A LA QUE POR ELLO NO AFECTAN LAS ADQUISICIONES DE TERCEROS. LA FE PUBLICA NO SE EXTIENDE A DATOS DE HECHO. LA USUCAPION «SECUNDUM TABULAS» REQUIERE POSESION EFECTIVA Y BUENA FE (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—El Abogado del Estado, en su peculiar representación, interpone demanda contra doña Isabel Martínez Hernández, don José Renart Pérez y don Ricardo Aragó Ferrer, así como contra la Entidad «Hetesa», sobre declaración de derechos, suplicando se dicte sentencia declarando ciertos terrenos de dominio público por estar sitos en la zona marítimo-terrestre, decretándose la nulidad de la inscripción de la finca número 18.395 del término de Cullera, en cuanto abarca 13.174,88 metros cuadrados de dominio público, y la correspondiente cancelación parcial, y además, respecto a la finca número 30.812, inscrita a nombre de «Hetesa», se expida mandamiento al señor Registrador de la Propiedad para que, aun manteniendo la cabida de la misma, se rectifique el lindero sur de ella expresando que es la zona marítimo-terrestre.

A dichos autos se incorporaron los procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Sueca, seguidos por doña Isabel Martínez Hernández, don José Renart Pérez y don Ricardo Aragó Ferrer contra «Hetesa» y el Ayuntamiento de Cullera, por la que los demandantes reivindicaban una zona de terreno ocupada por los demandados y que aquéllos consideraban incluida dentro de la finca registral 18.395, inscrita a su nombre en el Registro.

El Juez de Primera Instancia número 5 de los de Valencia dictó sentencia estimando en parte la demanda del Abogado del Estado, declarando que la parte contenida en el plano de deslinde de la zona marítimo-terrestre,

realizado en 29 de marzo de 1966, está constituida por terrenos de dominio público, con todas las calificaciones jurídicas inherentes a esta clase de dominio, debiendo estar y pasar los demandados por esta declaración, procediendo a reintegrar al Estado las parcelas que hayan podido ocupar; se decreta la nulidad de la inscripción de la finca número 18.395, en cuanto abarca 13.174,88 metros cuadrados de terreno de dominio público, acordándose la cancelación correspondiente en la cuantía indicada. En cambio, se declara no haber lugar a la rectificación del lindero sur de la finca registral 30.821. Dicho Juzgado estima también en parte la demanda del pleito acumulado, condenando a «Hetesa» a restituir ciertos terrenos, que señala, a los actores de ese pleito.

Interpuesto recurso de apelación por doña Isabel Martínez Hernández, don José Renart Pérez y don Ricardo Aragó Ferrer y por «Hetesa», la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por «Hetesa», el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso, destacando los tres primeros «considerandos»:

«Considerando que entre los bienes de dominio público enumerados en el artículo 339 del Código civil se encuentran no sólo las playas, a que expresamente alude el precepto, y las riberas del mar, según la Ley Tercera, Título XXVIII, de la Partida III, y artículo 1.º, número 1.º, de la Ley de 26 de abril de 1969, sino también el litoral, *litorum quoque usus publicus juris gentium est* (Ley Quinta, Título I, Libro II, de la Instituta), y zona marítimo-terrestre, que de acuerdo con lo que se expresa en el número 2.º del artículo 1.º de la Ley de 1969, citada, y los artículos 1.º de la de 7 de mayo de 1880 y 1.º de la de 19 de enero de 1928, comprende el espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que bañe el mar en su flujo y reflujo, donde sean sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales, donde no lo sean, sin perjuicio de los derechos de los particulares, siempre que sean ellos, y no el Estado, quienes así lo acrediten (sentencia de 28 de noviembre de 1973), y como para ello se requiere que tales bienes, cuyo uso es público (art. 12 de la Ley de 1880), hayan sido desafectados por el Ministerio de Hacienda del mismo o del servicio a que estuviesen destinados (art. 20 de la Ley de 15 de abril de 1964) y que su alienabilidad haya sido objeto de una autorización previa (art. 61 de la misma ley) o, al menos, que hubiesen pasado al dominio de los particulares con anterioridad a las disposiciones antes mencionadas, y como los bienes objeto de este recurso están comprendidos entre los acabados de indicar, como expresa el sexto considerando de la resolución impugnada, y no se ha justificado en el proceso de que estas actuaciones traen causa la concurrencia de ninguno de los requisitos acabados de expresar, tanto en lo que atañe al derecho de propiedad como en lo que afecta a la posesión de dichos bienes, según los hechos que se declaran probados por el Tribunal *a quo*, procede rechazar el primer motivo del presente recurso, formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se denuncia la interpretación errónea de los artículos primeros de las Leyes de Puertos y Costas, a que antes se ha hecho referencia.»

«Considerando que a la misma solución se llega si se tiene en cuenta que el principio de legitimación registral, proclamado por los artículos 1.º, párrafo 3.º; 35; 38, párrafo 1.º, y 97 de la Ley Hipotecaria, y los derechos, que al tercero de buena fe concede el artículo 34 de la misma ley, supeditan sus efectos, como dice la sentencia de junio de 1974, a la circunstancia de que las inexactitudes registrales que puedan oponerse a tal principio y de derecho estén provocadas por algún título o acción que tenga acceso a la Oficina Tabular, pero no en el supuesto de que los bienes de que se trate

hayan quedado exceptuados de la inscripción, como sucede con los de dominio público, comprendidos en el artículo 339 del Código civil, ya sean de uso general o pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a algún servicio común, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio, según el artículo 5.º, número 1.º, del Reglamento de aquella ley, precepto cuya *ratio legis* es comprensible si se tiene en cuenta que la adscripción de esos bienes a tales fines les convierte en *res extracomercium* y, por consiguiente, en inalienables e imprescriptibles, como expresa el artículo 5.º, párrafo 1.º, de la Ley de 7 de marzo de 1940, las mencionadas sentencias de 28 de noviembre de 1973 y 3 de junio de 1974, lo que les dota de inmunidad frente al sistema registral inmobiliario, de cuya garantía no precisan ni por el cual pueden ser perjudicados, salvo que se produzca su desafectación o cambio de destino, cosa que aquí no ha tenido lugar, según los hechos admitidos en la sentencia recurrida; aparte de que la protección de la Oficina inmobiliaria no se extiende a los datos y circunstancias de mero hecho que consten en los correspondientes asientos, tales como la naturaleza, situación, linderos y superficie del predio inmatriculado, ni siquiera el que éste exista en la realidad (sentencias de 31 de mayo de 1955, 16 de noviembre de 1960 y 31 de octubre de 1961), por no gozar la presunción establecida en el artículo 38 de un valor absoluto y definitivo, sino *iuris tantum*, susceptible de ser desvirtuado por prueba en contrario (sentencias de 12 de mayo de 1961 y 10 de febrero de 1970), que es precisamente lo ocurrido en el caso que aquí se enjuicia, al enfrentarse la descripción de la finca de la sociedad recurrente con la realidad extrarregistral y con su posible enclavamiento, al menos parcial, en la zona marítimo-terrestre, que no ha dejado de ser de dominio nacional y uso público, como se ha dicho.»

«Considerando que tampoco puede prosperar el segundo motivo del recurso, acogido al número 1.º del mencionado artículo 1.692: 1.º Porque al no reconocerse en la resolución que se impugna la realidad del título de dominio de la Entidad recurrente, ni la identidad de la finca reclamada con la que figura en aquel título, ni aun la posesión real del terreno mencionado por parte de esa Empresa mercantil (considerandos quinto, catorce y dieciséis de la sentencia de primer grado aceptada por la Audiencia), y al no haberse destruido tales afirmaciones a través del presente recurso, en el que ni siquiera se ha utilizado el cauce que para tal fin establece el número 7.º del indicado artículo 1.692, es indudable que no concurren los requisitos exigidos por los artículos 1.940, 1.957 y 1.959 del Código civil para que las usucapiones ordinaria y extraordinaria puedan operar en favor de los poseedores del inmueble de que se trate, ni tampoco los requeridos por el artículo 348 de la misma ley civil sustantiva para el éxito de la acción reivindicatoria. 2.º Porque, aparte de lo anteriormente expuesto respecto a la fe pública registral, lo cierto es que, de acuerdo con la doctrina proclamada por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 11 de noviembre de 1969, 22 de junio de 1972 y 3 de octubre de 1974, en nuestro sistema hipotecario vigente no se admite de forma pura la usucapción *secundum tabulas*, fundada exclusivamente en la inscripción, por exigirse, además, para lograr tal efecto, el concurso de la posesión efectiva del derecho real que se trata de adquirir por parte del usucapiente y la buena fe de éste en la posesión, requisitos ambos cuya existencia no se da por acreditada en la sentencia recurrida.»

COMENTARIO.—En esta sentencia se contiene abundante doctrina legal a propósito de la relación entre zona marítimo-terrestre y Registro de la Propiedad, que podemos resumir en los siguientes puntos:

a) La zona marítimo-terrestre es un bien de dominio y uso público, en que sólo caben derechos de los particulares cuando éstos, y no el Estado, lo acrediten, por haber sido desafectada de tal uso o autorizada su aliena-

bilidad o, al menos, que hubiese pasado al dominio de los particulares con anterioridad a la Ley de Puertos de 1880 y demás sobre la materia.

b) En el conflicto entre zona marítimo-terrestre y Registro de la Propiedad vence la condición pública de dicha zona, porque al estar excluida de la inscripción por el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario y ser inalienable e imprescriptible, no precisa de las garantías del sistema registral, que tampoco puede perjudicarla. Por tanto, no son aplicables, en relación con dicha zona, la legitimación registral, proclamada por los artículos 1.º, 35, 38 y 97 de la Ley Hipotecaria, ni los derechos que al tercero de buena fe concede el artículo 34 de dicha ley.

c) La fe pública registral no se aplica a datos o circunstancias de mero hecho, en que cabe prueba en contrario.

d) La usucapción *secundum tabulas* (aparte de lo ya dicho sobre inaplicación del artículo 35 de la Ley Hipotecaria a la zona marítimo-terrestre) no es exclusivamente tabular, sino que requiere posesión efectiva y buena fe en la posesión, requisitos ambos que no se dan por acreditados.

Todos estos aspectos de la sentencia, altamente discutibles, están enlazados entre sí en torno al problema fundamental que se plantea en la misma, relativo al conflicto entre la condición pública de la zona marítimo-terrestre y los derechos a favor de particulares que consten en el Registro de la Propiedad.

Para solucionar ese conflicto entre zona marítimo-terrestre y Registro de la Propiedad existen dos vías de solución:

a) Entender que deben prevalecer los preceptos hipotecarios en favor del titular registral, y especialmente el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Simpatiza con esta solución PAREJO GÁMIZ (1) partiendo de que el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario (interpretado a la luz de sus precedentes históricos) no prohíbe la inscripción de los bienes de dominio y uso público, sino que los *dispensa* de la inscripción. Por otro lado, este autor se opone a la tesis de FORNESA RIBÓ, según el cual debe prevalecer el carácter público de la zona marítimo-terrestre frente a los titulares registrales. Sin duda, PAREJO GÁMIZ no ve en la citada zona la ostensibilidad necesaria para excluirla, en todo caso, de la inscripción. Dicho autor cita también una serie de sentencias en pro de esa prevalencia del Registro respecto a las reivindicaciones de la Administración, que son las de 5 de diciembre de 1874, 8 de mayo de 1923, 1.º de diciembre de 1966 y 2 de febrero de 1974. Sin embargo, nosotros entendemos que no es una jurisprudencia tan concluyente como la contraria, que ahora veremos. Por lo menos, las dos últimas sentencias citadas no son decisivas, pues más bien se desestima el recurso de la Administración por cuestiones procesales, aunque, ciertamente, presuponen el valor de la inscripción registral.

b) Entender que debe prevalecer la condición pública de la zona marítimo-terrestre frente a las inscripciones del Registro de la Propiedad. En este sentido se pronuncia FORNESA RIBÓ (2), con una serie de argumentos no convincentes y también algunas sentencias recientes, como las de 28 de noviembre de 1973, 3 de junio de 1974 y la que ahora comentamos de 7 de mayo de 1975.

Esta sentencia es rotunda en favor del carácter público de la zona marítimo-terrestre y en contra de las inscripciones de particulares.

Podemos sintetizar así sus argumentos, señalando en relación con cada uno la otra visión posible del asunto:

1.º La zona marítimo-terrestre es bien de dominio y uso público, en que no caben derechos de los particulares sino en virtud de la correspondiente desafectación, autorización de alienabilidad o dominio de los particulares anterior a la legislación de 1880. Esta es una de las maneras de

(1) ROBERTO PAREJO GÁMIZ *Protección registral y dominio público*, Madrid, 1975.

(2) Citado por PAREJO GÁMIZ, *ob. cit.*, pág. 165

interpretar el artículo 1.º de la Ley de Puertos y de la vigente Ley de Costas, cuando considera tal zona como «bienes de dominio público sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos». Otra interpretación es la que apunta el recurrente, que nos parece más lógica: que se pueden adquirir derechos en la zona aun sin haber sido desafectada. Como dice el recurrente, de ser correcta la interpretación de que el artículo 1.º de la Ley se refiere a la previa desafectación, «quedaría sin contenido la excepción legalmente prevista, puesto que la exigencia de una previa desafectación ya les habría privado a los bienes del carácter de dominio público del que parten las referidas normas para prever posibles excepciones».

2.º Tanto el principio de legitimación como el de fe pública del artículo 34 supeditan sus efectos a la circunstancia de que las «inexactitudes registrales» estén provocadas por algún título o acción que tenga acceso a la Oficina Tabular, por lo que no son aplicables si se trata de bienes que han quedado «exceptuados» de la inscripción, como es la zona marítimo-terrestre, conforme al artículo 5.º del Reglamento Hipotecario. Por ello llega a la conclusión de que dicha zona no necesita de la garantía registral ni tampoco puede ser perjudicada por inscripciones del Registro.

Frente a esta argumentación de la sentencia cabe partir de distintas perspectivas. En primer lugar, en relación con el principio de legitimación, hay que tener en cuenta que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria presume la titularidad y posesión del titular registral «a todos los efectos legales». Por tanto, no nos parece acertada la idea de excluir la legitimación registral en favor del titular registral frente a la reivindicación estatal de la zona marítimo-terrestre, y será al Estado a quien corresponda probar que el titular registral no ostenta titularidad ni posesión en la zona. En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, PAREJO GÁMITZ cita numerosísimas sentencias en este sentido (3), respetando la presunción legitimadora del titular registral. En segundo lugar, la sentencia parte de que el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario prohíbe la inscripción de los bienes de dominio y uso público. Pero también cabe pensar que este artículo sólo significa una *dispensa* de inscripción, no una prohibición (PAREJO GÁMITZ), o incluso que está superado por la Ley de Patrimonio del Estado (TIRSO CARRETERO). En tercer lugar, la sentencia parece entender que no hay inexactitud registral en estos casos en que no cabe acceso al Registro de los bienes de dominio y uso público; pero frente a esto hay que decir que el tercero puede desconocer perfectamente la inexactitud registral que supone la inscripción de un terreno a favor del transmitente, a pesar de que esté en la zona marítimo-terrestre. Y es que la inexactitud no se produce en este caso por no haber tenido acceso al Registro la titularidad a favor del Estado, sino por haber tenido tal acceso la titularidad del transmitente. En este sentido, nosotros creemos que cabe buena fe. Además, cabe perfectamente que el Estado solicite la correspondiente anotación preventiva de demanda de nulidad de la inscripción, a partir de cuya fecha todo tercero puede conocer la inexactitud producida. En cambio, antes de tal anotación no puede decirse sin más que no opera la buena fe (al estilo de lo que dice FORNESA RIBÓ), pues los límites de la zona marítimo-terrestre no son ostensibles ni mucho menos, a diferencia de ciertas servidumbres aparentes.

En definitiva, cabe plantear la cuestión de manera distinta a la de la presente sentencia: que en caso de conflicto entre el Estado y el titular registral por razón de la zona marítimo-terrestre, no existen privilegios o prerrogativas del Estado frente a la presunción legitimadora del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en favor del titular registral, pues esta presunción es «a todos los efectos legales», y así lo ha reconocido la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo, y en cuanto al artículo 34 de la Ley

(3) *Ob. cit.*, pág. 115.

Hipotecaria, si se dan los presupuestos de este precepto creemos que es de perfecta aplicación, sin perjuicio de que la Administración procure evitar las consecuencias del mismo por los medios legales pertinentes, a saber: *a priori*, inmatriculando la zona marítimo-terrestre (si prospera la tesis razonable de PAREJO GÁMIZ o se superan los términos literales del anticuado artículo 5.º del Reglamento Hipotecario) o bien anotando la correspondiente demanda de nulidad de la inmatriculación producida a favor de un particular, teniendo en cuenta que el Estado es tercero, a estos efectos, por un plazo de dos años, conforme al artículo 207 de la Ley Hipotecaria; *a posteriori*, tramitando la correspondiente expropiación forzosa de los terrenos o imponiendo las correspondientes servidumbres de salvamento y vigilancia del litoral.

3.º La zona marítimo-terrestre es *res extra commercium* y, por tanto, imprescriptible e inalienable, salvo desafectación o cambio de destino. Sin embargo, también puede pensarse que la adquisición del tercero del artículo 34 no supone prescripción adquisitiva ni enajenación por el Estado, sino adquisición *a non domino* por parte de dicho tercero de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitir. Por otro lado, el dogma de la imprescriptibilidad de bienes del Estado es hoy objeto de discusión entre los administrativistas. Tampoco puede olvidarse la posibilidad de desafectación tácita, que sería una forma de coordinar la legislación administrativa de los bienes del Estado con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

4.º Aparte de ello, continúa diciendo la sentencia, la protección de la Oficina inmobiliaria no se extiende a los datos y circunstancias de mero hecho. Y cita en este sentido las sentencias de 31 de mayo de 1955, 16 de noviembre de 1960 y 31 de octubre de 1961.

Pero conviene hacer una puntualización, pues el sentido de la presente sentencia es distinto de las que cita, sobre todo de la de 16 de noviembre de 1960, que estableció de modo tajante que ni la legitimación ni la fe pública se extienden a los datos de hecho. En cambio, la sentencia que ahora comentamos no se refiere al principio de legitimación, sino sólo al de fe pública. A primera vista parece que se refiere a ambos principios, pues en el «considerando» en cuestión se refiere a los dos y emplea la expresión amplia de que «la protección de la Oficina Tabular no se extiende a circunstancias de hecho». Pero a continuación se aclara el sentido de esa frase, al explicar la razón de esa no protección, diciendo que se trata de una presunción *iuris tantum*, que se puede desvirtuar por la prueba en contrario. Esto significa que el principio de legitimación y su consiguiente presunción *iuris tantum* se aplican a los datos de hecho que consten en las inscripciones, sin perjuicio de poderse demostrar lo contrario, que es lo que aquí ha sucedido. Luego esta sentencia, más que seguir los dictados de las sentencias de 16 de noviembre de 1960 y 31 de octubre de 1961, sigue más bien la tendencia de las de 21 de marzo de 1953, 25 de enero de 1958, 27 de enero de 1973 y 20 de mayo de 1974, aunque de un modo indirecto y con rodeos, al estilo de lo que dijo la sentencia de 3 de octubre de 1974 (4).

En cuanto a la fe pública y los datos físicos, tampoco hay una declaración terminante sobre ese problema; pero al admitir la prueba en contrario, ello significa que no admite la presunción registral, en el sentido del artículo 34, como *iuris et de iure*. Desde esta perspectiva cabe decir que la sentencia niega la protección registral, a efectos de la fe pública, en materia de datos de hecho.

Ahora bien, esta conclusión merece algunas críticas. En primer lugar, la fe pública registral se aplica en ocasiones a datos de hecho, sencillamente porque no es posible separarlos de los datos jurídicos. Así, JERÓNIMO

(4) Véanse todas estas sentencias, con sus comentarios, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 509, págs. 969 a 980 y 983.

GONZÁLEZ Y GARCÍA-ARANGO. En segundo lugar, en relación con la localización de la finca en la zona marítimo-terrestre según los datos del Registro, hay que distinguir: descripciones imprecisas por sus linderos o superficie, que admiten distintas interpretaciones, respecto a las cuales no cabe aplicar a la supuesta localización de la finca la fe pública registral, pero es por la imprecisión que la descripción lleva consigo, y descripciones precisas, que dejan concretada y localizada la finca, sin lugar a dudas, en la zona marítimo-terrestre. Cuando estemos en este segundo grupo de descripciones, nos parece erróneo decir que la localización en la zona marítimo-terrestre es una cuestión o circunstancia de hecho no garantizada por el Registro. A esta conclusión había llegado precisamente FERNESA RIBÓ. Pero frente a la misma es perfectamente válida la contestación y crítica de PAREJO GÁMIZ, que puntualiza lo siguiente: «Cabe incluso que una finca inscrita, en casos excepcionales, no tenga correlativo en la realidad por razones fácticas. Pero lo que aquí se quiere decir (en relación con la situación en la zona marítimo-terrestre) es que tal finca no existe *por razones jurídicas*: por el carácter demanial de la misma, con lo que no es válida la causa alegada.» «Aquí estamos ante una finca registral plenamente identificada en la realidad: coinciden los libros hipotecarios y el mundo de los hechos. La finca real es la misma que se describe en el Registro. Con ello inmediatamente recobra su fuerza la fe pública registral, y cualquier razón *jurídica* no puede ampararse en la excepción que comentamos.»

5.º Por último, frente al carácter público de la zona marítimo-terrestre, no cabe alegar tampoco por parte del titular registral el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, según la presente sentencia.

En dos ocasiones se refiere a este precepto: por un lado, para decir que el artículo 35, uno de los exponentes de la legitimación registral, queda sin aplicación cuando se trate de bienes de dominio y uso público, por estar éstos exceptuados de la inscripción. Este aspecto merece la misma contestación que hemos señalado en los apartados segundo y tercero. Por otro lado, la sentencia destaca que en nuestro sistema la usucapción *secundum tabulas* no es exclusivamente tabular, o sea, fundada exclusivamente en la inscripción, sino que requiere posesión y buena fe en la posesión, que aquí no se ha acreditado. En relación con esto estamos de acuerdo en que se requiere posesión efectiva y buena fe en la posesión, pero no debe enfocarse la cuestión diciendo que aquí «no se ha acreditado» tal posesión, pues el artículo 35 contempla una presunción que favorece al titular registral, en el sentido de que no tiene necesidad de acreditar lo que se presume, sino que ha de ser la parte contraria la que ha de acreditar que no hubo tal posesión efectiva. La sentencia de 3 de octubre de 1974, citada por la presente, ya cometió la misma imprecisión (6). Ahora la declaración de la sentencia que comentamos tiene mejor explicación si se parte del punto de vista de la misma en relación con los bienes de dominio y uso público: que es al particular, y no al Estado, a quien corresponde acreditar la propiedad y posesión de los bienes. Sin embargo, hemos visto antes que cabe también interpretar, a la vista del texto terminante del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, del que el 35 es una derivación o consecuencia, que la presunción legitimadora es «a todos los efectos legales» y, por tanto, también cuando el titular registral tiene un conflicto con el Estado.

Quedan así expuestos los distintos argumentos y puntos de vista de la sentencia, junto con la correspondiente perspectiva contraria de cada uno de dichos aspectos. Con ello hemos querido poner de manifiesto que se trata de un tema discutible en la legislación vigente y que seguirá siendo

(5) *Ob cit.*, pág. 167

(6) Véase una crítica a esta sentencia en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 511, páginas 1459 y sigs., especialmente pág. 1479.

objeto de discusión, a pesar de las declaraciones terminantes de la sentencia, en línea con la de 3 de junio de 1974.

Si planteamos la cuestión *de lege ferenda*, para nosotros no ofrece duda cuál es la solución más aconsejable, que se resume en las siguientes medidas:

1.º Obligatoriedad de inscripción en el Registro de la Propiedad de la zona marítimo-terrestre correspondiente a cada término (7), con los planos pertinentes, al estilo de lo que preceptúa la vigente legislación de Montes Públicos. Se impone por ello una derogación, reforma, aclaración o puntualización del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario, bastante deteriorado ya por otros preceptos de igual o superior rango. La inscripción de la zona marítimo-terrestre produciría en beneficio del Estado la aplicación del principio de legitimación registral y sus consiguientes ventajas procesales frente a cualquier perturbador. Además, por aplicación de los principios de calificación y fe pública, no podría surgir el tercero hipotecario.

2.º Imposibilidad de inscribir las fincas de particulares sitas en la zona marítimo-terrestre, a no ser que estuviesen previamente reflejadas en el plano aportado al Registro como enclaves de la zona. Si por excepción se filtrara alguna finca en el Registro de modo indebido, serían aplicables las normas en materia de doble inmatriculación. Por otro lado, respecto a las fincas que lindaran con el mar o con la zona marítimo-terrestre, deberían establecerse idénticos requisitos de inscripción que los que se establecen en relación con las fincas lindantes con montes públicos.

Con estas medidas se evitarían muchos conflictos entre el Estado y los particulares que actualmente se plantean en la zona marítimo-terrestre.

DISTINCION ENTRE TERCERO Y PARTE EN UN PROBLEMA DE RECTIFICACION DE INSCRIPCION EN CUANTO A SUPERFICIE Y LINDEROS (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—Don Pedro Clapes Gras y su esposa formulan demanda contra don Francisco Serra Gisbert y su esposa, sobre rectificación de inscripción de finca en el Registro de la Propiedad, exponiendo los siguientes hechos:

Que mediante escritura autorizada en 31 de enero de 1953, la madre de las esposas de los litigantes había donado a la actora dos fincas de su propiedad: un edificio fábrica, finca registral número 1.417, y un huerto de 301,96 metros cuadrados, segregado este último, con el número registral 2.053, de una finca, cuyo resto se lo reservó la madre donante, siendo el número registral de dicho resto el 1.418.

Que por escritura otorgada el 17 de noviembre de 1959, la actora, asistida de su esposo, don Pedro Clapes Gras, vendió al marido de su hermana, el demandado, don Francisco Serra Gisbert, una porción segregada de la finca registral 1.417, que es la que había sido ocupada por el edificio fábrica, arrojando el resto de dicha finca 1.417 no vendido un sobrante de 125,45 metros cuadrados.

Que por otra escritura otorgada el 14 de enero de 1960, la actora agrupó el resto de la 1.417 (antiguo edificio fábrica, de la que vendió anteriormente una parte) y la número registral 2.053 (que había adquirido por donación de su madre, con superficie en el Registro de 301,96 metros cuadrados), formando la número registral 2.316, con superficie, según el título y el Registro, de 427,41 metros cuadrados, suma de ambas superficies escrituradas de las fincas agrupadas. En esa misma escritura de agrupación vendió la mitad indivisa de la finca resultante a su hermana, ahora demandada.

(7) No así, las playas. Véase la distinción de Díez-PICAZO en *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, tomo II, pág. 40

Que por escritura autorizada el 6 de octubre de 1960, ambos titulares de la finca agrupada (actores y demandados) declararon la obra nueva de un edificio, expresando como superficie 242 metros cuadrados, quedando el resto sin edificar.

Que por escritura otorgada el 11 de noviembre de 1968, la madre cedió a la actora, esta vez a cambio de una renta vitalicia de 8.000 pesetas mensuales, el resto de la finca 1.417, que se había reservado en la primera operación de segregación y donación, indicada al principio. En la escritura atribuyeron a ese resto transmitido la superficie de 300,42 metros cuadrados.

Que una vez concluidos los anteriores negocios jurídicos, los actores entendieron que en los títulos de referencia, así como en su reflejo en el Registro de la Propiedad, se había padecido error en cuanto a la cabida superficial de las fincas objeto de tales actos jurídicos, no correspondiendo a la realidad la extensión de medida asignada a dichas fincas, en perjuicio del resto de la finca 1.418, últimamente cedida a cambio de una renta vitalicia.

Que la subsanación de esta anómala situación, objeto de la presente demanda, requería la declaración judicial del error de medición padecido y la consiguiente rectificación de los asientos registrales erróneos, conforme al apartado d) del artículo 40 de la vigente Ley Hipotecaria.

Alegó en Derecho, suplicando al Juzgado dictara en su día sentencia por la que se declarase que la finca número 2.316, propiedad indivisa de la actora y de la demandada, resultante de agrupación y sobre la que consta la declaración de obra nueva, con una superficie total inscrita de 427,41 metros cuadrados, tenía en realidad una superficie de 301,96 metros cuadrados, de la que 260 metros eran ocupados por el edificio construido, y el resto de 41 metros y 96 décimetros era andión o patio de separación respecto a la finca 1.418, adquirida por la actora a cambio de renta vitalicia, ordenándose la correspondiente rectificación de la superficie registral.

Los demandados contestan a la demanda oponiéndose y negando la superficie alegada respecto al resto de la finca 1.418 adquirida por la actora, y, además, los demandados adquirieron a título oneroso y no podían sufrir las consecuencias de unos posibles errores, pues su título de adquisición les sitúa en posición de terceros protegidos por la Ley Hipotecaria, y que, en todo caso, concurren otros hechos constitutivos de actos propios de los actores, con la comparecencia incluso de don Pedro Clopes Gras, aprobando lo realizado por su esposa en las transmisiones.

El Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar dictó sentencia estimando sólo en parte la demanda, declarando que la finca 2.316, propiedad indivisa de la actora y de la demandada, formada por agrupación de las 1.417 y 2.053, linda por todo su lado norte con la finca 1.418, propiedad de los actores, en una línea paralela a la calle de la Iglesia y distante de dicha calle en todo su recorrido 10,40 metros, decretando la rectificación del asiento registral correspondiente a la citada finca número 2.316 en ese sentido.

Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la sentencia del Juzgado, declarando que la citada finca 2.316 linda por todo su lado norte con la finca 1.418 en una línea paralela a la calle de la Iglesia y distante de dicha calle en todo su recorrido 14,40 metros, decretando la rectificación registral en esos nuevos términos.

Los demandados interponen recurso de casación basándose fundamentalmente en que eran terceros adquirentes, conforme al artículo 34, por título oneroso, frente a la inscripción del resto de la parte actora.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso, destacando el «considerando» 1.º (en cuanto a la versión de los

hechos) y el 3.º (en cuanto a la doctrina de que los recurrentes son partes y no terceros):

«Considerando que como elementos fácticos, de indispensable conocimiento para la mejor comprensión de los problemas jurídicos que entraña el presente recurso, tal y como resultan de los autos, pueden mencionarse los siguientes: 1) El 31 de enero de 1953, la madre de los actuales litigantes hizo donación, en favor de la que ahora figura como recurrida, de la mitad de una finca de su propiedad—que tenía en el Registro el número 250—, con separación de dos partes, que se segregan como fincas independientes: un edificio fábrica, sito en la casa número 3 de la calle General Mola de la localidad de Calella, que pasa a ser la número 1.417, y un huerto terreno, colindante con aquél, que se numera a partir de entonces con el 2.053, reservándose la otra mitad, a la que se asigna el 1.418, y conserva la extensión y linderos correspondientes a dicha mitad, según se corroboró con una hipoteca que más tarde se constituyó con garantía de la misma. 2) El 17 de noviembre de 1959, la donataria—hoy recurrida—vende al marido de la actual recurrente una parte que segrega de la finca número 1.417, donde ya no existía el edificio fábrica reseñado, pasando esta parte a tener el número registral 2.309. 3) El 14 de enero de 1960, la misma donataria agrupa las fincas 1.417 y 2.053, formando con ambas la que adquiere el número 2.316, de la que vende a su hermana la mitad indivisa, haciendo las dos titulares, el día 6 de octubre del mismo año, la declaración de obra nueva de un edificio construido en ella. 4) El 11 de noviembre de 1968, la madre, primitiva donante, cede a la misma hija a quien antes había donado —y que, según se ha dicho, es la actual recurrida—la mitad que se reservó, y que, como se ha expuesto, adquirió registralmente el número 1.418, a cambio de una renta vitalicia, momento en que surgió la discusión entre las hermanas acerca de la extensión y linderos de esta última finca, habida cuenta que en las ventas efectuadas en los años 1959 y 1960 se hizo constar, al parecer por error, unos que no coincidían con los reales y que implicaban un exceso de medida y cabida a costa de aquélla—es decir, la finca número 1.418—, en el que incluso se efectuaron determinadas construcciones; error, constante en la consiguiente inscripción registral, que los hoy recurridos, que son sus titulares, al fracasar las gestiones particulares, terminaron pidiendo judicialmente que fuese rectificado, con las consecuencias inevitables respecto de lo construido; pretensión a la que accedió sólo en parte la sentencia dictada en primer grado, pero que, en cambio, con revocación de aquélla, fue estimada completamente por la recurrida, apoyándose en los hechos relatados, de los que se obtienen las pertinentes deducciones y presunciones para llegar a la decisión que ahora se impugna.»

«Considerando que en el motivo primero, y por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se alega violación del último párrafo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor 'en ningún caso la rectificación del asiento perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto', argumentando que mientras los hoy recurridos son adquirentes a título gratuito, cual es la donación ya referida que la madre de ella le hace en 1953, siendo, por otra parte, primera enajenación, si de tal puede calificarse, la cesión a cambio de una renta vitalicia, a cuya virtud adquieren en 1968 la finca, inscrita en el Registro de la Propiedad con el número 1.418, en cambio, quienes recurren en este trámite son terceros, que deben estar protegidos por el indicado precepto, en cuanto que adquirieron de buena fe en segunda transmisión y a título oneroso, como es el contrato de compraventa; alegato que carece de toda consistencia porque, de acuerdo con los hechos declarados probados y sus pertinentes deducciones, no desvirtuado ninguno de ellos en casación, quien lo hace no trae causa en su adquisición registrada de la que en tiempos era la propietaria de la

totalidad de la finca, de cuya mitad hizo donación a la hoy recurrida, conservando la otra mitad, que quedó como tal y como estaba en el instante del acto de liberalidad, a la que, consiguientemente, como muy bien dice la sentencia que se recurre, no podían afectar—en cuanto a extensión y linderos—las posteriores segregaciones y agrupaciones de la mitad donada, pues el título de los que ahora reclaman no tiene otro origen que las transmisiones efectuadas en 1959 y 1960, subsiguientes a las referidas segregación y agrupación de la porción que primitivamente se donó, en las que fueron parte directa como compradores, lo que impide su catalogación de terceros adquirentes, como pretenden, haciendo entrar en juego una operación totalmente extraña no ya a su posición jurídica, sino incluso a la finca que realmente adquirieron; lo que, al margen de que el título adquisitivo de ellos sea oneroso y de que mediase buena fe de su parte, que nadie ha discutido, en todas las actuaciones precedentes a este recurso, y que, sin duda, está amparada por la presunción genérica del artículo 434 del Código civil, les inhabilita para oponerse a la rectificación del error padecido justo en el acto de transmisión efectuado a su favor y en la consiguiente inscripción registral.»

COMENTARIO.—La sentencia se ocupa de la distinción entre tercero y parte, negando a los recurrentes la consideración de terceros, porque «fueron parte directa como compradores, lo que impide su catalogación de terceros adquirentes, como pretenden, haciendo entrar en juego una operación totalmente extraña no ya a su posición jurídica, sino incluso a la finca que realmente adquirieron, lo que les inhabilita para oponerse a la rectificación del error padecido justo en el acto de transmisión efectuado a su favor y en la consiguiente inscripción registral».

Esta es la frase que queremos comentar, pues, en nuestra opinión, los recurrentes eran «terceros». Lo que pasa es que no llegamos a un resultado diferente del de la sentencia, pues a pesar de catalogarlos como tales terceros, en todo caso resultaba muy discutible que fueran «terceros protegidos».

Pero disentimos de la forma de tratar la distinción entre parte y tercero. No obstante, nos vamos a limitar a hacer unas puntualizaciones sobre esa distinción sin tratar de hacer una crítica de la sentencia, pues la complejidad de la situación de hecho nos hace dudar de si realmente fue ésta tal como nosotros la hemos interpretado.

Expondremos de forma simplificada nuestra visión del caso planteado:

«Prima» segrega una porción de su finca con superficie de 301,96 metros cuadrados. Dicha parcela segregada la dona a «Secunda», con el número 2.053, en unión de otra finca, reservándose la donante el resto de la finca, que es la número 1.418.

«Secunda» agrupa la finca 2.053, inscrita con la superficie de 301,96 metros cuadrados, con el resto de la otra finca, adquirida por donación de su madre (previa una segregación y venta de un trozo de la misma), formando la finca registral número 2.316, que se inscribe con la superficie de 427,41 metros cuadrados.

«Secunda» vende a «Tertia» la mitad indivisa de la finca 2.316, que se acaba de decir procede por agrupación, inscrita con la citada superficie de 427,41 metros cuadrados.

Posteriormente, «Prima» cede a «Secunda», a cambio de una renta vitalicia, la finca resto, número 1.418, que se reservó «Prima» al hacer la donación, expresándose en la escritura de cesión que dicha finca resto mide 300,42 metros cuadrados.

Nos preguntamos: ¿Es tercera «Tertia» ante la pretensión de «Secunda» de que se rectifique la superficie inscrita de 427,41 metros cuadrados de la finca 2.316, vendida a «Tertia» en cuanto a una mitad indivisa?

Nosotros creemos que sí, frente a la postura de la sentencia.

Cierto que «Tertia» fue parte en la operación de venta de «Secunda» a «Tertia», pero eso no es obstáculo para que sea «tercero» en relación con otras operaciones en las que no intervino. Concretamente, fue tercero en la previa operación de segregación y donación de «Prima» a «Secunda», en la que se fijó como superficie de una de las fincas la de 301,96 metros cuadrados. La totalidad de 427,41 metros cuadrados no venía previamente fijada en el Registro, pero, al menos, venía determinada (sin haber intervenido «Tertia» en la fijación) la superficie de una parte importante de la finca, 301,96 metros cuadrados, que es la porción fundamental de la finca cuya mitad adquirió. De modo que «Tertia» fue tercero respecto a esa fijación de 301,96 metros cuadrados de una parte principal de la finca, y fue tercero también en la descripción primitiva del edificio fábrica donado por «Prima» a «Secunda», que alguna superficie tendría. En definitiva, «Tertia» es tercero en cuanto confió en una superficie *mayor* de 301,96 metros cuadrados.

Además, «Tertia» fue tercero en la operación de cesión de «Prima» a «Secunda» del resto de la finca 1.418, en la que se expresó como superficie de ésta (colindante a la finca adquirida por «Tertia») 300,42 metros cuadrados.

Para llegar a estas conclusiones, nos fundamos en las notas que dan sobre el concepto de tercero GARCÍA ARANDA y GARCÍA HERGUEDAS en su interesante artículo «El tercero civil, el tercero hipotecario y su protección en nuestro Derecho» (publicado en esta REVISTA, núm. 508, pág. 591). Estos autores hablan del «tercero posicional» y del «tercero afectado», como dos notas del tercero en sentido estricto. La idea de «tercero posicional» es interesante para comprender que todo tercero es, además, parte de otra relación jurídica. En nuestro caso, el hecho de que «Tertia» (recurrente) haya sido parte en una escritura de compra a «Secunda», no excluye, sino que explica precisamente que sea tercero en la escritura previa de donación entre «Prima» y «Secunda». Como dicen los citados autores, «para que el tercero de una relación jurídica sea tenido en cuenta por el Derecho, ha de ser sujeto activo de otra relación jurídica». Luego el hecho de que una persona sea parte en una relación no excluye, sino todo lo contrario, que sea tercero en la relación registral precedente.

En cuanto a la nota de tercero «afectado», nosotros creemos que las dos operaciones en que no intervino «Tertia» le afectan, por lo que también se cumple esta nota del concepto de tercero. «El tercero, en sentido estricto, de una relación jurídica puede ser definido como la persona que no es parte de esta relación, pero es sujeto activo de otra relación objetivamente conectada y afectada por aquella» (autores citados, pág. 599). A «Tertia» le afecta la primera operación entre «Prima» y «Secunda», en el sentido de que se refiere a la determinación de la propia finca que luego compró a «Secunda». La rectificación de descripción y superficie de las fincas de esa primera operación (donadas a «Secunda») afecta a «Tertia» y es evidente que no fue parte en esa previa operación. A «Tertia» también le afecta la operación de determinación de superficie del resto de la finca matriz y no intervino en la misma, pues fue una relación de transmisión entre «Prima» y «Secunda». Frente a esto, la sentencia dice que se trata de una finca extraña a la que adquirió «Tertia». Pero entendemos que no es tan extraña, pues es la finca colindante y matriz de la comprada por la misma. Y creemos que cuando se plantea un problema de superficies entre dos fincas colindantes, se puede dar la conexión *ob rem*, que tipifica al tercero, en la medida en que lo que se atribuye de más a una de las fincas repercute en la otra colindante.

Por todo ello, no nos parece tan evidente lo que dice la presente sentencia a propósito de la condición de parte de los recurrentes, sino que nos

inclinamos más bien hacia su catalogación como terceros, con la salvedad ya dicha.

Pero una vez afirmada su condición de terceros puede llegarse a la misma conclusión que la sentencia por otro camino, consistente en razonar que, aunque eran terceros, no reunían los requisitos de protección necesarios para ello. Esto supone distinguir dos aspectos: el concepto de tercero y la protección de tercero. Se puede ser tercero y, sin embargo, no estar protegido por el Derecho hipotecario. En el presente caso nadie discutía los requisitos de protección del artículo 34, referentes a la buena fe, onerosidad, previa inscripción del transmitente e inscripción del tercero, pero se trataba de un problema de confianza del tercero en datos físicos previamente inscritos (medida superficial y linderos), y desde esta perspectiva podría plantearse si dicho tercero (aun siendo tercero y sin negarle esta condición) tiene o no la protección de la fe pública registral respecto a los datos físicos.

No queremos entrar en ese otro aspecto del caso, pues no ha sido tratado por la presente sentencia. Baste ahora decir que consideramos erróneas las dos posturas extremas: la de que la fe pública registral se extiende siempre a los datos físicos y la de que nunca se extiende a los mismos. Creemos que en nuestro sistema hay que seguir una postura intermedia, la de admitir la protección del sistema en determinados supuestos. Concretamente, cuando no haya contradicción entre datos de superficie y linderos, cuando éstos ofrezcan suficiente precisión, cuando no haya contradicción entre los datos de superficie y linderos de la finca en cuestión y los datos de inscripción de otras fincas colindantes (supuesto de contradicción muy frecuente en la práctica y que puede ser el del caso de autos), etc. Lo que no puede decirse sin más de un modo absoluto es que la fe pública no se extiende a la superficie y linderos. Como dice acertadamente JERÓNIMO GONZÁLEZ, «la agregación de varios metros de una parcela, los límites de dos fincas, el ancho de una servidumbre, etc., quedarán al amparo del principio de publicidad en muchos casos, como declaraciones trascendentes» (1). Si no fuera así, decíamos nosotros en otro lugar (aun reconociendo las limitaciones que la fe pública tiene en relación con los datos físicos): «Si la fe pública no se extendiera a los linderos y a la línea delimitadora de la finca, la fe pública registral podría quedar en el 'vacío', pues en casos extremos, pero posibles, sólo garantizaría una titularidad meramente simbólica. Porque, ¿de qué le vale al adquirente confiar en el principio de fe pública registral cuando compra una finca de 100 hectáreas, por ejemplo, si luego el Juez le dice que sólo adquirió una hectárea y que la fe pública no se extiende a los linderos y superficie que figuran en el Registro?» (2).

De todos modos, terminemos aquí este comentario, pues el tratamiento de este problema de la protección del tercero en relación con los datos de superficie y linderos se sale de la doctrina de la presente sentencia.

VENTAJAS DE LA INSCRIPCION. CORRECTA APLICACION DE LOS ARTICULOS 32, 34 Y 38 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 606 DEL CODIGO CIVIL. TERCERO HIPOTECARIO. PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Don José Manuel Gómez Sancho formula demanda contra don Julio González Chas y cuatro más sobre declaración de propiedad de

(1) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil* tomo I, pág. 387

(2) *Identificación de fincas rústicas*, trabajo en el que hicimos con F. MUÑOZ CARIÑANOS estas declaraciones a otros efectos, los de la relación de la fe pública con los planos

bienes y otros extremos, estableciendo en síntesis: que el actor es propietario de dos fincas rústicas adquiridas en escritura pública, constando inscritas en el Registro todavía a nombre de su transmitente; que los demandados habían invadido una de sus fincas en cuanto a la extensión de 7.441 metros cuadrados, alegando los mismos en el acto de conciliación que habían comprado ese terreno de buena fe de quien en el Registro figuraba como dueño, como si el Registro de la Propiedad—según expresión del propio actor—fuera «el agua del Jordán, que todo lo limpia y purifica». Suplica se dicte sentencia declarando que el actor es dueño de las dos fincas descritas y que los demandados vienen deteniendo una porción de una de esas fincas, siendo nulas e ineficaces las transmisiones operadas entre ellos, con la consiguiente cancelación de las inscripciones registrales practicadas a favor de dichos demandados.

Los demandados contestan a la demanda oponiéndose a la misma.

El Juez de Primera Instancia número 1 de los de La Coruña dictó sentencia estimando en lo fundamental la demanda, pero fue revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que desestimó la demanda, absolviendo de la misma a los demandados.

El actor interpone recurso de casación basándose, entre otros motivos, en la aplicación indebida de los artículos 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso, siendo de interés el «considerando» tercero:

«Considerando que el motivo tercero, por el mismo cauce a su anterior, denuncia la aplicación indebida de los artículos 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código civil; mas siendo cierto que el actor, como ha quedado expresado, no inscribió su título adquisitivo del dominio de quien en el Registro figuraba, y sigue figurando, como titular del mismo, el Juzgador aplicó correctamente el artículo 32 de la Ley Hipotecaria al no reconocerle valor frente a tercero con título inscrito, y ello en conformidad con lo dispuesto en el artículo 606 del Código civil, el que no es sino fiel trasunto de dicho precepto hipotecario, por lo que tampoco resulta indebidamente aplicado en la sentencia, y al reconocer a los demandados la cualidad de terceros protegidos por sus asientos registrales, por darse en los mismos, primero, buena fe; segundo, onerosidad en su adquisición; tercero, adquisición de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitir, y cuarto, haber inscrito su derecho, tampoco puede decirse aplicó indebidamente el artículo 34 de la expresada ley, como así ha de entenderse respecto al 38, consagración del principio de legitimación registral en favor de los demandados, frente al actor, que no inscribió su derecho, por todo lo que el motivo ha de ser desestimado.»

COMENTARIO.—Consideramos de algún interés esta sentencia para el Derecho hipotecario, porque destaca la importancia de la inscripción con ocasión del análisis que hace de los artículos 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código civil, alegados por el recurrente. La sentencia hace una serie de declaraciones a propósito de tales preceptos: que se había aplicado correctamente el artículo 32 al no reconocer valor al título adquisitivo del que no inscribió frente a tercero con título inscrito; que el artículo 606 del Código civil es fiel trasunto del artículo 32 de la ley; que no se había aplicado indebidamente el artículo 34 de la ley porque se trataba de tercero protegido por sus asientos registrales al reunir los cuatro requisitos de dicho precepto; que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria consagra el principio de legitimación registral en favor del que inscribe frente al que no lo hace.

Declaraciones todas éstas que se pueden resumir, a efectos de doctrina legal, aludiendo a la importancia de la inscripción frente a quien, aun

·teniendo escritura pública, no la inscribió en el Registro. Doctrina genérica que sólo puede representar una especie de lección primera o introductoria de Derecho hipotecario, esgrimible cuando no se tenga en cuenta el valor de la inscripción, como ocurrió en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, revocada por la Audiencia. Pero no se trata de una doctrina específica acerca de la relación entre los artículos 32 y 34, ni de los terceros latino y germánico, ni de los principios de inoponibilidad y fe pública, objeto de discusión en la doctrina.

La doctrina está ávida por encontrar matices en pro de una u otra tendencia acerca del tercero en nuestro sistema. Avidez lógica, pues es algo fundamental para comprender el alcance del sistema hipotecario español, todavía discutido después de más de cien años de vigencia. Pero la presente sentencia no contiene doctrina específica sobre el problema, a pesar de que en un mismo «considerando» aparecen como protagonistas los conocidos artículos 32 y 34.

La tesis monista del tercero hipotecario quizá quiera ver en esta sentencia algún matiz en favor de la misma, diciendo que atribuye la calificación de «terceros protegidos por los asientos registrales» a los que reúnen los cuatro requisitos del artículo 34.

Por contra, la tesis dualista del tercero podría contestar diciendo que en el «considerando» la sentencia trata con separación de los terceros de uno y otro artículo: por un lado, al tratar del artículo 32, se ocupa del *tercero que tiene inscrito su título*, aludiendo sólo a este requisito de la inscripción de su título y destacando el efecto de inoponibilidad al no reconocer valor al título no inscrito frente a él; por otro lado, el tercero protegido por el artículo 34, que es el que reúne los cuatro requisitos señalados en el mismo, que la sentencia recoge sólo cuando expone que el artículo 34 no se aplicó indebidamente.

A pesar de esta suposición de matices de una y otra tesis, nosotros esperamos que en realidad ningún autor deduzca nada de esta sentencia acerca del problema del tercero, y ello es precisamente lo que queremos recalcar en este comentario. En primer lugar, porque no es objeto de discusión ni de decisión en esta sentencia (no es *ratio decidendi*). Y, en segundo lugar, porque la redacción del «considerando» no ofrece tampoco pie para ver *obiter dicta* acerca de la relación entre los artículos 32 y 34. En todo caso, si existieran esos *obiter dicta*, serían inútiles, como tales, para montar cualquier doctrina acerca del tercero hipotecario.

En conclusión, el Tribunal Supremo se ha limitado a hacer un estudio analítico de dichos preceptos, sin preocuparse, dado que no se había planteado, de la relación entre los mismos. Por eso hemos dicho al principio del comentario, y del mismo modo terminamos diciendo, que el valor de la doctrina de la sentencia es parecido al de una lección primera o introductoria de Derecho hipotecario y no al de una lección específica sobre los artículos 32 y 34.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: EFICACIA RESPECTO A ADQUISICIONES POSTERIORES (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—El Banco de San Sebastián formula demanda de tercería de dominio contra el ejecutante, don Rafael de Pablo, y contra el deudor del ejecutado, don Ignacio Ituarte, alegando sustancialmente: que el Banco, también acreedor del citado don Ignacio Ituarte, siguió procedimiento ejecutivo contra el mismo, como consecuencia del cual adquirió la finca objeto de tercería, después de tres subastas y sin que compareciera mejor postor, otorgándose escritura pública a su favor; que aunque el ahora ejecutante,

don Rafael de Pablo, tenía a su favor una anotación preventiva de embargo sobre la finca de fecha anterior a la del Banco, sin embargo, no acudió al procedimiento ejecutivo iniciado por el Banco ni interpuso la correspondiente tercería de mejor derecho en el momento procesal oportuno, es decir, antes de la adjudicación definitiva de la finca; que el ejecutante, don Rafael de Pablo, pretende ahora sacar a subasta la finca, a pesar de que había sido ya adquirida por el Banco en otro procedimiento ejecutivo anterior seguido contra el mismo deudor.

El demandado, don Rafael de Pablo, contesta a la demanda oponiéndose, alegando que la anotación preventiva de embargo a su favor era anterior a la del actor y, por tanto, la adquisición realizada por éste en el procedimiento ejecutivo anterior seguido contra el mismo deudor no podía perjudicar a la anotación preferente de embargo.

El Juez de Primera Instancia número 17 de los de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda de tercería de dominio.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital revocó la sentencia del Juzgado, estimando la demanda y declarando, en consecuencia, alzar el embargo practicado por el acreedor ejecutante, don Rafael de Pablo, sin perjuicio de quedar subsistente dicho embargo sobre otros bienes del deudor.

El demandado interpone recurso de casación por interpretación errónea de los artículos 1.º (último párrafo), 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, y del 38 en sus dos últimos párrafos (en relación con los arts. 71 y 134 de la misma Ley y 143 de su Reglamento), así como de los artículos 131, regla 8.ª, y 133, párrafo segundo, de la misma.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara haber lugar al recurso, siendo de destacar el tercer «considerando» de la primera sentencia:

«Considerando que, evidentemente, la finalidad de las anotaciones preventivas de embargo es la de asegurar los resultados de un juicio y garantizar un derecho constituido. Esa función aseguradora está establecida en el artículo 9 y la regla 3.ª del artículo 166, ambos del Reglamento Hipotecario, y en el 71 de la Ley Hipotecaria, según el cual, el adquirente del dominio de una finca posteriormente a la anotación del embargo sobre la misma ha de respetar el derecho del anotante, y ha de tenerse en cuenta también que si a todos los efectos legales no existe más verdad sobre el dominio y demás derechos reales que la proclamada por el Registro—artículos 1.º y 38 de la Ley Hipotecaria—, no puede haber para el acreedor más propietario de una finca que el que lo sea según el Registro, por lo cual, anotado su derecho personal sobre los bienes inscritos a nombre de su deudor, goza de los beneficios de la fe pública registral derivada de la inscripción de dominio de éste, y en el caso de autos la adquisición del inmueble objeto de la tercería fue posterior a la anotación preventiva de embargo en favor del hoy recurrente; no obstante lo cual, y de lo razonado anteriormente, así como de la doctrina de esta Sala, según la cual el adquirente del dominio posterior a la anotación del embargo ha de aceptarlo y que las anotaciones mencionadas dan preferencia al acreedor anotante, *en cuanto a los bienes anotados*, respecto a los acreedores que tengan contra el mismo deudor otros créditos posteriores a la anotación—sentencias de 5 de noviembre de 1927 y 20 de noviembre de 1972, entre otras—, el Tribunal de Instancia revocó la sentencia del Juzgado, que desestimó la demanda, y acordó el alzamiento del embargo anotado en favor del recurrente, lo que constituye las infracciones alegadas en el recurso, que, por aplicación de lo que se dispone en el artículo 1.745 de la ley procesal civil, ha de originar la estimación del mismo y la casación de la sentencia recurrida, no siendo necesario el pronunciamiento relativo a la devolución

del depósito, ya que no fue constituido por ser disconformes las sentencias de Instancia.»

En la segunda sentencia desestima la demanda de tercería de dominio, absolviendo de la misma al titular anotante del embargo.

COMENTARIO.—Lamentamos que siendo tan claros los textos legales sobre la eficacia de las anotaciones preventivas de embargo frente a adquisiciones posteriores a las mismas, haya tenido que llegarse al Tribunal Supremo para que pusiera las cosas en su sitio. Nosotros no nos explicamos siquiera que haya podido plantearse un litigio sobre un asunto tan claro, pero menos comprendemos que la Audiencia fallase en contra de la anotación preventiva de embargo de fecha anterior. Basta leer el artículo 71 de la Ley Hipotecaria para convencerse de que al anotante no le afectan de ninguna manera las enajenaciones posteriores a la anotación: «Los bienes inmuebles o derechos reales anotados—dice el citado precepto—podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación.» El párrafo último del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y el principio general del procedimiento de ejecución de «subsistencia de las cargas anteriores» (párrafo segundo del art. 133) confirman plenamente aquel artículo. Y es que si se llegara a la conclusión de que a las anotaciones preventivas de embargo les afectan no sólo las adquisiciones anteriores (como entiende la jurisprudencia y una gran parte de la doctrina), sino también las posteriores (como entendía la sentencia de la Audiencia), entonces no comprendemos para qué iban a servir las anotaciones preventivas de embargo en nuestro sistema.

Por todo esto, nos parece muy bien que el Tribunal Supremo haya casado la sentencia de la Audiencia, dejando constancia de las ventajas de la anotación preventiva de embargo respecto a adquisiciones posteriores. Según el Tribunal Supremo, «el adquirente del dominio posterior a la anotación del embargo ha de aceptarlo». Pero además, añadimos nosotros, se pone de manifiesto una ventaja procesal para el anotante: que no tiene ninguna necesidad de interponer tercerías de mejor derecho en relación con procedimientos ejecutivos basados en anotaciones posteriores, a diferencia de lo que entendía el demandante. Desde que obtiene anotación de embargo a su favor puede despreocuparse de los procedimientos seguidos por anotantes posteriores. Y si no tiene necesidad de interponer tercerías de mejor derecho respecto a anotaciones posteriores, no juega para él el límite de tiempo establecido en el último párrafo del artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1).

No obstante, la presente sentencia no tiene ocasión de resaltar esta ventaja procesal de la anotación, centrándose en la ventaja registral sustantiva en relación con el adquirente posterior.

Pero ¿cómo explica la sentencia este efecto de la anotación preventiva respecto a las adquisiciones posteriores?

La sentencia lo explica desde la perspectiva del principio de legitimación registral, pues si bien alude a la «fe pública», esta expresión tiene en la sentencia un sentido amplio referido a aquel principio y no al del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que es el que se ocupa de la fe pública registral en sentido estricto. Dice la sentencia que «si a todos los efectos legales no existe más verdad sobre el dominio y demás derechos reales que la proclamada por el Registro—artículos 1.º y 38 de la Ley Hipotecaria—, no puede haber para el acreedor más propietario de una finca que el que lo sea según el Registro, por lo cual, anotado su derecho personal sobre los bienes inscritos a nombre de su deudor, goza de los beneficios de la fe pública registral derivada de la inscripción de dominio de éste».

Pero, en nuestra opinión, el principio de legitimación registral no es

(1) Recordemos que este artículo establece que «si (la tercería) fuere de mejor derecho no se admitirá después de realizado el pago al acreedor ejecutante».

suficiente para explicar de modo completo ese «no perjuicio» de la anotación por adquisiciones o gravámenes posteriores, a que se refiere el artículo 71 de la Ley Hipotecaria. La legitimación registral sólo sirve para destacar la confianza que para el anotante supone haberse dirigido contra el que figuraba en el Registro como propietario. Pero hay que profundizar algo más en la explicación, pues se trata de una presunción *iuris tantum* y la eficacia de la anotación no es meramente provisoria. Además, puede suceder que no haya previa inscripción de la finca a nombre del deudor, por ejemplo, en el caso de anotación de suspensión de anotación preventiva de embargo por falta de previa inscripción de la finca, que surte los mismos efectos que la anotación propiamente dicha durante el período de vigencia de la anotación de suspensión.

Entendemos que el principio de legitimación representa un telón de fondo del artículo 71 de la Ley Hipotecaria, pero no explica en concreto la *ratio* de dicho precepto.

Nosotros creemos que la explicación se encuentra en el principio de oponibilidad o inoponibilidad. Si la anotación de embargo «subsiste» a pesar de enajenaciones posteriores y no queda perjudicada por ellas, es porque el asiento de anotación *anterior* a ellas la hace *oponible* a sucesivos adquirentes, y al revés, la adquisición posterior es inoponible a la anotación practicada antes. Por tanto, el anotante es un tercero latino respecto a adquisiciones posteriores. Esto es lo que, en nuestra opinión, significa el artículo 71 de la ley.

Para confirmarlo, contrastemos el principio de oponibilidad con el de prioridad en materia de anotaciones de embargo. Ambos principios tienen el mismo fundamento: que el «titular registral» no sea perjudicado por derechos inscritos con posterioridad. Pero nosotros preferimos emplear la palabra «prioridad» en sentido estricto, cuando se plantea un problema de rango de derechos reales o de conflicto entre titulares por doble venta, pues ahí es donde tiene perfecto encaje el aforismo *prior tempore*, ya que es el Registro quien resuelve en esos casos el «antes» y el «después» de las titularidades. En cambio, cuando está frente a frente el dominio, por un lado, y las cargas y derechos reales, por otro (arts. 13 y 71 de la Ley Hipotecaria), preferimos hablar de «oponibilidad» o «inoponibilidad», según se mire.

Pues bien, el aspecto de prioridad o preferencia entre anotaciones, según el orden de los asientos, está bien claro en el propio Código civil, que en su artículo 1.927 resuelve el rango de los anotantes «por el orden de su antigüedad de las anotaciones en el Registro de la Propiedad». Ciertamente la prioridad de las anotaciones sufre un importante correctivo en el artículo 1.923 del propio Código, diciendo que su preferencia es «sólo en cuanto a créditos posteriores». Pero aparte de que el correctivo no es tan grande (parece que no se refiere a cualquier crédito posterior, sino a créditos posteriores que tengan algún privilegio, no a créditos comunes [en este sentido, LACRUZ-SANCHO]), no nos interesa ahora destacar las limitaciones de la prioridad en materia de anotaciones, sino que pretendemos explicar aquellos supuestos en que las anotaciones tienen alguna eficacia, y en esa línea entendemos que la explicación de ese efecto (limitado o no) sólo se explica por la prioridad. Es decir, la anotación preventiva de embargo representa, en parte, una excepción al principio de prioridad (artículo 1.923, 4.º, del Código civil), pero *no toda la anotación* (permítasenos emplear esta expresión para mejor entendimiento de mi postura) es una excepción al principio; por contra, en la medida en que la anotación tenga *eficacia*, esa eficacia se explica por la prioridad registral.

Pero además de la prioridad entre anotaciones (o de la anotación respecto a otros créditos), puede plantearse en la práctica, como sucede en este caso, un conflicto entre el dominio y la anotación de embargo. Aquí

no se trata de una cuestión de «rango» de derechos, sino de oponibilidad, si bien esta «oponibilidad» responde en el fondo al mismo fundamento que la prioridad de rango, de la que nos acabamos de ocupar. Paralelamente a lo que hemos dicho sobre ese aspecto de la prioridad, la oponibilidad podrá decirse que es limitada (las anotaciones no son oponibles a las adquisiciones anteriores); pero en los casos en que no haya tal limitación, es decir, en los casos en que la anotación tenga eficacia (respecto a adquisiciones posteriores: art. 71 de la Ley Hipotecaria), no vemos otra explicación de dicha eficacia si no es a través del principio de oponibilidad.

Ciertamente, en el fondo de la sentencia late esta explicación a través de la «prioridad», pues dice que «las anotaciones... dan *preferencia* al acreedor anotante, en cuanto a los bienes anotados, respecto a los acreedores que tengan contra el mismo deudor otros créditos posteriores a la anotación». Lo único que tenemos que decir es que en este caso no se plantea propiamente un conflicto entre anotaciones, sino entre acreedor anotante y adquirente posterior de los bienes (aunque éste fue anteriormente anotante también; pero en este pleito ya no se plantea esa faceta del conflicto). Por ello, mejor que decir que «las anotaciones dan *preferencia* respecto a acreedores posteriores», resulta más adecuado indicar que «las anotaciones subsisten y son oponibles respecto a adquirentes posteriores».

Lo que debe quedar claro es que la eficacia de la anotación preventiva de embargo (en los casos en que tenga tal eficacia) no es meramente negativa, pues no se trata simplemente de una *afección que impide que surja un tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*. Es algo más que eso si contemplamos el asiento de anotación de embargo desde la perspectiva de su eficacia positiva, y ese algo más es el efecto de prioridad y oponibilidad, que es, en resumen, lo que hemos querido poner de relieve en este comentario.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD DE AGUAS. MERMA DE AGUAS DE UN POZO POR OBRAS EN OTRO POZO. NO PROCEDE EL CIERRE DEL POZO POR NO PROBARSE LA MERMA O PERJUICIO DEL OTRO TITULAR (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Don José Febrer Marqués formula demanda contra don Antonio y don Damián Sansaloni Alles sobre ejercicio de acciones de la Ley de Aguas, suplicando se dicte sentencia por la que se declare que el pozo de los demandados, al llevar a cabo las obras de profundidad sobre él, ha perjudicado al pozo propiedad del actor al privarle de su caudal primitivo y que se condene a los demandados al cierre de su pozo, cegándolo en las condiciones que en ejecución de sentencia dictaminen los técnicos de minas, y que subsidiariamente, y para el caso de no acceder a la anterior petición, se condene a los demandados a que repongan y sustituyan al actor de manera eficaz y con garantía suficiente, con cargo a su pozo, de la merma que ha sufrido en su caudal.

Contestada la demanda por los demandados oponiéndose, evacuadas la réplica y dúplica y practicadas las pruebas pertinentes, el Juez de Primera Instancia Accidental de Mahón dictó sentencia estimando la demanda en cuanto a la petición subsidiaria.

Interpuesto recurso de apelación por los demandados, habiéndose adherido el actor a la apelación, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial

de Palma de Mallorca dictó sentencia revocando la del Juzgado y desesti mando la demanda, de la que absolvió a los demandados.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso:

«Considerando que el problema fundamental que plantea el presente recurso es el de la interpretación del artículo 24 de la vigente Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, en relación con la pretensión de los en su día actores y hoy recurrentes, que siendo dueños de una finca en la localidad de Ferreiras (Menorca) con dos pozos de agua existentes desde tiempo inmemorial, estimaban que uno de ellos resultaba perjudicado, al mermar su caudal, por la mayor profundidad que los actuales recurridos habían dado en 1971—fecha en que adquirieron la finca en que estaba situado—a otro pozo que también inmemorialmente funcionaba a distancia inferior a 100 metros del primero, con el fin de utilizarlo para necesidades industriales, frente a las puramente agrícolas a que hasta entonces se destinó; sosteniendo los recurrentes que la interpretación dada por la sentencia que ahora se recurre es errónea, por lo que denuncian la correspondiente infracción en el igualmente único motivo que formulan, amparado en el número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento, donde, al margen de consideraciones acerca de la semántica de los términos que entran en juego en relación con el indicado precepto, así como de su sistemática, lo que realmente se hace, con base en que constituye uno de los criterios ineludibles de hermenéutica, es incidir en el principio finalista o teleológico que preside la regulación especial de la materia, cual es el de la salvaguarda de los derechos de tercero, al que tiene que estar supeditada la concesión a los predios, del permiso de alumbramiento de aguas o incremento de las ya alumbradas, que se dice infringido en este caso al no sancionarse el daño que se considera producido; punto éste al que se redujo la petición actora, tal y como se contiene en la demanda inicial del procedimiento, y al que, en definitiva, se limitaron, aunque con soluciones distintas, las dos sentencias de Instancia, cuyo planteamiento en casación es totalmente improsperable, porque es sobradamente conocida, por lo reiterada, la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, establecida con carácter general, según la que no basta la simple alegación de daños y perjuicios que se digan ocasionados, sino que es imprescindible probar, como dato de hecho, la realidad de los mismos y su extensión, lo que en este supuesto no se ha efectuado, pues precisamente la sentencia recurrida basa su decisión no sólo en la falta de prueba de quien demandó—actual recurrente—, sino en el resultado negativo de la pericial practicada en apelación respecto de la merma del caudal de agua alegado; conclusiones que quedaron incólumes en este trámite al no haber sido combatidas por la única vía pertinente del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, que impide puedan obtenerse consecuencias jurídicas de un hecho que no consta se haya producido.»

PROPIEDAD HORIZONTAL. FALTA DE LEGITIMACION PARA EJERCITAR LA ACCION POR UNO DE LOS COMUNEROS, POR NO JUSTIFICARSE POR QUE NO LA EJERCITA EL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Don Florencio Marín Marquina, por sí y como representante legal de la Comunidad de Propietarios de la casa número 8 de la calle Clunia, de Burgos, interpone demanda de tercería de dominio contra el Estado, contra don Carlos Merino de la Peña y su esposa y contra don

Nicasio Prieto Gómez y su esposa, alegando que la Comunidad demandante adquirió el citado piso en documento privado de fecha 26 de septiembre de 1967 para que sirviera de vivienda al portero del inmueble, otorgándose la escritura pública de compraventa del referido piso el 26 de enero de 1973; que tanto el demandante como los demás copropietarios de la casa número 8 de la calle Clunia se vieron sorprendidos por la notificación que a los vendedores del piso se hacía en el *Boletín Oficial de la Provincia de Burgos*, en la que se anunciaba el embargo de varios inmuebles, entre ellos el piso objeto de este pleito. Suplica se dicte sentencia por la que se declare que el citado piso es propiedad del demandante y de los demás adquirentes en la forma que resulta de la escritura pública de 1973, y se ordene alzar el embargo trabado sobre el mismo por la Recaudación de la Zona Primera de Burgos contra don Carlos Merino de la Peña y don Nicolás Prieto Gómez.

El Abogado del Estado contestó a la demanda, oponiendo en síntesis: que por la Recaudación de la Zona Primera de Burgos se siguió expediente de apremio contra los últimamente citados por la suma de 4.152.773 pesetas, por los conceptos de contribución urbana, licencia fiscal y contribución sobre la renta de las personas físicas, más 830.573 pesetas de apremio, procediéndose al embargo y practicándose la anotación preventiva el 2 de enero de 1971, antes que la escritura de compraventa a favor de los actores, y que el documento en cuya virtud el reclamante pretendía la propiedad del mencionado inmueble es un documento privado.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Burgos dictó sentencia estimando la demanda, siendo confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara haber lugar al recurso, por lo que se establece en la primera sentencia de casación:

«Considerando que la presente tercería de dominio se promueve por don Florencio Martín Marquins, en nombre, se dice, de la Comunidad de Propietarios, en régimen de propiedad horizontal, de la casa número 8 de la calle de Clunia de la ciudad de Burgos.»

«Considerando que en el motivo segundo del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega la violación, entre otros artículos del Código civil, del párrafo 1.º del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, y es procedente su estimación, pues legalizada o no la venta del piso por la persona embargada antes de producirse la anotación preventiva instada por el Estado en el Registro de la Propiedad, lo que se postula en la tercería es que se reconozca que el dominio del inmueble embargado pertenecía antes del embargo a la Comunidad de Propietarios de la calle Clunia, número 8, de la ciudad de Burgos; pretensión que debió de ser ejercitada, de no existir causa que se lo impidiera, por el Presidente de la Comunidad, que es el que tiene, según el mencionado precepto, 'la representación de la Comunidad en juicio y fuera de él', sin que esto suponga, por justificar la diferencia la especialidad de la ley que regula el funcionamiento de estas Comunidades, desconocer la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 4 de abril de 1963, 15 de noviembre de 1968 y 10 de diciembre de 1971, entre otras muchas), que declara, con referencia a la Comunidad, definido en el artículo 392 del Código civil, que 'cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la Comunidad, ya para ejercitar sus derechos, ya para defenderlos', así como tampoco se conculcan las sentencias de 28 de abril de 1966 y de 23 de abril de 1970, en las que se afirma que pueden ejercitar la acción cualquiera de los comuneros de edificios bajo el régimen de propiedad horizontal que se estimen per-

judicados, aunque no sea Presidente, pero sólo en el caso excepcional de que el Presidente rehúse ejercitarla, lo cual ni siquiera se ha alegado en el presente caso.»

«Considerando que al estimar el segundo motivo, antes aludido, porque la acción fue ejercitada por uno solo de los comuneros y no por el Presidente de la Comunidad, sin que se justifique de ninguna forma la razón por la cual se prescindió de él, procede, sin entrar en el fondo de la cuestión planteada, casar la sentencia impugnada, sin que sea necesario entrar en el examen de los demás motivos.»

En la segunda sentencia se absuelve al Estado de la demanda.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

INDEMNIZACION DE DAÑOS: AL HABER QUEDADO INDEMOSTRADO QUE LA ACTUACION CULPABLE DE LA VICTIMA HAYA SIDO LA UNICA CAUSA DE SU MUERTE PROCEDE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL CONDUCTOR CAUSANTE DE AQUELLA (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1974).

Fallecido el esposo de la actora, ocupante de una moto, por atropello de un camión, causado por una furgoneta que, según la demanda, invadió el carril contrario de la carretera, se pide una indemnización de 300.000 pesetas a los conductores de estos vehículos y, subsidiariamente, a sus compañías aseguradoras con carácter solidario. El Juzgado número 1 de Pamplona desestimó la demanda, pero la Audiencia estimó parcialmente la apelación y condenó a la compañía aseguradora de la furgoneta a pagar a la actora la cantidad de 200.000 pesetas con cargo al seguro obligatorio de la misma, confirmando en lo demás la sentencia del Juzgado.

El recurso de casación por infracción de ley es rechazado, teniendo en cuenta que la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 21 de marzo de 1968 consagra el principio de responsabilidad objetiva para los conductores, pues las excepciones a dicha responsabilidad son las de que el hecho fuera únicamente debido a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. Existiendo culpa del conductor, es indiferente que la acción ejercitada sea la ejecutiva o cualquier otra de las reservadas a los interesados en dicha ley. Como en la sentencia de Instancia se dice que ha quedado indemostrado el actuar culpable de la víctima como única causa del fatal suceso, no procede la exclusión de la responsabilidad objetiva del conductor. Es inoperante la concurrencia del tercer vehículo e incompatible con la acción ejercitada, que es únicamente la directa contra el asegurador de la furgoneta, ya que el otro conductor y su asegurador fueron absueltos y no se refiere a ellos el recurso.

C. R. R.

INTERPRETACION DE CONTRATOS (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Hechos.—Una inmobiliaria contrató con una compañía constructora para que ésta le construyera un edificio de viviendas de renta limitada. El precio fijado era de unos 11 millones de pesetas, pero después llegaron a un nuevo convenio por el que señalaban otro que sobrepasaba los 12 millones. Construido el edificio y pagado íntegramente el precio, la inmobiliaria promotora demanda a la compañía constructora porque en el precio se habían incluido más de 300.000 pesetas en concepto de impuestos, de los que están exentas las viviendas de renta limitada. La demanda prosperó.

Doctrina de la sentencia.—El motivo primero del recurso cita como infringidos por violación los artículos 1.089, 1.091, 1.255, 1.258, 1.266 y 1.278 del Código civil, invocando además la doctrina de este Tribunal que dice que cuando la acción se funda en la nulidad de un acto u obligación, lo primero que debe pedirse es la declaración de aquella nulidad, y añade que la sentencia recurrida proclama la existencia y validez del pacto lícito, contrato novatorio de liquidación final, pero ignora aquella doctrina al violarla sin que nadie le haya pedido la nulidad de aquel pacto ilícito, con lo que restringe y modifica los pactos contractuales, a lo que hay que objetar que prescindiendo de la cita de los cuatro primeros artículos indicados, que contienen principios de carácter general referentes a las fuentes de las obligaciones y su eficacia, el resto del motivo contiene una contradicción en sus propios términos, puesto que empieza por admitir que la sentencia reconoce y proclama la validez del contrato, con lo cual no puede denunciarse una violación que implicaría una actitud negativa, un desconocimiento de las normas invocadas, sino que ocurre todo lo contrario, cuando lo que hace la sentencia es velar por su correcta interpretación y alcance en relación con una de las estipulaciones, que de mantenerse en el sentido que propugna el recurrente, se produciría un enriquecimiento injusto, contrario a la auténtica finalidad perseguida por el contrato, que en este punto concreto haría prosperar una obligación sin causa.

RECURSO DE REVISION: LOS MOTIVOS ENUMERADOS EN EL ARTICULO 1.796 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL HAN DE SER INTERPRETADOS RESTRICTIVAMENTE (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El recurso de revisión es de índole extraordinaria y excepcional, según tiene declarado reiteradamente esta Sala, porque permite volver sobre una sentencia firme, lo que implica un medio impugnatorio de la veracidad de la cosa juzgada, establecida en el artículo 1.252 del Código civil, todo lo cual causa o determina que los motivos enumerados en el artículo 1.796 de la ley procesal civil, como fundamento del recurso, hayan de ser interpretados de manera rígida restrictiva, para lo cual ha de expresarse en el escrito de interposición el que sea base del recurso, requisito cuya inexcusable observancia deriva, además, del elemento temporal consignado en el artículo 1.798 de igual ley, también de ineludible cumplimiento, y cuyo cómputo se ha de efectuar referido siempre al cauce procesal utilizado.

LAUDO ARBITRAL: CONSTITUYE OBSTACULO PROCESAL INSUBSANABLE EL HECHO DE QUE EL RECURRENTE NO ACOMPAÑE TESTIMONIO DE LA ESCRITURA DE COMPROMISO (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Para la resolución de este recurso en su totalidad existe un obstáculo procesal insubsanable en que ha incurrido la parte recurrente, y es que, con arreglo al artículo 1.774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al escrito de recurso habrá de acompañarse el testimonio de la escritura de compromiso, y cuando, como sucede en el caso presente, hubo de ser formalizado judicialmente, la referida escritura ha de entenderse sustituida por el testimonio autorizado por el fedatario judicial del auto por medio del cual se formalizó el compromiso.

La misión del Tribunal de casación en el supuesto de los arbitrajes de equidad queda limitada a dejar sin efecto lo que pueda constituir exceso en el laudo, en relación con las cuestiones que fueron determinadas en la escritura o auto judicial de formalización del compromiso, para lo que en el caso de autos es preciso y se ha omitido la constancia auténtica de los temas o puntos sometidos a decisión arbitral, sin que sea competencia de esta Sala corregir defectos u omisiones de exigencias imperativas de la ley procesal, que debieron cumplirse en su momento por la parte, apreciables de oficio por tener un carácter de orden público dentro del proceso y el rigor formal que por su naturaleza extraordinaria tiene de por sí el recurso.

CONFESION JUDICIAL: LA PRESTADA BAJO JURAMENTO INDECISORIO NO TIENE VALOR DECISIVO (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—No descansando la apreciación del Tribunal *a quo* en una determinada interpretación del contrato de arrendamiento de obra y de las diez certificaciones de obra, ni planteándose por él ninguna cuestión relativa a cuál es el sentido decisivo para el derecho de la coincidente declaración de voluntad de los interesados, mal pudo infringir las normas de nuestro primer Código sustantivo referentes a la hermenéutica contractual (arts. 1.281 y 1.282).

Tampoco puede ser acogido el motivo quinto, que aduce la violación del primer párrafo del artículo 1.232 del Código civil, puesto que, por un lado, ha de tenerse en cuenta que lo que hace prueba contra su autor, según la reiterada doctrina de esta Sala, es el conjunto armónico de todo lo confesado, y en el presente caso, la fuerza que podría derivarse en contra de la parte recurrida de absolución de la posición quinta queda enervada por la contestación dada a la posición sexta, y por otro lado, y sobre todo, que, como han recordado últimamente las sentencias de esta Sala, es doctrina jurisprudencial que la prueba de confesión judicial prestada bajo juramento indecisorio no tiene en nuestro actual ordenamiento jurídico un valor decisivo, ya que su graduación como elemento de juicio corresponde a los Tribunales de Instancia en uso de su facultad soberana en materia de apreciación de las pruebas.

NO PUEDE EL JUZGADOR APLICAR DE OFICIO A LOS CONTRATOS LITIGIOSOS LAS DISPOSICIONES DE LA ADMINISTRACION PARA LA REVISION DE LOS PRECIOS DE SUS PROPIOS CONTRATOS (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El motivo primero denuncia la infracción del artículo 1.281 del Código civil, por cuanto establecido en el contrato inicial que «si durante la ejecución de los trabajos hubiere aumentos oficiales en los salarios o materiales a emplear en las obras, éstos aumentarían proporcionalmente en el precio del metro cuadrado edificado», la revisión de precios que se admite no es precisamente la señalada en el Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964, con arreglo a la cual aparece calculada la revisión que se reclama, por referirse sólo a los contratos de obras del Estado y Organismos autónomos dependientes del mismo, siendo por ello necesario para su aplicación por los Tribunales de Justicia que las partes se hubieran sometido expresamente a dichas normas a efectos de la revisión pactada, lo que aquí no ha sucedido, antes bien, el propio actor recurrido cita en el fundamento de Derecho sexto de la demanda las Ordenes ministeriales que regulan los índices de aumento de materiales de la construcción y demás permitidos, por lo que al aplicar de oficio a los contratos litigiosos las disposiciones de la Administración pública para la revisión de los precios de sus propios contratos, el Tribunal *a quo* ha incidido en la infracción denunciada.

PRESCRIPCION: ADMITIDA POR EL JUEZ UNA DEMANDA, AUNQUE HAYA SIDO CON INFRACCION DEL ARTICULO 462 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, PRODUCE TODOS LOS EFECTOS JURIDICOS, ENTRE ELLOS LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—En el único motivo del presente recurso se acusa al Tribunal *a quo* de haber incurrido en interpretación errónea del artículo 1.973 del Código civil, por no tener presente la doctrina de esta Sala, según la cual, la mera presentación de una demanda ante el Órgano judicial correspondiente no es suficiente para interrumpir la prescripción del Derecho que a través de ella se pretenda tutelar, si la misma no reúne los requisitos necesarios para su admisibilidad, entre los que se encuentran la aportación de los documentos y copias que la ley exige y la certificación del acto de conciliación; mas al argumentar de ese modo olvida: Primero, que los hechos determinantes de la interrupción a que se refiere el artículo 1.973, por estar encomendados a la libre apreciación de dichos Tribunales, no son susceptibles de casación sino por el cauce establecido en el número 7 del citado artículo 1.692. Segundo, que aun cuando así no fuera, el Juez de Primera Instancia tuvo por promovida la demanda, y es indudable que a partir de ese momento tal escrito fue admitido plenamente, con la producción de todos los efectos jurídicos que de ello se derivan; como sólo existe defecto legal en el modo de proponer la demanda cuando no se llenen los requisitos del artículo 524, al no estar comprendidos en ellos la celebración del acto conciliatorio, su falta no convierte a aquélla en ineficaz cuando el Juez, con infracción del artículo 462, párrafo 1.º, las haya admitido a trámite sin ser acompañadas de este documento, puesto que tal falta puede ser corregida incluso de oficio, convirtiendo en válido lo practicado antes de su subsanación. Tercero, que al servir de fundamento a la prescripción regulada en el artículo 1.961 y concordantes del Código

civil, la presunción de abandono del derecho que se esté prescribiendo por parte de su titular, tal efecto no se produce cuando, como aquí ha sucedido, dicho señor acude ante los Tribunales para ejercitarlo, por implicar tal conducta el cese de su inactividad y la exteriorización de su deseo de hacerlo efectivo mediante la puesta en marcha de la actividad judicial, que es precisamente lo que interrumpe la prescripción. Cuarto, que si para el ejercicio de algún derecho, como el de retracto, se ha estimado suficiente la presentación de la pepeleta conciliatoria ante el Juzgado correspondiente, no existe motivo alguno para que se consiga idéntico resultado mediante la interposición de la demanda ante el Organismo jurisdiccional a quien esté atribuido su conocimiento, puesto que de otra forma se vulneraría el principio general de Derecho: *Ubi est eadem ratio, debet esse eadem juris dispositio*. Quinto, que la exigencia del acto de conciliación no entra en juego más que en los casos concretos que determina el artículo 460 de la Ley Rituaria, de los que, según el número 5.º de su párrafo 2.º, se exceptúan los juicios que sepromueven contra personas que residan fuera del territorio del Juzgado en que deba establecerse la demanda.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS

DESAHUCIO DE LOCAL: NO SE ACREDITA QUE LOS ACTOS CAUSANTES DEL MISMO HAYAN SIDO REALIZADOS DENTRO DEL LOCAL (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1974).

Se intenta el desahucio del local arrendado a una entidad médica para clínica y consultorio, alegando falta de salubridad e higiene, ocupando los enfermos, como sala de espera, otras dependencias de la casa no comprendidas en el contrato. El Juzgado de Colmenar Viejo desestimó la demanda e igual hizo la Audiencia.

No prevalece el recurso de injusticia, porque el único documento aportado es la carta dirigida por los otros ocupantes del edificio a la propietaria, y en ella sólo se acredita el deseo de los firmantes de que se ejercitara la acción resolutoria, pero sin que se demostrase la realización de los actos insalubres verificados fuera del local arrendado, lo que se da por supuesto para que prospere la infracción indicada.

RESOLUCION DE CONTRATO (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1974).

El propietario demanda al arrendatario de un bar, alegando que se trataba de un arrendamiento de industria, por lo que está excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos y no tiene derecho de prórroga forzosa. Negó el demandado tal afirmación y se opuso a la resolución pretendida. El Juzgado número 2 de Tortosa estimó la demanda, sentencia confirmada por la Audiencia de Barcelona.

No prospera el recurso de casación por infracción de ley, ya que no se cita norma legal de valoración de prueba para demostrar el error de Derecho. Se involucran dos cuestiones heterogéneas, como la calificación del arrendamiento y la existencia de tácita reconducción, lo cual supone inadmisión del recurso; pues no se utilizó el cauce procesal adecuado, que debió ser el de la fundamentación en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, que señala las normas para la interpretación del contrato.

PERTURBACION DEL USO DE LA COSA ARRENDADA Y RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: SI LAS OBRAS NECESARIAS PARA CONSERVAR EL EDIFICIO SUPERAN EL 50 POR 100 DEL VALOR DEL MISMO SE DA LA CAUSA DE RESOLUCION DEL ARTICULO 118 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1974).

Los arrendatarios de un hotel, que ocupa las plantas segunda a cuarta del edificio, demandan al dueño del mismo, quien ha realizado unas obras en las plantas baja y primera que han causado considerables perjuicios a los demandantes, perturbando el uso de la cosa arrendada, atentando a la seguridad del inmueble, con el fin de que se concluya con tal perturbación reponiendo los elementos comunes a su estado primitivo e indemnizando los perjuicios causados. Se acumula a este pleito otro entablado por el dueño del edificio para solicitar la resolución del contrato, al amparo del artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El Juzgado número 5 de Bilbao absolvió de la demanda a los arrendatarios del hotel y estimó parcialmente la demanda de éstos, debiendo ejecutar el propietario las reparaciones necesarias e indemnizar a los inquilinos. La Audiencia de Burgos revocó la sentencia anterior, absolviendo a los arrendatarios y resolviendo el contrato.

No triunfa el recurso de injusticia notoria. Considera la doctrina del Tribunal Supremo que como siniestro, dentro del artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se han de considerar todas las averías o deterioros importantes que se produzcan en la vivienda o local, cualquiera que sea la causa que las origine, por lo que en el término «reconstrucción» se han de incluir todas las obras necesarias para volver a poner la vivienda o local en estado de servir para el destino convenido. Desde el momento en que las obras superan el 50 por 100 del valor del inmueble procede acoger la resolución pretendida, sin que quepa admitir la opinión del recurrente de que las únicas obras computables a este efecto son las de reconstruir el edificio, tesis que pugna con lo expuesto anteriormente y con la petición del recurrente de que se realicen las obras necesarias para mantener lo arrendado en su estado normal, obras que ascienden a más del 50 por 100 del valor real de las plantas arrendadas, lo que no se ha impugnado en el recurso.

DENEGACION DE PRORROGA: EL NO USO DE UN ALMACEN EQUIVALE AL CIERRE DE LOS LOCALES ABIERTOS AL PUBLICO (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1974).

Arrendada la planta baja de un edificio para almacén de una empresa de transportes de viajeros, se trasladó a otro local, quedando aquél vacío por más de dos años, por lo que se solicita la resolución del contrato. Niega el cierre el demandado, que alega se dedica ahora el local a taller de reparaciones y almacén de accesorios de los vehículos de la empresa. El Juzgado de Monforte estimó la demanda, sentencia confirmada íntegramente por la Audiencia Territorial.

Tampoco prospera el recurso de injusticia. El local ha sido alquilado para guarda de un ómnibus y para domicilio legal de la empresa de viajeros, propiedad del demandado, siendo abandonado después y permaneciendo cerrado y sin usar por más de año y medio. Esta Sala ha declarado que el no uso de los almacenes equivale a cierre de local de negocio, por lo que probado el mismo por tiempo superior al establecido en la ley, es procedente la desestimación del recurso en su totalidad.

RESOLUCION DE CONTRATO: ES INCONGRUENTE LA SENTENCIA RECURRIDA AL REVISAR LA DE PRIMERA INSTANCIA EN UN PUNTO QUE LA PARTE ACTORA NO HABIA IMPUGNADO (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1974).

Se reconoció en el contrato la posibilidad de que el arrendatario constituya una sociedad mercantil, que se subrogaría como tal arrendatario, siendo éste el único caso de subrogación autorizado por los propietarios. Asociados privadamente, desde el primer momento, el arrendatario y otra persona, se constituyó posteriormente una sociedad limitada, en la que entraron además otras dos personas distintas. El propietario entendió que con esta doble aportación se incurre en causa de resolución por cesión o traspaso ilegal, habiendo además realizado ciertas obras sin permiso del propietario. El Juzgado número 9 de Valencia declaró resuelto el contrato, sentencia confirmada en parte por la Audiencia, fundando la resolución en las obras in consentidas.

Prospera el recurso de injusticia. Solicitada la resolución al amparo de dos causas distintas del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la sentencia de Primera Instancia estimó que existía la de cesión o traspaso ilegal, pero no la de obras no autorizadas, sin que la parte actora apelara la desestimación de esta última causa, por lo que quedó firme en este punto, incurriendo la de Segunda Instancia en incongruencia al revisar la anterior. Como, por otra parte, la sentencia de la Audiencia Territorial desestimó la resolución por cesión o traspaso in consentido, única apelada, procede absolver libremente a los demandados.

OBRAS NO AUTORIZADAS: EN LA FRASE «REABRIR EL SOTANO» SE HAN DE ENTENDER COMPRENDIDAS TODAS LAS OBRAS NECESARIAS PARA EL SERVICIO DEL BAR DEL QUE ERA ANEJO (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1974).

La hija del arrendador autorizó al inquilino, arrendatario de un bar, a realizar ciertas obras, entre ellas a «reabrir el sótano». El arrendatario transformó el pequeño sótano, destinado a trastero, en un espacio seis veces mayor que el primitivo. El arrendador, estimando que se había excedido en la realización de las obras, le demandó, solicitando la resolución del contrato. El Juzgado número 3 de Vigo desestimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia Territorial de La Coruña.

No prospera el recurso de injusticia notoria, ya que si el sótano primitivo era una cueva pequeña, abandonada y aislada, que no guardaba relación con el local comercial, sería absurdo limitar el vocablo «reabrir» a la restringida acepción de abrirlo de nuevo tal como estaba antes, habida cuenta de las modernas características del bar y de que en el mismo se iban a instalar los servicios higiénicos, dato éste que cuidó de silenciar el actor, por lo que las obras habían de tener cierta importancia. El Juez de Instancia tuvo en consideración la importancia de las obras y las apreció como adecuadas al fin perseguido, siendo el resultado de la interpretación lógico y acorde a las circunstancias del caso, por lo que ha de ser respetada en la resolución de este recurso.

RESOLUCION DE CONTRATO Y DECLARACION DE RENTA: NO SE JUSTIFICA DE FORMA INDUBITADA EL AUMENTO DE RENTA PRETENDIDO (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1974).

En la cláusula del contrato se establecía el aumento de renta conforme al índice del coste de la vida del Instituto Nacional de Estadística; pero instado el aumento, se niega el arrendatario al pago, por lo que se le demanda para que satisfaga el aumento y, caso de oposición temeraria, se declare resuelto el arrendamiento. La arrendataria alegó falta de legitimación de la actora, invalidez de la cláusula, caducidad de la acción e improcedencia de la reclamación por no justificar a qué se debe la cantidad que se reclama. El Juzgado número 19 de Barcelona estimó la demanda y declaró ilegítimo el aumento, pero la Audiencia Territorial la revocó.

El recurso no es admitido por el Tribunal Supremo, por no haber aducido la arrendadora ninguna razón ni indicado el resultado de ninguna operación aritmética para apreciar si es correcto el aumento de renta solicitado; de la simple lectura de la certificación del Instituto Nacional de Estadística no resulta patente lo contrario de lo afirmado en la sentencia recurrida, por lo que no puede ser estimado el pretendido error de hecho de la sentencia indicada. La desestimación de este motivo lleva consigo el rechazo de los demás.

EJECUCION DE OBRAS: LAS CONDICIONES PACTADAS POR LA USUFRUCTUARIA SON NOTORIAMENTE GRAVOSAS PARA LA PROPIEDAD, POR LO QUE CONCURRE LA CAUSA DE RESOLUCION DEL NUMERO 12 DEL ARTICULO 114 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1974).

Demanda la arrendataria de un local destinado a bar, a los propietarios del mismo para que ejecuten obras necesarias para el mantenimiento del edificio en estado de servir para el uso a que se destina. Los demandados alegan que el contrato era de vivienda, por lo que al establecerse una industria ha incurrido la arrendataria en causa de resolución y, además, los daños causados han sido producidos por la instalación del bar, formulando reconvencción, en la que se solicita la resolución del contrato. El Juzgado de Andújar desestima la demanda y admite la reconvencción, confirmando esta sentencia la Audiencia de Granada.

No prospera el recurso de injusticia. La planta baja del edificio se arrendó para vivienda, autorizando luego la usufructuaria la apertura de un bar y la entrada al mismo por el zaguán y portal del edificio, con lo que se produjeron las naturales molestias a los ocupantes de los restantes pisos. De ello se dedujo por el Tribunal *a quo* que las condiciones pactadas por la usufructuaria eran muy gravosas para la propiedad del inmueble y estimó la causa de resolución del número 12 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, lo que ha de considerarse correcto, ya que la prohibición de transformar vivienda en local de negocio subsistió hasta el Decreto de 17 de mayo de 1973, muy posterior a la presentación de la demanda en este litigio. La presentación de un recibo suscrito por los demandados no justifica el consentimiento de los mismos a la transformación, ya que la renuncia a su derecho de impugnación ha de ser expresa y clara. Tampoco puede estimarse la caducidad de la acción, puesto que no ha transcurrido el plazo de quince años señalado en el Código civil para las acciones personales.

RESOLUCION DE CONTRATO: LA RESOLUCION DEL GOBERNADOR, ACORDANDO LA DEMOLICION DEL EDIFICIO, TIENE PLENA EFICACIA, SIN QUE SE PUEDAN ALEGAR FALTAS DE FORMA O DE FONDO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA DESVIRTUAR LA ACCION ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1974).

Una sociedad de seguros tenía arrendada la planta baja, compuesta por tres locales comerciales, a distintos arrendatarios, y autorizada la demolición por el Gobernador Civil de Ciudad Real, se notificó a aquéllos para el ejercicio de su derecho de retorno, sin que hicieran nada ni desalojaran el local, por lo que se les demanda, solicitando la resolución del contrato. Tanto el Juzgado de Ciudad Real como la Audiencia de Albacete estimaron la demanda.

No tiene éxito el recurso de injusticia, porque la parte actora contrajo el compromiso, a que se refiere el número 1 del artículo 78 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de reedificar en las condiciones que allí se determinan, afirmación de la sentencia recurrida que no ha sido impugnada en el recurso. La resolución del Gobernador tiene plena eficacia para entablar la acción, sin que sea factible examinar supuestas faltas de fondo o de forma del procedimiento administrativo, ya que el artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dice que los Gobernadores concederán o negarán la autorización sin ulterior recurso. Como todos los restantes motivos se refieren a trámites y requisitos del procedimiento administrativo, han de decaer igualmente. Habiéndose cumplido la notificación fehaciente del artículo 78 de la misma ley, es indiferente que la notificación se haga personalmente por el arrendador o por medio de mandatario.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: EL AUMENTO TRANSITORIO DE LA RENTA IMPLICA QUE NO AUTORIZA EL ARRENDADOR EL CAMBIO DEFINITIVO DE DESTINO DE LA COSA ARRENDADA (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1974).

Se arrendó un local para venta de muebles, tejidos, electrodomésticos, etcétera, y se autorizaron obras de adaptación en el plazo de un año. El arrendatario utilizó el local simplemente para almacén, cerrado al público, y no realizó las obras de adaptación, causando daños en el local con perjuicio de la propiedad, por lo que se solicitó la resolución del contrato. El Juzgado número 2 de Cádiz estimó la demanda por concurrir la causa 3.ª del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, confirmando la sentencia la Audiencia Territorial.

No es admitido el recurso de injusticia notoria. De los recibos aportados se deduce que el arrendador no transigió con que el local fuera usado tan sólo como almacén sino de modo transitorio, por lo que pagó una cantidad adicional durante unos meses; la cláusula de que tales recibos no supondrían para el arrendatario la adquisición de derecho alguno, impedía la conformidad de los arrendadores en el cambio de destino del local y no puede deducirse la pretendida novación del contrato, siendo notoria la diferencia entre local destinado a venta y almacén, ya que en este último no existe la comunicación al público, esencial en el primero.

REVISION DE RENTA: SE REITERA LA DOCTRINA LEGAL DE QUE EL ARTICULO 103 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS HA SIDO DEROGADO POR EL TEXTO REFUNDIDO DE LA CONTRIBUCION TERRITORIAL URBANA (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1974).

Se solicita por el arrendatario la reducción de renta a la declarada por el arrendador a efectos de la Contribución Urbana. Tanto el Juzgado número 3 de Burgos, como la Audiencia, estimaron la demanda.

Pero el Tribunal Supremo, confirmando lo establecido en las sentencias de 9 de junio, 19 de octubre y 5 de noviembre de 1973, admite el recurso, diciendo que el artículo 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha sido derogado por el Texto Refundido de la Contribución Territorial Urbana, que establece una valoración objetiva de las fincas urbanas y no la fundada en la declaración del propietario. Como el régimen catastral de dicho Impuesto se implantó en Burgos en el año 1973, queda sin apoyo legal la acción del arrendatario para pedir la reducción de renta a partir de dicho momento.

RETRACTO ARRENDATICIO: NO PROCEDE EL RETRACTO EN LAS CESIONES A TITULO GRATUITO DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE UNA PROMESA DE VENTA (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1974).

Concertado el arrendamiento de un piso por una señora, como propietaria del mismo, se hace años después una notificación al arrendatario por aquella y sus dos hijos, como copropietarios, denegando la prórroga por causa de necesidad. Por suponer este hecho la existencia de una transmisión de la que no ha tenido noticia el arrendatario, éste ejercita el derecho de retracto, a lo que se opusieron los demandados. El Juzgado número 18 de Barcelona desestimó la demanda y la Audiencia confirmó íntegramente esta sentencia.

El recurso de injusticia notoria es rechazado por el Tribunal Supremo, ya que no se da en la transmisión del piso el requisito de la onerosidad, al que se refieren los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y, por tanto, no procede el retracto pretendido. Aunque el contrato no es de donación propiamente dicha, sino de cesión de los derechos derivados de una promesa de venta, que tenía la empresa con la cedente, falta la identidad entre la cesión y la compraventa o dación en pago, a que se refiere la Ley de Arrendamientos Urbanos. Si entre cedente y cesionarios existen los lazos de madre e hijos; si la entidad vendedora no percibió cantidad alguna al celebrarse la compraventa con éstos, por tenerla percibida antes, siendo tenidos los hijos como propietarios antes de la firma del contrato, no es absurda ni ilógica la conclusión del Juzgador de Instancia de que se trata de cesión gratuita, por lo que ha de ser desestimado el recurso al no darse ninguno de los supuestos en que es necesaria la notificación de la transmisión.

REVISION DE RENTA: NO SON VALIDAS LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO CELEBRADOS ANTES DE LA LEY DE 1956 (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1974).

Se estableció en un contrato de arrendamiento de local de negocio una cláusula de estabilización adicional, por la que la renta fijada podrá revisarse cada dos años en más o en menos, siempre que el valor oro sufriera

una oscilación superior al 10 por 100. Al comprar la finca, la entidad actora se dirigió al arrendatario para que admitiese y abonase el aumento de renta, conforme a esta cláusula. Enablado procedimiento de mayor cuantía, se desestima la demanda por inadecuación de procedimiento. Se acude entonces al procedimiento arrendaticio pertinente, señalando en la demanda las cantidades que se deben abonar por el demandado en cada período de tiempo transcurrido desde el contrato, con los intereses legales correspondientes. El demandado opuso la caducidad de la acción para reclamar la revisión de renta y, en todo caso, sólo puede hacerlo desde la interposición de la demanda. El Juzgado número 14 de Barcelona declaró válida la revisión de renta, con efectos sólo desde la interposición de la demanda, sentencia confirmada por la Audiencia de la misma capital.

Interpuesto recurso de injusticia notoria—bajo la dirección de nuestro compañero José Serrano Terrades—, se dirigió a la nulidad de la cláusula adicional, y para el caso de no admitirse, se impugna como error de hecho la cuantía determinada por el Juzgador de Instancia para la actualización de la renta. La Sala estima los dos primeros motivos, ya que si la doctrina legal reconoce la validez de las cláusulas de estabilización, hay que tener en cuenta que se refiere a los contratos posteriores a la Ley de 1956 y no a los anteriores a ella. Estipulada esta cláusula en 1953, vigente la Ley de 1946, sancionadora de un rígido sistema nominalista, se produce la nulidad de tal pacto en virtud del artículo 1.255 del Código civil y, por tanto, de imposible sanación o confirmación, por lo que al no comprenderlo así, el Juez de Instancia incurre en los vicios denunciados en estos motivos y procede la estimación del recurso, sin entrar a contemplar el último de los motivos.

OBRAS NECESARIAS: POR NO HABER SIDO PARTE EN EL PROCEDIMIENTO TODOS LOS INTERESADOS, TANTO ACTIVA COMO PASIVAMENTE, NO SE RESUELVE SOBRE EL FONDO DEL LITIGIO (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1974).

Se demanda al propietario de una casa para que realice obras de reconstrucción y reparación de una vivienda arrendada después del incendio sufrido. El arrendador alegó que las obras de reparación superaban el 50 por 100 del valor de la casa y formuló reconvencción pidiendo la resolución del contrato y la declaración de ruina de la casa. El Juzgado número 2 de Pamplona desestimó la demanda y admitió la reconvencción declarando resueltos los contratos de arrendamiento. La Audiencia confirmó la sentencia anterior.

Prospera el recurso de injusticia, porque el actor es cotitular con su hermano del arrendamiento del local litigioso, habiendo procedido como si fuera él solo el interesado. La demandada no es propietaria única de la casa, sino en unión de sus dos hijos; por tanto, la relación procesal debía comprenderlos a todos, sin que lo entendiera así la Sala sentenciadora, infringiendo los artículos 394 y 398 del Código civil y la doctrina jurisprudencial que los interpreta. Uno de los principios generales del proceso es que nadie puede ser condenado sin previa audiencia, y si el actor puede citar a las personas que crea conveniente, es indudable que para lograr el éxito de sus pretensiones ha de dirigir la acción contra todos y cada uno de los que tengan interés legítimo en impugnarla, debiendo los Tribunales apreciar de oficio este punto, no pudiendo pronunciarse respecto a cuestiones que afecten a quienes, no obstante no haber sido llamados al proceso, sean extensivos a ellos los efectos de la cosa juzgada. Se anulan las sentencias anteriores, absolviendo de la demanda y de la reconvencción a las partes.

REVISION DE RENTA: PARA QUE LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION SEAN VALIDAS DEBEN PREVER TANTO EL SUPUESTO DE AUMENTO COMO EL DE DISMINUCION DE LA RENTA (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1974).

En un arrendamiento de local, concertado en 1966, se estableció una cláusula de revisión de renta con carácter voluntario a partir del cuarto año de vigencia del arrendamiento, que podrá instar la sociedad arrendadora, renunciando en otra cláusula los arrendatarios al derecho de revisión de renta que pudiera corresponderles, aclarándose que la revisión de renta sería a partir del quinto año de vigencia. Posteriormente se hizo otro contrato entre las mismas partes, en el que se determinó que la revisión instada por la sociedad arrendadora se hará atendiendo a la variación del valor adquisitivo de la peseta, según los precios medios fijados por el Instituto Nacional de Estadística. En 1972 se pretendió un aumento de renta, que no fue admitido por los arrendatarios, quienes alegaron la nulidad de la cláusula referida, por lo que se les demandó. El Juzgado número 1 de Salamanca desestimó la demanda, sentencia confirmada por la Audiencia de Valladolid.

El recurso de injusticia es desestimado por el Tribunal Supremo. Con posterioridad a la Ley de 1955 es indudable la licitud de establecer medios correctores de las posibles variaciones que experimente el valor adquisitivo del dinero, pero no si implican constante aumento de la renta, sin posibilidad de disminuirla en el supuesto de que bajen los índices fijados como módulos reguladores. Como la cláusula sólo contempla el aumento de la renta, se excluye la disminución y, por consiguiente, la cláusula es estabilizadora para el arrendador, pero no para los arrendatarios, todo lo cual integra suficiente relación causal de invalidez e ineficacia de dichas estipulaciones, por aplicación de la doctrina reiterada de esta Sala.

RETORNO ARRENDATICIO: HA DE SUFRIR LA RENTA UNA REDUCCION SI EL LOCAL OFRECIDO TIENE RESPECTO AL ANTERIOR LAS DIFERENCIAS QUE SEÑALA EL ARTICULO 83 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1974).

Establecido el derecho de retorno e inscrito, y efectuada la reconstrucción del edificio, el arrendatario, a la vista de que el local reservado no reunía las condiciones precisas para el negocio de garaje, según informe pericial, puesto que el anterior era exterior y el nuevo está en un sótano, con otras variaciones importantes, pide otro local más adecuado con la reducción de la renta, y caso de no poder realizarse este cambio de local, se han de indemnizar daños y perjuicios. Por la entidad demandada se opuso que de las obras efectuadas por la apertura de una nueva calle, que originaron la expropiación pertinente, se ocasionó la inutilización del local en cuestión como tal garaje, por lo que, en su caso, debería dirigirse contra el Ayuntamiento como expropiante, ya que la entidad arrendadora no se ha lucrado en absoluto con ese cambio de condiciones de este local. El Juzgado número 4 de Zaragoza desestimó la demanda y lo mismo hizo la Audiencia Territorial.

Triunfa parcialmente el recurso de injusticia notoria, en cuanto al motivo quinto, que trata de la reducción de renta, por haber variado la situación del local, conforme al artículo 83 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y de acuerdo con el 85 del mismo texto legal, ya que el local antiguo era semisótano, y el ofrecido, sótano, por lo que ha de sufrir la reducción de un 10 por 100 la renta asignada en el nuevo inmueble. No prosperan los otros motivos, por no haber probado suficientemente el cambio de rasante en la calle ni la inutilización del local para destinarlo a garaje.

DESAHUCIO: AL NO REUNIR LOS REQUISITOS DEL NUMERO 3.º DEL ARTICULO 3 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS, NO TIENE DERECHO A PRORROGA FORZOSA EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ESPECTACULOS Y PROCEDE EL DESAHUCIO POR FINALIZACION DE PLAZO (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1974).

Arrendado un terreno para dedicarlo a espectáculos al aire libre en 1963, la arrendadora al concluir el plazo de ocho años expresa su deseo de recabar la entrega de la posesión de la finca, solicitando el desahucio del arrendatario. Se opuso éste, afirmando que el contrato decía claramente que se trataba de un local para espectáculos. El Juzgado de Primera Instancia de Segovia desestimó la demanda sin entrar a resolver el fondo del asunto. La Audiencia de Madrid revocó esta sentencia, declarando haber lugar al desahucio.

El recurso de casación por infracción de ley es rechazado por el Tribunal Supremo. El tema del pleito es el de determinar si el arrendamiento tiene por objeto un solar-jardín, en el cual el arrendatario monta su propia industria de espectáculos, o si lo cedido fue una industria de espectáculos en marcha. Excluido de la Ley de Arrendamiento Urbanos el arrendamiento de industria, el propio artículo 3 excepciona la de espectáculos en determinadas condiciones de fechas, que se aplicarán en el caso tratado, por ser anterior a la entrada en vigor de la ley actual, siendo obligatoria para dichos supuestos la prórroga forzosa, y ésta es la tesis del recurrente frente a la sentencia recurrida, en la que se da lugar al desahucio por aplicación del Código civil, ya que el objeto del arrendamiento no fue la industria, sino el local, y todos los accesorios fueron adquiridos por el arrendatario, por compra a los anteriores arrendatarios. Como la interpretación de la Sala ha de ser respetada siempre que no sea desproporcionada ni absurda, no puede prosperar ninguno de los motivos del recurso, basados en la interpretación del contrato.

DESAHUCIO DE LOCAL: LAS OBRAS REALIZADAS SIN CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR NO PUEDEN AMPARARSE EN LA AUTORIZACION HECHA PARA OTRAS DISTINTAS (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1974).

Se intenta la resolución de un arrendamiento de local por cambio de destino del mismo, por realización de obras inconscientes y por el desarrollo de actividades molestas y peligrosas. El Juzgado número 1 de Girona desestimó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona revocó la sentencia anterior declarando resuelto el contrato existente entre los litigantes.

No prosperó el recurso de injusticia notoria, puesto que la sentencia recurrida afirma la realización de obras en 1964 para colocar unos depósitos sin conocimiento del arrendador, habiéndose utilizado para otro fin distinto del autorizado, sin que se haya probado la inexistencia de nuevas obras para este cambio de destino del hueco abierto antes. No habiéndose desvirtuado la fundamentación de las premisas en que se ampara el fallo recurrido, no existe razón alguna para negar la correcta aplicación de los preceptos en que se apoya.

DENEGACION DE PRORROGA: SI NO SE PRUEBA LA ACTIVIDAD COMERCIAL ANTERIOR DEL HIJO DEL PROPIETARIO, NO PUEDE DARSE LA CAUSA 1.ª DE EXCEPCION A LA PRORROGA FORZOSA (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1974).

El inquilino del primer piso de una casa es demandado para que desaloje el mismo, por necesitarlo un hijo del propietario con el fin de establecer un negocio propio, a lo que se opuso aquél diciendo que no es corriente instalar un negocio en un primer piso y, sobre todo, que la actividad comercial del hijo había comenzado después de hecha la notificación al arrendatario. El Juzgado de Inca estimó la demanda y declaró resuelto el contrato, pero la Audiencia de Palma revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda.

No tiene éxito el recurso de injusticia notoria, ya que no se expresa en el requerimiento al arrendatario ni se ha demostrado después que el hijo del arrendador se hallare establecido por su cuenta en actividad de comercio con un año de antelación a la fecha del requerimiento. Por el contrario, lo que ocurría es que el negocio es del padre, ayudado por el hijo, y se pretende la separación de éste estableciendo un nuevo negocio. Aunque se presente el alta en la licencia fiscal, ésta no atribuye la condición de comerciante, ya que se desvirtúa por prueba en contrario, y ha quedado improbadamente la actividad de venta ambulante del hijo con independencia del negocio de su padre.

SUBARRIENDO: NO SE DEMUESTRA LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO PREVIO AL SUBARRIENDO, POR LO QUE ESTE HA DE CONSIDERARSE VERDADERO ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1974).

Según el demandante, el subarrendatario de un local había pactado una duración de diez años para su contrato sin que se diera lugar a la prórroga del mismo. Negó el demandado que existiera tal subarriendo, porque lo que había era un verdadero arrendamiento entre ambas partes, ya que la pretendida arrendataria era la hija del arrendador, que incluso, en nombre de éste, extendía los correspondientes recibos. El Juzgado número 19 de Barcelona estimó la demanda y declaró resuelto el contrato, pero la Audiencia absolvió al demandado de todos los pedimentos de la demanda.

No triunfa el recurso de injusticia notoria, ya que el llamado contrato de arriendo entre la actora y su padre no fue presentado para su inscripción en la Cámara de Propiedad Urbana ni en ningún otro organismo oficial; escrito a máquina, se intercaló a mano la fecha de su otorgamiento, sin que aparezca constituida fianza de alquileres. En el otro contrato con el demandado no se expresa que el padre actúe en nombre de su hija, y salvo la palabra «sub» interlineada sobre la palabra «arriendo», siempre se habla de arriendo, alquileres, etc., no ateniéndose a ningún contrato anterior a favor de la recurrente. En los recibos tampoco se alude a que fueran abonados como precio de subarriendo. Para que las presunciones puedan ser combatidas es preciso acreditar que la Sala incurrió en manifiesto error de hecho o que la deducción es absurda, ilógica o inverosímil, lo que no ocurre en este caso.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: PROCEDE CUANDO CAMBIA EL DESTINO DE UN LOCAL PARA CONVERTIRLO EN ALMACEN, SIN QUE ESTA POSIBILIDAD ESTE PREVISTA EN EL CONTRATO (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1974).

Concertado un arrendamiento de local en 1970 para negocio de confección o carnicería y autorizados los arrendatarios para ciertas obras de adaptación, no se hicieron éstas ni se llegó a abrir tal local, por lo que dos años después se les demanda para que se declare resuelto el contrato. Adujeron los demandados que el local se destinaba a almacenar los géneros que compraban para su distribución, dedicándose a la industria de confección, que expresamente reconocía el contrato. El Juzgado número 1 de Burgos declaró resuelto el contrato, sentencia confirmada íntegramente por la Audiencia Territorial.

El recurso de injusticia notoria no prosperó, tanto por falta de precisión y claridad en su formulación como porque hace de la cuestión supuesto, partiendo de la hipótesis de que el local litigioso no fue arrendado para destinarlo a negocio abierto al público, tesis contraria a la que llega la sentencia recurrida, criterio de Tribunal *a quo* que ha de prevalecer si no se impugna debidamente. Destinar el local a almacén es un acto unilateral de los arrendatarios, que constituye precisamente el objeto de enjuiciamiento en el presente litigio. El anexo del contrato autorizó a los arrendatarios para dedicar el local a negocio distinto al pactado, pero no para convertirlo en almacén, no habiéndose alegado ni probado suficientemente el impedimento del contratante para ejercer actividad de comercio o industria propia de su profesión de carnicero, que es la que se previó preferentemente en el contrato.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LOS DOCUMENTOS APORTADOS NADA PRUEBAN CONTRA LA INEXISTENCIA DE CESION O SUBARRIENDO DEL LOCAL (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1974).

Arrendado un local a una persona individual con la cláusula de no ceder, subarrendar o traspasar, en todo o en parte, ni destinarlo a uso distinto del pactado, pudiendo hacerlo únicamente con permiso del propietario, se pide a éste autorización para efectuar obras, haciéndolo en nombre de «Hermanos Aylagas», lo que indica un cambio en la titularidad del negocio del que no había tenido noticia el arrendador; por ello se solicita la resolución del contrato correspondiente por cesión o traspaso inconsentido. Negó el arrendatario primitivo que su hermano compartiera el uso del local en cuestión como titular, siendo tan sólo un dependiente o asalariado suyo hasta el momento de su fallecimiento. El Juzgado número 3 de Madrid estimó la demanda y lo mismo hizo la Audiencia.

Es rechazado el recurso de injusticia, ya que la prueba documental o pericial obrante en autos no demuestra la equivocación de un modo manifiesto del Juzgador. Cuando la apreciación del Juez de Instancia es el resultado de la valoración conjunta de todas las pruebas, no es lícito desarticularlas con el propósito de llegar a una conclusión opuesta, a base de la estimación tan sólo de algunas de ellas. Los documentos aludidos sólo hacen prueba del hecho que motivó su otorgamiento, o sea, el alta y baja de la Seguridad Social, el suministro de energía eléctrica, la persona a cuyo nombre se pagaron los impuestos, el servicio telefónico, etc., pero no la inexistencia de la cesión o subarriendo del local de negocio.

NO SON VALIDAS LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION EN QUE UNICAMENTE SE PREVEA UNA POSIBLE ELEVACION DE LA RENTA (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1975).

Hechos.—El arrendatario de un local de negocios demanda al arrendador, solicitando se declare la nulidad de una cláusula del contrato por la que la renta sería elevada en la misma proporción que el coste de la vida según el Instituto Nacional de Estadística. Triunfó la tesis del actor.

Doctrina de la sentencia.—Es constante y reiterada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo en el sentido de que efectivamente, y al modo como se dice en el recurso, son válidos los pactos de actualización de la renta que, haciendo uso de la libertad contractual consagrada en el artículo 1.255 del Código civil, convengan los contratantes de forma bilateral y recíproca, es decir, tratando de atemperar su eficacia a las alteraciones que *en más o en menos* experimente el coste de la vida; pero no son, en cambio, válidos aquellos que se limitan a establecer de modo unilateral y arbitrario una posible y constante elevación de la renta, sin permitir correlativamente su disminución para el caso de que dicho coste disminuya; hipótesis esta segunda en que forzosamente tiene que incluirse la cláusula contemplada, pues sólo establece y prevé el supuesto de acomodación de la renta a las fluctuaciones *en alza* del nivel general de precios, lo que, sin duda alguna, va en contra de la equitativa proporcionalidad que debe presidir las mutuas prestaciones de todo contrato, que se acrecienta en los del tipo que se examina, pues su vulneración podría incluso conducir a hacer antieconómico para el arrendatario la continuidad en la relación y a convertir en ilusorio su derecho a la prórroga legal, que con carácter irrenunciable preceptúa el artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

COMENTARIO.—Estaba el Tribunal Supremo obligado a tomar esta decisión por la reiterada doctrina jurisprudencial en este sentido. De acuerdo con la doctrina legal, pues, la sentencia es correctísima. Tiende, además, a superar el carácter de fuerte liberalismo que en materia contractual preside el pensamiento de nuestro Código civil, en pos de una mayor equidad para las partes contratantes. Protege igualmente a la parte presumiblemente más débil, el arrendatario, siguiendo las orientaciones de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Pero tal vez, si el Supremo busca «no hacer ilusorios los derechos del arrendatario», podríamos preguntarnos si no será más ilusorio todavía que el nivel general de precios baje. ¿Será un proceso irreversible el que lleva a los precios hacia arriba? Aunque en buena técnica jurídica hay que admitir las dos posibilidades: alza o baja del coste de la vida, es tan duradera la escalada—¿recuerda alguien cuál fue el último año en que se produjo una baja en el coste de la vida?—, que no es de extrañar que los contratantes excluyan la posibilidad de la baja, juzgándola, sin duda, irreal o imposible. Es prácticamente un mero formalismo lo que se exige conste en estas cláusulas de estabilización, formalismo cuya posibilidad de materialización es cada vez más remota. De aquí que probablemente haya que dulcificar un tanto la doctrina jurisprudencial, que en su intento de lograr la equidad puede llegar a situaciones contrarias a ella.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: NO PODRA EJERCITARSE EL RETRACTO CUANDO LAS CONTRAPRESTACIONES DEL MISMO CONSISTAN EN OBLIGACIONES DE CARACTER PERSONALISIMO IMPUESTAS «INTUITU PERSONAE» (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1975).

Hechos.—El propietario de unas fincas rústicas arrendadas transmitió el dominio de las mismas a unos sobrinos suyos a cambio de que éstos le prestaran alimentos. La pretensión del arrendatario de ejercer el derecho de retracto por esta transmisión es rechazado por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—Lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos no significa que en todos los casos de transmisiones de fincas rústicas arrendadas pueda sin más ejercitarse el retracto por los arrendatarios, pues han de concurrir entre otros requisitos, el de que sea posible la subrogación del retrayente en el lugar del comprador o primer adquirente, porque aunque el retracto arrendaticio rústico regulado en tal precepto constituya, según también tiene declarado esta Sala, más que un simple derecho de subrogarse en el lugar del adquirente de una finca, una forma de acceso a la propiedad de la tierra por parte de quienes la llevan en arriendo, el efecto que del mismo se deriva es la subrogación del retrayente en el lugar del comprador o primer adquirente, lo cual implica que ocupe el lugar de éste y le sustituye no sólo en el derecho de dominio, sino también en las obligaciones o cargas que en el contrato transitorio se hayan establecido para el primer adquirente, por lo que no podrá ejercitarse el retracto cuando las contraprestaciones del mismo consistan en obligaciones de carácter personalísimo impuestas *intuitu personae*, en cuanto son intransmisibles y no puede el retrayente subrogarse en ellas.

Ello es lo que sucede con relación a la transmisión de las fincas rústicas, a que se refiere el juicio origen del presente recurso, pues, según el contrato transitorio, fueron cedidas por su propietario a los cónyuges demandados, sobrinos de aquél, a cambio de obligarse éstos a prestarle alimentos, con la extensión determinada en los artículos 142 y siguientes del Código civil, por toda la vida del alimentista, que habrá de ser considerado como persona integrante del hogar de aquéllos, y quedando la transmisión de las fincas sujeta a la condición resolutoria de que los indicados cónyuges cumplan la referida obligación alimenticia; si además se tiene en cuenta el parentesco del transmitente con los adquirentes, se revela el carácter fundamental y personalísimo de la mencionada obligación o contraprestación de tracto continuado, en la que, por tanto, no podría subrogarse el arrendatario retrayente.

PARA QUE EMPIECE A CONTAR EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL RETRACTO ARRENDATICIO RUSTICO ES PRECISO QUE EL ARRENDATARIO CONOZCA TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA ENAJENACION (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Al no existir la la notificación del comprador de la finca al arrendatario, el plazo de tres meses para ejercitar el derecho de retracto no puede empezarse a contar, ya que no basta el simple conocimiento de que tal posible enajenación hubiera ocurrido, naciendo el ejercicio de tal derecho a partir de la fecha en que el retrayente, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión, que ha de ser completo, es decir, con todas las condiciones y circunstancias en que se haya realizado

la venta, para que de ese modo pueda, con suficientes elementos, decidir si le conviene o no ejercitar tal acción. No basta el mero conocimiento de la transmisión de las fincas, que reconoce el demandante en confesión judicial, pues es preciso, para que tenga efecto, conocer todas las circunstancias de la enajenación para poder ejercer la acción de retracto.

EL RECURSO DE REVISION DEBE TENER UNA APLICACION RESTRIC-TIVA, SIN EXTENDERSE A OTROS CASOS QUE A LOS TAXATIVAMENTE PREVISTOS (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Reiteradamente ha hecho resaltar la doctrina jurisprudencial el carácter extraordinario y excepcional del recurso de revisión, y también ha destacado que este recurso—en lo que respecta a sus condiciones precisas y causas invocadas—debe tener una aplicación restrictiva, acorde con su naturaleza, por afectar tan singular remedio al principio casi absoluto de intangibilidad y de irrevocabilidad del fallo que tenga el carácter de firme, y por eso no es válido extenderlo a casos y circunstancias que no sean los taxativamente determinados y previstos en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dentro de sus precisos términos, sin que tan extraordinario recurso pueda constituir un medio que autorice a los litigantes para proponer un nuevo examen de cuestiones que tuvieron su ámbito adecuado en el pleito, ni tampoco para reparar negligencias en el orden probatorio.

El recurso de revisión exige, como requisito ineludible para su viabilidad, que los documentos a que dicho precepto se refiere sean decisivos para el pleito, de forma tal que por sí solos contradigan categóricamente lo contenido en el mismo y en la sentencia que le pone fin, es decir, aptos por sí mismos para provocar un pronunciamiento judicial distinto del proferido, y demostrativos de que los hechos de que la resolución partió se debían a su desconocimiento o ignorancia por parte del Tribunal, lo que no ocurre cuando el pleito ofrece por sí base suficiente para la adopción de la resolución impugnada mediante el análisis de otros elementos probatorios, que de forma rotunda y terminante no quedan desvirtuados por la aportación del documento en que el recurso se ampara.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION DEBE DIRIGIRSE CONTRA LA SENTENCIA QUE EN ULTIMA INSTANCIA HAYA RESUELTO LA CUESTION DE FONDO. APOYANDOSE EL RECURSO EN UNA CERTIFICACION ADMINISTRATIVA QUE SE DICE FALSA, TAL FALSEDAD HA DE SER DECLARADA EN JUICIO CRIMINAL (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1975).

Hechos.—Resuelto un contrato de arrendamiento de local de negocios, por haber sido la finca arrendada declarada en ruinas, fue desahuciada la arrendataria, doña Aquilina. Arrendados los mismos locales con posterioridad a don Manuel, doña Aquilina demanda a la propietaria y al nuevo inquilino, pero su demanda no prosperó al estimar los sentenciadores la excepción de cosa juzgada. El recurso extraordinario de revisión que interpone doña Aquilina es rechazado por el Tribunal Supremo en base a la siguiente

Doctrina de la sentencia.—El principio de preclusión, básico en el proceso moderno, obliga a que cada actividad del órgano jurisdiccional se realice precisamente dentro del plazo que a tal fin señala la ley.

A este principio básico no podía sustraerse el llamado en nuestro ordenamiento procesal civil recurso de revisión, que tiene por objeto posibilitar la rescisión de las sentencias firmes cuando cumplidamente se demuestre que han sido obtenidas empleando algún medio manifiestamente injusto. Como tan extraordinario remedio pone en entredicho la autoridad de la cosa juzgada, se comprende que la ley haya tenido buen cuidado de señalar breves plazos de tres meses, dentro de lo cual puede ser puesto en ejercicio, puntualizando incluso que debe comenzar a contarse desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude, o desde el día del reconocimiento o declaración de falsedad—art. 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, y determinando además que «en ningún caso podrá interponerse después de transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que hubiere podido motivarlo» (art. 1.800), porque de lo contrario se frustraría la finalidad esencial del proceso, que estriba en la seguridad jurídica que el fallo comporta.

Aparece notoria la extemporaneidad de la presentación de la demanda, porque en los hechos objeto del recurso, el *dies a quo* o día inicial del plazo de los tres meses está perfectamente determinado por las fechas de las resoluciones judiciales impugnadas, pues para los presuntos fraudes cometidos en las sentencias ha de interponerse el recurso antes de transcurridos tres meses desde la notificación de la sentencia o desde que ésta quedó firme.

Aunque se quisiera prescindir de la extemporaneidad de la interposición del recurso, y se pudiera entender que había sido presentado dentro de plazo, aun con todo, tampoco podría prosperar, porque se deduce contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y no contra la de la Audiencia, que confirmó aquélla; admitir la impugnabilidad de la sentencia de primer grado, que fue apelada, equivaldría a posibilitar una sentencia rescisoria de aquélla, dejando con todo su vigor la de segundo grado, que la había confirmado, lo cual constituye un absurdo que hay que rechazar.

De conformidad con la reiterada doctrina de esta Sala, la resolución de primer grado, al ser apelada, no es firme y, por tanto, la que debe ser recurrida es la dictada en apelación, pues la impugnación debe dirigirse contra la sentencia que en última instancia haya resuelto la cuestión de fondo, cualquiera que sea el grado del Juez o Tribunal en que haya quedado firme la sentencia que lo motive.

Aunque se hubiera podido prescindir de los insalvables obstáculos procesales que hacen inviable el recurso, tampoco éste podría prosperar porque: Primero. Se apoya en una certificación administrativa que se dice falsa y, sin embargo, no se demuestra que tal falsedad haya sido declarada en juicio criminal, como exige la jurisprudencia. Segundo. Se fundamenta también en una supuesta maniobra fraudulenta, y no sólo no se demuestra su falsedad, sino que ni siquiera se manifiesta en qué pudo consistir.

PARA LA CALIFICACION DEL ARRENDAMIENTO DE UNA FINCA URBANA COMO DE LOCAL DE NEGOCIO O DE ALMACEN HA DE ESTARSE AL DESTINO DEL OBJETO ALQUILADO (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1975).

Hechos.—La arrendadora de un local de negocio demanda al arrendatario y obtiene la resolución del contrato, por haberlo mantenido cerrado el demandado durante más de seis meses en el curso de un año.

Doctrina de la sentencia.—Para la calificación del arrendamiento de una finca urbana como de local de negocio o de almacén ha de estarse al destino del objeto alquilado, destino que, a su vez, no depende directamente

de las condiciones naturales del local al tiempo de celebrarse el correspondiente contrato, sino del pacto expreso o tácito de las partes, que en el presente caso está clara, concreta y explícitamente establecido en el contrato litigioso, al estipularse que «se alquilan estos locales sólo y exclusivamente para exposición y venta de muebles y bazar en general», por lo que al entender el Tribunal sentenciador que el arrendamiento concertado no fue el de un local para almacén y depósito de mercancías, no incurrió en la violación de los artículos 1.281, párrafo 1.º, y 1.283 del Código civil y en la aplicación indebida del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

A juicio del impugnante, es preciso que la falta de relación con el público ha de ser total y absoluta para poder estimar que el local se encuentra «cerrado», en el sentido empleado por el mencionado artículo 62; motivos que tampoco pueden prosperar si se tiene en cuenta: a) que para que exista cierre, en el sentido legal, no es necesario el cese de toda actividad en el uso del local o que éste permanezca inerte o inactivo, siempre que la actividad que en él se desarrolle, en relación con el ejercicio de la industria o comercio, tenga carácter accidental, secundario o accesorio, como en el caso de utilización eventual del local, a iniciativa del arrendatario, para raras entrevistas con algunos clientes, y b) que la jurisprudencia de esta Sala ha llegado a considerar como cerrado el local de negocio, aunque se hubieran realizado actividades esporádicas en relación con el público, siempre que el acceso de éste no constituya la base de su actividad normal.

El hecho de que la autorización conferida al arrendatario para realizar las obras de acondicionamiento necesarias para la utilización del local arrendado no estuviera sujeta expresamente a plazo o condición, no le exoneraba de la obligación de usar la cosa arrendada con arreglo al destino pactado de local de negocio abierto al público desde que aquélla le fue entregada, pues, como tiene declarado esta Sala, una autorización como la aludida no hay que interpretarla en el sentido de que pueda estar el local arrendado cerrado indefinidamente a pretexto de la ejecución de unas obras.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: LA NO CONSIGNACION DE LAS RENTAS VENCIDAS NO PRIVA AL ARRENDATARIO DEMANDADO DEL DERECHO DE Oponerse A LA DEMANDA (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que en los juicios de desahucio por falta de pago, el desahucio podrá ser enervado por el arrendatario mediante la consignación de las rentas adeudadas y costas causadas, si fueren conocidas, y el artículo 29 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos preceptúa que cuando el desahucio se funde en la falta de pago, el arrendatario podrá evitarlo, dentro de los ocho días siguientes al de su citación a juicio, consignando, juntamente con la renta o rentas en descubierto, los intereses de demora y el importe de las costas hasta el momento de la consignación, incluso las de ésta, cuyos preceptos lo que hacen es conceder al arrendatario el derecho a enervar o evitar el desahucio mediante la consignación en ellos prevenida, pero no significan que si no consigna las rentas reclamadas no pueda ser oído en el juicio ni oponerse a la demanda, pues ni esto se dice en ellos ni hay razón para que así sea.

Tal prohibición tampoco resulta de los artículos 1.566 y 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 54, número 3, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, porque tales preceptos sólo imponen al arrendatario la obligación

o carga de acreditar tener pagadas o consignar, en su caso, las rentas vendidas, las que con arreglo al contrato deba satisfacer adelantadas y las que vengan durante la sustanciación del pleito, bajo pena de que no se le admitirán las reclamaciones, recursos o incidentes que interponga o se le tendrá por desistido de los mismos, lo cual no supone que sin acreditar el pago o efectuar la consignación, no pueda tampoco oponerse a la demanda, pues en los preceptos citados no se contiene esta prohibición, y lógicamente no se le puede privar de ese derecho a oponerse a la demanda, bien negando los hechos de ésta o alegando otras razones o fundamentos que impidan el éxito de la misma, por lo que ha de poder comparecer y ser oído a estos efectos, aunque no pueda promover las reclamaciones o recursos e incidentes prevenidos en los citados artículos.

LAS VENTANAS NO CONSTITUYEN UNA «INSTALACION O SERVICIO» DE UN LOCAL (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1975).

Hechos.—La arrendataria de un local destinado a almacén, situado en el sótano de un edificio que es demolido para construirse otro mayor, ejercita su derecho de retorno y se le adjudica en el sótano del nuevo edificio un local que carece de ventanas. Demanda la arrendataria a las propietarias, que son absueltas.

Doctrina de la sentencia.—El único problema jurídico que se suscita en el presente recurso de injusticia notoria es el relativo a la interpretación del artículo 83 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuanto a la exigencia que en el mismo se contiene de que los locales que se asignen a los arrendatarios reservados que tengan el derecho de retorno previsto en la ley respecto de los edificios derruidos para ser reedificados en que tenían su primitivo arrendamiento, dispongan de «iguales instalaciones y servicios», exigencia que el motivo primero, formulado a través de la causa 3.ª del artículo 136 de la indicada ley especial, entiende fue interpretado erróneamente, con base en que el sótano que se entrega al arrendatario, sustituyendo al que tenía en el antiguo edificio, que era complemento de un local comercial destinado a ultramarinos, de que disfrutaba en un bajo de la propia casa, y que, a diferencia del anterior, carecía de ventanas o puntos de luz y ventilación, lo que constituye un alegato carente de consistencia, porque lo que el legislador ordena en el mencionado precepto, que se dice infringido, es que las viviendas o locales de negocios que se asignen como consecuencia de la reserva establecida en el artículo 82 dispongan, por lo menos, de una extensión superficial no inferior a las tres cuartas partes de la correspondiente a la que anteriormente ocupaba el arrendatario o inquilino, «de iguales instalaciones y servicios», sin que pueda apreciarse la denunciada desigualdad por el hecho de la falta de ventanas, que en sí y por sí no constituyen una instalación o servicio propiamente dichos, y sin que se haya acreditado en el litigio de que traen causa estas actuaciones que el local reservado no sea útil al fin a que se destina, que es de almacén del comercio de ultramarinos que en la misma casa explota la recurrente.

EL DEBER DE CONGRUENCIA NO PUEDE IMPONER A LOS TRIBUNALES LA NECESIDAD DE ACOGER EN TODO CASO LA FALTA DE IMPUGNACION CONTRARIA DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA QUE, CONTEMPLADAS EN SI MISMAS, SEAN IMPROCEDENTES (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El deber de congruencia no puede imponer a los Tribunales la necesidad de acoger en todo caso la falta de impugnación contraria de las pretensiones de la demanda que, contempladas en sí mismas, sean improcedentes. Aunque el demandante haya planteado la acción de retracto de autos al amparo de la legislación de Arrendamientos Rústicos, sosteniendo la existencia de un contrato de esta naturaleza y pidiendo que el juicio se tramite con arreglo a las normas especiales de la legislación de referencia, y el demandado haya contestado aceptando la competencia y el cauce procesal elegido por el retrayente, así como en ninguno de sus fundamentos aluda a que la relación arrendaticia esté fuera de la especial rústica, no puede olvidarse que la misma pertenece a la esfera del *ius cogens*, y tanto el derecho material a la misma correspondiente, como el derecho procesal, tienen carácter público y eminentemente social, por lo que no puede la misma modificarse por voluntad de las partes contratantes, ni rige respecto a ella la voluntad contractual ni la teoría de los actos propios.

LA ENAJENACION DE UNA FINCA INCLUIDA EN EL REGISTRO DE SOLARES PRODUCE LA DEFINITIVA EXTINCION DE LOS ARRENDAMIENTOS CONSTITUIDOS SOBRE LA MISMA (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1975).

Hechos.—Los arrendatarios de unos locales de negocios situados en una finca que había sido incluida en el Registro de Solares promovieron recurso contencioso-administrativo contra tal inclusión. Aunque el Supremo decretó la nulidad del acuerdo municipal, tal acuerdo habíase ejecutado, siendo desalojados los arrendatarios de los locales, destruido el edificio y construido uno nuevo. Demandan ahora los arrendatarios que se les reponga en el arrendamiento o bien que se les indemnice.

El Tribunal Supremo desestima la demanda en base a la siguiente

Doctrina de la sentencia.—La solicitud y expedición de la licencia para la ejecución de la obra produce *ex lege* la resolución del contrato de arrendamiento, modificándose en este sentido la legislación anterior. Conforme al artículo 149 de la Ley del Suelo, cuando el propietario de una finca incluida en el Registro de Solares se propusiera acometer o terminar la edificación, el otorgamiento de la licencia produce la definitiva extinción de los arrendamientos y demás derechos personales constituidos por cualquier título en relación con los mismos, sin que repercutan de ningún modo sobre la nueva construcción ni hayan de reservarse locales a los antiguos ocupantes.

La enajenación de una finca incluida en el Registro de Solares produce la definitiva extinción de los arrendamientos y demás derechos personales constituidos por cualquier título en relación con la misma, sin que repercutan de ningún modo sobre la nueva construcción ni haya de reservarse en ella locales o habitaciones a los antiguos ocupantes, y si fuere el propietario quien se propusiere acometer o terminar la edificación, producirá el mismo efecto el otorgamiento de la licencia.

Siendo la finalidad de la citada ley facilitar la edificación de las fincas

que habrían de levantarse en los terrenos incluidos en el Registro de Solares, doctrina que no puede estar afectada por el hecho de que el acuerdo de inclusión de las fincas en el Registro de Solares estuviere pendiente de un recurso contencioso-administrativo, que no puede impedir su ejecutoriedad si así lo acuerda la autoridad municipal.

Resuelto o extinguido el contrato de arrendamiento como consecuencia de la inclusión de la finca en el Registro de Solares y otorgamiento de la licencia de obra, y derribadas las anteriores edificaciones, se hace jurídica y físicamente imposible el reestablecimiento de la posesión arrendaticia, y en cuanto a la indemnización o responsabilidad de daños y perjuicios que se pretende subsidiariamente cerca de los demandados, es de tener en cuenta que aquéllos, al solicitar la inclusión de la finca en el Registro de Solares promoviendo la incoación del oportuno expediente, no hicieron más que ejercitar un derecho, de acuerdo con lo que autoriza el apartado c) del artículo 13 del Reglamento de 5 de marzo de 1964, sin que el conocimiento que los demandados pudieran tener de la existencia del recurso contencioso-administrativo pudiera ser obstáculo a la solicitud de la licencia de obra dada la ejecutoriedad del acuerdo y subsiguiente obligación de construir, ejecutoriedad amparada por la resolución municipal sobre el particular, cuya suspensión no fue solicitada por los recurrentes, si aquel acuerdo lo estimaban lesivo, como pudieron verificarlo, al amparo de lo que autoriza el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que, en cierto modo, con su omisión y abstención, consintieron la ejecutoriedad del acuerdo, sin tratar de salvar sus posibles consecuencias por cuantos medios tuvieran a su alcance.

C. R. R.

IV. FAMILIA

IMPUGNACION DE FILIACION NATURAL: Hijo natural presunto, nacido en 1945 de padre viudo y de madre que entonces no aparece ligada por vínculo matrimonial válido.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 119 DEL CODIGO CIVIL Y DE LA ORDEN MINISTERIAL DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1938: La interpretación del alcance de la nota de nulidad de matrimonio, practicada en 1941, respecto a un matrimonio civil contraído en zona roja en 1937; la ineficacia o no de dicha nota en virtud de disposiciones posteriores y el artículo 4 del Código civil.—LA PRUEBA DEL MATRIMONIO: Las certificaciones del Registro Civil y los artículos 53 y 327 del Código civil y 2 y 69 de la Ley del Registro Civil.—LA BUENA FE Y SU APLICACION POR ANALOGIA AL CASO DE AUTOS: El artículo 69 del Código civil y su posible aplicación analógica al caso.—SANCHO c. GALLART y otra y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1972).

Antecedentes.—1) El padre del ACTOR había contraído matrimonio en 1932 y del mismo hubo tres hijos, uno de ellos el demandante, y la madre del actor había fallecido en 1939, quedando a partir de entonces su padre en estado de viudo.

2) La DEMANDADA había contraído matrimonio civil en la zona roja en 1937, pero a los pocos días del mismo el marido marchó al frente con su unidad y desapareció desde entonces definitivamente de la vida de su esposa. Así las cosas, y desde el punto de vista personal de cada uno de ambos cónyuges, ni uno ni otro supieron a ciencia cierta si el otro existía o no y, en consecuencia, las declaraciones oficiales de cada uno están mar-

cadadas de cierto subjetivismo (en la partida de defunción de él aparecía como «soltero», y ella en una cédula personal de 1942 figuraba como «casada», y años más tarde se declaraba «soltera» en un caso y «viuda» en otro).

3) Compareciendo la demandada ante el correspondiente Juzgado Municipal en 1941, por éste se dictó AUTO declarando la nulidad del matrimonio contraído en 1937 por la demandada: todo ello en aplicación de lo dispuesto en la Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938 y el artículo 1.º de la Orden ministerial de 12 de agosto de 1938.

4) Unos años más tarde entraron en conocimiento el padre del actor y la demandada, y de tales relaciones nació una niña—LA OTRA DEMANDADA, en unión de su madre—en el año 1945. En la inscripción de nacimiento en el Registro Civil fue reconocida por ambos padres con la condición de hija «natural» de los dos: el uno, por ser viudo, y la otra, por no hallarse legalmente «casada» en dicha fecha (dijo ser «soltera» ante el encargado del Registro).

5) Esta situación entre los interesados se mantiene sin alteraciones hasta el año 1969. En el mes de abril de 1969, y dado el inminente peligro de muerte del padre del actor, se procede a la celebración del matrimonio canónico entre dicho señor y la demandada (ante el Registro Civil ella declaraba ser «viuda» de don ., fallecido en 1932, y ante el párroco se atestiguó por ella y testigos ser «soltera»). En base a dicho matrimonio, y al previo reconocimiento conjunto de los padres, la niña nacida en 1945 fue legitimada por subsiguiente matrimonio. El padre otorgaba testamento el mismo día del matrimonio, considerando a su hija «natural» hasta ese momento. Pocos días después y en el mismo mes fallecía dicho señor.

6) Inmediatamente después del fallecimiento, los hijos del primer matrimonio del difunto comenzaron sus gestiones para tratar de *anular* el matrimonio contraído con la demandada, y se basaban en la posible supervivencia del hombre que contrajo matrimonio civil en 1937 con la demandada. Averiguado que dicho señor falleció en 1950 (se consideraba «soltero»), el propio DEMANDANTE insta ante la competente Curia Diocesana un expediente, que culmina con la inscripción del matrimonio de 1937 de la demandada como «canónico» ya a finales de 1969.

Hasta aquí los hechos escuetos. El ACTOR termina su demanda con la súplica de que se dicte sentencia declarando: 1.º, que el fallecido, don... (su padre), no ha podido reconocer ni legitimar a su hija, llamada hoy..., en atención a que en ella concurren las condiciones de hija ilegítima y adulterina; 2.º, que, en consecuencia, procede rectificar los asientos del Registro Civil correspondientes a su nacimiento, por ser nula la actual inscripción, atemperándola a lo prescrito por la ley; 3.º, imponer las costas a las partes que se opongán a esta demanda.

Emplazadas las demandadas y el Ministerio Fiscal, y declarada en rebeldía LA HIJA demandada por su incomparecencia, su madre, también demandada, compareció y su opuso a la demanda, exponiendo lo pertinente, y terminaba con la súplica de que se dicte sentencia desestimando los pedimentos de la demanda y manteniendo en toda su validez la actual inscripción de nacimiento de doña... (la hija, también demandada), con imposición de costas al actor. Por el MINISTERIO FISCAL se contestó y se opuso a la demanda negando todos sus hechos, sin perjuicio de lo resultante en fase probatoria.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.—Se dicta el 24 de noviembre de 1970, y en ella estima en todas sus partes la demanda: se basa, al parecer (no figura transcrita en la redacción oficial de los autos), en la determinación de la verdadera filiación de la hija de la demandada y del padre del actor, por considerar a la madre como «casada» en 1945 y por no darse el caso de aplicación del artículo 119 del Código civil.

Sentencia de la Audiencia Territorial.—Con fecha 30 de junio de 1971, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial dicta sentencia por la que, revocando en todas sus partes la apelada (por la demanda), desestima la demanda, absolviendo a las demandadas de los pedimentos contenidos en la demanda, sin hacer especial imposición en costas en ninguna de las instancias. Al parecer (tampoco aparece transcrita la sentencia), la Sala se basaba en el valor probatorio de los actos del Registro Civil en orden al estado de las personas—derivando de los mismos no sólo el efecto declarativo propio de su contenido, sino también el efecto probatorio respecto partes y terceros (art. 327 del Código civil)—, y llegaba a la conclusión de que la hija demandada lo era «natural» por aplicación analógica del artículo 69 del Código civil; finalmente, considera la Sala que «nunca correspondería a la demandada doña... (la hija) la condición de hija ilegítima no natural, pues si se estima que la madre al concebirla estaba ligada por vínculo matrimonial válido, su cualidad sería la de hija 'legítima' del matrimonio, sin perjuicio de que el marido hubiese podido en su día impugnar la legitimidad», y que «si se ocultaba la maternidad y era reconocida por el padre viudo, su condición sería la de hija natural presunta» (1).

El recurso de casación fue interpuesto por el actor en base a los siguientes TRES motivos, que se resumen a continuación:

1.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida del artículo 119 del Código civil y de la Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938, por violación del artículo 4 del Código civil, por interpretación errónea del artículo 327 del Código civil y por no aplicación de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que cita (resolución de 14 de marzo de 1951). Los argumentos son: que el problema del caso litigioso lo plantea correctamente el Juez de Instancia al determinar la verdadera filiación de la hija demandada como ilegítima no natural; que la nota marginal de 1941 al acta de matrimonio civil de 1937, se extendió con absoluto desconocimiento del supuesto comprendido en la Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938, que precisamente *excluía* de su aplicación al matrimonio de 1937; que en ningún caso la nota marginal de 1941 pudo surtir efectos registrales, por ser el matrimonio de 1937 contraído civil y canónicamente (esto, recordemos, a instancia del propio demandante en 1969) y por continuar vigente hasta el fallecimiento en 1950 del marido de la demandada; que por persistir el vínculo, la dicha nota marginal es un acto nulo, con nulidad radical, por no cumplirse la Orden ministerial citada, sino que iba en contra de la misma; que, en consecuencia, no se puede sostener que en el año 1945 doña... (la madre demandada) podía contraer matrimonio válido y tener su hija la condición de hija «natural»; que incluso la nota marginal podía haber aplicado correctamente las Ordenes ministeriales de 1938 y nunca hubiera tenido tal nota otro carácter que el de una mera «suspensión de efectos» (resolución de 14 de marzo de 1951), y aun entonces la mera «suspensión» era impeditiva de un nuevo matrimonio de la contrayente, puesto que tal nota marginal no era sino una crasa mixtificación del acta matrimonial.

2.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por aplicación indebida del artículo 69 del Código civil. Son sus argumentos: que aplicando la Sala por analogía el artículo 69 del Código civil, entiende que dicho principio de analogía no tiene cabida en el caso objeto del recurso, ya que la analogía es una institución formal integradora del Derecho, y su base en este orden son los hechos porque es la semejanza de ellos la que opera; que no se dan en nuestro caso los supuestos que hacen necesario el procedimiento analógico, ya que la norma del

(1) Estas frases vienen transcritas en el escrito del recurso de casación y de él se toman literalmente.

artículo 69 del Código civil es un matrimonio de buena o mala fe que haya sido declarado nulo, y en el caso de autos se trata de una relación carnal extramatrimonial de la que nace una hija, estando la mujer, a la sazón, válidamente casada, y para situaciones de esta clase rige el artículo 119 del Código civil; que el legislador no puede prever todos los casos posibles, pero que ningún caso, por nuevo e imprevisto que sea, puede quedar sin solución jurídica; que la buena fe no juega en este caso para nada, por existir irregularidades que revelan algo que no es precisamente la buena fe en la conducta de la demandada.

3.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por aplicación indebida de los artículos 108 y 113 del Código civil. Son sus argumentos: que considerado por la Sala que la hija nacida en 1945 tenía la cualidad de hija «legítima» del matrimonio de 1937, ello no interesa al caso presente, ya que la condición de hija «natural» de tal niña no cabe aceptarla en relación con el padre; que no cabe aceptar que sea hija natural «presunta», pues ello olvida algo esencial, que es que tal «presunción» de naturalidad *sólo puede apreciarse* cuando el reconocimiento *sólo* se efectúa por el padre o *sólo* por la madre, imponiéndose entonces el secreto (art. 132 del Código civil) sobre el otro progenitor, pero tal presunción desaparece radicalmente al hacerse el reconocimiento conjunto, como ocurrió en este caso.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, rechaza este recurso y sienta la siguiente doctrina:

Considerando que *partiendo la Sala de Instancia de que, conforme a la nota marginal, obrante en la inscripción del acta de matrimonio, contraído el día 25 de noviembre de 1937 en la ciudad de..., que aparece en el correspondiente libro del Registro Civil, por auto de 3 de febrero de 1941, «el hecho conceptuado como ‘matrimonio civil’, celebrado entre don... y..., a que se refiere la presente acta, se efectuó con sujeción a normas dictadas por el Gobierno rojo, con posterioridad al 18 de julio de 1936, y por ello se anula esta inscripción, la que no surtirá efecto legal alguno», y, consecuentemente, al tener en cuenta que el matrimonio solamente se prueba por las certificaciones del acta del Registro Civil, mientras no sean invalidadas con arreglo a Derecho, lo cual es conforme con lo dispuesto en el artículo 53 del Código civil y 2 y 69 de la Ley del Registro Civil (2), siendo de destacar cuanto preceptúa este último respecto a que «la inscripción hace fe del acto del matrimonio y de la fecha, hora y lugar en que se contrae», por lo que aquella declaración de nulidad estaba proclamando una situación de «inexistencia» de tal matrimonio; la hija nacida en 23 de junio de 1945 de las relaciones habidas entre don... y doña..., fue concebida en tiempo en que, por ser aquél viudo y ésta no aparecer ligada por vínculo matrimonial válido, no había de existir impedimento al matrimonio de ambos; la Sala se atuvo a cuanto dispone el artículo 119 del Código civil, al atribuirle la condición de hija «natural», así reconocida por ambos padres en el acta de nacimiento, sin que, por tanto, lo aplicara indebidamente, como se acusa en el primer motivo del recurso, y como tampoco puede decirse cometiere igual infracción, en relación a la Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938, al atenerse a lo declarado por un auto dictado por distinto órgano jurisdiccional, en acatamiento a lo dispuesto por dicha Orden, ni que por ello violase lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil, cuando del contenido de la referida nota marginal aparece se dictó con arreglo a lo dispuesto en la misma y artículo 1.º de la Orden ministerial de 12 de agosto anterior, al hacerse constar expresamente que «el matrimonio a que se refiere el acta, se efectuó con sujeción a normas dictadas por el Gobierno rojo,*

(2) Así, en el original de la sentencia. Algún anotador—véase en *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1972, pág. 998—añade por su cuenta «de 18 de junio de 1870».

con posterioridad al 18 de julio de 1936», y a cuyos efectos había de atenderse, aunque por disposiciones posteriores (3) se dejase sin efecto, pues no habían de tener efecto retroactivo, *hace decaiga dicho primer motivo del recurso; pues tampoco, y como al final de su argumentación se agrega, no se interpretó erróneamente el artículo 327 del Código civil, al no dar por probado un matrimonio cuya acta estaba declarada nula, ni puede decirse violase las resoluciones de la Dirección General de los Registros que se citan, puesto que las mismas no constituyen doctrina legal.*

Considerando que *igual suerte adversa ha de corresponder a los dos últimos motivos del recurso, pues al acusarse, en el primero de ellos, la aplicación indebida del artículo 69 del Código civil, y en el siguiente, igual concepto de infracción de los artículos 108 y 113 del propio Cuerpo legal, no se combate sino, respectivamente, los considerandos tercero, no el segundo, como por error se dice en el recurso, y cuarto de la recurrida sentencia, sin repercusión en el fallo, al argumentarse en los mismos a mayor abundamiento, y presuponiendo situaciones jurídicas desde las que también pudiera contemplarse el supuesto de autos, que conduciría a igual conclusión que la que dejó sentada en los considerandos primero y segundo, determinantes de aquel fallo.*

Considerando que *la desestimación del recurso comporta la imposición de costas al recurrente, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.748 de la ley procesal civil.*

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto.

NOTAS CRÍTICAS.—1. *Ideas previas.*—Parece ya cosa admitida entre nosotros el que la presentación de los hechos que dan origen a un litigio sea cosa tanto o más importante que la transcripción de los considerandos de la sentencia que pone fin al mismo. Así, por todos, DÍEZ PICAZO (4) hace ya más de diez años proponía una depuración *doctrinal* de lo que usualmente se entiende por jurisprudencia y censuraba el hábito de repertorios y revistas jurídicas de transcribir fielmente únicamente los considerandos, lo que significa «amputar a la sentencia lo más sustancial que hay en ella» y contribuye a «hacerla todavía más ininteligible». Sin embargo, y esto sentado, no creo que las palabras y metas propuestas por dicho profesor hayan tenido el eco y aplicación práctica que indudablemente merecen. Basta repasar una y otra vez tanto repertorios como revistas especializadas, y no digamos los tratados, para ver que seguimos en España como siempre, con notables excepciones, cual la de esta misma Revista y la de algún autor aislado, como PUIG BRUTAU.

Viene toda esta introducción a cuento de que es precisamente en las sentencias de Derecho de familia donde más se nota esta peculiaridad denunciada por el profesor DÍEZ PICAZO, y donde la transcripción de los *hechos* es de esencia a todo lo que viene después. Le llena a uno de asombro la exposición sucinta—lo sucinto no equivale a lo verdadero—de las sentencias de Derecho de familia que hacen anotadores y tratadistas: cuando resulta que uno tiene en las manos el original de la sentencia piensa si se tratará de otra cosa o si viene de otro planeta. Quizá el influjo de la práctica, la tan cacareada *deformación profesional* del ejercicio en una Notaría rural y, a la par, turística, haya determinado que me autoimponga la observancia a rajatabla de una atenta y cuidadosa exposición *meditada* de los antecedentes y del supuesto de hecho del litigio. Que ello supone un inevitable

(3) Así, en el original de la sentencia. No obstante, también aquí hay anotadores que añaden por su cuenta Véase en ADC, XXVI-2, 1973, pág. 693.

(4) Véanse *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Tecnos, Madrid, 1.ª ed., 1966, págs. 34 y 38 y siguientes.

retraso en el comentario es cierto, pero es siempre preferible a una publicación rápida y al día que olvida factores esenciales del pleito.

2. *Distintos previos.*—Conforme a la postura trazada, vengo a distinguir tres aspectos: la realidad social subyacente a los hechos que originan el litigio, la normativa objeto de aplicación y la valoración jurídica de tal normativa en el presente caso.

A) *La realidad social subyacente.*—Antes dijimos lo importante que era la exposición de los antecedentes de hecho en las sentencias atinentes al Derecho de familia. Una demostración obvia de lo dicho es la del pleito presente. Si importante era, mucho más lo es cuando se trata de relaciones matrimoniales, y todavía más cuando concurren—superpuestas cual planos sucesivos—una serie de legislaciones inspiradas en principios diversos y de origen y antecedentes varios. Pensemos que en este litigio ha habido una confluencia de normas diversas: artículo 22, 2.º, del Fuero de los Españoles [ley fundamental, al decir de LALAGUNA (5)]; artículos 327, 119 y 4 del Código civil; artículos 2 y 69 de la Ley del Registro Civil; Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938; Orden ministerial de 12 de agosto de 1938; Orden ministerial de 8 de marzo de 1939; Reglamento del Registro Civil en su disposición transitoria 11.ª, y otras varias también de aplicación.

Con ser trascendente esta superposición de legislaciones al caso decidido, lo es más el meollo del mismo: la eficacia o no de un matrimonio civil contraído en 1937 en la zona roja, y la ineficacia o no de la nota marginal de nulidad practicada en base al texto de la Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938. Y así expuesta la cuestión, no puedo menos de sorprenderme de las afirmaciones de algunos comentaristas a esta sentencia (6), que tras decir que «toda la cuestión se centra sobre la posible nulidad de este último matrimonio»—el de 1937—, añaden que «el Registro Civil proclamaba en 1945 la existencia del matrimonio discutido» (7). Afirmación que en absoluto es coincidente con la exposición de hechos del pleito, como podrá ver el buen lector que hasta aquí me siga, ya que si hay algo claro es que tras el expediente judicial de 1941, el Registro proclama la nulidad del matrimonio civil de 1937 en base a la nota marginal entonces practicada. Esto es esencial y no puede ni debe desvirtuarse.

Pero no es esto todo. Este punto fundamental nos lleva a connotaciones sociológicas muy importantes. Es claro que en una idílica sociedad, sin maldad, ni guerras, ni injusticias, utópica y ucrónica, sobra el Derecho. Es claro que entre lo posible y lo deseable hay una amplia gama de supuestos. Es menos claro si producida una guerra civil, las consecuencias de ésta deberán ser repartidas de manera diversa entre los afectados por ella. Es todavía mucho menos claro que los actos jurídicos celebrados en una u otra zona de guerra deban tener o no validez y eficacia siempre y en todo caso, deban anularse para siempre o quepa luego revisar situaciones con o sin efectos retroactivos. Y como todo está por aclarar, creo oportuno recordar aquí que una cosa es el *Derecho* y otra *lo justo*, sin perjuicio de reconducir la idea de lo justo al *suum cuique tribuere* (8).

Estas implicaciones sociológicas me llevan al tema subyacente del pleito, o sea, al influjo que en numerosas vidas haya podido tener la guerra civil y a las consecuencias de todo tipo de haber habitado en la denominada «zona roja», máxime si en ella se contrajo matrimonio civil. Es éste un tema humano importante y al que se han dedicado una serie de estudios

(5) Véase «Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el orden jurídico español», RDP, junio 1972, págs. 485 y sigs., especialmente la 495.

(6) Véase ADC, XXVI-2, 1973, cit., pág. 694.

(7) El subrayado es mío.

(8) Véase ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE: *Los principios clásicos del Derecho*, Unión Editorial, Sociedad Anónima, Madrid, 1975, págs. 17, 43 y sigs., y 213 y sigs.

por los autores (9), si bien siempre enfocando aspectos parciales del tema y sin proceder a un detenido y amplio estudio de toda la problemática general implícita en el mismo. Ello supone que ante un caso *real*, nacido de la vida diaria y de su riqueza de matices humanos, el juzgador tiende, por lo general, a simplificar y a buscar la interpretación *más razonable* y adecuada a la equidad, sin pararse a entrar en la complejidad de los problemas jurídicos con el litigio relacionados. Uno va echando de menos una aportación de la doctrina que abarque sin limitaciones toda la problemática de los matrimonios civiles contraídos en zona roja, porque—dada la edad de los afectados por tales situaciones—lo normal es que a partir de ahora puedan llegarnos litigios relacionados con estas situaciones vitales, humanas. Y nos encontramos con muchas disposiciones aplicables, cual en el caso de autos, pero sin ninguna idea directriz clara.

Por la sucesión de las *fechas*, que en el presente caso es esencial y no puede eliminarse, la realidad ha ido tejiendo una red de implicaciones a los interesados, que la normativa legal—densa y compleja, por lo abigarrada—no es capaz de resolver. De ahí que, ante el caso presente, haya que reducir al máximo el esquematismo, como hizo el Magistrado ponente, y buscar un punto de partida para el razonamiento: tal punto de partida lo constituye el matrimonio civil contraído en 1937. Para mí, la real problemática del litigio radica en los puntos siguientes: 1) el matrimonio civil contraído en 1937 y la nota marginal de nulidad practicada en 1941; 2) el nacimiento de la niña en 1945, cuando la madre no aparece «casada» en el Registro Civil, y el carácter de natural «presunta» de tal hija; 3) la anulación (sic) de oficio ordenada por la disposición transitoria 11.ª del Reglamento de la Ley del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958; 4) las certificaciones del Registro Civil y su valor; 5) la validez y eficacia del matrimonio canónico contraído en 1969; 6) la aplicación del artículo 69 del Código civil por analogía y la extensión de la buena fe.

De toda esta real problemática que subyace en el litigio anotado, no toda es esencial. Para mí, bastan los puntos 1 y 2 para llegar a una solución justa del caso debatido. Al menos, dada la presentación de antecedentes y la manera de accionar el demandante y recurrente. Y eso es quizá lo que ha movido al ponente, tras la larga exposición del considerando primero, que le sienta la fundamentación de la decisión.

La riqueza de matices humanos que adorna el supuesto podría llevarnos a puntos más alejados. Pensemos que el hijo demandante había tenido desde 1945 tiempo sobrado para procurar la impugnación de la declaración como «natural» de la hija habida por su padre en estado de viudo en dicho año: ¿hasta qué punto esa dilación o no ejercicio de su derecho durante tanto tiempo, y su repentino interés en 1969 tras la muerte del padre, no es contrario a la buena fe o viene a ser un abuso de su derecho de impugnar? El enlace con la idea germánica de la *verwirkung* podría estudiarse en este caso (10).

B) *La normativa aplicable.*—Hablabamos antes de la confluencia en el presente litigio de normas de origen y tipos diversos. Ahora bien, dada la descomposición en fases o puntos antes efectuada, parece preferible ir desligando cada problema del subsiguiente y a cada uno tratar de aplicar la norma más adecuada. Entonces, y siguiendo el mismo orden en la exposición de los puntos conflictivos, diremos:

1.º En cuanto al *matrimonio civil de 1937 y la nota marginal de nulidad*

(9) Véase CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 9ª ed., Madrid, 1976 (revisada por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ), y la bibliografía citada en págs. 127 (nota 1). 859 (nota 3) y 865 (nota 2).

(10) Véase BOEHMER: *El Derecho a través de la Jurisprudencia Su aplicación y creación*, Bosch, 1959, págs. 243 y sigs., y las *Notas* al mismo de PUTIG BRUTAU en págs. 279 y sigs., especialmente las 282 y 286; DÍEZ-PICAZO: *La doctrina de los propios actos*, Bosch, 1963, 1.ª ed., págs. 93 y siguientes; DE LOS MOZOS: *El principio de la buena fe*, Bosch, 1965, pág. 207.

de 1941: tal nota marginal se había practicado en base a lo dispuesto en las Ordenes ministeriales de 12 de agosto y 22 de septiembre de 1938. Estas son, por tanto, las disposiciones a analizar.

La *Orden ministerial de 12 de agosto de 1938* (11) dispone en su *preámbulo* que «las arbitrariedades, ilegalidades y anomalías perpetradas por el separatismo y el marxismo en los Registros Civiles... exigen apremiantes medidas de ordenamiento, lo mismo en cuanto afecta a la validez esencial de los asientos que a las formalidades reglamentarias exigidas para su garantía civil»... En su artículo 1.º dispone: «Se considerarán nulas: a) las inscripciones practicadas con sujeción a normas dictadas por el Gobierno rojo, con posterioridad al 18 de julio de 1936; b) las inscripciones autorizadas por funcionarios distintos de los que determina la legislación del Registro Civil anterior a la misma fecha.» Y en su artículo 8 dice: «La nulidad de los asientos, cuando proceda, según lo dispuesto, se hará constar por nota marginal, que hará referencia a la presente Orden.»

La *Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938* (12), por su parte, en el *preámbulo* dice: «La Orden ministerial de 12 de agosto próximo pasado fijó normas en su artículo 7 para la subsanación de los asientos del Registro Civil declarados nulos en virtud del artículo 1.º de dicha disposición. Como *aclaración y ampliación de esas normas*... Pero hay que señalar una *excepción* para las inscripciones de matrimonio. En efecto, lo mismo los nacimientos que las defunciones son hechos reales independientes de la formalidad registral y, por tanto, inscribibles por sí mismos, siendo constantes las condiciones esenciales de la inscripción, sea cualquiera la legislación que se haya aplicado y la forma en que aquélla se haya practicado. No ocurre lo mismo con las inscripciones de matrimonio, pues la celebración de éste constituye un acto jurídico *subordinado* al ordenamiento que lo autoriza, quedando la voluntad, en consecuencia, sujeta al imperio de una ley que puede ser, y lo ha sido en los casos regulados, opuesta a la constitución del nuevo Estado y a la organización tradicional de la familia española» (13). Y en su artículo 2 dispone que «las inscripciones practicadas a consecuencia de *hechos conceptuados como matrimonios civiles* contraídos durante la dominación roja, con arreglo a disposiciones *distintas* a las vigentes, antes del 18 de julio de 1936, y comprendidas en el artículo 1.º de la Orden ministerial de 12 de agosto citada, se considerarán nulas, debiendo anotarse marginalmente en las actas esta nulidad, y *solamente* podrán practicarse *otras* referentes a las mismas personas *si contraen matrimonio* con sujeción a las normas legales *actualmente en vigor*» (14).

En una primera perspectiva de aproximación a estas Ordenes ministeriales dictadas *durante* la misma guerra civil, lo más llamativo es, sin duda, el lenguaje empleado por el legislador. Sin entrar de lleno en un intento de entender este lenguaje, creo preferible remitirme al sugestivo estudio de LUIS PASTOR RIDRUEJO (15).

En una segunda perspectiva, ya en orden al litigio examinado, es posible que la señora demandada tuviera fortuna en 1941, encontrando una benévola interpretación de los supuestos comprendidos en los apartados a) y b) del artículo 1.º de la Orden ministerial de 12 de agosto de 1938, y que se considerase su caso como comprendido dentro de tales supuestos genéricos. Esto es solamente intuible de cuanto expone el actor y recurrente como «crasa ilegalidad», ya que precisamente la Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938 *excluye* a los matrimonios civiles en zona roja contraídos, con arreglo a disposiciones *distintas* a las vigentes, antes del 18 de julio

(11) Véase en ARANZADI: *Repertorio de Legislación*, 1938, núm. 891

(12) Véase en ARANZADI: *Repertorio de Legislación*, 1938, núm. 1 059

(13) El subrayado es mío.

(14) El subrayado es mío.

(15) Véase «Semántica jurídica e interpretación», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor don Federico de Castro*, tomo II, págs. 427 y sigs.

de 1936; pero repito que todo ello no aparece de los hechos relatados por el ponente y se deduce de las alegaciones del recurrente. Habría que ver, en todo caso, la tramitación del referido expediente de 1941. En cualquier caso, lo que es obvio es que en el Registro Civil aparece *ya desde 1941* como «no casada» la señora demandada, y ello en base a los pertinentes preceptos de la legislación del Registro Civil entonces vigente, o sea, la Ley de 18 de junio de 1870.

2.º En cuanto al *nacimiento de una niña en 1945 de madre* que en el Registro Civil aparece como «no casada» y de padre viudo: la aplicación al caso del artículo 119 del Código civil se nos presenta con claridad. El carácter de hija natural «presunta», a que la sentencia de la Sala recurrida alude, quizá sea discutible en plano teórico, pero de un examen atento de la realidad y de los antecedentes del caso lo menos que puede deducirse es una situación de la madre como de «cuasi-soltera»: la presunción es probablemente más de tipo humano que estrictamente legal, pero razonable y dentro de lo que en un orden natural de las cosas debe impulsar a decidir al juzgador.

Sentados los hechos de la nulidad del matrimonio civil de 1937 y del nacimiento en 1945 de una niña como presuntamente natural, es claro que la razón de ser de la impugnación del demandante no tiene ninguna base objetiva y real y no puede prosperar. Esta es la última razón de ser de la sentencia, basada en una situación de hecho que se aproxima a una procreación de un hijo por padres ambos libres según el Registro Civil.

3.º En cuanto a la *anulación de oficio de la disposición transitoria 11.ª del Reglamento de la Ley de Registro Civil de 14 de noviembre de 1958*: al referirse a «anulación» parece aplicable el artículo 4 del Código civil, como sancionador de todos los tipos de actos contrarios a la ley. Sin embargo, conviene matizar un tanto y tratar de ver la cuestión algo más centrada. En efecto, dispone la *disposición transitoria 11.ª de dicho Reglamento de 1958* lo que sigue: «Quedan anuladas, debiendo cancelarse de oficio, las notas marginales de nulidad, y en cuanto afecten a hechos y circunstancias objeto del Registro, las tachaduras ordenadas por las Ordenes de 12 de agosto y 22 de septiembre de 1938 y 8 de marzo de 1939 sobre asientos en zona roja, los que estarán sujetos a las restantes Leyes, Decretos u Ordenes, sin perjuicio...»

La referencia a la *Orden ministerial de 8 de marzo de 1939* hace que sea conveniente una mera alusión a ella. Establece en su *preámbulo* que «los desafueros y tropelías perpetrados por los rojos en los Registros Civiles han culminado en un grave estrago dentro de las regiones recientemente liberadas, en proporciones que reclaman medidas inaplazables, que sirvan de complemento a las ya dictadas por este Ministerio. Aun no aceptando la conveniencia de anular todas las actas del Registro Civil, extendidas de conformidad con disposiciones *posteriores* al día del Alzamiento Nacional, porque tal ordenación produciría una considerable perturbación en el aspecto familiar, *es preciso declarar que no puede consentirse*: 1.º, que el *matrimonio*, generador de la familia y de derechos que son la base de la sociedad, *sea sancionado por personas u organizaciones de tipo político o sindical*, en suplantación de funciones que corresponden en todos los Estados civilizados a los Gobiernos legalmente constituidos, *ni que se induzca su existencia del hecho de la convivencia del hombre y de la mujer...*» (16). Por su parte, el artículo 2 de dicha Orden ministerial—dictada «como *ampliación* de las Ordenes de 12 de agosto y 22 de septiembre de 1938—dispuso que: «Se declaran nulas: A) Las actas extendidas a consecuencia de matrimonios *celebrados ante funcionarios distintos* de los que preceptúa la Ley del Registro Civil, según se declaró en la resolución del Servicio Nacional de los Registros y del Notariado del día 5 de noviembre

(16) Los subrayados son míos.

de 1938... D) Las producidas en virtud de matrimonios celebrados en los frentes de combate. Estas actas no pueden ser convalidadas gubernativamente... La anulación de las actas a que se hace referencia en todos los apartados de este artículo se entenderá siempre sin perjuicio de los derechos adquiridos por los hijos y por el cónyuge de buena fe si hubiesen sido originados por matrimonios contraídos con infracción del artículo 83 del Código civil.» Además, en su *artículo 10* dispuso que «la nulidad de inscripciones o anotaciones, cuando proceda, según lo dispuesto en esta Orden, se hará constar en las mismas por nota marginal que haga referencia a esta Orden, según preceptuó el artículo 8 de la Orden ministerial de este Ministerio de 12 de agosto de 1938 (17).

A la vista de esta Orden ministerial, cuya finalidad, lenguaje y estilo son bien similares a las Ordenes antes transcritas de 1938, combinada con la disposición transitoria 11.ª del Reglamento de 1958, nos encontramos ante una situación poco clara: de una parte, por imperio de las Ordenes ministeriales dictadas *durante* la misma guerra, se procede en 1941 a la nulidad de oficio del matrimonio de 1937; de otra parte, en 1958 se ordena la *anulación*, también de oficio, de las notas marginales de nulidad practicadas en base a las Ordenes ministeriales citadas. Y ante este doble efecto legal combinado, nos debemos preguntar si es que, en consecuencia, se produce una reviviscencia de los matrimonios declarados nulos. Esto es una cuestión trascendente en el caso del litigio. De otra manera expuesto, ¿habrá una *retroacción absoluta* de la anulación ordenada en 1958? Sin entrar ahora en qué tipo concreto de nulidad es esa denominada «anulación», y acudiendo a los principios generales en tema de *Derecho transitorio*, según el magisterio de don FEDERICO DE CASTRO (18), podemos aquí recordar que son formas típicas de retroacción *tácita* las disposiciones complementarias o ejecutivas, cual *los Reglamentos*, y también aquellas disposiciones que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme: en tal sentido, parece obvio y claro que el Reglamento de 1958 debiera tener una retroacción absoluta, por responder al tipo de disposiciones a que se alude como típicas. Sin embargo, no es tan claro cual aparece, ya que, por otra parte, y en cuanto afecta al ESTADO FAMILIAR, éste—nos dice DE CASTRO (19)—se regula por la legislación vigente en el momento en que sucede el hecho o acto que lo origina y ella señala los derechos y acciones que de él se derivan, y como ejemplo, perfectamente encajable en nuestro caso examinado, nos plantea el de un menor nacido *antes* de la publicación del Código, con derecho a ser reconocido por hijo natural, conforme a la legislación de Toro entonces vigente (sentencia de 9 de julio de 1896).

Así las cosas, se nos presenta nuestro caso en examen con una apariencia bifronte: de un lado, desde 1941, el matrimonio de 1937 se reputa a todos los efectos como *no válido* y con una nota marginal de nulidad, que perdura hasta 1958 (aquí cabría recordar que el marido contrayente fallece en 1950, lo que no deja de tener su importancia en el caso), y de otro lado, el Reglamento de 1958 aparece con carácter *retroactivo* en general, si bien con la *excepción* de lo atinente a los *estados familiares*. Parece, por tanto, que la situación de la mujer contrayente en 1937 de un matrimonio civil aparece clara en orden a su *libertad*, como desligada de todo vínculo conyugal. Esta consecuencia es muy importante, y de ahí que sea explicable la afirmación del Magistrado ponente, escueta, al decir en su extenso considerando primero—respecto a la nota marginal de nulidad de 1941—que «... aunque por disposiciones posteriores se dejase sin efecto, pues *no habían de tener efecto retroactivo*» (20).

(17) Véase dicha Orden en ARANZADI: *Repertorio de Legislación*, 1939, núm. 291.

(18) Véase *Derecho Civil de España. Parte General*, tomo I, Madrid, 1955, págs. 705 y 720 y siguientes.

(19) Véase *op. cit.*, págs. 737 y ss.

(20) El subrayado es mío.

4.º En cuanto a las *certificaciones del Registro Civil y su valor*: la aplicación al caso de los artículos 327 y 53 del Código civil y artículos correspondientes de la Ley del Registro Civil (2 y 69) y su Reglamento parece clara. Con la importante distinción de que depende de cuál sea el *momento exacto* de la vida de la mujer contrayente en 1937 de matrimonio civil, ya que en unos casos regirá la Ley de 18 de junio de 1870, y en otros, la nueva Ley de 8 de junio de 1957. En cualquier caso, y en orden al valor de las certificaciones del Registro Civil, me remito a los tratados sobre el Registro Civil (21).

5.º En cuanto a la *validez y eficacia del matrimonio canónico contraído en 1969*, ante el mismo cabe adoptar dos posiciones: una, de impugnación, y otra, de mantenimiento del mismo. La *primera* es la del demandante y recurrente, y la *segunda* es la seguida por el Magistrado ponente. La *primera* podría basarse, muy débilmente, en que contraído el matrimonio civil en 1937 por la demandada, anulada retroactivamente en 1958 la nota marginal de nulidad de 1941 y procediéndose a la inscripción *como canónico* del matrimonio de 1937 en la Curia Diocesana ya en 1969 (por parte de la actitud del demandante, diligente y rápido en sus actividades tras la muerte del padre), aparece dibujada una situación confusa que cabría enlazar con la bigamia (22); ahora bien, tal consecuencia es exclusivamente deducible de un planteamiento teórico muy superficial, y sin atenerse a la realidad escueta de los hechos y a la aplicación en cada momento histórico de la normativa a cada situación aplicable.

La *segunda posición*, adoptada por el Tribunal Supremo, es la adecuada, y no se llega a ella sino con un extremado rigor lógico, aunque el ponente la despache brevemente en su segundo considerando. Aun admitiendo la argucia del demandante de inscribir canónicamente el matrimonio de 1937, habría que recordar que el marido contrayente entonces ya falleció en 1950: sería mucho pedir que de tal plano teórico de conceptos se descienda al terreno de la realidad y se intente mantener un matrimonio en que uno de los contrayentes falleció en 1950. La cosa es clara: aunque en un plano teórico se mantuviese que el matrimonio de 1937 subsistía, ya *desde 1950*, la señora contrayente en 1937 era legalmente libre para contraer nuevo matrimonio. Luego si contrae matrimonio canónico en 1969 siendo ya *libre*, lo menos que cabe pedir es reconocer la situación de buena fe de ambos contrayentes de 1969.

El problema se centra, como es lógico, en la condición o no de «natural» de la niña engendrada en 1945: no lo será siempre que se mantenga que en dicho año la madre estaba legalmente casada y que tal situación persistía en 1969, en tanto no fuera desvirtuada. Repito que es éste un planteamiento exclusivamente teórico del recurrente. Ahora bien, admitido el planteamiento a efectos dialécticos, parece que la situación cabría parangonarla con aquella relativa a los hijos ilegítimos nacidos del matrimonio nulo, y así lo hace el profesor LALAGUNA (23), quien escribe que «parece un contrasentido admitir la condición de legitimidad de los hijos nacidos de matrimonio nulo, incluso en el supuesto de mala fe de ambos cónyuges, y negar el estado de hijo natural al nacido de la unión extramatrimonial entre personas que carecen de capacidad para contraer matrimonio», y añade más adelante que «el mismo principio general de Derecho que inspira el párrafo 3.º del artículo 69 debe conducir en el campo de las relaciones extramatrimoniales a borrar toda huella de discriminación en el *status* de los hijos ilegítimos».

En todo de acuerdo con este especialista de Derecho de familia, me

(21) Véase PERE RALUY: *Derecho del Registro Civil*, Madrid, 1962; Díez-PICAZO *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1.º, Tecnos, 1975, págs. 304 y sigs. En prensa este trabajo, anunciada la obra de LUCES Gil: *Derecho Registral Civil*.

(22) Véase CASTÁN, *op. cit.*, 1976, págs. 894 y sigs. y bibliografía citada allí.

(23) Véase *op. cit.*, pág. 528.

parece su postura progresiva y conforme con la equidad y la justicia. Esto nos lleva al último de los puntos conflictivos planteados.

6.º En cuanto a la *aplicación del artículo 69 del Código civil por analogía y la extensión de la buena fe*: los argumentos del recurrente, rechazando la aplicación por analogía del artículo 69 del Código civil, son técnicamente correctos. Sin embargo, aun admitiendo su defectuoso planteamiento teórico de considerar subsistente el vínculo civil de 1937, es dable reconocer en nuestro caso examinado una situación que tiene idéntica *causa* que la reguladora del artículo 69, como bien ha dicho LALAGUNA, y de ello a la aplicación extensiva de la buena fe no hay más que un paso.

Por tanto, la condición de la niña engendrada en 1945, que era la de natural, por el subsiguiente matrimonio de sus progenitores queda en *legitimada* por subsiguiente matrimonio a todos los efectos legales.

C) *La valoración jurídica de la normativa aplicable al caso*.—Vimos ya la confluencia de disposiciones varias al caso presente, lo que en buena lógica implica una distinta valoración jurídica de las mismas.

Ahora bien, si el material normativo se inscribe dentro de y con arreglo a un conjunto de creencias, convicciones, sentimientos y prejuicios, como muy bien ha apuntado el profesor DÍEZ PICAZO (24), es obvio concluir de ello que el origen de cada norma determinará, en principio, la valoración adecuada. Así, las normas del Código civil aplicables al caso—los artículos 119, 69, 4 y 327—deberán ser analizadas en su contexto respectivo, para lo cual me remito a los tratados respectivos de Derecho civil. Por su parte, las normas de la Ley y Reglamento del Registro Civil, siempre en función de un hecho inscribible, deberán ser analizadas como formando parte de ese gran apartado del Derecho privado que es el Derecho denominado ya «registral civil», y a los tratadistas del mismo me remito. Finalmente, ya sólo nos quedan aquellas normas de tipo más bien reglamentario o administrativo, que es el grupo formado por las Ordenes ministeriales de 12 de agosto y 22 de septiembre de 1938 y 8 de marzo de 1939, en cuyo análisis cabría entrar, pero ello nos llevaría demasiado lejos; aunque su aspecto sociológico y lógico-lingüístico son prometedores, por una elemental norma de ética no cabe pasar a su estudio, ya que al haberse procedido a su anulación por la disposición transitoria 11.ª del Reglamento del Registro Civil no tendría sentido que nos detengamos en tal análisis.

De esta manera sucinta cada grupo normativo aplicable al litigio analizado ha sido examinado. Sólo nos resta precisar cuál de todos ellos ha sido tenido en cuenta de manera especial por el juzgador como *base* de su decisión. Parece que, en principio, el Tribunal Supremo ha tomado en cuenta los artículos 327 y 119 del Código civil, y que sienta como *presupuestos* de su decisión los siguientes: uno, que el Registro Civil, mediante la declaración de la nota marginal de nulidad de 1941, proclamaba una situación de *inexistencia* del matrimonio de 1937, y otro, que la niña nacida en 1945, concebida en un tiempo en que el padre es viudo y la madre no aparece ligada por vínculo matrimonial válido, tiene la condición de «natural».

Parece, por tanto, que en el caso examinado la *ratio decidendi* ha consistido en que la situación de ambos progenitores era de libertad en el momento de engendrar la niña, lo que lleva a la inevitable consecuencia de que ésta sea considerada como «natural». En definitiva, es el principio *favor filii* el que triunfa otra vez: o bien por razones de equidad, atendidos los antecedentes del caso, o bien porque el análisis teórico de los problemas dentro de cada fase histórica del litigio lleva al mismo fin.

3. *Recapitulación*.—Después de todo lo expuesto en páginas precedentes, cabe decir como *recapitulación*:

(24) Véase *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, pág. 190.

1.º Que la realidad social nos muestra aquí el influjo de la guerra civil en orden a los matrimonios civiles contraídos en zona roja.

2.º Que los elementos fácticos trascendentes han sido en este caso dos: el matrimonio civil de 1937 y el nacimiento de la niña en 1945.

3.º Que en el supuesto del litigio se ha dado una confluencia normativa con superposición de diferentes legislaciones y retroacción de normas reglamentarias.

4.º Que la disposición transitoria 11.ª del Reglamento del Registro Civil de 1958, al proceder a la anulación de oficio de las Ordenes ministeriales de 1938 y 1939, plantea el tema de su posible retroactividad absoluta, de la que habrá que exceptuar lo tocante al estado familiar.

5.º Que es dable y postulable en forma genérica la extensión del principio general del párrafo 3.º del artículo 69 del Código civil a las relaciones extramatrimoniales, como bien ha dicho LALAGUNA.

6.º Que la valoración jurídica de cada norma implicada en el litigio no puede sino ir dependiente del respectivo origen de cada una, con remisión a los tratadistas en cada caso.

7.º Que los presupuestos de la decisión del juzgador han consistido en la *inexistencia* del matrimonio de 1937 y en la condición de *libertad* de los padres al procrear a la niña en 1945.

4. *Resumen final.*—A la vista de lo expuesto, cabe concluir:

1.º Falta una aportación doctrinal completa en tema de matrimonios civiles contraídos en zona roja.

2.º Los elementos fácticos han sido decisivos en el litigio analizado.

3.º La *ratio decidendi* consiste aquí en que los padres al engendrar gozaban de una situación personal de libertad civil, lo que se traduce en que la hija habida debe ser reputada como «natural».

4.º La sentencia del Tribunal Supremo se inscribe en una línea *interpretativa* de los preceptos legales (al decir de DÍEZ PICAZO).

5.º Debe acogerse la idea de LALAGUNA de la posible extensión del principio general del artículo 69, 3.º, del Código civil.

J. C. G.

0

V. SUCESIONES

NULIDAD DE TESTAMENTO.—DOLO.—*Artículos 1.269, 1.275 y 673 del Código civil* (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Doña A. G. S. murió el 14 de septiembre de 1971 en estado de viuda, a la edad de noventa y un años, bajo testamento notarial abierto otorgado el 15 de noviembre de 1966, en el que, revocando otro anterior, instituye herederas a sus dos únicas hijas, mejorando a una de ellas con cargo al tercio de este nombre y al de libre disposición, en la forma resultante de la partición efectuada en el mismo testamento.

Aduciendo posibles indicios, tales como que la testadora carecía de ilustración, su carácter retraído, que padecía sordera y se encontraba semiparalítica desde 1962, que los testigos no conocían realmente a la testadora y, sobre todo, centrando la cuestión en que la hija mejorada usó de dolo o fraude en la captación de la voluntad de la testadora, con la que convivía y cuyos bienes administraba, la hija no mejorada demanda a su hermana favorecida ampliamente en el testamento materno, pidiendo que se declare: 1.º La nulidad del testamento por haber existido dolo causante grave

empleado por la demandada, que debe quedar por ello totalmente privada de su derecho a la herencia. 2.º La nulidad de dicho testamento por no haberse observado las formalidades establecidas en los artículos 685 y 686 en relación con el artículo 687 del Código civil. 3.º El complemento de la legítima estricta a favor de la actora por cuantía de 1.555.665 pesetas. Todo ello, aunque no se dice expresamente, en forma alternativa o subsidiaria.

La demandada aduce que no hubo error en la partición; niega que la testadora careciera de ilustración o fuese retraída, pues era normal a sus años; se cubre con la afirmación de los testigos de conocer a la testadora, contenida en el testamento, sin que tal afirmación haya sido desvirtuada, y sostiene rotundamente que no hubo dolo ni captación de voluntad, antes bien, la voluntad espontánea y libre de la testadora se manifiesta claramente en la cláusula quinta del testamento, según la cual «consciente de que en esta partición de bienes sale mejorada su hija doña T., quiere la testadora que la diferencia existente entre el importe de su haber y el valor de los bienes adjudicados se considere incluido en el tercio de libre disposición de su herencia, y si tal tercio fuese insuficiente, con cargo también al tercio de mejora de su misma herencia, a cuyo efecto lega y mejora a su mencionada hija en tales excesos.»

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid estimó parcialmente el tercero de los pedimentos de la demanda y reconoció el derecho de la actora a recibir el suplemento de su legítima estricta en la suma de 218.565 pesetas. Apelada esta sentencia por la demandante, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid desestimó la apelación. Interpuesto recurso por la actora, de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al mismo conforme a las siguientes consideraciones:

Que en el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia un supuesto error de Derecho en la apreciación de la prueba, estimándose que «el fallo recurrido no ha aplicado debidamente los artículos 1.269, 1.275 y 673 del Código civil», y que no se ajustó «a las normas de los artículos 1.218-2.º, 1.225, 1.232, 1.243, 1.248 y 1.253, también del Código civil», en relación con los 632 y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en defensa de la procedencia de tal motivo se alega: a) Que «se han apreciado erróneamente los hechos probados en autos que la parte demandante adujo como generadores del dolo en que se fundaba la petición de nulidad del testamento». b) Que «se ha apreciado erróneamente la eficacia probatoria de los hechos derivados de la confesión judicial de la demandada, pericial, testifical, documental y presunciones, al no ajustarse a las normas de los artículos» citados en segundo lugar. c) Que la apreciación de los hechos es errónea, pues de ellos debía deducirse—a su juicio—que el testamento impugnado no representa la voluntad consciente de la testadora y que ésta actuó engañada y sin darse cuenta de lo que hacía o firmaba. d) Que la sentencia que se combate obtiene de los hechos alegados unas presunciones puramente subjetivas. e) Que la conducta de la demandada no es correcta. f) Que no es necesaria la prueba directa para poderse afirmar la existencia del dolo, según la jurisprudencia.

Que el motivo no puede prosperar porque adolece de múltiples defectos de forma y de fondo que lo hacen totalmente inviable: en primer lugar, porque invoca la aplicación indebida de los artículos 1.269, relativo al dolo; 1.273, referente al objeto de los contratos, y 673, que hace relación a la nulidad de los testamentos otorgados con violencia, dolo o fraude, cuando precisamente la sentencia no los aplica por no haber apreciado los supuestos de hecho necesarios para su aplicación; en segundo lugar, porque tales artículos no contienen normas valorativas de prueba que vinculen al juzga-

dor en determinado sitio y, por tanto, no pueden invocarse como demostrativos de un error de Derecho en la apreciación de la prueba; en tercer lugar, porque aunque en el motivo se invocan algunos artículos que contienen normas de aquella clase—artículos 1.218-2.º, 1.225, 2.232, por ejemplo—, sin embargo, no se indica el concepto en qué se suponen infringidos, ni se explica la manera en qué ha podido cometerse su infracción; en cuarto lugar, porque la invocación del artículo 1.243 del Código civil en un recurso de casación carece de sentido, pues tal norma se limita a hacer referencia al valor que a la prueba de Peritos haya de dar la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo artículo 632 se proclama que los Tribunales no están obligados a sujetarse al dictamen de los Peritos; en quinto lugar, porque el artículo 659 de la ley procesal se concreta a determinar que los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba testifical conforme a las reglas de la sana crítica, y el 1.248 del Código contiene una norma simplemente admonitiva y no vinculante para los juzgadores de Instancia, y en sexto lugar, porque la infracción del artículo 1.253 del Código civil no puede denunciarse por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Que en el motivo segundo, formulado al amparo del párrafo 1.º del citado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación de los artículos 1.269, 1.275 y 673 del Código civil—que en el anterior motivo había denunciado por *no haber sido aplicados debidamente*—, y para su defensa se alega: a) que las deducciones obtenidas por el juzgador de Instancia de los hechos probados han sido obtenidas con falta de lógica; b) que si se atiende al testamento de 1963, se comprueba que la intención de la testadora era no perjudicar a su hija, la demandante; c) que si se compara con el que se combate, se observan anomalías en la firma y más aún en la rúbrica de la testadora; d) que su sordera era casi total; e) que la tenían en completo aislamiento; f) que la conducta de la demandada era maliciosa; g) que todas estas circunstancias conducían a convencer que el testamento último no representaba la voluntad consciente de doña A. G.; h) que los testigos y la *vox populi* estiman que hubo dolo; i) que la posibilidad de que la otra hija influyera en su favor en la testadora la había también cuando se otorgó el testamento de 1963; j) que la rúbrica no se parece en nada a la de la aludida testadora y no se puede atribuir a la misma mano que manuscibió la firma, y k) que la afirmación del Notario de que tenía aquella plena capacidad no obliga a los Tribunales.

Que tampoco este motivo puede ser estimado por las siguientes razones: Primera. Porque al no prosperar el primero y no haberse logrado acreditar la realidad de los hechos de los cuales hubiera de deducirse la existencia de dolo en el otorgamiento del testamento que se impugna, resulta inoperante la invocación de los artículos que sancionan con la nulidad, la concurrencia del aludido dolo. Segunda. Porque, además, en este segundo motivo, la parte recurrente se dedica a hacer, a su modo, una crítica de la apreciación probatoria realizada por el juzgador, alegando ciertas circunstancias fácticas, que deberían ser invocadas por otro cauce legal, y pretendiendo obtener de ellas consecuencias diferentes a las extraídas por dicho juzgador de Instancia. Tercera. Porque varias de esas circunstancias, además de no haber sido justificadas, son incompatibles a los fines del recurso, pues no se puede compaginar la afirmación de que la testadora fue engañada y firmó lo que no conocía, con la aseveración de que la rúbrica estampada en el testamento impugnado no es de su propia mano, como tampoco se compadece la invocación del dolo con la falta de capacidad de la testadora, que también se había alegado en la demanda. Cuarta. Porque en el mismo motivo amalgama las cuestiones referentes a la nulidad del testamento por dolo, con las relativas a la nulidad por falta de cumplimiento de las formalidades legales, que debían ser planteadas en motivos diferentes.

Que en el motivo tercero, la parte recurrente, con amparo también en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la «violación de los artículos 685, 686, 687 y 697 del Código civil y la *equivocada estimación jurídica de los hechos* en que se funda el fallo sobre el extremo... relativo a la nulidad del testamento por no haberse observado las formalidades legales establecidas en aquellos artículos», y manifiesta en defensa de tal motivo: a) que como la actora niega que los testigos conocieran a la testadora y, en cambio, la demandada sostiene que sí, desaparece la fuerza probatoria que pudiera tener la manifestación del Notario y corresponde la prueba de tal conocimiento a la propia demandada; b) que del hecho de que dos de los testigos vivan cerca de la casa de la testadora no es lógico deducir, como hace la sentencia, que podían conocerla; c) que como dicha testadora padecía—según la recurrente—una intensa sordera, había que cumplir las formalidades que se exigen para el supuesto de sordera total; d) que el Notario no conocía a la testadora ni dice nada de su sordera, y e) que como carecía de Documento Nacional de Identidad, ello engendraba la imposibilidad de identificar a la testadora y se trasladaba la carga de la prueba de su identidad a la demandada, que es quien sostiene la validez del testamento.

Que la compleja enunciación del motivo impone su desestimación, porque, amparándose en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se dedica a atacar la apreciación de la prueba hecha por los juzgadores de Instancia, contraviniendo lo taxativamente determinado en el párrafo 9.º del artículo 1.729 de dicha ley y jurisprudencia concordante; pero es que, además: a) muchas de las argumentaciones que se emplean en defensa de la procedencia del motivo no han sido justificadas en la oportuna vía procesal; b) algunas no guardan relación con el supuesto de autos, como ocurre con la alegada carencia de Documento Nacional de Identidad, que nada tiene que ver con la imposibilidad de identificación de la testadora, a que se refiere el artículo 686 invocado, que es, además, cuestión nueva; c) algunas otras son completamente intrascendentes a los fines del recurso, y d) el sugestivo problema referente a que cuando se impugna la afirmación del Notario de que los testigos manifiestan conocer a la testadora, ese conocimiento debe probarlo el que sostenga la validez del testamento, no cuenta con el asenso de la doctrina científica ni jurisprudencial.

Que el cuarto motivo del recurso, que se refiere a la última petición de las que, en forma excluyente, postula la actora en su demanda, relativa al complemento de su legítima, lo formula la recurrente, «al amparo de los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando *infracción por violación*, dada su inaplicación, del artículo 818 del Código civil, y por aplicación indebida del artículo 808 del propio Cuerpo legal, ... y *error de Derecho en la apreciación de los informes periciales* sobre la valoración de los bienes dejados por la testadora, y *error de hecho* derivado de los documentos bancarios traídos en período probatorio, cuya suma de las partidas incluidas es errónea, agregando en el desarrollo del motivo que se han infringido por inaplicación los números 1.071, 1.074 y 1.077 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.»

Que la formulación de este motivo adolece de tales deficiencias procesales, que hacen inexcusable su desestimación, pues, con olvido de las reglas formales que le impone en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y cuya omisión se sanciona en el 1.729 de ella, ampara un mismo motivo, simultáneamente, en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692, y aún amalgama en él la invocación, también simultánea, del error de hecho y de Derecho, y por si ello fuera poco, no concreta cuáles son los documentos auténticos que podrían evidenciar aquél, ni cuáles las normas valorativas de prueba que supone vulneradas, ni el concepto en que lo han sido, atribuyendo, además, a la prueba pericial el valor vinculante que le niega

el artículo 632 de la meritada ley procesal; defectos todos ellos tan esenciales, que ya no permiten entrar a examinar las cuestiones que en el motivo se plantean (sentencias de 7 de octubre de 1929, 30 de junio de 1954, 10 de abril de 1963, 30 de junio y 13 de diciembre de 1975 y 7 de julio y 24 de noviembre de 1966, entre otras muchas que podrían citarse).

COMENTARIO.—Interesa no pasar por alto el sugestivo problema—así calificado por el propio Tribunal Supremo—de que cuando se impugna la afirmación del Notario de que los testigos manifiestan conocer al testador, ese conocimiento o desconocimiento precisa ser probado. Y se pregunta sobre quién recae la carga de la prueba, si corresponde probar ese conocimiento (hecho positivo) a quien mantiene la validez del testamento por esa causa o si, por el contrario, debe probar la falta de conocimiento (hecho negativo) la parte que pretende se declare la nulidad del testamento por esta razón. Aunque la regla general es que corresponde la prueba de los hechos a quien afirma su existencia, esta regla no es absoluta y, desde luego, la misma no puede jugar cuando por la intervención de la Autoridad, sus agentes o un funcionario público se establece implícitamente una presunción de veracidad a favor de tales autoridades, agentes o funcionarios (v. gr.: presunción de veracidad a favor del agente denunciante en las multas de tráfico). Por eso no es de extrañar que, a renglón seguido, manifieste el Tribunal Supremo que la tesis según la cual en los casos dudosos o litigiosos el conocimiento afirmado por los testigos del testador deba probarlo el que sostenga la validez del testamento, *no cuenta con el asenso de la doctrina científica ni jurisprudencial*. En efecto, nos encontramos aquí con una manifestación de un particular (ya que no admito que el testigo participe del ejercicio de una función pública ni cuasi-pública)—el testigo—hecha en escritura pública, que de no ser cierta o de no corresponder a la realidad implicaría falsedad en documento público. Luego sería ilógico que se partiese del principio de que tal manifestación es falsa, como vendría a resultar si la carga de la prueba correspondiese a quien afirmase la certeza de tal conocimiento, es decir, lo mismo que afirmó el testigo. Téngase en cuenta que no se trata de algo afirmado directamente por el Notario y, como tal, amparado por la fe pública notarial, sino de que el Notario da fe de la manifestación hecha por el testigo y bajo su responsabilidad de afirmar que conoce al testador. Lo que sucede es que ante las dificultades de la vida moderna, se está manteniendo artificialmente la exigencia de un requisito—presencia de testigos en el testamento—que en los casos normales no añade garantía alguna al testamento y que, por lo mismo, debería haber sido ya suprimida desde que cesó su utilidad hace mucho tiempo. No puede menos de merecer una dura crítica el legislador cuando contemplamos tantas reformas legislativas de escasa utilidad y, en cambio, se descuidan los acuciantes problemas de la realidad. Y la cuestión es importante, porque la supresión de los testigos evitaría la incoación de muchos pleitos inútiles, de antemano condenados a fracasar, pero que perturban la tranquilidad de las familias y ocasionan gastos superfluos y hasta difícilmente soportables.

En otro orden de ideas, se roza aquí la también interesante cuestión de la posibilidad de una teoría unitaria del dolo. En realidad, no es que tal intento sea imposible, sino que del mismo no parece que puedan derivarse consecuencias prácticas verdaderamente trascendentales. Quizá sea ésta y no otra la razón de que no se haya abordado seriamente el propósito por la doctrina, por tratarse de una construcción más bien teórica. Recordemos que en el Derecho romano no parece existiera un concepto unitario del dolo, lo que es concorde con el escaso interés que los juristas romanos demostraron por la abstracción, sino que el concepto del «dolo malo» se ofrece con una doble consideración: como supuesto de hecho del delito, equivalente a lo que en la moderna técnica llamaríamos intención, voluntad o actuación antijurídicas, y como conducta desleal o engañosa, tendente

a procurarse un lucro injustificado a costa de la otra parte que interviene en el negocio. Esta segunda acepción es de aparición más tardía que la primera, pues su nacimiento requiere que ya estén plenamente configuradas las relaciones patrimoniales, los derechos de crédito, el concepto de la *bona fides* contractual, y su elaboración es obra del Derecho pretorio. Mientras que la primera significación, mucho más antigua, se enlaza con la responsabilidad extracontractual derivada de cualquier hecho ilícito y su origen se remonta a las XII Tablas.

¿Es posible elaborar, desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo, una teoría unitaria del dolo? A pesar del diverso origen de esta figura, entiendo que no existe obstáculo insuperable para ello. El Código civil se refiere fundamentalmente al dolo en las obligaciones y contratos (actos bilaterales) y en los testamentos (actos unilaterales). Con referencia a los primeros hay un concepto más amplio y otro más restringido de dolo. El concepto lato se expresa en el artículo 1.107, que contrapone el deudor de buena fe al deudor doloso, esto es, de mala fe. Dolo equivale, pues, aquí a mala fe o, como concisa y magistralmente ha dicho el Tribunal Supremo, a voluntad deliberadamente rebelde en la ejecución o cumplimiento de lo convenido. El significado más estricto se recoge en el artículo 1.269, que lo define con reminiscencias romanas, insistiendo en el aspecto *activo* (palabras o maquinaciones), mientras que según el 1.107 es indiferente que la conducta sea de acción o de omisión. El dolo testamentario, recogido en el artículo 673, y al que también se refieren los artículos 674 y 756, números 6.º y 7.º, equivale a captación ilícita de voluntad. No es difícil encontrar como común denominador a todas las acepciones el término de «fraude» o «conducta desleal» dirigida a obtener un lucro indebido. Adviértase que el artículo 1.269 corresponde a la rúbrica del consentimiento contractual, por lo que es evidente, y así lo ha venido configurando la doctrina, que el dolo es, en cualquier caso, un vicio del consentimiento que afecta o lo padece una de las partes del negocio y es causado por la otra parte o por un tercero, que puede estar más o menos relacionado con alguna de las partes o beneficiario por la conducta dolosa. Y frente a esto no cabe argumentar que el único dolo que se tiene en cuenta en los contratos es el que proviene de la otra parte directamente, en primer lugar, porque el artículo 1.269 es un precepto simplemente definitorio, de alcance, por tanto, interpretativo y sujeto él mismo a interpretación, sin que sea imperativo ni limitativo en sus consecuencias y alcance, y en segundo lugar, porque los principios generales del Derecho, entre ellos los de buena fe, confianza provocada por la conducta ajena, actos propios, etc., vedan la interpretación favorable que quien empleó el dolo, que, a mayor abundamiento, quedaría libre de las consecuencias utilizando un testaferro. Una posible consecuencia de este modo de discurrir podría ser la ampliación del concepto de dolo, aplicable a cualquier esfera, para proteger la buena fe y salir al paso de las maniobras de quienes tienen el aparente poderío que proporciona la superior cultura, dinero o posición social.

SUCESION DEL HIJO ADOPTIVO.—NULIDAD DE LA ADOPCION.—PODER PARA ADOPTAR: EXTINCION.—CARACTER CONSTITUTIVO DE LA ESCRITURA PUBLICA.—Artículos 178, 179 (en su primera redacción) y 1.732 del Código civil (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1975).

La adopción ofrece un marcado carácter contractual *sui generis*. La escritura pública de adopción es la que contiene la voluntad vinculante de las partes, que hasta ella puede cambiar.

Hechos.—Los cónyuges don J. A. P. y doña I. P. P. otorgaron poder con fecha 4 de junio de 1950 a favor de varios Procuradores para que cualquiera de éstos pudiese representarlos y adoptar en su nombre a la niña P. G. M., que ya convivía con ellos, hija de padres desconocidos y acogida en el Hogar Provincial de Z., y a tal fin otorgasen la correspondiente escritura pública de adopción. Esta se aprobó por auto del Juzgado de Primera Instancia de Z. el 6 de junio de 1951, y el 11 de marzo de 1952 murió la poderdante doña I. P. P., otorgándose la escritura pública de adopción el 26 de abril de 1952 por la representación de la Excm. Diputación de Z. y uno de los Procuradores apoderados, en nombre de ambos cónyuges, pues no se había comunicado a ninguno de los apoderados la muerte de la poderdante, madre adoptante, ni tampoco había sido revocado el poder. En la escritura de adopción figuraba la institución de heredera a favor de la adoptada.

El viudo y padre adoptante, don J. A. P., contrajo segundas nupcias con doña M. P. G., demandada, apelada y recurrida en este pleito, y con fecha 5 de abril de 1963 protocolizó notarialmente el cuaderno de manifestación de bienes de la herencia de su primera esposa, adjudicándose, como único interesado en la sociedad conyugal y como único heredero de la misma, en virtud del testamento otorgado a su favor por su esposa premuerta el 28 de julio de 1942, todos los bienes relictos, los cuales, a continuación y en el mismo día, vendió en escritura pública a la hermana de su segunda esposa, doña D. P. G., asimismo demandada, apelada y recurrida en este litigio, por la suma de 39.060 pesetas, cantidad notoriamente inferior al valor real de los bienes.

El adoptante y vendedor, don J. A. P., que había sido citado a conciliación el 4 de mayo de 1968 por la adoptada, actora, apelante y recurrente en este asunto, murió el 14 de septiembre siguiente dejando consignada su última voluntad en testamento notarial abierto otorgado el 20 de junio de 1956 (por tanto, después de otorgada la escritura de adopción y de su segundo matrimonio), en cuya cláusula segunda dice que «con fecha 26 de abril de 1952, y mediante escritura ante el Notario de Z. don..., el testador y su difunta consorte, doña I. P. P., adoptaron a la niña P. G. M..., llamada hoy I. A. P.», y tras instituir en su legítima a su segunda esposa, dice en la cláusula cuarta que en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, instituye y nombra por su única y universal heredera a su hija adoptiva, I. A. P., en pleno y absoluto dominio, con sustitución a favor de sus descendientes para el caso de premorirle.

La hija adoptiva demanda a la segunda esposa de su padre adoptivo y a la hermana de ésta, compradora de los bienes de sus padres adoptivos, y solicita se declare:

1) Que la actora es hija adoptiva de los cónyuges don J. A. P. y doña I. P. P. y heredera de ambos, instituida tal en la escritura de adopción.

2) La nulidad del cuaderno de manifestación de herencia protocolizado, relativo a la herencia de su madre adoptiva, así como la nulidad de la subsecuente compraventa, ambas de fecha 5 de abril de 1963, por simulación de esta última, además, y la de las inscripciones registrales causadas.

3) Se le reconozca su carácter de heredera de su padre adoptivo.

Y las demás peticiones congruentes con las antedichas.

Las demandadas contestaron sustancialmente que al afirmar el Procurador don J. B.—que representó a ambos cónyuges en la adopción—que no le habían revocado los poderes incurre en un manifiesto error, pues la muerte de uno de los poderdantes hace ya de sí que se extinga el apoderamiento, y teniendo en cuenta que con anterioridad al otorgamiento de la escritura había fallecido uno de los poderdantes, concretamente, la esposa y cónyuge adoptante, tal poder carecía de toda efectividad, siendo nula la escritura de adopción, y que, además, la adoptada se había desinte-

resado de su padre enfermo, abandonando el hogar a los dieciocho años.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Valencia desestimó la demanda, sentencia confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia. La actora y apelante interpone recurso de casación por infracción de ley en base a los siguientes motivos:

Primer motivo.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida incide en aplicación indebida del párrafo 3.º del artículo 1.732 del Código civil. La sentencia recurrida desestima la demanda origen de estos autos por entender que cuando don J. B. (Procurador apoderado) acudió a la Notaría de Z. para otorgar la escritura de adopción había fallecido la adoptante y, por consiguiente, se había extinguido su mandato y su poder de representación. Al llegar a esta conclusión se aplica indebidamente el precepto legal citado. La aplicación de dicha norma tiene que partir de la consideración de la actuación de don J. B. como un mandatario provisto de un poder de representación para actuar en nombre de su mandante. Si así fuera, es claro que el precepto en cuestión habría sido rectamente aplicado. Mas no fue así. La actuación de don J. B. no fue una actuación de mandatario, ni una actuación representativa. Doña I. P. y su esposo, don J. A., manifestaron ante Notario, con fecha 4 de junio de 1950, su voluntad de adoptar a la menor P. G. M., y de adoptarla en las mismas condiciones que se encontraban ya fijadas en el expediente administrativo de la Diputación Provincial y en el expediente judicial del Juzgado de Primera Instancia. De este modo: a) La voluntad de adoptar se formó en el seno de las personas adoptantes y fue personalmente emitida por ellos ante Notario. b) La voluntad negocial, emitida personalmente por los adoptantes, cubría todo el contenido del negocio de adopción: persona adoptada y pactos o estipulaciones, pues expresamente se hacía referencia a lo ya aprobado por el Juzgado. Resulta evidente que en estos términos la actuación de don J. B. no se puede calificar como actuación de mandatario o de apoderado, pues se limitó en la escritura de 26 de abril de 1952 a ser portador de una voluntad ya formada y ya manifestada o emitida, que él no modificaba en ninguno de sus puntos. Una persona que actúa en estos términos no es nunca un mandatario o representante, sino lo que una extraordinariamente larga tradición jurídica denomina *nuncius*. No hay representación en la situación del nuncio, portavoz o mensajero, que actúa como mero instrumento de la voluntad ajena y emite la declaración ajena. El representante forma él, en todo o en parte, la voluntad negocial, en virtud de la autorización o legitimación que el *dominus negotii* le ha conferido. El *nuncius* se limita a ser un puro instrumento pasivo de transmisión. Por eso se comprende que así como la muerte del mandante puede suponer una decadencia o extinción del mandato y del poder de representación del mandatario, por carecer de soporte subjetivo la voluntad negocial formada por este *ex post*, no puede ocurrir lo mismo cuando se ha confiado a un emisario o nuncio que transporte una declaración emitida y formada. La muerte del *dominus* no tiene entonces ningún efecto, porque ello significaría destruir su propia voluntad negocial. La conclusión anterior se refuerza si se tiene en cuenta que los negocios jurídicos del Derecho de familia no pueden en ningún caso realizarse por medio de representante o de mandatario, en atención del carácter personalísimo que revisten, y que toda intervención de un tercero que en ellos tenga lugar, dado que, como ya hemos dicho con anterioridad, presupone una voluntad negocial integrante formada en la persona del interesado, tanto en lo que se refiere a su contenido interno, como en lo que se refiere a los efectos jurídicos que haya de producir y a la persona en relación con la cual haya de producirlos, no puede en modo alguno calificarse como actuación de mandatario, sino como actuación de un emisario o nuncio.... lo que hace que sea completamente inaplicable a ella el artículo 1.732 del

Código civil, que constituye todo el fundamento de la resolución recurrida, el cual, por consiguiente, ha sido infringido, por el concepto que más arriba dejamos reseñado.

Segundo motivo.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida incide en interpretación errónea de los artículos 178 y 179 del Código civil en su primitiva redacción, vigente en el momento de otorgarse la adopción de autos. Los artículos 178 y 179 del Código civil, en la redacción originaria que tenían cuando en el año 1952 se produjo la adopción de la recurrente, decían que: Primero. La adopción se verificaría con autorización judicial, debiendo constar necesariamente el consentimiento de determinadas personas y oírse al Ministerio Fiscal sobre el asunto, aprobando finalmente el Juez, previas las diligencias que estimara necesarias, la adopción, si ésta se encontrara ajustada a la ley y fuera conveniente para el adoptado (art. 178). Segundo. Que aprobada la adopción por el Juez definitivamente, se otorgaría escritura, expresando en ella las condiciones con que se hubiera hecho e inscribiéndose después en el Registro Civil correspondiente (art. 179). En aquellos artículos, anteriores a 1958, nada autorizaba para considerar la escritura pública como elemento formal constitutivo del negocio jurídico de adopción. El trámite formal constitutivo de la adopción lo era el expediente judicial, sin el cual la adopción en cuanto acto jurídico era inexistente. Pero la escritura pública notarial no pasaba de ser un trámite final con un valor de simple publicidad y con evidente carácter instrumental de facilitación de la prueba y de título de legitimación del estado civil que se adquiriría. Son varias y poderosas las razones para entenderlo así. En primer lugar, el carácter sustancial o esencial de las formas y solemnidades jurídicas (*forma dat esse rei*) tiene en el Derecho moderno, regido por principios espiritualistas, un carácter marcadamente excepcional, de suerte que sólo en aquellos casos en que el texto de la ley atribuya a la solemnidad o a la forma ese carácter esencial de requisito del acto, dicho carácter podrá ser sostenido, pero sin posibilidades de interpretación analógica ni aun extensiva. En segundo lugar, los artículos 176 y 177, tras la reforma de 24 de abril de 1958, corroboraban la anterior interpretación, pues así como el artículo 176 terminaba diciendo será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos, para hacer referencia con ello al previo expediente judicial, con manifestación en él del consentimiento, a la audiencia del Ministerio Fiscal y a la final aprobación del Juez, nada, en cambio, se decía respecto de una posible nulidad en el artículo 177, que es donde se contenía el mandato de otorgamiento de escritura pública. En síntesis, una adopción sin expediente, o sin expediente regular, es nula, pero no puede decirse lo mismo de una adopción sin escritura pública. Si hubo expediente judicial regularmente tramitado, la escritura pública será un requisito de efectividad, pero no de esencia, al que en rigor le es aplicable un precepto semejante al del artículo 1.279 del Código civil: habrá obligación de otorgar la escritura pública, pero en modo alguno inexistencia jurídica del acto. En otro sentido, los preceptos legales denunciados se interpretan también erróneamente al considerar que en nuestro caso ha faltado la escritura pública. Aun cuando se quisiera llegar a la conclusión de que la escritura pública era constitutiva de la adopción, este requisito de la escritura pública debe entenderse únicamente como una exigencia de que las manifestaciones de voluntad de los interesados aparezcan en un documento público otorgado en presencia de un Notario. Lo que en ningún caso exigía, ni tampoco exige, el Código civil es la unidad de acto en este tipo de escrituras, de manera similar a como puede entenderse exigida en materia testamentaria. Pues bien, no olvidamos que la escritura que doña I. P. P. otorgó en Valencia el 4 de junio de 1950 ante el Notario de aquella ciudad don F. B. L., aunque se la calificara como escritura de poder, fue ya real-

mente una manifestación de la voluntad de adoptar a la niña P. G. M., y de adoptarla en los mismos términos ordenados por el Juzgado de Primera Instancia, no siendo la comisión que se confirió a don J. B. otra cosa que una función de emisario o nuncio. Nos parece bastante claro que la adopción llenó el requisito legal de que constaran en escritura pública los consentimientos necesarios, y que se expresaran en escritura pública las condiciones en las que se hacía.

Tercer motivo.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida incide en interpretación errónea del artículo 177 del Código civil en la redacción vigente con anterioridad a la Ley de 24 de abril de 1958. Si la adopción de la recurrente por doña I. P. P. y por don J. A. P. se produjo de un modo válido y eficaz en Derecho; si no fue una adopción realizada por medio de mandatario o representante, como anteriormente hemos reseñado, por no tener la intervención de don J. B. más que la de un simple emisario o nuncio, y si, además, los consentimientos y las condiciones internas del negocio se reflejaron en escrituras públicas, parece claro que aquella adopción ha debido surtir todos sus efectos, y en especial la consideración de la adoptada como heredera de la adoptante, de suerte que al no admitir esta conclusión, la sentencia recurrida incide en la infracción de ley que hemos denunciado. La exclusión del carácter y del título de heredera de la adoptada se produce en la sentencia recurrida, cuyos fundamentos acepta por dos tipos de razones: La primera sería la idea de que el derecho hereditario del adoptado no deriva simplemente de la adopción, sino de la escritura pública, y que, además, esta última sólo podía imponer a la adoptante la obligación de instituir heredero al adoptado en el futuro, que quedaría ineficaz en el caso de que no llegara a ser cumplida. La segunda razón podía ser la de que aun admitiendo la validez de la escritura de 26 de abril de 1952, ésta no podía haber surtido efectos sucesorios por ser posterior al momento del fallecimiento de la causante. Tanto una como otra conclusión son contrarias no sólo al espíritu, sino también a la letra de los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico y dan lugar a las infracciones que hemos denunciado. En relación con la validez y alcance de los derechos hereditarios de los hijos adoptivos, en la situación anterior a la reforma de 1958, ha sido últimamente categórica la sentencia de la Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos de 11 de octubre de 1974. Según esta sentencia, la promesa de instituir heredero, en el Derecho anterior a 1958, implicaba, si el adoptante no hizo testamento, el derecho del adoptado de convertirse en heredero universal, y si hubo testamento en favor de otros legitimarios o de terceros, con exclusión del adoptado, el que éste conservara el mismo derecho que pudiera corresponder a los hijos legítimos, criterio que había obtenido ya el respaldo de la jurisprudencia a partir de la sentencia de 19 de abril de 1915, que fue después corroborada por otras dos sentencias del mismo Tribunal de 9 de abril de 1942 y 30 de mayo de 1951. Limitándonos, pues, a la doctrina definitivamente fijada por esa sentencia de 11 de octubre de 1974, debemos entender que la promesa de instituir heredero al adoptado, en el Derecho anterior a 1958, producía plenos efectos, tanto si el adoptante cumplía la promesa otorgando testamento como si no llegaba a hacerlo así. Llegando a esta conclusión, nos parecen absolutamente inadmisibles las dos razones que en el caso actual se esgrimen para privar de eficacia al derecho hereditario de la hoy recurrente: que el derecho hereditario—se dice—no deriva de la adopción, sino de la escritura, y que en nuestro caso ese derecho hereditario no puede ser eficaz por ser la escritura posterior al momento de la muerte de la adoptante y, por tanto, al momento de la apertura de la sucesión. La primera proposición es absolutamente inexacta: el derecho hereditario de la adoptada deriva de la adopción misma, y es uno de los pactos en que la adopción puede concre-

tarse; que para su plena eficacia han de constar, con los demás, en escritura pública, como dos negocios jurídicos diferentes, de los cuales emanen efectos jurídicos diferentes también, ya que, como en el motivo anterior hemos razonado, la escritura pública no tiene otro valor que el de instrumento de publicidad e instrumento de ejecución de lo consentido y estipulado en el expediente judicial. Y tampoco puede decirse que, en un caso como el actual, se otorgaran los pactos sucesorios con posterioridad al momento de la apertura de la sucesión. Pues la voluntad de doña I. P. P. de adoptar a la recurrente, y de adoptarla con una determinadas, concretas y expresas condiciones, una de las cuales era la de instituir la heredera, se había producido ya en escritura pública desde el 4 de junio de 1950. Efectivamente, en 4 de junio de 1950 y ante Notario, doña I. P. P. dejó manifestada su voluntad de adoptar y su voluntad de dar a la adopción los términos ordenados por el Juzgado de Primera Instancia, entre los cuales se encontraba el de instituir heredera a la adoptada. Y ello aun prescindiendo de que la voluntad y compromiso de hacer heredera a la adoptada había sido ya manifestado por la adoptante desde el momento mismo en que ésta solicitó la iniciación del expediente de la adopción. La conclusión de todo ello nos parece obvia: hubo una promesa de instituir heredera a la adoptada, promesa que formó parte del contenido del negocio jurídico de adopción y que se reflejó en escritura pública con anterioridad al fallecimiento de la causante, términos todos los cuales que permiten, sin ningún esfuerzo hermenéutico, sostener que tal promesa y pacto sucesorio produjo todos los efectos jurídicos que le son propios, entre otros, el de atribuir a la adoptada sus plenos derechos hereditarios; de manera que al no entenderlo así, la sentencia recurrida ha incidido en las infracciones de ley que más arriba hemos dejado denunciadas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al recurso conforme a las siguientes consideraciones:

Que según los términos de la legislación vigente, al producirse los hechos que se alegan como base de la demanda, conjugando los artículos 178 y 179 del Código civil con los artículos 1.825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, particularmente el 1.831, se advierte que la adopción ofrece un marcado carácter contractual *sui generis*; que además del consentimiento del adoptante y del adoptando o, en su caso, su representante legal, requiere la previa autorización judicial, que se concederá si estima el Juez que procede según Derecho, es decir, si concurren las circunstancias a que el Código la condiciona y que es útil al adoptando, ordenando el citado artículo 1.831 que se entregue a los interesados el oportuno testimonio «para el otorgamiento de la correspondiente escritura», con lo cual queda bien clara la finalidad concreta de las actuaciones anteriores, en cuya virtud no es admisible la posición de la parte recurrente, por la que se convertiría en inútil el trámite final de la ratificación de la voluntad de las partes en la escritura pública, hasta cuyo momento puede cambiar; a lo que cabe añadir que cualquiera que sea el criterio que se tenga en Derecho constituyente sobre la conveniencia de cambiar el sistema, y que por afectar al *status* personal y familiar fuera más propio resolverlo por decisión estrictamente judicial, es lo cierto que tal criterio no pasa de plantear un problema de *lege ferenda* que no es éste el cauce idóneo para resolver, y que en Derecho constituido es la escritura pública la única que contiene la manifestación de voluntad vinculante de las partes.

Considerando que, en su virtud, no son admisibles las razones en que se funda el motivo primero del recurso, porque habiéndose conferido el poder para el otorgamiento de la escritura de adopción y utilizado por el mandatario, en el sentido amplio del artículo 1.709 del Código civil, cuarenta y cuatro días después del fallecimiento de la mandante, había quedado extinguido el mandato, conforme a lo dispuesto en el número 3.º del artícu-

lo 1.732 del Código civil, y el mandatario no podía suplir por su cuenta, ni sustituir, una voluntad que ya no podía conocerse por haber fallecido la persona a quien se atribuye, sin que, a los efectos del artículo 1.738 del propio Cuerpo legal, se haya declarado probado que el mandatario ignoraba la muerte del mandante, ni sería presumible dado el largo tiempo transcurrido, ni es admisible en atención al cambio de circunstancias que motivaron la adopción, que fue proyectada por un matrimonio que en aquel momento había disuelto la muerte de uno de los cónyuges; por todo lo cual carece de efectos la escritura de referencia.

COMENTARIO.—Parece, en efecto, que no son del todo consistentes los argumentos y razonamientos jurídicos invocados por la parte recurrente, que insiste machaconamente en la idea del *nuntius* y su posible diferenciación del «apoderado» para, a través de tal diversificación, llegar a la conclusión de que como al primero no le son aplicables las normas del segundo, y en el caso del *nuntius* la voluntad está ya formada desde el principio, no actúa aquí la ineficacia o extinción por muerte del que expresó su voluntad y la transmitió ya formada al *nuntius* con la exclusiva finalidad de que éste la enunciase simplemente en el momento oportuno. Y que a los negocios jurídicos del Derecho de familia, tales como el matrimonio y la adopción, les conviene más la figura del *nuntius* o mensajero, que la del apoderado.

Pero aun admitiendo que esto sea así, se olvida por el recurrente que la voluntad del poderdante debe subsistir hasta que exista la concurrencia de la voluntad de la otra parte que interviene en el negocio, precisamente para poder servir de soporte a la expresión que de ella hace el *nuntius* o mensajero, pues, de lo contrario, éste actuaría en el vacío. Por otra parte, a salvo estas diferencias, tradicionalmente vienen siendo aplicables a ambas figuras jurídicas las mismas normas (en nuestro Código civil, las del mandato, sea o no representativo, arts. 1.709-1.739), entre otras razones, por la analogía entre ambas y las dificultades prácticas en el deslinde de supuestos. También es discutible que, en todo caso, el poder para adoptar se aproxime a la idea del *nuntius*, por muy especiales, concretas e individualizadas que sean las facultades conferidas, no siendo posible desconocer la validez de un poder conferido para adoptar a cualesquiera de los acogidos en el Hogar Provincial de X. Sin olvidar que en la escritura pública, la intervención se verifica siempre en nombre propio o en representación de otra persona, sin admitir una tercera especie.

Quizá obsesionado por esa distinción, que convierte en eje y medula del recurso, no se refiere el recurrente a algunos aspectos que hubieran podido ser de importancia decisiva en el pleito, tales como:

a) La posible aplicación del artículo 1.738 del Código civil al presente caso. Si «lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante..., es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe», pudiera estimarse que una vez probado que el Procurador desconocía la muerte de la esposa poderdante y siendo la adoptada un «tercero» (ya que la expresión «tercero» de este artículo equivale a persona distinta del poderdante y del apoderado) podría ser eficaz respecto a ella la adopción. Y a esta solución parece dar pie el Tribunal Supremo al manifestar «... sin que, a los efectos del artículo 1.738..., se haya declarado probado que el mandatario ignoraba la muerte del mandante ni sería presumible dado el largo tiempo transcurrido...».

b) La subsistencia parcial de la escritura de adopción respecto al padre adoptante, que vivía al otorgarse la escritura y no se ha probado notificase la muerte de su esposa al apoderado ni, mucho menos, hubiese revocado el poder. A favor de la afirmativa cabe invocar la doctrina de los propios

actos, ya que en el testamento de fecha muy posterior da por válida la adopción, el principio de la seguridad jurídica, el de que la interpretación de la adopción en los casos dudosos ha de hacerse en favor del adoptado, que la conclusión de tal adopción privó a la adoptada de la posibilidad de haberlo sido por otra persona, que la negligencia (en este caso del adoptante, al no comunicar la muerte de su esposa al apoderado ni hacer la menor observación con posterioridad a la escritura de adopción) no merece la tutela jurídica, y esa negligencia se aproxima en este caso a la mala fe, creando además una apariencia jurídica de legitimidad (v. gr.: inscripciones en el Registro del estado civil) que conviene sea protegida, por lo que no es la demandante quien debe probar la validez de la adopción, sino las demandadas a quienes incumbe probar su nulidad (con la consecuencia de que a éstas correspondería probar que el apoderado conocía la muerte de la poderdante, y no que es la actora quien debía probar su ignorancia). Y al principio de la conservación del negocio jurídico. Por el contrario, son consideraciones de peso que inclinan hacia la solución negativa, la variación de las circunstancias (no es lo mismo la adopción por un matrimonio que por una persona viuda, y de una niña por un hombre solo) y la de que como la escritura debe otorgarse en los términos del auto judicial aprobando la adopción, como en éste figuraban ambos cónyuges como adoptantes, no cabe que la escritura de adopción se otorgue por uno solo de ellos, ni tampoco que habiendo fallecido con anterioridad uno de los cónyuges subsista la adopción respecto al otro. A este particular se refiere precisamente el final del segundo considerando cuando dice que «ni es admisible en atención al cambio de circunstancias que motivaron la adopción, que fue proyectada por un matrimonio que en aquel momento había disuelto la muerte de uno de los cónyuges».

Ante el silencio de nuestra legislación y también, todo hay que decirlo, ante un planteamiento poco hábil del recurso, nuestro Tribunal Supremo se ha decidido por la solución más clara y segura, que puede originar menores dificultades, negando que sea posible la llamada «adopción póstuma», nombre con el que se conoce la realizada una vez fallecido alguno de los adoptantes, después de la aprobación judicial y antes del otorgamiento de la escritura pública. A diferencia de lo establecido en las legislaciones alemana, francesa e italiana, que admiten esa posibilidad. El B. G. B. se expresa así: «La aprobación del contrato de adopción no puede tener lugar después de la muerte del adoptando. Después de la muerte del adoptante, sólo es admisible la aprobación cuando el adoptante o el adoptando han presentado la petición de aprobación al Tribunal competente, o cuando habiendo redactado o hecho redactar el contrato ante el Juez o ante Notario, han confiado la presentación al Tribunal o al Notario. La aprobación hecha después de la muerte del adoptante produce los mismos efectos que si se hubiese realizado antes» (parágrafo 1.753). Según el Código civil francés, «si el adoptante fallece después que el acto que constata la voluntad de formalizar el contrato de adopción ha sido recibido y que la solicitud de homologación ha sido presentada al Tribunal civil, se continúa el procedimiento y se admite la adopción, si ha lugar. En este caso, la adopción produce sus efectos desde el momento de la muerte del adoptante. Los herederos del adoptante pueden, si estiman inadmisibles la adopción, elevar al Procurador de la República todas las memorias y observaciones a este respecto» (art. 366). Y, análogamente, el Código civil italiano establece que «... si el adoptante fallece después de haber prestado el consentimiento y antes que se dicte el decreto, se puede proceder al cumplimiento de los actos precisos para la adopción. Los herederos del adoptante pueden presentar al Tribunal memorias y observaciones para oponerse a la adopción. Si se admite la adopción, produce sus efectos desde el momento de la muerte del adoptante» (art. 298).

c) El testamento del padre adoptivo, otorgado bastantes años después de la adopción y una vez contraídas las segundas nupcias, en el que instituye heredera a su hija adoptiva, sirve para reforzar las anteriores consideraciones a favor de ésta, en relación con la doctrina relativa a los actos propios, la apariencia jurídica, la falta de protección a la negligencia y la protección a la buena fe provocada por la fundada confianza en la conducta ajena.

d) Tampoco se ha hecho valer por la demandante la posible posesión de estado civil de hija adoptiva, apoyada en la inscripción registral, que, entre otros, hubiera producido el efecto de invertir la carga de la prueba.

e) La naturaleza jurídica de la adopción, como acto complejo o de formación sucesiva, integrado por una sucesiva concatenación de actos preordenados a la producción de un único efecto final jurídico, cuya fuerza, eje o núcleo de facultades para seguir el procedimiento arranca del consentimiento manifestado en la solicitud inicial dirigida al Tribunal, la subsiguiente ratificación ante éste y la aprobación judicial, es un punto de vista que, aunque discutible, hubiera reforzado la tesis de la actora. Aun a falta de expresa alusión por ésta, el Tribunal Supremo parece rechazarlo, si bien con cierta cautela, al referirse a la naturaleza o carácter contractual *sui generis* de la adopción y manifestar que, fuera cual fuese la solución deseable, en el Derecho constituido es la escritura pública la única que contiene la manifestación de voluntad vinculante de las partes. De aquí resulta claramente que sin escritura pública no existe adopción, pues ésta tiene carácter constitutivo, con las consecuencias de que es imposible el desistimiento por cualquiera de las partes hasta que se haya otorgado la escritura pública y que el Juez no puede suplir la voluntad de ninguna de las partes rebeldes. Claro es que el desistimiento injustificado puede dar lugar a responsabilidad e indemnización por daños y perjuicios, materiales o morales.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

EL RECURSO DE REPOSICION PREVIO AL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA REGLAMENTOS (AUTO DE 20 DE MAYO DE 1976).

I. ANTECEDENTES

1. El *Boletín Oficial del Estado* de 9 de abril de 1973 publicó el Reglamento para la elaboración, circulación y comercio del *whisky*, aprobado por Decreto de 29 de marzo de 1973.

2. D. y C., S. A., interpuso directamente recurso contencioso-administrativo contra el Reglamento, sin haber interpuesto previamente el de reposición.

3. En el proceso administrativo, la parte coadyuvante, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, planteó la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, entre otras causas, por la falta de recurso de reposición previo.

4. La Sala Tercera del Tribunal Supremo, por auto de 20 de mayo de 1976, acordó declarar inadmisibile el recurso contencioso-administrativo.

II. EL AUTO DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MAYO DE 1976

Este auto, de que fue ponente Nicolás Gómez de Enterría, en su segundo considerando sienta la siguiente doctrina:

«Que según reiterada doctrina de esta Sala, resumida en las sentencias de 10 de octubre de 1973 y 21 de octubre de 1974, el supuesto del número 3 del artículo 39 de la ley, no está exceptuado de la reposición previa, por el inciso e) del artículo 53, y como el requisito en cuestión no se cumplió, el recurso contencioso-administrativo ha de ser declarado inadmisibile, a tenor del artículo 82, e), toda vez que no se promovió, como pudo haberse hecho, en el primero de los dos meses del plazo legal, con lo que hubiera sido aplicable la subsanación prevista en el artículo 129, 3.º»

III. COMENTARIO

1. *El recurso de reposición como requisito procesal previo en los recursos contencioso-administrativos que tuviesen por objeto disposiciones generales, en el supuesto del artículo 39, apartado 2, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

Al entrar en vigor la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se planteó el tema del alcance de la excepción del recurso de reposición que

establece el artículo 53, apartado e), de la expresada ley. El texto del precepto es terminante. Se exceptúan de la reposición

«las disposiciones de carácter general, en el supuesto previsto en el artículo 39, párrafo primero».

El Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de enero de 1959, estimó que en el supuesto del artículo 39, párrafo tercero, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no se da la exclusión del recurso de reposición, por lo que este recurso es presupuesto del proceso administrativo. La doctrina de aquella sentencia se reitera en las de 27 de abril y 8 de junio de 1959. En esta última se dice:

«Como el apartado c) del artículo 53 sólo se refiere al supuesto previsto en el párrafo primero del artículo 39, y no comprende en tal excepción las disposiciones a que alude el párrafo tercero del mencionado artículo, es indispensable la interposición del recurso de reposición.»

Otra, de 8 de junio de 1967, establece que «la ordenación jurisdiccional mencionada, en su artículo 53, exime del recurso previo de reposición a las disposiciones de carácter general, pero no siempre, sino en el supuesto que prevé el párrafo primero de su artículo 39».

La sentencia de 11 de octubre de 1968 afirma que «el apartado c) del artículo 53 de la Ley Jurisdiccional sólo exceptúa del requisito previo de la reposición a las disposiciones generales de la Administración Central, en el supuesto previsto en el artículo 39, párrafo 1, es decir, en la impugnación directa o inmediata por las entidades a las que el párrafo 1, apartado b), del artículo 28, restringe la legitimación, puesto que el supuesto a que se refiere, tanto el párrafo 3 del artículo 39, como la salvedad consignada al final del citado apartado b) del párrafo 1 del artículo 28, de disposiciones que hubieran de ser cumplidas directamente por los administrados sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual, aunque también sea una hipótesis de recurso directo... no se encuentra comprendido en la excepción del repetido artículo 53, e)».

La jurisprudencia más reciente ha reiterado esta doctrina. Así, sentencias de 20 de junio de 1972 (Aranzadi, núm. 3.022), 15 de marzo de 1973 (Aranzadi, núm. 1.246), 25 de septiembre de 1973 (Aranzadi, núm. 3.406) y 2 de noviembre de 1973 (Aranzadi, núm. 4.321).

Esta doctrina jurisprudencial fue criticada por GARCÍA DE ENTERRÍA (1).

Por nuestra parte, consideramos que, dado el texto de la ley, es incuestionable que la excepción del recurso de reposición sólo alcanza al supuesto concreto del artículo 39, párrafo 1, y no al del párrafo 3 del mismo artículo (2).

En efecto:

a) El artículo 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al referirse a las disposiciones generales como objeto de la pretensión procesal administrativa, distingue, en relación con el artículo 28, los siguientes supuestos perfectamente definidos:

1.º Impugnación directa de disposiciones generales. Dentro de este supuesto cabe, a su vez, distinguir dos:

- Que su aplicación exija un acto de requerimiento o sujeción individual. Es el supuesto del artículo 39, párrafo primero. Únicamente está legitimadas activamente las entidades a que se refiere el artículo 28, párrafo primero, apartado b).

(1) En «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», *Revista de Administración Pública*, núm. 29, págs. 161-185, y en *Curso de Derecho administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1975, I, págs. 144 y sigs.

(2) Así, en *Los recursos administrativos y económico-administrativos*, 3.ª ed., Madrid, 1975, páginas 226-227.

- Que no sean necesarios actos de requerimiento o sujeción individual. Supuesto del párrafo segundo. Rige la legitimación del artículo 28, párrafo primero, apartado a).

2.º Impugnación de actos que se produjeron en aplicación de las disposiciones generales. En el supuesto del artículo 39, párrafo segundo, en el que se aplican las normas generales de legitimación, según la pretensión que se deduzca.

b) El artículo 53, apartado e), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sí distingue, en contra de lo que afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, ya que en él se dice expresamente que únicamente están exceptuadas de la reposición «las disposiciones de carácter general, en el supuesto previsto en el artículo 39, párrafo primero». Luego si el artículo 39 prevé tres supuestos (párrafos primero, segundo y tercero) y el artículo 53 se refiere a uno de ellos, precisamente al supuesto del párrafo primero, es porque el legislador ha entendido que sólo se da la exclusión respecto de este supuesto y no respecto de ningún otro.

Pues si hubiera querido excluir de la reposición toda impugnación directa de disposiciones generales, ¿habría sido superflua la referencia al párrafo primero? Hubiera bastado con decir que se exceptúan del recurso de reposición «las disposiciones de carácter general», ya que en el supuesto de impugnación indirecta—a que se refiere el párrafo segundo—no se impugnan disposiciones, sino actos administrativos dictados en aplicación de ellas. De aquí que la alusión al párrafo primero tiene sentido, única y exclusivamente, para diferenciarle del otro supuesto de impugnación directa—el del párrafo tercero del artículo 39—, pero nunca para diferenciarle del supuesto del párrafo segundo, que, repetimos, no es de impugnación de disposición general. Así lo señala la sentencia de 11 de octubre de 1968.

c) Si la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa estableció la distinción fue por excluir la reposición no en función del objeto de la pretensión, sino en función de la legitimación. El legislador entendió que cuando el demandante es un particular respecto del cual la disposición general produce efectos directamente, igual que un acto administrativo, debe ser sometido al mismo régimen que cuando imponga actos concretos. Y, por tanto, la reposición es exigible en uno y otro caso.

d) La afirmación de que la vía administrativa previa está montada exclusivamente en función de los actos administrativos puede ser válida para otros Ordenamientos y no para todos, pues en alguno de los más característicos la vía administrativa como previa a la procesal se desconoce, ya que lo único que exige para que sea admisible la impugnación procesal es la existencia previa de un acto o disposición, sin hacer distinción.

Pero el Ordenamiento español se mueve justamente en el polo opuesto y regula una vía administrativa previa aplicable a actos y disposiciones. El artículo 37, párrafo primero, de la ley, precepto que parece olvidar GARCÍA DE ENTERRÍA, es una prueba inequívoca sobre la inexactitud de su rotunda afirmación. Pues dicho párrafo dice que «el recurso contencioso-administrativo será admisible en relación con las *disposiciones* y los *actos* de la Administración que no sean susceptibles de ulterior recurso en vía administrativa». En Derecho español, pues, la vía administrativa se establece con independencia del objeto de la pretensión; se da para actos y para disposiciones. Así lo señala la sentencia de 11 de octubre de 1968 (ponente: Cruz Cuenca), al decir que «el artículo 37 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de igual forma que el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo, prevé expresamente la posibilidad de recurrir en vía administrativa disposiciones de carácter general».

Luego, en aplicación del artículo 53, cuando una disposición general no es susceptible de recurso administrativo ordinario en vía administrativa,

será exigible el recurso de reposición como requisito previo, salvo en los casos expresamente exceptuados en el apartado e) del mismo artículo.

El auto comentado reitera la doctrina jurisprudencial y considera presupuesto del contencioso-administrativo la interposición del recurso de reposición.

2. *La falta de recurso de reposición como motivo de inadmisibilidad*

Que la no interposición del recurso de reposición constituye un motivo de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo es indudable. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su artículo 82, establece que «la sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo en los casos siguientes: ... e) Que no se hubiera interpuesto, si fuere preceptivo, el recurso de reposición previo».

En consecuencia, en aquellos supuestos en que se inicia el proceso administrativo sin haberse cumplido aquel requisito previo, el órgano jurisdiccional declarará la inadmisibilidad, bien en el trámite de alegaciones previas, por auto (arts. 72 y 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), si así se hubiera planteado por la parte demandada o coadyuvante, bien al dictar sentencia, en aplicación del artículo 82. Así, por ejemplo, una sentencia de 11 de diciembre de 1975 (ponente: Agúndez) dice que:

«... Habiendo interpuesto el recurso contencioso-administrativo... sin que previamente haya formulado el obligatorio recurso de reposición..., exigido por el artículo 52 de la Ley Jurisdiccional, procede estimar el motivo de inadmisibilidad aducido por el Abogado del Estado, con fundamento al artículo 82, e), de dicha ley.»

En análogo sentido, las sentencias de 17 de diciembre de 1975 (ponente: De No) y 22 de diciembre de 1975 (ponente: Cruz Cuenca).

3. *La subsanación de la falta de recurso de reposición*

Ahora bien, el artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que consagró el principio antiformalista, admitiendo la subsanación de todo defecto procesal que fuere susceptible de ello, en su apartado 3 dispone: «Si el defecto consistiere en no haberse interpuesto recurso de reposición, siendo éste preceptivo, y se hubiere denunciado esta omisión por la Administración demandada, el Tribunal requerirá al demandante para que lo formule en el plazo de diez días, y si se acreditara dentro de los cinco siguientes haberlo deducido, quedará en suspenso el procedimiento hasta que se resuelva el recurso de reposición en forma expresa o transcurra el plazo a que se refiere el artículo 54.»

Este precepto ha sido objeto de diversas interpretaciones, dando lugar a una doctrina jurisprudencial que ha ido evolucionando hasta llegar a sentar unos principios que parecen definitivamente aceptados por una jurisprudencia reiterada.

El principal problema surgía con ocasión de la posible armonización del principio antiformalista y el de seguridad concretado en el acatamiento de los plazos.

Si el acto objeto de recurso había sido notificado con todos los requisitos legales—y, por supuesto, indicando al interesado el recurso de reposición, órgano ante el que hubiera de interponerse y plazo, según el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo—, ¿cabría la posibilidad de reabrir el plazo caducado cuando en el proceso administrativo correspondiente se alegara la falta de recurso como motivo de inadmisibilidad?

Precisamente en atención a estas consideraciones se limitó la posibilidad

de subsanación a los supuestos en que el contencioso-administrativo se había interpuesto dentro de los treinta días siguientes a la notificación del acto. En este sentido, una sentencia de 21 de noviembre de 1974 (ponente: Gabaldón) acepta un considerando de la apelada (el tercero), en que se dice: «Que a igual conclusión se llega tras el examen de la falta de reposición denunciada, dado que, de un lado, la notificación del acuerdo recurrido es defectuosa al omitir requisitos esenciales: si era o no definitivo, recurso procedente, plazo, autoridad, etc., lo cual nos llevaría a la necesidad de decretar la nulidad de la notificación para que se efectuase otra nueva, según establece reiterada jurisprudencia, o si, por el contrario, se estima que tales defectos han sido subsanados por haber interpuesto dentro de plazo hábil el recurso contencioso como procedente; en definitiva, el defecto denunciado sería, en todo caso, subsanable, al amparo del artículo 129, 3, de la Ley Jurisdiccional, puesto que el recurso contencioso-administrativo se interpuso dentro de los treinta días siguientes a la notificación del acuerdo impugnado, como lo demuestra la confrontación de la fecha de salida del documento del Ayuntamiento el 23 de abril de 1968, y la de interposición del recurso de 18 de mayo del mismo año.»

Otra sentencia de 23 de noviembre de 1973 (ponente: Fernández Tejedor), en sus considerandos tercero y cuarto, ofrece este completo resumen de la doctrina jurisprudencial:

«Que el artículo 52 no solamente contiene la exigencia de que la reposición ha de preceder a la interposición del contencioso, efecto que, como hemos visto, cede en los casos en que es aplicable el 129, 1, sino que en la segunda de sus reglas, esto es, en el número 2 de su texto, aborda una materia muy diferente, cual es el tratamiento jurídico-procesal del recurso de reposición en sí mismo, tratamiento que prosigue en los artículos siguientes, si bien es en éste, en el 52, número 2, donde señala el plazo (preclusivo y de un mes de duración) y la forma (presentación ante el órgano que haya de resolverlo) en que ha de formularse. Y así como es perfectamente comprensible que el número 1 del artículo 52 se vea afectado por el 129, número 3, en el sentido expresado en el considerando anterior, porque con ello no se resiente ni altera ningún principio procesal y hasta puede tener un efecto beneficioso—evitar que un litigante que acuda prematuramente y con olvido de la reposición a la vía contenciosa, se vea privado de recurrir en dicha vía administrativa estando aún en el plazo hábil para hacerlo—, en cambio, la inaplicación de la regla contenida en el número 2 del expresado artículo 52, si hubiera de imponerse por efecto de lo dispuesto en el 129, número 3, perturbaría y muy gravemente todo el sistema procesal administrativo, en cuanto éste define y delimita con rigorista precisión cuáles actos son impugnables, así como la materia de recursos, los cuales, por virtud de los principios de seguridad jurídica y presunción de legitimidad de los actos administrativos, exigen un extremado rigor en el respeto a los plazos. Si éstos son improrrogables, como prescribe con carácter general el artículo 56 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y con carácter más especial el 121 de la reguladora de esta jurisdicción, el transcurso del de un mes, limitativo del derecho de recurrir en reposición, según el artículo 52, número 2, convierte automáticamente en consentido y, por tanto, firme el acto administrativo no recurrido dentro de dicho mes, y consumada ya esta firmeza, no existe posibilidad legal en nuestro Ordenamiento de admitir contra él impugnación en vía contenciosa. Así se infiere no solamente del comentado artículo 52, número 2, sino que, de modo expreso y consecuente con todo el sistema, manda también el artículo 40, cuando dice que 'no se admitirá recurso contencioso-administrativo respecto de... los actos confirmatorios de acuerdos consentidos'. Una conclusión en discordancia con esta doctrina nos llevaría al absurdo de aceptar la posibilidad de que un acto que devino firme, pierda *a posteriori* esta firmeza

y se convierta en impugnabile por tiempo indefinido y a voluntad del interesado que acierte a provocar la aplicación del artículo 129, número 3, de la ley.

Que de cuanto queda expuesto se deduce, como lógica conclusión, la afirmación de que en virtud del artículo 129, número 3, de la Ley Jurisdiccional, interpretado en función del 52, número 2, el demandante situado en la hipótesis prevista en el primero de dichos preceptos, esto es, que no hubiera interpuesto la reposición con carácter previo al contencioso, podrá todavía hacerlo en el plazo de diez días que la fije el Tribunal, pero solamente en el caso de que no sobrepase el específico, improrrogable y preclusivo de un mes establecido en el segundo de los preceptos citados (art. 52, número 2). Así lo tiene definido esta Sala en sentencias reiteradas y desde hace largo tiempo unánimes, entre las que pueden citarse las de 5 de diciembre de 1964, 28 de febrero y 13 de octubre de 1967, 31 de marzo de 1970 y 2 de marzo y 25 de septiembre de 1972.»

El auto comentado reitera esta doctrina jurisprudencial.

J. G. P.

LIBROS

ABBADESSA, PIETRO: *La gestione dell'impresa nella società per azioni*. Guiffrè, Milano, 1975, 218 págs.

Dentro de la maravillosa producción jurídica italiana, tan generosa que no puede menos de recordar a Abelardo quien, además de amante de Eloísa y monje era poeta, músico, orador, filósofo y teólogo, venimos siguiendo con especial interés los estudios de ABBADESSA, cuyo sentido de la realidad, agudeza y preparación nos resultan singularmente atractivos.

La Universidad de Catania acaba de ofrecernos la obra enunciada, en la que pese a que su meticuloso engarce con la normativa italiana parecería desvincularla de generalizaciones comparatistas, ya que la legislación española difiere de aquella en diversos supuestos, desenvuelve, no obstante, un amplio abanico de sugerencias o temas a reconsiderar no exentos de interés. El estudio, con el título consignado, comprende tres partes o perspectivas relativamente separadas, que pasamos a examinar:

I. *La gestión de la empresa social en sus relaciones con la Asamblea y los Administradores*

Se inicia con la definición de la «gestión de la empresa», actividad desplegada en función al desarrollo de la iniciativa económica del empresario, que reputa «inautónoma», conforme a las tesis de GIANNINI y CORSO, ya que está condicionada por los cauces delimitativos del poder-iniciativa, que en las sociedades corresponde exclusivamente a los socios, quienes hicieron uso del mismo al constituir la entidad y fijar sus bases esenciales, que sólo ellos, y en Asamblea, pueden alterar variando la actividad social o la forma de su ejercicio.

Ello le lleva a plantear el tema de la «soberanía» de la Asamblea, la «autonomía» de la Administración y la medida de competencia de esta última, que en el Derecho italiano, y para las s.p.a., viene determinada principalmente en torno al artículo 2.364 del Código civil, que dispone que la Asamblea resolverá sobre las materias que los Estatutos determinen y aquellas otras que le propongan los Administradores.

A los fines indicados es altamente ilustrativo un resumen histórico. El Código civil francés de 1837 sentaba el principio, recogido en otras legislaciones posteriores, de que la sociedad está administrada por mandatarios revocables, lo que se interpretaba en el sentido de que el poder de administrar, en principio, sólo correspondía a la masa de accionistas y que sus «mandatarios generales» sólo disponían de simples poderes de administración. Tal criterio penetró en Alemania e incluso llegó a EE. UU., donde los Administradores no pasaban de ser meros *agents*.

Pero la superación de tal postura subordinada de la Administración se produjo precisamente en esta última nación y al cabo de muy poco tiempo, en 1859, en el célebre caso «Hoyt v. Thomson's Executor», en el que el Tribunal Supremo rechazó la aplicación a los *Directors* de la doctrina

de la *Agency* afirmando el carácter originario de sus poderes y sentando el criterio de que *the function of corporation law was to enable business men to act*. Con ello aparecen los primeros «mitos» del gran capitalismo a favor de la omnipotencia de la Administración: el individualismo y la responsabilidad social.

Tales criterios, no obstante, no encajaban con las *close corporations*, cuya *corporate philosophy* es muy distinta. Por ello se adiciona y pasa a primer plano el argumento de la tutela de la minoría: la misión de los Administradores es velar por el interés de todos los socios, y no sólo por el de los mayoritarios, como ocurre en las Asambleas. Pese a ello dichas reducidas compañías continúan ostentando cláusulas estatutarias limitativas de los poderes del *board*, y aún, en algunos casos, lo suprimen y asumen directamente los socios la gestión y las responsabilidades.

En Inglaterra, pese a que los artículos de los Estatutos-tipo indican la posibilidad de la Asamblea de realizar actos de administración, la jurisprudencia va presionando en el sentido de que *the only way in which the general body of shareholders can control the exercise of the powers vested by the articles in the directors is by altering their articles*. Y en Alemania triunfa la reacción, iniciada por GIERKE y seguida por RATHENAU, en méritos de la cual la gran empresa es un factor de la economía nacional que se independiza de los intereses de los socios. Los Administradores pasan a ser el centro de gravedad de la estructura societaria, y de ahí al *Führerprinzip* y al *Vorstand* hay sólo un paso. Es de advertir, no obstante, que la sociedad anónima sólo se utiliza normalmente por las grandes empresas en Alemania.

En Francia, las doctrinas de HAURIOU sobre el institucionalismo y el *équilibre des pouvoirs* señalaron la propia tendencia recogida en el célebre *Arrêt Motte*, en el que en casación se afirmó que dados los órganos jerarquizados de la sociedad anónima, *il n'appartient donc pas a l'assemblée générale d'empiéter sur les prerogatives du conseil en matière d'administration*. Ultimamente, la tesis de la autonomía de la Administración aparece reafirmada en la amplia recepción de temas del «institucionalismo tecnocrático», que mantiene la preeminencia de la empresa sobre la sociedad, a la que impone su técnica de organización.

Tales influencias francogermanas repercuten en Bélgica, Holanda, Suiza e Italia. También en España, donde señala las posturas de GARRIGUES y DUQUE (prólogo a la obra de R. ARTIGAS sobre «Consejeros Delegados»). Anota, no obstante, las resistencias que se encuentran en países de capitalismo retrasado, como Brasil, aludiendo de paso al caso excepcional de España, constituido por DE LA CÁMARA, en este sentido. Tenemos la convicción de que ABBADESSA ha interpretado inadecuadamente a este último autor y, por el contrario, ha omitido a BÉRGAMO, quien, aun lamentándolo, también acepta el criterio de la «autonomía administrativa».

Nuestro autor, como es natural, insiste sobre el problema en Italia. Antes de la codificación del 42 nadie dudaba de la subordinación de los Administradores, y tal codificación, que no deseaba introducir novedades en el sistema, lo expresó en forma reputada meridiana en su artículo 2.364, ya detallado.

Fue CANDIAN quien inició su oposición al criterio tradicional en el mismo año 1942, habiendo tenido un éxito tan extraordinario que hoy los clásicos son sólo una ínfima minoría: MOSSA, BERTINI, CERAMI y alguno más. También la jurisprudencia, forzando la interpretación de dicha norma, ha aceptado tal criterio con los detallados argumentos de la tutela de los acreedores, la protección de las minorías, la funcionalidad de la empresa y otros argumentos aptos para «grandes sociedades».

Así, pues, el resultado ha sido deducir del artículo indicado el criterio de que el mismo excluye claramente la existencia de actos de gestión propios

de la Asamblea, aunque ya FERRI indicó, y ABBADESSA acepta, que tal norma no se refiere al poder deliberativo, sino al representativo del Consejo.

La equiparación con el *institor* y la imposibilidad de éste de realizar actos excedentes normalmente del objeto de la empresa, como enajenar o gravar inmuebles y, por ende, transformar o modificar la empresa, tampoco se reputa aceptable doctrinalmente. Una Administración que mediante contratos de coparticipación, de estabilización de precios, de limitación de producción, cambio de sede administrativa, etc., puede alterar gravemente la economía de la misma y aun provocar situaciones críticas, no debe entenderse limitada en forma alguna por criterios tradicionales.

ROSSI planteó la independencia de la Administración en términos próximos al institucionalismo tecnocrático, en la que el accionista no se considera como socio, sino como simple «inversor»—*rentier*—. GALGANO aporta argumentos sociales. Los minoritarios, clases parasitarias e improductivas, no deben entorpecer el desarrollo económico, que es progreso social. Es el mismo GALGANO, notorio marxista, quien alude a la «democrática» Ley de Sociedades Anónimas española: la representación proporcional del artículo 71 y su artículo 80, 3.º

ABBADESSA estima que tales posiciones están tomadas exclusivamente desde la perspectiva de la *giant corporation* y destaca la postura de PELLIZZZI, que aplica el «método tipológico», señalando que la imagen directriz de la sociedad anónima, la *Leitsbild* o *Typuslehre*, no puede contener la entera gama que va desde la sociedad unipersonal a la *Mammuts Gesellschaft*. El tipo considerado por la ley es probablemente la *Publikumgesellschaft*, de donde las anónimas atípicas no pueden ni deben entenderse sometidas a las mismas normas, sino que, como han sostenido KOLLER, WOHLMANN y JAEGGI, su disciplina legal debe tener simple carácter analógico e incluso la plena *freie Rechtsfindung*. El problema de la independencia de la Administración, o mejor, el de la intervención de la empresa en la actividad gestora, no puede apartarse del tipo de sociedad adoptado. Y, por tanto, debe entenderse lícito y posible eliminarlo en sociedades de número limitado de accionistas o de concentración del capital en pocas manos.

En la doctrina italiana, el *leit motiv* de la independencia de los Administradores está representado en muchas ocasiones por el problema de la responsabilidad hacia los acreedores. Si se aceptara la gestión de la Asamblea, los Administradores podrían verse envueltos en acciones de indemnización motivadas por operaciones imputables a los socios. Aunque ABBADESSA alude al hecho de que los acuerdos de la Asamblea no obligan a la Administración, la conflictividad entre ésta y la Asamblea es tema no pacífico, y los temas del «veto-model», lo decisorio y lo ejecutivo, la responsabilidad por culpa y el simple riesgo, así como el llamado «riesgo de la Administración», la responsabilidad social y la de los Administradores y otros relacionados, son sumamente delicados y de difícilísima delimitación.

En definitiva, la llamada «soberanía» de la Asamblea no tiene un significado unívoco ni un preciso fundamento técnico-jurídico. Lo mismo sirve para delatar que sus acuerdos no pueden ser censurados por minorías o Tribunales, que para expresar el derecho de revocar Administradores y modificar Estatutos o simplemente destacar su postura jerárquica frente a la Administración, como ha puesto ampliamente de relieve GLIOZZI. Y aunque del poder de revocar Administradores no puede deducirse *a fortiori* el derecho de «ordenarles», ya que las situaciones jurídicas no son homogéneas, ni las teorías de la organicidad son convincentes, ABBADESSA acaba inclinándose por la solución afirmativa en el problema del poder de instrucción de la Asamblea. A su juicio, el criterio decisivo es la exigencia de la plena operatividad de la relación «riesgo-poder», uno de los cánones hermenéuticos fundamentales del derecho accionario. No la constatación de la crisis democrática de las sociedades anónimas, que sólo afecta a un tipo social

perfectamente delimitado y que no es susceptible, por tanto, de constituir parámetro exclusivo de interpretación. La negativa al cumplimiento de las instrucciones de la Asamblea implica la distinción de la esfera de actuación del órgano administrativo delimitada por el objeto social. Si el incumplimiento no puede considerarse como una actuación «excedente», no procede sanción de carácter real. Si, por el contrario, lleva consigo un «exceso de poder», ABBADESSA se inclina por la contestación afirmativa.

II. *La gestión de la empresa social y la facultad de delegar de los Administradores*

En principio, los Administradores deben ejercer personalmente sus funciones. Ello, al decir de SPADA, se difumina en una variedad de actuaciones, que van desde la propia acción física hasta la dirección de la actividad ajena.

Nadie ha dudado de que pueden nombrar delegados para actos de ejecución o misiones especiales; pero la perplejidad empieza a surgir con los poderes generales, que implican decisiones superiores a la simple rutina. La jurisprudencia enseña que su legitimidad termina con la «abdicación», pero tal límite no es precisamente diáfano. Las normas relativas a la sustitución del mandato no resultan satisfactorias teniendo en cuenta la limitación de la responsabilidad a la culpa *in eligendo* o *in instituendo*, de forma que respecto al resto se produce una plena extromisión de la relación gestora, incompatible con la disciplina del oficio de Administrador.

A juicio de ABBADESSA, la línea de investigación pasa por aquellas normas que reconducen al «control de los socios» los actos típicos de descentralización gestora. El nombramiento de Director General (art. 2.396) y la creación de sedes secundarias (art. 2.338, 2.º) son dos puntos preciosos de referencia para discriminar aquellas funciones que los Administradores deben retener, de aquellas otras que pueden libremente delegar.

Respecto a la primera, aunque parece que en el Derecho italiano el nombramiento de Director General no puede realizarse sin el consentimiento de la Asamblea o los Estatutos, precepto contradictorio con el Código de Comercio, en la práctica, la contradicción es intrascendente, y más que un problema de legitimidad, lo es de responsabilidad, conforme resulta del examen de la perspectiva histórica de tal norma, de la jurisprudencia y de la doctrina. Sobre si la «autorización» implica una atenuación de la responsabilidad de los Administradores, la doctrina se halla profundamente dividida.

ABBADESSA señala las funciones anejas al «concepto» de Director General: la organización de todas las prestaciones de obras para realizar la ejecución de los acuerdos y el control de tales prestaciones. Cita los estudios de PRESUTTI, GRECO y DE GREGORIO en relación con su distinción de los Directores Técnicos, y después de insistir reiterativamente en la descripción y delimitación de sus funciones típicas y sumamente variadas, concluye manifestando sus dudas sobre la posibilidad de coincidencia con las del *institor*.

Respecto a la norma italiana exigiendo autorización de la Asamblea para las sedes secundarias, señala la dificultad de separar éstas de las filiales menores, de operaciones meramente mecánicas o rutinarias. Se trata de algo puramente cuantitativo y la valoración del grado de discriminación es relativo, según la naturaleza de la empresa. La dificultad de todo ello, y aun de si los poderes del titular de la sede secundaria deben ser también autorizados por la Asamblea, es causa de dudas en la esfera doctrinal y aun jurisprudencial. Desfila la doctrina germánica de la *Zweigniederlassung*, relacionada probablemente con las *tabernae eiusdem negotiationis* y las

rigurosas condiciones determinadas por la misma para calificar la «autonomía» de la sede (desarrollo de proceso productivo independiente, destinación de medios estables suficientes, contacto directo con el mercado, contabilidad separada y discrecionalidad gestora del *Leiter*), entre otras digresiones de considerable interés.

Concluye con el estudio de los Consejeros Delegados, que en Italia deben estar autorizados por los Estatutos o la Asamblea; detalla y estudia sus características específicas, que las hacen inasimilables al mandato, con expresa alusión a los problemas dimanantes de la confección del balance y al criterio sostenido por RODRÍGUEZ ARTIGAS sobre tal extremo, así como los planteados por los doctrinarios de organización empresarial, en especial los americanos.

III. *La disciplina de la representación*

En el Estatuto originario de las sociedades anónimas, la representación no constituía momento organizativo autónomo de la actividad social, reputándose simple modalidad del mandato, a cuya disciplina se acogía la gestión social.

En Italia, sin embargo, al establecerse que el acto fundacional debía indicar «los Administradores que representarían a la sociedad», se constituían unos delegados de firma que evidenciaban la dualidad de fases decisión-exteriorización, lo que percibido por VIVANTE le llevó a sentar unas tesis que no se ajustaban a las clásicas y que, aunque abandonadas por el mismo, fueron recogidas por gran parte de la doctrina y aun por el Código nuevo, en sus artículos 2.384 y 2.298, si bien con ciertas tamizaciones, que quedaron rectificadas en la última modificación del primero de dichos artículos, a la que se hará referencia. Con ello quedó clarificada la legitimación del representante para realizar todos los actos comprendidos en la esfera del objeto social y la determinación del legislador de garantizar el tráfico mercantil de la sociedad sin otra limitación que la *exceptio doli*.

Tal modificación, de 29 de diciembre de 1969, obedeció a la Primera Directiva relativa a Sociedad Anónima de la C.E.E., que sancionaba, conforme a influencias germánicas, la relevancia meramente interna de las limitaciones estatutarias de representación, sin perjuicio de facultar a las normativas nacionales la inoponibilidad de los actos *ultra-vires*, dentro de los límites de la culpa grave.

En la nueva regulación italiana esta última excepción está condicionada por la buena fe de la contraparte, expresión lo suficientemente ambigua para hacer dudar si se refiere a la «buena fe simple o pura», a la que exige un mínimo de diligencia en el agente (no temeraria) o el uso de una diligencia ordinaria (buena fe excusable). La directiva comunitaria contenía ya elementos para excluir la última, pero no para distinguir entre las dos primeras, no debiéndose estimar intrascendente la elección, ya que la buena fe simple puede incluso abarcar el pleno desconocimiento del objeto social, elemento delimitativo frente a terceros. Por ello estima ABBADESSA que lo que mejor encaja en la interpretación es la buena fe no temeraria, si bien tal fórmula ha suscitado numerosas consideraciones, que detalla con remisiones a BIGIARI, VALERI, FERRI, SANTINI, BRUNETTI y otros.

Los *engagements sociaux* pueden además producirse mediante la actuación directa del Consejo, es decir, prescindiendo de los «encargados de la firma». También mediante la actuación de Consejeros Delegados o apoderados. La *procura* origina posturas antagónicas en materias de responsabilidad y otras en autores tan destacados como GORLA, MINERVINI, FERLI, GRAZIANI, por una parte, y MACCARONE, GIULIANO y otros, de otra. Respecto a las actuaciones directas del Consejo, aunque CHIOMENTI, remozando muy

recientemente alegatos de VON THUR, ha sostenido su inidoneidad, pues la típica actividad del Consejo es la formación de voluntad, no su exteriorización, estima que tal objeción se desvanece ante declaraciones no recepticias, en las que además el órgano colegial puede adoptar acuerdos accesorios para que su decisión llegue a conocimiento de terceros interesados, con lo que quedan eliminadas dificultades dogmático-estructurales.

Las posibles intervenciones del Consejo en actos formales le conduce al examen de las actas de la sociedad, que normalmente no sólo reproducen acuerdos, sino, *ad substantiam actus*, informaciones relativas a reunión y procedimiento. Se citan estudios como los de DALMARTELLO: *Le Deliberazioni e il verbale de l'Assamblee*; de WELLER: *Forma del conferimento della rappresentanza...*; de MISEROCCHI: *La verbalizzazione nella s.p.a.*; de OPPO: *Forma e pubblicità*; de FERRARI: *Il verbale delle Assamblee...*, y otros, que invitan a una profundización del tema en la doctrina española.

La tutela del destinatario, ante la irregularidad procesal, debe surtir plenos efectos. La plenitud procesal llega a éste a través de la certificación, o sea, en forma indirecta, y salvo defectos internos manifiestos, no puede verse afectado por falsedades, incorrecciones o infracciones.

Parece indicado en este punto una referencia a la práctica española, que, sobre todo a efectos de inscripción en Registros Mercantiles, exige la concreción del proceso del acuerdo: quóruns, publicidad, etc. Creemos que podría sostenerse que la función registral está enfocada hacia el tercero y autorizadas determinadas personas para certificar, los detalles del procedimiento interno, la no existencia de la reunión, los defectos de delegación, la incapacidad de los asistentes, la falta de convocatorias o de quóruns, pueden motivar actuaciones de los socios, intrascendentes a efectos registrales, y sobre las que los funcionarios encargados de la publicidad no deben incidir, pues no pueden motivar perjuicios para terceros.

ABBADESSA expresa que tal vez en determinados casos el interés de la sociedad debiera sobreponerse al de los terceros, dado el perpetuo e incontrollable daño que para la sociedad pueden suponer acuerdos irregulares: nombramiento de Administradores, aumento de capital, modificación de Estatutos, emisión de obligaciones... Todo ello sin perjuicio de que los terceros recibieran la indemnización compensatoria procedente.

Otro punto digno de resaltar es la actuación de los Consejeros Delegados, cuyas facultades no sólo pueden hallarse limitadas por el acto de nombramiento, sino que este último no sólo es de inscripción «no obligatoria», sino que parte de la doctrina sostiene que con la normativa actual ni siquiera es «inscribible», inclinándose hacia una mini-reforma. Contrasta con las interpretaciones de la Ley de Sociedades Anónimas española, que sostienen que la inscripción en tal caso es constitutiva.

El estudio termina con referencia, profunda e incisiva, de la representación procesal y la pasiva de las sociedades anónimas; en la imposibilidad de detallar la primera, limitémonos a indicar que respecto a la segunda se estudian los casos de notificación en la sede social, en las sedes accesorias, en el domicilio particular de Administradores y representantes, señalando los casos en que, según doctrina o jurisprudencia, deben considerarse efectivas, así como otros supuestos dignos de la mayor atención.

* * *

La obra contiene la cita de más de un millar de estudios, o sea, que su bibliografía es completísima por lo que se refiere a la doctrina italiana. Las referencias a la española no son excesivas, notándose alguna omisión. Es muy difícil que las notas precedentes reflejen, aun pálidamente, el valor e interés verdaderamente considerables de la aportación de ABBADESSA, sien-

do de lamentar, como hemos dicho, que en el caso concreto algunas diferencias entre las legislaciones italiana y española no hagan todavía más útil y sugestivo para nosotros el estudio.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

BALBÍN PECHUÁN, V.: *Los contratos municipales*. Editorial Civitas, S. A., Manuales prácticos, Madrid, 1976.

La Editorial Civitas inaugura con esta obra que hoy traemos a recensión una serie de publicaciones que han de agruparse bajo la rúbrica de «Manuales prácticos». La constante preocupación que la teoría y la práctica plantean en sus posibilidades de adecuación parece presuponer la necesidad de un conocimiento teórico para luego darle la vida que la práctica exige. Por ello en su día alabé el *Manual de Procedimiento Administrativo*, que publicaba, vía *Boletín Oficial*, el Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, como texto complementario de las lecciones teóricas. Aquí pasa como con la anécdota de aquel mecánico del automóvil que cobró una determinada cantidad excesiva por dar un golpe en determinada parte del motor para que el coche se pudiese en marcha: él sabía cómo dar el golpe, por lo cual cobraba poco; pero lo importante era saber dónde se daba el golpe, por lo cual podía cobrar más.

Partiendo por ello de un conocimiento teórico profundo y fecundo, el libro que se nos ofrece tiene indudables virtudes, pero no es nada alentadora la situación que el prologuista presenta para la eficacia receptora de la práctica que el volumen encierra. GARCÍA DE ENTERRÍA, que es quien suscribe el prólogo, viene a decir que la Administración Local es «una fuente de frustraciones colectivas y personales», y que es la «necesidad básica de que la Administración Local se exprese en servicios efectivos la que impone en su funcionamiento un nivel técnico capaz de hacer que esos servicios funcionen realmente».

Ante ello me pregunto: ¿Está la Administración Local capacitada teóricamente para recibir las enseñanzas de un libro práctico o este libro práctico podrá servir para encubrir los defectos de conocimientos teóricos? Parodiando una famosa frase que hace muy poco se hizo pública, y en la que MIGUEL FISAC enfrentaba a los arquitectos con la Administración, me atrevería también a decir: «Detrás de cada catástrofe municipal está la rúbrica de un práctico, y en la sombra de todo éxito se halla el esfuerzo teórico del que defiende contra toda suerte de presiones los intereses generales sobre los privados.»

Después de una lectura reposada del libro, cuyo autor ha militado, como funcionario local, en el Servicio de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales y como Secretario técnico de la Dirección General de Administración Local, podríamos llegar a una «eclectica» conclusión: el libro puede tener las enseñanzas prácticas necesarias para «excitar» el inevitable conocimiento teórico que las sostiene. El libro pretende, y ya habla el prologuista, sobre todo, hacer posible en el terreno práctico la aplicación de la institución contractual en el ámbito local, abordando todos sus problemas reales y ofreciendo criterios seguros para solucionar las cuestiones que esa aplicación pueda suscitar en todas sus distintas fases.

En su estructuración hay quince capítulos, unas notas aclaratorias, un índice alfabético de jurisprudencia empleada, unos formularios, la reproducción legal del Reglamento, un índice analítico y otro sumarial. El excesivo número de capítulos hemos de reducirlo a un esquema más concentrado en esta recensión, pensando en cuatro partes diferenciadas que agrupen

la serie de materias que se comprenden: los conceptos, fuentes y elementos; las diferentes formas de contratación; las garantías y la ejecución, y efectos de los contratos. Ello lo hacemos no para «enmendar planas», sino en aras de simplicidad recensionista.

Es de esperar que el libro «resista» las posibles reformas legislativas que se avecinan y, por supuesto, entiendo que su utilidad siempre será grande ante esa serie de sugerencias prácticas, colección de jurisprudencia y formularios que se ofrecen al práctico de la Administración Local y al que tenga la buena o mala suerte de tener que contratar con la Administración.

A) *Concepto, fuentes y elementos*

Para el autor son contratos municipales «todos aquellos tomados por los Ayuntamientos y aceptados por un particular u otra persona jurídica o jurídico-pública, por los cuales se crea, modifica o extingue un vínculo obligatorio». La esencial diferencia que el autor ve entre los contratos «normales» y los municipales reside en la forma de los mismos.

La postura un tanto omnipotente del administrativista sufre, en la exposición que el autor hace de la teoría de las fuentes, un duro golpe. Para saber «contratación administrativa—dice el autor—hay que empezar por saber contratación civil. Los conceptos básicos de consentimiento, capacidad, objeto del contrato, causa de la obligación que se establece y tantos otros, como evicción, saneamiento, daños y perjuicios, culpa contractual, etcétera, no los explican las normas administrativas. Los da ya por sabidos por la regulación de la contratación general civil». Esto es, como el «valor» en el campo militar: que se le presume.

Tres grupos señala el autor para centrar la materia de las fuentes: las especialísimas, las especiales y las generales. En las primeras campea el pliego de condiciones. En las segundas, el sistema normativo del Reglamento de Contratación (9 de enero de 1953) y los complementos de Bienes, Servicios, Haciendas y Funcionarios (27 de mayo de 1955, 17 de junio de 1955, 4 de agosto de 1952, 30 de mayo de 1952). Por último, las fuentes generales salen al paso con las que recoge la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 y las disposiciones del Código civil.

El autor, después de ensayar una clasificación de los contratos en la esfera pública o privada, estudia los elementos personales, reales y formales del contrato. Entiendo que no hay problemática en los elementos personales (Ayuntamiento y contratista) y que las dos grandes diferencias que esos elementos presentan están en el objeto del contrato (sólo pueden ser las cosas y los servicios, excluyéndose las cosas futuras y las que salgan de la competencia, así como no poder fraccionar el objeto de los contratos si el período de ejecución del mismo correspondiere al de un solo presupuesto ordinario), la causa (deberá ser el interés público, art. 11 del Reglamento de Corporaciones Locales) y la forma que se impone taxativamente a través de sus diferentes tipos (subasta, concurso-subasta, concurso y concierto directo).

B) *Diferentes formas de contratación*

De las cuatro formas apuntadas—en las que la Administración está mediatizada para elegir—solamente el autor trata en esta parte de las tres primeras: la subasta (procedimiento automático mediante el cual una entidad administrativa elige como contratista al particular que ofrece las condiciones más ventajosas), el concurso-subasta (en el que previamente se elige entre varios de los licitadores en relación con las garantías objetivas

que ofrecen, y posteriormente entre los elegidos se adjudica el contrato al mejor postor) y el concurso (en el que se valoran las proposiciones hechas y se designa al que se considera más oportuno).

Tras plantear tres problemas básicos en torno a la subasta (razón de ser forma común, sus ventajas e inconvenientes y las semejanzas y diferencias), el autor examina los requisitos (previos, precontractuales, contractuales y de formalización), para luego extenderse en diferentes capítulos sobre el estudio de los temas de los pliegos de condiciones, la licitación, la perfección y formalización del contrato y el examen de diferentes tipos de subasta o de casos especiales que pueden plantearse en las mismas (subasta condicionada a un fin determinado, pago en varias anualidades, varios lotes, etc.).

Con cierta brevedad trata de la materia del concurso-subasta y del concurso, que califica como la regulación más imperfecta, oscura y peor reglamentada de las tratadas. Más que un desarrollo esquemático de preceptos, lo que el autor hace es plantear una serie de supuestos que exceden a los que el legislador prevé y que dan realce e importancia a la materia.

Remetida entre los problemas de ejecución, rescisión, incumplimiento, consumación de los contratos, el autor estudia el tema del concierto directo, el destajo y las obras de la Administración. La elección de esta sistemática es puramente original, pero digna de respeto. El concierto directo es el sistema en que la Administración actúa discrecionalmente para elegir el contratista, prescindiendo de las formalidades que el concurso y la subasta suponen. Hay que demostrar, sin embargo, según dice el autor, no ser posible la forma de la subasta o concurso, lo cual supone la realización de un expediente. El autor estudia el concepto, los caracteres, los supuestos en los que se puede aplicar, los requisitos y las modalidades del destajo y la realización directa.

C. *Garantías*

He diseccionado este epígrafe entendiéndolo autónomo, porque en él juegan unos conceptos fundamentales que no encajan plenamente en la idea que tengo de la llamada «garantía». El autor justifica la necesidad de una garantía: la contratación afecta a múltiples derechos e intereses que exigen una garantía del cumplimiento de sus obligaciones.

El concepto de garantía debe ser «descolonizado» del de fianza. Las garantías administrativas no pueden identificarse con las fianzas civiles. El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, sumamente técnico, no utiliza ni una sola vez la palabra fianza para designar estas garantías de la contratación. Bueno, lo que el autor creo que quiere decir es que la garantía puede tener muchas formas, una de las cuales puede ser la fianza, a que se refiere el artículo 75 del Reglamento citado. Con todo, la garantía administrativa cubre el cumplimiento del contrato, las responsabilidades de la gestión del mismo y la seriedad de la oferta. Sus notas típicas son: la unilateralidad, obligatoriedad, sustantividad e inembargabilidad.

Completa el estudio hablando de las clases, las formas, las circunstancias personales y las de tiempo y lugar que influyen en la constitución de las garantías, así como ciertos casos que tienen carácter especial (inmuebles con precio aplazado, el contrato de gestión afianzada, el contrato por varios años y el de conciertos directos). Termina la exposición con el estudio de la fianza en los contratos de suministro, el procedimiento para exigir responsabilidades y la extinción.

D) *Ejecución y efectos de los contratos*

Como principio general, el autor destaca el del *pacta sunt servanda* como esencial. No obstante, precisa que el contrato hay que cumplirlo con arreglo a sus cláusulas y a los pliegos de condiciones, pero como aquéllas no pueden estar en contradicción con éstas llegamos a la conclusión de que los contratos tienen que ejecutarse lo más ajustadamente posible a los pliegos de condiciones. Junto a este principio general, a la teoría de la interpretación y a la doctrina del riesgo y ventura, el autor estudia la problemática de la revisión de precios, junto con la cláusula *rebus sic stantibus*, la doctrina de la mora y las posibles modificaciones objetivas y subjetivas.

En la patología del contrato ofrece como primeras materias a estudiar la nulidad, la rescisión y la resolución, temas que el autor califica de confusos dentro de la doctrina administrativa y la práctica. Para precisar el concepto de nulidad se vale del genérico que atribuye a la falta de requisito o vicio de los mismos la causa de ella. El contrato administrativo será nulo por vicio o falta de voluntad, de objeto o de causa, siempre que «sean anteriores a la perfección del contrato». La rescisión y la resolución vienen siempre producidas por «causas posteriores».

Junto a esas figuras estudia también el autor la de la *denuncia* o facultad que tiene la Administración para dar por extinguido el contrato en virtud de ciertos hechos que aconsejan la extinción del mismo por causas de interés público.

Consumación y perfeccionamiento, debidamente separados, son los dos temas últimos que se afrontan en la publicación. Con su precisión (perfección supone reunión de todos los requisitos contractuales, y consumación, realización de sus prestaciones) se avanza para distinguir la recepción provisional y definitiva de obras y la llamada consumación anormal.

De sumo interés hemos calificado la parte que el autor llama anotaciones y en la cual va planteándose una serie de cuestiones sobre casos concretos, como puede ser la intervención de fedatarios en los contratos municipales, el pliego de condiciones, la presentación de proposiciones, bastantear de poderes, etc. Igualmente es de una utilidad inapreciable la jurisprudencia, que incluye por orden alfabético en un alarde de síntesis utilitaria. Estas dos últimas partes, junto con la destinada a formularios, serán, sin duda, las más utilizadas en la finalidad práctica que el libro lleva. Plácemes debe recibir el índice analítico de conceptos y la inclusión del texto del Reglamento de Contratación.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CADARSO PALÁU, J.: *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*. Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1976.

En esa línea progresiva de publicaciones que respondan a la doble vertiente de la actualidad y el tema original, Montecorvo nos ofrece en esta monografía esa doble exigencia, pues, por una parte, la temática de una responsabilidad de personas técnicas que intervienen en la construcción está en la zona de la noticia casi periodística y, de otra, el tema que se escoge no es de los que pueden ofrecer bibliografías para su estudio.

Debe ser molesto que a uno se le caiga una casa cuyos planos, construcción y edificación ha dirigido y presenciado; pero «al que anda le sucede».

Un descuido, unos sacos de arena en vez de cemento, etc., pueden provocar el hundimiento de algo que estaba proyectado para ser una realidad con vida de largos años. Que esto sucede debe ser cierto, pues de lo contrario no hubieran pensado en esa posibilidad el artículo 1.591 del Código civil y sus antecesores de quienes trae causa. Quizá ahora las casas se caen con más frecuencia que antes—y en esto España, con sus monumentos románicos y góticos, puede ofrecer serios testimonios—, pero también es cierto que ahora las cosas se hacen con más urgencia, las construcciones se multiplican y las noticias de hundimientos se difunden con más rapidez y a mayor número de escuchas.

Prologa el libro monográfico GARCÍA CANTERO, quien es además el director de la tesis doctoral cuyo tema es el que se ofrece, y en sus acertadas precisiones dice que el profesor CADARSO PALÁU efectúa una gran aportación a la dogmática del contrato de obra, no limitándose aquella al concreto tema estudiado, sino a otros puntos, tales como la problemática del contrato que celebran los técnicos de la obra, el subcontrato de obra, la función del promotor o la relevancia de los vicios en el contrato de obra.

En lo que discrepo del prologuista es en esa especie de presentación que del autor hace, ya que dice que no es firma desconocida en las revistas de la especialidad, pues hace algún tiempo se asoma a sus páginas con la publicación de lo que ha dado en llamarse *trabajos menores* (recensiones, críticas de jurisprudencia, etc.). Esta clasificación que el prologuista parece aceptar entre trabajos «menores» y «mayores» pudiera ser exacta si se la equipara a esas expresiones o giros de nuestra lengua que salen espontáneamente: ¡Eso son palabras mayores! Y cuando uno pretende distinguir entre mayores y menores resulta que no existen grandes diferencias. Pudiera ser que en materia de aguas el matiz se imponga. De cualquier forma me resisto a creer que la recensión o el comentario a una jurisprudencia o la nota sea un trabajo «menor». No ocupa, por supuesto, la planta noble de las revistas y no tiene la «extensión» del trabajo monográfico, del artículo, del libro, del tratado; pero no hay que olvidar nunca que es literatura jurídica y que para realizarla son precisas unas cualidades semejantes a las del publicista y, además, el impresionismo y el juicio. ALFONSO REYES, citado en la obra de GUILLERMO DE TORRE (*Nuevas direcciones de la crítica literaria*), decía: «Cuando en materia literaria la crítica se limita a registrar los hechos, se queda en historia de la literatura. Cuando define por esquema y espectro el fenómeno literario es teoría de la literatura. Cuando pretende dictar reglas a la creación, autorizándose ya en la experiencia o ya en la doctrina—sea ésta filosófica, estética, ética o hasta meramente política—, se desvirtúa en preceptiva. En los dos polos del eje crítico encontramos el impresionismo y el juicio: Aquél es la crítica artística, creación provocada por la creación; no parásita, como injustamente se dice, ni inquilina; subordinada a la creación sólo en concepto, no en calidad, puesto que puede ser superior al estímulo que la desata. Y éste, el juicio, corona el criterio...» ¡Si el prologuista hubiese dicho que la recensión es «género chico» me hubiese sentido hasta halagado!

El libro que recensiono creo que puede admitir una ulterior clasificación de materias, que al agruparse permitan al lector una rápida visión de su contenido. Distinguimos cinco partes: la histórica y legislación actual, los requisitos o presupuestos, los elementos personales, los criterios de atribución y distribución de responsabilidad y el tiempo y la prescripción de la acción. El libro contiene, aparte del prólogo y la introducción, un índice sumarial, una tabla de abreviaturas y un índice alfabético de obras consultadas. A mi entender, debería llevar otro índice conceptual. La materia va dividida en ocho capítulos, existiendo numerosas notas a pie de página.

A) *Historia, Derecho comparado y actual español*

La parte histórica de la institución se sitúa en sus orígenes en el *Codex Theodosianus*, que contiene una constitución de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, dictada en el año 385, en la que se imponía a los *curatores* de las obras públicas la responsabilidad por los vicios que apareciesen durante quince años. El carácter público de la norma dificultó enormemente el paralelo dentro del Derecho privado, que el autor estudia en un intento de búsqueda.

En el Derecho intermedio, la aproximación pública de la norma a la regla privada es patente. Así, el autor cita el Estatuto de Módena (año 1327), el Derecho francés del siglo xv, el pandectismo y el Código civil francés, donde aparece como un instituto singular, casi como un cuerpo extraño.

En el recorrido que el autor ofrece por el Derecho histórico español se cita la Ley 21, título 32, de la Partida 3.ª, y la Ley 16, título 8, de la Partida 5.ª, que GREGORIO LÓPEZ consideró complementarias, entendiendo que lo dispuesto para las obras públicas podía aplicarse a las privadas.

En el Derecho comparado, el autor cita el francés (con los arts. 1.792 y 2.270) y estudia su contenido, incluida la reforma de 3 de enero de 1967; el Derecho italiano, en el que compara la normativa del Código de 1865, con la del de 1942 (arts. 1.669 y complementarios); el Derecho portugués, que aporta en el año 1966 una nueva normativa inspirada en los Códigos europeos más modernos; el Derecho alemán, y el Derecho suizo.

Dentro de la normativa actual de nuestro Código civil, el autor hace un alarde de investigación histórica basándose en el Proyecto de Código de 1851 y el Anteproyecto de 1882-1888, que desemboca en la regulación del artículo 1.591 y su complementario 1.909. Expuesto el articulado se hace necesario centrar la naturaleza jurídica de la responsabilidad decenal, para lo cual aporta tres teorías: la extracontractual, la de naturaleza legal y la contractual. Aun reconociendo el autor la gran fuerza que puede tener la idea de la responsabilidad legal por razones de orden público, insiste en que se trata de una responsabilidad contractualista, aun y a pesar de si bien al arquitecto no se le puede considerar parte en el contrato de obra que el contratista celebra con el dueño, él también está vinculado a este último con un contrato de obra—llámesele «contrato de obra intelectual»—generador de obligaciones de resultado.

B) *Requisitos y presupuestos*

Para el adecuado encuadre de la responsabilidad decenal y su vigencia es preciso centrar los requisitos o presupuestos necesarios que la hagan surgir. El autor estima que son fundamentalmente tres: el concepto de «edificio», la idea de «ruina» y los llamados «vicios de la construcción». Estos son precisamente los temas que se desarrollan a lo largo de los tres capítulos que se destinan a la materia.

Si problemática es la noción de «edificio» en su proyección económica y elementos componentes, así como con las ideas de «instalaciones complementarias» y la noción de «construcción», es también complejo el concepto de «ruina» y su posible ampliación. La mezcla de las ideas de ruina «total y parcial», ruina actual, amenaza de ruina y peligro de ruina, así como el de «ruina funcional», complican enormemente las cosas, salvándose estas complicaciones por el autor con sin igual maestría. Igualmente, la materia de vicios—en su posible apariencia u ocultación—presenta serias dificultades interpretativas, concluyendo el autor que la responsabilidad decenal tendrá aplicación aun en el caso de un vicio aparente, siempre que sus consecuencias permanezcan inciertas.

El último presupuesto que el autor estudia en forma separada es el de la «culpa», como presupuesto para exigir la responsabilidad decenal. El autor adelanta que «aun sin llegar a pensar en un sistema de responsabilidad objetiva, sí cabe anotar un tratamiento especialmente riguroso de la responsabilidad de arquitectos y contratistas, a través de una severa apreciación del comportamiento de acuerdo con el criterio de 'profesionalidad' (que atiende a la impericia como metro de la imputabilidad) en conexión con la idea de 'resultado', que contribuye a caracterizar las obligaciones derivadas del contrato de obra».

Un último tema expone el autor en relación con la materia: generalizada la afirmación de que la responsabilidad decenal se basa en la culpa, predomina también la convicción de que esta culpa se presume, con lo que, en el orden procesal, se produce un desplazamiento de la carga de la prueba del actor al demandado.

C) *Ambito subjetivo*

El autor divide su estudio en dos partes claras y concretas: personas frente a las que se responde y personas responsables. Es decir, el autor plantea, en orden al ejercicio de la acción de responsabilidad decenal, la doble alternativa procesal de la legitimación activa y pasiva. O lo que es lo mismo quién puede ejercitar la acción y contra quién ha de dirigirse. Dentro del primer supuesto analiza el caso del comitente-propietario, el subadquirente del edificio y otros terceros. En el segundo caso, el análisis es más profundo al ir recorriendo las figuras de los arquitectos, aparejadores y otros técnicos, así como la del subcontratista y los problemas de la transmisión *mortis causa* de la responsabilidad y la noción de las nuevas modalidades de construcción, especialmente la realizada por «promotores» en su múltiple acepción.

D) *Atribución y distribución de responsabilidad*

El sistema de responsabilidad privativa que el artículo 1.591 del Código civil implanta supone la constatación legal de la diferenciación entre los distintos profesionales que en la construcción intervienen, así como también las distintas funciones que integran el hecho constructivo. Pero al lado de esta diáfana manera de distribuir responsabilidades surgen las serias dificultades que plantea su aplicación, sobre todo al tratar de precisar los llamados vicios de la «construcción y del «suelo o de la dirección». El estudio se complementa con la inevitable cuestión de la responsabilidad solidaria. El autor afirma en su fase de conclusiones que «en los casos de concurrencia acumulativa, y cuando no quepa fijar la parte correspondiente a cada responsable, debe admitirse una condena por el todo, sin perjuicio de las subsiguientes acciones de regreso. El principio de responsabilidad privativa será aquí el punto de llegada.

E) *El tiempo y la prescripción*

Dos cuestiones deslinda el autor en este espacio: el plazo decenal de garantía y la prescripción de la acción. De *lege data* entiende aplicable el plazo de quince años, aun en contra de la opinión que mantiene el prologoista y director de la tesis doctoral contenido de esta obra, que debe constituir de ahora en adelante «libro de cabecera» de arquitectos, contratistas y promotores en esa labor de seguir construyendo España.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Los derechos reales administrativos*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1975.

En varias ocasiones ya he reconocido con auténtico placer, por supuesto, obras del autor del estudio que ahora traigo a estas páginas. Esta reptición de «autor» podría llevar al ánimo del lector la existencia de una especie de «exclusivas» de recensiones en torno a éste. Y no es así. Encargado de esta sección tengo inevitablemente que matizar, elegir, seleccionar y traer a estas páginas la actualidad «libraria» en materia de urbanismo y otras que permitan la especial dedicación de la Revista. Y sucede que en esa selección de obras con auténtica insistencia aparece el nombre fecundo de GONZÁLEZ PÉREZ. No lo puedo evitar y además me complazco en ello, pues de su claridad, de su precisión, de su fondo y de su experiencia siempre hay que aprender mucho.

Para el lector reacio a la admisión de lo dicho anteriormente hay que añadir algo más. Recensionar a un mismo autor con cierta reiteración es ponerse a sí mismo una especie de cerco en el cual resulta muy difícil moverse. El primer trabajo puede admitir el perfil del autor; el segundo, el de su obra; el tercero, el de su proyección; el cuarto... Aquí empieza a pasar como en esa forma de escribir que tiene FRANCISCO UMBRAL al traer al periódico los grandes temas de los tiempos modernos vestidos—como dice PEDRO QUIÑONERO—con sus ropajes de estilo e indiferencia. Escribir de esa forma—dice dicho autor—es morir un poco cada día. Lo mismo pasa aquí, con las naturales diferencias y distancias que me separan de UMBRAL, que escribir sobre un mismo autor con cierta frecuencia es «morir un poco», aunque se haga con mucha satisfacción.

Bien. El trabajo que ahora nos toca en turno recensionar data del año 1957, y que ahora ve la luz alterando las dos últimas cifras del año citado. Fue la lección magistral que el autor eligió para sus ejercicios de cátedra de Derecho administrativo de las Universidades de Valladolid y La Laguna. El trabajo ya fue publicado, pero ahora lo es con ciertos retoques mínimos impuestos por las modificaciones legislativas. Comprendo que el autor tenga cierta predilección por este trabajo, pues en el fondo su título «levanta un poco la boina» (como diría un buen chicarrón del Norte) de esa exquisitez administrativa tan opuesta a posibles contaminaciones «jurídicas» procedentes del campo del Derecho privado. Las clases sociales han marcado en España grandes zanjadas de separación, y esa forma de ser la han heredado con cierta altivez los diferentes Derechos desgajados del común. La labor de GONZÁLEZ PÉREZ, no sé si bien valorada por los militantes administrativos, es echar tierra en esos fosos de separación para que ésta no se note tanto...

La obra es breve. Se lee en una tarde soleada, aunque para meditarla y asimilarla sean necesarias algunas tardes más, también soleadas. Pudiera parecer que al hablar de «tardes soleadas» estoy quitando importancia a la publicación, que tiene claridad y luz propia, y no es así, pues al pedir ayuda al sol lo que hago es eliminar penumbras que enfrían ánimos de comprensión. Se divide en cuatro partes, destinada la primera a la introducción del concepto, la segunda a las nociones generales, la tercera a los elementos y la cuarta al nacimiento, comercio jurídico y extinción. Tiene notas a pie de página, pero carece de un índice bibliográfico y otro de conceptos. No hubiera costado mucho hacerlos.

A) *Introducción*

El autor plantea en esta parte la razón jurídica de la existencia de la figura, su origen y los argumentos contrarios que a la misma se le han

opuesto. HAURIUO puede decirse que es el artífice o pionero de la figura. Al enfrentarse con un *arrêt* del Conseil d'Etat (25 de mayo de 1906) no vacila en proclamar que se está en presencia de un auténtico derecho real. La nueva categoría jurídica va a lograr la construcción definitiva en una célebre monografía: *Teoría de los derechos reales administrativos*, de RIGAUD. Desde entonces—como capuletos y montescos—la doctrina se divide: unos defienden la figura y otros la niegan.

Las dos grandes razones que se aducen en contra de ella se basan en que los bienes de dominio público están fuera del tráfico jurídico, al ser inalienables, imprescriptibles y no susceptibles de gravamen. De otra parte, en que los derechos reales su nota característica es los efectos *erga omnes*, que quiebra en los administrativos. A la primera cuestión se contestó que «al lado del comercio jurídico privado existe un comercio jurídico público, que en modo alguno resulta incompatible con la esencia de los bienes de esta naturaleza». A la segunda se reaccionó estimando la eficacia del Derecho frente a todos, incluso frente a la Administración, salvo en la «línea de precariedad», y hasta frente a la misma.

La sentencia de 17 de junio de 1950, último de los argumentos esgrimidos por el autor, estima que es posible llegar a la admisión de los derechos reales administrativos «que en ningún caso supongan la adquisición del dominio público».

B) *Nociones generales*

Tres puntos fundamentales—siguiendo la dogmática privatística de exposición—se abordan como necesarios para comprender la construcción de la figura. Para el autor, el concepto está claro: «Los derechos reales administrativos o, al menos, los derechos reales administrativos que aquí interesan, son los derechos reales cuyo objeto son cosas de dominio público.» Pero a esta afirmación le deben seguir ciertas precisiones, pues para que exista derecho real administrativo es necesario un auténtico derecho subjetivo, que ese derecho sea real y que el objeto del mismo sea un bien de dominio público. Estas precisiones las desarrolla el autor con todo su fondo doctrinal.

Respecto a la naturaleza jurídica—segundo punto fundamental—, el autor reduce a dos las notas que permiten ver la misma: se trata de derechos reales (recaen sobre la cosa con eficacia *erga omnes*) y son administrativos (en el sentido de figuras propias que recaen sobre un bien de dominio público).

El tercer punto fundamental es el de la clasificación sometida también al inevitable yugo de la sistemática privatística. El autor afirma que de las tres categorías que la doctrina viene admitiendo en torno a los derechos reales (goce, garantía y adquisición), sólo cabe en el campo administrativo el primero y el tercero. La figura del derecho de garantía sobre un bien de dominio público es inadmisibles (bienes inembargables y no susceptibles de gravamen). De ahí que dentro de los derechos de goce destaque el de uso (con o sin ocupación); en los derechos de disfrute (concesiones mineras, de pesca, sobre bienes comunales, etc.), los que implican consumo de la cosa (aprovechamiento de aguas públicas), y entre los de adquisición, los tanteos, retractos y el derecho de reversión.

C) *Elementos del derecho real*

Sujeto, objeto y contenido cierran la lista de elementos posibles de exposición. En el sujeto se estudia el activo (el que ostenta el poder) y el

pasivo de carácter indeterminado. En el objeto se circunscribe a la precisión de tratarse de un bien de dominio público con ciertas circunstancias, y en el contenido se refiere a las facultades que se reconocen al titular y que vendrán dadas por las peculiaridades de cada Derecho.

D) *Nacimiento, comercio y extinción*

En materia del nacimiento, el guion del Derecho privado se tuerce. Los modos típicos de nacimiento del Derecho no pueden ser los del privado. El Derecho nace por un acto típicamente administrativo: la concesión, aparte de la ley y la prescripción.

El comercio jurídico, en principio, parece ser un obstáculo. «El hecho de que el dominio público esté sustraído al tráfico jurídico ordinario no impide que los derechos reales reconocidos sobre el mismo puedan ser objeto de los negocios típicos del Derecho civil», aunque con un régimen especial.

Por último, referente a su extinción, el autor parte de una distinción, según se trate de modos relativos al «sujeto» o al «objeto» y título constitutivo. En el primer caso estudia y contempla los que dependen del titular (renuncia y no ejercicio del Derecho), y los que dependen del concesionario (incumplimiento, interés público). Los referentes al «objeto» se refieren a la desaparición de la cosa y la desafectación. En relación con los relativos al título de constitución hay que contemplar el juego del plazo, que viene a ser requisito imprescindible en toda concesión administrativa.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Libertades cívicas y Derecho penal*. Editorial Tecnos, Madrid, 1975.

La Editorial Tecnos, en su amplia gama de publicaciones, ofrece al lector un tema importante y de auténtica actualidad: la problemática de las libertades cívicas en relación con el Derecho penal. El subtítulo de la publicación sigue teniendo la garra suficiente para seguir en la misma línea de actualidad: sobre los delitos cometidos con ocasión de los derechos de la persona reconocidos por las leyes.

En la presentación del libro se dice que el profesor RODRÍGUEZ RAMOS contempla, desde el punto de vista técnico-jurídico, la parcela penal del problema ofreciendo posibles soluciones de *lege ferenda*. La actualidad del tema, el nivel científico de su tratamiento y la funcionalidad de las soluciones que se aportan, junto a la ausencia de obras con análogo contenido, confieren a este libro un alto valor doctrinal y práctico.

La verdad sea dicha, que a mí el libro, que pudo prologar el profesor JUAN DEL ROSAL, ya fallecido, y que a mí tuvo la condescendencia de otorgarme un aprobado, «raspado» hace ya muchos años, me impresiona. Es un recorrido altamente aleccionador por el campo de las posibles «libertades» y su repercusión dentro del campo penal, materia poco tratada y, por supuesto, solamente al alcance de los auténticos especialistas, como el autor de la obra.

La fuerza de la exposición se complementa, en último extremo, con las conclusiones que de *lege ferenda* el autor va proponiendo. Al filo de esta recensión leo en el periódico de la mañana o de la tarde, pues ambos ya

vienen a decir igual con banderas diferentes—que el Código penal se va a reformar para definir los derechos de reunión, asociaciones y expresión. Es decir, vamos a subir un nuevo peldaño en esta tarea de «democratizar» nuestra España.

Gobernar pensando lo que opina el posible país vecino—y en este caso nuestro es Europa—es difícil y poco flexible, pero puede ser una política aconsejable en ese mundo lleno de hilos finos e invisibles que sólo saben ver los que están inmersos e implicados en la problemática nacional.

A poco, sin embargo, que uno intente penetrar en ese mundo de posibles reformas que se avecina, presiente que esto va a tomar auténticas alturas jamás superadas. Con técnica guerrera—muy en la terminología de los últimos combatientes—podríamos aventurar la idea del logro de unas cotas de niveles mundiales. Y en este momento me vais a permitir que haga cita de un artículo que hace poco leí y que firmaba JOSÉ MARIO ARMERO. Creo que pertenecía a la revista *Blanco y Negro*. Contaba el autor que él tenía un amigo americano que vivía en España hace muchos años, pero que recientemente había percibido esta «impresionante» evolución que el país estaba tomando en el sentido de lograr una perfecta «democratización», reglamentar definitivamente el derecho de la «huelga», lograr una auténtica «contaminación» atmosférica gracias a nuestra industria floreciente y la venta masiva del automóvil, que la presión fiscal va a ser auténticamente igualitaria y que la justicia social va a ser una realidad permanente... y el americano reflexionaba y decía: «Te he de confesar que a mí me gustaba mucho el *slogan* ese de *España es diferente*. Y ahora vosotros habláis de acercamientos ideológicos en política al mundo occidental, de otras libertades... Ya no me interesa vivir en España. Dentro de unos años esto será como Francia, Inglaterra o los mismos Estados Unidos. O casi. Para eso prefiero vivir entre mis compatriotas.»

Es curioso, y con esto ya nos dejamos de alejar del tema de la obra que recensionamos, que el término medio en el que debe moverse la reforma ha de estar más que en la capacidad de «ósmosis» que la nueva situación admita, en la recepción que la idiosincrasia del país permita. El criterio valorativo de los dirigentes es el que va a determinar para un futuro el éxito o el fracaso rotundo.

«La pregunta medular de estas páginas—dice el autor de la publicación—, y al mismo tiempo la más profunda, tiene una doble vertiente. De un lado, interesa diagnosticar en qué medida protege el vigente Código penal las libertades cívicas de los españoles frente a los posibles abusos de los funcionarios públicos y de los demás ciudadanos; de otro, es ineludible fundamentar tal diagnóstico en los principios metapenales que inspiran tal legislación penal. Como pasos previos en el camino de respuesta a tales inquisiciones surgirán igualmente las relativas a la ubicación sistemática de tales preceptos, a la calidad técnico-jurídica y político criminal de los mismos, a la naturaleza y cuantía de las penas, a la convivencia de injustos penales y administrativos, a las especialidades orgánico jurisdiccionales y procesales. Completado el diagnóstico, se pasará a la aportación de posibles soluciones.»

He aquí, magistralmente expuesto por el autor, el contenido del volumen. Dos son sus partes: expositiva y de posibles soluciones, y a ellas les precede un índice sumarial de la obra, una clave de abreviaturas empleadas, una introducción de la delimitación temática de la obra con previa nota de presentación de la misma, para terminar con un índice de bibliografía empleada. Para esa completa perfección que exige a las obras de tesis sería preciso añadirle en sucesivas ediciones una especie de índice conceptual. Eso, como los semáforos y los pasos de cebra, ayuda mucho al ciudadano que quiere saber sus derechos. No obstante, no hay que olvidar aquel epi-

tafio que figuraba en la tumba de un peatón en nuestros tiempos: «Aquí yace un peatón que teniendo derecho de preferente paso en uno de cebrá, lo ejerció.»

A) *Análisis de los diferentes delitos*

El campo de investigación seleccionado se centra en «los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes», y dentro de los mismos el autor examina los siguientes:

- a) El principio de la genérica protección de libertades, a través del artículo 194 del Código penal, que impone pena de inhabilitación especial a la autoridad o funcionario que impida el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes.

A la enumeración del delito le sigue el estudio histórico de la figura, naturaleza y alcance, ámbito, sujetos activo y pasivo del mismo, así como el doble problema de la injusticia y de la culpabilidad. Entre los derechos que parecen quedar protegidos están el de recibir educación, el de igualdad de oportunidades (plasmado en el derecho de desempeñar cargos y funciones públicas con arreglo al mérito y capacidad), el de la nacionalidad, el de petición, etc. Su admisión está condicionada por ser derechos no especialmente tutelados por algún otro artículo de la sección del Código.

- b) Libertad de expresión y de prensa. Vienen recogidos en los artículos 165; 165 bis, a) y b), y 193, que también son estudiados en el mismo esquema que hemos expuesto anteriormente. A la parte llamativa del delito se le añade la precisión técnica del estudio del mismo y de sus requisitos y penalidades.
- c) Libertad de reunión y de manifestación. Juegan los artículos 166 a 171 y 195 del Código penal. Es claro que la materia no puede ser de mayor actualidad y que dentro de los matices que el estudio ofrece se ven las grandes posibilidades que la libertad individual puede permitir en su restricción. Quizá esta materia—con el anuncio de la reforma—sirva en su día de elemento comparativo con el nuevo texto.
- d) Libertad de asociación. Se agrupa el delito en su matización en los artículos 172 a 176 y 195 del Código penal, que precisan la ilicitud de la asociación o cuando es ilícita la asociación y las penas en que se incurre. Por supuesto—y ajustándose al esquema inicialmente trazado—, el autor examina científicamente el delito. Materia ésta que también sufrirá su día el necesario reajuste.
- e) Libertad de enseñanza. Es quizá el delito en el que el supuesto material del delito es sumamente vago y confuso, siendo precisa una delimitación de los supuestos delictivos más exacta y segura que la resultante de remitir a ciertas normas extrapenales. Se ocupan los artículos 177 y 197.
- f) Garantía jurisdiccional. Los artículos 178, 179, 180, 182, 183 y 199 se encargan de estructurar el delito y suponen la protección a la llamada división de poderes, en especial a la independencia del poder judicial.
- g) Principio de legalidad de las penas, que supone la protección contra el establecimiento y aplicación de una penalidad distinta de la prescrita en la ley. Lo regula el artículo 181, y el autor lo desarrolla en la forma habitual de su exposición.
- h) Detenciones ilegales. Incurrirán en las penas que se señalan los funcionarios que cometieren ese delito que perfilan los artículos 184 a 188 del tan citado Código penal.

- i) Libertad de residencia y domicilio, que junto con el principio de la inviolabilidad del domicilio (arts. 189, 190 y 191) estudia el autor en ese alarde de actualidad que respira la publicación.

Por último, y a fin de evitar mayor número de enunciaciones clasificatorias, hemos de citar el examen que se hace de cuatro principios que constituyen otras tantas manifestaciones del principio de libertad humana: la inviolabilidad de la correspondencia (art. 192), la libertad profesional (artículo 198), la legalidad de exacciones y expropiaciones (arts. 196 y 200 a 204) y la libertad religiosa (arts. 205 a 206).

B) Conclusiones

Después de ese estudio minucioso de cada delito en particular, el autor reflexiona y saca conclusiones críticas que son muy de agradecer, pues su visión desde el campo del especialista debe ser tenida en cuenta en los propósitos de reforma. De las notas que el autor nos proporciona se deduce que existe un defensismo estatal muy acusado y una indefensión personal, junto con un carácter opresivo y represivo de la normativa penal.

¿Qué hacer entonces? El autor responde a la pregunta en sus sugerencias de *lege ferenda*: discriminalizar (separar el injusto penal del administrativo), trasvasar preceptos (prescindiendo de la seguridad interior del Estado, que puede protegerse por otros preceptos) y normalización jurisdiccional y procesal.

No quiero terminar esta especie de abreviatura del contenido del volumen sin hacer varias aclaraciones oportunas. El autor plantea al comienzo de su trabajo el interrogante del posible matiz político que pueda tener la elección de los delitos que en él se estudian, y así se pregunta: ¿Se pretende hacer un estudio del delito político en España? La contestación del autor es negativa, pero tal y como está el campo nacional de «mezclado» muy bien pudiera el «lego» suponer esa posible intención.

La claridad, la precisión y la sistemática con la que se ofrecen al lector materias tan especiales bien merecen un pláceme, pues no todos los libros y tratados sobre la materia se caracterizan por esa singular virtud que aquí destacamos.

Por último, creo que ya había dicho al comienzo cómo el profesor DEL ROSAL—recién llegado de Alemania—me había sometido en su cátedra a un examen y me había aprobado solamente, aunque, eso sí, me ofreció la posibilidad de mejorar nota, pero si no lo hice es por la razón que debo confesar ahora y por la que termino con excesiva rapidez esta reseña: mis escasos conocimientos de temas tan importantes.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

TOHARIA, JOSÉ-JUAN: *El Juez español (Un estudio sociológico)*. Colección de Ciencias Sociales, Serie de Sociología, Editorial Tecnos, un tomo de 260 págs., Madrid, 1975.

Entre la serie de trabajos que empiezan a aparecer en diversos países sobre la función judicial, examinando su operatividad en el conjunto de la vida social y proporcionando datos que permitan su mejor adecuación al tiempo y la sociedad en que vivimos, puede considerarse perfectamente

comprendida la obra a que en esta ocasión nos referimos, y que, según palabras del autor en el prólogo, constituye una versión de la tesis doctoral de TOHARIA en el Departamento de Sociología de la Universidad de Yale (USA). Así estos estudios críticos complementan el movimiento de opinión y renovación, que, como señala ELÍAS DÍAZ en la edición española de la obra de RENATO TREVES: *El Juez y la sociedad*, publicada también recientemente, viene gestándose en el seno de la Magistratura y, en general, en el ámbito de las principales profesiones jurídicas «que más directamente contribuyen hoy a la aplicación de las leyes en el marco de la denominada administración de justicia».

No es la presente la primera obra en que TOHARIA se interesa por el mundo jurídico, ya que habían aparecido anteriormente en la bibliografía española otras dos: *Modernización, autoritarismo y administración de justicia en España* y *Cambio social y vida jurídica en España*, publicadas ambas por Edicusa en el año 1974. En el prólogo de la que ahora nos ocupa expresa el autor que la perspectiva general que informa el texto es sociológica, no jurídica, habiendo tenido presente al escribirla al lector medio, no especialista en temas legales, lo cual no implica que carezca de interés para el jurista, ya que «el no iniciado, al mirar la realidad bajo análisis no con la familiaridad cotidiana de quienes la ven a diario, sino con los ojos nuevos de quien la percibe por primera vez, puede discernir en la misma aspectos y matices que por su misma óptica escapan a quienes más de cerca la conocen», y el contenido de sus páginas nos parece responde a estas consideraciones.

La obra se compone de dos partes, a que luego nos referiremos, precedidas de un índice sumarial y seguidas de dos apéndices y una interesante referencia bibliográfica, a la que se conectan las notas a pie de página. El primero de los apéndices se destina a la metodología de la encuesta, y en él se explican los criterios que han llevado al autor a la determinación de la muestra de Jueces españoles a entrevistar, selección de territorios judiciales, estratificación según categoría y tipo de destino de los Jueces y establecimiento de la muestra aleatoria para cada uno de tales grupos de juzgadores (Jueces, Magistrados-Jueces y Magistrados, pues deja fuera de su consideración a los Jueces municipales y comarcales); el segundo apéndice recoge el libro de claves y marginales, o sea, las preguntas que componían el cuestionario sometido a la consideración de los entrevistados y las respuestas globales a las mismas. Examinemos brevemente el contenido de las citadas dos partes.

A) *Primera parte.*—Se denomina «el Juez español: rasgos básicos», y en ella, a través de siete capítulos, se analizan los diversos factores que pueden condicionar o moldear la conducta del Juez en cuanto Juez, esto es, en otras palabras, los factores conformadores del «rol» de Juez.

El primer capítulo corresponde al examen del contenido normativamente establecido—en sentido sociológico—del rol de Juez, en qué debe consistir la conducta de la persona que desempeña el papel de Juez y cómo, respecto de la común función de los Jueces en diversos sistemas jurídicos de hacer justicia, las dispares tradiciones y condiciones jurídicas, políticas y socioeconómicas en que se desempeña dicha idéntica función se concretan en determinadas pautas de conducta. TOHARIA deja aquí, después del referido planteamiento, los demás elementos para la segunda parte de la obra y se centra en los jurídicos, contraponiendo la figura del Juez en los sistemas denominados de Derecho civil y de Derecho común, en base de corresponder al primero las características de tener el mismo *status* profesional que el resto de los funcionarios públicos, lo que lleva aparejada una básica falta de libertad creadora a la hora de implementar su rol judicial, y destacando al Juez español como variante del Juez de Derecho civil.

Mas como esta definición normativa no agota la explicación de la con-

ducta real de los Jueces concretos, pasa luego al análisis de otros factores: a) los contextos del aprendizaje del rol (capítulos 2 y 3); b) el role-set del Juez (o conjunto de roles directamente asociados al mismo) y los grupos de referencia extraprofesionales de los miembros de la judicatura (capítulo 4); c) la mentalidad judicial—la percepción y valoración que los Jueces tienen de su rol profesional en comparación con un prototipo ideal (capítulo 5) y con otros roles profesionales jurídicos (capítulo 6), así como las actitudes respecto de diversos temas jurídicos significativos (capítulo 7).

Así, el capítulo 2 se destina al análisis de lo que se considera uno de los rasgos básicos de la judicatura española: el constituir una carrera burocrática, deteniéndose especialmente en la selección de nuevos miembros, las instancias socializadoras (los procesos a través de los cuales son introducidos en los usos y valores judiciales), los destinos y ascensos y el régimen de retribución económica.

El capítulo 3 considera la incidencia de los orígenes social y geográfico, pretendiendo resolver el interrogante de si por su origen, y no ya solamente por su configuración institucional, forman los Jueces un todo básicamente homogéneo con los funcionarios públicos.

El capítulo 4 se dedica al «entorno social», dirigiendo su atención primero a los dos roles jurídicos más conectados con el de Juez (los de Abogado y Fiscal), y después, como anticipamos, a los principales grupos de referencia e información no directamente relacionados con la esfera jurídica, estudiándose cuestiones como la asociatividad de los Jueces, sus amigos, la percepción de la realidad social.

En el capítulo 5 inicia TOHARIA el análisis de la mentalidad judicial con la consideración de la concepción del Juez ideal, o sea, el punto neurálgico de la concepción del propio rol, partiendo de las dimensiones o rasgos básicos (competencia, independencia y dedicación, relacionadas con su carácter funcional; creatividad legal, formalismo y flexibilidad general, relacionadas con el margen de libertad creadora que les es permitido; implicación social y defensa de libertades y derechos, relacionadas con su margen de influencia en los asuntos públicos, más la religiosidad y la vida privada).

En el capítulo 6 se estudia la relación entre la satisfacción con el modo en que el propio rol es desempeñado y la que corresponde a la importancia social que dicho desempeño parece conferir. El autor titula este capítulo «La imagen pública y la privada; un intento interpretativo».

El capítulo 7, y último de los dedicados a la mentalidad judicial, contiene las encuestas y datos sobre el Juez español ante el jurado, el divorcio y las leyes forales, como temas polémicos en los que consideraciones ideológicas, históricas, políticas y aun religiosas se entremezclan con frecuencia con las puramente técnico-jurídicas.

B) *Segunda parte.*—Se denomina «el marco de la actividad judicial», y en ella se ofrece una panorámica del contexto institucional-estructural, político y socioeconómico en que los Jueces han de desempeñar su tarea, a la vez que establece el grado en que ésta se ve afectada por dicho contexto. Se compone de tres capítulos.

El primero de ellos, el 8, corresponde a la estructura jurisdiccional, delimitando el marco que en dicho sentido fija el radio de alcance posible de la actividad judicial, y a dichos efectos distingue los Tribunales ordinarios (jurisdicción ordinaria común y ordinaria especializada, comprendiendo en esta última la contencioso-administrativa solo), de los Tribunales especiales, cuya existencia en nuestros días la estima el autor resultado de la lógica interna del sistema político, y que implica una reducción del flujo de litigios, que desemboca en las tres grandes áreas que constituyen el marco propio de actuación de los Tribunales ordinarios: civil, mercantil-económico y penal.

El capítulo 9 estudia, por una parte, los efectos del proceso de crecimiento económico sobre las tasas de litigación ante los Tribunales, respecto de cuyo extremo concluye que el proceso industrializador parece estar fomentando el no recurso a los Tribunales a la hora de resolver buena parte de los litigios o conflictos jurídicos que se plantean en la sociedad; de otra, la percepción y valoración que de los cambios en dichas tasas parecen tener los miembros de la judicatura, así como el impacto de dicho crecimiento en cuanto a la complejidad de la tarea judicial.

El capítulo 10 concierne al tema «justicia y política en la España actual», y en él se intenta esbozar, a partir de los datos referentes a las predisposiciones ideológicas de los actuales Jueces, un posible modelo interpretativo de la situación de la administración de justicia en un régimen de autoridad, concluyendo que la situación es una judicatura básicamente independiente y despolitizada e ideológicamente plural en el seno de un régimen autoritario, y que la aparente paradoja entre los términos judicatura independiente y régimen autoritario es posible salvarla relacionándola con la coexistencia de jurisdicciones especiales junto a una jurisdicción ordinaria, lo que constituye la combinación límite que posibilita la organización jurisdiccional en un sistema político de tal naturaleza.



Hasta aquí una síntesis del contenido de la obra, en la que TOHARIA, como expresa en el prólogo, procura sacar ante nuestra observación una zona de la realidad social, exponiendo lo más objetivamente posible sus características, estructura y funcionamiento, buscando decir cómo son las cosas más que cómo querría el autor que fuesen. Nos hubiese gustado detenernos más profundamente en los datos, tablas y encuestas recogidos, pero ello excedería los límites de la recensión de una obra de esta naturaleza, y confío que quien haya tenido la bondad de leer estas líneas hasta el final se anime personalmente a sumergirse en la lectura de las páginas de un trabajo poco corriente en nuestra bibliografía hasta el presente y seguramente necesario.

JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO

REVISTAS

1000

1000

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Julio-septiembre 1975

Situación jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio, por Gabriel García Cantero, págs. 521 a 551.

Adquisición y restitución de frutos por el poseedor, por Jesús Delgado Echeverría, págs. 551 a 639.

Matrimonio civil y revisión del Concordato, por Alberto de la Hera, páginas 639 a 683.

Octubre-diciembre 1975

Capacidad de la mujer casada y economía conyugal, por Luis Díez Picazo, págs. 859 a 875.

Inalienabilidad de la persona, alienabilidad de los servicios. Apunte sobre el tema en Hegel y sus precedentes, por Manuel Alonso Olea, páginas 875 a 897.

El artículo 1.701 del Código civil, por Juan Manuel Rey Portolés, páginas 897 a 979.

DOCUMENTACION JURIDICA

Núm. 6, abril-junio 1975

Derecho penal en España de 1970 a 1975, por Antonio Beristáin, páginas 223 a 283.

Elementos jurídicos de la integración europea, por Juan de Miguel Zaragoza, págs. 283 a 349.

El problema de la eficacia como título ejecutivo del acta de conciliación a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por Antonio Perea Vallano, págs. 349 a 367.

La tendencia a la creación de Tribunales de Familia, por José María Castán Vázquez, págs. 367 a 379.

La institución tutelar y el acogimiento de los menores carentes de medio familiar normal, por el doctor Luis Mendizábal Osés, págs. 379 a 407.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Núm. 121, enero-febrero 1976

La desgravación por inversiones en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas en los años 1975 y 1976, por Hermenegildo Rodríguez, págs. 15 a 29.

Breves comentarios a las medidas coyunturales de noviembre de 1975, por José Menéndez, págs. 29 a 52.

Las viales surgidas de los planes urbanísticos en relación al Arbitrio Municipal sobre las Plusvalías, por Luis María Cazorla Prieto, páginas 121 a 135.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Exenciones reconocidas a las construcciones existentes en polígonos de nueva urbaniza-

ción, por José Menéndez, págs. 135 a 141.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 137, julio-septiembre 1975

Sociedades de garantía mutua, por Alberto Bercovitz, págs. 269 a 301.

Sobre la «mercantilidad» de las cooperativas, por Juan Gómez Calero, págs. 301 a 347.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Diciembre 1975

La jurisprudencia como fuente jurídica en el nuevo título preliminar del Código civil aprobado por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por José Rodríguez del Barco, págs. 993 a 1005.

Régimen patrimonial de las confesiones religiosas en España, por José M. González del Valle, págs. 1006 a 1023.

Enero 1976

La génesis de la reforma del título preliminar del Código civil, por José María Castán Vázquez, págs. 3 a 21.

Los derechos esenciales y protección a la minoría en la sociedad anónima, por José Luis Espinosa Anta, págs. 22 a 47.

Febrero 1976

Derechos reales de adquisición, por Manuel García-Amigó, págs. 99 a 131.

Transformación de sociedades, por Ricardo Egea Ibáñez, págs. 131 a 146.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Núm. 4, año 1975

Responsabilidad médica. Proceso médico, por Prieto Castro y Errándiz L., págs. 707 a 729.

El control judicial de la quiebra y las juntas de acreedores, por Manuel Comellas Salmerón, págs. 729 a 745.

El proceso contencioso-administrativo en materia de propiedad industrial, por Francisco Fuentes Carsí, págs. 745 a 805.

La valoración de la prueba penal, por Faustino Gutiérrez-Alviz y Contradi, págs. 805 a 843.

Evolución histórica de la casación penal en España, por Juan Francisco Lasso Gaité, págs. 843 a 883.

El sistema de recursos y el proceso de ejecución singular ante la corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por Alfonso Pérez Gordo, págs. 883 a 904.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Enero-febrero 1976

La revisión de los actos de la Administración en materia urbanística, por Jesús González Pérez, págs. 13 a 47.

Las cuotas de urbanización, por Francisco Lliset Borrell, págs. 47 a 67.

El Plan Bahía visto por un abogado, por Manuel Pardo Castillo, págs. 67 a 90.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 376-377, enero-febrero 1976

Efectos personales del matrimonio según la ley española, por Eladio Ballester Giner, págs. 2 a 10.

El recurso de casación en materia penal, por Luis Portero García, páginas 10 a 21.

Núm. 378, marzo 1976

Efectos personales del matrimonio según la ley española, por Eladio Ballester Giner, págs. 194 a 205.

El recurso de casación en materia penal, por Luis Portero García, páginas 205 a 210.

REVISTA GENERAL
DE LEGISLACION Y
JURISPRUDENCIA

Núm. 1, enero 1976

Consideraciones previas al estudio del Derecho de edificación: Plura-

lismo de la propiedad privada, por Carlos Lasarte, págs. 3 a 33.

Lentos progresos en los países del «Common Law» respecto de los hijos nacidos fuera del matrimonio, por John Neville Turner, páginas 33 a 46.

Núm. 2, febrero 1976

El matrimonio como contrato civil, por Amadeo de Fuenmayor, páginas 93 a 111.

Algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal, por José Manuel Lete del Río, págs. 111 a 137.

Notas sobre el título nobiliario en el Derecho Internacional Privado, por José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, págs. 137 a 169.

