

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LI • Septiembre - Octubre 1975 • Núm. 510

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.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 225 53 16.

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Algunos aspectos registrales de la acción administrativa en general y de los actos de reparcelación en particular», por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ	1053
«Problemática notarial y registral de la comparecencia de extranjeros», por VICENTE L. SIMÓ SANTONJA	1089
«La formación del concepto de subrogación real», por MARÍA LUISA MARÍN PADILLA	1111

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	1211
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, JOSÉ QUESADA SEGURA, FRANCISCO QUIROGA RAMIRO y FRANCISCO CASTRO LUCINI.	1239
2. Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS.	1280
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	1286
III. Resoluciones del Tribunal Económico-administrativo Central, por JESÚS ALVÁREZ BELTRÁN	1291

LIBROS:

«La extranjería», de J. AZNAR SÁNCHEZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ.	1305
«El régimen matrimonial de separación de bienes», de J. DELGADO ECHEVARRÍA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1307
«El Abogado y el razonamiento jurídico», de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	1310
«Elementos de Derecho civil», de JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1313
«Posesión y usucapión», de A. M. MORALES MORENO, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1317
«Elementos de Derecho hipotecario puertorriqueño», de E. VÁZQUEZ BOTE, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1319

REVISTAS:

I. Revistas comentadas, por FERNANDO MALO	1325
--	------

ESTUDIOS

Algunos aspectos registrales de la acción administrativa en general y de los actos de reparcelación en particular

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Consecuencias hipotecarias dimanantes de la naturaleza jurídica de la reparcelación.*—III. *Facultades calificadoras del Registrador en relación con los actos administrativos y, en particular, con los actos de reparcelación.*—IV. *La salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales de actos administrativos.*—V. *Modificaciones subjetivas de la reparcelación.*

I. INTRODUCCION

Constituyen las cuestiones de Derecho Urbanístico uno de los temas principales planteados en nuestros días. Desde todos los puntos de vista, el urbanismo ha adquirido carta de naturaleza y es factor determinante de la vida de las ciudades, como consecuencia del incremento progresivo de su población; de aquí el relieve que presenta su entronque con nuestras instituciones nacidas bajo perspectivas distintas.

En términos jurídicos, y de forma expresiva, podría entenderse el Derecho Urbanístico como una disciplina jurídica que se halla a caballo entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Bajo la primer idea, todo el urbanismo nace de un acto de la Administración y consiguientemente goza y está afectado por todas las circunstancias propias de los actos administrativos (*). Desde la perspectiva del Derecho Privado, el

(*) El contenido del tema aquí tratado ha sido objeto, en parte, de la ponencia presentada en el Seminario de Derecho Hipotecario de Albacete y, de otra parte, de la conferencia sobre «Aspectos registrales de la reparcelación», en el Curso de perfeccionamiento para Secretarios de Administración Local de primera categoría, en el Instituto de Estudios de Administración Local.

urbanismo incide directamente en el ámbito de los derechos de los particulares y en aquellos sistemas jurídicos donde se mantiene el reconocimiento de la propiedad privada, a través del urbanismo se señalan nuevos límites al dominio de los bienes, se establecen restricciones sobre su ejercicio, se impone incluso el deber de ejercitar los derechos dimanantes de la propiedad y todo ello se hace bajo una concepción marcadamente distinta a la tradicional del derecho de propiedad, de aquí que, por sí sola, excluye cualquier género de indemnización y convierte a tales restricciones en límites naturales de la propiedad.

A la vista de estas dos circunstancias, es natural que las instituciones de publicidad inmobiliaria, puesto que el urbanismo recae por definición sobre bienes inmuebles, se planteen, por una parte, la necesidad de adaptarse a las nuevas exigencias impuestas por la Legislación Urbanística, y de otra, la apremiante e imperiosa exigencia de no defraudar las necesidades sociales actualmente creadas.

El Registro de la Propiedad es la institución inmobiliaria creada en el siglo XIX, justamente para dar publicidad a las relaciones jurídicas sobre bienes inmuebles. Las necesidades sociales del siglo pasado estaban fundadas como motivo predominante, en la exigencia de dar certeza a las relaciones jurídicas sobre bienes inmuebles, como medio de fomentar el crédito territorial y acabar con las prácticas de las cargas ocultas que favorecían la usura y privaban de un desarrollo al crédito del país. Es decir, respondían, prescindiendo de la técnica jurídica que utilizaba, a una exigencia social predominante como era la del favorecimiento del crédito, la publicidad de las relaciones jurídicas y la supresión de las prácticas abusivas de usura (1).

(1) DÍEZ PICAZO, en su colaboración al magnífico trabajo del Colegio de Registradores con la publicación del volumen I de *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, bajo el título *Los principios de inspiración y los precedentes de las Leyes Hipotecarias españolas*, Madrid, 1974, dice a este respecto: «Una de las cosas que habría de esclarecer es el respectivo planteamiento histórico de uno y otro tipo de fenómenos económicos—mercado de capitales para inversiones hipotecarias y mercado inmobiliario con transacciones sobre inmuebles—. Aunque no puede asegurarse con total certidumbre, todo parece indicar que el primero de dichos factores es bastante anterior al segundo. Probablemente las clases burguesas, enriquecidas con el comercio y con la industria, se mostraron deseosas de colocar sus capitales, a réditos provechosos y mediante la seguridad de las hipotecas, con cierta anterioridad al momento en que el mercado inmobiliario—compra y venta de inmuebles—fue adquiriendo sus propios perfiles.

Este planteamiento podría explicar que las leyes iniciales fueran, en su mayor parte, únicamente leyes hipotecarias; que, en un segundo momento, la publicidad de las hipotecas se tenga que ver acompañada por la publicidad de las mutaciones dominicales y por la publicidad de los derechos reales únicamente como una exigencia institucional del sistema y como un refuerzo de la protección que necesita el crédito hipotecario; y que sólo en un momento final o más tardío el Registro

Con este motivo, sin embargo, las instituciones inmobiliarias que se plantearon inicialmente con este fin, pasaron a ser el régimen general de publicidad de la propiedad inmobiliaria y modo de definición de los derechos.

Las consecuencias de esta medida no pueden ser discutidas en el tiempo presente. Debe reconocerse que la Institución del Registro de la Propiedad, aun con los defectos derivados de su régimen actual, ha contribuido decisivamente y ha sido la palanca fundamental para el favorecimiento del crédito territorial y consiguientemente para el desarrollo del país. Todos los planes de desarrollo a través de los sistemas de incentivos y créditos se han basado, sin ponerlo en duda, en los pronunciamientos registrales y en las consecuencias derivadas de los asientos del Registro.

Los tiempos actuales presentan, sin embargo, necesidades nuevas. Las exigencias sociales derivadas del crédito territorial están hoy conseguidas; en cambio, nuevas necesidades sociales aparecen en el horizonte del desarrollo del país y ellas obligan también a plantearse las soluciones derivadas de tales exigencias.

Una de ellas es la dimanante de los fenómenos urbanísticos que, por sí mismos, recaen sobre bienes inmuebles y a los cuales los sistemas de publicidad inmobiliaria tienen que responder.

El concepto central del urbanismo es el del Plan. Sin embargo, así como hasta tiempos recientes, ha venido entendiéndose que todo el proceso de planificación era esencialmente un fenómeno de carácter técnico, ajeno por entero a la técnica y a la problemática jurídica, lo cierto es que en la actualidad cobra primacía el considerar que en el fenómeno urbanístico está envuelto un problema de orden jurídico de primera magnitud (2). La finalidad de los Planes de Ordenación no está en ser redactados; lo importante de ellos es que puedan ser eje-

se convierte en un auténtico Registro de la Propiedad por un desplazamiento del centro de gravedad del interés del mercado de capitales al mercado de inmuebles.»

(2) La juridicidad de los temas urbanísticos es objeto de acoso constante por técnicos no juristas. Es significativa la Sentencia de 23 de octubre de 1968 de la Audiencia Territorial de Sevilla (*Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 12, página 199), que dice: «Que las normas urbanísticas contenidas en los Planes no se diferencian sustancialmente de cualquier otra norma jurídica y, por tanto, su aplicación e interpretación constituye una tarea esencialmente técnico-jurídica que—sin perjuicio de su intervención en el concreto ámbito técnico que les compete—desborda la competencia de los arquitectos de la Sección de Urbanismo, como claramente se desprende de los artículos 247 y siguientes del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, para recaer en la de los funcionarios técnicos en Derecho que, como los pertenecientes a la Asesoría Jurídica, tienen por misión, conforme al artículo 287 del Reglamento de Organización, emitir dictámenes en Derecho...»

cutados. En un sistema jurídico, según decíamos, de reconocimiento de la propiedad privada, los planes de ordenación han de incidir sobre el dominio de los particulares; solamente cuando el planeamiento puede llegar a tener efectividad sobre aquellos derechos es cuando verdaderamente se entiende ejecutado. Tal problema es, en gran medida, un problema jurídico.

II. CONSECUENCIAS HIPOTECARIAS DIMANANTES DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA PARCELACION

El instrumento a través de cual el planeamiento llega a tener efectividad desde el punto del reparto de cargas entre los afectados, es el que se ha denominado reparcelación.

Es evidente la riqueza de matices que el urbanismo encierra. Sin embargo, la idea dominante de ejecución del planeamiento, en cuanto supone nivelación de cargas y de beneficios derivados del Plan, se lleva a cabo en los sistemas de reconocimiento de la propiedad privada, mediante la reparcelación. NÚÑEZ RUIZ (3) dice:

«La reparcelación es la nueva división del terreno parcelado que tiene por objeto distribuir justamente los beneficios y cargas de la ordenación entre los propietarios de cada polígono, considerados al efecto en comunidad, y configurar los solares.

En otros términos podríamos decir que la reparcelación es una técnica normalizada que tiene por objeto la configuración de solares y la distribución proporcional de los beneficios y cargas derivados de un Plan parcial, mediante la adjudicación por vía de subrogación real de nuevas parcelas a los titulares de las parcelas antiguas enclavadas dentro del perímetro delimitado por un determinado «polígono» o manzana, los cuales se consideran a estos efectos en comunidad.»

Otros autores, como, por ejemplo, CORELLA MONEDERO (4), dicen:

«Reparcelación material es el acto administrativo por el que coactivamente se impone una nueva división territorial y se distribuyen los beneficios y cargas derivados de la ordenación.»

De estas definiciones y del conjunto del régimen jurídico de la reparcelación pueden deducirse una serie de notas características que son determinantes de las consecuencias hipotecarias a las que después aludiremos.

(3) *Derecho Urbanístico Español*, pág. 416.

(4) CORELLA MONEDERO: *La reparcelación, su naturaleza jurídica y su práctica*, pág. 18.

Tales notas son:

1.^a La reparcelación utiliza la técnica de la subrogación real.

MARTÍN BLANCO (5) dice: «La legislación urbanística adopta la teoría privativista de la subrogación real, manteniendo sus dos notas características: la mutación, cambio o sustitución de una cosa por otra y la continuidad o permanencia de la misma situación jurídica no obstante el cambio efectuado». (6)

2.^a La reparcelación tiene una finalidad típica: es el instrumento para la justa distribución de los beneficios y cargas del planteamiento. Al constituirse en una pieza jurídica para hacer efectivo el principio de justicia distributiva quiere decirse que, como ocurre en todos los supuestos donde se trata del reparto de las cargas públicas, su eficacia se impone de modo coercitivo a todos los interesados. Es decir, a todos los inmuebles, puesto que las consecuencias inmediatas recaen sobre bienes inmuebles y sólo de forma mediata sobre el patrimonio de sus titulares.

3.^a La reparcelación procede de un acto de la Administración, tiene la eficacia propia de las decisiones administrativas y trata de ejecutar el planeamiento aprobado. No puede entenderse ni aun en el caso de reparcelaciones voluntarias que la reparcelación se desligue por entero de la acción administrativa; en todo caso exige constitutivamente para tener aquel carácter coercitivo la decisión de la Administración y también en el caso de las reparcelaciones voluntarias.

Dice CORELLA MONEDERO lo siguiente (7):

«Porque la realidad es que las operaciones en sí, como estudio técnico, propuesta de resolución y nueva división material de las fincas sujetas a reparcelación, no tienen efectividad jurídica-pública si no son elevadas a la categoría de acto administrativo por la Administración.»

Y en otro pie de página añade:

«Igual ocurre en las reparcelaciones, que, aun formadas por los particulares, no tienen efecto sin la llamada aprobación de los órganos urbanísticos y éstos a tales efectos son siempre organismos públicos.»

(5) MARTÍN BLANCO: *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, página 181.

(6) Debo aludir aquí, aunque se trata de un trabajo no publicado, a los estudios del Notario GARCÍA BERNARDO LANDETA sobre la aplicación de la técnica de la subrogación real a las nuevas manifestaciones jurídicas presentes, como la reparcelación.

(7) *Ob. cit.*, págs. 7 y 8.

4.^a Por fin, como nota final, la reparcelación recae siempre, según se ha dicho, sobre bienes inmuebles. Es el suelo afectado por el planeamiento, el suelo para el cual el planeamiento constituye su estatuto jurídico, el destinatario inmediato del fenómeno urbanístico.

Todas estas notas permiten claramente destacar cuáles son las consecuencias hipotecarias de la reparcelación. Tales consecuencias son las siguientes:

a) Si la reparcelación recae sobre bienes inmuebles su inserción en el sistema registral es fundamental, tanto por la necesidad de dar eficacia frente a terceros a sus resoluciones, como por los efectos que sobre las cargas y situaciones radicantes sobre bienes inmuebles produce.

b) Tal inserción requiere la utilización de la técnica de la subrogación real, lo cual a efectos puramente hipotecarios es de importancia, por cuanto trasciende al procedimiento registral.

c) Los actos de que emana la reparcelación son actos administrativos lo que afecta también al régimen registral de inscripción de estos actos, a las facultades de calificación del Registrador y a la eficacia de los actos administrativos desde el punto de vista registral.

A este respecto, debe señalarse aquí que JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ ha publicado en el número 74 de la *Revista de Administración Pública* el texto de la ponencia presentada al II Congreso Internacional de Derecho Registral, bajo el título «Los efectos de la inscripción de los actos administrativos».

III. FACULTADES CALIFICADORAS DEL REGISTRADOR EN RELACION CON LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y, EN PARTICULAR, CON LOS ACTOS DE REPARCELACION

El Registro de la Propiedad es la institución inmobiliaria por la que se da publicidad a los actos jurídicos válidos relativos a bienes inmuebles. Los actos jurídicos cuya inscripción se pretende en el Registro, para que tengan acceso al mismo, requieren una previa calificación, consiguientemente, sobre su validez. Esta calificación, atribuida privativamente al Registrador, constituye el llamado principio de legalidad, según el cual, como afirman LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBUDILLA «sólo pueden tener acceso al Registro los títulos que reúnan los requisitos establecidos por las Leyes». (8)

(8) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral*, página 354.

Esta competencia atribuida al Registrador descansa sobre su personal y directa responsabilidad y se desarrolla en el denominado principio de legalidad en el artículo 18 de la Ley que dice:

«Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.»

Prescindiendo aquí de las cuestiones generales que plantea el estudio del principio de calificación, lo cierto es que la decisión por virtud de la cual los actos jurídicos ingresan en el Registro y, por tanto, adquieren los efectos señalados por la Ley para las inscripciones registrales, es una decisión atribuida libre y responsablemente al Registrador.

Tal decisión implica una valoración jurídica cuyos términos se concretan en los artículos 18 de la Ley y 98 y 99 de su Reglamento y constituye un elemento de control de la legalidad de los actos que pretenden ser inscritos.

Quiere esto decir, que la facultad de calificación del Registrador abarca a cuantos documentos pretenden ser inscritos en el Registro; de aquí que pudiendo ser estos documentos entre particulares autorizados notarialmente, documentos judiciales o documentos administrativos (9), lo trascendente es determinar en qué medida las facultades de calificación del Registrador abarcan a unos y otros documentos.

Del examen comparativo de aquellos preceptos pueden deducirse las siguientes notas:

- a) Las facultades de calificación del Registrador son ilimitadas para toda clase de documentos en cuanto a la legalidad de las formas extrínsecas de los mismos.
- b) En cuanto a las escrituras públicas, la facultad de calificación abarca la capacidad de los otorgantes y la validez de sus actos dispositivos, tanto por lo que resulta del propio documento como de los asientos del Registro.
- c) Tratándose de documentos judiciales (10), las facultades de calificación del Registrador se concretan y limitan a la com-

(9) La diferencia entre documento y acto administrativo puede verse, a efectos registrales, en el trabajo de GONZÁLEZ PÉREZ citado, pág. 12.

(10) Puede verse el texto de la ponencia al Primer Congreso de Derecho Registral de Buenos Aires, bajo el título *El principio de legalidad en relación con los documentos procedentes de la Autoridad Judicial*, en el número 504 de la Revista, pág. 1111.

petencia del Juzgado o Tribunal, la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiese dictado, las formalidades extrínsecas del documento presentado y los obstáculos que surjan del Registro.

- d) Con carácter general, las facultades del Registrador, según el artículo 98 del Reglamento Hipotecario comprenden, en cuanto a las faltas de legalidad en las formas extrínsecas, las que afectan a la validez de los mismos, según las Leyes que determinan la forma de los instrumentos, siempre que resulte del texto de dichos documentos, o pueda conocerse por la simple inspección de ellos.

No se contiene, por tanto, una regla específica en nuestro ordenamiento hipotecario relativa a las facultades de calificación de los documentos administrativos.

Sin embargo, según hemos visto antes, los actos de reparcelación se caracterizan por ser documentos administrativos. Es por esto que tratándose de la inscripción de reparcelaciones, la primera cuestión que se plantea es la de determinar cuáles son las facultades de calificación del Registrador sobre los actos administrativos y, en particular, sobre los actos de reparcelación.

Las resoluciones de la Dirección General de Registros se han pronunciado en diversas ocasiones sobre la calificación registral de los documentos administrativos. La Dirección, en las resoluciones que después estudiaremos, ha sentado como principio general el de que las facultades de calificación comprenden la competencia del funcionario, la autenticidad del documento y el cumplimiento de los trámites y diligencias necesarias; no abarca en cambio el fundamento de la decisión o del acuerdo. Es decir, se ha generalizado la doctrina sobre la calificación de los documentos judiciales y se ha aplicado a los documentos administrativos, si bien traduciendo o incrementando la facultad de calificación respecto de estos últimos.

Para estudiar este punto, ha de tenerse en cuenta, como idea previa, que si bien es cierto que la calificación registral de los documentos administrativos ha sido restringida, no puede olvidarse que tales decisiones abarcaban en general supuestos de acceso al dominio de los entes públicos de bienes de los particulares tales como expropiaciones, apremios fiscales, etc. La realidad del sistema urbanístico ha impuesto situaciones enteramente nuevas, porque aquí la actividad pública conforma los bienes de los particulares de modo permanente y no pretende adquirirlos mediante precio, sino que aquéllos continúan en su poder. No se contemplan pues situaciones en transición al dominio de la Adminis-

tración sino la proyección de las medidas de ésta sobre los bienes que permanecen de propiedad privada.

La doctrina urbanística ha considerado en sentido muy positivo las facultades de calificación del Registrador e incluso promueve su aplicación.

Así, por ejemplo, NÚÑEZ RUIZ (11) dice:

«El Registro de la Propiedad, de acuerdo con el principio estructural «staff and line», viene así a constituir una Administración Pública de Derecho privado en la que orgánicamente se conjuga el Derecho con la Técnica en su labor configuradora de un orden social justo. El Registrador está capacitado para convertirse en el «leadership» de esta Administración. Esto llevaría consigo una reestructuración orgánica del Registro de la Propiedad y su coordinación con la Administración estatal y local principalmente, ya que esta última es la que está en contacto directo con los administradores.»

Y MARTÍN BLANCO (12) dice:

«Ofrece esta cuestión unas nuevas perspectivas frente a la tradicional estructura hipotecaria-registral y a la conservadora función calificador del Registrador, y la necesidad, en nuestro parecer, de dar acceso cada vez más abiertamente a los libros del Registro, a las numerosas limitaciones urbanísticas que constituyen hoy una realidad vital, social y económica de primera magnitud, en la que los intereses en juego, tanto particulares como generales, postulan la eficaz y pública protección registral.»

De aquí que deba plantearse el tema desde el punto de vista de la calificación de los documentos administrativos, pero matizando en particular los documentos urbanísticos que llegan al Registro:

A) *Idea general sobre la calificación de los documentos administrativos*

La doctrina común en este punto es la de entender que la calificación registral no afecta a la validez del acto sino a la realidad de las formas extrínsecas. Tiene su apoyo en la redacción del artículo 18 de la Ley y en la Dirección General, que se ha ocupado de ello en diversas resoluciones de entre las que cabe destacar la de 8 de julio de 1911, 9 de abril de 1917, 5 de marzo de 1953, etc.

La Resolución de 8 de julio de 1911 dice que conforme a la doctrina consignada por esta Dirección en diferentes Resoluciones, las providen-

(11) *Ob. cit.*, pág. 458.

(12) *Ob. cit.*, pág. 213.

cias dictadas por los Tribunales y Autoridades administrativas en los asuntos de su competencia, mediante los procedimientos establecidos por las Leyes, tienen la misma fuerza que los de los Tribunales ordinarios, siempre que dichos acuerdos tengan el carácter de firmes o ejecutorios, por haberse agotado los recursos concedidos contra los mismos, o por no haberse entablado éstos por los interesados.

La Resolución de 5 de marzo de 1953 dice: «Según doctrina reiterada, los Registradores se hallan facultados para calificar en los apremios administrativos, con mayor amplitud que en los judiciales, los trámites esenciales del procedimiento, supuestas las distintas condiciones de idoneidad e imparcialidad de los funcionarios y la complejidad de la tramitación, a fin de conceder debidas garantías a los interesados y siempre que ello no implique obstáculos en el normal desenvolvimiento de la actividad de la Administración.»

Expuesto lo que antecede, es posible ya señalar las líneas generales sobre la calificación registral de los documentos administrativos.

Para ello, debe partirse de dos premisas fundamentales: lo que constituye el principio general y las particularidades a aquél.

Como principio general puede sentarse la afirmación de que los documentos administrativos, a los efectos de la calificación registral, tienen el mismo carácter que los documentos judiciales; es decir, como en estos últimos, la presunción de validez de los actos de Administración, como emanados de un poder jurídico, no puede ser destruida si no es virtud de una decisión judicial; es decir, la calificación registral no puede entrar en la validez o nulidad del acto.

Salvada pues la soberanía de la Administración en la decisión que forma parte del mandato de los actos administrativos, en cambio sí que pueden enjuiciar los Registradores, como lo hacen respecto de los documentos judiciales, al menos aquellos mismos aspectos previstos en el artículo 99 del Reglamento y los que, con carácter general, se atribuyen al Registrador para toda clase de documentos, en virtud del artículo 18 de la Ley y 98 del Reglamento. Es decir, el Registrador puede enjuiciar:

- a) La competencia del órgano administrativo que dictó el acto y, por tanto, suspender o denegar la inscripción del acto llevado al Registro si procede de un órgano incompetente.
- b) La congruencia del mandato con el procedimiento seguido; esto es si la petición planteada en el procedimiento se ajusta a la decisión tomada; en caso contrario habría una disparidad absoluta entre la petición y la decisión de la Administración.

- c) Las formalidades extrínsecas del documento en cuanto a su aspecto meramente formal.
- d) Los obstáculos del Registro.

En todos estos ámbitos, la decisión del Registrador no es obstáculo a las circunstancias intrínsecas del documento sino que únicamente representa la imposibilidad de que el acto se inscriba, mientras no se completan las exigencias legales.

B) *Particularidades sobre la calificación de los documentos administrativos*

En el apartado anterior hemos analizado lo que podría considerarse principio general sobre la calificación de los documentos administrativos. Tal principio se concreta en la idea de que las facultades de calificación del Registrador sobre aquéllos son las mismas que las que tienen respecto a los documentos judiciales. Es decir, quedan siempre a salvo del enjuiciamiento registral cuando atañe a la validez o nulidad del acto.

En el apartado presente, lo que vamos a analizar es el alcance y en qué medida puede entenderse susceptible de aplicación la calificación registral a los documentos administrativos.

Para ello debe partirse de las siguientes ideas:

Así como los documentos judiciales tienen un límite legal o reglamentario de calificación, abundantemente interpretado por la jurisprudencia de los Tribunales, no ocurre lo propio con los documentos administrativos. Es decir, el artículo 99 del Reglamento Hipotecario que limita las facultades de calificación respecto de los extremos antes indicados de los documentos judiciales, no puede ser aplicado con igual precisión a los documentos administrativos puesto que el objeto del precepto se refiere taxativa y literalmente a los documentos judiciales. Es decir, ante la inexistencia, legal o reglamentaria, de un límite para la calificación de éstos, es evidente que el Registrador no tiene más límites en la calificación que los institucionales derivados de la naturaleza de los actos administrativos; es decir, los que resultan en conjunto de la naturaleza jurídica de éstos, en virtud de las leyes regulares de la acción de la Administración. No tiene en cambio límites específicos dentro de la ley reguladora de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Las propias decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han concretado que el ámbito de calificación de los documentos administrativos es superior al de los documentos judiciales.

Así, la Resolución de 5 de marzo de 1953, antes citada, dice:

«Según doctrina reiterada, los Registradores se hallan facultados para calificar en los apremios administrativos, con mayor amplitud que en los judiciales, los trámites esenciales del procedimiento, supuestas las distintas condiciones de idoneidad e imparcialidad de los funcionarios y la complejidad de la tramitación, a fin de conceder debidas garantías a los interesados y siempre que ello no implique obstáculos en el normal desenvolvimiento de la actividad de la administración.»

La doctrina ha interpretado de idéntico modo la calificación de los documentos administrativos en las escasas oportunidades en que este punto ha sido tratado.

Así ROCA SASTRE, en su *Derecho Hipotecario*, tomo II, 5.^a edición, pág. 16, dice:

«En principio los documentos administrativos deben tratarse con los judiciales... No obstante, dentro de los límites propios, el Registrador goza de más libertad.»

¿En qué medida esta mayor libertad puede ser ejercitada?

Para responder a esta pregunta debe tenerse en cuenta una modificación sustancial derivada del intervencionismo creciente de la Administración sobre los bienes de los particulares e, incluso, en la propiedad de ellos. El tema de la publicación de la propiedad privada, de lo que constituye exponente el trabajo de MARTÍN MATEO denominado «La penetración pública en la propiedad privada», es hoy un hecho común; aún más, tratándose del Derecho Urbanístico, y según se ha visto anteriormente, la penetración es aún mayor porque no se trata tan solo del ejercicio de una actividad pública sobre los bienes de los particulares, en virtud de la cual éstos pasan a integrar el dominio del Estado; por el contrario, en el ámbito del Derecho Urbanístico, lo que la Administración hace es conformar y limitar las facultades y ámbito de derecho de propiedad de los particulares que quedan conjuntamente sometidos a las exigencias del planeamiento respecto del cual la Administración es árbitro y a veces parte.

Aún más, en el Derecho Urbanístico se ofrecen circunstancias especiales que justifican la facultad de calificación. Piénsese, en efecto, que

en la acción tradicional de la Administración se configuraban siempre los actos administrativos como inherentes a la potestad de los entes territoriales del Derecho Público, es decir, el Estado y las Corporaciones Locales. La acción urbanística ha incrementado la creación de nuevos entes públicos con unas características peculiares puesto que si bien gozan de personalidad jurídica pública y están sujetos al control y revisión jurisdiccional tanto de la Administración como de los Tribunales, su estructura y funcionamiento se hace a partir de la unión de personas privadas, por el mero hecho de ser titulares de los bienes, que contribuyen al ejercicio de una acción que ha devenido pública como es la de urbanizar y edificar. Tales son las Juntas de Compensación, integradas por personas particulares, que gozan de personalidad jurídica pública y tienen facultad para realizar actos jurídicos con las características y de las cualidades de los actos administrativos; piénsese, por ejemplo, que la propia Ley del Suelo, en el artículo 128.1, expresa que el incumplimiento por parte de los propietarios de las obligaciones que hubieren contraído en la ejecución del sistema de compensación motivará la expropiación de los terrenos por la Junta de Compensación. Es cierto que resulta dudoso si la Junta es propiamente organismo expropiante o beneficiará la expropiación. Pero, dejando de lado este asunto, lo que resulta en todo caso evidente, son las facultades de la Junta para realizar actos de trascendencia registral y, sin embargo, al hacerlo, no procede el acto directamente de un órgano inserto en la Administración del Estado o de las Corporaciones Locales, sino que es un ente que atribuye personalidad jurídica al conjunto de personas privadas y le confiere el imperio propio de la Administración.

Las consecuencias son muy graves, puesto que así como las Corporaciones Territoriales de Derecho Público tienen un régimen de asesoramiento permanente y están investidas de todos los poderes para que puedan fiscalizarse los actos antes de ser emanados, por el contrario, en las Juntas de Compensación están desarraigadas de la sede de las Corporaciones Territoriales, en muchas ocasiones carecen de un órgano permanente de asesoramiento, y en todo caso, no están sujetas a la revisión de legalidad de los órganos permanentes adscritos a las Corporaciones Legales como son los Secretarios de la Administración Local. Ello hace más grave y más necesario también el que exista un órgano independiente que tenga incluso facultades para calificar sus actuaciones y que, con mayor motivo en este caso, revise si el acto emanado de la Junta es susceptible o no de ser inscrito.

Para apoyar esta tesis amplificadora de las facultades registrales, es posible, con fundamento en tal filosofía, acudir a normas específicas

concretas que apoyan también literalmente la extensión de los facultades de calificación.

En efecto, hemos dicho que quedan a salvo de la calificación registral cuanto afecta a la validez o nulidad de los títulos. Tal afirmación ha de prevalecer incluso cuando se trate de actos administrativos emanados de las Juntas de Compensación. Sin embargo, las facultades de calificación de las formalidades extrínsecas de los documentos no son exclusivamente aquellas que pudieran tener un carácter absolutamente formal, sino que son las que resultan de la interpretación literal de los artículos de nuestro ordenamiento hipotecario y de las específicas de los documentos administrativos que conforme a sus normas reguladoras hayan de ser inscritos.

El artículo 98 del Reglamento Hipotecario, al interpretar lo que se entiende por faltas de legalidad en la forma extrínseca de los documentos, dice que son «las que afecten a la validez de los mismos, según las Leyes que determinan la forma de los instrumentos, siempre que resulte del texto de dichos documentos, o pueda conocerse por la simple inspección de ellos».

Es conocida la interpretación que con base en la terminología de FEDERICO DE CASTRO se ha hecho del empleo de la palabra Ley en sus diversos sentidos. Una interpretación restringida del mismo consideraría que cuando se refiere el artículo 98 a las formalidades extrínsecas, según las Leyes que determinen la forma de los instrumentos, ésta se refiere únicamente a aquellos requisitos impuestos directamente por una Ley con rango formal de tal; es decir, quedarían fuera aquellos otros requisitos que proceden de una determinación reglamentaria.

Tal interpretación quizá podría considerarse correcta en relación con las leyes reguladoras de los actos jurídicos existentes entre los particulares. En cambio, entendemos, que con relación a los actos de la Administración, la palabra Ley debe considerarse que se corresponde con norma administrativa, puesto que es común el que las Leyes que regulan la acción de la Administración sean desarrolladas mediante los reglamentos llamados ejecutivos.

GARCÍA DE ENTERRÍA, en la pág. 162 del libro *Legislación delegada. Potestad reglamentaria y Control judicial*, dice:

«Este tipo normativo, de gran tradición en el Derecho administrativo clásico, está hoy contemplado por el artículo 17, número 6.º, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 25 de noviembre de 1944, a efectos de imponer en su procedimiento de elaboración la preceptiva audiencia de dicho Cuerpo consultivo; los llama el precepto «Reglamentos generales que se hayan de dictar para la ejecución de las Leyes». Aquí el fenómeno de remisión se produce, curiosamente, no referido a una regulación concreta de la Ley, sino

a la totalidad de su contenido. La Ley contrae su regulación a enunciar unos principios básicos, que luego el Reglamento se encarga de particularizar y de precisar, ofreciendo un texto orgánico paralelo al de la Ley, como éste total y completo, aunque mucho más desarrollado, que es luego virtualmente el que se aplica. De este modo, el Reglamento se interpone entre la Ley y su aplicación, a través de la complementación de sus regulaciones que la técnica de la remisión legítima.

Esta regulación en dos planos o niveles normativos de una misma materia, que tanto suele sorprender a los hábitos del privatista, acostumbrado a manejar Códigos sistemáticos y cerrados, es una notable peculiaridad del Derecho administrativo en sus materias más importantes y solemnes. En la práctica se intenta preservar como propia de la Ley una regulación esencial y básica, en la que poder marcar sistemáticamente las grandes líneas directivas, dejando al Reglamento el cuidado de precisar todo el casuismo de desarrollo que exige la compleja actuación de la Administración. Hay en ello también dos exigencias implícitas: los tecnicismos de la actuación administrativa no son reconocidos por el legislativo y por ello se remiten a la determinación de la Administración; por otra parte, el concurso de las dos normas puede permitir a la más solemne una concentración de principios más inmune al paso del tiempo, en tanto que el casuismo reglamentario puede ser objeto de constantes adaptaciones.»

«En el caso que nos ocupa de una remisión genérica al desarrollo y ejecución de una Ley en su conjunto, no parece fácil aceptar en principio y por razón formal cualquier contenido a la norma remitida. No es que ello invalide la técnica remisoria, en cuanto expresión de un reenvío formal, sino que ocurre que el marco sistemático de la remisión es el de «desarrollo» y «ejecución» de la Ley, concepto jurídico indeterminado, pero, como es común a esta figura, determinable en cada caso concreto mediante un proceso de interpretación legal. Será así posible precisar si el Reglamento complementa la Ley en el sentido por ésta deseado, o, más bien, la infringe abiertamente. Pero también será posible determinar si, aun si una infracción abierta de la Ley, el Reglamento ejecutivo se excede de la remisión poniendo en pie normas que no son necesarias para la realización de las disposiciones de la Ley. El Reglamento ejecutivo no puede por ello agravar cargas u obligaciones contenidas en la Ley que desarrolla ni tampoco determinar una ampliación de su ámbito preceptivo, sino simplemente establecer las normas precisas para asegurar la plena efectividad de la Ley.»

Es decir, el desarrollo de la Ley a través del cauce reglamentario permite actuar con igual sentido en relación con los actos de reparcelación y ello por dos causas fundamentales; de un lado, porque el propio Decreto que aprueba el Reglamento de reparcelaciones, se dice que se ha dictado con audiencia del Consejo de Estado, lo que evidencia que se trata de un Reglamento de ejecución de la Ley; en segundo lugar, porque el artículo 82.2 de la Ley del Suelo, referido al acto de aprobación de la reparcelación dice que el organismo que hubiera aprobado el proyecto expedirá documento con las solemnidades y requisitos

dispuestos para las actas de sus acuerdos»..., con lo cual se produce realmente una remisión, no genérica, sino específica de la propia Ley en la determinación de los requisitos de aquel documento a los que resulten de una norma de desarrollo de la Ley.

Admitida, por tanto, esta interpretación, conforme con el espíritu del precepto e incluso con la letra de los artículos aplicables al caso, a lo que lleva la misma es a determinar si los requisitos del acto administrativo, según resulte de la certificación que se expida y que será la que tenga acceso al Registro, pueden ser fiscalizados, no sólo en cuanto a su existencia o no, sino en cuanto a su legalidad.

En este sentido, el artículo 98, al expresar el punto de partida de las facultades de calificación interpreta lo que se entiende como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos y, para ello, concreta que serán todas aquellas que afecten a la validez del mismo, es decir, no se refiere única y exclusivamente a los requisitos puramente formales externos, sino a los que contribuyen a considerar si el acto es o no válido en su expresión formal. Es decir, cuando el documento, para su validez, deba tener unos determinados requisitos exteriores y si éstos no vienen determinados, la facultad del Registrador comprende la calificación de aquéllos.

Aún más, el párrafo segundo del propio artículo 98 expresa que del mismo modo la calificación registral abarcará la no expresión, o la expresión sin la claridad suficiente, de las circunstancias que, según la Ley y el Reglamento, deban contener la inscripción, bajo pena de nulidad.

Con lo cual resulta que la calificación registral no viene determinada únicamente por la formalidad del documento mismo, sino por aquellas otras exigencias impuestas por la Legislación Hipotecaria para la inscripción del documento, abarcando así una amplitud mayor que concierne no sólo a los requisitos formales extrínsecos de los documentos, sino a los requisitos exigidos por la propia Legislación Hipotecaria.

A su vez, entendemos, sin embargo, que el párrafo segundo del artículo 98 del Reglamento, al indicar la expresión de las circunstancias de la inscripción, no debe entenderse siempre referido únicamente a las normas hipotecarias, puesto que con posterioridad a ellas pueden aparecer normas, y de hecho así ocurre, en las que se consignan determinadas circunstancias de las inscripciones. Tal ocurriría, por ejemplo, en la legislación de concentración parcelaria con las inscripciones de concentración, y dentro de las inscripciones de reparcelación las exigencias del propio Reglamento de Reparcelaciones. En este sentido el artículo 34 del Reglamento de Reparcelaciones dice que:

«firme el acuerdo de reparcelación, el órgano actuante expedirá certificación literal de aquél»,

es decir, al ser literal con las circunstancias del artículo 24.

Y a continuación, en el párrafo 2.º del mismo artículo dice que en virtud de la certificación y conforme al artículo 82 de la Ley del Suelo y a este Reglamento, se practicarán en el Registro de la Propiedad los asientos necesarios para reflejar la nueva situación física y jurídica. Es decir, los asientos necesarios se practican en el Registro, según resulten de la propia certificación, con lo cual, en definitiva, los requisitos del acuerdo de reparcelación pasan a ser requisitos de la propia inscripción, lo cual reconduce a la declaración de nulidad, hecha por el artículo 30 de la Ley, para los asientos en los que se omitan cualquiera de las expresiones indicadas en el artículo 9, el cual, por fin, en su último párrafo, manifiesta que lo dispuesto en él se entiende sin perjuicio de lo especialmente establecido para determinadas inscripciones entre las cuales pueden estar las de reparcelación. La Dirección en diversas resoluciones, que después estudiaremos, ha sentado como idea general la de que las facultades de calificación comprenden la competencia del funcionario, la autenticidad del documento y el cumplimiento de los trámites y diligencias necesarias; no abarca en cambio el fundamento de la decisión o del acuerdo. Es decir, se ha generalizado la doctrina sobre la calificación de los documentos judiciales y se ha aplicado a los documentos administrativos, si bien incrementando la facultad de calificación respecto de estos últimos.

De conformidad con las ideas expuestas, debe entenderse que la calificación registral puede abarcar aquellos extremos de la certificación que no sean constitutivos de la validez o nulidad del acto.

En la dialéctica entre validez del acto y calificación registral, que parece implicar una cierta contradicción, la solución debe ser dirigida a admitir francamente la calificación registral sobre la existencia o inexistencia de las circunstancias objetivas del título y la congruencia de ellas con las bases del procedimiento, legales o estatutariamente fijadas.

Es decir, no pueden ser discutida la validez del acto sino la concurrencia formal de las exigencias legales o reglamentarias o su expresión injustificada y en el caso de entrarse en el examen de ellas su legalidad, en función de las propias circunstancias del título o de las normas legales de inexcusable cumplimiento.

A la vista de ello, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 24 del Reglamento de Reparcelaciones, el ámbito de calificación registral en particular puede referirse:

A. A la incorrecta descripción de la superficie reparcelada.

- B. En la descripción de los inmuebles incluidos, quiere decirse que puede ser calificada la exclusión de otros. Es conocido que conforme al artículo 5.º del Reglamento, las unidades reparcelables no pueden ser nunca inferiores a la manzana, excepto para rectificar los límites por normalización de las fincas. Congruente con ello, el artículo 8.º establece el régimen de las fincas excluidas de reparcelación y en el número 2 el procedimiento para la exclusión a solicitud de los particulares que termina mediante un acto expreso y motivado del órgano actuante. Quiere decirse con ello que si del examen del expediente resultan excluidos determinados inmuebles, parece posible que el Registrador califique la legalidad de la expresión no en cuanto a su procedencia o no, sino en cuanto a la existencia del acto legitimador de ella.

Se aprecia aquí, de esta manera, cómo la actuación registral no afecta a la razón determinante del acto sino a su existencia objetiva como tal.

No obstante, la calificación de esta circunstancia puede ser difícil de ejercerla en la práctica, si no va acompañada la certificación de un plano en la zona reparcelada; lo que aconseja que, a la manera de la concentración parcelaria, la superficie objeto de reparcelación se consigne también gráficamente en el Registro mediante el archivo de los planos.

- C. En cuanto a las cargas, gravámenes y situaciones jurídicas, es evidente que es el ámbito más específico de la calificación registral, de tal manera que si cargas inscritas no se trasladasen por subrogación a las nuevas fincas, el Registrador puede rechazar la inscripción. Igualmente si procedieran a su cancelación, debiera acreditarse ante él el cumplimiento formal de las causas legitimadoras de ella.
- D. En la relación de propietarios puede introducirse un instrumento de control para reparcelaciones no hechas directamente por la Administración. Nos referimos a la posibilidad de que parte de las superficies no pertenezcan a los propietarios y sean restos de viales desafectados del uso público, vías pecuarias abandonadas, etc. El examen de estas circunstancias es fundamental y la interpretación debe ser siempre restrictiva, favoreciéndose una calificación registrales que evite fraudes y defienda titularidades indeterminadas.
- E. El título de adquisición de cada finca o derecho será de interés que sea examinado a fin de que se cumpla el principio de

tracto sucesivo evitando la aparición de terceros no legitimados por la inscripción del Registro.

- F. En cuanto a la descripción de la finca formada por agrupación, la calificación abarcará al cumplimiento de los requisitos del artículo 9.º de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario.
- G. En la determinación de los coeficientes aplicados a la reparcelación puede aparecer un elemento de fiscalización de gran apoyo para la validez de los actos de reparcelación. Dice el Reglamento que la certificación comprenderá la justificación de los coeficientes aplicados tanto en cuanto a superficie de las fincas como el volumen de edificabilidad. Es decir, el Registrador puede pedir que en la certificación queden justificados estos últimos e, incluso, en las reparcelaciones por Junta de Compensación puede requerir la presentación de los Estatutos de la Junta para verificar si los módulos de aportación fijados son los mismos que resultan del acuerdo de reparcelación.
- H. En la descripción de los solares resultantes, correlativamente con lo expuesto para la letra d), el Registrador podrá verificar que cada uno de los titulares que han aportado suelo a la reparcelación, reciban los terrenos que por subrogación corresponda, a excepción de las superficies de dominio y uso público municipal existente en la zona a reparcelar que, conforme al artículo 30.2, se compensarán por los nuevos viales y otros terrenos de ese carácter resultantes de la reparcelación.

Podría plantearse en este apartado la cuestión de si esta subrogación ha de ser exacta; es decir, si en el caso de que los viales aportados excedan de los de nueva creación resultantes, el Registrador puede condicionar la inscripción supeditándola a que por el exceso se adjudique a los Ayuntamientos respectivos nuevas fincas.

La respuesta está en función de los criterios sustantivos claramente definidos que se adopten sobre este punto; en el caso de que legalmente se definiese con exactitud esta consecuencia, es evidente que el Registrador podría calificar tal circunstancia impidiendo múltiples reparcelaciones de Juntas de Compensación en las que puede tenderse a defraudar tal hecho.

El uso urbanístico y el volumen de edificación, dice el Reglamento, solo se consignará si constare del título, lo que debería ser preceptivo para conectar el Registro con la documentación pública urbanística.

- I. En cuanto al resto de la finca agrupada, debe entenderse que implica una previa segregación de aquellas zonas para apro-

vechamientos individualizados, como serían las de servicios públicos, pudiendo quedar el resto indeterminado para zonas verdes y viales. Sólo así se facilitaría eventualmente para el futuro la posibilidad de que los Ayuntamientos acudan al crédito territorial para la construcción de escuelas, etc.

También deberá examinar el Registrador si consta la condición resolutoria de reversión que el Reglamento indica, lo que será fundamental para que vincule a eventuales terceros adquirentes.

- J. En las cuotas de urbanización y gastos de reparcelación hay la posibilidad de dar entrada en el Registro a un sistema coercitivo de reparcelaciones sustitutivas en metálico para los inmuebles excluidos que convertirían la cuota en un gravamen real susceptible de ser ejecutado por la vía de apremio, como prevén los artículos 36 y 37 del Reglamento.
- K. Consignación de los plazos de edificación, lo cual plantea problemas de interés como son, particularmente, la determinación del día inicial para el cómputo y efectos de lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes de la Ley del Suelo.
- L. Especificación de las parcelas mínimas, lo que implica una prohibición de división futura, salvo que posteriormente por nuevo plan de ordenación se modificasen las parcelas mínimas.
- M. En cuanto a los espacios libres contiguos y solares edificables, la problemática es muy superior y podemos remitirnos a todo cuanto concierne al régimen jurídico de los espacios comunes en régimen de propiedad horizontal, cuando no son en sentido propio elementos comunes del inmueble, sino susceptibles de utilización diferenciada para uno o varios titulares. La figura de una titularidad *ob rem* es la que puede resolver con mayor facilidad estas circunstancias y consiguientemente entrar en el ámbito específico de la calificación registral.
- N. Igualmente puede decirse a cuanto concierne a patios comunes, servidumbres recíprocas, zonas de estacionamiento y otras análogas.
- O. Los estatutos y limitaciones a las que permite que se conceda carácter real el Reglamento, son el régimen jurídico de las urbanizaciones particulares, como semejanza a los estatutos del régimen de propiedad horizontal. No cabe duda que es también un aspecto fundamental de la calificación inmobiliaria.

Todo lo cual evidencia hasta qué punto es trascendental la actuación del Registrador en las reparcelaciones; la ausencia de la intervención

notarial, puramente esporádica en este caso, y la posibilidad de que las reparcelaciones se lleven a cabo fuera de los Ayuntamientos, son motivos específicos y trascendentales por los que queda en manos del Registrador toda la responsabilidad sobre el carácter y formación jurídica de la reparcelación.

IV. LA SALVAGUARDIA JURISDICCIONAL DE LOS ASIENTOS REGISTRALES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

La independencia del Registrador en su calificación y la eficacia de los asientos del Registro queda enmarcada por diversos preceptos de nuestro ordenamiento hipotecario.

Tales preceptos son los siguientes:

- A) El artículo 1.º de la Ley señala, como principio general, el de que los asientos del Registro se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales.
- B) El artículo 100 del Reglamento Hipotecario determina que la calificación registral no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia de Juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento; de aquí que, conforme a su párrafo 2.º, las Resoluciones que se dicten sobre estas cuestiones serán inscribibles directamente en el Registro.
- C) Por fin, el artículo 136 del Reglamento Hipotecario pone a salvo la independencia registral de cualquier género de coacciones que puedan dirigirse al Registrador por cualquier autoridad, funcionario o persona.

Enmarcada esta triple garantía de la acción registral y su sometimiento a las decisiones judiciales, puede advertirse, sin embargo, determinados extremos de la misma en un sentido positivo y en otro negativo. Positivamente, en cuanto hace referencia a la protección de los asientos del Registro y, en cierto sentido, a las garantías que el Registro proporciona como consecuencia de las actuaciones de carácter judicial.

En otro sentido, referido a las consecuencias dimanantes de una calificación negativa del Registrador lo cual en el ámbito de las actuaciones administrativas adquiere especial significación.

Vamos a referirnos en primer término a este último aspecto.

No ha sido estudiado por la doctrina hipotecaria, como quizá debiera haberlo sido, cuanto concierne a la trascendencia de los docu-

mentos administrativos sobre el Registro, a pesar de su ingreso progresivo o incluso de su mayor complejidad en la actualidad, con relación a los documentos de carácter privado. No ha sido quizá la causa de ello una despreocupación de la doctrina sobre el tema, sino simplemente el hecho de la ausencia de problemas sobre esta materia hasta la fecha.

Sin embargo, en la actualidad la realidad es muy distinta y bien puede advertirse en los actos de reparcelación.

¿Qué es lo que ocurre cuando la calificación del Registrador es negativa respecto de los títulos de reparcelación? Podrá sostenerse una mayor o menor amplitud en la calificación registral, pero lo que es evidente e incuestionable es que el Registrador puede calificar el título de la reparcelación y existirán circunstancias que pueden impedir la inscripción si es que el título no está adornado de las condiciones exigidas por la legislación vigente.

A su vez, la reparcelación participa, a efectos procesales, de unas ciertas características que la hacen destacar respecto de otros actos administrativos. El artículo 26 del Reglamento de Reparcelaciones permite que los acuerdos municipales, sean impugnables, pero termina el proceso de impugnación ante los órganos administrativos, de tal manera que conforme prevé el propio precepto en su número 4.º, los actos aprobatorios de reparcelación no son recurribles jurisdiccionalmente, salvo a los efectos del artículo 226 de la Ley del Suelo, referido a la indemnización por existir lesiones superiores al sexto (13).

Resulta, entonces, que el Registrador puede denegar la inscripción de un título de reparcelación. Evidentemente que su decisión es recurrible ante la Dirección General de los Registros, previo recurso ante el Presidente de la Audiencia Territorial. Pero, terminada la vía del recurso gubernativo, el Reglamento Hipotecario, con carácter general, permite, conforme al artículo 100, que se discuta en juicio sobre la validez o nulidad del título y, por tanto, hace que la resolución que se dicte sea inscribible en el Registro. Esto no podrá ocurrir en el caso de la reparcelación, puesto que según el artículo 26 el acto aprobatorio de la reparcelación no es susceptible de recurrirse ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, salvo por vicios de procedimiento. Lo que supone, en definitiva, que la decisión del Registrador y, en última instancia

(13) La redacción de este trabajo antes de la promulgación del texto de reforma de la Ley del Suelo vigente en este momento, hace que las afirmaciones contenidas en él queden supeditadas a los resultados del texto definitivo y, particularmente en este punto, a las discusiones sostenidas en la Comisión por los partidarios de admitir el recurso jurisdiccional, señores MENDIZÁBAL, MEILÁN GIL y RIVAS GUADILLA, cuyas enmiendas de los artículos 83, 84 y 84 bis obtuvieron votos suficientes para ser defendidas ante el Pleno. Hecha la defensa por el señor MEILÁN GIL, el resultado fue desfavorable.

de la Dirección General de los Registros, finaliza por entero el procedimiento de revisión de los actos de reparcelación.

Se plantea así, en toda su importante situación actual, el alcance de la decisión final del procedimiento de impugnación de la calificación registral. Lo cual obliga a considerar, no obstante lo limitado inicialmente de este trabajo, cuál es el carácter de la decisión registral y su posible impugnación.

Dos son las soluciones posibles que se presentan respecto de la decisión final del procedimiento de impugnación: de una parte, estimar que las resoluciones de la Dirección General de los Registros causan estado y no son susceptibles de impugnación alguna, por sí mismas, sin perjuicio de que puedan contender las partes sobre la validez o nulidad del título, como establece la Ley Hipotecaria. De otra, la posibilidad de revisar en vía judicial la propia decisión de la Dirección General de los Registros.

1.º *Alcance de las resoluciones definitivas en el proceso gubernativo hipotecario.*

Esta última alternativa ha sido planteada en algunas ocasiones, como GONZÁLEZ PÉREZ en su trabajo *Naturaleza del Procedimiento Registral* que en la pág. 586 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO del año 1949, dice:

«Si estuviéramos ante un supuesto normal de acto administrativo, el acto de la Dirección General, resolviendo la segunda instancia del recurso interpuesto contra la calificación, sería susceptible de recurso contencioso-administrativo, en cuanto que se darían las circunstancias exigidas por la Ley Orgánica de la Jurisdicción contencioso-administrativa... Sin embargo, se ha negado la posibilidad del recurso contencioso-administrativo. Esta excepción a la regla general es lógica, ya que si el fundamento de la jurisdicción contencioso-administrativa está en razones de especialidad técnica por parte del órgano jurisdiccional, mal podría entablarse ante ella un recurso, en que los problemas a discutir serían, por lo general, de derecho privado, ya que el ver si se dan o no las circunstancias necesarias para que el particular tenga derecho a inscribir pertenece al derecho privado; de aquí que no quepa al particular otra vía que la contienda con la otra parte del título ante la jurisdicción ordinaria, con objeto de ver si es posible la inscripción.»

El Magistrado OGAYAR AYLLÓN en el trabajo publicado en el número 500 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, entiende, por el contrario, que las decisiones de la Dirección General de los Registros deberían ser objeto en todo caso de impugnación ante los Tribunales.

La peculiar posición de los actos de reparcelación respecto a su impugnación jurisdiccional podría significar también otro punto de apoyo para la ulterior revisión por los Tribunales de aquellas resoluciones, toda vez que o bien constituyen una laguna en el ordenamiento jurídico al ponerse en relación con la legislación hipotecaria los preceptos de la Ley del Ordenamiento Urbanístico, o bien la exclusión de la revisión jurisdiccional de los actos de reparcelación constituirían una excepción fundamental en el sistema hipotecario, con incremento decisivo de las facultades del Registrador.

Sin perjuicio de la importancia que el tema ofrece, que debería ser objeto de un estudio independiente, parece de interés destacar aquí cuál ha sido el origen e incluso la evolución histórica del principio de calificación registral para apreciar bien desde sus orígenes en qué forma se ha puesto en comparación la competencia de la Dirección General de los Registros en relación con la de los propios Tribunales.

Si se investiga sobre este alcance histórico, lo primero que debe afirmarse es que la evolución del principio de calificación registral ha ido produciéndose en sentido amplio respecto de la admisión de las facultades de calificación. Bástenos a este respecto con comparar el régimen vigente con el comienzo mismo del reconocimiento de esta facultad.

A este respecto citaremos únicamente estos textos:

1.º El proyecto del Código civil del año 1851 contuvo la primera manifestación sobre las facultades de calificación en el artículo 1.883 que decía:

«El tenedor del Registro examinará los títulos por el orden que le hayan sido presentados; y concluido el examen, inscribirá bajo su responsabilidad únicamente los que estuvieren arreglados a la Ley.»

2.º El primer texto de la Ley Hipotecaria, el del año 1861, contenía como lo hace la vigente, en el artículo 18, el principio de calificación registral bajo los siguientes términos:

«Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, en cuya virtud se solicite la inscripción y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las mismas escrituras.»

3.º El artículo 101, por fin, refiriéndose a los documentos judiciales, dispuso:

«Los Registradores calificarán también bajo su responsabilidad la competencia de los jueces que ordenen las cancelaciones, en los casos en que no firmare el despacho el mismo que hubiere decretado la inscripción o anotación preventiva.

Si dudaren de la competencia del Juez darán cuenta al regente de la Audiencia respectiva, el cual decidirá lo que estime conveniente.»

Si se examinan las deliberaciones mantenidas por los órganos legislativos en la elaboración de la Ley, tal y como resultan de la publicación del Centro de Estudios Hipotecarios citada, pueden advertirse cómo ya desde el primer momento se planteó el tema, aunque incidentalmente, respecto de las facultades de calificación registral y principalmente con aquellos documentos sobre los que podría haber una mayor conflictividad.

Así, en la pág. 205 se hace referencia a la polémica mantenida entre los señores PERMANYER y ORTIZ DE ZÁRATE acerca de la facultad de los Registradores para calificar la competencia del Juez que expida un despacho en virtud del cual se haya de llevar a cabo la inscripción de algún documento.

El resultado final de esta polémica, fácilmente puede advertirse en el propio texto de la Ley Hipotecaria donde explícitamente se consigna la facultad de calificación y en su exposición de motivos que literalmente dice:

«Estas consideraciones han movido a la Comisión a proponer que bajo la dependencia inmediata del Ministerio de Gracia y Justicia se establezca en la Dirección General del Registro de la Propiedad, fijando las atribuciones necesarias para que se llene cumplidamente el objeto de su creación. Así se formará prontamente y conservará una jurisprudencia tan general como ajustada al espíritu de la Ley, que será el complemento necesario del precepto escrito del legislador, y habrá un depósito de tradiciones y doctrinas del que aún más que la generación actual se aprovecharán las venideras.»

La polémica pues sobre la función calificadora del Registrador, principalmente en relación con los documentos de carácter judicial, se resuelve en el texto a través del franco reconocimiento de aquella facultad, aunque limitada bajo los extremos conocidos que, sucesivamente, encuentran una matización especial en los textos que le suceden y en las propias resoluciones de la Dirección General.

De aquí resulta, por tanto, destacada la intervención del Registrador y la última decisión de la Dirección General como un centro decisor independiente del propio de los Tribunales y sin perjuicio de que toda la institución registral tenga un acusado carácter de judicialidad como responde al hecho de que los actos inscritos quedan sometidos a la protección de los Tribunales y de que, en último extremo, las partes, con independencia de que sea firme la resolución acerca de la inscrip-

ción o no del título puesto en cuestión, contiendan sobre su validez o nulidad.

Todo lo cual nos permite entender que desde el principio la configuración de esta actuación de la Dirección General estaba puesta al margen por completo de la competencia de los Tribunales, como una auténtica función integradora de los requisitos exigibles por la Ley para que los actos sean inscritos en el Registro.

Resumiendo el tema, podría sentarse la conclusión de que en la dialéctica, validez del acto-calificación registral, la solución debe estar en admitir francamente la calificación registral sobre la existencia o inexistencia de las circunstancias exigibles al título o a la inscripción, conforme a la interpretación expuesta, la competencia del órgano, la congruencia con el procedimiento y los obstáculos registrales.

En cambio carece de facultades el Registrador para entender que el acto administrativo cuya inscripción se pretende es nulo por adolecer de alguna de las infracciones del ordenamiento jurídico que determinan esta condición.

Sin embargo, tan importante como determinar el alcance de la calificación registral, es decidir el alcance de las resoluciones definitivas del proceso gubernativo.

En este sentido, la posición que aquí se mantiene corresponde a una interpretación de las propias instituciones puestas en juego; prescindiendo, por tanto, ya de sus antecedentes históricos, que francamente admiten la facultad de la calificación registral, no sujeta directamente a una revisión judicial, ya de las soluciones legislativas vigentes, como producto de un determinado derecho positivo.

La decisión última de la Dirección General de los Registros sobre la inscripción de los actos o documentos, no es susceptible de revisión judicial, entendemos, por las siguientes circunstancias:

- 1) Por tratarse de una jurisdicción integradora en la que la resolución trata de determinar, refiriéndonos a los actos administrativos, la existencia o inexistencia de las circunstancias que legal o reglamentariamente deben acompañar al acto cuya inscripción se pretende.
- 2) Porque en ningún caso, según hemos afirmado, la decisión última del proceso gubernativo puede declarar la nulidad del acto toda vez que éste, conforme a la ley, goza de la presunción de validez, que es el resultado de estar dictado por un poder jurídico, cuyas prerrogativas son las propias de la soberanía del Estado y que, por las mismas razones, de no admitirse, sería

bastante para poner en duda las propias resoluciones del Registrador o de la Dirección General.

Con ello, tampoco se pone en entredicho la aplicación del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, según la cual la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes, puesto que en definitiva, por el hecho de la inscripción, aunque después se declare su nulidad, no se daría más protección al acto, salvo la que resulte de los beneficios en favor de tercero y, por otra parte, al no poderse presumir de antemano que el acto es nulo mientras no exista una declaración judicial o revisión en vía administrativa, tal pretendida declaración de nulidad sería improcedente.

- 3) En definitiva, si la mayor analogía de los documentos administrativos se produce con los documentos judiciales, debe pensarse que al igual que no es concebible la idea de montar un proceso judicial para declarar la validez de una sentencia declarada no inscribible, cuando ya todos los recursos judiciales ordinarios han sido consumidos, tampoco, por las mismas razones, sería posible plantear un recurso contencioso-administrativo respecto de la eventual validez del título administrativo cuya inscripción es puesta en entredicho.

Es decir, que la resolución del proceso gubernativo que declara no inscribible una sentencia firme, no tolera, por sí misma, el montaje de un nuevo proceso respecto de la declaración de validez de la sentencia, puesto que sería una incoherencia con la propia naturaleza de los actos judiciales puestos en duda.

Paralelamente, la declaración en el proceso gubernativo de que un acto administrativo no es inscribible, por las mismas razones, no tolera tampoco la incoación de un procedimiento jurisdiccional sobre la declaración de validez de aquel acto, principalmente, si se tiene en cuenta que la jurisdicción contenciosa es revisora de la acción administrativa, postulándose ante ella la nulidad de los actos administrativos.

Por consiguiente, en definitiva, el tratamiento de los actos administrativos, semejantemente con lo que ocurre a los actos judiciales, termina con la resolución de la Dirección General de los Registros que, en última instancia, tan sólo declarará la concurrencia de circunstancias legales o reglamentarias susceptibles siempre de ser convalidadas por la propia Administración.

Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de los obstáculos puramente registrales, determinantes de la imposibilidad de inscribir un acto administrativo, lo mismo que pueda ser una resolución judicial.

2.º *Medidas hipotecarias cautelares en los procesos sobre actos administrativos*

Del artículo 26 se deduce, en cambio, que los actos desestimatorios de reparcelación pueden ser impugnados judicialmente. Cabe, en estos casos, que puedan tener acceso al Registro aquellas medidas de carácter cautelar establecidas por el ordenamiento hipotecario, como garantía de eventuales derechos susceptibles de transformarse en verdaderos derechos reales. Las anotaciones preventivas de demanda representan verdadera vocación al dominio o a los derechos reales inscritos, y por eso procediendo incluso de acciones personales, se permite su inscripción en el Registro de la Propiedad si pueden llegar a tener efectos reales.

La traslación de este concepto al ámbito del Derecho Administrativo es verdaderamente compleja, puesto que, por una parte, no puede acudir a la vía jurisdiccional sin que previamente se haya agotado la vía administrativa, y en esta vía es evidente que el artículo 42 de la Ley nunca permitiría que se pueda tomar anotación preventiva en el Registro por el mero hecho de la interposición de un recurso ante los órganos de la Administración. Podría, en cambio, plantearse la admisión de la anotación preventiva cuando se hubiese interpuesto ya la demanda ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando afecte o se refiera a bienes concretos y determinados, susceptibles de identificación y que, sin ella, pueden pasar a manos de terceros, haciendo inútil la resolución.

Sin embargo, aun así, es decir, aun admitiendo de modo genérico la anotación preventiva de demanda, ¿es que propiamente la pretensión que se hace ante la jurisdicción contenciosa puede ser ampliada a práctica un asiento sobre bienes determinados y concretos? La respuesta no parece clara, puesto que si la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora, lo que se plantea es la validez o nulidad de un acto, aunque las medidas relativas al restablecimiento de la situación jurídica, conforme a la Ley de la Jurisdicción contenciosa, pueden abarcar el sometimiento de determinados bienes excluidos por ejemplo de las consecuencias de la reparcelación.

Todo ello representa, como se ve, una cierta disparidad entre las situaciones contempladas por la Legislación Hipotecaria y las que resultan del acceso creciente al Registro de situaciones jurídicas públicas.

Por fin, no deben excluirse tampoco las consecuencias dimanantes de la naturaleza del objeto del proceso administrativo y en particular de la reparcelación. Hasta ahora el Registro de la Propiedad figuraba como instrumento creado por el Estado para las relaciones del Derecho Privado.

do; al incluirse las relaciones surgidas de los actos de la Administración, quiere decirse que o bien la jurisdicción ordinaria no sería competente, como no puede serlo, en relación con los actos administrativos, o bien la jurisdicción contencioso-administrativa tendría que abarcar incluso actos de Derecho Privado, lo que expresamente excluye su Ley Reguladora (14).

Y, sin embargo, en el artículo 24 del Reglamento de Reparcelaciones, entre las circunstancias de los acuerdos de reparcelación figuran unas que tienen evidente carácter público como sería, por ejemplo, la justificación de los coeficientes en cuanto al volumen y a la superficie de las fincas afectadas, todo lo relativo a las cesiones de bienes a los entes públicos y otras que, por el contrario, tienen un marcado carácter privado, como pueden ser las limitaciones sobre servidumbres recíprocas, patios comunes, zonas de estacionamiento, etc.

Ello obligaría entonces a que la revisión jurisdiccional o la calificación judicial de determinados puntos pudiera fraccionarse y en algunos extremos, ante la negativa registral, pedirse su declaración de validez ante los Tribunales ordinarios, en cuanto afectaba a aspectos de Derecho Privado, mientras que los otros, tratándose de la reparcelación, quedarían excluidos del control jurisdiccional.

(14) Se está ante el caso de una modalidad en la acción administrativa de indudable relieve registral: la doctrina de los actos separables. Piénsese que el vidioso e indefinible tema de los contratos de la Administración plantea, por lo menos, la diferenciación, aun en los contratos de derecho privado, entre el contrato en sí mismo, inscribible, como la compraventa o la permuta, y los actos administrativos que precedieron la declaración de voluntad, calificables registralmente, tales como la autorización para la venta de la Dirección General de Administración Local, la justificación de la equivalencia de prestaciones en la permuta, etc.

En las Cortes Constituyentes de Cádiz y en la primera Ley de Contabilidad de la Hacienda Pública, como expresión de las fluctuaciones en el tema, puede apreciarse que la venta de bienes nacionales tiene carácter administrativo, mientras que hoy, en la Ley del Patrimonio del Estado, artículo 70, tiene carácter privado; la jurisprudencia es muy variada, pudiendo advertirse la existencia de contratos administrativos entre personas privadas, por ejemplo, la Sentencia de 16 de marzo de 1973 sobre municipalización de servicios, contratos entre entidades públicas, etc. GARCÍA ENTERRÍA (pág. 509 del *Curso de Derecho Administrativo*, redactado con TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ) dice: «Esta idea (la de los actos separables), surgida en el Derecho francés y recibida por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa (asunto del Hotel Andalucía Palace de Sevilla: auto de 17 de octubre de 1961 y Sentencia de 4 de febrero de 1965, confirmatoria de la dictada por la Audiencia Territorial de Sevilla el 13 de noviembre de 1962), ha pasado íntegramente a la vigente legislación de contratos. Así resulta del artículo 4.º, regla tercera, de la Ley de Contratos del Estado con su actual redacción.»

3.º *Desajustes entre el sistema hipotecario y el administrativo*

Lo expresado anteriormente da lugar a peculiaridades en las relaciones entre el sistema hipotecario y el orden administrativo y que puede apreciarse en diversos aspectos de entre los que destacamos los siguientes:

A. *La ejecutividad de los actos administrativos y los requisitos del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.*

El artículo 82 de la Ley Hipotecaria parte de que las inscripciones practicadas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la que no se halle pendiente recurso de casación.

Igualmente en el caso de las anotaciones de embargo practicadas en virtud de mandamiento judicial, a partir de la reforma del Reglamento Hipotecario del año 1959, se exige en el artículo 165 que se haga constar literalmente la resolución respectiva, con su fecha, y, en su caso, «que se firme».

Tales exigencias parten del presupuesto de que la resolución judicial que llegue al Registro, atentatoria contra los derechos inscritos, sólo puede surtir efectos cuando se trate de una resolución que es firme por no haber recurso contra ella o por no haberse interpuesto en el tiempo oportuno.

Frente a esto, según decíamos anteriormente, los actos administrativos gozan de la presunción de validez y eficacia y esta presunción de eficacia surte efecto incluso aunque se interponga un recurso contencioso-administrativo, salvo en el caso de que en vía jurisdiccional, si naturalmente la Administración no lo ha hecho antes en vía administrativa, los Tribunales acuerdan la suspensión de efectos del acto administrativo impugnado. (Art. 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo.)

El problema puede plantearse realmente en muchas ocasiones, por ejemplo, en virtud de la eficacia que tienen los actos de aprobación de los Planes de Ordenación para la constitución, modificación o extinción de servidumbres, conforme al artículo 55 de la Ley del Suelo.

Es decir, que así como el sistema hipotecario parte de que el acceso al Registro de las resoluciones judiciales ha de estar supeditado a su condición de firmeza, el ordenamiento administrativo entiende que los actos administrativos surten todos sus efectos aunque sean interpuestos

contra ellos recursos en vía administrativa o jurisdiccional, lo que constituye por tanto, una evidente modificación en el criterio hipotecario tradicional.

B. *La salvaguardia de los Tribunales.*

Es otro de los problemas que puede plantearse respecto de los actos administrativos inscritos. En efecto, ¿ante qué órgano puede plantearse la revisión de la nulidad de un acto y consiguientemente la del asiento respectivo; aún más, si el acto administrativo inscrito adolece de nulidad por faltar alguna de las circunstancias señaladas en la Ley por los asientos, qué órgano judicial es el competente para resolver la declaración de la nulidad del mismo? (15).

Si, conforme al artículo 1.º de la Ley Hipotecaria los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, debe pensarse que los asientos registrales productores de actos administrativos puros deben estar bajo la salvaguardia de los Tribunales que están encargados de resolver también la posible validez o nulidad del acto administrativo.

Sin embargo, ¿en qué plazos, cuáles habrán de ser los requisitos de procedimiento para la impugnación de este asiento? Serán los de la jurisdicción ordinaria, o, por el contrario, estarán sometidos a los cortos plazos señalados en la Ley de Procedimiento Administrativo para impugnar un acto administrativo como sería en definitiva el de inscripción en el Registro de la Propiedad de un acto administrativo emanado de la Administración ordinaria.

Todo ello en definitiva plantea evidentemente problemas que más bien denotan la existencia de un desfase entre un sistema hipotecario que se montó sobre un tráfico jurídico privado y un sistema inmobiliario que está llamado, progresivamente, a recibir decisiones de la Administración no sólo con respecto de sus propios bienes sino con los de los administrados.

No parece admisible que en este incremento de la actividad administrativa lo adecuado sea restar garantías y medios de control de sus actos, emanados de múltiples fuentes y recayentes sobre campos cada vez

(15) GARCÍA ENTERRÍA, en la obra citada, pág. 510, refiriéndose a los actos separables, dice: «... los actos preparatorios del contrato y el acto de adjudicación se consideran separables del contrato mismo, de forma que, aunque éste sea privado por su naturaleza, tales actos podrán ser impugnados separadamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y, caso de ser anulados en esta jurisdicción, el propio contrato privado subsiguiente quedará igualmente nulo y entrará en fase de liquidación sin necesidad de plantear nuevo proceso ante la jurisdicción ordinaria (art. 13 del Reglamento de Contratos del Estado)».

más propios de la personalidad privada, al menos conforme a una posición tradicional.

La figura del Registrador adquiere así un relieve singular porque formando parte de la Administración, tiene plena autonomía de ella, incluso salvaguardada judicialmente conforme resulta del artículo 136 del Reglamento Hipotecario, y en el ejercicio de su función puede enjuiciar incluso los actos de la propia Administración, haciéndolo todo ello bajo su personal responsabilidad, lo que exige su inamovilidad y su propio sistema de retribución.

Al actuar de este modo, en campos distintos a los de los Tribunales a quien corresponde, en última instancia, declarar la validez o nulidad de los actos, interviene tanto en defensa de la seguridad jurídica de los administrados como del buen orden administrativo. No coarta la acción de la Administración, cuyo poder le viene de la Ley, ni sirve de escape a los ciudadanos para el cumplimiento de las cargas o deberes sociales. Es simplemente un funcionario encargado de mantener el orden jurídico, independiente de la Administración y de los particulares, y cuyas decisiones han de estar siempre, en última instancia, sujetas a los Tribunales por la vía legalmente establecida.

V. MODIFICACIONES SUBJETIVAS DE LA REPARCELACION

La existencia de una declaración de zona en estado de reparcelación no es causa que impida la transmisión de las fincas afectadas. En la hipótesis más restrictiva, el artículo 27.1 del Reglamento autoriza al órgano urbanístico para que, si lo estima conveniente, suspenda la concesión de licencias de edificación, conforme al artículo 22 de la Ley, sin expresar si abarca también las licencias de parcelación. Aun cumpliéndose esto, lo que en todo caso tal declaración no implica es la existencia de una privación legal de enajenar, por la cual resulte vedada a los titulares de los bienes, la facultad de disponer.

Desde este punto de vista quiere decirse que durante el proceso de reparcelación pueden ser enajenadas las fincas, lo que implica una modificación subjetiva en los términos de la reparcelación.

A su vez, esta modificación subjetiva puede producirse bien sea de modo directo o bien indirectamente. En el primer caso se trata simplemente de la enajenación del dominio del bien afectado; en el segundo puede producirse mediante la transmisión de los títulos representativos del dominio de los bienes sujetos a reparcelación, cuando se haya previsto la incorporación de los bienes a títulos representativos de ellos.

La primera de ellas, desde un punto de vista sustantivo, no ofrece ninguna dificultad y está sometida al régimen común de la transmisión de bienes inmuebles.

La peculiaridad surge de la segunda de estas variedades.

En todo caso, una y otra quedan dentro del ámbito de la calificación registral puesto que se trata de un negocio jurídico privado respecto del cual el Registrador tiene facultad para calificar incluso la validez del acto dispositivo.

En razón de ello se ofrece aquí una cuestión que interesa profundizar en ella, tanto por las implicaciones hipotecarias que ofrece como incluso por sus aspectos fiscales.

La enajenación de los títulos representativos de los bienes afectados puede hacerse directamente por sus titulares o por la Junta de Compensación, utilizándose la titularidad fiduciaria regulada en el artículo 40.5 del Reglamento.

En ambos casos ha de partirse del hecho de que, como principio general, según el artículo 40.2, la incorporación de los propietarios a la Junta no supone la transmisión a la misma del dominio de los inmuebles afectados; es decir, la titularidad civil y por tanto la legitimación registral, permanecen en su titular.

Si la enajenación de los títulos representativos de la participación en la Junta (16) es llevada a cabo por el titular civil del bien, queda como problema de interés determinar si, conforme al artículo 1.413 del Código civil, el vencedor, que sea el esposo en la sociedad conyugal, necesita el consentimiento de la mujer cuando el bien sea ganancial. A este respecto el citado artículo, después de la reforma de la Ley de 1958, hace obligatorio el consentimiento de la mujer para los actos de disposición de los bienes inmuebles. Por consiguiente, si el título transmitido representa la finca como tal, lo que se enajena es el dominio de ella y por consiguiente hace falta el consentimiento de la mujer.

(16) El supuesto está ya puesto en funcionamiento en algunos casos a través de la transmisión mediante póliza de las participaciones en la Junta representadas por títulos, circunstancia también prevista en el Decreto de 11 de mayo de 1968 sobre el Plan Especial de la Avenida de la Paz de Madrid.

Registralmente es interesante el procedimiento para cumplir el tracto sucesivo, ya que la reparcelación, como la concentración parcelaria, parte de la adjudicación de las nuevas fincas a los titulares de las aportadas. Si este titular vende, no la finca, sino su título representativo de la participación en la Junta, no vemos inconveniente en que el Acta de reparcelación recoja las transmisiones efectuadas por escritura pública o por póliza, subrogándose el adquirente adjudicatario de las fincas de reemplazo en la posición del que hizo la aportación y transmitió su derecho. Ello, sin embargo, no debe ser obstáculo para que se califique el conjunto de normas sobre capacidad, poder de disposición, etc., aunque se hayan ejercitado formalmente sobre títulos, esto es, sobre valores mobiliarios.

Distinto sería el caso de que se hubiese aportado el dominio de las fincas a la Junta de Compensación, variedad analógica de las sociedades anónimas, en cuyo supuesto el dominio ya no sería de las personas físicas que las aportaron. Pero entonces, respecto del acto de aportación, el marido necesitaría igualmente el consentimiento de la mujer, por estimarse la aportación de bienes a una sociedad como acto de disposición, cualquiera que sea la posición doctrinal que se sustente a este respecto sobre la sociedad como acto de comunicación de bienes o de enajenación.

La segunda variedad se refiere al ejercicio de la titularidad fiduciaria de disposición por la Junta, recogida en el artículo 40, 5.º, del Reglamento.

Contiene dicho precepto un régimen de excepción que merece ser considerado. Su alcance práctico es quizá menor que los propósitos del legislador que, habiendo aportado la utilidad de la medida, ha de reconocerse que la ha regulado tímidamente a través de la redacción del precepto (*).

Su finalidad consiste en atribuir un poder de disposición a los órganos de la entidad para hacer frente a los gastos comunes de la reparcelación, sin que ello represente un verdadero gravamen sobre el titular civil de los bienes puesto que en base a la subrogación real, su aportación queda en cualquier caso cumplida mediante la adjudicación de las fincas de reemplazo.

El mandato del Reglamento queda, no obstante, recortado porque exige tres condiciones fundamentales:

- a) Que dicha facultad conste expresamente en los Estatutos.
- b) Que se lleve a cabo por el órgano de la entidad.
- c) Que lo consientan todos los interesados o, en su caso, los órganos de quien dependa la entidad.

La interpretación del precepto debe hacerse en el sentido de que el consentimiento de los interesados se refiere específicamente al titular del bien, puesto que si no se referiría, como lo hizo antes, a los órganos de la entidad y en ningún caso a la pluralidad completa de los afectados por la Junta puesto que éstos están constituidos corporativamente en ella. Es decir, después de atribuir una tan fuerte facultad en favor de la Junta, condiciona su ejercicio práctico al consentimiento del propietario, lo que en definitiva es dejar las cosas como estaban y solamente atribuir una especie de representación legal a los órganos de la entidad,

(*) Este juicio cambia radicalmente a partir de la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975.

a fin de que comparezcan para el ejercicio de esta facultad en vez del propietario.

La única trascendencia del precepto está en la autorización subsidia-ria del órgano actuante, es decir, del órgano bajo cuya gestión actúe la Junta. Esta intervención excepcional debe entenderse que se utilizará muy escasas veces tanto por lo anómalo de que la Administración decida sobre un acto que le es enteramente ajeno, como por la tardanza e incomodidad práctica que ha de llevar consigo.

Parece preferible por ello que el Reglamento hubiere conferido definitivamente esta facultad con sólo garantizar al titular del bien enajenado la cuantía de su aportación para que así resulte defendido en las correspondientes adjudicaciones.

El nuevo texto de reforma de la Ley del Suelo ha venido a ampliar el del Reglamento de Reparcelaciones, eliminando los condicionamientos que aquél establece, al disponer en el artículo 115.2, lo siguiente:

«Las Juntas de Compensación actuarán como fiduciarias, con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas, sin más limitaciones que las establecidas en los Estatutos.»

La promulgación del nuevo texto constituye un acontecimiento decisivo para el sistema urbanístico español, aunque desgraciadamente su alcance tenga que ser calificado negativamente al haberse dado un ataque fundamental a uno de los textos legales más importantes del presente siglo cuyos defectos no eran derivados de la Ley misma, sino de la Administración que la ha aplicado, por lo que no debe ingenuamente pensarse que con la mera promulgación del nuevo texto, aquéllos vayan a ser, taumatúrgicamente, resueltos.

En todo caso, la injustificable precipitación en la redacción de un texto tan importante, da lugar a redacciones desafortunadas como las del precepto reproducido que se refiere genéricamente a las fincas de los propietarios miembros de las Juntas de Compensación, lo que teóricamente atribuiría a ésta un poder de disposición sobre fincas exentas del planeamiento que se ejecute. Evidentemente, la titularidad fiduciaria inicialmente atribuida a la Junta debe reducirse a las fincas incorporadas a ella.

En todos estos actos, según se ha dicho, se está llevando a cabo la disposición de los bienes afectados por un titular jurídico privado, y por tanto es interesante bajo la competencia de la calificación del Registrador en todos los aspectos a los que se refiere el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ
Registrador de la Propiedad

Problemática notarial y registral de la comparecencia de extranjeros

A mi compañero Santiago Vallejo Heredia.

SUMARIO: I.—*Introducción y planteamiento de problemas.*—II. *Circunstancias personales:* 1. El nombre y apellidos.—2. La edad.—3. El estado civil.—4. La profesión u oficio.—5. El domicilio.—6. La nacionalidad o regionalidad.—7. Documentos personales.—III. *Identificación de extranjeros.*—IV. *Calificación de capacidad:* 1. Ley aplicable.—2. Forma de acreditarla.—3. Inexistencia de prohibiciones.—V. *Intervención:* 1. Intervención en nombre propio.—2. Intervención en nombre ajeno.—VI. *Problemas calificativos:* 1. Principio general. 2. Requisitos esenciales de forma.

I. INTRODUCCION Y PLANTEAMIENTO DE PROBLEMAS

La contratación en España por extranjeros, y de modo más general su comparecencia en el instrumento público, está a la orden del día. La diversidad de leyes y reglamentos, no siempre coincidentes, ni suficientemente claros, plantea problemas tanto a los notarios que autorizan los documentos, como a los registradores a quienes incumbe la misión de calificarlos para su inscripción. Y así las cosas funcionan un poco a la buena de Dios porque también entre estos profesionales rige el refrán de que cada maestrillo tiene su librillo. Y así, conozco registradores que exigen la mención del apellido de soltera en las mujeres casadas comparecientes o simplemente citadas como consortes en el documento; o la mención expresa de que el Notario conoce la legislación extranjera respectiva; o la certificación de conocimiento de la ley extranjera para determinados actos dispositivos; o la aplicación analógica de los artículos 92 y siguientes del Reglamento Hipotecario; y algunos desvaríos más que no hacen al caso.

Bien es cierto que ante tales exigencias cabe la solución de un posible recurso para que la Dirección General de los Registros y del Notariado aclare posturas, o el más fácil de plegarse a la exigencia en aras de la agilidad en la inscripción y como lenitivo del exceso de trabajo. Como me gusta meditar en voz alta me he propuesto averiguar, hasta donde sea posible, dónde radica la verdad, para tratar de convencer por esta vía, sin tener que llegar al recurso, o para tenerlo preparado si fuere necesario llegado el caso.

La comparecencia es una parte del instrumento público que contiene la narración identificadora de los sujetos presentes y la serie de actos que componen lo que NÚÑEZ LAGOS llama audiencia y cuyos requisitos pueden sintetizarse siguiendo a CHICO y RAMÍREZ en individualidad (datos personales de los comparecientes), identidad (fe de conocimiento de los otorgantes), capacidad e intervención (concepto en que se interviene).

Vaya por delante una consideración general, cuando la Ley y Reglamento Notarial, o la Ley y Reglamento Hipotecario se refieren a los aspectos relacionados con la comparecencia, están pensando como es lógico en comparecientes nacionales, y sólo excepcionalmente se refieren a alguna circunstancia especial para los extranjeros, lo que supone, que salvada tal excepción, en lo demás rigen los preceptos generales, que no es dado desvirtuar a los funcionarios que entiendan del caso por razón de la materia.

Por otra parte, la regla general en la que se basa la función calificadora está recogida en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que en su actual redacción dice: «los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

Y bajo la idea de que sólo deben acceder al Registro los actos válidos, el artículo 98 del Reglamento Hipotecario exige que tal función calificadora se centre en aquellos requisitos a los que la Ley concede la prerrogativa de dar validez al documento, para que éste no sólo pueda ser considerado eficaz, sino que deba ser válido, y por ello, lograr su eficacia. Pero sólo por supuestos tales requisitos y no otros. Por eso dispone: «El Registrador considerará, conforme a lo prescrito en el artículo 18 de la Ley, como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, las que afectan a la validez de los mismos, según las leyes

que determinan la forma de los documentos, o puedan conocerse por la simple inspección de ellos. Del mismo modo apreciará la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad...»

El artículo 21 de la Ley Hipotecaria impone la constancia de las circunstancias necesarias para la inscripción en los documentos relativos a actos o contratos que deban inscribirse. Y el artículo 9 de la misma Ley y 51 de su Reglamento especifican cuáles son estos requisitos, que luego veremos.

Con estos antecedentes es ya posible que nos adentremos en el análisis de toda la problemática que plantea la comparecencia de extranjeros ante Notario, y del acceso registral del documento autorizado.

II. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES

Los artículos 156 y siguientes del Reglamento Notarial especifican tales circunstancias, que enumeramos a continuación:

1. *El nombre y apellidos*

La regla general se contiene en el artículo 156 («La comparecencia de toda escritura indicará... 4.º) el nombre, apellidos...») y se explica en el artículo 157: «La designación de los otorgantes o comparecientes se hará expresando su nombre y apellidos, pudiéndose consignar también los títulos, honores y dignidades que tuvieren... cuando el otorgante fuere conocido con un segundo nombre unido al primero, se expresará también esta circunstancia. Si se conociere un solo apellido, se hará constar así, no siendo necesario expresar el segundo cuando por los otros datos resultare perfectamente identificado. En caso de duda podrá agregarse su filiación.»

Esta regla sería suficiente si no hubiera, como la hay, otra especial para nombrar a los extranjeros por su nombre y apellido (normalmente uno solo), no siendo necesario hacer constar ninguno más, ni por supuesto el apellido de soltera de las mujeres casadas.

Pero a mayor abundamiento, el artículo 168 del mismo Reglamento Notarial, en el inciso final del primer párrafo de la regla 5.ª, dice, zanjando toda posible discusión: «Si en el Estado de que el extranjero otorgante fuese ciudadano no se usare más que el nombre y el primer apellido, el Notario se abstendrá de exigirle la declaración del segundo

aunque se trate de documentos inscribibles en el Registro de la Propiedad.»

Entendiéndolo así varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han dictaminado que el nombre y apellidos de los extranjeros se rigen en España por su Ley personal: 14 de agosto y 19 de octubre de 1965 y 15 de julio de 1966.

En la de 14 de agosto de 1965 un ciudadano americano interesaba informe sobre si estaba obligado en su condición de extranjero a aceptar las normas que no conciernen sino a los españoles y la Dirección General vistos los artículos 93-1.º de la Ley de Registro civil; 219 y 343 de su Reglamento y la Resolución de dicho Centro de 8 de abril de 1965, acordó comunicarle: «que el nombre de los extranjeros se rige por su Ley personal». Análoga declaración contiene la resolución de 19 de octubre de 1965, vistos en este caso los artículos 219 y 296 del Reglamento del Registro civil. La Resolución de 15 de julio de 1966, en tema de adopción, declaró: «que la Ley española se atiene a lo que determina la Ley inglesa en cuanto a la cuestión de si el niño, aun siendo inglés puede recibir el apellido de las personas que lo acogen, pues los apellidos de un extranjero se rigen en España por su Ley personal».

2. *La edad*

Exigida por la regla 4.ª del artículo 156, se expresará, según el artículo 158, ambos del Reglamento Notarial, «haciendo constar el número de años, cuando fuere indispensable para el acto o contrato. Si fuere mayor de edad, bastará consignar esta expresión. Cuando se trate de menores de edad emancipados o que por cualquier otro motivo intervengan en la escritura pública, se hará constar necesariamente su edad, exacta, acreditándose esta circunstancia si hubiere duda sobre ello, con la correspondiente certificación del Registro del estado civil.»

No hay forma especial. También la edad, se rige por la Ley nacional (art. 9, C. C.), tanto para la determinación de la mayoría como para la minoridad o edades especiales.

3. *El estado civil*

Se expresará (art. 156-4.º y 159 R. N.) «diciendo si es soltero, casado, viudo o divorciado, siendo suficiente para los eclesiásticos la expresión de esta circunstancia y la Orden a que pertenezcan o su respectiva dignidad. Si el otorgante fuere casado, viudo o divorciado, y al acto

o contrato afectare a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, se harán constar el nombre y apellidos del cónyuge, diciendo también si está casado en primeras nupcias o en ulterior matrimonio, salvo que por ley o por pacto no exista entre los cónyuges sociedad de gananciales.»

Esta es la regla general, que se aplicará *mutatis mutandis* a los extranjeros por no haberla especial.

De esta norma reglamentaria no suele hacerse un uso asépticamente correcto y es frecuente tratándose de españoles que se mencionen nombre y apellidos del cónyuge en casos en que no es necesario hacerlo: por ejemplo, en materia de donaciones bastaría con decir «casado», sin decir con quién. No conozco la práctica notarial en Cataluña, pero pienso existiendo la regionalidad catalana y el sistema legal de separación de bienes, que cuando comparezca un catalán casado, bastará esta expresión sin especificación de su cónyuge. Avancemos un paso más. Supongamos que comparece un catalán ante Notario fuera de Cataluña; con la simple declaración de regionalidad catalana y de estar sujeto al régimen legal de separación, no será tampoco precisa la mención del nombre y apellidos del cónyuge. Con estos antecedentes, veamos cómo se aplica este artículo a los comparecientes extranjeros. Caben dos posibilidades: una, entender que el citado artículo 159 sólo es aplicable a españoles en tanto que menciona los gananciales, que es nuestro típico sistema matrimonial, lo que no resuelve el problema a falta de regla especial para los extranjeros. Y otra, aplicarlo indiscriminadamente a españoles y extranjeros en tanto que dice que por ley o por pacto no exista la sociedad legal de gananciales. En este segundo caso caben dos posturas: buscar sistemas idénticos o parecidos a la sociedad de gananciales o entender, sin más, que nunca tratándose de extranjeros hace falta la mención del cónyuge en tanto no existe la sociedad de gananciales que es típicamente español.

Puntualizando: lo que se persigue en el artículo es que queden a salvo los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, por tanto, si el extranjero comparece y asegura estar casado bajo régimen legal de separación, o lo demuestra con capitulaciones matrimoniales, bastará la expresión de «casado». Luego veremos la conveniencia de aludir al régimen matrimonial cuando se trata de extranjeros (a propósito de la intervención).

4. *La profesión u oficio*

Se expresará por lo que conste al Notario o resulte de las reclaramientos de los otorgantes y de sus documentos de identidad (art. 156-4.º y 160 R. N.).

5. *El domicilio*

Los que tengan su vecindad en un punto y su residencia o domicilio en otro, deberán consignar expresamente uno de ellos para las notificaciones y diligencias a que pueda dar lugar el cumplimiento del contrato (art. 156-4.º y 162 R. N.).

Independientemente de este domicilio personal, en la actualidad, hay que hacer referencia a lo dispuesto en el art. 30, del Reglamento de Inversiones extranjeras en España (Decreto, 31 octubre 1974) cuyo párrafo primero establece, al parecer de modo imperativo, que «los cobros y pagos derivados de la inversión extranjera se domiciliarán en una Entidad bancaria delegada a elección del titular, a través de la cual se realizarán todas las operaciones exteriores relacionadas con dicha inversión». A este respecto es aconsejable que al tiempo que se hace constar la pertinencia de la inversión extranjera con referencia al oportuno certificado, se indique el domicilio de la Banca delegada en cuestión.

6. *La nacionalidad o regionalidad*

«Se hará constar necesariamente en la comparecencia... cuando puedan influir en la determinación de la capacidad y otorguen fuera del territorio de su región» (art. 161 R. N.). Aplicada a esta regla al tema que nos ocupa no puede afirmarse sino que en todo caso hay que hacer constar la nacionalidad del extranjero compareciente (e incluso su «regionalidad», o su ciudadanía especial cuando proceda de Estados plurilegislativos), tanto porque la nacionalidad es determinante de su capacidad (Ley nacional respectiva), como porque el documento se otorga en España «fuera del territorio de su región».

7. *Documentos personales*

Se indicarán tan sólo, a tenor de la regla 5.ª del artículo 156 R. N. «si la Ley lo exigiere o el Notario lo estimare oportuno». Lo normal en

en estos casos es que el Notario haga referencia al pasaporte o tarjeta de identidad, que es en definitiva el medio más apropiado de identificación, pero si el Notario conoce al extranjero y no lo considera oportuno, hay que preguntarse si la Ley exige la constancia y detalle de tales documentos, lo que a efectos calificativos es muy importante.

Para los españoles hay que tener en cuenta que el Decreto de 22 de marzo de 1962 impuso la necesidad de que en todo documento de carácter oficial se consigne número y fecha del Documento Nacional de Identidad de los interesados, exigiendo a los Notarios que en caso de urgencia, en que prescindan de la presentación del documento hagan a los interesados las reservas oportunas e informen al Servicio de Identificación de la Dirección General de Seguridad. Traigo esta norma a colación por si puede ser de aplicación analógica su «relativa obligatoriedad, entendida en el sentido de que *mutatis mutandis* se deba aplicar a los extranjeros. Y entiendo que no, por que difícil iba a ser a los Notarios, por no decir imposible, «informar» a los respectivos servicios de identificación extranjeros.

Véase lo antes dicho sobre modos de acreditar la residencia.

Demostrado pues que no hay obligatoriedad de tal reseña, si conviene aconsejar que el Notario, «lo estime oportuno», en todo caso, y a tal efecto conviene distinguir los diferentes documentos personales que el Notario puede tener en cuenta:

a) Tarjeta de residencia prevista en el Decreto 522/1974 de 14 de febrero, para los extranjeros residentes (obligatoria para acreditar dicha residencia conforme al artículo 1.º, 1.2 del Reglamento de inversiones).

b) Documento Nacional de Identidad respectiva o Pasaporte vigente, cuando se trate de nacionales de Alemania Occidental, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Mónaco, Suiza y Francia.

c) Pasaporte con visado de entrada, cuando se trate de nacionales de Albania, Bulgaria, Cuba, Checoslovaquia, China Nacionalista, Haití, Hungría, Méjico, Mongolia Exterior, Polonia, República Popular China, República Democrática Alemana, República Popular de Corea, República Democrática del Vietnam, Rumania, Rusia, Venezuela y Yugoslavia.

d) Pasaporte vigente, en todos los demás casos.

III. IDENTIFICACION DE EXTRANJEROS

N ohay ninguna regla especial, por tanto, rigen las normas generales que para toda clase de comparecientes se contienen en la Ley y Reglamento Notarial, y son las siguientes:

La comparecencia indicará: «La fe de conocimiento por el Notario o medios sustitutivos utilizados, si no se estima conveniente consignarla al final» (art. 156-7.º R. N.).

La Ley de 18 de diciembre de 1946 dio nueva redacción al artículo 23 de la Ley Notarial que dice: «Los Notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran de que conocen a las partes o de haberse asegurado su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos.

Serán medios supletorios de identificación, en defecto del conocimiento personal del Notario:

a) La afirmación de dos personas, con capacidad civil, que conozcan al otorgante y sean conocidas del Notario, siendo responsables de la identificación.

b) La identificación de una de las partes contratantes por la otra, siempre que de esta última dé fe de conocimiento el Notario.

c) La referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma estampados en el documento de identidad exhibido con las del compareciente.

d) El cotejo de firma con la indubitada de un instrumento público anterior en que se hubiere dado por el Notario fe de conocimiento del firmante.

El Notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes, inducido a error sobre la personalidad de éstos por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo; pero, será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados.»

Y tal precepto se desarrolla en los artículos 187 a 192 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, reformado en cuanto al primero de ellos por Decreto de 22 de julio de 1967, en los que se contienen las siguientes reglas generales:

1. La identidad de las personas podrá constar al Notario directamente o acreditarse por cualquiera de los medios supletorios previstos en el artículo 23 de la Ley.

Cuando la identificación se haga con referencia a carnets o documentos de identidad con fotografía, pero sin firma, en los que conste la huella digital el Notario exigirá que ésta se ponga en el instrumento.

La fe de conocimiento afecta a la identidad del otorgante pero no garantiza sus circunstancias de edad, estado, profesión o vecindad, que consignará el Notario por lo que resulte de la declaración del propio

interesado o por referencia a sus documentos de identidad, sin perjuicio de que, en caso de duda, pueda exigir las certificaciones del Registro del estado civil y cuantos documentos estime necesarios o convenientes.

Destaca GONZÁLEZ ENRIQUEZ, cómo la redacción de este artículo se debe a la necesidad de ponerlo de acuerdo con el artículo 23 de la Ley y a la situación surgida por la creación del documento nacional de identidad en el que figura la huella digital del interesado. El artículo 23 sólo admitía documentos o carnets cuando tuvieran firma, pareciendo lógico ahora para facilitar la identificación, sustituir la firma por la huella. No obstante, hay una diferencia fundamental: el artículo 23 de la Ley dice que el Notario responderá de la concordancia de la firma que figura en el carnet con la que el compareciente estampe en el documento, pero el nuevo Reglamento no ha podido exigir esto al Notario en lo que respecta a una huella, ya que no es un técnico en esa materia. Precisamente por eso se desplaza la identificación a un momento posterior por medios automáticos pero que desvirtúa la función notarial. Al no exigirse la firma por la nueva redacción reglamentaria, el precepto está en contradicción con el artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado.

2. No es preciso que el Notario dé fe en cada cláusula de las estipulaciones y circunstancias que, según las leyes, necesiten este requisito. Bastará que consigne al final de la escritura la siguiente o parecida fórmula: «Y yo, el Notario, doy fe de conocer a los otorgantes (o a los testigos de conocimiento en su caso, etc.) y de todo lo contenido en este instrumento público.» Con esta o parecida fórmula final se entenderá dada fe en el instrumento de todas las cláusulas, condiciones, estipulaciones y demás circunstancias que exijan este requisito según las leyes. (Art. 188).

3. Para los efectos del artículo anterior, bastará que el Notario dé fe de todo lo contenido en el documento para entender que la da expresa del conocimiento de los otorgantes cuando en el curso del documento haya asegurado que los conoce.

Si no hubiere dado fe del conocimiento de los otorgantes en las formas prevenidas, podrá, no tratándose de testamentos, subsanar la falta por medio de acta, en la que el mismo Notario que autorizó la escritura dé fe de que los conocía al tiempo de su otorgamiento. (Art. 189).

4. En los casos del párrafo tercero del artículo 23 de la Ley, cuando a un Notario le sea imposible dar fe de conocimiento de los otorgantes por no conocerlos ni puedan éstos presentar testigos de conocimiento lo expresará así en la escritura, y en ella reseñará los documentos que

le presenten para identificar su persona. Tendrán entre estos preferencia los carnets y demás documentos de identidad que estén expedidos por el Estado. También podrá el Notario pedir la fotografía del interesado incorporándola al protocolo. (Art. 190).

5. Siempre que el Notario no conozca a cualquiera de los otorgantes y cuando, aun conociéndolos, éstos no sepan o no, puedan firmar, podrá exigir que pongan en el documento la impresión digital de uno o de los dos pulgares antes de la firma de los testigos, haciendo constar el Notario en el mismo documento las circunstancias del caso. (Art. 191).

6. No será necesario que el Notario dé fe de conocimiento de las personas con quienes efectúe los protestos de letras de cambio, ni, en general, de aquellas a quienes haga alguna notificación o requerimiento, salvo los casos en que la naturaleza de la notificación o requerimiento exijan la identificación del notificado o requerido. (Art. 192).

IV. CALIFICACION DE CAPACIDAD

Es una parte de la comparecencia a la que alude la regla 8.^a del artículo 156 del Reglamento Notarial diciendo que es «la afirmación, a juicio del Notario, y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera». Y el artículo 167, que dice: el Notario en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate.

Se trata por tanto de una manifestación del Notario, consecuencia de su calidad de jurista que cristaliza en un juicio, que por ser tal y no un hecho, sólo tiene el valor de presunción *juris tantum*. Y dicha calificación comprende no sólo la capacidad propiamente dicha, sino también la inexistencia de prohibiciones o limitaciones, las asistencias y complementos de capacidad necesarios para la validez del acto, y en los casos de representación la capacidad del representante y representado y la suficiencia y legalización del poder.

Tratándose de extranjeros se plantean algunos problemas que estudiamos a continuación.

1. *Ley aplicable.* El artículo 168-5.º del Reglamento Notarial dice «la capacidad legal de los extranjeros que otorguen documentos ante Notario español se regirá por su Ley personal». Puesto en relación este artículo con el 9 del C. C. y el 15 del Código de Comercio, se llega a la solución de que tal Ley personal es la Ley nacional del compareciente. Cuya afirmación tiene, sin embargo, las excepciones o posibilidades siguientes:

a) No cabe la renuncia a tal Ley para acogerse a Ley española, aunque así lo manifestaran los comparecientes (confróntese la sentencia del T. S. de 6 de junio de 1969).

b) Cabe que entre en juego el reenvío y que, por tanto, en este caso resulte aplicable la legislación española, ya que conforme al artículo 12.2 del C. C. «la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su Ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus formas de conflicto puedan hacer a otra Ley que no sea la española. Este caso excepcional se daría en el supuesto de que la Ley extranjera dijese que la capacidad se rige por la Ley del domicilio y que el extranjero compareciente tuviese dicho domicilio en España.

c) Si tiene doble nacionalidad habrá de tener en cuenta la solución consagrada por los tratados de doble nacionalidad ratificados por España, es decir: se aplicará la Ley nacional que coincida con el domicilio, y si éste se halla en distinto país de aquellos cuya nacionalidad ostenta, se aplicará la Ley del país del último domicilio cuya nacionalidad ostente.

d) Si se trata de apátridas se aplicará la Ley del domicilio al no ser posible aplicar, por definición, la nacionalidad.

A este respecto es muy interesante conocer la resolución de la DGRN de 14 de julio de 1965, en la que entre otras cosas dice: «que la capacidad de los otorgantes de los títulos presentados a inscripción es materia que ha de ser examinada por el Registrador, al no estar vinculado a las manifestaciones hechas por el Notario autorizante de la escritura, y por ello se ha declarado reiteradamente por este Centro que aquel funcionario se encuentra facultado para pedir la presentación de los documentos complementarios que le sean necesarios, así como la justificación de la vigencia y contenido de la norma extranjera cuando sea de aplicación, al no regir para este recurso la máxima *iura novit curia* y tener, en consecuencia, que acreditarse la Ley nacional para que pueda calificar acerca de la capacidad». «Que dada la situación técnica de apátrida, la cual, no obstante ser anormal, puede tener lugar, es lógico que se tienda a dar la solución para determinar la legislación que habrá de ser aplicada a quienes se encuentran en tal circunstancia, problema

que la doctrina, en base a principios de Derecho Internacional privado, resuelve de distintas formas, bien por entender competente la última Ley nacional cuando ésta es conocida, o bien la de la residencia, o bien la del domicilio, criterio este último más predominante y que aparece seguido también en España, según se infiere de la Legislación del Registro Civil, especialmente en la Exposición de la Ley de 8 de junio de 1957, en la que se alude al domicilio de los apátridas que, justificado, ofrece cierta seguridad a su estatuto personal, e igualmente en el Decreto de 22 de febrero de 1957, en el que se dispone que se rijan los apátridas por la Ley del domicilio y determina sobre esta base la legislación aplicable a efectos de Arrendamientos Urbanos.

e) En cuanto a los refugiados políticos, también hay que entender aplicable como mejor criterio el de la Ley del domicilio consagrada por el artículo 4.º del Convenio de Ginebra de 28 de octubre de 1933 y el artículo 12 del Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951, aunque no hayan sido ratificados por España, ya que en la mayoría de casos, dada su condición de refugiado, será difícil saber con certeza si conserva su nacionalidad o si le es ya negada por las leyes de su propio país, precisamente como sanción a su condición especial.

2. *Forma de acreditarla.*—La regla 5.ª del ya citado artículo 158 del Reglamento Notarial dice: «si el Notario no lo conociere se acreditará por certificación del Cónsul general, o en su defecto, del representante diplomático de su país en España». No faltan opiniones doctrinales, como la de GIMÉNEZ ARNAU, en el sentido de que también puede acreditarse por certificación de Cónsul español en territorio de la nacionalidad, o en su caso domicilio del extranjero. Idea no del todo descabellada si se tiene en cuenta que los Cónsules españoles en el extranjero desempeñan funciones notariales (si pueden lo más, que es autorizar un documento y por tanto calificar la capacidad del extranjero, podrán lo menos, que es acreditar la capacidad para determinados actos conforme a la Ley extranjera aplicable, que lógicamente el Cónsul conoce).

Caben por tanto fundamentalmente, dos soluciones: que el Notario diga que la capacidad se acredita con la pertinente certificación que se le exhibe y acompañará donde proceda; o que el Notario «la conociere». Aquí surge el problema: ¿cómo debe decirlo? ¿Bastará la fórmula usual «de la capacidad legal del compareciente, doy fe» o por el contrario, la fórmula deberá ser más amplia y explícita, por ejemplo «de la capacidad legal del compareciente conforme a su Ley personal por mí conocida, doy fe?».

LUCAS FERNÁNDEZ se inclina por la segunda interrogante y de modo tajante afirma que «si el Notario conoce la legislación por la que... se ha

de regir la capacidad del extranjero, hará constar expresamente, dando fe de ello, tal circunstancia». A favor de esta interpretación pesa evidentemente el artículo 9 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, cuando dispone que «la capacidad civil de los extranjeros que otorguen o suscriban documentos inscribibles se acreditará por la aseveración de un Notario español que asegure conocer la Ley nacional del compareciente o por certificado del Cónsul de su país en España, o en su defecto, de la representación diplomática del mismo país».

A mi entender es válida la primera interrogante, es decir, creo que basta la fórmula concisa, que por ser concisa no deja de ser expresa, que diga «de la capacidad legal del compareciente doy fe». Y basta así, porque el Notario autorizante es lógico que conoce el artículo 168 del Reglamento Notarial, quiero decir que sabe que la capacidad del extranjero se rige por su Ley personal, y si da fe expresamente de que lo juzga con capacidad legal, no puede estar haciendo otra cosa que no sea reconocerle tal capacidad por su Ley personal, que es la que el Reglamento Notarial le dice debe aplicar. Se me objetará el texto del Reglamento del Registro Mercantil, que entiendo no se opone a mi interpretación, tanto en cuanto no dice « el Notario autorizante», sino un Notario español. Lo que en realidad hace el artículo reglamentario citado es ampliar las formas de certificar tal capacidad, es decir, que si el Notario autorizante «no la conociere», puede acreditarse tal capacidad no sólo por las certificaciones a que alude el Reglamento Notarial e insiste el Reglamento del Registro Mercantil, sino también por la aseveración de un Notario español. Quizá con un ejemplo explicaría mejor esta interpretación que no entiendo forzada: si uno de mis compañeros de residencia (no es el caso, porque se las saben todas), no conociere la legislación extranjera podría autorizar el instrumento diciendo poco más o menos, que a los efectos previstos en el artículo 9 del Reglamento de Registro Mercantil acompañará aseveración o certificación de su compañero el Notario... que asegura conocer la legislación y por tanto de la que se deduce la capacidad del compareciente.

3. *Inexistencia de prohibiciones.*—La calificación de capacidad presupone que el Notario considera que el extranjero compareciente no es afectado por ninguna de las limitaciones de carácter objetivo que le afectan, tal y como están establecidas actualmente en la Ley y Reglamento sobre inversiones extranjeras en España de 31 de octubre de 1974 (restricciones a la participación en empresas españolas; adquisición de inmuebles en islas o zonas determinadas; adquisición de fincas rústicas; etc.).

V. INTERVENCION

El artículo 164 del Reglamento Notarial en su redacción de 22 de julio de 1967, dice: la intervención de los otorgantes se expresará diciéndose si lo hacen en su propio nombre o en representación de otro reseñándose en este caso el documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la Ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia y no siendo preciso que la representación legal se justifique y consta por notoriedad al autorizante.

La voluntariedad habrá de justificarse siempre en el mismo acto del otorgamiento o, con la conformidad de los demás otorgantes, en un momento posterior, lo que se podrá hacer constar en la prevista en el párrafo segundo del artículo 176 de este Reglamento. En este caso, el Notario hará la oportuna advertencia a las partes, que se consignará expresamente en el instrumento.

También se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que sólo comparezcan al efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato.

De donde se deduce que la intervención es un nombre propio cuando parte y compareciente son una misma persona; y es en nombre ajeno cuando el compareciente actúa en nombre de otra persona no presente, bien emane dicha representación de la Ley, bien tenga origen voluntario. Tratándose de comparecientes extranjeros, conviene que nos detengamos en la explicación de ambos supuestos.

1. *Intervención en nombre propio.*—Es el caso más frecuente y a falta de reglas especiales para comparecientes extranjeros, se aplicarán, con las debidas adaptaciones los preceptos del Reglamento Notarial, siendo dignos de notar los siguientes supuestos:

a) Los menores de edad podrán comparecer por sí mismos, esto es, por su propio derecho, cuando de acuerdo con los preceptos de su Ley personal, deban intervenir en los actos que realicen sus padres, tutores, consejo de familia u órganos similares (cfr. art. 168-2.º Reglamento Notarial).

b) Las mujeres casadas podrán intervenir por sí solas en todos los actos o contratos que con arreglo a su Ley personal puedan realizar sin la licencia o autorización marital, ya sean dichos actos de administración o de domicilio. En los demás casos, el Notario como problema de capacidad, resolverá si es o no indispensable la licencia marital, teniendo especial cuidado de expresar, con arreglo a su criterio, la finalidad y alcance de la falta de aquélla en orden a la validez del documento. Cuando se

precisare la licencia marital y no se justificare, podrá otorgarse el documento, siempre que con ello estuvieren conformes los interesados. En este caso, el Notario hará la oportuna advertencia a las partes, que se consignará expresamente (cfra. art. 169 Reglamento Notarial).

c) Tratándose de adquisiciones a título oneroso por persona casada, es importante saber el régimen económico matrimonial que rige el matrimonio, tanto por la inmediata registral, como para resolver en su día los problemas de disposición del bien así adquirido. Por ello es conveniente que el Notario indague y haga constar dicho régimen, por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes, con una fórmula más o menos parecida a ésta: «asegura el compareciente estar casado bajo el régimen legal vigente en su país de nacionalidad, es decir...» («o bajo el régimen... pactado en sus capitulaciones matrimoniales»).

2. *Intervención en nombre ajeno.*—Supone que el compareciente actúa en nombre de otra persona no presente. A este respecto hay que tener en cuenta:

a) Si la representación emana de la Ley se expresará en el documento esta circunstancia, no siendo preciso que se justifique documentalmente si consta por notoriedad al autorizante (cfr. arts. 164 y 168-4.º R. N.): la fuente de la representación legal no ha de acreditarse, salvo en el caso de tutores, protutores y consejo de familia u órganos similares; la extensión de la representación la determina la Ley y puede conocerla el Notario o demostrarse con las pertinentes certificaciones, sin perjuicio de las autorizaciones que para determinados casos exija la Ley personal respectiva, que habrán de acreditarse siempre.

b) Si la representación es voluntaria, «El Notario insertará en el cuerpo de la escritura en cuanto sea posible, o incorporará a ella, originales o por testimonio, los documentos fehacientes que acrediten la representación. Bastará con que de dichos documentos se inserte lo pertinente, aseverando el Notario que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita. Si el documento que hubiere de insertarse total o parcialmente, lo mismo en este caso que en otro de complemento de la matriz, figurase en el protocolo legalmente a cargo del Notario autorizante, bastará con que éste haga la oportuna referencia en aquélla para luego practicar la inserción en las copias. El Notario podrá también reseñar en la matriz los documentos de los que resulte la representación, haciendo constar que se acompañarán a las copias que se expidan. (Art. 166.)

c) «Cuando en la redacción de alguna escritura o acta el Notario tenga que calificar documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la obser-

vancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate mediante certificado del Cónsul español en dicho territorio (art. 168 fin).» Las palabras con que está redactado el precepto, «podrá exigir», demuestran el carácter facultativo de la exigencia, nunca imperativa.

d) Si el documento de apoderamiento se otorga en país extranjero ante Agente diplomático o consular de España en el extranjero, surgirá plenos efectos si reviste la forma y lleva los requisitos que prescribe nuestra legislación, sin otra formalidad que la legalización de firmas, conforme al art. 17 del Anexo III del Reglamento Notarial: «las escrituras autorizadas por los agentes diplomáticos y consulares harán fe en todo el territorio español y en sus colonias y protectorados, una vez legalizada la firma de aquellos funcionarios en el Ministerio de Asuntos Exteriores».

La clara dicción gramatical de este precepto demuestra que es viciosa la práctica seguida por algún Registrador al exigir que la firma del funcionario del Ministerio de Asuntos Exteriores vaya a su vez legalizada por dos Notarios de Madrid.

e) Si el documento de apoderamiento se otorga en país extranjero y ante funcionarios extranjeros, deberá reunir los requisitos exigidos por el artículo 36 del Reglamento Notarial: Primero. Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de España. Segundo. Que los otorgantes tengan la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto con arreglo a las leyes de su país. Tercero. Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos; y cuarto. Que el documento contenga la legalización y demás requisito necesarios para la autenticidad en España.

Los requisitos establecidos en los números segundo y tercero podrán acreditarse mediante certificado del Cónsul español de carrera en el respectivo territorio español; los documentos inscribibles podrán ser acreditados si el Notario lo estimase suficiente, mediante certificación del Cónsul de su país en España.

La legalización es en este caso doble: primero de los agentes diplomáticos o consulares de España en el país de otorgamiento (art. 24 Anexo III R. N.): y segundo del Ministerio de Asuntos Exteriores (art. 17 antes citado).

En cuanto a la traducción, el Reglamento Hipotecario, establece en el artículo 37: «los documentos no redactados en idioma español podrán ser traducidos, para los efectos del Registro, por la Oficina de Interpretación de Lenguas o por funcionarios competentes autorizados en virtud de leyes o convenios internacionales, y, en su caso, por un Notario, quien responderá de la fidelidad de la traducción.

Los extendidos en latín y dialectos de España o en letra antigua, o que sean ininteligibles para el Registrador, se presentarán acompañados de su traducción o copia suficiente hecha por un titular del Cuerpo de Archiveros y Bibliotecarios o por funcionario competente, salvo lo dispuesto en el artículo 35.

El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir del documento oficial de traducción cuando conociere el idioma, el dialecto o la letra antigua de que se trate.

VI. PROBLEMAS CALIFICATIVOS

1. *Principio general*

CHICO y RAMÍREZ explican con toda claridad cómo la Ley reconoce a la documentación pública una serie de garantías en torno a la validez y eficacia del acto que en las mismas se recogen, pero para asegurarse plenamente de que el acto ha de ser protegido registralmente reúne todos los requisitos exige la intervención última de un funcionario para que decida con arreglo a derecho si el acto que pretende la protección registral puede ser merecedor de la misma. Esto es una distinción, un privilegio, pero también un deber que la Ley impone, pues si el privilegio honra y eleva, también exige. El Registrador en ese momento supremo, el techo al que todo acto jurídico pretende llegar, no puede dudar, no debe vacilar, no puede eludir su juicio decisivo, ha de pronunciarse y fijar, con su decisión, la validez y eficacia al acto sujeto a inscripción. El acto, según su juicio, podrá ser inscrito y protegido por el Registro, deberá complementarse por venir falto de requisitos o quedará fuera de la protección registral por contener un defecto insubsanable.

En un sistema como el español, en el que los asientos registrales se presumen exactos, es lógica la existencia de un previo trámite depurador de la titulación presentada, pues de lo contrario como opinaba don JERÓNIMO GONZÁLEZ, los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos conflictos.

Nos hemos ocupado ya del contenido de los artículos 18 y 98 del Reglamento Hipotecario, y antes que entremos en los problemas calificativos pormenorizados que plantean los requisitos formales de las escrituras notariales, es conveniente el recuerdo de una ya centenaria Resolución de 9 de marzo de 1872 en la que se decía: «vista la comunicación de V. S. I. a este Centro directivo de la que resulta el hecho de haberse di-

rigido el Registrador de Motilla del Palancar a los Notarios del distrito de su registro haciéndoles algunas observaciones y dictando al propio tiempo ciertas reglas para la mejor inteligencia del artículo 20 de la Ley Hipotecaria vigente, y teniendo presente, de conformidad con lo informado por esa Presidencia que por más que el citado Registrador haya podido estar oportuno en el modo de comprender y de interpretar la expresada disposición legislativa, y que al dirigirse a aquellos funcionarios haya sido llevado del mayor celo en el cumplimiento de los deberes de su cargo, es indudable que se ha extralimitado en las facultades que como Registrador le competen, que no son otras sino las tácitamente señaladas en la Ley Hipotecaria y Reglamento dictado para su ejecución y entre las cuales no se encuentra por cierto la facultad de dirigirse a los Notarios dictándoles reglas de conducta y de interpretación; esta Dirección General ha acordado: que por conducto de V. S. I. se haga entender al Registrador de Motilla del Palancar que en lo sucesivo se abstenga de dirigirse a los funcionarios de la fe pública de su distrito dándoles instrucciones en el cumplimiento de sus deberes notariales, siquiera con la ejecución de la Ley Hipotecaria se rocen, para lo cual no se halla facultado, y porque en todo caso, si fuere preciso dictarles algunas al efecto, de otra forma y por otro conducto se deberían dar, con arreglo a disposiciones legales en materia».

A mi entender de esta resolución se puede extraer una consecuencia muy importante en el sentido de que hay que concretar y reducir la función calificativa de los Registradores a sus justos y precisos términos de tal modo que sería extralimitarse tanto el dar instrucciones a los Notarios, como es el caso de la resolución citada, como el de aconsejar soluciones que son propiamente de técnica notarial. Me explico: la técnica notarial, la de cada Notario me refiero, hace preferible dar fe de conocimiento al principio o al final de las escrituras, y el Registrador a quién estas accedan debe limitarse a indagar si en la escritura se da o no dicha fe, absteniéndose de opinar su gusto de que es mejor hacerlo al final o al principio contrariamente a como lo ha hecho el Notario. Es decir, la misión del Notario es redactar y la del Registrador calificar aquella redacción en el sentido de que la misma tenga todos y cada uno de los requisitos que se exigen para la inscripción, sin preocuparse de que el orden de su exposición sea el mismo que él *in mente* tenga para un concepto de escritura ideal.

2. *Requisitos esenciales de forma*

El sistema de inscripción—en el sentido de extracto del contenido del título inscribible—adoptado por nuestra legislación hipotecaria obli-

ga a ésta a precisar los datos o circunstancias que deben expresarse en los asientos de inscripción, tomándolos de los títulos presentados; lo que impone que éstos los contengan, a fin de que puedan lograr su inscripción.

Como dice DÍAZ MORENO la Ley no podía dejar al arbitrio del Registrador la formulación de este extracto, ya que entonces estos asientos no serían uniformes y, por mucho cuidado que se pusiera en redactarlos, no existiendo molde o pauta establecida previamente, más de una vez dejarían de expresar circunstancias cuyo conocimiento puede interesar a los terceros.

La Ley Hipotecaria, su Reglamento y los modelos oficiales, determinan las circunstancias que deben expresar los asientos de inscripción. Entre los preceptos relativos a esta materia se destaca el artículo 9.º de la Ley, desenvuelto y ampliado en su contenido por el artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

El artículo 9 establece que toda inscripción que se haga en el Registro expresará las siguientes circunstancias: 4.º La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción. 5.º La persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse.

Y la regla 9.ª del artículo 51 establece que las personas naturales de quienes procedan inmediatamente los bienes o derechos que se inscriban se determinarán expresando su nombre, apellidos y estado civil, según aparezcan en el título, sin que sea permitido al Registrador y aun con acuerdo de las partes añadir ni quitar ninguna circunstancia. Se añadirán si resultaren del título, la edad, cuando se tratare de un menor; la profesión, el domicilio y en su caso, la vecindad foral y la nacionalidad... del mismo modo se harán constar en sus respectivos lugares en nombre, apellidos y circunstancias de las personas a cuyo favor se practique la inscripción. Si el adquirente fuera casado, viudo o separado legalmente y el acto o contrato que se inscriba afectase a los derechos presente o futuros de la sociedad conyugal, se harán constar el nombre y apellidos del otro cónyuge. Evidentemente, según ROCA SASTRE, esto último no es necesario cuando los cónyuges se rijan por el sistema de separación de bienes, intervenga o no dote.

Sería alargar el tema el estudio en profundidad de todas las resoluciones de la Dirección General que han tratado los diferentes requisitos antes mencionados. Pero es útil la simple enumeración de las mismas: 10-noviembre-1865 (nombres de bautismo), 21-enero-1875 (nulidad de la inscripción por falta de esa circunstancia), 20-febrero-1880 (discordancia entre Registro y escritura), 16-marzo-1892 (nombre diferente del registral), 14-noviembre-1892 (alteración de apellido), 12-febrero-1896 (de-

signación por título nobiliario), 17-junio-1901 (diferencias de apellidos), 25-marzo-1907 (uso de nombre y apellidos por extranjeros), 8-octubre-1912 (uso indistinto de nombre y forma de acreditarlo), 10-julio-1913 (proceso de ejecución administrativo con exigencias de persona a la cual se ejecuta), 19-enero-1914 (identificación por otras circunstancias), 4-noviembre-1925 (diferencias de apellido materno), 9-abril-1926 (anotación preventiva sin designación de la persona a cuyo favor se pide), 11-diciembre-1926 (apellido distinto del testador), 13-diciembre-1923 (uso de apellidos semejantes), 7-julio-1933 (diferencia entre Registro y Escritura), 8-mayo-1954 (rectificación de errores), 19-octubre-1949 (aclaración de errores), 23-junio-1874 (sobre omisión de profesión), 18 abril-1879 (circunstancias de los otorgantes), 5-marzo-1888 (omisión profesión del apoderado), 6-septiembre-1906 (expresión de profesión distinta de la que figura en el mandato), 17-diciembre-1925 (indagación de regionalidad), 23-junio-1964 (compra por residentes en el extranjero), 8-octubre-1912 (la identidad del compareciente queda a juicio del Notario, pero no a su libre arbitrio, empleando el medio más adecuado), 28-diciembre- 1960 (el Notario puede elegir el medio más adecuado de comprobación bajo su responsabilidad), etc.

Valen aquí todas las consideraciones que anteriormente hemos hecho al explicar al aspecto notarial de la cuestión, lo que quiere decir que el Registrador en su función calificativa debe tener en cuenta los preceptos del Reglamento Notarial, y de la Ley, que son los vinculantes para el Notario en el momento de redactar la escritura, que tanto debe acomodarse a dichos preceptos, como a los establecidos por la Ley y Reglamento Hipotecarios.

Un aspecto muy importante a tener en cuenta al tiempo de hacer la inscripción es el relativo a los bienes de los cónyuges y de la sociedad conyugal. Los artículos 92 y siguientes del Reglamento Hipotecario se refieren, como es lógico, a la legislación española, es decir, a los distintos supuestos que pueden darse cuando la adquisición de un bien ganancial, presuntivamente ganancial, o de otro tipo es realizada por uno u otro cónyuge. Y cuando se trata de comparecientes extranjeros se plantea el problema tanto a nivel notarial como registral, de cómo explicar o justificar dicho régimen para su ulterior constancia, consecuencias y afectos.

Desde el punto de vista notarial ya aconsejé antes la conveniencia de hacer constar la manifestación del adquirente sobre cuál es el régimen existente. Desde el punto de vista registral creo que nada obsta para que se aplique el criterio analógico de no prejuzgar el carácter de dichos bienes, de tal forma que tanto si en la escritura se indica el régimen económico, como si tal no se hace se inscriba a nombre del adquirente sin

prejuizar el carácter de la adquisición, lo que desplazará si se quiere la dificultad al momento de la posterior enajenación del bien así adquirido, cuando el extranjero tendrá que justificar su facultad dispositiva, lo que no siempre ocurrirá porque incluso en algunos regímenes europeos de comunidad no es necesario el consentimiento del cónyuge no adquirente.

Lo que indudablemente no puede hacerse nunca es en la duda inscribir el bien para la comunidad conyugal juzgando a los extranjeros por el mismo rasero de la ganancialidad española y olvidando que en muchos países el sistema vigente es el de separación. Valga como anécdota, pero conozco el caso de un inglés que adquirió una finca y a pesar de estar casado bajo el régimen legal inglés de separación se inscribió en el Registro como de la comunidad conyugal, lo que ocasionó graves problemas al tiempo en que el albacea testamentario tuvo que adjudicar dicho bien a una tercera persona que no era la esposa.

VICENTE L. SIMÓ SANTONJA

Notario de Sagunto

La formación del concepto de subrogación real

SUMARIO: I. *El principio general de la subrogación real en el Derecho Romano clásico*: A) La herencia: la acción de petición de herencia. B) La dote. C) El peculio. D) El patrimonio: la prenda general sobre todos los bienes. E) De las restituciones por entero: la *actio quod metus causa*. F) El fideicomiso de residuo. G) La *taberna*: el *pignus tabernae*. H) El rebaño: el usufructo del rebaño. I) Conclusión.—II. *La subrogación real en el Derecho Romano justinianeo*.—III. *La subrogación real en el Derecho común: la dogmatización del principio general de la subrogación real por los comentaristas o postglosadores del Derecho Romano*: A) La *universitas* como campo principal de la aplicación de la subrogación real: diferencias entre las *universitas facti et iuris*. B) Formulación por BARTOLO de los tres principios o axiomas que informaron el principio general de subrogación real. C) La subrogación real en las universidades de hecho y de derecho y en las cosas singulares. D) Acogida y discrepancia de las máximas bartolianas por su discípulo BALDO DE UBALDIS. E) La subrogación real según la doctrina del Derecho intermedio e interpretación de la tercera máxima de BARTOLO: *subrogatum sapit naturam subrogati*. F) La subrogación real a través de la jurisprudencia de los siglos XV al XVII y según el cardenal JUAN BAUTISTA DE LUCA. G) El principio general de la subrogación real establecido en los textos legales españoles antes de la Codificación. H) El principio de la subrogación real recogido en el derecho consuetudinario francés, belga y holandés antes de la codificación europea: *a)* La subrogación real en la permuta. *b)* La subrogación real en caso de reemplazo de bienes propios. *c)* La subrogación real en caso de venta de bienes de los menores sujetos a tutela o patria potestad.—IV. *La subrogación real en el Derecho codificado*: A) Teoría clásica: *a)* Definición de la subrogación real. *b)* Naturaleza jurídica de la subrogación real. *c)* Fundamento de la subrogación real. *d)* Clases de subrogación real. *e)* ¿Quién puede establecer la subrogación real? *f)* Efectos de la subrogación real. *g)* Campo de aplicación de la subrogación real. *h)* Consideración por la doctrina clásica de las máximas bartolianas. B) Teoría moderna: *a)* Naturaleza jurídica de la subrogación real. *b)* Fundamento de la subrogación real. *c)* Clases de subrogación real. *d)* Efectos de la subrogación real. C) Teoría contemporánea o realista: *a)* La subrogación real según H. CAPITANT. *b)* La subrogación real según JULIEN BONNECASE. *c)* La subrogación real según ROCA SASTRE. *d)* La subrogación real según MARC LAURIOL.—V. *Concepto de subrogación real*: A) La subrogación real, principio general de conservación de un derecho a pesar del cambio material de su objeto. B) Elementos y condiciones del principio general de subrogación real. C) Clases de subrogación real. D) Diferencia del principio general de subrogación real con otros principios

y figuras jurídicas indiferentes a la idea de procedencia: a) Accesión y novación. b) La subrogación real y el principio general de enriquecimiento injusto: «acción *in rem verso*» y *condictio*. E) Valor interpretativo de la llamada subrogación real de valor.

I. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA SUBROGACION REAL EN EL DERECHO ROMANO CLASICO

No formularon los juristas del Derecho Romano clásico un concepto abstracto y general del principio de subrogación real, si bien se plantearon en la práctica los problemas propios de dicho principio y lo resolvieron sobre la marcha, a través de varias instituciones, pudiéndose extraer de estos planteamientos una teoría de la subrogación real. Por tanto, la base y el fundamento de la subrogación real lo encontramos ya en el Derecho Romano clásico, de donde los comentaristas del Derecho común extrajeron un sistema de principios o axiomas que durante varios siglos fue su única explicación.

Veamos a continuación cómo se planteó en la Roma clásica el problema y cómo lo resolvieron. Empecemos por estudiarlo en la *hereditas* y a través de la *actio hereditatis petitio*.

A) *La herencia: La acción de petición de herencia*

Mucho se ha discutido por la doctrina (1) sobre si fue en el Derecho Romano clásico o en el Derecho justiniano donde, por primera vez, fue considerada la herencia como *universitas* en su verdadero sentido abstracto, de consideración unitaria de un complejo de cosas. Según BARBERO (2),

(1) Domenico BARBERO, *Le Universalità Patrimoniali. Universalità di fatto e di Diritto*, Milán, 1936.

Sistema Istituzionale del Diritto Privato italiano, 4.ª ed., UTET, Milán, 1950, I, págs. 235 y ss.

Pietro BONFANTE, *Le successioni. Parte general*. Roma, 1930, págs. 43 y ss. *Corso de Diritto romano*, II, *La Proprietà*, Parte 1.ª, Milán, 1966.

Francisco MESSINEO, *La herencia y su carácter de universitas iuris*, «Rev. Derecho Civil», 33 (1941), págs. 367 y ss.

Giannetto LONGO, *L'hereditatis petitio*, Padova, Milán, 1933, XI, págs. 67 y ss. y 247.

Rodolfo SOHM, *Instituciones del Derecho privado romano*, Madrid, 1928, páginas 570 y ss. y 585.

P. BONFANTE, *Instituciones del Derecho Romano*, Madrid, 1929, págs. 570 y ss.

Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *La acción de petición de herencia*, «A. D. C.», tomo 12, año 1959, págs. 200 y ss.

ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, Madrid, 1947, págs. 519 y ss.

JORS y KUNKEL, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1935, págs. 480 y ss.

(2) Domenico BARBERO, *ob. cit. Le Universalità...*, pág. 259, núm. 64.

no es necesario remontarse a Justiniano para encontrar ya la herencia considerada sustancialmente como *universitas*, empleada ya en sentido propio, para expresar una parte del fenómeno *hereditas*.

En lo que a nosotros nos interesa, el objeto de la acción (de carácter universal) de la petición de herencia, es la herencia como tal, como dice ULPIANO: «quae veniant in hereditatis petitionem», «placuit universas res hereditarias in hoc iudicium, venire». El objeto de la acción son *res hereditarias*, pero no éstas o aquéllas, es decir, no consideradas en su individualidad particular, sino en cuanto forman parte de un complejo que se llama *hereditas*.

No sólo en la acción de petición de herencia, se considera a ésta como *universitas*, sino también en otras relaciones jurídicas, tales como en el caso de venta de herencia y en el legado de herencia. El mismo GAYO, en dos pasajes, hace referencia a la herencia como *universitas*: «videamus itaque nunc quibus modis per universitatem res nobis adquirantur» (II, 97) y «post haec videamus de legatis, quae pars iuris extra propositam quidem materiam videtui; nam loquimur de his figuris, quibus per universitatem res nobis adquiruntur» (II, 191).

Volviendo nosotros al planteamiento del principio de la subrogación real, éste tuvo lugar en principio en la acción de petición de herencia y fue resuelto por medio del Senadoconsulto Juvenciano en el año 129 d. J. C., siendo Emperador de Roma el divino Adriano.

Dice entre otras cosas el Senadoconsulto Juvenciano (D. 5-3, 22-6) que aquellos a quienes se hubiese pedido la herencia, si contra ellos se hubiese fallado, deben restituir los *precios* que a su poder hubiesen llegado *de los bienes vendidos procedentes de la herencia*, aun cuando aquéllos hubiesen perecido o se hubiesen disminuido antes de pedida la herencia (3).

A partir de esto los juristas romanos clásicos, en sus comentarios al mismo Senadoconsulto, desarrollaron el luego llamado principio de subrogación real por los expositores del Derecho común. A través de estos comentarios iremos viendo cómo se fue formando una verdadera teoría del principio que, por otra parte, no pudo haber sido establecida antes del Derecho Romano clásico, por suponer éste (el principio), como veremos, un gran desarrollo intelectual. Fue para resolver la situación injusta que se producía cuando el heredero, reconocido como tal, reclamaba su herencia, encontrándose a veces con que el poseedor de ella había vendido, consumido, donado o permutado bienes hereditarios, bienes sobre

(3) «Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, et si eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere.»

los que el heredero no tenía ningún derecho de persecución, para lo que recurrieron los juristas romanos a la «ficción», que como dicen SAVIGNY y IHERING (4), fue de capital importancia para el desenvolvimiento del Derecho Romano; la «ficción», dice IHERING, «es un fenómeno de la técnica jurídica que tiene por objeto allanar las dificultades inherentes a la adopción y aplicación de nuevas reglas del derecho más o menos ásperas, facilitando el progreso y haciéndolo posible en una época en la que las fuerzas debían faltar a la ciencia para dar al problema su solución verdadera; se produce el fenómeno de la ficción en una cierta fase del desarrollo intelectual y bajo el imperio de la necesidad».

Así, a raíz del Senadoconsulto Juvenciano citado, ULPIANO (D. 5-3, 20), ampliando lo dicho en él que sólo hacía referencia al precio de las cosas hereditarias vendidas, dice que se comprenden también en la herencia las cosas que fueron compradas por *causa de la herencia*; ejemplo: los esclavos, el ganado y algunas otras cosas que, por necesidad, se compraron *para la herencia* y lo mismo las cosas compradas *con dinero de la herencia*; en el caso de que las cosas fueran compradas con dinero que no fuera de la herencia, sino de su poseedor, éstas deberán ser restituidas, si la compra fue de *gran utilidad de la herencia*, debiendo por supuesto restituir su valor el heredero, porque la herencia, dice ULPIANO (D.5-3.20, 10, 15); «non solum ea, quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditate accesserunt, venire in hereditaris petitionem; nam hereditas est augmentum recipit, et diminutionem» (5).

El que posee el precio de los bienes de la herencia, dice ULPIANO (D.5-3, 16-1), está obligado por la petición de la herencia, y así mismo, el que cobró de un deudor de la herencia (6). Pero ¿qué se ha de entender por la expresión del Senadoconsulto Juvenciano, que se entenderá incluido en la petición de herencia *el dinero percibido por precio de los bienes hereditarios vendidos*? Según PAPINIANO (D.5.3, 15) por percibidos se entenderá no sólo el precio habiendo sido ya cobrado, sino también si pudo ser cobrado y no se cobró (7). Lo mismo viene también a decir

(4) IHERING, *Espíritu del Derecho Romano*, Madrid, III, págs. 36, 52, 145 y 377; IV, págs. 327 y ss.

SAVIGNY, *Derecho Romano actual*, 2.ª ed., Madrid, VI, págs. 9 y ss.

(5) ULPIANO: «Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt, utputa mancipia, pecoraque, et si qua alia, quae necessario hereditati sunt comparata. Et si quidem pecunia hereditaria sint comparata, sine dubio venient, si vero non pecunia hereditaria, videndum erit; et puto, etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur, pretium scilicet restituro herede.»

(6) ULPIANO: «Sed et is, qui pretia rerum hereditariarum possidet, item qui a debitore hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur.»

(7) PAPINIANO: «Redactae, inquit, pecuniae ex pretio rerum venditarum», redactam sic accipiemus, non solum iam exactam, verum, et si exigi potuit, nec exacta est.

JULIANO (D.5-3. 16-5): que si alguno hubiera vendido una cosa, se le obliga por la petición de herencia, ora si ya recibió el precio, ora si pudiera pedirlo, para que también en este caso ceda las acciones (8). De su mismo parecer es ULPIANO (D.5, 3, 22-17) cuando dice que el poseedor de buena fe, si hubiere vendido los bienes de la herencia, ya si exigió el precio, ya si no, puesto que tiene la acción, deberá entregar el precio. Pero cuando tiene la acción, bastará que ceda las acciones (9).

Pero los juristas romanos clásicos, no sólo previeron el caso de que estuvieran comprendidos en la petición de herencia el precio o las acciones para pedir éste—basándose en que *tanto el precio recibido por la venta de res hereditariae como las cosas compradas con dinero procedente de la herencia, tenían su origen en ella*—, sino que fueron más allá, planteándose también el caso del reemplazo, es decir, se preguntaron los juristas clásicos: si se deberá el precio de la cosa hereditaria vendida por el poseedor de la herencia, en el caso de que, por medio de *este precio*, se hubiera comprado otra cosa, y si se deberá, no el precio, sino la cosa comprada *con empleo del precio anteriormente recibido*. El jurista que respondió a estas cuestiones, fue ULPIANO (D.5-3, 25-1) cuando escribió que así mismo, si vendió una cosa, y con *su precio* compró otra, vendrá comprendido el precio en la petición de la herencia, y no la cosa que incorporó a su patrimonio (10).

Al mismo tiempo que el Senadoconsulto Juvenciano establecía que en la petición de herencia se comprendía, no sólo el precio de las cosas hereditarias vendidas, sino también las compradas con dinero de la herencia, preveía la razón de ello; y así en la Oración del divino Adriano (D.5, 3, 22) se dijo: «Examinad, Padres conscriptos, si acaso sea más justo que el poseedor no realice lucro, y devuelva el precio que por cosa ajena hubiere percibido, *porque puede estimarse que en lugar de la cosa vendida de la herencia se subroga su precio, y que en cierto modo este mismo se hizo parte de la herencia.*» Por tanto, dice PAULO, conviene que el poseedor restituya al demandante así *la cosa, como lo que, por la venta de la misma cosa, ha ganado* (11).

(8) JULIANO: «Idem Iulianus ait, sive quis possidens, sive non, rem vendiderit, petitione hereditatis eum teneri, sive iam pretium recepit, sive petere possit, ut et hic actionibus cedat.»

(9) ULPIANO: «Bonae fidei possessor si vendiderit res hereditarias, sive exegit pretium, sive non, quia habet actionem, debet pretium praestare. Sed ubi habet actionem, sufficit eum actiones praestare.»

(10) ULPIANO: «Item si rem distraxit, et ex pretio aliam rem comparavit, venit pretium in petitionem hereditatis, non res, quam in patrimonium suum convertit.»

(11) PAULO: «Nam et in Oratione Divi Hadriani ita est; “Discipite, Patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari, in locum hereditariae

De todo lo dicho podemos extraer, de lo establecido por el Senadoconsulto Juvenciano lo siguiente: 1.º, que estaba regido por el principio de equidad, como se dice en la oración del divino Adriano, de que era justo que el poseedor de la herencia no realizase lucro, en perjuicio del verdadero heredero de la herencia; 2.º, el fundamento de este nuevo fenómeno jurídico, está en que puede estimarse (ficción) que el precio subrogó a la cosa vendida, y además, teniendo en cuenta la consideración de la herencia como un todo unitario, porque en cierto modo, el precio se hizo parte de la herencia; y 3.º, y muy importante, que lo debido en la petición de herencia no es el valor, la estimación de las cosas hereditarias vendidas, sino el precio, sea o no beneficioso para el heredero, en consideración de que ese es, precisamente, el que procede «hubiese llegado» de la cosa hereditaria vendida. ULPIANO (D.5-3, 23), PAULO (D.5, 3, 22) y PAPINIANO (D.5, 3, 16).

Pero lo dicho sobre el principio de subrogación real no se limitó a la acción de petición de herencia, sino que, como dice ULPIANO (D.5, 3, 25-10), parece bien que este Senadoconsulto Juvenciano, hecho para la petición de la herencia, tenga aplicación también en el juicio de la partición de herencia (12). Más tarde, en época justiniana, se aplicará este Senadoconsulto a la petición fideicomisaria de la herencia. También PAULO (D.5, 6, 2) dice que la petición fideicomisaria de la herencia, consigue lo mismo que la petición civil de la herencia (13). En cuanto a JAVOLENO (D.5, 3, 48) aplica el principio de subrogación real a la venta de herencia, diciendo que en la estimación de la herencia, de tal modo viene comprendido el precio de la herencia vendida, que también se agrega el aumento que hubo en la herencia, si ésta fue vendida para hacer negocio (14).

Se le atribuye a ULPIANO una frase que, según parte de la doctrina, se debe a una interpolación del derecho justiniano y que basándose en ella los juristas o comentadores del Derecho común cometieron el error de considerar como *universitas* a todo complejo patrimonial, como hicieron por ejemplo con la dote que dice (D.5, 3, 22-10) que no sólo se usa del Senadoconsulto Juvenciano respecto de la herencia, sino también del

rei venditae pretium eius successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum". Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione eius rei lucratus est.»

(12) ULPIANO: «Hoc Senatusconsultum ad petitionem hereditatis factum etiam in familiae erciscundae iudicio locus habere placet; ne res absurda sit, ut quae peti possint, dividi non possint.»

(13) PAULO: «Quae actio eadem recipit, quae hereditatis petitio civilis.»

(14) JAVOLENO: «In aestimationibus hereditatis ita venit pretium venditae hereditate, si ea negotiationis causa veniit: sin autem ex fideicommissi causa, nihil amplius, quam quod bona fide excepit.»

peculio castrense, o de otra universalidad: «non solum autem in hereditate utimur Senatusconsulto, sed et in peculio castrensi, vel alia universitate». Con relación a la acción de petición de peculio, dice BARBERO (15), que está claro que «vindictio non ut gregis ita et peculii recepta est, sed res singulas is cui legatum peculium est, potest». La *petitio peculii* es una *actio singulorum rerum*. Según este autor, es necesario entender este texto en el sentido de que *alia universitas* ocupa el lugar de una *alia* sucesión universal, con lo que se vuelve a desembocar en la herencia individualizada simplemente como *universitas*. De todas las explicaciones dadas ésta es la que más nos convence y al mismo tiempo la que más contribuirá a aclararnos el sistema que sobre la subrogación real estableció Bartolo en el Derecho intermedio.

Por último podemos decir, que la extensión de la acción de petición de herencia al *bonorum possessor*, fue también, como dice IHERING, un fenómeno de la técnica jurídica; sólo el *heres* podía intentar la acción, pero más tarde fue necesario extender y conceder esta acción a otras personas. La noción de *hereditas* fue sustituida por otra más amplia: la sucesión universal o de una *universitas*; el *bonorum emptor* y el *bonorum possessor* fueron considerados como *heres* y, en realidad aunque no lo fueran, se fingió que lo eran, es decir, se los trató como tales.

Expuesta ya la extensión que el nuevo fenómeno alcanzó con relación a la herencia considerada como *universitas*, vamos ahora a referirnos a la aplicación del principio general de la subrogación real en la dote.

B) La dote

En las fuentes romanas, la dote es una especie de patrimonio de la mujer. Según ULPIANO (D.4, 4, 3-5): «dos ipsius filiae proprium patrimonium est». Si la dote fue considerada por los juristas clásicos como una *universitas*, no es todavía seguro, dice BARBERO (16), aunque algunos textos recurren a la terminología de *universitas*: (D.23.3.56-3), PAULO; (D.25.1.5), ULPIANO; y (D.33.4.1-4), ULPIANO. Pero, dejando aparte la opinión de la doctrina, es necesario tener en cuenta que *universitas* en su consideración técnico-jurídica, no es sólo tal complejo material de una cosa o de una colectividad, sino que *universitas* requiere además un tratamiento unitario. No se puede cometer el mismo error que cometieron los juristas del Derecho común, de considerar en abstracto el fenómeno

(15) Domenico BARBERO, *ob. cit.* *Le Universalità...*, pág. 296, II, núm. 77.

(16) Domenico BARBERO, *Le Universalità...*, núm. 65, págs. 260 y ss.

de la dote como *universitas*. Sobre la dote pueden darse una serie de relaciones jurídicas sin que todas ellas consideren a la dote como un todo unitario, *sub specie universitatis*.

Donde podemos decir que la dote está considerada *sub specie universitatis*, es en la *iudicium rei uxoriae*. En este caso, lo mismo que en la acción de petición de herencia, el objeto de la acción es la dote como tal, no esta o aquella cosa individual que la componen; por ejemplo un fundo, una casa, etc. En la petición de la dote por la mujer, disuelto el matrimonio, ULPIANO (D.24, V.3, 22-13) dice que se le restituirán aquellas cosas que fueron dadas en dote, o *se compraron con la dote, como si también éstas fueran dotales*. Como hemos podido observar, se acude, como en la petición de herencia, a la ficción: *como si fueran también dotales* (17).

Pero donde los juristas clásicos aplican con más frecuencia el principio de subrogación real, es durante el matrimonio y considerando los bienes dotales en su individualidad. En primer lugar, MODESTINO (D.23, 3.26) admite la posibilidad de que durante el matrimonio la dote de la mujer pueda sufrir una serie de mutaciones materiales. Dice que *durante el matrimonio, decimos que la dote puede permutarse de este modo; si esto fuera útil para la mujer, si la permuta es de dinero por una cosa o de una cosa por dinero; y esto así se admitió*, y sigue ULPIANO (D.23, 3. 27) que si se hubiere hecho esto, *el fundo o la cosa se convierte en dotal* (18). Como podemos observar, se dan los mismos supuestos ya vistos con relación a la petición de herencia.

También el principio de procedencia está establecido en GAYO (D.23, 3. 54) que considera que los bienes que se compraron *con dinero* de la dote se considera que son dotales (19). El mismo POMPONIO (D.23.3.32) dice que si con la voluntad de la mujer hubiere vendido el marido piedra de canteras de un fundo dotal, o árboles que no fuesen de fruto, o la superficie de un edificio dotal, *el dinero percibido por esta venta* es de la dote (20). Y por último, HERMOGENIANO (D. 23.4.78-4), plantea el caso de un fundo común dado en dote, que en el caso de que el copro-

(17) ULPIANO: «In his tantum rebus, quae vel in dote datae sunt, vel ex dote comparatae, quasi et hae dotales sint.»

(18) MODESTINO: «Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit, si ex pecunia in rem, aut ex rem in pecuniam, idque probatum est.»

ULPIANO: «Quod si fuerit factum, fundus vel res dotalis efficitur.»

(19) GAYO: «Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur.»

(20) POMPONIO: «Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem vel arbores, quae fructus non essent, sive superficium aedificii dotalis voluntate mulieris vendiderit, numi ex ea venditione recepti sunt dotis.»

pietario ejerciera contra el marido la acción de división de cosa común, el precio recibido en caso de adjudicación al copropietario del fundo sería dotal y en el caso contrario, de adjudicación del fundo al marido, será dotal solamente la parte dada en dote (21).

En ningún momento establecen los juristas clásicos, como dirán después los postglosadores, que este fenómeno esté basado en el concepto o en la categoría de *universitas*. Los juristas clásicos se limitan a aplicarlo basándose en un principio de equidad, en la procedencia de los bienes y mediante una ficción jurídica.

Pasemos ahora a considerarlo en el peculio romano.

C) *El peculio*

También, como la dote, el peculio es considerado por las fuentes romanas clásicas como una especie de patrimonio. Así, lo mismo que en la dote, en el peculio pueden desarrollarse una pluralidad de relaciones de las que no todas consideran el peculio *sub specie universitatis*. Así, en la administración del peculio se tiene en cuenta el complejo, la colectividad, pero ésta supone una unidad económica o contable muy distinta de la unidad jurídica que se denomina *universitas*. Por tanto, la administración del peculio considera las cosas que lo componen singularmente.

Lo mismo se puede decir de la acción de peculio. JULIANO (D.6.1, 56) lo expone claramente: la vindicación de un peculio no es admitida en la misma forma que la de un rebaño, sino que aquel a quien se legó un peculio reclamará cada una de las cosas por separado (22). A pesar de ello no fue obstáculo para que se le aplicara el principio general de subrogación real, cuando dice ULPIANO (D. 14.4. 5-11) que no todo el peculio viene obligado a la contribución, sino solamente *lo que hay por virtud de aquella mercancía*, ya existan las mercancías, ya se haya recibido o

(21) HERMOGENIANO: «Si fundus communis in dotem datus erit, et socius egerit cum marito communi dividundo, adiudicatusque fundus socio fuerit, in dote erit quantitas, que socius marito damnatus fuerit; aut si omissa licitatione extraneo addictus is fundus fuerit, pretii portio, quae distracta est, sed ita, ut non vice corporis habeatur, nec divortio sucuto praesenti die, quod in numero est, restitatur, sed statuto tempore solvi debeat. Quodsi marito fundus fuerit adiudicatus, pars utique data in dotem dotalis manebit; divortio autem facto sequetur restitutionem, propter quam ad maritum pervenit, etiam altera portio, scilicet un recipiat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex condemnatione socio; nec audiri debet alteruter eam aequitatem recusans, aut mulier in suscipienda parte altera quoque, aut vir in restituenda. Ded an constante matrimonio non sola pars dotalis sit, quae data fuit in dotem, sed etiam altera portio, videamus. Iulianus de parte tantum dotali loquitur, et efo dixi in autitorio, illam solam dotalem esse.»

(22) JULIANO: «Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cum legatum peculium est, petet.»

invertido en el peculio el precio de ellas (23), estableciendo claramente como requisito para la obligación del peculio que las nuevas mercancías procedan de las antiguas o que el precio de las primeras se haya invertido en el peculio («sive merces... sive pretium»). La expresión usada por ULPIANO, de que está obligado todo lo que hay (en el peculio) en virtud de aquella mercancía, expresa, sin lugar a duda, que la razón de ello es que el precio procede y tiene su origen en la mercancía, o viceversa.

Otros pasajes de las fuentes romanas tampoco consideran el peculio como una *universitas*. ULPIANO (D.15.1.30 y 32.1) y POMPONIO (D. 15. 2.3). Sin embargo el peculio como objeto de una venta o de un legado, es considerado, sin lugar a dudas *sub specie universitatis*, en primer lugar porque el peculio se contrapone a *certum corpus* y en segundo lugar porque se considera la simple pluralidad atomística de la cosa. El pasaje que así lo manifiesta, debido a ULPIANO (D.11.1.33) hace referencia a que lo accesorio en una venta debe entregarse tan íntegramente como debe entregarse lo principal que se vendió. Pero esto es así si la cosa accesorio en un objeto cierto («sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum»). Y dice a continuación ULPIANO: «porque si hubiera sido vendido un esclavo con su peculio, el vendedor no debe responder de que están sanos los esclavos que hubiere en el peculio, porque no dijo *que habrá de ser accesorio un objeto cierto*; sino que debe entregar *tal peculio* («sed peculium tale praestare oportere»); y así como no debe responder de cantidad cierta del peculio («certam quantitatem peculii praestare non debet»), así tampoco de esto» (24).

La misma consideración *sub specie universitatis* encontramos, respecto al legado de un peculio, en TRIFONINO (D.15.1.57-1 y 2) cuando admite que pueden ocurrir mutaciones en las cosas que componen el peculio. En la primera ley, con carácter más general, dice TRIFONINO que pertenece al manumitido todo lo adquirido de cualquier modo («quoquo modo»), mientras que en la segunda ley específica—con aplicación—de la subrogación real, que pertenecen al peculio *las cosas que por los bienes* del peculio se le hubieren agregado. Pero veámoslo textualmente: «Aquel que dispone por testamento que sea libre un esclavo y le lega el peculio, escribe JULIANO que se entiende que lega el peculio del tiempo en que compete la libertad; y que por tanto, todo incremento del peculio,

(23) ULPIANO: «Non autem totum peculium venit in tributum, sed id duntaxat, quod ex ea merce est; sive merces manent, sive pretium earum receptum conversumve est in peculium.»

(24) ULPIANO: «... Sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum; nam si servus cum peculio venierit, et mancipia, quae in peculio fuerint, sane esse praestare venditor non debet, quia non dixit, certum corpus accessurum; sed pecunium tale praestare oportere; et quemadmodum certam quantitatem peculii praestare non debet, ita nec hoc.»

adquirido de cualquier modo antes de adida la herencia, pertenece al manumitido». 2.^a. Si alguno hubiere legado a un extraño el peculio de un esclavo, hay duda para conjeturar la voluntad del testador, y es más verosímil que se deban el legado que hubiere habido en el peculio al tiempo de la muerte, así como las *cosas que por los bienes del peculio se hubieren agregado* antes de adida la herencia» (25).

El origen de los bienes está otra vez considerado como condición previa para exigirlos. En el peculio *sub specie universitatis* se comprenden las cosas *ex rebus peculiaribus*. Y en cuanto a los bienes del peculio considerados *res singular* en el caso expresado por ULPIANO, se deberá la misma mercancía, lo adquirido en virtud de ella o su precio («quod ex ea merce est, sive merces manent, sive pretium earum receptum conversumve est in peculium»).

A continuación vamos a referirnos al patrimonio, que junto con la herencia, la dote y el peculio, fue considerado en el Derecho común como una *universitas iuris*.

D) *El patrimonio: La prenda general sobre todos los bienes*

¿Existen en el Derecho Romano clásico negocios jurídicos, cuyo objeto sea un patrimonio como tal? Según GAYO (2.98, 2, 77) la *cessio bonorum, bonorum venditio* o *emptio*, están considerados entre los modos «quibus per universitatem res nobis adquiruntur». Y según BARBERO (26), el hecho sustancial de su trámite está, no *singulae res*, sino «per universitatem res nobis adquiruntur». Lo mismo puede decirse de la *adrogatio* o *conventio in manum*.

Pero lo que a nosotros nos interesa, en vista de la importancia que posteriormente adquirirá con relación a la subrogación real, es el *pignus* del patrimonio, que como el *pignus gregis* y el *pignus tabernae*, sujeta a los bienes singulares al *pignus* en cuanto entran a formar parte del patrimonio considerado *sub specie universitatis*. Al *pignus* no se sujetan sólo los bienes que el deudor tuvo sino también los que pudiera tener,

(25) TRIFONINO: «Sed eum, qui servum testamento liberum esse iubet, et ei peculium legat, eius temporis peculium legare intelligi Iulianus scribet; que libertas competit; ideoque omnia incrementa peculii quoquo modo ante aditam hereditatem acquisita ad manumissum pertinere.

2.^a At si quis extraneo peculium servi legaverit, in coniectura voluntatis testatoris quaestionem esse, et vero similis esse, id legatum, quod mortis tempore in peculio fuerit, ita ut, quae ex rebus peculiaribus ante aditam hereditatem accesserint, debeantur.»

(26) Domenico BARBERO, *ob. cit. Le Università ...*, págs. 273 y ss. GAYO, II, 98.

como dice ULPIANO (D.20.I.6): «en la obligación general los bienes que cualquiera tuvo, o que haya de tener («quias quis habuit, habiturusve sit»).

De que a la prenda del acreedor están sujetos no sólo los bienes presentes del deudor, sino también los futuros, nos pone un ejemplo SCÉVOLA (D.20.1.34-2). Un acreedor recibió en prenda de su deudor todo lo que tuviera entre sus bienes («creditor pignori accepit a debitore quidquid in bonis haberet, habiturusve esset»), o lo que hubiese de tener. Se le preguntó a SCÉVOLA si estaban comprendidas en la prenda las mismas monedas que el deudor recibió de otro, en mutuo, comoquiera que habían entrado en sus bienes. Respondió SCÉVOLA que comenzaron a estar obligadas («respondit coepisse»). En otro caso similar, el deudor recibió del fisco dinero en mutuo. SCÉVOLA (D.20.4.21) respondió de la misma manera: «quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit».

Aunque no dicen nada los juristas clásicos de cómo se producen las mutaciones en ese patrimonio sujeto a prenda general, como veremos más adelante en el *pignus tabernae*, la subrogación real fue en este caso prevista en el Derecho Romano clásico.

Vamos a tratar a continuación otra institución romana. Se trata de la *restitutio in integrum* dentro de la cual se encuentra uno de los pasajes más interesantes que con respecto al principio de la subrogación real se han dado en la Roma clásica.

E) *De las restituciones por entero: «La actio quod metus causa»*

Podemos decir que la *restitutio in integrum* es una institución basada fundamentalmente en el principio de equidad, y precisamente y en razón de ella, interviene el principio de subrogación para ayudar a la consecución del fin perseguido por la institución, cual es el restablecimiento de la situación anterior alterado por un hecho motivado por el miedo del actor. El mismo SAVIGNY (27), define esta situación de carácter excepcional, como el establecimiento de un estado anterior de derecho motivado por una opusición entre la equidad y el derecho riguroso y producido por el poder del pretor que modifica con conocimiento de causa el derecho realmente adquirido; este restablecimiento, dice SAVIGNY, no es un

(27) SAVIGNY, *ob. cit.*, VI, págs. 9 y ss.

IHERING, *ob. cit.*, II, págs. 105-335; III, pág. 211, y IV, págs. 118, 129, 230 y 278.

Rodolfo SOHM, *ob. cit.*, págs. 674 y ss.

ARIAS RAMOS, *ob. cit.*, págs. 189 y ss.

F. MARKELDEY, *Elementos del Derecho Romano*, Madrid, 1886, págs. 218 y ss.

E. SERAFINI, *Instituciones del Derecho Romano*, I, Barcelona, págs. 292 y ss.

verdadero restablecimiento, sino la ficción de un restablecimiento *ipso iure*.

Lo mismo que ya hemos visto en la acción de petición de herencia y por los mismos motivos de equidad, se considera, se finge que las cosas han permanecido en su misma forma a pesar del cambio o mutación de estas en dinero, de este en cosa o, lo que ocurre con más frecuencia, a pesar del cambio de una especie en otra. Ya hemos visto anteriormente el papel tan importante que la idea de ficción desempeñó en el desarrollo del Derecho Romano; los juristas clásicos persiguiendo restablecer la situación anterior injustamente alterada y encontrándose a su vez con que los bienes de esa situación anterior han cambiado o han sido sustituidos por otros de distinta especie, no tienen más camino que fingir que los antiguos bienes han permanecido en su misma forma.

Hemos de destacar también, sobre todo en vista al giro que en el Derecho común se le dio a la subrogación real, que el principio general de la subrogación real todavía desconocido como tal por el Derecho Romano clásico, fue establecido como ficción jurídica no sólo en el campo de los complejos o colectividades de cosas, sino también y en igual proporción en instituciones y en relaciones jurídicas que considerarán los bienes en su individualidad material; buen ejemplo de ello lo tenemos aquí.

Debemos la explicación como ficción del principio general de la subrogación real a JULIANO (D.4.2.18) cuando nos dice: «Si pereció la cosa misma que llegó a poder de otro, no diremos que éste es más rico; pero si fue convertida *en dinero o en otra cosa*, no ha de inquirirse ya más cuál sea el resultado, sino que de todos modos se entiende que aquél se ha enriquecido, aunque después la pierda. Porque también el Emperador Tito Antonino manifestó por rescripto a CLAUDIO FRONTINO respecto a los *precios de las cosas de la herencia*, que por esto mismo se puede reclamar de él la herencia, sin embargo, el *precio de ellas*, enriqueciéndose con él, o más frecuentemente con la transformación en otra especie, *le obliga de igual manera que si las mismas cosas hubieren permanecido en su propia forma*» (28).

Para el estudio de la subrogación real son fundamentales estos dos pasajes conteniendo los dos la misma doctrina, con la diferencia de que, en el caso de la petición de herencia nos encontramos ante un complejo

(28) JULIANO: «Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse iocupletiores dicemus; sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea depardat. Nam et Imperator Titus Antonius Claudio Frontino de pretiis rerum hereditarium rescripsit, ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia, licet res, quae in hereditate fuerant, apud eum non sint, tamen pretium earum, quo locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.»

considerado como la *universitas* por excelencia, mientras que en segundo no se considera más que los bienes en su individualidad material aun formando parte de una colectividad o complejo. Los dos pasajes por igual condicionan, la restitución de los bienes a la procedencia de esos bienes y a su origen. Frases como: «pretium quae ad eos rerum ex hereditate venditarunt pervenissent», «ex pretio aliam rem», etc., son muy frecuentes en los juristas clásicos.

En cuanto el fundamento por el que se produce ese fenómeno, ya familiar para los juristas clásicos, los dos pasajes contestan que porque se finge que las cosas han permanecido en su propia forma: «ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent». O como se dice en la Oración del divino Adriano, porque puede estimarse que en lugar de la cosa vendida de la herencia se subrogó su precio, y que en cierto modo se hizo parte de la herencia: «quia patet existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum».

De todo ello podemos sacar la conclusión de que los juristas romanos clásicos, previeron y resolvieron en la práctica los casos propios de lo que BARTOLO llamará subrogación real. Pero también es importante señalar que no establecieron diferencia ninguna, entre el principio aplicado a la herencia y aplicado en relación a un bien singularmente considerado.

Pero pasemos a otras instituciones que también lo recogen.

F) *El fideicomiso de residuo*

En un comentario de PAPINIANO al fideicomiso de residuo (D.31. Tit. único) mantiene este jurista por primera vez, que no sólo se restituye, como dice ULPIANO en su comentario a la *actio petitio hereditatis*, el precio o la cosa comprada con dinero de la herencia, sino también lo adquirido a través de dos relaciones jurídicas, a saber, venta de una cosa del fideicomiso de residuo y, posteriormente, compra de otra cosa precisamente con el precio recibido de la venta anterior. Y no sólo admite PAPINIANO el reemplazo basado en la relación de procedencia del precio y la cosa respecto a la cosa antigua, sujeta al fideicomiso de residuo, sino que da otra razón del fenómeno cuando dice que se restituirá la cosa por vía de dominio permutado.

Pero veamos textualmente lo que dice PAPINIANO: «Mas cuando aquel a quien se rogó que después de su muerte restituyese lo que quedare de la herencia, compra otras con el precio de las cosas vendidas, no se considera que disminuyó las que vendió, sino que se restituirá por vía de dominio permutado lo que se compró con aquél» («de pretio rerum ven-

ditarum alias comparat, deminuisse, quae vendidit, non vedetur; sed quod inde comparatum est, vice permutati dominii restitueretur») (29).

Luego ya tenemos la opinión de otro autor, manteniendo que el principio, previa condición de procedencia de los bienes unos de otros, va más allá del simple cambio de cosa por precio y dinero hereditario por cosa. El principio podrá darse, según esta opinión, en etapas sucesivas.

Hasta aquí hemos considerado las después llamadas en el Derecho común *universitas iuris*. Vamos a tratar ahora de las *universitas facti*, como la *taberna* y el rebaño.

G) La «taberna»: El «*pignus tabernae*»

Más propio que preguntar si los romanos clásicos consideraban o no a la tienda como *universitas* en el verdadero sentido técnico-jurídico es preguntarse si hay alguna relación en la que los romanos consideraron la tienda *sub specie universitatis*. Efectivamente lo mismo que hemos visto respecto a la prenda del acreedor sobre todo el patrimonio del deudor, también el *pignus* (prenda o hipoteca) de la tienda considera como objeto del derecho de crédito hipotecario las mercancías, no en consideración de su singular individualidad, sino por su pertenencia al complejo: *taberna*.

La consideración *sub specie universitatis* nos la dice SCÉVOLA (20.1. 34) en respuesta a una pregunta que se le dirigió, semejante a la que se le planteó con relación a la prenda de todos los bienes del deudor: Habiendo el deudor dado en prenda al acreedor una tienda, se preguntó: ¿No habrá realizado nada con este acto, o bajo la denominación de tienda se considera que obligó las mercancías que había en ella? Y si con el tiempo hubiere vendido aquellas mercancías y comprado otras, y las hubiere introducido en la tienda, y hubiere fallecido, ¿podrá el acreedor reclamar con la acción hipotecaria todas las cosas que allí se encuentran, habiéndose cambiado las especies de mercancías y llevado otras cosas? A lo que SCÉVOLA respondió igual que en la prenda de todo el patrimonio, que se considera que están obligadas en prenda las cosas que se hallaron en la tienda al tiempo de la muerte del deudor (30).

(29) PAPINIANO: «Quum autem rogatus, quidquid ex hereditate supererit, post mostem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse, quae vendidit, non videtur; sed quod inde comparatum est, vice permutati dominii restitueretur.»

(30) SCÉVOLA: «Quum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur, et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit,

Es interesante destacar, que ni aquí ni en la prenda del patrimonio del deudor hace referencia SCÉVOLA a la manera en que unas mercancías han salido de la tienda y entrado otras, ni si éstas han sido compradas con el precio recibido de las anteriores mercancías.

Tampoco se hace referencia en el usufructo del rebaño a la manera en que se han adquirido por el usufructuario las nuevas cabezas que vendrán a sustituir a las antiguas desaparecidas.

H) *El rebaño: El usufructo del rebaño*

Es principio fundamental del usufructo que el usufructuario deberá usar la cosa usufructuada, en este caso un complejo de animales, *grex*, *salva rerum substantia* lo cual alcanza dos elementos: uno cuantitativo y otro cualitativo. Cualitativo en cuanto se refiere a la agregación de una determinada especie de animales y cuantitativo en cuanto el usufructuario está obligado a devolver, cuando acabe el usufructo, no tal o cual cabeza, sino el complejo, el *grex* tal como era al tiempo de constituirse el usufructo. Todo esto no es otra cosa sino la obligación del usufructuario a la «*summissio capitum in locum defunctorum*».

Que el rebaño así considerado es una universalidad, nos lo dice ULPIANO (D.7.1.70-3): «siempre que se legó el usufructo de un rebaño, o de una piara de ganado mayor, o de una yeguada, esto es, de la *universitas*: id est universitatis usufructus legatus est». Pero precisamente por ser una universalidad y no por otra causa se está obligado a sustituir unas cabezas por otras y no cuando «*certum si singularum capitum, nihil supplebit*» (31).

También POMPONIO (D.7.1.69) dice que la sustitución de unas cabezas por otras se debe a la misma naturaleza del usufructo, porque se mira a las cabezas del rebaño, no en su individualidad, sino formando parte del complejo rebaño considerado *sub specie universitatis*. Dice POMPONIO que las cabezas inútiles deben ser sustituidas por otras y así las sustituidas se hacen al instante del dueño, como también las anteriores dejan de ser de él conforme a la naturaleza del usufructo (32). En la obligación

easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, quum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae? Respondit ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.»

(31) ULPIANO: «*Sed quod dicitur, debere eum summittere, toties verum est, quoties gregis, vel armenti, vel equitii, id est universitatis usufructus legatus est; ceterum si singularum capitum, nihil supplebit.*»

(32) POMPONIO: «*Vel inutilium alia summittere, ut post substituta fiant propria fructuarii, ne lucro ea res cedat dominio. Et sicut substituta statim domini fiunt ita priora quoque ex natura fructus desinunt eius esse; nam alioquin quod nascitur, fructuarii est, et quum substituit, desinit eius esse.*»

del usufructuario a la *summissio*, también están comprendidas, según CASSIO y SABINO (D.7-1.68-2), las cabezas que nazcan, que ocuparán el lugar de las que hayan muerto (33).

1) *Conclusión*

De todo lo dicho hasta ahora, podemos concluir: 1.º Que el Derecho Romano clásico se planteó el problema de la subrogación real; 2.º Que de las soluciones dadas al problema por los juristas romanos clásicos, podemos extraer que se enfrentaron con el fenómeno subrogatorio basándolo, primero, en la idea de ficción y segundo, en la procedencia material u origen de unos bienes por otros, de los que unos sustituyen a otros en la misma relación jurídica, y 3.º Que el fenómeno subrogatorio fue harto conocido y discutido por los juristas romanos clásicos, y que su campo de aplicación fue grande. Pero hemos de hacer una advertencia sumamente importante en vista al desarrollo posterior del principio, y es que en el Derecho Romano clásico la subrogación real en las después llamadas universalidades de hecho, no fue la explicación de la sustitución de unas mercancías por otras en la tienda, ni de unas cabezas por otras en el rebaño, sino que esta sustitución se deberá, en primer lugar, a la propia naturaleza de la *taberna* por un lado y a la propia naturaleza del usufructo del rebaño y a la obligación del usufructuario a la *summittio*, por otra.

Veamos a continuación qué fue de esta teoría subrogatoria en el Derecho Romano justiniano.

II. LA SUBROGACION REAL EN EL DERECHO ROMANO JUSTINIANO

Con JUSTINIANO empieza a aparecer la teorización de las llamadas *universitates facti*, ya como *universitas* por ULPIANO al referirse al complejo de animales, el rebaño, o *grex*. Pero la *universitas* por excelencia era la *hereditas* en comparación con *alia universitates*; a partir de JUSTINIANO es frecuente designarla con la expresión de *successio universale*, *successio per universitatem*, *in universum* o *in omne ius*, mientras que las otras universalidades que conocieron los juristas clásicos, aparte de la herencia, son otra clase de sucesiones. Así lo expresa GAYO (III.82): «sunt

(33) SABINO Y CASSIO: «Plane si gregis vel armenti sit usufructus legatus, debebit ex agnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum.»

autem etiam alterius generis successionis», y ULPiano (Int. 3. 10.pr.) que al referirse a la *adrogatio* y *conventio in manum* dice: «est et alterius generis per universitatem successio».

BARBERO (34) hace referencia a los Fragmentos de Autu, en donde, según este autor, aparecen el primer núcleo de teorización en torno a la *universitas*. En estos Fragmentos por primera vez se considera la *universitas* como categoría abstracta.

En cuanto a la subrogación real, no se produjo en el Derecho justiniano cambio alguno con relación a la teoría que sobre ella dieron los juristas clásicos, excepto la extensión de lo establecido en la acción de petición de herencia, incluido el fenómeno subrogatorio, a la restitución fideicomisaria de la herencia, aumentándose con esta medida considerablemente el campo de acción de nuestro principio. Por medio de la petición fideicomisaria de la herencia se consigue lo mismo que por la acción civil de petición de herencia (D.6, 1, 2, 3): «Quae actio eadem recipit, quae hereditatis petitio civilis.» El Senadoconsulto Trebeliano (D.36. 1) no añade nada nuevo a lo ya dicho por los clásicos sobre el principio de subrogación real (C.6.49).

Hecha esta observación sobre la subrogación real en el Derecho justiniano, pasamos a estudiar la dogmatización del principio en el Derecho intermedio.

III. LA SUBROGACION REAL EN EL DERECHO COMUN: LA DOGMATIZACION DEL PRINCIPIO GENERAL DE LA SUBROGACION REAL POR LOS COMENTARISTAS O POSTGLOSADORES DEL DERECHO ROMANO

A los glosadores que se caracterizaron por las simples y breves observaciones exegéticas al Derecho Romano, les siguieron en el siglo xiv, los comentaristas o postglosadores que, al contrario de aquéllos, redactaron largos comentarios llenos de distinciones escolásticas, tratando de construir un Derecho común, un Derecho nuevo que sirviera para todos los pueblos, sobre la base ya asentada en la escuela anterior, y teniendo como fuente suprema el Derecho Romano (35).

El Derecho Romano en calidad de «razón escrita» proporcionó a los comentaristas un monopolio de las fuentes, aparentemente intemporal y

(34) Domenico BARBERO, *ob. cit.* *Le Universalità Patrimoniali...*, págs. 285, 293 y ss.

(35) Emilio BUSI, *La formazione dei dogmi di Diritto privato comune*, tomo II, págs. 217 y ss., Padova, 1936.

Rodolfo SOHM, *ob. cit.*, págs. 121 y ss.

los dogmas creados en el Derecho común, entre ellos el de la subrogación real, que se extendieron en toda Europa, entre otras razones, por la autoridad de sus autores, considerados por sus contemporáneos como verdaderos legisladores.

Así como SPENGLER, en su *Decadencia de Occidente*, ve a las culturas sujetas al ciclo como si fueran personas, de nacimiento, desarrollo y muerte, así también todos los principios tienden a la formación de un sistema de jerarquización lógica, por el que la «materia» queda reducida a un mínimo de axiomas universalmente utilizables y prácticamente fecundos. Con relación a los principios generales del Derecho, en todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo; descubrimiento del problema, formación de principios y articulación de un sistema (36).

Aun considerando la relatividad de estas distinciones por ciclos de las culturas y de los principios generales del Derecho, podemos decir que se deben a BARTOLO DE SAXOFERRATO, los principios o axiomas que van a informar a la subrogación real en este segundo ciclo que señala JOSEF ESSER. BARTOLO, considerando el fenómeno ya conocido y resuelto en el Derecho Romano clásico, como hemos visto, y su relación con las llamadas *universitates*, resumió o extractó el fenómeno en tres máximas que durante varios siglos constituyeron la única explicación de la subrogación real, contribuyendo estas dos únicas fuentes (Derecho Romano clásico y doctrina de BARTOLO) a que, más tarde y en todas las culturas jurídicas europeas, se considere la subrogación real como pensamiento jurídico general, que dará lugar a iguales conflictos de intereses e idénticas soluciones, a pesar de la ausencia de una ley concreta, incluso hasta hoy día, a pesar de la carencia de una teoría general de la subrogación real. Pero precisamente en el hecho de no ser un principio escrito radica su fuerza y su capacidad de adaptación y aplicación por la jurisprudencia y la doctrina a los nuevos casos que las circunstancias, siempre cambiantes de los tiempos, iban presentando.

Pero vayamos al estudio de la extracción del principio como fenómeno abstracto y a las tres máximas en que fue encerrado.

A) *La «universitas» como campo principal de la aplicación de la subrogación real: diferencias entre las «universitates facti et iuris»*

Como la terminología de *universitas* fue utilizada con frecuencia en los juristas romanos clásicos y en el Derecho justinianeo y no siempre con

(36) JOSEF ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, 1961, págs. 8 y ss.

igual significado, fue necesario distinguirlas, lo que hicieron los juristas del Derecho común al separar las dos categorías fundamentales: *universitas iuris et facti*.

La distinción entre *universitas iuris et facti* la encontramos ya en la Glosa de AZÓN, basándose sobre todo en una diferencia material y en que a cada *universitas* le corresponde una acción distinta (37). Mientras la *universitas facti* está compuesta de solo cosas corporales («corpora»), la *universitas iuris* está constituida de *corporalia et incorporalia*, lo que la distingue de la anterior por su carácter incorporal, lógico, ideal, etc. En el campo procesal, a las *universitas facti* o corpórea se le concede la acción de *rei vindicatio*, a las *universitas iuris* no. Así AZÓN dice que viene en esta acción de *rei vindicatio*: «veniunt in hac actione corporalia; incorporalia autem non veniunt in hac actione, quia non possidentur. Hinc evince universitates quae sunt incorporeae non peti posse hac actione, quia non possidentur. Sed nec peculio dicitur posse vindicari. Et ratio est quia in peculio iura et obligationes et actiones continentur, non tantum corporalia».

Por la acción de petición de herencia se pide una *universitas iuris*, como es la herencia: «item per petitionem hereditatis petitur universitas iuris tantum, per rei vindicationem universitas corporalia vel corporea tantum» (38). Para ANGELO DE UBALDIS: «rei vindicatio intentatur pro mobilibus et immobilibus et etiam pro universitate facti seu corporum» (39), para otros autores en las *universitas* se dan tres clases. Así IASO DE MAYNO: «Hic loquitur de universitate iuris ut est hereditas quae potest consistere sine corporum... aliud in universitate facti, consistente in corporibus sine quibus consistere non potest, ut grex: vel in universitate mixta, ut et peculium» (40). Estas llamadas *universitas* mixtas se encuentran ya también en ANDRÉS ALCIATO (41).

Por esta acción *singularum rerum*, dice PABLO DE CASTRO, se puede pedir también las *universitates facti*, «ratio dubitandi in hoc, haec erat quia per hanc actionem vindicantur res singulares, non universitas, sed grex est universitas; et respondentur quo est universitas corporum et sic non iuris, quia nihil iuris habet mixtum. Universitas vero iuris ut hereditas et peculium, per hac actionem non petitur» (42). Para BARTOLO

(37) AZÓN (t. un 1230), *Summa...* Venetiis, 1584. Lib. III, de reivindicacione, pág. 206.

(38) AZÓN, *ob. cit.*, «actio petitio hereditatis», pág. 201.

(39) ANGEL DE UBALDIS, *Commentaria ad libros digestorum...*, Venetiis, 1590, tomo I, pág. 160, y tomo III, pág. 16.

(40) IASO DE MAYNO (1435-1519), *Commentaria ad libros digestorum...*, Venetiis, 1590, tomo VIII, pág. 6, núms. 82 y 83.

(41) Andrés ALCIATO (1492-1550), *Opera omnia...*, Basilea, 1582, tomo II, página 1170.

DE SAXOFERRATO, también por medio de la acción de reivindicación se puede pedir una *universitas rerum* entera o parte de ella: «hoc actione vindicator et universitas rerum in totum vel in partem. Opp. quod haec actio non datur ad vindicationem universitatis... sed ibi loquitur de universitate iuris ad quam non datur haec actio, ut est hereditas, peculium et similia, hic de universitate corporis ut et grex», y termina diciendo: «universitate corporum et iurium non vindicatur, vides ergo differentiam inter universitatem corporis tantum et gregis, et ista potest vindicari et universitatem corporum et iurium ut peculium... ita non potes vindicari rei vindicatione» (43).

También el objeto de la acción era distinto, según se tratara de *universitas iuris* o *facti*. En la acción de *rei vindicatio*, el objeto era: *rem meam esse*. Pero como por diversas circunstancias el propietario de la cosa no podía recuperarla, en lugar de la cosa podía obtener o la estimación, es decir, su simple equivalente pecuniario, o el precio, según que una u otra cosa fuera establecida por la Ley. Desde el punto de vista de la subrogación real, es necesario en todo momento para llegar a comprender lo que es verdaderamente el principio, que distingamos la diferencia que hay entre la estimación de una cosa y el precio recibido por la venta de esta cosa. Uno se limita, basándose en el principio del enriquecimiento injusto y por el principio de equidad que lo informa, a establecer el equilibrio roto mediante una prestación por la simple equivalencia pecuniaria, sin más, mientras que si lo que se pide es que se le devuelva al propietario el precio recibido por la venta de la cosa, es el principio de subrogación real el que se establece, en cuyo caso puede que el precio sea superior al valor económico de la cosa e incluso menor. Pero ello corre a cuenta del propietario ya que si lo establecido es que se le devuelva lo obtenido o lo que proceda de la cosa, se le ha de entregar todo, pues priva en este principio, sobre todo, la condición o procedencia de las cosas. Como veremos a continuación y a pesar de que el requisito de la procedencia de los bienes ya fue establecida en el Derecho Romano clásico y por los autores del Derecho común, a veces se confunden precio y estimación, lo que es equivalente a confundir el principio de enriquecimiento injusto con el de subrogación real; ambos principios evitan un enriquecimiento injusto y establecen el equilibrio roto, p. ej., por

(42) Pablo DE CASTRO, *Commentaria in primam et secundam Digesti Veteris...*, Lugduni, 1555. Dionysius Harsaeus-Balthasar Arnoullet-Petrus Fradin, tomo IV, página 20, «rei vindicatio».

(43) Bartolo DE SAXOFERRATO, *Commentaria in primam Digesti...* additiones ad Alexandri de Imola. Do. Andreae Barbariae. Petri Pauli Perissi. . Lugduni, 1552-55. Dyonisius Harsaeus Petrus Fradin, tomo I, pág. 165; I ad lib. VI y IV ad 1. si peculium. De rei vindicatione. 15.1.6 l. si quis...

la venta hecha por un *non domino* a un tercero de buena fe, están informados por la equidad, pero sin embargo el fundamento y los mismos resultados son completamente distintos; el uno pretende sólo el equivalente económico, establecido por peritos, a través de la acción de enriquecimiento injusto, mientras que en el otro el precio ya está establecido de antemano ya que se ha de devolver, todo lo recibido de la cosa vendida.

En la acción de petición de herencia, por el contrario, considerada como acción real universal, el objeto es: «*hereditatem meam esse*», es decir, un complejo de cosas y derechos considerados unitaria y objetivamente. En este caso, el precio de la cosa hereditaria vendida o la cosa comprada con dinero de la herencia, no es como en el caso anterior subsidiariamente pedido, sino que está comprendido dentro del concepto de herencia; el precio de la cosa hereditaria vendida es «*ipsum hereditarium factum*», es decir, se hace él mismo hereditario automáticamente desde el momento en que entra a formar parte de la herencia como *universitas iuris*.

Hecha esta breve referencia a la distinción entre las dos clases de *universitas*, por su composición, distintas acciones que les corresponden y diferente objeto de cada una, vamos a exponer a continuación las tres máximas de BARTOLO como abstracción del principio general de la subrogación real.

B) *Formulación por Bartolo de los tres principios o axiomas que informaron el principio general de subrogación real*

Al estudiar BARTOLO cómo los juristas romanos clásicos habían resuelto el problema en la acción de petición de herencia, en la dote, en la *restitutio in integrum* y, sobre todo, en la llamada Ley Imperator o fideicomiso de residuo, y en la acción por causa del miedo u otras instituciones, extrajo las tres máximas siguientes:

La primera fue con ocasión del estudio de la acción de petición de herencia y válida sólo para ella como la única *iudicium universale*. «*Solum in universalibus indiciis praetium succedit loco rei ut hic; in particularibus secus*» (44). Sólo en los juicios universales (herencia) el precio sucede en lugar de la cosa, lo contrario en los juicios particulares.

La segunda regla, la encontramos al tratar de la dote y dice así: «*In universalibus praetium succedit in locum rei et res in locum pre-*

(44) BARTOLO DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, tomo II, págs. 119 y ss.

tii» (45). Esta regla se refiere a todas las *universitas*, tanto de hecho como de derecho; y aunque parece que ésta es más amplia, pues comprende no sólo el precio de la cosa sino también la cosa en lugar del precio, creemos que más bien es una diferencia terminológica, puesto que los autores, incluso BARTOLO, aplicaron la subrogación real en la herencia tanto en el precio por la cosa como en la cosa por el precio.

La tercera máxima dada considerando la *actio ex stipulatii*, dice así: «subrogatum sapit naturam subrogati» o «subrogatum sapit naturam eius in cuius locum subrogatur» (46), que quiere decir que lo subrogado adquiere la misma naturaleza de aquello a lo que subroga.

No podemos menos de señalar que en la interpretación de las dos primeras máximas bartolianas se cometió un error dogmático entre algunos de sus seguidores, error que fue muy utilizado por la doctrina de los siglos XIX y XX para rechazar como falsas estas dos máximas. Consistió el error en extender la regla primera, en la que BARTOLO hacía sólo referencia a la herencia, como *iudicium universale*, a todas las *universitas*, por el que todas éstas eran juicios universales en contra de lo establecido, p. ej., en el caso del peculio y de la dote. Pero como muy bien señala BARBERO, no parece que este error fuera de BARTOLO, pues él bien claro estableció la diferencia entre la regla primera que aplicó a la acción de petición de herencia y la segunda, en la que, ya sin especificar, alude a todas las universalidades. Sería un error pensar, dice BARBERO, que el Derecho común consideraba a las *universitas iuris* en general como acciones de *universitate*, error dogmático, porque ella se refiere no a las *universitas iuris* en general, sino a la *hereditas* (47). Pero no todos los autores cometieron este error; concretamente ANTONIO FABRO sólo admite la máxima: «in iudiciis universalibus... in hereditas sive legitima sive fideicomisaria», lo mismo que tampoco admite en ella la subrogación real por reemplazo por la siguiente razón: «quia duplici subrogatione opus esset pretii primum in locum rei, tum rei alterius in locum pretii, quod, save longe difficilius est, quam ut res in locum pretii, aut pretium in loco rei subrogatur» (48).

Pero volviendo otra vez a nuestro principio general se nos plantea la siguiente cuestión: ¿sólo en las *universitas* ya sean de derecho o de hecho se da la subrogación real? Veamos la respuesta a continuación:

(45) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, ad l. soluto matrimonium. D. 24. 3, 22, 13.

(46) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, ad l. ex stipulati.

(47) Domenico BARBERO, *ob. cit. Le Università* ..., núms. 28 y ss.

(48) CODEX FABRIANO, *Coloniae Allobrogum* 1765, Lib. 3, Tit. 19. des. 7; Lib. 4, Tit. 25, des. 7; Lib. 3, Tit. 25, des. 12, aleg. 17; Lib. 3, Tit. 22, des. 5.

C) *La subrogación real en las universalidades de hecho y de derecho y en las cosas singulares*

Ya hemos visto, que para BARTOLO y según sus máximas, el campo propio de la subrogación real era la *universitas*, pero ¿cuáles eran éstas? Según BARTOLO: «in universalibus iudiciis pretium succedit loco rei, sicut in petitione hereditatem, et in fideicommissis universalibus, sed dos est quoddam universale, sicut hereditas, peculium et similia» (49), es decir aunque no concreta, como BALDO, al decir y *similia* las *universitas iuris* para él eran la herencia y el fideicomiso universal, la dote y el peculio.

En la acción de petición de herencia, el precio sucede en lugar de la cosa y la cosa en lugar del precio (50), y lo mismo en la dote que, para BARTOLO, es otra *universitas iuris*. En una consulta que se le hizo en la que una mujer que recibió en dote un fundo inestimado y, constante matrimonio y junto con el marido, vende el fundo, más tarde, al disolverse el matrimonio por muerte del marido, pide al heredero del marido «dotem praedictam, aut pretium redactum ex venditione praedicta» respondió BARTOLO de la siguiente manera: «Quia pecunia redacta de re dotali, dotalis est» y ello porque «circa hoc dico quod ex eo quod est utile mulieri, et sibi utile esse asserint, praesumit hac esse actum, et illud pretium in causam dotis habeat.» Y añade: «dicit: quem est utile mulieri, licet expresse non dicat, praesumit facta permutatio de re in aliam causa dotis»; pero además de que es útil a la mujer y de que ella ha consentido en la venta, dice BARTOLO, que se deberá el precio porque la dote es una *universitas iuris*: «sed ex natura dotis est, ut pretium succedat in dote loco rei: ergo istud videt tacite actu, quo probo. Dos est nomen iuris: et cuiusdam universitatis, sicut hereditas, peculium; sed in universitatibus pretium succedit loco rei, ergo hoc tacite videt actum, cum non sit ex natura rei contrarium».

Luego a no ser contratio a su propia naturaleza, el precio sucede en lugar de la cosa en la dote porque, además de ser útil a la mujer y de haber consentido a la venta, es una *universitas iuris* donde la subrogación real se produce de pleno derecho sin necesidad de establecerlo así expresamente. Además, con esta misma finalidad nos dice BARTOLO que se solían celebrar contratos verbales entre los cónyuges y los parientes de la mujer, prometiendo la restitución de la dote y considerando a ésta

• (49) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.* D. 2.2.10.1. si quis vult in iud; l. de furtis. D. 47, 2, 47, núm. 7.

(50) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, cos. 124, tomo 11, pág. 39.

«non enim ipsam rem dotalem, ser haec oppositio dotis continet ipsum pretium, ut dictum est».

La dote, por tanto, es una *universitas iuris* porque «possint esse mobilia et immobilia, corporalia e incorporalia», y, por la misma razón lo es también el peculio: «peculium est queadam universitas, cum in ea possint esse mobilia et immobilia, corporalia et incorporalia» (51).

Pero tan importante o más que el campo de las universalidades fue la aplicación del principio de la subrogación real en las cosas singulares, aplicación que fue ganando terreno cada vez más, a pesar de la regla general de que sólo en la *universitas* se daba el cambio del precio por la cosa o viceversa. El mismo BARTOLO nos dice: «reali et singulari iudicio pretium succedit loco rei et venit officio iudicii... et universali non est casus», porque, según hemos visto en las universalidades, la subrogación real se produce de pleno derecho (52).

Exponente claro de la aplicación de la subrogación real en los juicios singulares es la ley si *rem et pretium* de la *actio quod metus causa* ya vista dentro de la institución de la *restitutio in integrum*. Nos dice BARTOLO en su comentario, que aunque la regla aquí es que el precio no sucede en lugar de la cosa, en este caso sí está comprendido por la misma naturaleza de la acción: «regula est que pretium non succedit loco rei: et ubicumque reperitur contrarium est speciale», pero, a pesar de ello, esto ocurre aquí: «nec hoc est quia pretium loco rei succedat: sed quia natura actionis ad hoc se extendit: et hoc in iudiciis particularibus, si ipsa res» (53).

También para BARTOLO en el derecho de prenda o hipoteca, *reali et singuli iudicio*, la cosa sucede en lugar de la cosa, si ésta procede de aquélla, si ha nacido una de otra: «res loco rei subrogata, non caedit in obligationem, nisi ex re prima ortum hubuerit» (54). En los legados y fideicomisos se deberá, dice BARTOLO, no sólo el precio de la cosa de la herencia fideicomisaria vendida, sino también la cosa comprada con este precio, igual que ya fue establecido en el fideicomiso de residuo por los juristas clásicos: «pretium et res comparata ex pretio succedit loco rei in universalibus» (55). En el cómputo de la cuarta falcidia se comprende el precio: «pretium rei dicitur capi iure hereditario, et ideo computatur in quarta» (56) y, tratándose de la donación *mortis causa*,

(51) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, ad. l. si peculium...

(52) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.* D. 6, 1, 15 de rei vindicatione.

(53) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.* D. 4. 18. tit. 2. 1. si ipsa res. .

(54) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.* D. 20, 1, 26, final 2.

(55) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, ad. l. de legatis et fideicom. D. 31, 1, 70-71.

(56) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, ad. l. ad legem Falcidiam. D. 35, 2, 19, 8.

nos dice BARTOLO que «contra patrem naturalem datur actio de peculio: contra arrogatorem, utilis vindicatio: et cum res non potes restituí, pretium condicetur» (57).

En el caso del legado de un usufructo, hace referencia BARTOLO, a que la estimación subroga a la cosa: «si usufructus legatus est, non dicitur usufructus pertinere deessisse, si quod loco usufructus aestimatur, percipitur: quae aestimatio loco rei cum suis quantitibus (alias qualitatibus) subrogatur» (58).

Luego como hemos tenido ocasión de observar, las reglas bartolianas sólo en parte explicaban el fenómeno de la subrogación real al no hacer referencia más que al campo de la *universitas*. Veamos ahora la acogida que tuvieron estas reglas por parte de BALDO DE UBALDIS, su discípulo.

D) *Acogida y discrepancia de las máximas bartolianas por su discípulo Baldo de Ubaldis*

La principal discrepancia entre BARTOLO y su discípulo BALDO, muy comentada por sus contemporáneos, está en la distinta consideración de la dote. Para BALDO la dote no es una *universitas iuris* y por consiguiente la subrogación real, cuando se produce, se debe al simple acuerdo entre las partes, no a la consideración como *universitas iuris*.

No conoce BALDO una acción universal aparte de la acción de petición de herencia, y respecto a la *actio dotis* comenta: «si habeat instar actionis universalis» (59). Para él «quaedam sunt actiones universales quaedam especiales. Et dicitur actio specialis etiam ella quae competit pro universitate corpori; tunc dicitur universalis quae competit per universitate incorporali...; nam universitas incorporalis et iuris... hereditas imprimis, sicut de hereditatis petitione; sed universitas corporalis est facti, ut grex... ex praedictis potest quod rei vindicatio non competit pro incorporalibus» (60). «... actio universalis dicitur duobus modis, vel quia proponitur pro universitate, sic habemus petitionem hereditatis. In p. h. veniunt corporalia et incorporalia et incorporalissima, sicut nomina debitorum» (61).

Por todo ello nos dice BALDO que no le parece que en la dote el

(57) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, ad l. de mortis causa donat et capio. D. 31, 6, 18-19.

(58) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, ad l. si usufructus legatus est. D. 7, 1, 35.

(59) Baldo DE UBALDIS (1327-1400), *Commentaria ad libros Digestorum. Codicis, atque Institutionem...* Lugduni, 1585, ad l. si sponsa. D. 23, 3, 81.

(60) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, tomo 1, pág. 282.

(61) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad l. de iure dotium, D. 23, 81, tit. 3.

precio suceda en lugar de la cosa por ser esta una *universitas*, «item non videtur quod in dote succedat praetium loco rei propter naturam universi, imo propter duo concurrentia necessaria videtur, quod hoc sit actum inter virum et uxorem, quod succedat praetium loco rei datae in dotem vel res loco praetii dati in dote, secundum quod hoc expediat mulieri et sic cedat ad eius utilitatem, alias non causatur talis conversio seu successio ut probatur».

Pero BARTOLO dice: «ergo dos est aliquid universale», BALDO responde: «ergo dos non est ius universale». Para el primero la subrogación real se produce, en primer lugar, porque es útil a la mujer; en segundo, porque en la venta del fundo dotal la mujer prestó su consentimiento y por último y fundamental, porque al ser la dote una *universitas iuris* y actuando como tal, el precio es debido automáticamente y se convierte en dotal en el mismo instante, sin necesidad de decirlo expresamente. Si la dote no fuese una *universitas iuris*, para que el precio recibido por la venta del fundo dotal fuera dotal, se requeriría una nueva constitución de dote y, entre tanto, el precio no sería dotal; lo que lo hace dotal automáticamente, es precisamente su entrada en una *universitas iuris*, considerada como elemento determinante. En SOCINO encontramos el apoyo a la opinión de BARTOLO: «ulterius monentur quia in dote praetium non succedit loco rei, nisi fuerit conventum inter virum et uxorem, quod succedat et hoc si in utilitatem mulieris... sed in universalibus praetium succedit loco rei sine ulla conventionem, ut in l. si rem et pretium de petit her... et sic unum de motivis Bartoli retorquetur contra Bartolum sed tu dicas quod hoc quod ex conventionem et in utilitatem mulieris tunc praetium succedat loco rei quod non absolute, inductum fuit in privilegium mulieris» (62).

El mismo CUYACIO, refiriéndose al peculio, acude a la *actio universalitate*, no porque el peculio sea un *quid* universal o una *universitas iuris*, sino en cuanto da lugar a un fenómeno de sucesión universal: «fateor peculium interdum accipi pro successionem, ut cum filius familias miles heredem sibi instituit in castrensi peculio: ex constitutionibus peculium illud habetur pro hereditate, et petitur etiam actione de universalitate» (63). Quizá el problema de la dote se resolvería, dice BARBERO, convirtiendo el *succedit* en un *potest succedere*, en cuyo caso la fórmula bartoliana quedaría así: «solum in universalibus praetium succedere potest in locum rei» (64). Como ya se dijo anteriormente, el error consiste en considerar a la dote en abstracto como una *uni-*

(62) Bartolomeo SOCINO, *Consiliorum Barth...*, tomos III y IV, Petrum Andream Gammarum, Lugduni, 1537, IV, pág. 98, núm. 49.

(63) CUYACIO, *Opera omnia* ..., Nápoles, 1758, tomo VII, pág. 232.

(64) Domenico BARBERO, *ob. cit. Le Università...*, núm. 82, págs. 307 y ss

versitas y no depender de ello, como depende, en realidad, de la relación jurídica que respecto a ella se está contemplando.

Las *universitas iuris* para BALDO son cuatro: «*universitas iuris sunt quator: hereditas, bonorum possessio, peculium et patrimonium*» (65), y puesto que la dote no es una *universitas*, «*primo quod licet non dicamus quod in iudiciis universalibus pretium succedit loco rei... tamen non dicitur ideo pretium succedere loco rei, quia sicut res satitum potest peti, ita potest peti pretium incontinenti ut vides hic restitutione dotis, quae dos dicitur esse iudicium universale*» (66).

A pesar de esta diferencia de criterio respecto a la dote, BALDO igual que BARTOLO, considera que la subrogación real se da en los juicios singulares y, sobre todo, cuando el propietario pierde su derecho a reivindicar la cosa de su propiedad que está, p. ej., en manos de un tercero de buena fe: «*in rei vindicatione, quod est iudicium singulare, pretium succedit loco rei, quando res a possessore non potes avocari a principio, ut quia distracta, dogente Principe, vel civitate*», es decir, porque es vendida u ocupada por el príncipe o la ciudad. Pero en este caso se deberá el precio porque «*quod in singulari iudicio succedit pretium loco rei, intellige officio indicis, sed in universali iure actionis ut actio pet. her.*» (67).

Por la misma razón, es decir, por ser un juicio real y singular, en la acción por causa del miedo el precio viene en lugar de la cosa por *officio indicis*; pero mientras BARTOLO decía que se debía por la misma naturaleza de la acción, BALDO dice que se deberá porque se hizo más rico: «*pretium succedit loco rei in actio quod metus causa, nec non in petit, haered et alia res loco alterius, actio quod metus causa, est in rem scripta: et id circo in ea non succedit pretium loco rei... hic not, pretium succedit loco rei. Sup hoc dic quod in universalibus... sed in singularibus secus. Fallit in actione quod metus causa: quia est in rem scripta, nam magis tenetur, qua locupletior factur, quam quia pretium succedat loco rei ut hic*» (68). Se debe también, dice BARTOLO, el que se deba el precio, a que ésta es una acción variable y no uniforme, como las que considera, sobre todo, la persona del actor: «*quae dam sunt actiones in quibus variatur ius ex personae rei, et in istis actionibus quia sunt variables, et non uniformes, pretium succedit loco rei ut in l. nostra*» y también al hecho de que el precio tenía su origen, procedía de la cosa: «*res enim quod succedit per se ipsam debent, et non respectu*

(65) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 23, de usufructus, l. quotiens...

(66) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 23, de iure dotium, l. si sponsa... 81, 78, núm. 4.

(67) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 6, de rei vindicatione. 1, 8 y 15.

(68) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 4, 2, l. 18, si ipsa res.

aleterius rei». La procedencia y el origen de los bienes subrogados es siempre puesta de manifiesto por todos los autores del Derecho común como una de las condiciones para que el precio sustituya a la cosa o la cosa al precio.

Sin embargo en la acción de *dolo malo*, BALDO hace referencia, no al precio de la cosa, sino a su estimación: «aestimatio loco rei succedit» y vuelve otra vez a hablar de precio en la acción dada a los menores de 25 años, ambas dentro de la institución de la restitutio in integrum: «pretium in integrum restitutione peti potest, restitutione in integrum pretium succedit loco rei» (69).

La subrogación real se aplica también en el contrato de depósito, si el que se considera heredero por error, vende la cosa depositada, en cuyo caso está obligado al precio o a ceder las acciones correspondientes para pedirlo: «si ille qui est haeres, vel putat se haeredem per errorem, depositam rem vendit, licit dolo careat, tamen tenetur ad pretium, quod ad eum pervenit, et si pretium non percepit cedendo actionem a emptorem liberetur» (70); porque es de ley antigua. «pretium succedit loco rei, et si non est exactum, succedit loco rei cessio actionis».

Así como una herencia puede ser pedida mediante la acción universal de petición de herencia, puede ser también toda ella objeto de una venta, en cuyo caso, dice BALDO, «universitas ubi venditur pretium succedit loco rei»; pero es preciso, dice, considerar bien si se trata de la venta de una herencia o de sólo parte de ella, puesto que, en este caso y según la regla general, la subrogación real no se produciría: «ubi venditur universitas, pretium succedit loco rei, sed ubi venditur, vel quasi venditur res singularis pretium vel poena ab alio exacta loco rei non succedit». Porque en la cosa singular vendida, el precio se recibe, no de la cosa sino a causa de la negociación: «ex ista secunda parte (la ley habla de venta de herencia, de cosa singular y de cuasi venta), quod pretium non ex re, sed propter negotiationem percipitur» (71).

En estos casos particulares, la subrogación real se establece o bien por disposición de la ley o por acuerdo de las partes: «qui oriuntur magis ex previsione legis, quam per formam conventionis, et lex providet diversimode secundum casus occurrentes, ac si pactum esset praecisum». Otras veces se debe el precio a causa de la dificultad de la prestación: «solun ibi succedit in praestatione propter difficultatem praestationis rei: hic vero loquitur an succedat quod ad obligationem, et

(69) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 4, l. de dolo malo; l. arbitrio, 18-19; l. de mino 25 annis, 10, pág. 247.

(70) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 16, depósito, l. si duo.

(71) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 18, de hereditate vel actione vendita, lex 21.

conclude an pretium succedat loco rei». Y otras no ya por disposición de la ley, convenio de las partes o dificultad de la prestación, sino por el principio de equidad en la ley «si ipsa de conditio indebiti»: «et tunc aut aequitas suadet quod pretium succedit loco rei, aut aequitas suadet contrarium, ut quia dolo alienavit, ut in iusto pretium, et tunc non succedit pretium conventum loco rei» (72).

Va ganando terreno cada vez más, como iremos viendo, la aplicación de la subrogación real en los fideicomisos, cuando se vende por el fiduciario de una herencia una cosa con el consentimiento de los fideicomisarios. La venta de bienes fideicomitidos estaba permitida, dice ACCURSIO que «fideicommissarii vendere potest, consequantur tunc ergo ut aliqua si exceptio, persecutio erit fideicommissi ad pretium». A lo que añade IASO DE MAYNO, que el precio se deberá «hoc afetur ex pacto», «ve mandato, vel ex stipulatione» y el precio será pedido, dice AZON, por la acción de testamento: «agi actione ex testamento ad pretium» y aunque subroga a la cosa principal, será considerada ella misma como principal: «quae fierit in re ipsa principali» (73).

En su comentario a la Ley Imperator o fideicomiso de residuo ley 70 y 71, DIONYSIO GOTHOFREDO llama la atención sobre el hecho de que el precio de la cosa vendida o la cosa comprada con este precio se debe, porque más bien parece que la cosa ha sido comprada, no tanto de la herencia del difunto, como del precio de la cosa hereditaria vendida, por lo que éstas quedan en la herencia por una ficción del derecho: «atqui non atm ex hereditate defuncti, quam ex pretio rei hereditariae venditae, comparata videtur: iuris fictione videntur ex hereditate superesse» (74).

Demostrado a través de BARTOLO y BALDO el verdadero alcance de la subrogación real a pesar de las dos máximas primeras que sólo hacen referencia a la *universitas*, vamos a referirnos a continuación a lo que significó para los autores del Derecho común la tercera máxima bartoliana o «subrogatum sapit naturam subrogati».

(72) Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, ad lib. 12, si certum petatur, ley 23, página 23.

(73) Dionisio GOTHOFREDO, *Corporis justinianaei Digestum et Codex... commentariis Accursii, Scholiis contii, Paratolli Cuiacii... novae accesserunt ad ipsum Accursium Dionysii Gothofredi...* Lugduni, 1604. Horatius Caedon, tomo II, D. 31. 1. Ley 80.

(74) Diinosio GOTHOFREDO, *ob. cit.*, tomo III, D. 31. 1. Ley 70 y 71; T. I. D. 16. 3., núm. 47, deposito; D. 23-3-26 de iure dotium; D. 7. 1. 35 y 39, de usufructus; D. 5. 3. 22 actio petitio hereditatis; D. 4. 2. 18 actio quod metus causa; D. 35. 2. 19 ad legem Falcidiam..., etc.

E) *La subrogación real según la doctrina del derecho intermedio e interpretación de la tercera máxima de Bartolo: subrogatum sapit naturam subrogati*

La tercera regla o máxima dada por BARTOLO por la que lo subrogado adquiere la naturaleza de aquello a lo que subroga, fue aceptada unánimemente por la doctrina posterior, si bien cada uno dio un significado e interpretó la máxima de manera diferente. De regla general y magistral, la califican respectivamente PEDRO ANCHARANO y ALEJANDRO DE IMOLA: «haec est regula communis, et regulam magistralem» (75). La subrogación real será para estos autores, lo mismo que para los juristas romanos clásicos, una ficción jurídica y así lo aclaran BARTOLO, BALDO, JACOBO MANDELLO, JUAN CROTTO, AYMÓN CRAVETTA, GOTHOFREDO, DE LUCA, etc. Por medio de esta ficción dice AYMÓN CRAVETTA, ocurre que la cosa subrogada es la misma y con los mismos efectos que la cosa a la que subroga: «... quia natura simplicis subrogationis unius rei loco alterius operatur, ut res subrogata eadem existimetur esse loco rei. pro qua est subrogatio facta...» (76), porque, añade CRAVETTA, el que posee la cosa subrogada es como si poseyera la cosa a la que subroga: «... quia possidens rem subrogatam videtur possidere rem, cuius loco est facta subrogatio». Para DECIO PHILIPPO la cosa subrogada se reviste de la misma naturaleza que tenía la primera a la que subroga: «quod castrum, predium et alia res... sit eiusdem naturae, quo erat res prima, in cuius locum sit subrogatio» (77). Siempre que se subroga, dice PEDRO ANCHARANO, una persona por otra, una acción por otra acción, o una cosa por otra cosa, asume la naturaleza de aquella a la que subroga» (78) y para JACOBO MANDELLO, pasan a ésta todas las cualidades, condiciones y cargas que tenía la primera: «omnes qualitates, conditiones et onera, quae erant in primo, in sunt in subrogato» (79).

(75) Alejandro DE IMOLA (1424-1477), cons. 4, quod concurrere, núm. 4. Lib. I, confirmado en cons. 17, lib. I, v. Domenico TUSCHI, tomo VIII, cons. 756, 757 y 758.

Pedro ANCHARANO (1350-1416), cons. 414. Praemittendum, in pro. pleniss, v. Domenico TUSCHI, tomo VII, cons. 756, 757 y 758.

Domenico TUSCHI, *Practicarum conclusionum juris in omni foro frequentiorum Dominici*. T. T. S. Lugduni, 1655. Caffin y Plaignes.

(76) Aymón CRAVETTA (1504-1569), *Consiliorum sive responsorum Aymonis Cravetta...* Francofurti ad Moenum... Joannes Sourius, 1611, cons. 97, núm. 49 y ss., v. ad tercium, núm. 51 y cons. 973.

(77) Decio PHILIPPO (1454-1535), cons. 43, núm. 14, v. Cravetta, cons. 973, números 2 y 3.

(78) Pedro ANCHARANO, cons. 1, núm. 10, y cons. 421, núm. 2, v. Domenico TUSCHI, *ob. cit.*, tomo VII, cons. 756, 758.

(79) Jacobo MANDELLO, *Consiliorum*. D. J. Mandelli Albensis..., lib. quatuor... Venetiis, 1592, J. Bautista Somaschus, cons. 234, núm. 9.

La nueva cosa adquiere la naturaleza de la antigua, dice BALLETO, con todas sus cualidades y causa, considerando esta última como la causa natural no accidental (80). SOCINO establece dos limitaciones al principio: Cuando lo subrogado no toma naturaleza accidental y cuando no corre al mismo efecto: «prima est, quando subrogatum non assumit naturam accidentalem; secunda, quando non currit ad eundem effectum» (81). Y por último, para RIMINALDO IUM, no se da la subrogación real cuando aquello a lo que se subroga se hubiera extinguido y cuando no exista la misma cualidad e incluso repugne: «quando illud in cuius locum sit subrogatio, esset extinctum et extendem quando non viger eadem qualitas in subrogato, imo repugnat» (82).

Como podemos observar, se contempla este principio desde el punto de vista de las cosas. Es en éstas donde se produce el cambio, y es de una a otra donde pasan las cualidades, efectos, condiciones, cargas, naturaleza accidental o cualidades accidentales según estos autores. A pesar de la aparente diferencia que parece existir entre ellos, a la hora de interpretar esta máxima, en principio existe unanimidad en cuanto aceptan en términos generales que lo subrogado adquiere la misma naturaleza de aquello a lo que subroga.

También existe unanimidad entre los autores citados acerca del principio ya establecido por BARTOLO y BALDO, de que en la *universitas* la subrogación real se produce de pleno derecho y por una ficción de derecho, mientras que en los casos particulares es necesario que así lo haya establecido el juez, la ley, el convenio entre las partes, e incluso cuando ello sea necesario, por imperativo del principio de equidad.

(80) BALLETO, v. Cravetta, *ob. cit.*, cons. 973, núms. 2 y 3.

(81) Bartolomeo SOCINO, *ob. cit.* Reg. 34, «subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatur», y Regl. 302.

(82) Riminaldo IUM, cons. 113, núm. 121, y cons. 113, núm. 129, v. Domenico Tuschi, *ob. cit.*, tomo VII, cons. 757.

Jacobo MANDELLO, *Consiliorum... D. J. Mandelli Albensis...*, *ob. cit.*, cons. 97, números 49 y ss., v. el 3.º, donde el núm. 15 dice que los bienes se subrogan por ficción desde un principio, y cons. 256.

Juan ALBA, *Selectae annotationes et expositiones in varia utriusque testamenti difficilissima loca*. Auctore D. Johanne Valentiae, Philippus Mey, 1613, cons. 97.

Juan CROTTO, cons. 123, núms. 8 y ss., lib. 1.º, v. Domenico Tuschi, *ob. cit.* y cons. 756-758.

Pablo DE CASTRO, *ob. cit.*, cons. 269, lib. 1.º, Ley uxor marito, ss. de donat. inter vir et uxor.

Pedro ANCHARANO, cons. 102, contra dictam donationem, núm. 5, v. Domenico Tuschi, *ob. cit.* y cons. 756-758.

Mateo DE AFFLICTO (1448-1528), v. Domenico Tuschi, *ob. cit.* y cons. 756-758.

Iaso DE MAYNO, *ob. cit.*, cons. 43, lib. 3.

Juan CROTTO, cons. 65, núms. 15 y ss., v. Domenico Tuschi, *ob. cit.*, cons. 756-758.

Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 973, núms. 4 y ss., y cons. 609.

Pero lo más debatido entre estos autores fue el problema de si se aplicaba el principio de subrogación real en los fideicomisos y cómo, problema que, como veremos más adelante, era muy debatido y dio lugar a sentencias muy interesantes.

Cuando existen bienes sujetos por distintas circunstancias a la prohibición de enajenarlos, es precisamente por el principio general de la subrogación real por el que la venta es válida, siempre que se cumplan determinados requisitos; así, JACOBO MANDELLO dice que si el testador hizo un fideicomiso y mandó o prohibió que no se vendieran sus bienes, aunque no el permutarlos o que otros bienes subrogaran al fideicomiso, puede el heredero de buena fe subrogar, incluso, sus propios bienes y vender el fideicomiso; y en el caso en que el testador diera su licencia, no sería necesario llamar a los sustitutos: «quia si testator, qui fecit fideicommissum, et prohibuit bona alienari, sed bene premutati, vel subrogar alia loco fideicommissi, potest haeres gravatus bona fide etiam bona propria subrogare, et fideicommissum alienare». Y añade JUAN ALBA: «quia in hac subrogatione non sunt citandi substituti, quando testador dedit licentiam». Y JUAN CROTTO dice, que cuando se subroga una pieza en lugar de otra, válidamente vendida, la segunda puede darse *in solutum*, sin solemnidad, como la primera, porque tiene su misma naturaleza (82 bis).

Pero aunque exista una expresa prohibición de vender, opinan los autores del derecho intermedio, que puede hacerse una permuta *para mejor*, que subrogaría a la cosa cuya venta estaba prohibida. Así, PABLO DE CASTRO, PEDRO ANCHARANO, MATEO DE AFFLICTO, IASO DE MAYNO y JUAN CROTTO (82 ter). Este último autor distingue tres casos: 1.º Cuando el testador prohibió vender fuera de la familia por un afecto particular, en cuyo caso no puede permutarse; 2.º Cuando no consta tal afecto y, por tanto, puede permutarse, y 3.º Cuando expresó la causa, p. ej., que alguien se alimente de los frutos, y si la cosa puede verificarse en la cosa permutada, vale la permuta. y por consiguiente, la subrogación

(82 bis) Jacobo MANDELLO, *Consiliorum.. D. J. Mandelli Albensis .. ob. cit.*, cons. 97, núms. 49 y ss., v. el 3.º, donde el núm. 15 dice que los bienes se subrogan por ficción desde un principio, y cons. 256.

Juan ALBA, *Selectae annotationes et expositiones in varia utriusque testamenti difficilissima loca ..* Auctore D. Johanne Valentiae, Philippus Mey, 1613, cons. 97.

Juan CROTTO, cons. 123, núms. 8 y ss., lib. 1.º, v. Domenico Tuschi, *ob. cit.* y cons. 756-758.

(82 ter) Pablo DE CASTRO, *ob. cit.*, cons. 269, lib. 1.º, Ley uxor marito, ss. de donat. inter vir et uxor.

Pedro ANCHARADO, cons. 102, contra dictam donationem, núm. 5, v. Domenico Tuschi, *ob. cit.* y cons. 756-758.

Mateo DE AFFLICTO (1448-1528), v. Domenico Tuschi, *ob. cit.* y cons. 756-758.

Iaso DE MAYNO, *ob. cit.*, cons. 43, lib. 3.

real: «ubi facit trea casus; Primus est, quando testator prohibuit alienari extra familiam propter affectionem particularem, puta quia res est maiorum suorum, et non potest permutari; secundus, quando non constat, quod habuerit affectionem, et potest permutari; quia res permutata subragatur loco alius; tertius casus, quando exprimit causa, puta, ut ex fructibus quis alatur, et si causa verificari potest in re permutata, valet permutatio» y añade: «ut procedat subrogatio, si res permutata sit universalis, prout haereditas, castrum, vel feudum». AYMON CRAVETTA dice que esto ocurre en los casos particulares, cuando se dice expresamente «ubi declarat etiam in particularibus quando expresse sit subrogatio» (82 cuater).

AYMON CRAVETTA, IASO DE MAYNO, ALEJANDRO DE IMOLA, DECIO y ANDRÉS TIRAQUELLO consideran que el fideicomisario que vende bienes sujetos a fideicomiso y con este precio compra otros bienes, se dice que subroga tales bienes comprados en lugar de los bienes sujetos al fideicomiso vendidos: «fideicomissarius alienans bona supposita fideicomisso, et emens alia bona ex illo pretio, dicitur subrogare talia bona empta loco fideicommissi alienati» (83). Sobre todo, dice ANDRÉS TIRAQUELLO, cuando en el caso visto transcurrió poco tiempo entre la compra y la venta: «maxime, quum modicum tempus intercessit inter venditionem et emptionem». Con tal que existan, dice CRAVETTA, otras conjeturas y si se expresó que se compraba para el fideicomiso: «idem extant aliae coniecturae, vel si expressit, quod emebat pro fideicomisso» (84).

Dice ANDRÉS TIRAQUELLO que la cosa comprada con el precio de un fundo dotal o fideicomisario no se hace dotal ni cae bajo el fideicomiso en los casos particulares, a no ser que el comprador lo declare y lo proteste; lo contrario si se tratara de *universitas iuris*. Pero si la compra se hace inmediatamente después de la venta, en este caso sí será el bien dotal o fideicomisario, pues se induce la subrogación presunta: «quia res empta ex pretio fundi dotalis, vel fideicommissarii non efficitur dotalis, neque sub fideicomisso in particularibus; secun in universalibus, nisi emens hoc declaret, et protestetur» y «si imptio fieret statim

(82 cuater) Juan CROTTO, cons. 65, núms. 15 y ss., v. Domenico Tuschi, *ob. cit.*, cons. 756-758.

Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 973, núms. 4 y ss. y cons. 609.

(83) Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 295, núm. 4, y cons. 209.

Iaso DE MAYNO, *ob. cit.*, cons. 213, lib. 2.º

Alejandro DE IMOLA, in l. mulier, cum proponeretur. s. ad. Trebell., v. Domenico Tuschi, *ob. cit.*, cons. 756-758.

Felipe DECIO, cons. 27, núm. 7, lib. 1.º, v. Domenico Tuschi, *ob. cit.* y cons. cit.

Andrés TIRAQUELLO, *Otros retractos, convencional y municipal...*, Lyon, 1555, -edic. Guliel Rovillium, de retraligng, glosa única, núm. 27.

(84) Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 417, núm. 7.

post venditionem; quia inducitur subrogatio praesumpta, et idem, si aliae extarent coniecturae» (85). Sin embargo, para SIMON DE PRAESTIS, si en el caso anterior se compra con el precio del bien fideicomitido vendido otros bienes *a cargo*, estos bienes no vienen al fideicomiso, sino que se deberá el precio, si se ignora el gravamen del fideicomiso; si el vendedor sabía el gravamen, no se deberá la cosa comprada con el precio, a no ser que la compra haya sido hecha especialmente a nombre de la herencia fideicomisaria: «nisi in specie facta sit emptio nomine haereditatis fideicommissariae» (86). SOCINO afirma que, bien lo sepa o lo ignore, el vendedor está obligado al precio: «sive ignorat, sive sciat, tenetur ad pretium» (87).

Si con el dinero, objetos de plata u otras cosas de la herencia, dice BARTOLO, al venderse con su precio se compraran otras cosas, lo comprado estará sujeto a fideicomiso. O cuando el *gravado* conoció el fideicomiso, o aunque lo ignore, cuando en el tiempo de la condición eveniente los bienes estaban en poder del *gravado*, porque en las universalidades... (88). También si el heredero gravado por mandato del testador redime algunos bienes vendidos con pacto de retro o con pacto de redimirlos o resolutivo: «ut idem sit, si haered gravatus iussu testatoris redemit quaedam bona vendita cum pacto relvendi, vel cum pacto resolutivo» (89).

En cuanto al contrato de permuta; si se permuta un predio fideicomisario por otro, este otro se hace fideicomisario, dice ALEJANDRO DE IMOLA, y añade ANDRÉS TIRAQUELLO que, en este caso, se hace fideicomisario inmediatamente y en el mismo momento, como si se tratara de una compra con el precio de la cosa fideicomisaria vendida, y ello por una ficción del derecho (90) y porque, dice RIMINALDO IUM: «quia quod dicitur subrogatum sapere naturam eius, in cuius locum subrogatur, procedit in subrogatione legis non hominis» (91) y sobre todo si se subroga un compamento en lugar de un feudo, pues al no ser de la misma naturaleza, sólo la ley puede establecerlo, porque la subrogación

(85) Andrés TIRAQUELLO, *ob. cit.*, glosa única, núms. 15, 22 y ss. y 24.

(86) Simon DE PRAESTIS, *De ultimarum voluntatum interpretatione tractatus...* autore simone... Lugduni, 1588. Petrus Landry, lib. 3.º, solut. 1; núm. 5, folio 345.

(87) Bartolomeo SOCINO, *ob. cit.*, cons. 16, lib. 3.º

(88) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, cons. 276.

(89) Bartolo DE SAXOFERRATO, *ob. cit.*, lib. 1.º, cons. 122, quaeritur.

(90) Andrés TIRAQUELLO, *ob. cit.*, 32, glosa única, núms. 26 y ss.

Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 295, núms. 4 y ss.

Juan ALBA, *ob. cit.*, cons. 97, núms. 50 y 51.

Alejandro DE IMOLA, cons. 49, núms. 5 y ss., lib. 3.º, v. Domenico Tuschí, *ob. cit.*

(91) Riminaldo IUM, cons. 18, núm. 88, repite cons. 113, núm. 122, v. Domenico Tuschí, *ob. y cons. cit.*

del feudo se entiende según la naturaleza del feudo, no según lo accidental y fuera de su naturaleza: «ubi loquitur in castro subrogato loco alterius feudis, et castri, ut no sit eiusdem naturae, ut ibi per eum; quia subrogatio loco feudi intelligitur secundum naturam feudi, non secundum accidens, et praeter naturam». Como veremos más adelante, está haciendo referencia a una sentencia de 1499.

La subrogación real puede establecerse en un testamento lo mismo que en un contrato. AUGUSTÍN BEROIO dice: «quia subrogatio facta per testamentum et ultimam voluntatem ad disposita in contractu censetur contractu» (92). Para ANTONIO GÓMEZ es necesario que la subrogación «expresse sit dictum, quod res empta sit subrogata, et uxor consentiat et eidem sit utile» (93).

De tal manera se aplicó la subrogación real y se hizo uso de la palabra subrogación, que creemos muy significativa la expresión de CUYACIO, cuando dice que «pretium succedit... ut vulgo dicitur» (94). Y es que verdaderamente se empleó este principio excesivamente; el mismo ALEJANDRO DE IMOLA nos habla de una ciudad destruida y vuelta a construir, en cuyo caso, y por subrogación real, la segunda subroga a la primera y tiene sus mismos privilegios: «in civitate destructa postea reaedificata; quia cum sit subrogata loco destructae, habet eadem privilegia, quod habebat destructa, antequam destrueretur»; y que el puente que es destruido y vuelto a construir subroga al antiguo y, por este hecho, se paga el mismo peaje: «in pont, pro quo soluebatur pedagium; quia eo destructo, et alio subrogato erit soluendum idem pedagium». BALDO dice que en el caso de que destruido un hospital que tenía derecho de patronato, hubiera sido construido de nuevo, este último tendrá el mismo derecho que el primero: «idem in hospitali destructo; quod erat iuris patronatus, ut si alibi reaedificetur cometat ius patronatus ad reaedificatum» (95).

Es interesante señalar cómo JUAN BELLONO hace referencia por primera vez a la subrogación real como un traslado de derecho de un

(92) Agustín BEROIO (1485-1554), cons. 15, núm. 64, vers. 3, lib. 3.º; v. subrogatio bonorum et cons. 758, 198, sobre todo núm. 4, y cons. 234, núm. 9, Domenico Tuschí, *ob. cit.*

(93) Antonio GÓMEZ, *Varias resolutiones juris civilis, communis, et regii...*, con anotaciones de Emanuelis Soarez a Ribeira y adiciones de Joannis de Ayllon Laynez, Matrite, 1768, de qualitatibus contractum, cap. 11, núm. 28, lib. 1.º; de donatione, cap. 4, núm. 21, lib. 2.º; sustitución fideicomisaria, cap. 5.º, lib. 1.º, número 16, y de legados, cap. 12, núm. 50.

(94) Jacobo CUYACIO, *ob. cit.*, tomo VII, col. 1187, Res. ad. tit. de legatis 2, fideicomiso de residuo; y tomo V, col. 887, l. quod metus causa.

(95) Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 973, sobre todo núm. 4.

Alejandro DE IMOLA, cons. 193, núm. 7, ver ex quo ad propositum, lib. 2.º

Baldo DE UBALDIS, *ob. cit.*, cons. 400, lib. 2.º

objeto a otro y no de paso de cualidades de un bien a otro; se trata de un campamento destruido y vuelto a construir, por lo que se consideran trasladados al segundo todos los derechos del primero: «in castro, et loco destructo; qua si aliud loco illius aedificetur, omnia iura primi censentur traslata in secundum subrogatum, ubi, quod obligati ad guardias, et onera primi castris ditrupti tenentur ad castrum subrogatum» (96).

Con esta visión del amplísimo campo de aplicación de la subrogación real y los debates que sobre ella se establecían entre los autores y doctrina del Derecho intermedio, vamos a pasar ahora al estudio de la subrogación real en el campo jurisprudencial.

F) *La subrogación real a través de la jurisprudencia de los siglos XV al XVII y según el cardenal Juan Bautista de Luca*

Es sorprendente la labor de la jurisprudencia de los siglos xv al xvii, aplicando con un gran espíritu liberal y progresista la subrogación real allí donde la economía y el tráfico jurídico la reclamaban como altamente beneficiosa. Se fue aplicando por la jurisprudencia según las necesidades del momento. Las máximas de BARTOLO, que encerraban a la subrogación real dentro del campo de la *universitas*, no eran ni para la doctrina ni para la jurisprudencia dogmas de fe, sino que, teniendo en cuenta la realidad y el desarrollo industrial y económico de los pueblos y para hacer más flexible el comercio, se acudió al juez, al príncipe, al pontífice y a los acuerdos de los particulares para aplicarla siempre con las suficientes garantías. El derecho real de hipoteca podía extenderse a otro objeto equivalente; el censo enfiteútico se podía trasladar sobre otra finca si la primera sobre la que recaía resultaba incapaz; los fideicomisos y los feudos inalienables se venden beneficiando no sólo a la economía en general, sino también a los mismos propietarios. Al mismo tiempo todos estos cambios tenían que estar suficientemente garantizados, por lo que se exige que la subrogación real conste en documento oficial o privado donde se emplee la palabra *loco*, que no sólo indica la intención de subrogar, sino también la relación o vínculo que existía entre el antiguo y el nuevo bien. Como veremos más adelante, la doctrina europea del principio del siglo xx no hizo más que usar los mismos argumentos dados por la doctrina y la jurisprudencia del Derecho común.

Tratándose de subrogación real, dice DE LUCAS, es incongruente

(96) Juan BELLONO, cons. 1, visis scripturis, núm. 8, ver quinimo; v. Domenico TUSCHI, *ob. cit.* y cons. 757.

detenerse en los principios generales o axiomas, debiéndose considerar la subrogación deduciéndola de la práctica contraria o de las observancias como intérprete, pues a aquel que en lugar de la cosa prestaba su equivalente o en lugar de lo principal daba lo subrogado, no se le podía impedir hacerlo, siempre con la correspondiente cautela y garantía. La práctica cotidiana así lo establecía en materia de fideicomisos, feudos y censos, en cuyo caso si se le asigna una propiedad y luego se descubre que es incapaz, no se puede aplicar aquel rigor que creyeron algunos antiguos y rescindir el contrato, sino que, por el contrario, se admite la subrogación real de otra propiedad.

En caso de hipoteca, y por medio de la subrogación real, ésta podía extenderse a otro objeto equivalente, no pudiendo el acreedor impedir al deudor vender la garantía, aunque fuese pretoria, judicial y, menos aún, convencional, siempre que el acreedor pudiera ejercer su derecho sobre una indemnización y así fue resuelto por la Congregación (disc. 53).

Para ver si se da o no la subrogación real, hay que considerar la cualidad del hecho de que se trate. Cuando un legado se enajena voluntariamente o por necesidad y su precio se convierte en otra cosa, estamos, dice DE LUCAS, ante una cuestión que no tiene regla cierta y se tendrá que considerar como norma indicativa la voluntad de disposición, según estableció el Tribunal de la Rota (97).

Como dice DE LUCA, el empleo de la subrogación real era muy frecuente en la Curia y en la Congregación de Montes y Barones, por medio de la inversión que se hacía del precio residual de los bienes fideicomisarios vendidos con autorización de la Bula de Barones o por Carta Pontificia y la inversión del precio en montes u otros bienes estables era muy utilizado en España (98).

(97) Juan Bautista DE LUCA, *Theatrum veritatis et justitiae*, Nápoles, 1758, edic. Lucas Laurentius, disc. 141, núms. 4, 10, 11, tomo VIII, pág. 263.

Núm. 11: «cum ego incongruum esse dicerem, ut in magnis Civitatibus, magnisque Tribunalibus, in huiusmodi axiomatibus, ac tegulis generalibus immorandum sit; atque magis considerabile objectum esset illud, deductum a contraria praxi, seu observantia tanquam interprete; Hinc super hoc objecto principaliter immorando, dicebam, quod facilis videbatur responsio, ex defectu applicationis, ob omnimodam diversitatis rationem».

Núm. 4: «non solum, ponderandam esse divi illam dictionem loco, quae subrogationem denotat».

Núm. 10: «Id autem habemus in praxi quotidianum, circa subrogationem unius fideiussoris in locum alterius, qui nolit amplius perseverare in obligatione, sed petat eximi, vel quia diu steterit, vel ratione obligationis cameralis, aut ex Statuto, quod in Urbe viget, quoniam si datur fideiussor aequè idoneus, tunc de plano intrat officium Iudicis pro admissione subrogationis. Ac etiam praxis docet in censibus, quod si assignetur unus fundus, qui detegatur incapax, non intrat ille rigor, quem aliqui antiquiores crediderunt, ut sit locus rescissioni actus, ac repetitionis sortis, sed admititur subrogatio alterius fundi; cum similibus.»

(98) Juan Bautista DE LUCA, *ob. cit.*, disc. 141, núm. 3, pág. 262: «Magis vero

La permuta de feudos y fideicomisos en esta época fue muy frecuente e incluso se dio el caso de permutas de campamentos aplicando el Tribunal el principio de subrogación real. Según una Sentencia de 1499, durante el gobierno de Giberto Pío, se permutó el campamento de Saxolo por el campamento de Carpio, y en esta sentencia el Senador Politonio Mediolano determinó que el campamento de Saxolo subrogó al campamento de Carpio, adquiriendo por subrogación real su misma naturaleza y privilegios. También se determinó en esta sentencia, que un feudo corresponde a la llamada *universitas facti* (99).

«Sententiam hanc ratione multiplici Dn. Polytonius confirmat: *Prima*: quae ab effectu aut natura permutationis subrogationisve existit. Per quam, naturam rei ex permutatione datae, portio, quae accipitur, adsumit... Ita cum Saxoli castrum ex permutatione Gibertus Comes accepit, in eo ius visus continuare est, quod in Capri loco habebat» y esto ocurre por efecto del derecho y porque, como se decía, quien posee la cosa subrogada, se presume que posee la principal: «quod effectum iuris, per subrogationem habetur». A continuación se hace referencia a BAROLO en su glosa a la Ley Imperator (fideicomiso de residuo).

Si la subrogación real se da en la permuta de dos campamentos, con mayor razón, dice POLITONIO, se dará si se tratara de feudos: «longe facilius quae feudalís est, feudi alterius naturam induet, faciliore in his transitu admissio». El feudo pertenece a la *universitas facti*, por estar compuesto de sólo cosas materiales y por ser objeto de *rei vindictio*, al contrario de la *universitas iuris*; «feudum plane ad facti universitatem pertinere». En este caso se duda si es suficiente el acuerdo de las partes cuando una cosa singular adquiere la naturaleza y efecto de otra... ¿Depende de la voluntad de las partes o del superior?, «quatenus a potestate id partium aut superioris pendet». «Auctoritate igitur Caesarea intercedente, a controversia omnia vacua res videtur, iure illo honorabili, optimo et privilegiario feudi Carpi, feudum praedictum Saxoli esse, ita uti ipsa comprehensum permutatione est». «*Secundus*. Caesaris etiam consensu. Namque, et si fictio maxime in pactione hac interveniret, ut quam feudum naturam non habet, adsumat, atque homini permitti fictio

proxime, ac astringentur; ob receptam praxim Curiae, praesentim istarum Congregationum Montium, et Baronum in invertimentis, quae fiunt de pretio residuali bonorum fideicommissariorum, quo investiendum est; vel ex Bulla Baronum, vel ex Pontificiis litteris, vel chirographi, in bona stabilia.»

(99) Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 973, pág. 429, quinta parte, núms. 2, 5, 6, 7, 8, 9 y 10.

«Illust. D. Gibertus Pius, partem suam Carpi et Soleriae, iuraque omnia ad eum in locis ipsis pertinentia cum Castro Saxoli et locorum continentium Illustrissimi et Excelentissimi Ducis Ferrariae sub pactione, in verba haec inter alia permutavit.»

non soleat. Attamen ad ius id Caesarem pertineret, ne ex fictione deterius vasallorum et permutatum fiat.» Que la permuta de estos dos campamentos fue hecha con el consentimiento del Emperador, es decir, no es suficiente el pacto de las partes para que una cosa asuma, adquiera la naturaleza de otra, pues de la ficción de los hombres puede venir perjuicios, por tanto, este derecho corresponde al Emperador.

«*Tertio respondeur.* Fictionem hic non versari, quae contraria veritati evidenter est... Ita effectus unius alli applicatur, in qua re fictio nulla quod subrogandi ius non modo prohibitum non est, ser expressim permissum.»

En otra sentencia dada por la Colonia de los Alóbroges en el año 1697, también en materia de feudos, se plantearon dos cuestiones: 1.^a ¿Es posible que un feudo compatible entre varios hermanos, que solía llamarse de Derecho Lombardo, fuera cambiado en derecho de primogenitura por el feudatario, con el consentimiento del Príncipe y se convirtiera en feudo indivisible y único, en perjuicio de los otros hijos? 2.^a El nuevo feudo permutado por otro antiguo y subrogado en su lugar, ¿puede llamarse nuevo o debe llamarse antiguo? ¿Qué ocurre si el valor del feudo nuevo excede en mucho al valor del antiguo? ¿Puede ese excedente llamarse feudo nuevo? (100).

No cabe duda, se dice en esta sentencia, que el nuevo feudo de Guiglia, junto a las fronteras del antiguo feudo de Semesio, como permutado con él y subrogado en su lugar, puede llamarse antiguo según el axioma general *subrogatum sapit naturam...*, «quo vero ad secundum punctum, non dubitatur, feudum novum Guigliae ad limites antiqui feudi Semessi, tamquam cum eo permutatum, ejusque loco subrogatum dici antiquum, ut ultra generale axioma, quod subrogatum sapit..., in punctum unius feudi loco alterius subrogati».

Respecto a la parte que excedía un feudo de otro, el Tribunal determinó que no formaba un feudo nuevo, porque uno y el mismo cuerpo o sustancia del feudo no podía tener al mismo tiempo diversa naturaleza, aunque esto sí podría darse en las cualidades extrínsecas añadidas de nuevo, por lo que el suplemento pagado en dinero por el Marqués Francisco, padre común de los contendientes, debía llamarse alodial para todos los hijos y repartirse entre ellos: «non videri esse posse feudum novum, quia unum et idem corpus, seu substantia feudi non videtur, quod possit eodem tempore habere diversam naturam, licet hoc bene dari possit circa qualitates extrínsecas de novo additas, ut supre; Est bene verum, quod istud additamentum factum de pecunia Marchio-

(100) S. R. E. Juan Bautista DE LUCA, *ob. cit.*, tomo I, disc. 9, Coloniae Allobrogum, sumptibus, J. A. Cramer y P. Perachon.

nis Francisci communis Patris contententium, dicendum venit allodiale, omnibus filiis, tanquam pecunia, seu res allodialis communicandum».

Sin embargo, la subrogación real fue rechazada en otra ocasión en una Sentencia de la Cámara Apostólica, por no existir entre el objeto de la contienda y los campamentos constituidos en feudo, un vínculo de relación. Los campamentos de Gallesi y Crochiani, que Juan XXIII concedió en feudo a Francisco Ursino, para sí y su descendencia a perpetuidad, con la obligación de pagar una renta y el juramento de fidelidad, tras varias vicisitudes en las que intervinieron los pontífices Paulo II y Adriano VI, se resolvió que el rédito dinerario concedido a un descendiente de Francisco Ursino, era alodial y hereditario y que al no estar vinculado con los campamentos, era de libre disposición (101).

El Cardenal DE LUCA, que intervino en esta sentencia, no estuvo de acuerdo con la decisión, porque decía que los campamentos en cuyo lugar había sido dado el rédito, habían sido concedidos en feudo y en virtud de un pacto en favor de todos los hijos y descendientes de Francisco Ursino, y que, por tanto, este rédito debía considerarse de la misma naturaleza y subrogado por ley, en lugar de los dichos campamentos según la máxima *subrogatum sapit...*; que los bienes subrogados en lugar del feudo por el príncipe que los dio, tienen la misma naturaleza; que aunque el precio del feudo no sea feudal, ni se regule por el derecho del feudo, si la enajenación del feudo se hace por mandato del juez y en su lugar se considera el precio, se dice feudal como ocurre en la práctica con los campamentos vendidos por la Congregación de Barones y en virtud de la Bula de Barones, en cuya virtud el precio sustituye a los campamentos.

Pero las sentencias más frecuentes fueron las que establecían la subrogación real en materia de fideicomisos, permitiendo, a través de ella, que los bienes sujetos al fideicomiso fueran vendidos o permutados e incluso, que con el precio recibido, se compraran otros que vendría a ser por subrogación fideicomisarios como los antiguos. En efecto, se resolvió en una sentencia que los lugares de Montes comprados con dinero procedente de la venta de un fideicomiso, subrogaran la cosa vendida y con los mismos vínculos con los que la misma cosa estaba unida. Un tal Gaspar Alvero, que poseía un castillo ruinoso jurisdiccional, llamado Castel Romano, sujeto al fideicomiso de sus antepasados, con prohibición absoluta de venderlo o hipotecarlo, lo vendió, con el beneplácito apostólico, al Cardenal Sacheto en 60.000 escudos, de los

(101) Cardenal DE LUCA, *ob. cit.*, tomo I, disc. 42, Romana anni redditus, pro Maria Francisca y Constancia Felice de Ursino, cum Vicentinis et Brandanis; caso resuelto por la Cámara Apostólica contra los actores.

cuales una parte la utilizó en el pago de deudas y con 20.000 compró lugares de Montes. Por su parte, el Cardenal, por un rescripto del Papa Urbano VIII, liberó el castillo de cualquier hipoteca, carga o vínculo, de forma que el precio pagado permaneciera siempre subrogado en lugar del castillo. Más tarde, Gaspar Alvero vendió los lugares de Montes a Lana y otros, los cuales se querellaron por la persecución de que fueron objeto de los acreedores del castillo, en virtud de la cláusula sobre la obligación de aceptar las cargas del castillo.

La sentencia resolvió que los lugares de Montes fueron todos subrogados por medio del rescripto en lugar del castillo, de donde estos lugares subyacen a todas las cargas, vínculos e hipotecas que competían al castillo, como si ellos fueran sus poseedores (102).

En otro caso semejante, venta de un castillo por orden de la Congregación de Barones, resolvió el Tribunal de la Rota que el precio subrogaba al castillo (103); y lo mismo en otra Sentencia de 29 de noviembre de 1610: «res empta ex pretio fideicommisso rei subiectae, venditae et eius loco subrogata subiacet fideicommisso» (104), y en caso de permuta resolvió a favor de la subrogación real el Senado de Mantua (105). Y, por último, en una sentencia arbitral se resolvió: «obstare videtur si dicatur bona ista Tusculani fuisse empta per Seium ex pretio bonorum fideicommissi, ob in quod videantur subrogata in locum bonorum fideicommissi... pretio reducto ex distractione bonorum dicti fundi Tusculani, pro parte, et aliorum bonorum fideicommissi subiectorum, ut proponitur, au dicta bona Tusculani reciderint in causam fideicommissi» (106).

En el día 14 de diciembre de 1665 se resolvió y discutió si la cualidad enfiteútica con pacto de devolución y con prohibición de vender, pasa a los lugares de Montes adquiridos con el precio de la cosa enfiteútica, vendida en virtud de una Bula de derecho congruo, permaneciendo en su valor la transacción, y el paso de todos los vínculos de la cosa enfiteútica a los lugares de Montes o, por el contrario, se traslada al precio. El caso era el siguiente: los administradores del Hospital de los ingleses, en el año 1530, concedieron a Antonio, hasta su tercera

(102) Cardenal DE LUCA, *ob. cit.*, tomo II, de regalibus, disc. 37, Romana Locorum Montium de Alveris, pro ABB. Abelo Lana et consortibus, con los acreedores de Gaspar Alvero; caso resuelto en favor de los acreedores, por A. C.

(103) Cardenal DE LUCA, *ob. cit.*, tomo II, disc. 30, sobre lugares de Montes, página 63.

(104) R. R. C. A. ROTA ROMANAE, Decisiones Coram Cavalerio ab anno 1607, ad annum 1623. Venecia, 1629, núm. 4.

(105) S. N. S. Sacri Mantuani Senatus. Decisiones a senda collectae. Placentia, 1598. Dec. 208, núms. 3 y 12, en caso de permuta.

(106) Aymon CRAVETTA, *ob. cit.*, cons. 202 y cons. 295, núm. 4, pág. 217. Socino, cons. 36, lib. 3.

generación, una casa semiderruida por los Borbones, con la carga de pagar un canon de 10 escudos... con prohibición de enajenar y que, una vez terminada la concesión, se le devolviera la casa de pleno derecho. En el año 1572, Antonio vendió, con el consentimiento del dueño, a Pedro y a los hijos de éste y más tarde se le compró la casa por derecho de retracto y el precio de la casa se invirtió en 13 lugares de Montes, diciéndose en el título de adquisición que los montes subrogan a la casa y están afectos al Hospital inglés...

El Tribunal sentenció que, aunque el contrato en un principio era enfitéutico, había dejado de serlo por cesación de la cosa y traslado a lugares de Montes con los que el contrato enfitéutico no compaginaba; es decir, que por incompatibilidad, este derecho se extinguió por ser contrario a su naturaleza, en este caso concreto, su traslado sobre lugares de Montes. Admite no obstante el Tribunal la subrogación real por reemplazo en lugares de Montes, pero especifica que por la diversidad de naturaleza, esta subrogación real es impropia y no propia y verdadera (107).

También el Tribunal de la Rota aplicó la subrogación real, considerando la cualidad del hecho de que se trataba, en el caso de un legado que fue enajenado, tanto por necesidad como por libre voluntad; y con el precio recibido se compró otros bienes. Estamos, dice DE LUCA, ante una cuestión que no tiene regla cierta y, por tanto, se tendrá que considerar como norma indicativa la voluntad de disposición (108).

Pero veamos ahora una sentencia que al mismo tiempo constituirá un estudio de la aplicación de la subrogación real en la llamada *universitas facti*, concretamente en el caso de un derecho de hipoteca o prenda sobre las mercancías de una tienda y los correspondientes cambios de unas mercancías por otras en el desarrollo normal del negocio. Por razones de equidad, comercio, y por ser ésta una *universitas*, aplicó el Tribunal la subrogación real. Se trata de si unas mercancías introducidas de nuevo en una tienda, suceden o no a las antiguas y si están sometidas estas nuevas mercancías a las hipotecas que gravaban a las antiguas. El caso era el siguiente: Gregorio Fulto, dueño de una tienda o almacén, quiebra y sus acreedores venden la tienda con todas las mercancías a Baldafero Biello. Al fracasar éste, y a instancia de los acreedores, fue vendida la tienda a Domingo Frataquio, que se unió en el negocio y formó sociedad con el citado Baldafero y tres socios más. Disuelta al poco tiempo esta sociedad, con la intervención del árbitro,

(107) Cardenal DE LUCA, *ob. cit.*, tomo IV, Disc. 36, Romana resolutionis seu locorum Montium pro Collegio Anglicano, cum Joanne Paulo Veneroso.

(108) Cardenal DE LUCA, *ob. cit.*, tomo XI, de legatis, Summa 65 y Disc. 48; Romana legati de Carassis, pro Principe Belverii, Responsum pro veritate.

la tienda quedó de la exclusiva propiedad de Domingo, con la obligación de restituir su parte proporcional sobre todo a Baldafaro, a instancia de sus acreedores.

DE LUCA, que defendió en esta sentencia a Domingo, alegó que la subrogación real no podía verificarse en un tercer poseedor con título particular traslativo de dominio, por la razón principalísima de la imposibilidad de probar la identidad de las mercancías; que Domingo como tercer poseedor a título singular, y como dueño, cuando va vendiendo las mercancías poco a poco y día a día, recibiendo su precio, mezcla éste con su peculio particular y lo confunde y que cuando compra nuevas mercancías, se dice que compra con dinero propio, confundido con el restante patrimonio. Lo mismo sucede, dice DE LUCA, cuando el dinero pagado a un segundo de buena fe éste lo mezcla con el dinero propio de su patrimonio. La subrogación real se deniega en este caso, si bien reconoce DE LUCA, que no se explica el motivo con mucha claridad.

La universalidad, sigue diciendo DE LUCA, al llegar a Domingo se había desvanecido como un riachuelo cuando llega al río o éste cuando llega al mar, siendo imposible verificar la identidad a los efectos de la subrogación real y saber con qué dinero se habían comprado las mercancías que existían en el almacén.

Como podemos observar, la subrogación real estaba libre de las trabas que suponían las máximas de BARTOLO, e incluso éste, como hemos señalado, la aplicaba fuera de la *universitas*. Pero precisamente por esta aplicación de la subrogación real en los casos concretos, fue llamando la atención cada vez más a estos autores la importancia que para este principio tenía, la prueba e incluso dependía de ella, su aplicación o no; prueba de la procedencia de unos bienes de otros, procedencia posible en la mayoría de los casos, porque era un requisito el hacer mención en los contratos, no sólo del deseo de subrogar mediante la palabra «loco», sino también expresando muchas veces en las escrituras que tal o cual bien está vinculado, procede o está comprado con el precio recibido de tal otro. Para el Cardenal DE LUCA, la prueba de la procedencia de un bien de otros es imprescindible para que se pueda establecer la subrogación real, incluso en el caso de una *universitas facti*, como es el caso de la tienda con sus mercancías, visto en esta sentencia, y en el caso del usufructo del rebaño; la *universitas* no es suficiente para que la subrogación se aplique en ella, si al mismo tiempo no se puede establecer que unas mercancías han sido compradas con el dinero o precio recibido por la venta de las antiguas (109).

(109) Cardenal DE LUCA, *ob. cit.*, tomo VIII, Taberne, Disc. 35, págs. 69 y

Pero a pesar de la opinión mantenida por DE LUCA de no ser suficiente la consideración de *universitas* para aplicar la subrogación real, el Tribunal decidió lo contrario, porque como él mismo nos dice, en estos casos de universidades, el derecho se apoya, no en las mercancías materiales, sino en el derecho inmaterial e intelectual y en el valor en abstracto de esta *universita*.

Visto ya el resultado de esta sentencia aplicando la subrogación real más que nada por la consideración *per universitas* de la tienda, vamos a referirnos a continuación a una interesantísima sentencia en la que se debatieron algunos problemas; si el crédito dotal de la mujer por la dote entregada al marido es privilegiado como el crédito fiscal; si el derecho de hipoteca de la mujer sobre los antiguos bienes dotales se traslada con igual rango sobre los bienes que por venta o compra sobroga a los antiguos; si el crédito dotal es preferente, incluso respecto de otra hipoteca anterior expresa. Por considerarlo sumamente interesante traduciré el comentario a esta sentencia, hecho por el Cardenal DE LUCA.

«Preparada una subasta en el Foro Capitolino sobre los bienes de Pedro Fabro, marido de Lucrecia Tronta, éste declaró que retenía los bienes subastados en lugar de la dote, la cual había vendido por mandato del Juez y porque así lo exigía la finalidad de éstos. Concurrió también a la subasta Luis Guagona, anterior acreedor hipotecario y, después de muchas sentencias y decretos de aquí y de allá, ante uno de los colaterales y ante el Senador y Capitán de Apelaciones, en cierto juicio de restitución integral, según el inextricable laberinto de aquel Foro y ciertamente no recomendable estilo digno de reforma, fue designado un Prelado como consultor del Senador, pues eran muchas las controversias sobre este punto, consistentes más sobre el hecho por el gran embrollo de muchos contratos y personas.»

La esposa del deudor, acreedora a causa de la dote, aunque su hipoteca era de tiempo posterior, alegaba la prioridad de su crédito basándose en que los bienes subastados procedían de sus antiguos bienes dotales y que la prioridad que tenía sobre sus antiguos bienes vindica el mismo lugar sobre el precio. Por su parte, los defensores del acreedor anterior insistían en la negación, porque no se trataba ya de los bienes en los que procedía la conclusión, sino de su precio, sobre el que no podía decirse lo mismo, según la regla que dice que en las cosas particulares el precio no sucede a la cosa, de donde se deduce que la prio-

siguientes. Romana Salviani seu dundaci, pro Domenico Fratacchio, cum Baptista Ricciant, casus disputatus coram A. C.

Disc. 10, núm. 25, Bononiam Discussionis pro universitate creditorum; tomo VII, Summa sive Compendium, núm. 269, y tomo IV, Disc. 54, núm. 13.

ridad que compete a un acreedor sobre la misma cosa no vindica el mismo lugar en el precio; que la dote no está generalmente privilegiada por derecho, sino sólo en los casos expresos, pues en los casos restantes se usa del Derecho común... lo mismo que ocurre en relación al fisco, comúnmente no privilegiado, a no ser en los casos expresos.

Admite DE LUCA, escribiendo a favor de Lucrecia y teniendo en cuenta las muchas opiniones aportadas por los defensores de la parte contraria, que la preferencia del crédito dotal se debe sobre todo a la subrogación real producida en los bienes dotaes vendidos con autorización del Juez. En favor de la esposa del deudor se alegrará en todo momento el argumento de la subrogación real. Dice así DE LUCA: «Parece más común y verdadera la opinión de que la dote en esto no es particularmente privilegiada, siempre que no se trate de la subrogación del precio u otra cosa por la misma cosa dotal vendida, según la disposición o la razón... o cuando no entran los términos de aquella subrogación subsidiaria que se concede contra el que apoya la causa lucrativa, según se deduce de... porque entonces no hay privilegio, sino más bien una disposición general de derecho...» Y sigue diciendo: «yo, considerando la verdad, tenía grave dificultad incluso acerca de dicho punto del derecho de prioridad de la dote en los bienes adquiridos posteriormente en contra de los anteriores acreedores que tenían hipoteca expresa, a pesar de la opinión de... que concuerda con... y que mantuvo también el Tribunal de la Rota de que el privilegio del fisco se equipara al de la dote, e incluso en algunas cosas, es privilegiado más que el fisco; sin embargo, por otros muchos, mejores y demasiado sólidos fundamentos, y porque en la jurisprudencia parece admitirse la opinión contraria de que, por causa del comercio, los acreedores anteriores que tengan una hipoteca expresa deben preferirse en los bienes adquiridos antes o después, siendo que en verdad la primera opinión no tiene fundamento probable, como bien prueban los alegados... basándose sobre todo en razones de equidad y comercio, por lo que reivindicar su lugar en contra de los acreedores que tienen hipoteca legal o tácita, mas no la anterior expresa, aunque en las Escuelas y Academias, principalmente por la autoridad de los *Repetentium* que proceden con frecuencia según el rigor de la letra del texto, parece que debe mantenerse la contraria».

«Si fuese suficiente—dice DE LUCA—la sola razón de equiparación, debería concederse el mismo privilegio a la Iglesia, a las causas pías y a otras semejantes, a las que se concede en derecho la misma igualdad y también sería superfluo aquel especial privilegio tan cacareado en derecho concedido a la dote...»

«Mas yo consideraba—termina diciendo—, tanto con ocasión de esta

causa como de otras, siempre incidentalmente o ante tribunales inferiores, y prescindiendo de que todavía tuve ocasión de discutir este asunto formalmente y de ex profeso en la Rota, que dicha equiparación entre el privilegio del fisco y la dote; parecía que debía ser admitida siempre que existiese la misma razón de la presunción legal no invalidada por pruebas en contrario, porque cuando un hombre obtuvo la dote en dinero o en bienes consumibles, reducidos a dinero, y después adquirió de nuevo otros bienes, puesto que no consta diversa causa de adquisición, parece que debe admitirse la presunción, de modo que ésta se siga del dinero dado en dote o del precio de los bienes dotales distintos; de donde admitimos en favor de la dote la subsidiaria subrogación de la cosa en lugar del precio... y el regreso privilegiativo a estos bienes como propios, más por derecho de dominio que por derecho de hipoteca, como se advierte también en el disc. 166.»

«Parece probable también—sigue diciendo el autor—que este mismo privilegio se extienda a aquellos bienes adquiridos después, cuya causa de adquisición es el mismo matrimonio y consecuentemente la dote que se da por razón de éste, concretamente en aquellos bienes que dona el esposo en atención a este concreto y determinado matrimonio, sus padres o parientes.»

«Por tanto, de lo dicho debe entenderse que el dinero con el que se hace la nueva adquisición afecta al mismo acreedor y, por tanto, en nada se enriquece; mientras la cosa que de nuevo se adquiere parece subrogada de tal modo en vez del dinero o de otros bienes con los que se ha hecho la nueva adquisición. Pero cualquiera que no haya visto este texto... podrá afirmar de pleno derecho que en las cosas particulares no se da la subrogación de la cosa por el precio y, consiguientemente, que aunque este dinero con el que se hace la adquisición afecte al acreedor, sin embargo, no tiene lugar la razón de los bienes subrogados y así la cosa permanece exenta de la primera hipoteca, disuelta por la disolución seguida de su precio ni cae bajo la hipoteca existente sobre el dinero con el que fue adquirida de nuevo, por la dicha razón de la prohibición de subrogar la cosa por el precio» (110).

Es curioso observar cómo para la aplicación de la subrogación real en la hipoteca legal no se ha hecho mención en ningún momento de la clase de bienes sobre los que recaía, pareciendo que, refiriéndose a la hipoteca, lo mismo se habla de bienes muebles que de inmuebles. Según esta sentencia, el derecho de hipoteca se extiende por subrogación real

(110) Cardenal DE LUCA, *ob. cit.*, tomo VI, Disc. 83, *Romana Pecuniariae seu concursus, pro Lucretia Tronta, cum Ludovici Gazona, casus disputatus coram Praelato Consultore Senatoris*.

a otros bienes, trasladándose a estos nuevos bienes el mismo privilegio del que gozaban los bienes antiguos; como veremos en el estudio de la subrogación real a lo largo del final de los siglos XIX y XX, tendrán que pasar muchos años para que, tanto la jurisprudencia como la doctrina europea, admitieran la subrogación real con la amplitud y espíritu realista que caracteriza a la jurisprudencia de los siglos XIV al XVII. Por un fenómeno sumamente curioso y, para nosotros, incluso incomprensible, la subrogación real que en estos años había alcanzado el grado de madurez que acabamos de ver, cayó en el más absoluto olvido por la doctrina y por parte de la jurisprudencia. Esta la aplicó, aunque inconscientemente, en materia de bienes propios del marido o la mujer principalmente. En el resurgir de la subrogación real, tras este larguísimo letargo, veremos a la doctrina, sobre todo francesa, hacer uso de los mismos argumentos ya establecidos, primero, por el Derecho Romano clásico y después por la doctrina y jurisprudencia del Derecho común; lo mismo que veremos como, con un desconocimiento grande del desarrollo del principio general de subrogación real y de su teoría, rechazan y atacan como falsas las tres máximas de BARTOLO, como si la subrogación real fuera única y exclusivamente lo que se desprende de la letra de las reglas bartolianas.

Pero, volviendo a nuestro tema, diremos que cuando DE LUCA estudia el principio de la subrogación real, se nos ofrece complicado con una serie de divisiones y subdivisiones de la subrogación real, que más que aclarar, oscurecen y dificultan su entendimiento. Trataremos a continuación de resumir su construcción doctrinal.

Existen, dice el autor, tres clases de subrogación real: 1.^a Subrogación de cosa por cosa; 2.^a Subrogación de cosa por precio, y 3.^a Subrogación de precio por cosa. Dentro de la primera clase, distingue DE LUCA tres subclases: a) Subrogación inmediata y contemporánea, ejemplo permuta. b) Subrogación inmediata pero consecutiva, ejemplo rebaño-fetos, y c) Subrogación mediata, ejemplo mercancías. En el caso de permuta, la subrogación se da indefinidamente, lo mismo en las cosas universales que en las particulares. Dentro de la inmediata, pero consecutiva, distingue según se trate de *universitas* o de cosa particular; si el rebaño se considera como instrumento de conservación de una finca, la subrogación es necesaria y legal, entendiéndose la voluntad de subrogar como por un derecho universal.

Dentro de la subrogación de la cosa por el precio, distingue entre subrogación mediata e inmediata. La primera se da, p. ej., cuando los bienes que pertenecen a alguien son vendidos por otro y con su precio éste adquiere más tarde otros; y la segunda, cuando se compra una cosa

con dinero de uno mismo. A su vez estas dos subdivisiones se dividen en otras dos, según se trate de *universitas* o de cosas particulares que, vista ya la diferencia de actuación de la subrogación real en las preguntas anteriores, consideramos que no viene al caso detallar.

Por último, y dentro de la tercera clase, si se trata de universalidades la subrogación se da, siendo denegada en caso contrario, salvo algunas excepciones, p. ej.: cuando exista acuerdo expreso o tácito de las partes; cuando así lo requiera la misma naturaleza de las cosas, o cuando lo autorice el príncipe, pontífice u otro superior; en los bienes privilegiados bajo administración, bienes del pupilo, menores, locos, Iglesia y otros lugares piadosos o mujer casada bajo la administración del marido; en herencia fideicomisaria aceptada a beneficio de inventario y otros casos semejantes.

Como hemos podido apreciar, el principio de subrogación real alcanzó en esta época su madurez. Sólo queda en los años posteriores el ir aplicándola en los nuevos casos que se fueron presentando en el transcurso del tiempo. Así, p. ej., su aplicación en los casos de extensión de la hipoteca a las indemnizaciones debidas por la destrucción de los inmuebles asegurados; en caso de revocación de donaciones; en caso de concentraciones parcelarias; planes urbanísticos; etc..

A continuación vamos a referirnos a la aplicación y establecimiento de la subrogación real en los textos españoles anteriores a la codificación.

G) *El principio general de la subrogación real establecido en los textos legales españoles antes de la codificación*

El principio general de subrogación real se estableció en diferentes textos legales españoles, que la aplican sobre todo dentro del derecho de familia en los bienes propios del marido o de la mujer, y no sólo en el caso de empleo de dinero propio o venta de bienes propios de uno u otro cónyuge, sino en el caso de reemplazo siempre que se demostrara suficientemente que los bienes fueron comprados con el mismo dinero recibido de la venta anterior.

El primer texto legal que lo estableció en caso de empleo o reemplazo de bienes propios fue el Fuero Viejo de Castilla (lib. 5.1. n.º 7) que dice así: «si el marido vende algún eredamiento, que es de sua mujer, si el mesmo conoce ante testigos rogados, que deste auer que ouo desta mesma eredat, que vendio de sua mujer, compro otro eredamiento, o otras cosas algunas; así como esto que vendio era suo della. E eso mesmo es, si vende el mesmo de lo suo; e compra alguna cosa, si se podier probar, que de suo vendio, e que daquel mesmo auer compro para sí; mas non

por conoscenza de la mujer, que faga, saluo si lo conocier en suo testamento, yaciendo enfermo».

También en las Partidas se recogió la subrogación real textualmente en la acción de petición de herencia, en la venta de bienes propios de la mujer por el marido, y en la venta de bienes raíces de los huérfanos con autorización del juez. En la petición de herencia, en la Partida VI (14.5) se dice que «... deuela entregar a aquel que la vendio, con todas las otras cosas que *ouo por razón della*», haciendo GREGORIO LÓPEZ al comentarla uso de las tres máximas de BARTOLO muy conocidas en España. Ya el cardenal DE LUCA nos dice el uso frecuente con que se aplica la subrogación real en el caso de venta de bienes fideicomisarios con empleo del precio en lugares de montes u otros bienes estables y ANDRÉS TIRAQUELLO se refiere a la Ley española que la aplicaba en los bienes propios (Fuero Real 3, 4.11) cuando escribe: «dum scribit, apud Hispanos legem esse in foro legum, quod fundus emptus ex pecunia redacta ex venditione alterius fundi, al alterum coniungum spectantis, non sit eorem communis, tanquam acquisitus, sed manet eo is proprius, cuius is prior fundus erat. Et idem denique expressim ante illos voluit Bald, quem nullus eorum citat» (111).

«De dineros agenos—(Partida 5, 5.49)—que tienen los omes a la vegadas compran para si heredamientos, u otras cosas que han menester: e porque dubdarian algunos, si aquella cosa que es assi comprada, es de aquel que la compro, o del otro cuyos eran los dineros; queremoslo aquí dezir, e departir. E dezimos, que deue ser de aquel que fizo la compra en su nombre... o si fuesen los dineros de la dote de alguna mujer, e su marido con voluntad della fiziesse la compra. Ca en tales casos, maguer el comprador compre la cosa en su nome, gana el señoría della, aquel cuyos eran los dineros que fueron pagados por el precio della...». Es decir, tratándose de bienes dotales o propios de la mujer, la voluntad de las partes o el haber hecho el marido la compra en su nombre, no impide que los bienes comprados con dinero dotal o precio dotal, sea también dotal, salvo prueba en contrario, prueba que según hemos visto en el Fuero Viejo de Castilla, puede hacerse ante testigos rogados.

Los bienes raíces del huérfano, dice la Partida 6.16.18, pueden venderse en caso de necesidad y con autorización del Juez, y el (precio de ellos deuelos meter en pro del huerfano». En la *restitutio in integrum*, Partida 6, 19.1. y Partida, 7.2.4, se debe devolver la herencia en el estado en que estaba antes, y si ello no fuera posible, dice GREGORIO LÓPEZ, jugará la subrogación real lo mismo que en la petición de herencia.

(111) Andrés TIRAQUELLO, *ob. cit.*, pág. 226, núms. 10 y ss.

El Fuero Real, texto a que hace alusión ANDRÉS TIRAQUELLO, dice (F. R. 11.4. lib. 3) que «si estando el marido con la mujer cambiaron heredad, que sea del uno dellos: los otros esquilmos de aquella heredad que fue cambiada, hayanlos por medio: e la heredad sea de aquel cuya era la otra, porque fue hechò el cambio. Otrosi, si estando en uno vendieren heredad, que sea del uno dellos, y del precio de la heredad compraren otra, los esquilmos della sean de amos comunalmente, e la heredad sea de aquel de cuyos heredad fue hecha la compra». En caso de revocación de donaciones por incumplimiento de cargas establece también el Fuero Real (3.12.2) «que cuando alguno franquea a su siervo si le pone algún servicio, o alguna cosa que le haya de hacer, si el franqueado no lo ficiere, aquel que le franqueo puedale demandar, todo quanto le dio; e si le dio dinero, e de aquellos dineros comprare heredad, o alguna otra cosa pueda demandar la heredad o otra cosa cualquiera que sea comprada de aquellos dineros».

La misma línea respecto a los bienes propios de los cónyuges y sobre los bienes dotales siguen las Ordenanzas Reales de Castilla (5-4-2) y las Leyes de Toro (ley 14), al considerar como bienes propios de la mujer o del marido y dentro de esta consideración «como los bienes multiplicados durante los dichos matrimonios... que se *multiplicaron como de los otros sus bienes propios* que no oviesen sido de ganancia». Mientras que las Ordenanzas y más tarde la Novísima Recopilación (10-3-ls), dice: «ca así como la costa es comunal de ambos, lo que así ganaron sea comunal de ambos. Esto que es dicho de suso de las ganacias de los maridos, y eso mesmo sea de las mujeres». Lo obtenido a costa o por medio de los bienes propios es propio por subrogación real.

H) *El principio de subrogación real en el derecho consuetudinario francés, belga y holandés, antes de la codificación europea*

Como en los Reinos españoles en los europeos se hizo llamamiento a la subrogación real en el régimen matrimonial de bienes y en especial en el caso de permuta y reemplazo de bienes propios de uno de los cónyuges.

a) La subrogación real en la permuta

Según el artículo 143 de la Costumbre de París, «Quand aucun a échangé son propre héritage à l'encontre d'un autre héritage, ledit héritage est propre de celui qui là eu par échange.»

La misma disposición se encuentra en las Costumbres de Melun, artículo 141; Orleans, artículo 385; Cambresis, título 2, artículo 6; Ca-

lais, art. 153; Montargis, chap. 16; artículo 19; Amiens artículo 30; Vermandois, artículo 115; Senlis, artículo 321; Reims, artículo 36; Auxerre, artículo 159; Sens, artículo 38; Troyes, artículo 54; Etampes, artículo 178; Dourdan, artículo 137; Monfort, artículo 166; Nantes, artículo 84; Vitry, artículo 115; Anjou, artículo 273; Berri, título 14, artículo 14; Bourbannais, artículo 162; Maine, artículo 290; Grand-Perche, artículo 189; Marche, artículo 273; Lorraine, título 9, artículo 9; Bassigny, artículo 109; Sédan, artículo 33 ... etc.

b) La subrogación real en caso de reemplazo de bienes propios

El artículo 242 de la Costumbre de Bruselas, decide: «les biens achetés pendant la communauté ne sont subrogés aux biens aliénés précédemment, que lorsqu'il y en a une déclaration expresse dans le contrat d'aliénation dans celui d'achat lorsqu'il s'agit d'héritages propres á la femme, qu'elle accepte formellement le romploi».

En Holanda (Flandes) la subrogación real en caso de reemplazo, previa declaración de voluntad en este sentido, era el Derecho común. El artículo 32 de la Costumbre del Franc-de-Bruges, establecía que «si, dans l'achat de nouveaux conquêts, il est déclaré que le bien servira de romploi, il aura lieu jusqu'à concurrence du prix pour lequel le premier bien a été vendu».

En el capítulo 187 de la Costumbre del Señorío de Yprés «arrive-t-il qu'une personne vendit son héritage avec la déclaration expresse qu'il veut en remployer le prix en autre héritage, et que, suivant ce, il achète quelques autres héritages; en ce cas, on partagera l'héritage nouvellement acquis comme patrimoine».

El artículo 5 del título 8 de la Costumbre de Bailleul, dice: «por biens qui ont fait souche, sont réputés, entr'autres, ceux acquis par romploi de deniers procédans de la vente de pareils biens». La misma disposición en el artículo 302 de la Costumbre de Cassel: «le romploi sortira la natura de la rente ou de l'héritage vendu, et tiendra la même côté et ligne». Lo mismo podemos decir de las Costumbres de Termonde, de Poperingue, de Audenarde, de Furnes, etc.

En Francia podemos citar las Costumbres de Bourbonnais artículo 239; Nivernais, chap. 23, artículo 31; Sens, artículos 277 y 286; Bar, artículo 83; Blois, artículo 164 y Melun, artículo 225.

c) La subrogación real en caso de venta de bienes de los menores sujetos a tutela o patria potestad

La Costumbre de París, artículo 94 decía «qu'au cas que les rentes qui appartiennent à des mineurs, soient rachetées pendant leur minorité

les deniers du rachat ou le remploi d'iceux en autres rentes ou héritages, son censés de même nature et qualité d'immuebles qu'étaient les rentes ainsi rachetées, pour retourner aux parens du côté et ligne dont lesdites rentes étaient procédées». Esta misma disposición se encuentra también en las Costumbres de Orleans y de Normandía, artículo 551 y 513, que añaden: «que le semblable aura lieu pour deniers procédans de la vente d'héritages des mineurs ou de rachat des héritages qui leur ont été retirés».

Este principio fue establecido también, aunque ya no limitado a los menores, sino a todos los incapacitados para vender, en las Costumbres de Hainaut y de Valenciennes. En la primera, chap. 122, artículo 18, se dice: «Tous deniers de rachat d'héritages ou rentes, nantis en main de justice, à cause que l'héritier (sinónimo de propietario) necessait puissant de les recevoir, devront être remployés pour tenir la même nature et condition de l'héritage ou rente rachetée; et n'étant remployés, devront être réputé pour héritage tenant la même nature et essence.»

Lo dicho nos demuestra de una manera palpable la acogida que tuvo el principio de la subrogación real en las diferentes leyes y costumbres en los reinos italianos, franceses, belgas, holandeses y españoles, lo que dio lugar a numerosas sentencias que mantuvieron siempre candente el problema tan nuevo de la subrogación real (112).

IV. LA SUBROGACION REAL EN EL DERECHO CODIFICADO

Ya hemos visto el desarrollo que el principio de subrogación real alcanzó, tanto en la teoría como en la práctica, en el Derecho común y como más tarde fue recogido en las leyes y costumbres de cada país, en materia de bienes propios de la comunidad y bienes dotales, además de en casos de enajenación de los bienes de los menores sujetos a tutela y venta de bienes sujetos a fideicomiso.

Pues bien, los Códigos italiano (1865-1866), francés (1804), alemán (1891-1900 y español (1889) establecieron muchas y muy importantes aplicaciones del principio de subrogación real, si bien no especificaron

(112) MERLIN, *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence de Cuyot*, v. subrogation de chose, tomo XVI, 5.ª ed., págs. 431 y ss.

RENUSSON, *Traité de la subrogation*, núms. 1, 3 y 4, *Traité des propres*, chap. 1, sect. X, París, 1780.

POTHIER, *Oeuvres complètes*, París, 1844, tomo VIII, pág. 125, y tomo XIII, página 34.

F. LAURENT, *Principes de Droit civil français*, 3.ª ed., París, 1878, tomo 23, páginas 463, 403 y ss.

ni dijeron el fenómeno que en ellos se producía, excepto el Código civil alemán que establece una teoría de la subrogación real, que puede extraerse de los artículos 11.370-1.473, 1.524-2.041, 2.111 y 2.374 BGB.

El que los Códigos francés, italiano y español no dijeran, en los diferentes casos por ellos previstos, que se trataba de la aplicación del principio de subrogación real dio lugar a que, durante muchos años, este principio viviera en un estado latente y fuera olvidado por la doctrina. Pero pronto ésta volvió a preguntarse: ¿Qué es la subrogación real? ¿Cuál su naturaleza, su fundamento y sus defectos? La mayor parte de los autores que veremos a continuación, coinciden en la necesidad de investigar y sacar a la luz algo tan olvidado como este principio. Si preguntáramos, dice FLACH, a la mayoría de los prácticos del Derecho, qué es la subrogación real, se encontrarían muy embarazados para contestar. Los mejor informados dirán que el artículo 1.407 del Código civil (bienes propios de la Comunidad) alude a él, pero una idea clara de lo que es, será muy difícil de hallar (113).

A pesar de que la tradición romanística se había roto a causa del desarrollo autóctono del Derecho estatutario italiano, de las leyes españolas y del Derecho consuetudinario francés, el estudio de la subrogación real surge en la misma línea y bajo los mismos principios ya establecidos por los tratadistas del Derecho común, aunque tenemos que decir, que la teoría que nosotros hemos extraído de la doctrina y jurisprudencia del derecho intermedio, es desconocida, por la doctrina francesa sobre todo. Pero, a pesar de ello, tenemos que constatar que a la doctrina francesa le corresponde en gran medida el estudio y conocimiento del principio y su desarrollo hasta nuestros días, doctrina en la que se han inspirado, a su vez los demás países europeos para el estudio e investigación del principio. Por su parte, los tratadistas españoles, hasta hace poco tiempo, admitieron y aplicaron la subrogación real, pero sin detenerse a considerarla (114).

La doctrina francesa suele dividir el período que va desde la codi-

(113) Jarques FLACH, *De la subrogacion réelle*, «Revue Historique de Droit français et étranger», tomo XIV, 1868, y tomo XV, 1869, pág. 449, tomo XIV.

(114) C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, Valladolid, 1926, tomo IV, págs. 295 y ss., cap. 11, 12 y 14; v. págs. 231 y 646.

José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, Madrid, 1951, tomo VI, arts. 744 a 911, y tomo IX, arts. 1.315 a 1.444, págs. 279 y ss., y 543 y ss.

León BONEL Y SÁNCHEZ, *Código Civil español*, Barcelona, 189.., tomo IV, páginas 392 y ss., 326 y ss.; tomo III, págs. 423 y ss.

Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho de Familia*, tomo IV, vols. 1.º y 2.º, Madrid, 1898.

MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, tomos 21 y 22, arts. 1.315 a 1.391; Madrid, 1904, y arts. 1.392 a 1.444, Madrid, 1905.

ficación hasta nuestros días en tres escuelas o teorías, que en cierta forma determinan el diferente concepto que sobre la subrogación real se ha tenido: teoría clásica, teoría moderna y teoría contemporánea o realista. Aun considerando lo relativo de esta clasificación, pues hay autores que por su doctrina no se pueden calificar como perteneciendo completamente a tal o cual teoría, sino que, por el contrario, representan más bien un período de transición entre la antigua y la nueva teoría, creemos que nos será de gran utilidad esta clasificación para mejor comprender la evolución histórica que el concepto de subrogación real ha sufrido a partir de la codificación.

Empecemos por estudiar el concepto de la subrogación real en la llamada teoría clásica.

A) *Teoría clásica*

El concepto que de la subrogación real podemos extraer de la llamada teoría clásica (final del siglo XIX), se diferencia muy poco del concepto de este principio en el Derecho común. Como los autores del Derecho intermedio consideran los de la doctrina clásica que la subrogación real es una ficción y por tanto de derecho estricto, y como aquéllos también, consideran que la subrogación está basada en la idea de universalidad; pero la universalidad que en el Derecho común era, por excelencia, la herencia, en la actualidad va a ser el patrimonio y más concretamente el derecho de garantía del acreedor sobre el patrimonio del deudor, artículo 1.911 Código civil español. Lo mismo que en la herencia, en el patrimonio la subrogación real tiene su fundamento en la fungibilidad absoluta de los elementos que lo componen. El patrimonio, según AUBRY y RAU, ha de ser uno e inherente a la persona; persona y patrimonio son una misma cosa; toda persona tiene un patrimonio no pudiendo separarse una cosa de otra ni tener una persona más de un patrimonio. El patrimonio así considerado es indivisible, inalienable y sobre todo no cabe sobre él más derecho que el de propiedad (115).

La teoría clásica basada, como veremos, en el antiguo Derecho co-

(115) C. AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, París, 1936, tomo IX, páginas 340 a 346 y núm. 69.

Manuel FAIRÉN, *Patrimonio y responsabilidad patrimonial*, «Rev. Der. Not.», 1962, tomo 36, págs. 243 y ss. y 264.

PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Derecho civil. Parte general*. Enneccerus, Kipp y Wolff, pág. 607.

G. MARTY y P. RAYNAUD, *Droit civil*, tomo III, vol. I, Sirey, 1971. «Patrimonio, Universalidad y Subrogación real», núms. 288 a 291.

Domenico BARBERO, *ob. cit.*, págs. 385 y ss.; el patrimonio, teoría y los patrimonios especiales.

mún fue construida por RENUSSON, LEBRUN, POTHIER, MERLIN, FADDA, LONGO, LAURENT, TROPLONG, PAULMIER y sobre todo por FLACH y AUBRY y RAU (116). Del estudio de todos ellos, podemos extraer los principios generales que caracterizan esta teoría y las opiniones de los tratadistas más destacados.

a) Definición de la subrogación real

Abundan en los autores clásicos las definiciones descriptivas de la subrogación real. Para RENUSSON «la subrogation de chose est quand une chose est subrogée à une autre, qu'elle prend sa place, et qu'elle est réputée avoir une même qualité que l'autre» (117). Para FLACH, «la subrogation réelle est une fiction juridique en vertu de laquelle une chose, nouvellement entrée dans le patrimoine d'une personne, représente à certains égards, celle qui, en place, en est sortie, la chose nouvelle revêtant une ou plusieurs des qualités de l'ancienne» (118). La subrogación real, dicen AUBRY y RAU, en el sentido más general es una ficción por la que un objeto viene a reemplazar a otro, para llegar a ser de la propiedad de la persona a la que pertenecía este último, y para revestir su naturaleza jurídica (119). PAULMIER, la define: «Une fiction de droit en vertu de laquelle une chose nouvelle vient prendre dans un patrimoine, où elle entre, la place et certaines qualités juridiques d'une autre chose qui en est sortie et qu'elle représente (120).

Estudiando estas definiciones podemos decir que la teoría clásica basada en los siguientes principios:

(116) RENUSSON, *Traité de la subrogation*, núms. 1, 3 y 4; *Traité des propres*, cap. 1, sec. X, París, 1780.

LEBRUN, *Traité des successions*, lib. 11, cap. 1, sec. 1, núms. 64 y 65, París, 1775.

POTHIER, *Ouvres complètes*, París, 1844, *ob. cit.*

MERLIN, *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence de Guyot*, Subrogation de chose. 1827-1828.

FADDA, *L'art. 1.951 del Codice civile italiano*, en «Il Diritto», Cagliari, 1882, volumen 1.º, págs. 215 y ss. y 140 y ss.

LONGO, *La surrogazione reale nel diritto civile italiano*. 1897.

F. LAURENT, *Principes de Droit civil français*, París, 1878.

M. TROPLONG, *Le Droit civil*, Bruselas, 1850.

EDGARD PAULMIER, *De la subrogation réelle en droit romain et en droit français*. Thèse, Orléans, 1882.

JARQUES FLACH, *ob. cit.*, nota 120.

AUBRY y RAU, *ob. cit.*, nota 122.

(117) RENUSSON, *ob. cit.*, cap. 1, sec. X, núm. 2, pág. 24.

(118) J. FLACH, *ob. cit.*, pág. 452.

(119) AUBRY y RAU, *ob. cit.*, tomo IX, págs. 340 y ss.

(120) E. PAULMIER, *ob. cit.*, pág. 5.

b) Naturaleza jurídica de la subrogación real

Todos los autores clásicos parecen estar de acuerdo en que la subrogación real es una ficción, excepto FADDA, que considera lógica y natural la representación de la cosa por el precio. Ficción para estos autores viene a ser una contradicción, una mentira que va en contra de la naturaleza misma de las cosas. Así lo expresa claramente MERLIN, cuando dice: «car on peut bien feindre qu'une chose est la même qu'une autre, mais on ne peut jamais réaliser cette identité» (121). Ficción y naturaleza, dice LAURENT, son incompatibles (122). Para AUBRY y RAU, la subrogación real es a la vez ficticia y real, puesto que el fundamento de esta ficción está en la fungibilidad de los objetos que componen o constituyen una misma universalidad de derecho (123). Y para LEBRUN, la única subrogación real que es ficticia es la establecida en el artículo 290 de la Costumbre de Maine y el artículo 273 de la Costumbre de Anjou, que hacen referencia a la cualidad de feudo; las otras subrogaciones están basadas en la equidad y no son ficticias (124).

c) Fundamento de la subrogación real

Para RENUSSEAU, la subrogación real está basada exclusivamente en la idea de universalidad jurídica. En la idea de equidad la fundamenta LEBRUN cuando dice que hay «quelque justice à la subrogation». La subrogación de equidad para LAURENT es un círculo cuadrado pues la equidad sola, dice, no es suficiente para formar un propio del inmueble recibido a cambio; si el inmueble es propio es en virtud de la Ley, y sólo la Ley consagra una ficción (125). La ficción como artificio técnico, dicen AUBRY y RAU, no puede tener más que un fundamento técnico, fundamento que ven en la fungibilidad que existe entre los elementos del patrimonio.

d) Clases de subrogación real

Dos grandes divisiones de la subrogación real podemos extraer de los autores clásicos. Distinguieron éstos una subrogación real general que se produce dentro de las universalidades, y una subrogación especial que se refiere sólo a las cualidades particulares de los bienes. Al lado de esta primera clasificación, la más importante, podemos señalar la

(121) MERLIN, *ob. cit.*, págs. 431 y ss.

(122) LAURENT, *ob. cit.*, tomo IX, núm. 186, págs. 232 y ss.

(123) AUBRY y RAU, *ob. cit.*, págs. 340 y ss.

(124) LEBRUN, *ob. cit.*, núms. 64 y 65, lib. 2.º

(125) LAURENT, *ob. cit.*, págs. 399 y ss., tomo XXI.

llamada subrogación real perfecta, propia de la permuta, y otra impropia o imperfecta.

La subrogación real general, dice FLACH, se da en todas las universalidades que el Derecho reconoce. En estas universalidades, unos bienes pueden ser reemplazados por otros sucesivamente, pero la universalidad permanece la misma, aunque el valor haya podido variar. En el caso típico del patrimonio, como universalidad jurídica, los bienes patrimoniales no son considerados sino como elementos constitutivos del valor total; todas sus otras cualidades se borran. He aquí, pues, la verdadera subrogación: el patrimonio permanece el mismo, los bienes nuevos subrogan a aquellos de los que han tomado su lugar en la universalidad. Lo mismo podemos decir, prosigue FLACH, de las universalidades de hecho y en el caso del derecho de prenda del acreedor sobre el patrimonio de su deudor (art. 2.092 Cc). Por el contrario, si los terceros no tienen derecho más que sobre tales bienes u objetos determinados, la subrogación real no se produce, pues su derecho no puede recaer sobre el bien colocado en lugar del que le estaba reservado (126).

La subrogación real especial que se refiere, dice FLACH sólo a las cualidades particulares de los bienes, es una ficción jurídica y como tal de derecho estricto, siendo necesaria una disposición expresa de la Ley para que otra cualidad sea transmitida. Cuando existe esta disposición, estamos en presencia de una subrogación real distinta de la anterior, a la que llamamos especial para distinguirlas.

Existe otra clasificación de la subrogación real, si bien, dice FLACH, se debe a la doctrina más que a la Ley; es la llamada subrogación perfecta, en la que se exigen ciertas condiciones que dicen darse en el cambio de un propio de la comunidad o de sucesión.

Para POTHIER, la expresión de subrogación real perfecta e imperfecta tiene otra significación. La subrogación real perfecta, dice refiriéndose a los bienes propios por subrogación, no da la cualidad de propio más que a las cosas que son susceptibles de ello; la impropia da esta cualidad a las cosas mobiliarias, tales como dinero proveniente del rescate de las rentas del menor (127).

La subrogación perfecta no transfiere la cualidad de propio más que al inmueble que nosotros tenemos inmediatamente por y en lugar de nuestro inmueble propio; la subrogación imperfecta, da esta cualidad a las cosas que el menor no tiene más que mediatamente, en lugar de la renta propia que le ha sido reembolsada. En la subrogación perfecta, dice POTHIER, la cualidad de propio tiene los mismos efectos que te-

(126) J. FLACH, *ob. cit.*, pág. 453.

(127) POTHIER, *ob. cit.*, tomo XIII, págs. 34 y ss.

nían los verdaderos propios y su misma duración. La imperfecta, por el contrario, la cualidad de propio que da el artículo 94 de la Costumbre de París, no tiene efecto más que para el único caso de este artículo, y se rechaza en los demás.

MERLIN (128) distingue entre una subrogación en los títulos universales y otra subrogación en los particulares. PAULMIER (129) compara una subrogación real especial que transmite la cualidad particular de las cosas, tales como la propiedad de bien propio o dotal, y una subrogación real general, cuya razón está en el carácter de las cosas sobre las que recae, y en que en ellas se opera la subrogación real naturalmente y del pleno derecho, a diferencia de la anterior que requiere un texto legal expreso. Toda universalidad constituye en definitiva un valor pecuniario y los elementos que la componen son considerados como cosas fungibles. No hablan AUBRY y RAU de una subrogación real general, aunque puede entenderse de su teoría del patrimonio. A pesar de que la subrogación especial es rechazada en los casos particulares, según la máxima *in iudiciis universalibus...*, opinan que ésta puede darse en estos casos y en las universalidades de hecho, cuando así lo establecen la ley o el acuerdo de los particulares. Los demás autores siguen esta línea.

e) ¿Quién puede establecer la subrogación real?

Para la mayoría de los autores clásicos, la subrogación real por ser una ficción y por consiguiente de derecho estricto, sólo podía ser establecida por la ley. La subrogación real como ficción jurídica, dice PAULMIER, no se suple por presunción ni por inducción; esta sólo se admite, cuando resulta del texto o del espíritu formal de la ley; fuera de estos casos debe negarse absolutamente. Sólo la ley puede establecerla, dice LAURENT, y no el intérprete, pues lo contrario sería admitir un límite puramente arbitrario. Para FLACH la voluntad de las partes no pueden establecer la subrogación real; éstas no tiene derecho a atribuir ficticiamente una naturaleza mobiliaria a un inmueble que entra en lugar de un mueble vendido.

Pero aunque ésta es la idea más general, de acuerdo además, con su concepción de la subrogación como ficción, va abriéndose camino entre varios autores la posibilidad de una subrogación convencional, a condición, como dice MERLIN, de que estos acuerdos estén, a su vez, autorizados por la ley. De esta opinión son AUBRY y RAU.

(128) MERLIN, *ob. cit.*, págs. 431 y 433.

(129) E. PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 77 y ss., 256 y ss.

f) Efectos de la subrogación real

El mismo desacuerdo y los mismos términos que ya vimos en el Derecho común al estudiar el significado e interpretación de la máxima *subrogatum sapit...*, se repiten entre los tratadistas de la teoría clásica. Todos ellos hacen depender los efectos de la subrogación real de la distinción hecha por DUMOULIN—que, a su vez, la sacó del Derecho común—, entre cualidades intrínsecas y extrínsecas; las primeras eran las cualidades reales, naturales y primordiales de las cosas, las otras eran las puramente accidentales y fortuitas (130).

¿Cuáles son unas u otras y cuáles las que se transmiten por subrogación real? Casi todos los autores están de acuerdo en reconocer como cualidades intrínsecas la de mueble e inmueble, y como cualidad extrínseca, la de bien propio de la comunidad o de sucesión y la de bien dotal. Sin embargo, DUMOULIN incluye también a estas últimas como cualidades intrínsecas. La cualidad extrínseca era para él la cualidad de bien feudal. DUPLESSIS (131), que no admite la subrogación real más que en las cualidades extrínsecas, considera la cualidad de feudo como intrínseca, y lo mismo LEBRUN (132) y POTHIER (133).

Para DUMOULIN la subrogación real será posible sólo en las cualidades intrínsecas; mientras que para LEBRUN y POTHIER la subrogación real no está permitida más que en las cualidades extrínsecas. Pero dejando aparte esta distinción sobre la que ni antes ni después la doctrina ha conseguido ponerse de acuerdo, los efectos de la subrogación real están íntimamente ligados a la clasificación de la subrogación real en general y especial. Los efectos de la subrogación real general, dice PAULMIER (134), es que la cosa nueva reviste la cualidad de *res universitatis*; ella no transfiere más que este carácter y no las otras cualidades de la cosa desaparecida: así ella no modifica la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria del bien que ha entrado en la universalidad. Lo mismo que en la subrogación real general, en la especial el hecho de que se transmita la cualidad particular de la cosa, tal como la cualidad de bien propio o dotal, no quiere decir que se cambie la naturaleza, atribuyéndole carácter inmobiliario a un mueble. Para AUBRY y RAU, que sólo estudian la subrogación real en la universalidad patrimonial, el efecto que produce la subrogación real es no sólo entrar en la universalidad

(130) DUMOULIN, *Sur l'art. 30 de la Coutume d'Amiens*, v. M. Henry, pág. 44, nota 1.^a

(131) DUPLESSIS, *Traité des Censives*, liv. II, tit. II, sec. 2.^a

(132) LEBRUN, *ob. cit.*, núm. 69.

(133) POTHIER, *ob. cit.*, núm. 197.

(134) E. PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 256 y ss.

en lugar de la cosa antigua, sino revestir también como elemento de esta universalidad, la misma naturaleza jurídica de esta última, según el adagio *subrogatum sapit...*

La subrogación real no opera, dice FLACH (135), como algunos han creído, la transmisión simultánea de todas las cualidades jurídicas de una cosa. La subrogación real se puede producir en dos circunstancias: en la primera, de una manera general, cuando una cosa comprendida en una universalidad es reemplazada por otra, y cuando la cualidad de *res universitatis* pasa a esta última: y en la segunda, cuando la ley ha decidido formalmente que tal carácter jurídico de un bien sea transportado a otro bien. Según LEBRUN, la subrogación real podrá producirse cuando se encuentren reunidas tres condiciones. 1.^a cuando se está en presencia de un contrato capaz de producir la subrogación real; 2.^a cuando se está en presencia de una cosa susceptible de la cualidad que se le quiere dar, y 3.^a cuando hay cierta justicia en la subrogación.

La subrogación real, dice POTHIER (136), no tiene lugar más que respecto a las cualidades extrínsecas de una cosa, tal como la cualidad de propio o de la comunidad o de sucesión. Se llaman cualidades intrínsecas las que tiene la cosa en cualquier mano por la que pasen, tales como cualidad de mueble, inmueble, heredad feudal y censal. Si se adquiere una cosa mueble en lugar de una inmueble que se ha vendido, ésta no puede adquirir, por la ficción de la subrogación real, la cualidad de inmueble. Lo mismo que si se adquiere una heredad censal en lugar de una feudal que se ha vendido anteriormente, porque la cualidad de inmueble y feudal son cualidades intrínsecas.

Como consecuencia de lo anterior, para que se dé la subrogación real, son necesarias, dice este autor, tres condiciones: 1.^a que sea una cualidad extrínseca la que pase de una cosa a otra; 2.^a que la cosa a la que se quiere hacer pasar la cualidad de la otra sea susceptible de esta cualidad, y 3.^a es necesario que la cosa a la que se quiere hacer pasar la cualidad de la otra por subrogación real, haya sido adquirida inmediatamente en lugar de esta cosa.

g) Campo de aplicación de la subrogación real

La subrogación real es una ficción, de derecho estricto y de estricta interpretación, excepto en la *universitas*, en la que la subrogación real se produce de pleno derecho. Con estas premisas no es de extrañar que el campo de aplicación de la subrogación real no fuera en esta época muy amplio. La llamada subrogación general fue aplicada por estos auto-

(135) J. FLACH, *ob. cit.*, págs. 452 y ss.

(136) POTHIER, *ob. cit.*, pág. 125, tomo VIII, regla 8.^a

res en el patrimonio y, sobre todo, en el derecho de prenda general de los acreedores sobre el patrimonio del deudor. Artículo 2.092 C. c. francés, artículo 1.911 C. c. español y artículos 1.948 y 1.949 C. c. italiano; en el derecho del ausente vuelto después de la declaración de fallecimiento, artículo 132 C. c. francés, artículo 197 C. c. español y artículo 39 C. c. italiano; en el derecho de retorno del ascendiente donador a la muerte del donatario sin descendencia, artículo 747 C. c. francés, artículo 812 C. c. español; en la separación de patrimonios, sustituciones fideicomirasis y petición de herencia. Pero el hecho de que se estudiara el principio en estas materias no quiere decir que todos la admitieran en estos casos concretos, sobre todo en lo que respecta al derecho de retorno de las donaciones al ascendiente donador (artículo 812 C. c. español y 747 C. c. francés).

En cuanto a la subrogación real especial, su campo de aplicación fue en el régimen matrimonial, en los bienes propios de los cónyuges, en un régimen de comunidad y en el régimen dotal, además de los casos de venta de bienes de menores sujetos a tutela y bienes sometidos a fideicomisos. En este campo, y teniendo en cuenta la tradición, la subrogación real se aplicó más allá de lo establecido por la ley, mediante una interpretación analógica de su articulado.

h) Consideración por la doctrina clásica de las máximas bartolianas

Los autores clásicos y con ellos toda la doctrina posterior, se muestran reacios a acoger la máxima *in iudiciis universalibus...*, entre otras razones por el error, que ya hemos señalado anteriormente, de extender esta máxima a todas las universalidades, cuando en realidad BARTOLO hacía referencia con ella a la acción de petición de herencia, única acción universal. Esta máxima, dice PAULMIER (137), no sólo es inexacta, sino imposible de encontrar en el Senadoconsulto Juvenciano ni en la Ley 70, 71 y 72 del Fideicomiso de Residuo. Un deficiente conocimiento de lo que fue la subrogación real en el Derecho común, empuja a la doctrina francesa, sobre todo, a considerar esta regla como comprendiendo todo el fenómeno subrogatorio y con carácter dogmático, cuando nosotros hemos tenido ocasión de ver a través de la doctrina y jurisprudencia del derecho intermedio, que lejos de considerar la regla como dogma, se aplicó la subrogación real en los juicios particulares incluso más que en las universidades.

Según PAULMIER, esta regla que se ha pretendido sacar del Senadoconsulto Juvenciano, no se encuentra allí. El derecho que tiene el here-

(137) E. PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 5 y ss. y 36.

dero de pedir el precio de la venta, no es porque este precio subrogue a la cosa hereditaria vendida, sino únicamente en virtud del principio de que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro. Así la restitución del precio, según este autor, tiene su causa en la aplicación de una regla de equidad y no en la idea de subrogación real. No es tanto el precio lo que se debe, sino el enriquecimiento.

En cuanto a la aplicación de la máxima en el fideicomiso de residuo, dice PAULMIER, que si las cosas adquiridas por el fiduciario deben ser restituidas al fideicomisario, es más en virtud de una especie de accesión del patrimonio que por causa de subrogación real. Por todas estas razones hay que rechazar estas máximas, termina el autor citado. Si empleamos esta máxima, dice FLACH (138), nos exponemos a serios peligros. La regla *in iudiciis universalibus...*, traduce muy mal las disposiciones del Senadoconsulto Juvenciano en donde se ha creído encontrarla; además es un error grave extender a otras universalidades el Senadoconsulto, sólo aplicable a la herencia. Su opinión es que la máxima estudiada no resiste un examen un poco profundo, por lo que debe ser abandonado por completo, lo mismo que la arbitraria distinción entre universalidades de hecho y de derecho. También MERLIN (139), convencido de la inexactitud de la doctrina común, falsa, según él, se mire por donde se mire, niega que en los dos casos anteriores se aplique otra teoría que la del enriquecimiento sin causa. FADDA va más allá todavía y no sólo rechaza la distinción entre *universitas iuris et facti* y la distinción respecto a la subrogación real entre *universitas* y *res singula*, sino que adelantándose a su tiempo, dice que la subrogación de una cosa por su precio, pertenece al campo del *ius singulare* que la ley admite sólo en casos excepcionales.

Veamos a continuación el gran paso que significó para el estudio de la subrogación real la llamada teoría moderna, consecuencia, además, de la labor de la jurisprudencia y legislación del principio del siglo xx.

B) Teoría moderna

La teoría moderna (principios del siglo xx) representó un gran paso en el estudio de la subrogación real. Podemos decir que fue el resultado lógico de la reacción que se produjo contra la doctrina clásica y, sobre todo, frente a la idea conceptual del patrimonio, que la realidad misma estaba echando por tierra. A partir de esta teoría y hasta nuestros días, uno de los más importantes campos de aplicación de la subrogación

(138) J. FLACH, *ob. cit.*, págs. 460 y ss.

(139) MERLIN, *ob. cit.*, págs. 431 y ss.

real lo va a constituir los llamados patrimonios especiales o separados.

Supone también esta teoría, como veremos a continuación, una ruptura con las ideas clásicas de *universitas* (patrimonio), ficción y con los tres célebres adagios de BARTOLO, ya muy desprestigiados y que según estos autores, sólo constituían trabas que impedían el normal desarrollo de la subrogación real. Esta debe adaptarse a las exigencias de la vida social, y funcionar allí donde se considere deseable. A esta nueva concepción de la subrogación real, libre ya de las ataduras que representaba la teoría clásica, contribuyó en gran manera la jurisprudencia y la legislación, tanto francesa como italiana y española. Son muchas las leyes que se promulgaron en esta época favorables a la subrogación real, sobre todo en materia de extensión del derecho de hipoteca, prenda y privilegios sobre las indemnizaciones debidas por contrato de seguros, expropiación, responsabilidad, etc. En Francia, y con motivo de la separación entre Estado e Iglesia (1905), aparecieron varias leyes que establecían un derecho de retorno a los donantes, en cierta forma equiparable al establecido en el artículo 747 C. c. francés, respecto a los bienes por ellos donados a las Congregaciones religiosas disueltas con motivo de esta separación. La jurisprudencia, por su parte, hizo llamamiento a la subrogación real con bastante frecuencia, en aplicación de estas leyes y en casos de revocación de donaciones por incumplimiento de cargas.

Pero el mayor acierto y al mismo tiempo el error de esta teoría moderna, lo constituyó su teoría del valor ya establecido en cierta forma por AUBRY y RAU en la suya del patrimonio. Puesto que subrogar quiere decir reemplazar un bien por otro, está claro que lo que se tiene en cuenta es el valor pecuniario del bien y sólo éste; pero es excesivo concluir, como ellos lo hacen, que el derecho tiene sólo por objeto un valor y no también el bien mismo considerado en su individualidad material. Para ellos, a veces, la subrogación real es la sustitución de un valor por otro valor simplemente; pero a pesar de este error contribuyeron en gran medida al esclarecimiento de la noción de la subrogación real.

Como representantes de esta teoría podemos citar a SALEILLES, SANTORO PASSARELLI, PLANIOL, HENRY, BAUDRY-LACANTINERIE, MAGNILLANT y otros (140). Trataron en primer lugar estos autores de racionalizar

(140) SALEILLES, Recueil Sirey, S. Dijon, 30 juin 1893, 94. 2. 185.

SANTORO PASSARELLI, *La subrogazione reale*, «Riv. italiana per le scienze giuridiche», 1926, págs. 454 y ss.

M. PLANIOL, *Jurisprudence générale*, Recueil, 1902, págs. 33 y ss. Civ. Requ., 29 abril 1901.

A. HENRY, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*. Thèse pour le doctorat, París, 1913.

zar el estudio de la subrogación real, rechazando los conceptos y fórmulas clásicas. La subrogación real general, unida siempre a la idea primero de *universitas* y luego a la del patrimonio, va a dejar paso a una subrogación real especial y unida a la idea de bienes y patrimonios de afectación y, subsidiariamente, a la obligación de restituir.

Como en la teoría clásica, trataremos de extraer los principios generales que la caracterizan.

a) Naturaleza jurídica de la subrogación real

Como ya hemos dicho antes, la ruptura de los autores modernos no fue radical, sino que se fue señalando al principio con cierta timidez. Algunos autores todavía siguen considerando a la subrogación como una ficción, como SANTORO PASSARELLI (141), que define la subrogación real como «une sostituzione di una cosa (inteso questo termine in senso generico e come comprendente anche i prezzo) ad un'altra, la quale, per essere una finzione, dev'essere espressamente ammessa dalla legge e invirtù della quale una cosa è sostituita ad un'altra in una qualità particolare o nell'oggetto di un diritto reale». Pero así como admite que la subrogación real es una ficción, no está de acuerdo en admitirla en las llamadas universalidades, ni en el caso concreto del artículo 1.948 C. c. italiano. Un derecho del titular sobre la universalidad, distinto de los derechos sobre los singulares bienes, no se comprende. ¿Se puede creer que los nuevos bienes están sujetos a esta común garantía sólo en cuanto subrogación? Es evidente, dice, que en ningún caso de universalidad se podrá hablar de subrogación real.

El desconocimiento, dice, del carácter de ficción de la subrogación real, proviene en muchas cosas de la confusión entre subrogación y sustitución; la primera es una sustitución que interesa como tal al derecho, mientras que la sustitución hace que de hecho una cosa subentre en lugar de otra, sin que al derecho le importe tal sustitución, pues considera la nueva cosa en sí y por sí. De aquí, termina diciendo SANTORO PASSARELLI, no es subrogación real la sustitución de una cosa por otra en una universalidad.

El golpe más duro dado por la doctrina al tradicional campo de aplicación de la subrogación real, la *universitas*, se llevó a cabo en el estudio del derecho de prenda general de los acreedores sobre el patri-

BAUDRY-LACANTINERIE, *Precis de Droit civil*, París, 1925, tomo II, núm. 354.
A. MAGNILLAT, *Subrogation réelle*, Thèse, Lyon, 1912.

STORA, *Subrogation réelle*, thèse de doctorat, París, 1901.

AURENGE, *Subrogation réelle*, thèse, Grenoble, 1910.

(141) SANTORO PASSARELLI, *ob. cit.*, págs. 6, 43 y ss.

monio del deudor. A partir de esta época, la casi unanimidad de la doctrina rechazó la subrogación real en este caso, lo mismo que en el derecho de prenda sobre las mercancías de un fondo de comercio (142).

La ficción, dice SALEILLES, «lors qu'ou néglige pour chaque cas particulier de la soumethé à une critique attentive est bien le plus mauvais de tous les raisonnements». Para él, la subrogación es ficticia cuando transporta de un bien a otro cualidades que están fuera del poder de los particulares. En este caso sólo la ley puede hacerlo y, por tanto, será de interpretación restrictiva. Tal es el caso de las indemnizaciones, pues sólo la ley puede, por subrogación real, atribuir el carácter de inmueble a un mueble por naturaleza. No es ficticia cuando traslada cualidades que no escapan al imperio de los particulares, p. ej., bienes propios y dotales.

Los demás autores rompen ya abiertamente con la idea de ficción. Para DEMOGUE, la ficción no es más que un medio del progreso del Derecho que permite consagrar un resultado justo en sí, de apuntarlo provisionalmente hasta que la ciencia establezca el fundamento natural o científico. La ficción no es más que el primer modo de aparición de una verdad.

Tampoco es la subrogación real una ficción para PLANIOL y HENRY. Para este último, la subrogación será una ficción si deroga los principios generales del Derecho, pues la ficción, en definitiva, no es más que una solución contraria a la técnica habitual. La subrogación real «consiste dans la substitution d'une chose matérielle à une autre chose matérielle dans une obligation ou dans un droit dont l'objet consiste essentiellement dans une valeur». Y esta definición, que pone a la subrogación real dentro del cuadro habitual de los principios, nos indica claramente que no es ni de cerca ni de lejos una ficción (143). De la misma opinión son BAUDRY-LACANTINIERE, FONCILLA y DE LA CUEVA (144).

Después de la teoría moderna, ningún autor vuelve a ocuparse de la subrogación real como ficción.

(142) Domenico BARBERO, *ob. cit.*, núm. 116, pág. 399, y núm. 119, pág. 403. BIONDO BIONDI, *I beni*, Turín, 1953, págs. 78, 100 y ss.

G. MARTY y P. RAYNAUD, *ob. cit.*, núms. 288 a 291.

Luis Díez PICAZO, *Fundamento del Derecho civil patrimonial*, 1970.

Manuel FAIRÉN, *Patrimonio y responsabilidad patrimonial*, «Rev. Der. Not.», 1962, tomo 36, págs. 243 y ss. y 264 y ss.

(143) A. HENRY, *ob. cit.*, págs. 377 y ss.

(144) BAUDRY-LACANTINIERE, *ob. cit.*, tomo II, núms. 354 y ss.

José María FONCILLA, *De la subrogación real*, «Rev. Crít. Der. Inmob.», 1935, número 124, págs. 279 y ss.

Manuel DE LA CUEVA, *La subrogación real de los bienes*, R. T., 1933, págs. 177, 237 y 281.

b) Fundamento de la subrogación real

El fundamento de la subrogación real para estos autores, está unido a la idea de afectación y de valor en los llamados patrimonios de afectación y restitución. Ya SALEILLES señala la importancia que tiene en la subrogación la idea de afectación de un bien a un fin determinado, al cual sirven sus rentas. Cuando un bien recibe una afectación de este género, se le considera en su valor pecuniario más que en su individualidad material y viene a ser un simple medio de realizar el fin querido; puede ser un bien reemplazado por otro y entonces la subrogación real se impone: para asegurar la ejecución de la carga o del objeto a que este bien estaba afecto, el bien que lo reemplaza debe recibir el mismo destino que él.

Se debe garantizar, dice SALEILLES, esta idea y hacer una regla: todas las veces que un bien es afecto a un destino determinado, si es vendido para producir un cambio en el lugar del valor que él representa, la subrogación real es la condición necesaria de esta sustitución de un bien por otro. No se trata ya de hacer adquirir a un bien la cualidad o la naturaleza de otro, sino más bien de afectar sus rentas a una carga determinada. Con esta fórmula, reconoce SALEILLES, desaparecen además las dificultades que embargaban a los antiguos autores, sobre todo en lo que a *cualidad* se refería.

Se pueden distinguir, dice PLANIOL, dos series de aplicaciones del principio de subrogación real: la una supone la afectación de un valor a un fin determinado, y hace referencia a materia de obligaciones; y la otra se encuentra cuando es el origen de un valor lo que se considera, la cual únicamente tiene lugar en las demandas de restitución por vía de una acción real. Para HENRY, la noción de patrimonio como la de ficción, son demasiado estrechas; desde el punto de vista activo se debe considerar, como constituyendo un patrimonio, todo bien o todo conjunto de bienes afectos a un uso determinado y admitir a continuación la subrogación real, cada vez que se esté en presencia de un patrimonio de este género sometido a afectación o gravado con una obligación de restitución. La subrogación real es para HENRY un procedimiento jurídico abstracto, independiente de las causas que lo motivan; asociada a las relaciones económicas de las que ella no es más que la traducción, es decir, asociada a la idea de valor y de propiedad de afectación.

Un objeto de derecho, dice, puede ser considerado en su valor pecuniario o en su individualidad psíquica. Cuando el objeto del derecho (propiedad) recae sobre una cosa individualmente determinada, el objeto jurídico se confunde con la cosa material que forma el contenido, y

toda sustitución de una cosa material por otra supondría forzosamente la creación de un objeto de derecho nuevo.

Cuando, por el contrario, el objeto del derecho no está determinado más que en su valor pecuniario, toda la sustitución de una cosa por otra no modifica el objeto que permanece siempre el mismo, a pesar de las transformaciones materiales que ha sufrido. Es esta última idea la que expresa para HENRY la teoría de la subrogación real (145).

Hasta tal extremo lleva HENRY su teoría del valor con relación a la subrogación real, que llega a decir que ésta se produce constantemente en el derecho de crédito. Si un individuo Primus es acreedor de Secundus por una cantidad de 1.000 francos, el derecho de Primus consiste en tomar sobre el patrimonio de su deudor un valor igual a la suma de la que es acreedor; su derecho no recae más que sobre el valor global de los bienes del deudor y no sobre tal o cual bien determinado y por ello es por lo que es susceptible de renovarse por vía de subrogación real, subrogación real tan frecuente y natural que no tiene condiciones jurídicas importantes. La subrogación real así considerada deja de ser ella misma, desborda los límites y el verdadero significado y finalidad de este principio.

De acuerdo con esta idea del valor, MAGNILLAT, en su tesis sobre la subrogación real, nos dice: «c'est ainsi que la subrogation, de fiction qu'elle était notre ancienne législation est devenue une réalité économique». Para él la subrogación real viene a ser la sustitución de una riqueza por otra nueva que sustituye a la antigua; la subrogación real, como consecuencia, viene a ser un principio económico como se observa en su teoría de los valores. La hipótesis donde se produce la subrogación real, las coloca MAGNILLAT en cuatro apartados (146):

- 1.º Subrogation ayant pour but la conservation des pouvoirs de administration.
- 2.º Subrogation ayant pour but la conservation d'une valeur au profit d'individus, d'une famille, d'une groupe.
- 3.º Subrogation ayant pour but de maintenir le droit de préférence entre les créanciers.
- 4.º Subrogation ayant pour but d'éviter l'enrichissement sans cause.

Como ya hemos adelantado, el error principal de la doctrina moderna es precisamente el considerar el objeto del derecho con relación a la subrogación real como su simple valor que, como tal, podría indefinida-

(145) A. HENRY, *ob. cit.*, págs. 95, 111, 387 y 394.

(146) M. MAGNILLAT, págs. 79 y 311 y ss.

mente sustituirse por otro. Por otro lado, una concepción así de la subrogación real desconoce los principios que la rigen, su campo de aplicación y sus límites, como veremos más adelante.

La doctrina alemana estudia la subrogación real fundamentalmente en los patrimonios especiales, en los que las hipótesis más importantes de la subrogación real son las siguientes:

- 1.^a Lo adquirido en virtud de un derecho integrante del patrimonio especial (verbigracia, la prestación que corresponde a un crédito).
- 2.^a La sustitución por indemnización... por seguros en caso de destrucción, daño o sustracción. Artículos 1.370, 1.368 y 211 BGB.
- 3.^a Finalmente está la hipótesis en que el ingreso de un elemento patrimonial y su sustitución se efectúa por un negocio jurídico (147).

c) Clases de subrogación real

Las clases de subrogación real que los autores modernos reconocen se derivan de su distinción entre bienes o patrimonios de afectación y de restitución. Desaparece la antigua distinción de subrogación real general y especial y es sustituida por la subrogación real convencional y legal.

Cuando la subrogación real aparece, dice HENRY, como consecuencia de una cláusula de afectación expresamente estipulada por las partes o adoptadas por ellos implícitamente a continuación de la elección del régimen matrimonial, puede ser calificada de convencional. La legal es la que descansa sobre la autoridad de la Ley y no en la voluntad de las partes, p. ej., los artículos 747 (retorno sucesorial) y 132 C. c. francés (ausente); en esta subrogación legal se trata de la restitución de un patrimonio, es decir, bienes considerados en su valor pecuniario más que en su individualidad material (148).

La misma clasificación vemos en STORA: «la subrogation, qu'elle soit générale ou spéciale, qu'elle transmette une qualité générale et commune à tout un ensemble de biens, ou une qualité particuliere à un bien isolé, n'est commandée que par le respect de la volonté expresse au

(147) Andreas VON TUHR, *Teoría general del Derecho civil alemán*, vol. 1.º, *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, págs. 145 y ss. y 406 y ss., Buenos Aires, 1946.

Augusto PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, págs. 13, 34 y 64.

(148) A. HENRY, *ob. cit.*, págs. 1 y ss. y 383.

tacite soit du législateur, soit des particuliers, suivant que cette qualité générale ou particulière est l'oeuvre de la loi ou de la convention» (149). Lo mismo podemos decir de PLANIOL, cuando dice que la influencia soberana reconocida a la voluntad de las partes no tiene efecto más que en los casos en que la subrogación real depende de la afectación de un bien a un fin. En materia de ausencia (art. 132), petición de herencia y retorno legal (art. 747), la subrogación real está establecida por la ley y no tiene lugar, en principio, más que a propósito de masas de bienes sujetas a restitución. Por el contrario, la subrogación real que se produce por convenciones matrimoniales, en las fundaciones y en las donaciones con cargas, depende principalmente de la voluntad de las partes, o bien son introducidas por la costumbre y el derecho tradicional para respetar esta voluntad y darle efecto (150). Igual opina SALEILLES.

d) Efectos de la subrogación real

No suelen ser muy explícitos estos autores a la hora de determinar los efectos de la subrogación real, lo mismo que en la época anterior. Entre las cualidades que afectan a los bienes, dice DEMOGUE, unas son establecidas por la ley y otras por la voluntad de los contratantes o por la de uno solo, pero siempre en vista de ese valor a un fin determinado; para estas cualidades se aplica la subrogación real. Las otras cualidades, por el contrario, consideran el bien en sí mismo y son inherentes al bien, al cual siguen a cualquier mano que pasen; por todo esto, y al contrario que las anteriores, no hay, o no se produce respecto a ellas, la subrogación real (151). La misma fórmula vaga encontramos en HENRY, que no deja de reconocer él mismo que es demasiado poca cosa (152).

De la doctrina, en general, de los autores modernos resulta que los efectos de la subrogación real consisten en la conservación sobre el bien nuevo de la afectación y obligación de restituir, a la que los bienes antiguos estaban sometidos.

En cuanto al rechazo de las antiguas máximas bartolianas, los autores modernos siguen utilizando los mismos argumentos, ya vistos en los autores clásicos, por las que terminan pidiendo su total abandono. DEMOGUE, el más explícito de todos, considera la máxima *in iudiciis universalibus*... 1.º como contradictoria, puesto que con frecuencia se aplica

(149) STORA, *ob. cit.*, pág. 481.

(150) PLANIOL, *ob. cit.*

(151) R. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, «Revue critique de législation et jurisprudence», París, 1901. XXX, págs. 252 y ss.

(152) A. HENRY, *ob. cit.*, págs. 112 y ss.

la subrogación real en los juicios singulares; 2.º que no existen en realidad juicios universales propiamente dichos en el derecho moderno; 3.º que un adagio jurídico no debe seguirse más fe si es una regla de equidad y si responde, además, a una necesidad práctica y al desarrollo económico; 4.º que se ha pensado siempre en este adagio con relación a la prenda general del patrimonio, artículo 2.092 C. c., y aquí concretamente carece de base lo mismo que en el caso del derecho de prenda sobre un fondo de comercio, y 5.º que hablar de *universitas* es emplear una expresión cómoda, por lo que, al igual que todos, propone dejar esta máxima y construir un sistema que responda a la necesidad práctica y que esté en armonía con los textos legales (153).

Hecho este resumen del concepto moderno de la subrogación real, vamos a referirnos a continuación a la teoría contemporánea o realista.

C) *Teoría contemporánea o realista*

A partir de la teoría moderna los estudios sobre la subrogación real no han sido muy numerosos, pero sí de suma importancia. La contribución de la llamada teoría contemporánea o realista a la comprensión de la verdadera naturaleza de la subrogación real es decisivo, destacándose sobremanera J. BONNECASE.

Así como la teoría moderna supuso una reacción frente a la rigidez de la teoría clásica, también ahora podemos decir que los autores contemporáneos reaccionaron contra la teoría del valor como única base de la subrogación real. El considerar a la subrogación real como el cambio de una riqueza antigua por una nueva o un valor por otro valor, era exceder los límites de la subrogación real, sus principios, efectos, fin y su razón de ser; era ver un fenómeno subrogatorio en todo cambio o mutación de una cosa por otra o una cosa por su valor en todos los campos del Derecho. La consideración de los bienes por su valor pecuniario es necesaria para la subrogación real, pero es excesivo concluir que sólo este valor se tiene en cuenta. La subrogación real considera los objetos de los derechos reales, no sólo por su valor pecuniario, sino también por su individualidad material. La consideración exclusiva de una u otra elimina automáticamente que la subrogación real se produzca, como veremos a lo largo de este trabajo.

Representa también la teoría contemporánea o realista el triunfo definitivo de la subrogación real especial, pues la subrogación real es siempre especial.

(153) A. HENRY, *ob. cit.*, págs. 29 y ss., 38 y 41.

DEMOGUE, *ob. cit.*, pág. 361.

PLANIOU, *ob. cit.*

Vamos a referirnos, en primer lugar, al estudio de la subrogación real según H. CAPITANT; a continuación nos referiremos a J. BONNECASE y a nuestro eminente hipotecarista ROCA SASTRE, que tanto ha contribuido con su estudio de la subrogación real a despertar el interés sobre esta materia en España. Y, por último, estudiaremos el trabajo más reciente sobre subrogación real, el de MARC LAURIOL.

a) La subrogación real según H. CAPITANT

Aunque la doctrina de CAPITANT (154) ha sido duramente criticada por los autores posteriores, se le puede reconocer el mérito de haber hecho hincapié en el papel importantísimo que en el estudio de la subrogación real tiene la técnica jurídica. El error de CAPITANT ha sido el de contraponerla a la equidad que, como muy bien señala BONNECASE, en vez de contraponerse se complementan.

Sobre la subrogación real, dice CAPITANT, no se ha llegado a soluciones definitivas, por lo que, a falta de precepto y teniendo en cuenta los pocos artículos que el Código franco y varias leyes especiales la establecen, es necesario hacer un sistema, inspirándose no sólo en los textos de nuestras leyes, sino en la razón de ser y fundamento de nuestra institución. Es necesario para conseguirlo acudir al método descriptivo.

La subrogación real, para este autor, tiene un doble papel:

1.º Cumple un papel técnico que tiene como fin impedir la confusión entre dos patrimonios que tienen cada uno su titular, pero que se encuentran momentáneamente juntos, o entre un grupo de bienes y el resto del patrimonio del que estos bienes forman parte. Dentro de la utilidad técnica de la subrogación real se encuentran: a) regímenes matrimoniales; b) aceptación a beneficio de inventario; c) liberalidades con cargas y sustituciones permitidas, y, por último, d) sucesiones anormales. En estas primeras aplicaciones, la subrogación real se nos aparece como una institución relevante de la técnica jurídica, una institución única en su género, sin la cual ningún sistema jurídico podría pasarse.

2.º La subrogación real tiene como segundo papel, según CAPITANT, la misión de satisfacer una necesidad de equidad y justicia. Dentro de este grupo se encuentra: a) el acreedor con derecho de preferencia no seguido de un derecho de persecución; b) el caso del artículo 575 al 2 C. com., referente a la quiebra, y en cuyo apoyo cita CAPITANT a THALLER y a PERCERON (155), que dice que en realidad el concepto que

(154) M. Henri CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, «Revue Trimestrielle de Droit civil», 1918-1919, págs. 385 y ss.

(155) M. THALLER y M. PERCERON, *Traité des faillites et banqueroutes*, tomo II, número 1.013.

sirve de base a este artículo no es la noción de mandato, sino la idea más simple de equidad, y, por último, c) el caso de venta de un *non domino* a un tercero de buena fe.

Cuando la subrogación real interviene para evitar la confusión entre varios patrimonios, ésta se aplica ampliamente. No así en el caso de su aplicación por motivos de equidad, en la que CAPITANT sólo admite la subrogación del precio y sólo cuando la cosa ha sido vendida, dejando fuera de la subrogación real campos tan importantes como el de las indemnizaciones debidas por contratos de seguros, expropiación, responsabilidad y seguridades reales. La aplicación de la subrogación real en el caso de la extensión a las indemnizaciones del derecho de hipoteca, prenda o privilegios reales tardó mucho en admitirse; podemos adelantar que ésta se ha admitido sin restricciones hace pocos años.

Como es ya corriente en la doctrina, también CAPITANT considera a la subrogación real como procedimiento técnico inútil para explicar los derechos de los terceros sobre el patrimonio del deudor, por lo que abandona por completo esta noción en este caso concreto, que no se encuentra ya en la 2.^a y 3.^a edición de su obra *Introducción al Derecho Civil*. Lo mismo podemos decir de T. HUC (156) y de WALH (157). Este último niega en el derecho francés la existencia de la subrogación real.

Como todos los que estudian la subrogación real, CAPITANT nos dice su parecer acerca de las máximas bartolianas y de la doctrina anterior. ¿Por qué, se pregunta, hacer intervenir la noción de la subrogación real en la noción de patrimonio? ¿Qué utilidad tiene? Querer sacar la noción de la subrogación real de la del patrimonio tiene carácter artificial. En el caso del artículo 2.092 C. c., prenda general de los acreedores sobre el patrimonio del deudor, el hecho de que en este patrimonio entran tanto los bienes adquiridos onerosa como gratuitamente, prueba que la subrogación real no tiene nada que hacer aquí y, sobre todo, ¿no excluye la noción misma de subrogación real la fungibilidad de los elementos del patrimonio? ¿Para qué decir que una cosa subroga a otra, si éstas son fungibles entre sí?

En cuanto a los adagios bartolianos, propone su rechazo. Del primero, *in iudiciis universalibus...*, no hay nada que sacar, porque no puede adaptarse al papel técnico de la subrogación real más que dando a la palabra *iudicia universalia* una extensión contraria a los principios. La regla *in iudiciis singularibus...* es también falsa para CAPITANT, porque

(156) Theophile Huc, *Commentaire Théorique et pratique du Code civil*, París, 1896, tomo V, págs. 100 y ss.

(157) WALH, v. A. HENRY, *ob. cit.*, pág. 394.

se puede afirmar que siempre, y en todos los casos, «pretium succedit loco rei». Una concepción tan estrecha, dice, desconoce absolutamente el papel técnico tan importante de la subrogación real, que debe funcionar todas las veces que haya un patrimonio de bienes sometido a un régimen diferente del de la masa. Si fuera exacta la regla *in iudiciis universalibus*... sería necesario, en los regímenes matrimoniales, interpretar restrictivamente los artículos 1.434 y 1.435 C. c., lo que sería, no sólo contrario a la tradición, sino que conduciría a soluciones incompatibles con la idea fundamental de conservación de los patrimonios propios y dotales.

Del tercer adagio, *subrogatum sapit*..., opina CAPITANT que no merece ser conservado porque no describe exactamente el efecto de la subrogación real.

b) La subrogación real según JULIEN BONNECASE

De todos los estudios que sobre subrogación real se han hecho, destaca extraordinariamente el de J. BONNECASE (158). Su contribución al estudio de esta materia ha esclarecido y puesto de manifiesto aspectos de ella que habían pasado inadvertidos. Como otros autores franceses, pretende extraer una teoría general que esté de acuerdo con el Código civil, leyes posteriores, dadas en materia de subrogación real, y con la jurisprudencia.

Empieza su estudio de la subrogación real liberándola totalmente de las distinciones propuestas en el Derecho común y, sobre todo, de los tres adagios clásicos que, según BONNECASE, han contribuido mucho al oscurecimiento de la noción de subrogación real. Estos adagios, dice, ya no expresan ningún derecho vivo. La realidad es tan distinta que la distinción entre *universitas*, de hecho y de derecho, así como entre *iudiciis universalibus* y *iudiciis singularibus*, con relación a la subrogación real, carece de utilidad hoy día.

Su acierto extraordinario fue haber declarado que la subrogación real supone una fungibilidad relativa e individualización de los bienes; que la subrogación real requiere un vínculo de filiación directa entre los bienes subrogados; y su negación, al igual que todos los autores de la teoría moderna, de la subrogación real general basada en el derecho de prenda de los acreedores, sobre todo, del patrimonio del deudor.

Ni en las universalidades de derecho ni en las de hecho se da la subrogación real más que de nombre; en el momento en que los bienes de estas universalidades se individualizan o se precisan, entonces entra

(158) Julien BONNECASE, *Supplément de droit civil de D. Baudry-Lacantinerie*, tomo III, págs. 689 y ss., 1926, y tomo II, núms. 363 y ss.

en juego la subrogación real. Subrogación real y fungibilidad absoluta de los bienes son ideas contrapuestas. La subrogación real es siempre especial (159).

Define BONNECASE la subrogación real como «la institución jurídica esencialmente relativa a un patrimonio considerado en un momento dado de su existencia, en sus elementos concretos e individualizados; su función consiste, para el caso de venta o de pérdida de uno de estos elementos, en trasladar, sin perjuicio de los intereses de los terceros, de pleno derecho o en virtud de la voluntad de los interesados, sobre el bien individualizado a cambio los derechos que gravaban al bien salido del patrimonio».

Por primera vez, y con carácter general, se dice que la subrogación no consiste en trasladar la cualidad, la naturaleza jurídica de una cosa a otra, sino en el traslado del mismo derecho que se tenía sobre la cosa antigua. La subrogación real está en relación con el patrimonio, pero en vez de ser considerado éste como un valor o conjunto de bienes fungibles entre sí, requiere que sus elementos estén concretizados e individualizados.

En cuanto a la interpretación de los textos que establecen la subrogación real, dice BONNECASE que las múltiples aplicaciones que tanto el Código civil como las leyes especiales hacen de la subrogación real, demuestran que esta noción es la base de nuestra legislación y que los textos que se refieren a ella son simples casos concretos, desprovistos de toda fuerza limitativa. La subrogación real, además, no es concebible más que si existe un vínculo de filiación directa y cierta entre el bien vendido o desaparecido y el que viene en su lugar; no puede ser de otra manera, dice, porque en caso contrario iría en contra del fundamento de la subrogación real y dejaría a ésta expuesta a la arbitrariedad y al fraude.

Después de rechazar rotundamente que la subrogación real tenga como fundamento la idea de ficción, se muestra, también en desacuerdo con CAPITANT, en que la subrogación tenga como fundamento la equidad y la técnica jurídica. Tanto el enriquecimiento sin causa, como el abuso del derecho y la subrogación real, son instituciones que encuentran su fundamento en la noción de derecho (160). El Derecho, no sólo es una acción constante sobre el desenvolvimiento de la vida jurídica, a pesar del reinado de la codificación, sino que trata de establecer un equilibrio social para la salvaguardia y protección positiva de las personas, tanto individuales como colectivas: la noción de derecho, dice BONNECASE,

(159) Julien BONNECASE, *ob. cit.* *La subrogation réelle*, págs. 738 y ss.

(160) Julien BONNECASE, *ob. cit.*, págs. 780 y ss.

abdicaría de su papel si este equilibrio pudiera ser roto por el solo hecho de la pérdida o deterioro' de las cosas materiales. Dicho de otro modo, por el simple hecho de la transformación de la materia. Esto sería la abdicación de la energía y de la inteligencia humana ante las fuerzas del azar, la sumisión pasiva ante la fatalidad e, incluso, ante el fraude. Por ello, BONNECASE, en contra de CAPITANT, atribuye un único fundamento a la subrogación real.

La técnica jurídica para BONNECASE sólo puede servir de aplicación secundaria de la subrogación real; toda institución es susceptible de ser considerada no sólo en relación con la ciencia, sino también con la técnica; desde el punto de vista de la técnica, la subrogación real y su consagración expresa o implícita por una legislación, se explican por la idea de la doble salvaguardia del crédito y en la organización jurídica en general. La base del crédito sería singularmente frágil, si los derechos o los intereses que descansan sobre un bien individualizado se perdieran por el solo hecho de su desaparición cuando, más o menos intencionadamente, fuera reemplazado por otro bien en el patrimonio y esto de una manera directa o, al menos, cierta; esto sería siempre la victoria de los elementos puramente materiales sobre la noción de valor económico y del punto de vista social.

La idea de protección del crédito no agota todo el alcance de la técnica jurídica en el dominio de la subrogación real. La organización jurídica entera está interesada, considerando BONNECASE a ésta como las combinaciones de toda naturaleza a las que el espíritu humano ha recurrido para asegurar el desarrollo de la vida social y el mejoramiento del sino de cada uno, aunque esta mejora sea, en el fondo y en ciertos casos, una realidad o una ilusión.

La institución de la subrogación real, según BONNECASE, se explica y se justifica por la técnica y por la ciencia jurídica a la vez, unidas indivisiblemente. Sin duda, la técnica jurídica tiene en sí misma enclavada una parte de artificio, pero éste no tiene consecuencia en sí mismo.

Todo lo dicho, termina BONNECASE, está conforme con los textos del Código civil, leyes posteriores y con las tendencias, tanto antiguas como actuales, de la jurisprudencia.

Después de BONNECASE aparecieron varios tratados sobre subrogación real, pero sin decir nada nuevo, VOIRIN (161) manifiesta que instituciones como la inalienabilidad en naturaleza o el derecho de persecución se oponen a la subrogación real y que es necesaria la individua-

(161) P. VOIRIN, *Cours de droit civil français de Beudant*, tomo IV, 1938, números 42 y ss.

lidad del objeto; CERBAN (162) estudia la fungibilidad entre las cosas particulares que, para él, constituye la base de la subrogación real y dice que es la idea de valor la que explica la fungibilidad y la subrogación, fundada sobre la noción de equivalencia entre los bienes. ROBERT GARY (163) y VEAUX-FOURNERIE (164) estudian también la fungibilidad de los elementos como fundamento de la subrogación real.

c) La subrogación real según ROCA SASTRE

Hasta la publicación del estudio sobre la subrogación real de ROCA SASTRE, esta materia no había sido estudiada en España con la suficiente amplitud y profundidad (165); le corresponde, por tanto, el adjetivo de pionero de una serie de trabajos que, después de él, se van a referir a la subrogación real y el haber despertado el interés sobre tan interesante figura jurídica.

La subrogación real, dice ROCA SASTRE, es aquella figura en virtud de la cual la situación jurídica que en cierto aspecto califica o afecta a una cosa determinada pasa a calificar o a afectar en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido a aquélla, cuando la misma ha sido objeto de una enajenación o pérdida. En la subrogación real ha de verse la permanencia de una misma situación o condición jurídica, a pesar del cambio o mutación de la cosa sujeta a ella. La subrogación real afecta a un bien determinado y es requisito esencial que la sustitución de una cosa por otra, se efectúe a base de una relación de causalidad o que haya una filiación directa o conexión lógica entre ambos bienes: el que sale y el que entra en el patrimonio de una misma persona. El objeto que entra en lugar del antiguo ha de ser, dice, un elemento subrogado o equivalente; la adquisición a título gratuito o sin equivalencia, no hace funcionar a la subrogación real.

En lo que se aparta ROCA SASTRE de la unanimidad de la doctrina es en la aplicación de la subrogación real en el patrimonio general representado por el artículo 1.911 Cc. No se le escapa, sin embargo, la opinión contraria de la doctrina que considera inútil el juego de la subrogación real en este caso, pero a pesar de ello considera que, aunque sea tan

(162) A. CERBAN, *Naturé et domaine de la subrogation réelle*, «Rev. Trimestr. Droit civil», 1939, págs. 47 y ss.

(163) Robert GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de Droit*, París, 1932, pág. 304, nota 2, pág. 119.

(164) VEAUX-FOURNERIE, *Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commerciale*, Le gage comercial, págs. 134 y ss.

(165) R. M.^a ROCA SASTRE, *La subrogación real*, «Rev. Der. Priv.», abril 1949, tomo 33, págs. 281 a 304.

natural que se sobrentiende, ello no quita que deje de actuar la subrogación confluyendo con la fungibilidad.

VALLET DE GOYTISOLO (166) con mucho acierto observa que la expresión de subrogación real se ha aplicado a fenómenos que ofrecen cierta semejanza en sus resultados, pero que en su esencia y en su causa no deben confundirse. La aparente subrogación, dice, que no es tal, sino fruto de la determinación *sub specie universitatem* que, a su vez, puede derivar intrínsecamente de la productividad orgánica de los elementos que componen el conjunto, o bien extrínsecamente de la agregación de nuevos elementos equivalentes o no a los antiguos que fueron separados de él; seguramente, dice, se habla de subrogación real por un error de perspectiva. Así la nueva oveja queda comprendida en el usufructo del rebaño, las nuevas mercancías en la hipoteca de la taberna, etc.; tal apreciación tiene como falsas premisas la afirmación de que a iguales afectos corresponde una misma causa. Aunque VALLET se refiere al caso del derecho de hipoteca sobre las mercancías de un establecimiento mercantil y al usufructo de rebaño, lo dicho se puede aplicar también al caso de responsabilidad patrimonial universal regulada en el artículo 1.911 C. c.

No está justificada, para VALLET DE GOYTISOLO, la repulsa unánime de los adagios que regularon en una época el principio de la subrogación real, sobre todo el adagio *subrogatium sapit...*, pues opina que es evidente que la naturaleza no se puede atribuir al bien nuevo. ROCA SASTRE considera que este adagio no debe ser interpretado en sentido literal, pero nosotros creemos justificadamente que estos adagios están fuera de lugar hoy día y carecen de utilidad, además de que no responden a las circunstancias actuales. Sólo podemos atribuirle a estos adagios un valor histórico dentro de la evolución del concepto de subrogación real, pues fuera de esta consideración nada justifica su utilización en el Derecho actual.

La subrogación real, dice ROCA SASTRE, supone en primer lugar un cambio, mutación o sustitución de una cosa por otra, y en segundo lugar, una permanencia inalterada de la misma situación jurídica; el campo o presupuesto fundamental de la subrogación real es un proceso de reconvención de valores económicos, sobre la base de una permanencia de un mismo o equivalente valor. La subrogación, dice, no debe establecerse sólo en los casos establecidos por la Ley, sino en todos aquellos en que concurren supuestos análogos de aplicación de la subrogación real.

(166) VALLET DE GOYTISOLO, *Pignus Tabernae*, «An. Der. Civ.», tomos VI-IV, octubre-diciembre 1953, págs. 483 y ss.

Por último vamos a tratar de resumir la última monografía que sobre subrogación real se ha escrito: la de MARC LAURIOL.

d) La subrogación real según MARC LAURIOL

El tratado de MARC LAURIOL (167), supone un estudio más detallado y amplio de la subrogación real bajo las premisas ya establecidas por la doctrina a partir de BONNECASE. Su aportación más destacada la constituye su división de la subrogación real en dos relaciones de derecho, una principal y otra accesoria, y su consideración de la subrogación como una individualización del valor por su origen y por su destino.

Subrogar, quiere decir «el reemplazo de bienes considerados como medio de mantener la aprehensión de un valor individualizado». La subrogación real es un procedimiento técnico y por tanto se explica, dice, por un estudio técnico. En la subrogación real se dan dos elementos, uno fluctuante (el objeto del derecho) y otro estable (el derecho subjetivo mismo considerado en su naturaleza y en su individualidad); de acuerdo con lo dicho, el mecanismo de la subrogación real supone dos relaciones de derecho distintas. En una se produce la fluctuación y se llama relación accesoria, y en la otra es donde se produce la conservación del derecho llamada relación principal.

Tanto la fluctuación como la conservación del derecho, dice LAURIOL, se realizan sobre planos diferentes en dos relaciones distintas y complementarias; distintas no sólo por su existencia, sino también por su comportamiento, pues en la fluctuación no se considera más que la materialidad de los bienes y es en la conservación del derecho cuando el reemplazo propiamente dicho se produce y permite extraer la noción de valor sobre la que la teoría moderna llama la atención; y complementarias porque se refieren las dos al objeto del derecho. La subrogación, dice LAURIOL, encuentra la ocasión en la fluctuación material y se realiza en la conservación del derecho.

El reemplazo para LAURIOL significa necesariamente la individualización del valor por su destino y por su origen; el bien nuevo no reemplaza al antiguo más que si lo representa, si está unido a él por un vínculo de filiación.

Lo que se transmite de un bien a otro por subrogación real, no es, dice LAURIOL, tal o cual cualidad de un bien, sino el derecho subjetivo exacto, lo cual no es un efecto de la subrogación real sino la subrogación real misma.

La subrogación real la define de la siguiente manera: «es el cambio

(167) Marc LAURIOL, *La subrogation réelle*, tomos I y II, París, 1954.

de objeto material de un derecho determinado por otro objeto material, con el fin de mantener el valor individualizado por estos dos objetos a un mismo destino». La subrogación real es la conservación del derecho cuyo objeto cambia, lo cual no puede realizarse más que si el derecho a conservar admite la fungibilidad de sus dos objetos sucesivos, y para saber si esto es así, está la organización técnica del derecho, al que LAURIOL dice es necesario consultar. Este principio fundamental permite situar la subrogación real en el conjunto de la técnica jurídica; por tanto, es necesario analizar en cada caso si el cambio del objeto es compatible con la conservación del derecho en su identidad; la posibilidad de una subrogación real deseable depende naturalmente del grado de adhesión del derecho a la materialidad de su objeto.

En cuanto a las máximas clásicas opina que no es necesario enerrarse en afirmaciones preconcebidas, pues no existe la fórmula cabalística que aporte soluciones provisionales e infalibles a todos los problemas surgidos en la vida práctica.

Después del estudio de la evolución histórica de la subrogación real, trataremos de dar nuestra propia opinión.

V. CONCEPTO DE SUBROGACION REAL

A) *La subrogación real principio general de conservación de un derecho a pesar del cambio material de su objeto*

Como hemos podido observar a lo largo de la evolución histórica del principio de subrogación real, los tratadistas del Derecho común no definieron el principio, limitándose a decir en tres reglas o adagios el campo de aplicación y los efectos del principio de subrogación real. Y lo mismo sucedió en la llamada teoría clásica del Derecho codificado, cuyos tratadistas se limitaron simplemente a describir lo que acontecía con la aplicación de la subrogación real. Es a partir de la teoría moderna cuando los autores catalogan el principio. HENRY lo considera como un procedimiento jurídico abstracto; MAGNILLAT, como un principio económico; CAPITANT, como sustitución relevante de la técnica jurídica; BONNECASE, como institución jurídica esencialmente relativa a un patrimonio; LAURIOL, como procedimiento técnico; JOSÉF ESSER, como pensamiento jurídico general, y nuestro hipotecarista ROCA SASTRE la llama simplemente figura (168).

(168) A. HENRY, *ob. cit.*, págs. 95 y ss.
MAGNILLAT, *ob. cit.*, págs. 79 y ss., 311 y ss. y conclusión.

La subrogación real no encaja dentro de la «Institución jurídica». Según ENNECCERUS (169) ésta es un conjunto de disposiciones del derecho relativas a las relaciones jurídicas de una clase determinada, y DE CASTRO (170), dentro de una tendencia más reciente la define «como un conjunto de disposiciones del derecho relativas a las formas básicas y típicas de la organización jurídica, la cuales destacando de la multitud de relaciones existentes y posibles, representan las líneas constructivas del plan de organización estatal, y sus grandes principios morales y políticos, motores y básicos».

Pero en el estudio anterior hemos podido apreciar que la subrogación real ha carecido desde su origen de unas normas jurídicas que establecieron qué es, cuáles son sus fines, por qué medios se realiza, etc. La subrogación real desde el punto de vista normativo no ha tenido más que el nombre, excepto hasta hace relativamente pocos años en que ha sido recogida como tal expresamente en leyes especiales del Derecho Agrario y Urbanístico.

La subrogación real, lejos de ser una institución jurídica autónoma, es un principio que interviene en una institución jurídica, se adapta a ella, ayuda a conseguir los fines de ésta y usa de sus medios. Así, p. ej., en el régimen legal de gananciales la subrogación real ayuda a determinar la calificación jurídica de los diferentes bienes que la componen y a conservar y mantener el equilibrio económico entre las distintas masas de bienes, todo ello a través de una conservación en valor de los derechos que sobre ellos recaen, evitando de este modo el paso injustificado de cantidades y bienes de una masa patrimonial a otra. Cuando se trata del régimen hipotecario, el objeto o el fin de la subrogación real es trasladar sobre la indemnidad del seguro, si la hubiera, el derecho que recaía sobre la cosa inmueble hipotecada con todas sus características; su papel por tanto dentro de esta institución será mantener la garantía y efectividad del derecho de crédito que desaparecería a consecuencia de la destrucción del bien hipotecado. Lo mismo podemos decir de la contribución del principio de subrogación real a la consecución de los fines de las concentraciones parcelarias y planes de ordenación urbana y también en la conservación dentro de una misma línea, de los bienes troncales y sujetos a reserva.

HENRI CAPITANT, *ob. cit.*, págs. 385 y ss.

BONNECASE, *ob. cit.*

MARC LAURIOL, *ob. cit.*

JOSEF ESSER, *ob. cit.*, págs. 8 y ss.

ROCA SASTRE, *ob. cit.*, págs. 281 y ss.

(169) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Parte General, Tratado de Derecho civil, ob. cit.*, páginas 286 y ss.

(170) FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 2.ª ed., pág. 563.

Podemos decir, pues, que el principio de la subrogación real, excepto su fin de conservación de los derechos reales a pesar del cambio material del objeto, lo cual constituye más bien su propia esencia, no tiene fines determinados, sino que éstos dependen de la institución jurídica en donde la subrogación real va a funcionar y del derecho que se trata de conservar por medio de ella y de las normas que lo regulan. Para saber cómo interviene la subrogación real y para qué, es necesario estudiar la institución o caso especial en que interviene y el derecho real que se trata de conservar.

También nos faltan unas normas jurídicas específicas que regulen lo que para la subrogación real es imprescindible y de lo que depende que ésta se haga efectiva o no. Aludimos a unas reglas referentes a la prueba de la procedencia en la subrogación real, por lo que ésta ha de someterse en esta materia al Derecho común que la mayoría de las veces le aporta grandes desventajas e inconvenientes. Carecemos de normas que regulen expresamente para la subrogación real su publicidad respecto a terceros, lo cual ha contribuido en gran manera, antes más que ahora, a que fuera mirada por la doctrina con desconfianza.

La subrogación real para nosotros es *un principio general de conservación de un derecho, a pesar del cambio material de su objeto, mediante una conservación en valor individualizado por su origen y procedencia y, al mismo tiempo y en casi todas las ocasiones en las que ella interviene, se nos presenta como principio general complementario con el principio también general del enriquecimiento injusto, constituyendo un remedio más, distinto de la acción «in rem verso» y de la «condictio», para prevenir o remediar el equilibrio patrimonial injustamente perturbado.*

B) *Elementos y condiciones del principio general de subrogación real*

En toda subrogación real podemos distinguir dos elementos: uno cambiante, el objeto del derecho por otro objeto que viene a sustituirlo en el patrimonio del titular del derecho; y otro estable o el derecho que permanece él mismo y con iguales características sobre el nuevo objeto que ha reemplazado al anterior; todo ello mediante una consideración del objeto y del derecho en su valor económico, valor que a su vez está individualizado por su origen y procedencia.

Para que se produzca el principio de subrogación real se requiere que entre el objeto antiguo y el nuevo, que viene a reemplazarlo en el patrimonio de una persona, se dé un vínculo de filiación directa, una

relación de causalidad, es decir, que el bien nuevo proceda del antiguo. Esta condición de procedencia es la condición *sine qua non* para que se produzca la subrogación real y el Derecho así lo exige siempre. Si falta esta condición no sólo no habría subrogación real sino que se tendería al arbitraje y al fraude.

Unas veces un bien procede de otro de manera directa e inmediata, como es el caso de una venta, permuta, expropiación por causa de utilidad pública o en caso de empleo de una cantidad de dinero, p. ej., dotal, en la compra de un bien mueble o inmueble o en caso de reemplazo, es decir, en el régimen legal de gananciales, la venta anterior de un bien propio de la mujer y más tarde y mediante ese precio comprar otro bien que por subrogación real será propio de la mujer como el antiguo, etcétera. Otras veces la procedencia de un bien u objeto del derecho por otro se produce indirecta y mediatamente, como en el caso de las indemnizaciones debidas por seguro en caso de destrucción de un bien propio de un régimen de comunidad. En estos casos la Ley establece que las indemnizaciones de seguros por daños, destrucción, etc., proceden del bien destruido o dañado, lo representen a él y no a las primas pagadas que se consideran como simples gastos de conservación del bien. Después de fuertes debates, la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, tanto nacional como extranjera, consideran que se da en estos casos la condición de procedencia exigida por el principio de subrogación real. La Ley ha establecido la existencia de esta relación, de este vínculo, en el caso de dación en pago de la dote (art. 1.337-3 C. c.), basándose también en el acuerdo de las partes en la adjudicación de un inmueble, p. ej., en pago de una dote prometida en dinero.

Pero no sólo es necesario para que se aplique la subrogación real que un bien material proceda de otro, sino que es necesario que se demuestre. Para la prueba de la procedencia, el principio de subrogación real se somete al Derecho común por el cual aquel que la alegue en su favor deberá probarla por todos los medios de prueba admitidos en Derecho.

MARC LAURIOL suele admitir como segunda condición de la subrogación real entre el objetivo antiguo y el nuevo, la condición de equivalencia en valor (cuantitativa), pero él mismo reconoce que la noción misma de equivalencia es relativa. Para nosotros el principio de subrogación sólo exige que el bien nuevo proceda del antiguo; en el caso, p. ej., de la venta de un bien del ausente después de la declaración de fallecimiento, puede que el heredero haya hecho una venta muy beneficiosa aprovechando un momento favorable en el mercado o puede por

el contrario haberlo vendido muy por debajo de su valor real. En estos casos es necesario indagar si el legislador, en este caso el artículo 197 Cc. quiere que se resuelva, en caso de vuelta del ausente, por el principio de subrogación real o quiere, por el contrario, que al ausente se le devuelva el equivalente económico, el valor real del bien vendido o su estimación. En este caso concreto no hay duda que de la intención del legislador de establecer el principio de subrogación real cuando dice: «recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido o a los bienes que con este precio se hayan adquirido». Por tanto, el aumento o disminución que represente el precio del bien comprado con el precio de la venta anterior respecto al antiguo bien corre a cargo del ausente. Otras veces la equivalencia económica se produce naturalmente, como en el caso de las indemnizaciones de seguros que, generalmente, es por el valor del bien asegurado. Otras es el transcurso del tiempo transcurrido desde la mutación o cambio de un bien por otro hasta el momento de la restitución, por medio de la depreciación de la moneda, el que hace y produce un desequilibrio económico grande entre el valor real del antiguo bien y el precio que ha de restituirse, caso muy frecuente en el régimen legal de gananciales que establece la devolución del precio del bien propio vendido a la disolución del matrimonio y valorado en el momento de la venta.

En otros casos el legislador resuelve el caso concreto de restitución de un bien por el principio de equivalencia y no por el de procedencia propio de la subrogación real. Es el del artículo 645 Cc. que regula el caso de revocación de donaciones por supervivencia y superveniencia de hijos, en el que la voluntad del legislador está claramente expresada cuando dice: «se restituirán al donante los bienes donados o su valor si el donatario los hubiese vendido». El legislador, al contrario del artículo anterior, no aplica el principio de subrogación real, y por tanto no le interesa lo que ha sido del bien donado, ni si el donatario lo vendió o permutó por otro, ni por qué precio fue vendido o si lo vendió y el precio lo consumió o donó a su vez; nada de esto le interesa al legislador, que en este caso ha resuelto y hace llamamiento solamente al principio de equivalencia, sin más.

Otra razón de que la equivalencia no es condición de la subrogación real la tenemos en el régimen legal de gananciales, cuando razones más poderosas que la del equilibrio entre las masas patrimoniales que la componen, tienden a eximir a la subrogación real de un respeto estricto de la equivalencia. Es el caso de permuta de bienes propios cuando éstos son de diferente valor y existe un complemento económico y el caso

de compra de un bien en parte con dinero privativo de uno de los cónyuges y en parte con dinero ganancial; en estos casos y para evitar una indivisión, entre otras razones, se considera que el bien adquirido de este modo es propio o ganancial por completo, salvo el correspondiente reembolso a la masa patrimonial que había resultado acreedora de la otra. Podemos concluir que el derecho tiende a que se de entre los dos objetos la condición de equivalencia, pero que el principio de subrogación real, cuando es éste el establecido, sólo tiene en cuenta la condición de procedencia u origen, corriendo de cuenta del titular del derecho que la subrogación conserva el beneficio o perjuicio que pueden derivarse en cada caso concreto y según las circunstancias.

En cuanto al elemento estable de la subrogación real, el derecho real que por el principio de la subrogación real se traslada sobre el nuevo objeto que sustituye al antiguo, se traslada en toda su identidad y con todas sus características. Un derecho que recayera sólo sobre la individualidad psíquica o material de su objeto no podría trasladarse a otro bien sin detrimento del derecho mismo, por lo que en estos casos el principio de subrogación real sería incompatible con el derecho mismo. Para que un derecho pueda trasladarse del antiguo bien al nuevo que ha venido a sustituirlo, necesita considerar a este bien no sólo en su individualidad material y psíquica, sino también en su valor económico; por ello lo primero que es necesario investigar es si el derecho en cuestión es susceptible de recaer sobre otro bien sin alteración de sus cualidades y prerrogativas. El hecho de perder alguna de éstas no ha impedido al legislador y a la doctrina, en casos muy especiales, hacer llamamiento a la subrogación real, como en el caso de extensión del derecho de hipoteca sobre las indemnizaciones debidas por razón del bien hipotecado. En el derecho de hipoteca se dan los dos caracteres fundamentales de persecución y preferencia; en el caso de destrucción del inmueble hipotecado que da lugar a una indemnización por seguro, el derecho de hipoteca se extinguiría al desaparecer el objeto hipotecado, pero primero por convenio entre los particulares y después por nuestra Ley Hipotecaria, este derecho de hipoteca se traslada por subrogación real sobre la indemnización debida; pero en este caso el derecho de hipoteca al trasladarse habría perdido uno de sus caracteres fundamentales, el derecho de persecución, lo cual no ha impedido que el legislador, teniendo en cuenta sobre todo que la hipoteca es un derecho de realización en valor, un derecho de garantía y por razones poderosas de equidad y justicia, haya establecido la conservación de este derecho por el principio general de la subrogación real.

Otra caso de traslado de un derecho sobre el nuevo objeto que sus-

tituye al antiguo, pero perdiendo algunas de sus cualidades, lo tenemos en el traslado del derecho del arrendatario sobre el nuevo edificio construido por el propietario, establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto refundido de 28 de diciembre de 1964. La ley habla expresamente «del traslado del derecho y en igualdad de condiciones» y sin embargo la renta del arriendo anterior se modifica de acuerdo con las nuevas circunstancias. En este caso la aplicación de la subrogación real depende en última instancia de la voluntad de los particulares.

El hecho, por tanto, de que el derecho conservado por el principio de la subrogación pierda algunas de sus características, casi siempre en casos muy especiales, no impide el juego de este principio, siempre que el derecho pueda trasladarse sobre otro bien sin perder su esencia misma.

C) *Clases de subrogación real*

Ya hemos visto que tradicionalmente se han venido admitiendo dos grandes clasificaciones de la subrogación real: subrogación real general y especial, y subrogación real convencional y legal, además de otras menos importantes como subrogación perfecta e imperfecta, propia e impropia, o de primero y segundo grado.

La primera clasificación hemos visto que estaba basada en la idea de patrimonio único, universalidad jurídica, y más tarde, en el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 Cc. A partir de la teoría moderna, la mayoría de la doctrina, tanto nacional como extranjera, han rechazado como inútil la aplicación de la subrogación en este caso; la fungibilidad absoluta de los bienes en el patrimonio así considerado, va en contra del principio de subrogación real, éste sería completamente inútil, ya que sin acudir a él todos los bienes que de cualquier forma entren en el patrimonio del deudor sustituyendo o no a otro, quedarán afectos al pago del derecho de crédito. Por tanto, si esto ocurre normalmente, ¿por qué hacer llamamiento al principio de subrogación real que tiene carácter subsidiario? La subrogación real resulta aquí, no sólo inútil, sino innecesaria. Pero además de esta razón para no admitir la llamada subrogación real general, existe otra basada en la misma esencia del principio, y es que la subrogación real requiere y supone una fungibilidad relativa entre los bienes que constituyen un patrimonio; subrogación real y fungibilidad absoluta de los bienes son en el reciente concepto de subrogación real ideas contrapuestas.

ROCA SASTRE no niega la verdad de las alegaciones que la doctrina reciente alega para rechazar toda idea de subrogación real en todos

aquellos casos en los que se dan o se consideran los bienes de un patrimonio como bienes fungibles, pero a pesar de ello insiste en que «lo que ocurre es que, tratándose del patrimonio general de la persona, el juego de la subrogación real de tan general que es, se sobrentiende, de modo que casi huelga hablar de él, pero esto no quiere decir que deje de actuar la subrogación real confluyendo con la fungibilidad». Nosotros, con la mayoría de la doctrina reciente, nos preguntamos que si, como dice ROCA SASTRE, por la fungibilidad de los elementos del patrimonio, todos los bienes adquiridos por cualquier título entran automáticamente en el patrimonio, ¿por qué acudir al principio de la subrogación real para explicar un fenómeno que se produce perfectamente sin ella? Si por la misma idea del patrimonio, los nuevos bienes entran y se confunden con los antiguos y ocupan su lugar, ¿por qué llamar a la subrogación real, si lo que se persigue está ya hecho? Los bienes que se adquieren por otros, pertenecientes al patrimonio del deudor forman parte de éste, pero no por el principio de subrogación real, sino por su misma naturaleza jurídica y consideración de las partes. El que se llegue en apariencia al mismo resultado no quiere decir que las causas sean las mismas. Esta idea es la que expresa SANTORO PASSARELLI cuando dice que en muchas ocasiones se han confundido por la doctrina la idea de subrogación y sustitución; la primera, dice, es una sustitución que interesa como tal al derecho, mientras que la sustitución simple hace que, de hecho, una cosa subentre en lugar de otra, sin que al Derecho le importe tal sustitución. De aquí, termina SANTORO, que no es subrogación real la sustitución de una cosa por otra en una universalidad.

Por tanto, y de acuerdo con la doctrina reciente, nosotros rechazamos como inútil e innecesaria la idea de una subrogación real general fundada en la fungibilidad absoluta de los elementos del patrimonio. Este fue, sin embargo, el fundamento de la subrogación real en una primera etapa de su evolución histórica, pero hoy día el principio de la subrogación real ha llegado a tal grado de madurez que muy bien podemos decir que la subrogación real es siempre especial.

En cuanto a la clasificación también clásica, de subrogación real convencional y legal, consideramos que en realidad y en cada caso en que ella interviene, la subrogación es siempre legal, establecida expresamente por la ley o permitida por el Derecho en general o por la norma que rigen la institución jurídica en donde ella va a intervenir. Está claro que los particulares pueden establecer la subrogación real expresamente: así el testador que al establecer una sustitución fideicomisaria concede al fiduciario la facultad de enajenar los bienes fidei-

comitados con la obligación de invertir el precio en otros bienes seguros, o el donante que establece que en caso de incumplimiento de cargas por el donatario, éste le devolvería el mismo bien donado o el precio si lo hubiese vendido, o el caso de los cónyuges que establecen en capitulaciones matrimoniales una cláusula de empleo y reemplazo de los bienes de la mujer, etc. Pero en el fondo de todas estas subrogaciones convencionales, está el Derecho que las autoriza y permite, pues una subrogación real basada única y exclusivamente en la voluntad de las partes, sin respetar la condición principal de la subrogación real y la procedencia, no está permitida en nuestro Derecho Civil.

La subrogación real convencional tiene siempre sus límites. Está prohibida a los particulares en aquellas materias en las que, según los principios generales, no son de su competencia y también, cuando el establecerla va en contra de los fines de la institución en la que se pretende aplicar el principio o cuando es contraria a las normas que regulan el derecho que se trata de conservar. Por ejemplo, una subrogación real por el simple acuerdo de los cónyuges en un régimen de gananciales sin respetar el principio y la condición de procedencia de los bienes, iría en contra del espíritu de la institución y en contra de la prohibición impuesta por la ley de que los cónyuges se hagan donaciones recíprocamente durante el matrimonio.

En conclusión se puede afirmar que la subrogación real es siempre especial y legal y aunque intervengan y la estipulen los particulares expresamente, éstos la establecen porque la Ley lo permite y porque no va en contra de las leyes que regulan el derecho que se trata de conservar, pues en caso contrario está excluida y es nula automáticamente y de pleno derecho. En cuanto a las clasificaciones de la subrogación real perfecta o imperfecta, de primer grado y de segundo grado o propia e impropia, son más bien reminiscencias de un pasado de la evolución del principio de subrogación real, que no tiene razón de ser en la actualidad.

D) *Diferencia del principio general de subrogación real con otros principios y figuras jurídicas indiferentes a la idea de procedencia*

El principio general de subrogación real considera siempre la procedencia u origen de un bien de otro, por lo cual este principio se diferencia de la accesión, de la novación y, sobre todo, del principio general de enriquecimiento injusto en sus dos remedios: la acción *in rem verso* y la *condictio*.

a) Accesión y novación

En la accesión como en la subrogación real el derecho no se modifica, pues lo que cambia es el objeto, según la opinión dominante. Entre una y otra figura hay algunos puntos de contacto. No hay duda, dice CASTÁN TOBEÑAS, de que se produce en los casos más característicos de la accesión un desplazamiento de propiedad y, por consiguiente, una adquisición de ella (171). Pero hay que reconocer que en la propiedad nueva que se adquiere tiene gran influencia la propiedad preexistente: a) porque el que adquiere una cosa por accesión, la adquiere en virtud y como consecuencia del dominio que tenía sobre la otra; b) porque la cosa accesorio pierde su individualidad al unirse con la principal; c) porque, como dice BIANCHI, la adquisición de la cosa accesorio no depende de un nuevo título, de una nueva causa legal, sino que es el título mismo de propiedad de la cosa principal el que somete la accesorio al derecho de la misma persona.

En la accesión la procedencia del bien nuevo es indiferente y en cuanto a la individualidad del bien nuevo, en la accesión la pierde al fundirse con el antiguo de una manera inseparable; en la accesión la sustitución de un bien por otro no se da por la salida del antiguo del patrimonio de una persona y consiguiente entrada de otro nuevo que procede de aquél; en ésta el bien nuevo entra en virtud y como consecuencia del dominio que se tiene sobre el antiguo, pero entre éste y el nuevo no existe relación.

Como dice LAURIOL (172), en la accesión el bien nuevo y el antiguo no deben ser más que uno, corporal y funcionalmente; entre ellos existe una relación de destino; mientras que en la subrogación real, el contra-valor supone también una unidad, pero esta unidad no es material. Se trata de una unidad de valor entre el nuevo y el antiguo objeto; entre ellos lo que existe es una relación de procedencia. Estos dos procedimientos pueden, no obstante, completarse, como se ve claramente al estudiar los bienes propios de los cónyuges adquiridos por retracto.

La subrogación real y la novación extintiva, como su propio nombre indica, se diferencian rotundamente. La segunda supone la creación de una nueva obligación que viene a reemplazar a la antigua que ha desaparecido. La subrogación real es, por el contrario, un principio general de conservación. La novación tiene su campo de aplicación en

(171) CASTÁN TOBEÑAS, *Derechos reales en general*, tomo II, vol. I, págs. 241 y ss.

(172) Marc LAURIOL, *ob. cit.*, núms. 318-321.

las obligaciones, mientras que la subrogación real conserva derechos reales a pesar del cambio material de un objeto por otro que viene a sustituirlo (173).

- b) La subrogación real y el principio general de enriquecimiento injusto; acción *in rem verso* y *condictio*

Uno de los problemas más difíciles que se nos presentan al estudiar el principio de subrogación real es diferenciarlo del principio de enriquecimiento injusto. La subrogación real es un remedio más, junto con la acción *in rem verso* y la *condictio*, que evita y remedia un enriquecimiento injusto. Si estudiamos el principio de enriquecimiento injusto, nos llama la atención su evolución histórica tan parecida a la de nuestro principio, lo mismo que nos asombra la semejanza de las teorías que han intentado explicar el principio del enriquecimiento injusto y el de la subrogación real (174). Ambos principios se complementan, ocurriendo a veces, según veremos más adelante, que el legislador establece uno u otro subsidiariamente; primero la aplicación del principio de subrogación real y, a falta de pruebas suficientes o de dificultad grande, el principio de enriquecimiento injusto.

Para nosotros, tanto uno como otro principio han llegado ya a un grado de madurez por medio de la doctrina y jurisprudencia que es fácil identificar la diferencia entre uno y otro y cuándo el legislador o las partes han querido establecer un principio u otro, es decir, si han querido remediar el enriquecimiento injusto por el principio de equivalencia o por el principio de procedencia.

La diferencia fundamental entre ambos principios está en el distinto objeto del principio del enriquecimiento injusto y el de la subrogación real. Con la aplicación del primero, el perjudicado pretende que se le devuelva la misma cosa en naturaleza, pero cuando ésta no puede restituirse por haber desaparecido de su patrimonio, por haber pasado a terceros, por constituir servicios prestados, mejoras inseparables o cuando la devolución de la cosa implique un sacrificio desproporcionado, entonces y en estos casos, se le debe restituir el equivalente económico, como dice textualmente el artículo 818 BGB: «cuando la restitui-

(173) Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones en el Derecho español*, «Rev. Crít. Der. Inmob.», tomo XXXV, págs. 1 y ss.

(174) Jorge FÁBREGA, *El enriquecimiento sin causa*, Panamá, 1955.

Rafael NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934.

José PUIG PEÑA, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol. II, Barcelona, 1956, páginas 603 y ss. y 671 y ss.

Luis Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 1970, págs. 73 y ss.

ción no es posible en naturaleza el beneficiado debe restituir el valor». Por el contrario, cuando el legislador establece el principio de subrogación real pretende que se recupere, si no la cosa en naturaleza porque por cualquier circunstancia ello no puede ser, todo lo que proceda o se haya adquirido por medio de la cosa, todo lo que tiene su origen en la cosa, sin tener en cuenta si ello va a beneficiar o perjudicar al actor, que en este caso, corre con los riesgos.

Otra diferencia consiste en que el principio general de subrogación real va más allá del intento de prevenir o corregir este enriquecimiento mediante el recobro de todo lo que procede de la cosa originaria debida. Por este principio se traslada intacto, en su esencia, en su integridad, el derecho real de propiedad, hipoteca, usufructo, censo, etc., sobre el nuevo objeto que viene a sustituir al antiguo, bien a consecuencia de una venta válida, de una indemnización de seguros, etc.

Por tanto, y fundamentalmente, la subrogación real se diferencia de la acción *in rem verso* y de la *condictio* por dos principios: 1.º Por el principio de procedencia u origen. 2.º Por la conservación de los derechos a pesar del cambio del objeto. Pero a estas diferencias podemos añadir algunas semejanzas: 1.ª Los tres remedios, acción *in rem verso*, *condictio* y subrogación real, persiguen el mismo fin; evitar y la subrogación también prevenir (en el régimen de gananciales) un enriquecimiento injusto. 2.ª Los tres remedios están basados en principios de equidad y de justicia. 3.ª El origen y evolución de un principio y otro, como conducentes a un mismo fin, se entrecruzan a lo largo de su desarrollo histórico, lo que ha traído como consecuencia, a veces, que la doctrina los haya confundido. 4.ª Ambos principios tienen carácter subsidiario. 5.ª En ambos principios no sólo es necesario que se produzca el enriquecimiento injusto o desequilibrio económico injustificado, sino que es necesario también que se pruebe éste por todos los medios establecidos por el derecho en general; y 6.ª En ambos principios el enriquecimiento injusto o desequilibrio patrimonial se produce por actos válidos y lícitos.

También se diferencian estos dos principios de la acción de indemnización de daños y perjuicios. En esta acción su fundamento se encuentra en la noción de culpa e imputabilidad, elementos que no tienen consideración en el principio de enriquecimiento injusto ni en el de subrogación real que se produce por actos lícitos y válidos. En la acción de daños y perjuicios no es menester que el agente haya derivado beneficio alguno y, en cambio, en el enriquecimiento injusto y en la subrogación real es necesario probar, para que ambos prosperen, que se ha producido ese beneficio y que existe en manos del obligado un

bien que procede del antiguo objeto del derecho que la subrogación quiere conservar. En la acción de daños y perjuicios se necesita establecer la causalidad entre el agente y el daño; en el de enriquecimiento injusto, la correlación o correspondencia entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido, y en la subrogación real la relación de procedencia de un bien respecto a otro que ha sido vendido, expropiado, destruido, etc. La acción de daños y perjuicios descansa sobre la noción de culpa, mientras la del enriquecimiento injusto descansa en la noción de causa y la subrogación real en la noción de procedencia. La acción de daños y perjuicios se dirige a colocar al perjudicado en la misma situación que ocuparía si no hubiese ocurrido el acto dañoso; la del enriquecimiento injusto tenderá a darle al empobrecido el equivalente, estimación o enriquecimiento que en detrimento suyo, y sin justa causa, ha adquirido el enriquecido; y la subrogación real se dirige a conservar el derecho que existía sobre el antiguo objeto, trasladándolo en su integridad sobre el nuevo objeto que ha venido a sustituir al antiguo, del cual procede. En la acción de daños y perjuicios el hecho generador de éstos es imputable necesariamente a una persona distinta del perjudicado; el acto, hecho o fenómeno que produce la atribución patrimonial sin causa, puede ser causado por el mismo perjudicado, y en la subrogación real por un hecho de la naturaleza (inundaciones o terremotos, que dan lugar a indemnizaciones por el Estado), por la autoridad del Poder Público (expropiaciones), o por hechos de las partes, incluso de un tercero (indemnizaciones de responsabilidad), y por último, podemos señalar el carácter subsidiario de los dos últimos principios que no corresponden con el primero.

A pesar de estas diferencias, el hecho de que tanto la acción *in rem verso*, como la *condictio* o la subrogación real tienden a remediar, o también a prevenir, en el caso de esta última, un enriquecimiento injusto, ha ocasionado que, a veces, la doctrina los haya confundido. El mismo DEMOGUE (175), refiriéndose a los casos de venta de bienes hereditarios por el heredero aparente, de separación patrimonial o de venta por un *non domino* y adquisición por un tercero de buena fe, dice que puede ocurrir que en el momento en que se plantea la subrogación real, el precio está todavía debido o que se hayan comprado por medio de él otros bienes e incluso títulos de la renta pública. En algunos casos, dice, estos nuevos bienes pueden representar una suma igual al valor del bien primitivo; pero si pasa bastante tiempo, la igualdad entre el bien antiguo, su precio o los bienes adquiridos en reemplazo, pueden variar y, a veces, si se hace una buena inversión en efectos

(175) DEMOGUE, *ob. cit.*, págs. 296 y ss.

públicos o valores industriales, su valor es considerable respecto al antiguo, e igualmente puede ocurrir lo contrario. ¿Cómo resolver en este caso, se preguntó DEMOGUE, esta delicada cuestión? Claro está que si el valor del bien subrogado es mucho mayor que el antiguo, se pretenderá aplicar la subrogación real. Por esto DEMOGUE distingue, en el caso de acción de petición de herencia, si el heredero aparente es de mala o buena fe. En el segundo caso no está obligado el heredero aparente más que a la acción *in rem verso*, es decir, está obligado a aquello en lo que se enriqueció. Puesto que la venta es válida, es necesario, dice, proteger al propietario, no exponiéndolo a una pérdida pecuniaria, haciéndole volver a encontrar el equivalente desde el punto de vista material del que ha perdido.

Pero cuando los títulos comprados están devaluados, la subrogación real se vuelve contra el que se ha pretendido proteger. ¿Cómo admitir que el ausente que vuelve, el heredero verdadero, vea reducirse sus derechos, cuando se encuentra con ventas válidas, pero que el vendedor ha administrado mal? ¿Cómo hacerle sufrir las faltas del otro? ¿No será entonces la subrogación real un arma de doble filo? Para resolver el problema propone DEMOGUE que quizá el demandante pudiera elegir entre los bienes adquiridos en reemplazo o el precio de los bienes vendidos, pero ello no puede ser, reconoce él mismo, porque viola el principio de que el vendedor pagaría más que la acción *in rem verso* y no sería justo.

En caso de mala fe, propone DEMOGUE que el demandante podrá reclamarle todo el enriquecimiento e invocar un derecho real sobre el objeto adquirido en reemplazo. Pone el ejemplo de si un bien vendido valía 100 francos en el momento de la venta, y los títulos adquiridos en reemplazo del precio no valen más que 30, el demandante vendrá a ser acreedor por 70 francos, aplicando, por tanto, el principio de enriquecimiento injusto y el de subrogación real, y sólo el primero en el caso de que el heredero aparente hubiera actuado de buena fe.

Ya hemos visto cómo en la acción de petición de herencia en el Derecho romano clásico se hacía hincapié en que se debería restituir el precio del bien vendido, resaltándose, tanto en el Derecho romano clásico como en los tratadistas del Derecho común, el vínculo de procedencia, razón principal por la que el precio del bien hereditario era debido, lo mismo que el bien permutado por otro antiguo del caudal hereditario. A pesar de ello, algunos juristas franceses ven en este caso la aplicación del principio de enriquecimiento injusto, si bien algunas veces hablan de uno u otro indistintamente. Así, PAULMIER (176) señala

(176) PAULMIER, *ob. cit.*, págs. 5 y ss.

que el derecho que tiene el heredero de pedir el precio de la venta, no es porque este precio subrogue a la cosa hereditaria vendida, sino únicamente en virtud del principio de que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro. La restitución del precio tiene su causa, dice, en la aplicación de una regla de equidad y no en la idea de subrogación real. No es tanto el precio lo que se debe, sino el enriquecimiento.

Si el poseedor es de buena fe, sigue PAULMIER, lo que debe no es el precio (en contra del texto del Senadoconsulto Juvenciano), sino un valor representativo de la cosa, una indemnización por la venta. De la misma opinión es MERLIN (177), que dice que la máxima *in iudiciis universalibus...*, y por medio de ella, el heredero aparente está obligado al valor de las cosas que ha vendido por el principio del enriquecimiento injusto. Es abusar de los textos, dice, el suponer que se establece una verdadera subrogación en los fideicomisos universales. Para PLANIOL, el antiguo adagio *in iudiciis universalibus...*, es el sentido técnico de la acción en justicia, es decir, de la acción de enriquecimiento injusto. Tampoco AUBRY y RAU (178) tienen una idea clara de la diferencia entre el enriquecimiento injusto y la subrogación real.

La teoría del enriquecimiento, dice HENRY (179), no se confunde con la de la subrogación real, aunque estén frecuentemente asociadas, pero no dice en qué consisten las diferencias. MAGNILLAT (180) se refiere en una hipótesis de subrogación real, a que ésta tiene como fin evitar un enriquecimiento injusto, y DEMOGUE señala que la subrogación real es una consecuencia de la regla sobre enriquecimiento injusto. Una subrogación real, dice LAURIOL (181), tiende a evitar un enriquecimiento sin causa, actuando como medio preventivo, mientras que la acción *in rem verso* remedia un enriquecimiento injusto; por tanto, los dos tienden a alcanzar un equilibrio patrimonial. Ejercitando la acción *in rem verso*, lo que se reclama es la restitución de la ventaja patrimonial obtenida sin causa por el *accipiens*, es decir, un valor no individualizado, un valor determinado solamente por el montante y con carácter indemnizatorio, mientras que por la subrogación real se persigue el bien o valor individualizado por su origen y procedencia del antiguo, es decir, pone en marcha una noción subjetiva de equivalencia.

La subrogación real es, por tanto, un remedio más entre los establecidos tradicionalmente para prevenir y evitar un enriquecimiento injusto; para prevenir, p. ej., en el caso de la subrogación de los bienes

(177) MERLIN, *ob. cit.*, págs. 431 y ss.

(178) AUBRY y RAU, *ob. cit.*, tomo IX, págs. 340 y ss.

(179) A. HENRY, *ob. cit.*, págs. 307 y ss., 318 y ss. y 332 y ss.

(180) MAGNILLAT, *ob. cit.*, págs. 79 y ss.

(181) Marc LAURIOL, *ob. cit.*, tomo 1.º, núms. 324-337.

propios de uno de los esposos en el régimen legal de gananciales, en el que la subrogación real se produce durante el matrimonio; y para remediarlo, p. ej., en el caso del derecho de retorno del ascendiente donador (art. 812 C. c.) y en el caso de extensión de la hipoteca sobre las indemnizaciones debidas por destrucción del inmueble hipotecado.

Una vez establecida la diferencia y la relación de uno y otro principio por la unidad de fin, para saber cuál de los dos principios es el que se ha establecido no hay más que investigar en cada caso concreto cuál es la voluntad del legislador y cuál la de los particulares, sin olvidar que son principios complementarios y que, a veces, procede uno subsidiariamente respecto del otro.

E) *El valor interpretativo de la llamada subrogación real de valor*

Una vez establecida la diferencia entre el principio del enriquecimiento injusto y el principio de la subrogación real por la condición de equivalencia y procedencia que caracterizan a una y otra, es necesario que llamemos la atención sobre la expresión frecuentemente utilizada por la doctrina española de los últimos años de subrogación real de valor, expresión que, por otro lado, parece más propia de algunos autores de la teoría moderna, que pretendieron hacer de la subrogación real un simple principio económico, por medio del cual una riqueza antigua sustituía a una riqueza nueva, como hemos visto anteriormente.

En nuestra patria esta expresión ha sido utilizada por VALLET DE GOYTISOLO (182) y después por otros autores. La simple expresión de subrogación real de valor da una idea insuficiente del principio, pero al mismo tiempo que no abarca todo el fenómeno subrogatorio, puede llevarnos a una idea falsa del principio, fundamento, fin, elementos y, sobre todo, de la condición de la subrogación real.

Estudia VALLET DE GOYTISOLO este principio, como la totalidad de la doctrina reciente, como característico de los patrimonios especiales o de fin, distinguiendo tres clases de subrogación real: 1.^a La subrogación real *in universitate rerum*; 2.^a La subrogación real propiamente dicha, y 3.^a La subrogación real de valor. En la primera clase, y justamente, considera VALLET DE GOYTISOLO que la subrogación real en ella no es tal, sino una mera consecuencia de la determinación de los objetos *sub specie universitatis* por el hecho de hallarse integrados en el conjunto. En relación con la subrogación real propiamente dicha, en sus dos

(182) VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho civil*, Barcelona, 1963, páginas 140 y ss.: el patrimonio y la subrogación real.

especies—el precio en lugar de la cosa y la cosa en lugar de la cosa—, VALLET se muestra riguroso en extremo. Según él, la subrogación real propiamente dicha requiere la absoluta identificación de las monedas o el dinero con el que se hace la compra o viceversa, problema que, como ya hemos visto, fue tratado por los tratadistas del Derecho común y, con posterioridad, por los autores españoles anteriores a nuestro Código civil, resolviéndose en el sentido de que la subrogación real no requería, para ser considerada como tal, esa identificación absoluta, entre otras razones por el tráfico jurídico que, con la exigencia de esta identificación, se vería altamente perjudicado. En igual sentido se resuelven hoy día el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La finca comprada con dinero de la mujer, dice VALLET DE GOYTISOLO, tiene que ser con un dinero determinado, especificado; p. ej., con el dinero procedente de la venta de unos bienes y que ha quedado encima de la mesa del Notario, se ha comprado una finca; o el dinero producto de la venta de unos valores que se ingresan en una cuenta corriente contra la cual se dispone para pagar la finca comprada.

Pero donde nosotros vemos la inexactitud es en la consideración de la llamada subrogación real de valor, además de la insuficiencia del término. En este caso, dice el autor, la cosa que sale de la masa especial, viene sustituida por una cifra de valor. Pero nosotros preguntamos: ¿sólo por una cifra de valor sin más, por una cifra contable, como él mismo dice? Nos pone VALLET el ejemplo de la venta de un bien dotal que resulta sustituido en la relación en cuestión, a la hora de la liquidación, por una cifra contable correspondiente al valor que aquella cosa tenía, sea en el momento de su venta o bien en el momento en que fue tasada. Pero no por un valor sin más, decimos nosotros, sino por el precio de la cosa dotal vendida, por su valor individualizado por su procedencia, a pesar de que se confunda con el dinero común. No considerar esta condición—valor individualizado por su procedencia—hace insuficiente la expresión y, salvo recta interpretación, se nos presenta como impropia. A veces, cuando se dice que se aplica la llamada subrogación real de valor, no se está haciendo más que un llamamiento al principio de enriquecimiento injusto, como medida subsidiaria, al no haberse podido establecer el principio de subrogación real por insuficiencia de pruebas, por lo que se acude, en segunda instancia, al remedio de la equivalencia para evitar a toda costa un enriquecimiento injusto, por medio de la estimación o el simple valor sin atender ni considerar nada fuera de la equivalencia.

Pero no quiere esto decir, continúa VALLET DE GOYTISOLO, que haya

en este último caso una subrogación de la cosa por dinero, que tal vez no exista, y que no puede ser en sí objeto de subrogación real, en cuanto cosa fungible que se confunde con la masa total (a no ser que esté guardado en un sitio determinado, consignándose en este caso su numerario), sino que se trata de una subrogación de la cosa por su valor. Más bien, decimos nosotros, por el precio por el que fue vendido, que puede o no representar el equivalente económico exacto de la cosa dotal vendida.

La subrogación real, de acuerdo con la evolución histórica del principio, requiere la idea de valor económico de los bienes, pero este valor es necesario que esté identificado, y que el valor obtenido (precio) de un bien proceda de ese mismo bien, tenga su origen en él; porque lo mismo que la subrogación real no se puede dar si se considera la individualidad material de los bienes absolutamente, tampoco es posible considerando a los bienes solamente como valores económicos. La subrogación real quiere ambas consideraciones: individualidad material y valor económico de los bienes; los objetos de los derechos reales conservados por el principio de subrogación real están considerados en su individualidad material y en su valor, la idea de valor individualizado, por su procedencia lo atestigua.

Resumiendo, la expresión *subrogación en valor*, así considerada, da una idea impropia e insuficiente del principio general de subrogación real y de los principios que la rigen, además de que puede ser causa de confusión que impida el verdadero conocimiento de lo que ésta es.

M.^a LUISA MARÍN PADILLA

Doctor en Derecho
Profesor Adj. I. de Derecho Civil

JURISPRUDENCIA



Resoluciones y sentencias

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

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

12. PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS ENTIDADES URBANÍSTICAS COLABORADORAS. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO ADMINISTRATIVO: NO ES SUSCEPTIBLE DE ANOTACIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EL MANDAMIENTO DE EMBARGO DECRETADO POR EL AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA A FAVOR DE UNA ENTIDAD URBANÍSTICA COLABORADORA, CUYOS ESTATUTOS YA HABÍAN SIDO APROBADOS POR LA COMISIÓN PROVINCIAL DE URBANISMO, MIENTRAS NO SEA INSCRITA EN EL REGISTRO DE ENTIDADES COLABORADORAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE URBANISMO Y SE JUSTIFIQUE SUFICIENTEMENTE EL CUMPLIMIENTO DE ESE REQUISITO EN TIEMPO HÁBIL PARA SU CALIFICACIÓN.

Resolución de 15 de marzo de 1975 (B. O. del E. de 17 de abril).

A) *Antecedentes de hecho.*—De conformidad con lo dispuesto en la Ley del Suelo y Ordenación Urbana y Reglamento de Reparcelaciones se constituyó la Entidad Urbanística Colaboradora denominada «Comunidad de Propietarios de la Urbanización Marbesa», siendo aprobados sus Estatutos por el Ayuntamiento de Marbella con fecha 3 de marzo de 1972,

y definitivamente por la Comisión Provincial de Urbanismo de Málaga el 15 de abril del mismo año, pero sin que se hubiera producido su inscripción en el Registro de Entidades Colaboradoras de la Dirección General de Urbanismo. La Empresa «Contracta», asociada a la Comunidad, no satisfizo las cuotas correspondientes, que ascendían a la cantidad de 317.700 pesetas de principal, por lo que, a solicitud de la Entidad Colaboradora, el Ayuntamiento de Málaga decretó mandamiento de embargo sobre una finca perteneciente a la Entidad deudora, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 211 de la Ley del Suelo.

Recibido en el Registro el citado mandamiento, fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la anotación preventiva de embargo ordenada en el precedente mandamiento por carecer la 'Comunidad de Propietarios Marbesa' de personalidad jurídica activa para figurar como titular de un asiento registral. Insubsanable.»

Interpuesto recurso gubernativo contra la anterior calificación por don Fritz Koeller, como Presidente de la «Comunidad de Propietarios Marbesa», el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, subrayando el criterio de que la personalidad y capacidad del que pretende un asiento en el Registro no se presume, sino que debe acreditarse con la documentación precisa al presentar el título. Y la Dirección General confirma el auto apelado y la nota del Registrador basándose en los siguientes considerandos (1):

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Que las Entidades Urbanísticas de Compensación, cuya constitución podrá ser impuesta o aprobada por el Órgano urbanístico competente—artículo 38 del Decreto de 7 de abril de 1966—, gozarán de personalidad jurídica desde la inscripción del acuerdo aprobatorio en el Registro General de Entidades Urbanísticas Colaboradoras, que se lleva en la Dirección General de Urbanismo—artículo 39—, y tienen carácter jurídico-administrativo, con la misión de colaborar con el Órgano bajo cuya tutela actúen o controle su gestión.

Que entre las diversas funciones que competen a dichas Entidades se encuentra la de velar por la buena conservación de los elementos e instalaciones comunes de la urbanización, así como la de las zonas verdes y espacios libres de uso público, pudiendo percibir las cuotas correspondientes—artículo 48 del mencionado Decreto—en lugar de los Ayuntamientos u Órganos que les sustituyan, en tanto no transcurra el plazo de los beneficios que con fundamento en la Ley del Suelo se le hayan concedido, y con la facultad de utilizar el procedimiento administrativo de apremio, de conformidad con el artículo 211, 3.º, de la misma Ley en caso de impago de las cuotas.

Que en el supuesto de este recurso, la Entidad Urbanística Colaboradora denominada «Comunidad de Propietarios Marbesa»—todavía no inscrita en el Registro General de la Dirección de Urbanismo—, en base al mencionado artículo 211 de la Ley del Suelo, solicita del Ayuntamiento de Marbella que utilice la ejecución forzosa y la vía de apremio para el cobro de las cuotas que adeuda uno de los propietarios, e instruido el correspondiente expediente se expide el mandamiento objeto de la calificación registral.

Que se está, por tanto, ante la calificación de un documento administrativo, a los que, según reiterada jurisprudencia de este Centro, se les ha de aplicar las mismas reglas—artículo 99 del Reglamento Hipotecario—que a los documentos judiciales, si bien gozan los Registradores de un mayor rigor para el ejercicio de la función calificadora, pues son

(1) En los «Vistos» de esta Resolución se recogen los artículos 18, 72 y 73 de la Ley Hipotecaria; 25, 99, 127 y 165 del Reglamento para su ejecución; 77 y 211 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956; 3, 38, 39, 40 y 48 del Reglamento de Reparcelaciones de Suelo de 7 de abril de 1966; el Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968; y las Resoluciones del Centro Directivo de 5 de marzo de 1953 y 20 de marzo de 1964.

más amplias sus atribuciones, en particular si se trata de ejecuciones administrativas contra deudores por el concepto de contribuciones, en donde han de examinar, como, entre otras, pusieron de relieve las Resoluciones de 5 de marzo de 1953 y 20 de marzo de 1964, si se cumplieron los trámites esenciales del procedimiento.

Que debe extremarse todavía más el cuidado cuando, como en el caso que se examina, la autoridad que decreta el embargo no lo hace a favor de la Hacienda Pública, supuesto normal, sino a favor de Entidades particulares, a las que excepcionalmente corresponde el derecho de poder acudir para el cobro de sus créditos frente a sus asociados a un procedimiento tan singular, que no tiene parangón en casos similares, como sucede en la Ley de Propiedad Horizontal, en donde para el cobro de los gastos comunes, a los que todo propietario tiene que contribuir—artículo 9, 5.º—, ha de acudirse por la Junta a la vía judicial.

Que por no haberse planteado en la nota discutida, no se entra en el examen de si en el escueto mandamiento de embargo expedido se cumplieron los trámites esenciales del procedimiento de apremio regulado en el Reglamento General de Recaudación, y en especial la práctica de notificaciones al deudor, a que se refiere el artículo 99 de dicho texto legal, todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al artículo 127 del Reglamento Hipotecario, y teniendo en cuenta además que algunos de los documentos no le fueron presentados en tiempo y forma oportunos, pueda alegar nuevos defectos no comprendidos en la presente calificación.

Que de los artículos 72 y 73 de la Ley Hipotecaria se deduce que las anotaciones deben contener las circunstancias que se exigen para las inscripciones, y si son ordenadas en mandamiento judicial, cuando resulten de los títulos y documentos que se hayan tenido a la vista para dictar la providencia de anotación, criterio este último que tiene su fundamento en la cooperación con la Administración de Justicia, y por eso no parece que en tal clase de documentos deba entrar a calificar el Registrador la personalidad del demandante o embargante, que ya habrá sido examinada por el Tribunal o autoridad judicial competente; pero frente a este justificado criterio, la alegación hecha por el recurrente en el escrito de apelación de que por el mismo motivo debe limitarse el funcionario calificador a examinar la legalidad del mandamiento de embargo librado por el Avuntamiento sin entrar a discutir una personalidad que esta autoridad administrativa le tiene reconocida, la prevención adoptada por el Registrador aparece sobradamente justificada: a) por el reconocimiento expreso que la propia Entidad Urbanística hace al interponer el recurso de encontrarse en vías de gestación, al estar aprobada su constitución por el Ayuntamiento de Marbella y la Comisión Provincial de Urbanismo de Málaga y faltar la inscripción en el Registro del Ministerio de la Vivienda; b) porque un procedimiento tan excepcional establecido para el cobro de unas cuotas exige como contrapartida el cumplimiento por parte del acreedor de todos los requisitos legales.

C) COMENTARIO.—A diferencia de lo que ocurría en otros tiempos, en la propiedad urbana actual se observa la existencia de un elemento colectivo o comunitario cada vez más intenso y desarrollado. Como manifestaciones elementales de este fenómeno podríamos recordar, en el plano más general, la permanente intervención del Estado o de las Entidades Municipales en los procesos de urbanización, y en el plano más concreto e institucional, la necesidad de regular las relaciones que afectan a las Comunidades de Propietarios establecidas sobre los elementos comunes de esa compleja propiedad urbana. Así se aprecia, por ejemplo, en los Estatutos de la propiedad horizontal o de las urbanizaciones privadas.

Ese elemento comunitario se traduce muchas veces en la necesaria organización de una comunidad o junta de personas afectadas por la titu-

laridad común resultante de la propiedad de cada uno de los elementos susceptibles de aprovechamiento separado (pisos, parcelas). Problema de titularidades *ob rem* o derechos subjetivamente reales y obligaciones *propter rem* vinculadas a la titularidad activa del derecho principal. En este sentido podemos señalar, como ejemplo nada nuevo dentro de la configuración de las fincas urbanas y de la regulación de su tráfico jurídico, la existencia de la comunidad de los propietarios de las varias parcelas respecto al disfrute y sostenimiento de los gastos de los elementos que resultan comunes a todos ellos: calles, escuela, iglesia, mercado, instalaciones deportivas, etc.

La cotitularidad de ahí resultante, necesariamente derivada de la estructura y finalidad de los aprovechamientos individuales, plantea a su vez un importante problema de técnica jurídica: si esa colectividad va a funcionar como tal comunidad de bienes, o si va a estar dotada de personalidad jurídica. Es decir, si la comunidad resultante, al margen de la configuración individual de cada uno de los propietarios separados, puede actuar como una organización unitaria, dotada de órganos de funcionamiento, gestión y administración, y susceptible de ser titular de derechos y obligaciones en forma independiente de cada uno de sus miembros.

Desarrollando lo establecido en la Ley del Suelo (texto primitivo de 12 de mayo de 1956, anterior a su reciente reforma por Ley 19/1975, de 2 de mayo), los artículos 38 y 39 del Reglamento de Reparcelaciones (aprobado por Decreto 1006/1966, de 7 de abril) reconocieron personalidad jurídica a las Entidades Urbanísticas de Compensación, siempre que estén inscritas en el Registro General de Entidades Urbanísticas Colaboradoras, establecido en la Dirección General de Urbanismo. Sin entrar ahora en el examen de otras cuestiones relacionadas con esta importante disciplina normativa (2), es lo cierto que en el terreno del Derecho positivo, las Entidades Urbanísticas de Compensación, constituidas válidamente de acuerdo con la Ley del Suelo y el Reglamento de Reparcelaciones vigente e inscritas en el Registro correspondiente, gozan de personalidad jurídica desde el momento de su inscripción.

El problema de fondo planteado en el presente recurso hace referencia a la adquisición de personalidad jurídica por la Comunidad de Propietarios de una urbanización particular, constituida como Entidad Urbanística Colaboradora, y a la justificación de aquella cualidad de persona jurídica. Todo ello en relación con el embargo a su favor decretado por el Ayuntamiento de Málaga sobre una finca de una de las Empresas asociadas a la Comunidad, que no había pagado su cuota correspondiente; y, específicamente, con la posible anotación en el Registro del embargo administrativo así trabado. Cuestión, pues, de acreditar suficientemente ante el Registrador la personalidad jurídica de la Entidad acreedora.

(2) La naturaleza jurídico-administrativa de estas Entidades Urbanísticas, su finalidad y sus tipos, su constitución voluntaria o forzosa; los requisitos y naturaleza del acto constitutivo, así como el control y homologación administrativa de su constitución; el carácter administrativo o no del Registro de Entidades Urbanísticas; la naturaleza constitutiva de la inscripción como requisito para la atribución de personalidad jurídica independiente; el objeto de la inscripción, la calificación previa a la misma y sus efectos; la mayor o menor amplitud de las Entidades susceptibles de inscripción, los fines de publicidad que con ellas se obtienen, además de su carácter constitutivo, la conexión entre el Registro administrativo aludido y el Registro Mercantil, la justificación político-legislativa de ese reconocimiento de personalidad jurídica y de sus requisitos, etc.

Para el estudio de las distintas clases de Asociaciones Urbanísticas (para la ejecución de una obra urbanizadora programada o para la conservación de la obra ya ejecutada) y de su inscribibilidad general en el Registro de Entidades Urbanísticas, al margen del específico tipo de las Juntas de Compensación, véanse el Dictamen del Consejo de Estado de 6 de febrero de 1975 sobre la posible inscripción de las Asociaciones de Propietarios en el Registro General de Entidades Urbanísticas Colaboradoras, y el estudio de JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ «Sobre la personalidad y el acceso al Registro de las Entidades Urbanísticas Colaboradoras», ambos en RDU (*Revista de Derecho Urbanístico*), número 43, mayo-junio de 1975, págs. 71-97 y 13-19.

La necesaria precisión y determinación de los tres elementos que estructuralmente integran la relación jurídica registral—sujeto, objeto y contenido—se proyecta también, y con todo rigor, respecto al sujeto de esa relación jurídica: titular del derecho o persona a cuyo favor se formaliza el asiento correspondiente. El titular registral es elemento tan importante o incluso más que el contenido de facultades que integran el derecho inscrito—siempre difícil de precisar y calificar en su eficacia real—o que la finca sobre la cual ese derecho se proyecta. En el plano dogmático, la teoría del titular registral es uno de los capítulos fundamentales del Derecho registral.

Cuando el que pretende convertirse en titular registral es una persona jurídica, entonces debe justificarse el adecuado cumplimiento de todos los requisitos legales necesarios para gozar de esa personalidad independiente (3). No se trata ya de actuar como persona jurídica, ni siquiera de serlo legalmente, sino de acreditar suficientemente esa cualidad ante el Registrador para que el asiento solicitado pueda practicarse. Como es bien sabido, y a pesar de la compleja y distinta regulación que afecta a cada clase específica de persona jurídica, de todos aquellos requisitos, uno de los más relevantes y generalizados es el de la necesaria inscripción en un Registro público. En línea de principio, resulta inadmisibles concebir la atribución de personalidad jurídica a una Asociación o grupo de personas si no consta oficialmente formalizada en el Registro público correspondiente. Ello tanto por la necesidad de controlar adecuadamente el cumplimiento de las exigencias legales para gozar de la personificación, cuanto por las repercusiones que el ente así creado tiene en sus relaciones con las demás personas. De ahí que la inscripción determinante de esa personalidad jurídica y la publicidad registral que con ella se exterioriza tengan normalmente eficacia constitutiva, y no meramente oponible en el tráfico frente a los terceros (4).

En el presente caso, y dando por supuesta la posibilidad de trabar embargo en procedimiento administrativo de apremio a favor de la Comunidad de Propietarios de la Urbanización, de acuerdo con el artículo 211 de la Ley del Suelo, la cuestión concreta suscitada era la de acreditar la personalidad jurídica de la Entidad Urbanística acreedora. No habiéndose realizado su inscripción en el Registro General de Entidades Urbanísticas, a pesar de la aprobación administrativa definitiva de sus Estatutos, resulta claro que no se había cumplido la exigencia establecida en el artículo 39, 1.ª, del Reglamento de Reparcelaciones; que, por tanto, no podía gozar de personalidad jurídica; y que no era susceptible de anotación en el Registro el embargo trabado a su favor en esas condiciones. De modo que se nos aparece perfectamente justificada la calificación negativa del Registrador, al denegar la anotación preventiva de embargo solicitada, y la doctrina de la Dirección General contenida en el presente recurso, al confirmar la nota del Registrador e impedir dicha anotación preventiva, mientras no se justificara suficientemente la adquisición de personalidad jurídica por parte de la entidad a cuyo favor se traba el embargo en el expediente administrativo correspondiente.

A pesar de que en este recurso la solución negativa impuesta por el Centro Directivo parece irreproachable, la complejidad del caso discutido

(3) Sobre tales extremos deberá proyectarse la calificación registral. El juicio de valor que realiza el Registrador al ejercer su función calificador se extiende a la «capacidad de los otorgantes» (artículo 18 L. H.), expresión ésta que puede estimarse sinónima de personalidad jurídica cuando se hace referencia a este tipo de entidades.

(4) Como manifestación legal de ese condicionamiento institucional recordemos las funciones del Registro Mercantil, del Registro de Asociaciones (Ley de 1964) o del Registro de Cooperativas (Ley de 1974). Más dudoso es el problema vinculado a la personalidad jurídica de las sociedades civiles, en relación con la interpretación del artículo 1.669 del Código civil. Confróntese al respecto la autorizada opinión del profesor FEDERICO DE CASTRO en *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, páginas 83-85.

apunta a otros varios problemas conexos, no siempre tan claros de perfiles, como fácilmente se descubre al leer los Considerandos. Señalemos en breve resumen, antes de terminar, alguna de esas cuestiones complementarias:

a) La entidad acreedora y solicitante de la anotación de embargo era la «Comunidad de Propietarios de la Urbanización Marbesa». Como se desprende de su propia denominación, y especialmente se reconoce en el segundo de los Considerandos transcritos, las finalidades que cumplen estas Comunidades o Asociaciones de Propietarios son, entre otras y principalmente, las de atender a la conservación y administración de los elementos comunes de la urbanización. De ahí su necesidad en estas realidades urbanísticas comunitarias y el reconocimiento legal de su existencia y funcionamiento independiente a través de la atribución de personalidad jurídica en determinadas condiciones.

Para ello es necesario la inscripción en el Registro correspondiente. Pues bien, el artículo 39 del Reglamento de Reparcelaciones permite la inscripción en el Registro General de Entidades Urbanísticas Colaboradoras a «las Entidades Urbanísticas a que se refiere este Reglamento». Pero el artículo 38, párrafo uno, del mismo Reglamento sólo contempla la figura de las Entidades Urbanísticas de Compensación. ¿Quiere ello decir que sólo gozarán de personalidad jurídica estas últimas Entidades? ¿O, por el contrario, serán susceptibles de inscripción en aquel Registro especial cualesquiera Entidades Urbanísticas y, por tanto, también las Asociaciones de Propietarios creadas para aquellas finalidades?

El tema, dudoso en el terreno interpretativo, encierra una indudable importancia práctica y ha sido objeto de un reciente y documentado dictamen por parte del Consejo de Estado (5). En el estudio que precede a la opinión del alto Cuerpo Consultivo, y al interpretar los preceptos del Reglamento de Reparcelaciones, se afirma que pueden inscribirse en el Registro General de Entidades Urbanísticas Colaboradoras tanto las Entidades Urbanísticas de Compensación, cuya constitución es aprobada o impuesta por el Órgano competente, como las Entidades Urbanísticas colaboradoras, constituidas voluntariamente por los propietarios afectados por un Plan parcial de Ordenación, que tengan por objeto practicar la reparcelación de los terrenos y todas las operaciones relacionadas con la urbanización (art. 38, 1, 2 y 3). De otra parte, se estima que no hay en la Ley del Suelo que contradiga este criterio, según el cual la inscripción en aquel Registro no se limita a las Entidades Urbanísticas de Compensación, y que dicho Registro no está regulado especialmente en esa Ley. Para terminar dictaminando: 1.º Que son inscribibles en el Registro General de Entidades Urbanísticas Colaboradoras todas las Asociaciones de Propietarios para ejecutar la obra urbanizadora a que se refiere la Ley del Suelo. 2.º Que son igualmente inscribibles las *Asociaciones de Propietarios para la conservación de la obra urbanizadora* que se constituyan en las urbanizaciones particulares, a que se refiere el artículo 41 de la Ley del Suelo.

Personalmente, nos adherimos a esta autorizada opinión. Porque aparte las dificultades legales que plantea en orden a justificar legalmente el reconocimiento de esa personalidad y la precisa determinación de sus requisitos, todo lo cual es imprescindible y debe armonizarse con el criterio contenido en nuestros cuerpos legales fundamentales (art. 35 del Código civil y arts. 23 y 26 de la L.R.J.A.E.), sin embargo, parece la solución más adecuada. En atención a la realidad social de las urbanizaciones privadas y a la necesidad de que las Asociaciones de Propietarios así establecidas para la conservación de la urbanización funcionen con inde-

(5) Vid su texto en RDU, núm. 43, mayo-junio 1975, págs 71-79, referido en la precedente nota 2 de este comentario.

pendencia jurídica. Siempre, claro, que esa personalidad jurídica resulte legalmente reconocida y estén suficientemente regulados los requisitos necesarios para su reconocimiento.

En consecuencia, siempre que la «Comunidad de Propietarios de la Urbanización Marbesa» se hubiera inscrito en el Registro de Entidades Colaboradoras debería gozar de personalidad jurídica y podría ser titular registral de la anotación preventiva de embargo solicitada.

b) Si el embargo hubiera sido realizado en un procedimiento judicial, ¿podría extenderse la calificación registral del mandamiento correspondiente al análisis de la personalidad jurídica de la Entidad acreedora que va a la ejecución? ¿O bastará con que el Juez la dé por acreditada en el procedimiento sin necesidad de referir en el mandamiento los datos que justifiquen esa personalidad?

A diferencia de la amplitud reconocida a la función calificadora en general—artículo 18 de la Ley Hipotecaria: legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, capacidad de los otorgantes, validez de los actos dispositivos—, la calificación de los documentos judiciales resulta regulada con mayores limitaciones—artículo 99 del Reglamento Hipotecario: competencia del Juzgado o Tribunal, congruencia de lo mandado, formalidades del documento y obstáculos derivados del Registro—. La aplicación práctica de este precepto y demás concordantes, así como su armonización con aquel criterio general, plantea no pequeños problemas. Hasta el punto de que el tema de la calificación de los documentos judiciales ha sido uno de los más controvertidos y necesitado de amplio desarrollo jurisprudencial.

En el caso concreto planteado, y a pesar del estrecho cauce reglamentario referido, nos inclinamos a pensar que el Registrador debe poder examinar la personalidad jurídica de la Entidad acreedora. Ciertamente el Juez no puede ordenar el embargo si no le consta previamente que quien lo solicita, cuando no es persona física, goza de personalidad jurídica. Y que cuando se trata de un problema de fondo que afecta a la capacidad procesal del solicitante y a la validez del acto procesal correspondiente, no debe ser revisado por el Registrador. Pero no es menos cierto que, aun supuesta esa personalidad jurídica de la Entidad acreedora, debe ser justificada o acreditada ante el Registrador para el despacho del mandamiento. No tanto porque se resuelva y decida sobre esa personalidad en trámite de calificación, cuanto porque esos datos que la acrediten deben constar en el Registro: por la seguridad que así se otorga *erga omnes* al embargo trabado sobre una finca registral, por la necesidad de exactitud y claridad en los asientos, y por la concordancia entre los Registros públicos. Si se recuerda que normalmente la adquisición de personalidad deriva de la inscripción en el Registro correspondiente. Y que la forma de acreditar aquélla resulta de la exhibición de sus datos registrales.

Siendo todo esto así en materia de embargos judiciales, con doble motivo lo será cuando se trate de un embargo administrativo. Y ello con independencia de que el embargo referido lo sea o no a favor de Entidades particulares. Aunque la excepcionalidad del caso así planteado aconseja, con mayor razón aún, extremar la calificación registral. Como acertadamente señala la Dirección General en los Considerandos cuarto y quinto.

c) Si en toda inscripción debe constar, como circunstancia esencial de la misma determinante de su validez formal, la persona jurídica a cuyo favor se haga cuando sea esta última titular registral (art. 9, 4.º, de la Ley Hipotecaria), parece razonable establecer que en tales casos la persona jurídica, aparte su domicilio y persona física que la represente en el acto inscribible (art. 51, 9.º, del Reglamento Hipotecario), deberá identificarse por los datos de su inscripción en el Registro público correspondiente.

Como forma de acreditar frente a todos su cualidad de tal persona jurídica, como dato de identificación y como requisito de su naturaleza. De modo que la inscripción hecha a favor de una sociedad anónima, pongo por ejemplo, deberá contener las circunstancias de su inscripción en el Registro Mercantil.

Pero el artículo 72 de la Ley Hipotecaria determina que los asientos de anotación preventiva contendrán las mismas circunstancias exigidas para las inscripciones «en cuanto resulten de los títulos o documentos presentados». También la inteligencia de este impreciso precepto plantea algunas dificultades. ¿Cómo establecer la necesidad legal de un requisito, si al mismo tiempo se hace depender éste de que se haya cumplido o no en el documento antecedente? Si en el mandamiento judicial de embargo se ha omitido alguna circunstancia esencial, ¿también entonces deberá extenderse la anotación? (6).

Como resumen de esta espinosa cuestión creemos que una norma tan especial debe ser interpretada restrictivamente. Que las anotaciones preventivas en general, y las de embargo en particular, como asientos registrales que son y medios técnicos de formalización de la relación jurídica registral correspondiente, deben contener unas circunstancias mínimas e inderogables. Que la adecuada determinación del titular registral es esencial para la validez del asiento. Y que, por tanto, cuando la Entidad a cuyo favor se traba el embargo es una persona jurídica, la anotación preventiva debe contener los datos que justifiquen esa personalidad jurídica. Es decir, los de su inscripción en el Registro correspondiente.

M. A. G.

(6) Véase igualmente el artículo 73 L. H., que suaviza todavía más esa exigencia formal.

13. ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE DONACIÓN DE UN PADRE VIUDO A SUS HIJOS (AUN CON RESERVA DEL USUFRUCTO VITALICIO) SIN EXPRESA LIQUIDACIÓN DE LAS SOCIEDADES CONYUGALES RESPECTO DE LAS FINCAS DONADAS, A PESAR DE TENER ÉSTAS, EN EL REGISTRO, CARÁCTER GANANCIAL O PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL, SI COMPARECEN TODOS LOS HEREDEROS DE LAS DOS ESPOSAS DEL DONANTE COMO DONATARIOS Y ADEMÁS PARA ASEVERAR QUE TENÍAN CARÁCTER PRIVATIVO LAS FINCAS POR TENERLO EL PRECIO DE SU ADQUISICIÓN POR COMPRA; PORQUE AUNQUE TAL ASEVERACIÓN UNÁNIME NO PUEDA CONSIDERARSE CONFESIÓN, APTA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 1.407 DEL CÓDIGO CIVIL, UNIDA A LA CIRCUNSTANCIA DE NO HABER SIDO INCLUIDAS EN LAS ESCRITURAS PARTICIONALES DE LAS HERENCIAS DE LAS ESPOSAS, IMPLICA UNA PRESUNCIÓN DE HECHO (ART. 1.253 DEL MISMO CÓDIGO) CAPAZ DE DESTRUIR AQUÉLLA.

Y NO ES IMPRESCINDIBLE ACOMPAÑAR DICHAS ESCRITURAS PARTICIONALES, AUNQUE LA CALIFICADA SE DENOMINE POR EL NOTARIO COMO ACLARATORIA DE OTRAS DE HERENCIA, Y DONACIÓN, PORQUE, ESTANDO INSCRITAS, FIGURA SU CONTENIDO EN EL REGISTRO CON LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA LA CALIFICACIÓN Y SIN CONSTAR OPERACIÓN ALGUNA EN RELACIÓN A LAS FINCAS DONADAS.

Resolución de 18 de junio de 1975.

Antecedentes de hecho.—Don Salvador Puche García estuvo casado en primeras nupcias con doña Isabel Parra Puche, fallecida en 1949, dejando de este matrimonio tres hijos: doña Isabel, don Salvador y doña María Dolores Puche Parra, que fueron declarados herederos abintestato de su madre, otorgándose la correspondiente escritura de aceptación de herencia el 18 de diciembre de 1969 ante el entonces Notario de Cuartell don Cristóbal Guardiola Gironés; el mencionado don Salvador se casó en segundas nupcias con doña María Gómez Ruiz, fallecida el 8 de octubre de 1961 sin descendientes y bajo testamento abierto, en el que además de establecer diversos legados a favor de su hermano don Luis Gómez Ruiz y de las ya citadas doña María Dolores y doña Isabel Puche Parra, instituyó heredera a esta última, otorgándose la escritura de liquidación de herencia y entrega de legados el 22 de junio de 1962 ante el mismo Notario citado; en las referidas escrituras no se incluyeron cuatro fincas, tres de ellas rústicas, y la cuarta, un solar edificable, en la que con ma-

teriales propios y a su costa ha construido una casa, porque si bien las había adquirido don Salvador Puche García por compra, constante sus respectivos matrimonios, el precio lo satisfizo con dinero privativo, como así figura ya respecto de una en la escritura de compra y como así lo declara el señor Puche y lo confirman respecto de todas las fincas sus tres hijos, en la escritura de 26 de junio de 1973, objeto de la nota de calificación, por lo que las referidas fincas las consideran los interesados como bienes propios del comprador; en la mencionada escritura don Salvador Puche García además dona las referidas fincas, de ellas las descritas bajo los números 1 y 2, a su hija doña Isabel, y las descritas bajo los números 3 y 4 a sus hijos don Salvador y doña Dolores por mitad, reservándose el donante el usufructo vitalicio de la casa donada a su hija doña Isabel.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Sagunto primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota:

«Suspendida la inscripción del precedente documento:

Primero.—Por no presentar las escrituras de partición de bienes otorgadas el 18 de diciembre de 1969 y 22 de junio de 1962 ante el Notario don Cristóbal Guardiola Gironés, necesarios para calificar la presente.

Segundo.—No se puede admitir la manifestación de ser privativos del viudo las fincas descritas bajo los números 1, 3 y 4 del precedente documento por aparecer inscritas como gananciales en el Registro y sin hacerse en las respectivas inscripciones manifestación alguna de ser privativas del señor Puche García.

Tercero.—Consecuencia de lo anterior es necesario practicar las correspondientes liquidaciones de las respectivas sociedades conyugales disueltas.

Cuarto.—No se ha acreditado que la casa se haya construido en estado de viudez por don Salvador Puche García. Los defectos son subsanables.»

El Notario autorizante de la escritura, don Julio Vázquez Velasco, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en cuanto al primer defecto no se ve la razón de que sea necesaria la presentación de las escrituras de herencia otorgadas al fallecimiento de las dos esposas de don Salvador Puche, ya que se parte del hecho indudable de que en las mismas no se han incluido las fincas que se describen en la escritura objeto de debate, pero que tales escrituras matrices se han tenido a la vista al redactar éstas; que respecto al segundo defecto ha de considerarse que la presunción de ganancialidad establecida por el artículo 1.407 del Código civil no puede tomarse aisladamente, debiendo relacionar este artículo con el 1.401, que define cuáles son los bienes privativos, y que del examen conjunto de estos preceptos se llega a la conclusión de que ni en el artículo 1.407 se puede ver una nueva fuente de bienes gananciales ni tampoco una preferencia del legislador por atribuir el carácter de ganancialidad a los bienes del matrimonio, limitándose a establecer una presunción para evitar que se altere arbitrariamente la composición de los patrimonios en juego, en perjuicio de los intereses de los propios cónyuges y de las cargas y responsabilidades a que están afectos los bienes de la sociedad conyugal; que se presume que las adquisiciones se hacen a costa de la sociedad conyugal o con fondos comunes, pero que esta presunción es *iuris tantum*, por lo que siempre que se pueda probar la procedencia privativa del dinero de la adquisición se destruirá la presunción del artículo 1.407; que aunque para enervar esta presunción la doctrina, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, es rigurosa al calificar los medios de prueba, no se puede exigir el mismo rigor durante la

vigencia del matrimonio que una vez disuelto éste; que en el caso concreto que nos ocupa, la aseveración de que el cónyuge realizó determinadas adquisiciones durante sus dos matrimonios con dinero privativo, tiene lugar bastante después de la disolución de las sociedades conyugales y es confirmada por los hijos del viudo, que son los únicos interesados en la liquidación de las mismas como herederos de la primera esposa, y uno de ellos como único heredero de la segunda; que desde el punto de vista civil tal afirmación, corroborada por los herederos de los cónyuges fallecidos, es prueba suficiente para enervar la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código civil; que tal presunción, una vez disuelta la sociedad conyugal, juega con distinto carácter a como lo hace durante la vigencia de la misma, y no se ve razón seria para considerarla imperativa ni para poner en duda el carácter vinculante de la confesión hecha por el cónyuge superviviente y los herederos del fallecido sobre el origen privativo de una adquisición durante el matrimonio; que las razones de paso indicadas por la Resolución de 11 de marzo de 1957 para no conceder relevancia a la confesión en el matrimonio desaparecen una vez fallecido uno de los cónyuges; que el carácter vinculante de esa aseveración de los únicos a quienes podría perjudicar viene confirmado por el artículo 1.418 del Código civil al admitir expresamente la renuncia a los gananciales, por lo que, aunque no fuera cierto lo confesado por el cónyuge viudo y sus hijos, había que concederle plena eficacia porque entrañaría una renuncia de los derechos que corresponderían a los hijos en la sociedad de gananciales de las dos esposas fallecidas, que sería válida, ya que el artículo 1.418 tan sólo exige que en caso de renuncia quede a salvo el derecho concedido a los acreedores en el artículo 1.001 del citado Código, renuncia que lleva el efecto indiscutido de acrecer a la parte no renunciante; que el artículo 1.068 del Código civil autoriza lo hecho, dado que todos los herederos son mayores de edad; que desde el punto de vista registral tampoco hay obstáculo para la inscripción de la escritura denegada, ya que el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, al regular la práctica de la inscripción de los bienes gananciales, establece en su párrafo final que la prueba posterior a la inscripción como gananciales de que los bienes se adquirieron con dinero propio de uno de los cónyuges produce el efecto de que deberá hacerse constar así por nota marginal; que la aseveración hecha en la escritura por el señor Puche García y corroborada por sus hijos disuelto el matrimonio es prueba suficiente para enervar los efectos de la presunción de la ganancialidad del artículo 1.407, siendo ésta la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en Resolución de 10 de agosto de 1939 establece que el Registrador no puede oponerse legítimamente a la inscripción contraviniendo el reconocimiento del viudo y el heredero del carácter privativo del precio de unos inmuebles, basándose en hipotéticos perjuicios a otras personas, toda vez que los únicos interesados en la partición hereditaria prestaron su conformidad; que también en otras Resoluciones (21 de febrero de 1889 y 11 de marzo de 1957) la Dirección General entiende que la determinación del carácter ganancial o no de los bienes depende del acuerdo de todos los interesados, sin que sea materia propia de la calificación registral al entrar a conocer el carácter o no ganancial dado a los bienes del matrimonio por los interesados en la liquidación de la sociedad conyugal; que la tesis mantenida por el recurrente está además en armonía con la doctrina hipotecaria acerca de la rectificación de asientos inexactos y de la cancelación de asientos, puesto que del apartado d) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria se deduce que la rectificación de un asiento inexacto puede hacerse siempre, en general, con el consentimiento del perjudicado registral, requiriendo sólo resolución judicial a falta de dicho consentimiento; que en cuanto al tercer defecto no parece que pueda afirmarse

categoricamente que sea necesario practicar la liquidación de la sociedad de gananciales, que por otra parte no es una operación sujeta a formalidades expresas, sino que puede hacerse y de hecho se hace muchas veces implícitamente al efectuarse la partición del cónyuge fallecido, como, por ejemplo, cuando no hay bienes ni deudas gananciales o cuanto todos los bienes tienen naturaleza ganancial; que tampoco hay necesidad de liquidar la sociedad conyugal cuando el cónyuge sobreviviente o los herederos del fallecido renuncian a sus gananciales, que la liquidación puede ser parcial, concretándose una escritura a aclarar la pertenencia de un determinado bien; que en el supuesto objeto del recurso no procede practicar la liquidación de la sociedad de gananciales, por concentrarse en una sola persona todos los derechos sobre los bienes que la integran; que el último defecto señalado en la nota carece de consistencia, ya que si la finca sobre la que se construyó la casa es privativa del señor Puche García, como ya se ha razonado, para que el edificio fuera ganancial sería preciso que se hubiera hecho a costa de la sociedad conyugal, cosa que no sucede, ya que en la escritura calificada se dice claramente que don Salvador Puche construyó el edificio a su costa, a lo que asienten sus hijos que son los únicos interesados.

El Registrador informó: Que de la propia denominación que el Notario da a la escritura por él autorizada «aclaratoria de otras de herencia y donación», se deduce la necesidad de tener a la vista las escrituras aclaradas donde deben constar los supuestos de hecho y de derecho que legitiman a los comparecientes en la escritura ahora calificada; que aunque ambas escrituras fueron inscritas en su día, dichas inscripciones no nos dan a conocer si existe o no algún pacto que limite o condicione la capacidad de los otorgantes; que es necesaria, pues, la presentación de las dos escrituras de herencia otorgadas ante el Notario señor Guardiola para poder determinar el valor y alcance que pueda tener la renuncia que el señor Puche García hace a favor de su hija Isabel de los derechos hereditarios que le corresponden en la herencia de su segunda esposa, así como para poder calificar la capacidad de las partes o de alguna de ellas, en orden a las manifestaciones que hacen sobre la presunción de ser gananciales o no los bienes descritos en la escritura aclaratoria; que el hecho de que el Notario haya tenido presente las matrices de esas dos estructuras no le dispensa de la necesidad de presentarlas, pues es al Registrador por imperativo legal (art. 18 de la Ley Hipotecaria) al que corresponde la función de calificar no sólo las formas extrínsecas del documento presentado, sino la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en el mismo; que en este sentido la Resolución de 14 de julio de 1965 es clara y terminante al decir que el Registrador no está vinculado a las manifestaciones hechas por el Notario autorizante de la escritura, por la que aquel funcionario se encuentra facultado para pedir la presentación de los documentos complementarios que le sean necesarios; que respecto al segundo defecto es insuficiente la declaración de los interesados para destruir la presunción del artículo 1.407 del Código civil, pues aunque sea una presunción *iuris tantum* la prueba para enervarla no puede ser la mera manifestación de los interesados, a los que pueden mover motivos particulares; que la confesión sólo se admite como prueba en cuanto perjudique al confesante, pero no en lo que favorece, estando muy desacreditada en la práctica procesal que en el supuesto que nos ocupa hay un favorecido, el viudo, por lo que su confesión no puede admitirse como decisoria, y necesitará otras pruebas para demostrar que el dinero invertido en las fincas era privativo; que la jurisprudencia, para destruir la presunción del artículo 1.407, exige pruebas expresas de la privatividad del dinero, así la sentencia de 31 de marzo de 1930, la de 19 de diciembre de 1957 y la de 24 de noviembre de 1960; que en igual sentido se manifiesta

la Dirección General de los Registros y del Notariado en infinidad de Resoluciones, declarando que no basta la mera confesión del marido de que los bienes adquiridos a título oneroso pertenecen a la mujer, así las Resoluciones de 7 de agosto de 1933, 2 de agosto de 1935 y 11 de octubre de 1941, entre otras, debiendo destacarse especialmente la Resolución de 11 de marzo de 1957, que niega radicalmente valor a la concesión del marido, «dado que la materia de la misma está sustraída por Ley a la autonomía de la voluntad»; que la única prueba que se aduce en la escritura es la confesión de los interesados, cuya eficacia valora el fedatario basándose fundamentalmente en la Resolución de 10 de agosto de 1939, pero que ésta fue dictada en un caso de Baleares para reforzar la existencia de la Presunción Murciana, allí vigente, y que demuestra lo contrario a lo pretendido por el recurrente; es decir, que son eficaces las manifestaciones concordantes con una presunción, pero en el caso que nos ocupa se trata de destruir una presunción legal, para lo que hacen falta pruebas de la veracidad de las manifestaciones de los interesados; que el argumento del Notario de que en el último término, aun cuando la confesión de los interesados fuera ineficaz para destruir la presunción del artículo 1.407 del Código, valdría como renuncia acreciendo estos bienes al viudo, no es válida, pues el artículo 990 del Código civil prohíbe la aceptación o repudiación parcial de la herencia, y en los asientos del Registro aparece adjudicada una finca de la herencia de la primera esposa y una renuncia del viudo a favor de su hija Isabel a cuantos derechos pudieran corresponderle en la herencia de la segunda esposa, por lo que no puede haber una renuncia abdicativa de doña Isabel, única heredera de esta segunda esposa, y que ha adquirido ya todos los derechos, que si el viudo hubiera hecho constante matrimonio la manifestación que ahora hace, la inscripción se habría realizado sin prejuzgar la naturaleza de la adquisición, conforme determina el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, pero que de las cuatro fincas a que se refiere la escritura calificada, sólo hizo esa manifestación respecto a una de ellas; que en cuanto a la capacidad de los confesantes, por lo menos doña Isabel carecía de ella, ya que al adquirir el señor Puche García la primera finca descrita tenía como máximo siete años, y al adquirir la descrita en tercer lugar cinco años, lo que hace que la confesión de doña Isabel Puche carezca totalmente de eficacia y no pueda ser tenida en cuenta; que en relación al tercer defecto la redacción de la nota es clara, ya que si se estima que los bienes son gananciales tendrá que hacerse la liquidación de estos bienes, y este carácter ha quedado demostrado al defender el segundo defecto de la nota, debiéndose cumplir por ello preceptuado por los artículos 1.418, 1.421, 1.423 y concordantes del Código civil; que en este sentido se pronuncian las sentencias de 7 de abril de 1900 y 1 de junio de 1926 y las Resoluciones de 2 de agosto de 1917 y 23 de abril de 1919; que en cuanto al último defecto es fundamental saber si la casa se construyó constante matrimonio o no, ya que el artículo 1.404 del Código civil determina que serán gananciales los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, y resulta evidente que si el viudo ha construido constante matrimonio, no puede disponer libremente de la casa como lo hace, existiendo reiterada jurisprudencia en este sentido.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y teniendo en consideración además: Que no puede impedirse al funcionario calificador tener a la vista las escrituras anteriores, necesarias para verificar las situaciones actuales; que las declaraciones de los interesados, en el supuesto actual, no puede aceptarse como prueba definitiva (confesión extrajudicial) capaz de enervar la presunción de ganancialidad de los bienes en litigio; que partiendo de la base del carácter ganancial de los citados bienes, una vez

disueltas las sociedades matrimoniales, es necesaria la liquidación, operación de capital importancia de la que puede surgir un riesgo para los acreedores de tal sociedad, razón que justifica el apartado tercero de la nota impugnada; que en cuanto al último defecto que la nota señala no puede el funcionario calificador aceptar, sin más, la manifestación que se hace en la escritura, sin mencionar si tal edificación fue construida constante el primero o el segundo matrimonio, o ya en estado de viudez, por ser muy distintas las consecuencias en uno u otro caso.

Apelado el Auto del Presidente de la Audiencia por el recurrente, la Dirección General acordó revocar el Auto apelado y la nota del Registrador (1) en base a los siguientes considerandos:

Doctrina de la Dirección.—En este recurso gubernativo son dos las cuestiones fundamentales que se plantean, a saber: Una primera, relativa a la no presentación de las escrituras de partición de herencia de 22 de junio de 1962 y 18 de diciembre de 1969, que el Registrador estima necesarias para la calificación, por ser antecedente obligado de la escritura discutida, y una segunda, que hace referencia al valor que ha de darse a la aseveración hecha por los hijos y herederos de la primera esposa, y por uno de ellos, como único heredero de la segunda, una vez disueltos los dos matrimonios contraídos por el padre, de que los bienes discutidos pertenecían con carácter privativo al cónyuge sobreviviente por reconocerse ese origen al precio de su adquisición.

Como resumen de los antecedentes de hecho procede destacar lo siguiente: *a)* En escritura de 18 de diciembre de 1969 se procedió por todos los interesados a liquidar la sociedad conyugal formada por don Salvador Puche y su primera esposa y a la adjudicación de los bienes hereditarios existentes a su fallecimiento, y lo mismo se había hecho anteriormente en escritura de 22 de junio de 1962 respecto de los bienes habidos en la sociedad conyugal con la segunda esposa, y ambas escrituras fueron inscritas en el Registro de la Propiedad; *b)* Cuatro inmuebles que en los libros registrales aparecen inscritos como gananciales—dos adquiridos por el marido durante el primer matrimonio y los otros dos durante el segundo—y que no se habían incluido en las respectivas particiones anteriores, son ahora donadas en la escritura calificada, por el viudo comprador a sus tres hijos, previa aclaración por parte de todos de que tales fincas eran privativas al haberse adquirido con dinero propio del marido.

A la vista de lo expuesto no parece que sea necesario la presentación de las escrituras indicadas en la nota recurrida, pues aparte de que por haber sido en su día inscritas, figura su contenido en los libros del Registro con los elementos de juicio necesarios para la calificación, se advierte que en las mismas no se ha realizado operación alguna en relación a las cuatro fincas objeto del debate, que al estar inscritas en el Registro, de acuerdo con la presunción del artículo 1.407 del Código civil, con una naturaleza presuntivamente ganancial, van a provocar el estudio de la cuestión controvertida.

En primer lugar se hace necesario recordar el alcance que este Centro Directivo ha atribuido a la confesión hecha por los esposos durante el matrimonio para enervar la presunción establecida en el artículo 1.407 del Código civil y principalmente en la Resolución de 11 de marzo de 1957, que adoptó una postura negativa, fundándose en que la confesión requiere por parte del que la hace no sólo capacidad, sino también legitimación, y que de acuerdo con el artículo 1.232 del Código civil, cuando verse sobre materia sustraída por ley imperativa a la autonomía de la voluntad, ca-

(1) VISTOS los artículos 1.231, 1.232, 1.251, 1.253, 1.334, 1.396-4.º, 1.401, 1.404 y 1.407 del Código civil, 18 de la Ley Hipotecaria y 95 del Reglamento para su ejecución, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de agosto de 1933, 2 de febrero de 1951, 26 de noviembre de 1955 y 11 de marzo de 1965 y las Resoluciones de este Centro de 10 de agosto de 1939 y 11 de marzo de 1957.

rece de su normal eficacia, ya que de no ser así se lograría por vía de confesión lo que no puede obtenerse por vía legal, o sea, una donación entre esposos, declarada nula por el artículo 1.334 del Código civil.

Una vez disuelta la sociedad conyugal deja, sin embargo, de tener eficacia la anterior doctrina por haber cesado las razones que constituían su fundamento, ya que ha desaparecido el peligro de que a través de una confesión del otro esposo se hubiese podido alterar el régimen económico del matrimonio—hoy día y tras la reforma del Código civil sin modificación de capitulaciones matrimoniales—o se dé una donación entre cónyuges, prohibida por el artículo 1.334, por lo que ahora habrá de examinarse si en este momento puede ser desvirtuada la presunción legal del artículo 1.407 del Código civil a través de alguno de los medios de prueba admitidos en nuestro Derecho.

La unánime manifestación de todos los interesados en la liquidación de las dos sociedades de gananciales ya disueltas, en el sentido de que el dinero con que se verificaron las compras de las fincas discutidas era privativo del marido, como prueba la confesión, no sería suficiente para desvirtuar la presunción legal del artículo 1.407 del Código civil, dado que la declaración del propio esposo supérstite no podría por sí sola tener el valor de transformar la naturaleza jurídica de los bienes inscritos, y nada añadiría a ello lo manifestado por los demás interesados, pues al no referirse a hechos personales de éstos—art. 1.231 del Código civil—no tendría la eficacia propia de la confesión extrajudicial, pero, en cambio, tal manifestación unánime, junto con la circunstancia de que al verificarse en su día las respectivas particiones de las esposas difuntas no se incluyeran los inmuebles indicados, sirve para mostrarnos que, a través del enlace preciso y directo a que se refiere el artículo 1.253 del Código civil, se está ante una presunción de hecho capaz de destruir la presunción del artículo 1.407 del mismo Cuerpo legal.

A mayor abundamiento no ofrece ninguna duda la validez y eficacia de la escritura calificada en el plano civil, pues es obvio que al ser todos los adjudicatarios de los bienes, como únicos interesados en la herencia, mayores de edad, y con la libre administración de sus bienes, pueden al amparo del artículo 1.058 del Código civil distribuirla del modo que tengan por conveniente, y tampoco existe obstáculo desde el punto de vista de los principios hipotecarios, pues al poder tener reflejo en los libros registrales mediante la nota marginal establecida en el último párrafo del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, el carácter privativo que siempre tuvo el precio de adquisición de los bienes queda rectificado el Registro, y cumplido con el acto dispositivo—donación—hecho por su titular el principio de tracto sucesivo.

No es necesario entrar en el examen de los defectos 3.º y 4.º de la nota, que no son más que una consecuencia obligada del defecto 2.º

COMENTARIO.—A) Liquidaciones compendiosas de sociedad conyugal o de herencia.

En el resumen de cabecera de esta reseña-comentario se han separado en dos apartados las dos cuestiones fundamentales: una, de la que vamos a tratar en primer lugar y a la que se refieren los defectos 2.º, 3.º y 4.º de la nota del Registrador; otra, la correspondiente al defecto 1.º, al que la Dirección dedica el considerando 3.º, después de haber separado en el 1.º las dos cuestiones del recurso y de haber hecho un resumen de antecedentes en el 2.º Todos los restantes considerandos están dedicados a la cuestión principal: valor que ha de darse a la aseveración de los herederos del cónyuge premuerto de ser privativos del sobreviviente bienes determinados inscritos en el Registro como gananciales, o como presuntos gananciales. Parece que había tres fincas con asientos normales de ganancia-

les y una con asiento de presuntivamente ganancial, a pesar de la aseveración de adquirirse por el marido como privativo, aseveración hecha, al parecer, unilateralmente por él.

El recurso no roza el problema más grave planteado en torno a los parafernales o privativos confesados, que para Roca no pasan de ser gananciales presuntos con aseveración de privatividad, y que consiste en las facultades dispositivas del titular registral, después de fallecido el cónyuge confesante y sin que intervengan los herederos de éste. En el caso del recurso los herederos comparecían y se estaba en el caso claro de gananciales o presuntivamente gananciales. En realidad, se dudaba sólo qué tenían que decir los herederos de las dos esposas para conseguir que las donaciones paternas resultasen inscribibles, tal como aparecían hechas, o si era imprescindible una adición de liquidaciones de sociedades conyugales y herencias, modificando las donaciones que quedarían reducidas a lo que resultase adjudicado al padre en dichas liquidaciones y herencias (2).

Pero fue tan grande el peso de las discusiones doctrinales sobre parafernales (privativos) confesados, y actos dispositivos de los mismos sin intervención de los herederos del confesante difunto, que todo el recurso se centra en este problema y los considerandos mismos parecen olvidarse de que no existían privativos confesados en el caso, pues incluso en la única finca en cuya compra el señor Puche declaraba que el precio era privativo suyo no parece que la esposa hubiese comparecido para aseverarlo. Una aseveración, declaración o confesión de ser privativa una finca inscrita como ganancial hecha por los herederos del premuerto en favor del supérstite, incluso si éste, aisladamente, hizo una manifestación de adquirir con dinero propio, es cuestión un tanto diferente de la contraria relativa a si el titular registral privativo puede disponer sin intervención de los herederos del cónyuge premuerto, cuya confesión o aseveración de corresponder el dinero de la compra al otro cónyuge comprador fue base de la inscripción a favor de éste aunque sin prejuzgar el asiento la naturaleza privativa o ganancial de la finca adquirida. Una cosa es la virtualidad de la confesión extrajudicial (?) de un cónyuge de ser privativo del otro el precio con el que éste adquiere una finca (que por el principio básico de subrogación real de los patrimonios separados implica confesión de privatividad de la finca adquirida), para desvirtuar o enervar la presunción de ser gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que son privativos (art. 1.407), virtualidad que presenta múltiples aspectos, tanto antes como después de la disolución del matrimonio, según contra quien se pretenda desvirtuar la presunción; y otro problema, en principio muy distinto, es el de la libertad de que gozan el viudo y los herederos del premuerto para alterar la calificación de determinados bienes que resulta del Registro o de la presunción legal de ganancialidad como consecuencia de la posibilidad de entender tal alteración, resultado de lo que he dado en llamar liquidaciones «compendiosas».

No sólo las alegaciones del Notario y del Registrador y la mayor parte de los considerandos aparecen centrados en la confesión de privatividad

(2) El Registrador termina la nota calificando los cuatro defectos como subsanables, pero esto es un tanto aventurado. El 1.º sí es claramente subsanable; pero los otros tres, que en realidad se refunden en uno solo, consistente en la necesidad de practicar la liquidación de las sociedades conyugales en cuanto a las cuatro fincas, solamente sería propiamente subsanable si por el resultado de tales liquidaciones las adjudicaciones correspondientes fuesen de pleno dominio de las cuatro fincas a favor del padre donante, lo que no parece fácil, salvo que resultase haber más bienes, también dejados de incluir en los documentos de partición primeros, para ser adjudicados a los herederos de las esposas, o que se admitiese que la liquidación consistiera simplemente en el acuerdo de todos sobre que el precio de compra de las cuatro fincas había sido efectivamente privativo, justificándolo más o menos con documentos de aportaciones a los respectivos matrimonios, o con otras pruebas. De otra manera, en cuanto los hijos donatarios recibiesen adjudicaciones por herencia en dichas fincas, la donación tenía que sufrir alteraciones que difícilmente encajarían en el concepto de subsanación.

y sus diferentes consecuencias y alcance durante el matrimonio y una vez disuelta la sociedad conyugal, sino que casi toda la Jurisprudencia citada en el vistos (3) es referente a tan discutido problema, que en mi modesta opinión sólo muy indirectamente quedaba rozado por el caso (4).

Por estimar que no estamos ante un caso de confesión de privatividad no vamos a entrar en el problema fundamental que tal confesión plantea después de disuelto el matrimonio (distinto al de si es posible la confesión misma después de disuelto). Y ello a pesar de que la última reforma del Código, suprimiendo la licencia marital y admitiendo capítulos después de contraído el matrimonio, acaso obligue a un replanteamiento totalmente nuevo de los artículos 94 a 96 del Reglamento. Creo que esta reforma ha hecho de estos artículos una bomba de efecto retardado que puede plagar el Registro de inscripciones de gananciales presuntos y de privativos meramente confesados, tan anómalas y contrarias al principio de determinación.

La Resolución no es criticable sólo por dar excesiva importancia al problema de la confesión de privatividad en el momento de la adquisición, que en el caso no se daba, sino también por traer a colación el apartado final del artículo 95 del Reglamento que se refiere a la justificación del carácter privativo del precio. Esta, traída a colación, necesitaba haber ido acompañada de la argumentación sobre si, disuelto el matrimonio, la mera aseveración de privatividad hecha por el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto es justificación plena del carácter privativo de la finca, aun sin relacionarse la aseveración con liquidación ninguna de la sociedad conyugal.

En realidad, la verdadera justificación del fallo se encuentra en las frases finales del considerando sexto y en las iniciales del séptimo, que hacen referencia a la manifestación unánime de todos los interesados en la liquidación de la sociedad conyugal y que identifican donatarios con adjudicatarios, únicos interesados en la herencia, mayores de edad y con la libre administración de sus bienes, que pueden al amparo del artículo 1.058 del Código distribuirla del modo que tengan por conveniente. Aquí es donde reside la verdadera *ratio decidendi*: en la previa aseveración unánime de privatividad iba implícita una liquidación de sociedades conyugales y herencias, verificada en forma drásticamente «compendiosa».

Pero la Dirección, obsesionada por la confesión de privatividad, marcha por otros derroteros y, después de hacer referencia al alcance que ha de atribuirse a la confesión enervadora de la presunción del artículo 1.407, durante el matrimonio y después de disuelta la sociedad conyugal niega que la aseveración de los herederos del cónyuge premuerto sea suficiente como prueba de confesión apta para desvirtuar la presunción legal por carecer de un requisito fundamental de este medio de prueba—referirse a hechos personales—y, por ello, recurre a enmarcar tal aseveración unánime de supérstite y herederos en otro medio de prueba admitido en nuestro Derecho: el de las presunciones de hecho reguladas en el artículo 1.253 del Código civil.

Creo que es una solución de emergencia y acaso peligrosa el llevar esta aseveración unánime al campo de las presunciones *facti*. Peligrosa especialmente, sin despejar antes el distinto sentido, alcance y medios que tiene la prueba ante el Juez en el proceso y la prueba ante el Registrador en la calificación. No hay que perder de vista que estamos ante una pre-

(3) Creemos que en él la Resolución de 7 de agosto de 1933 se cita erróneamente como sentencia.

(4) Para una panorámica general del problema del alcance de la confesión de parafernalia (o privatividad) disuelto el matrimonio, puede verse la reseña-comentario de cinco sentencias del Tribunal Supremo que hizo en esta REVISTA JUAN VALLET DE Goytisolo núms. 448-449, septiembre-octubre de 1965, págs. 1234 a 1262. Con abundante bibliografía.

Véase también ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, IV-1.º, págs. 32 a 103.

sunción *facti* que va a desvirtuar una presunción *juris*. El enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano es simplemente entre el hecho demostrado (que todos aseveran que la finca es privativa) y el que se trata de deducir (que es privativa efectivamente), y lo discutido es si ese enlace está previamente cortado por la presunción legal. El Juez ha de estar utilizando continuamente las presunciones *facti*, a veces sin percatarse de ello, pero en cuanto se trata de una prueba supletoria (Sentencia de 2 de febrero de 1925) y en la que campea libremente la actividad del Juzgador (Plaza) procurará no extralimitarse. El Registrador, en principio, ha de ser aún más cauteloso porque sus instrumentos de convicción son más limitados y las consecuencias de su calificación (efectos *erga omnes*) más amplias que las del Juez (*inter partes*).

Por ello opino que habría sido un camino más directo trasladar el problema del campo de la prueba al campo de lo que pudiéramos llamar «liquidaciones compendiosas», que al fin y al cabo es lo que hace el considerando penúltimo con su apelación al 1.058 y a la circunstancia de que comparecen todos los interesados en las herencias y liquidaciones de sociedades conyugales, siendo mayores de edad y con la libre administración de los bienes.

Cuando don Salvador Puche y sus hijos, veinticuatro años después de la muerte de su primera esposa y doce después de la muerte de la segunda, quieren dar y dan consideración de privativas y no gananciales del primero o segundo matrimonio a las cuatro fincas, no incluidas en los inventarios de las herencias de sus dos esposas, están haciendo liquidaciones «compendiosas» de ambas sociedades conyugales que, en cuanto a estas fincas, venían siendo sociedades continuadas tácitas, si se permite el símil. Sin una larga exposición, sobre la situación posesoria, de uso y disfrute de estas fincas y sobre créditos, deudas y cargas de estas sociedades continuadas parciales durante aquellos años e incluso en los de durante los matrimonios y el estado de viudez del primero es imposible averiguar en qué forman han de atribuirse dichas fincas. Si toda liquidación de sociedad conyugal de un matrimonio de larga duración sólo puede pretender ser una liquidación *grossa modo* o aproximada, la efectuada muchos años después de disuelto el matrimonio resulta prácticamente hecha a ojo. Esto se da con caracteres más acusados en tiempos de depreciación monetaria y de alternativas en las plusvalías de determinados tipos de bienes. Lo que ocurre es que no nos damos cuenta de que casi la totalidad de las liquidaciones contenidas en las particiones escrituradas, por lo dicho y por otros motivos más, son liquidaciones abreviadas o compendiosas. El problema está en los límites de esto. Se trata de saber si el Registrador puede rechazar el que lo compendioso de las liquidaciones llegue al extremo de limitarse a atribuir carácter privativo a las cuatro fincas sin la más mínima exposición sobre aportaciones a los matrimonios, trasiegos entre los patrimonios separados de ambas sociedades conyugales durante los matrimonios y después de disueltos éstos, etc., exposición que había de reconducir las cuatro fincas al patrimonio privativo del viudo.

Está claro que terceros, acreedores y liquidadores de Impuestos pueden oponerse, o hacer reparos, a cualquier liquidación compendiosa aunque no llegue a tales extremos (5). Lo dudoso es hasta dónde puede llegar la tolerancia del Registrador en este punto. Para mí el límite debe marcarse teniendo en cuenta la teoría del error de hecho y de derecho igual que en materia de calificación de los supuestos de hecho y de Derecho (o Bases) de las escrituras o cuadernos particionales otorgados por todos los herederos con plena capacidad. Estos pueden hacer las adjudicacio-

(5) Igual que pueden impugnar toda liquidación por detallada que sea que estimen lesivas de sus derechos.

nes que tengan por conveniente, pero siempre que no resulten derivadas de unas bases o supuestos de derecho erróneas o contradictorias. Las bases y supuestos han de ser correctos, ajustados a la ley, al testamento o declaración de herederos, etc., y luego las adjudicaciones conformes con tales bases. En cuanto haya discordancias entre bases y adjudicaciones, el negocio añadido, legitimador de la discordancia, tiene que estar expresado. En definitiva: la calificación registral debe hacerse con la vista puesta, para impedirla, en una futura y eventual impugnación por error en el negocio mixto de particional y dispositivo entre los herederos. Es difícil señalar criterios concretos, pero fácil comprender que en las escrituras particionales otorgadas por todos los herederos con plena capacidad no cabe limitar la calificación a esta circunstancia.

Partiendo de esta analogía, la Dirección, al declarar inscribible la escritura, llega al máximo de la benevolencia en materia de las que he llamado liquidaciones compendiosas (5 bis). Solamente la imprecisa doctrina de la prohibición del *venire contra factum proprium* salvaría la titularidad privativa de don Salvador, base de las donaciones a sus hijos, de una impugnación basada simplemente en la falta de liquidación de las sociedades conyugales y de las tácitamente continuadas respecto de las cuatro fincas; cuando tan fácil hubiese sido una cláusula, ligeramente más extensa, de liquidación compendiosa.

En resumen: creo que las confesiones o aseveraciones de privatividad de fincas determinadas sólo son posibles durante la sociedad conyugal. Disuelta ésta por muerte de un cónyuge, sus herederos no pueden hacerlas, conforme el considerando 6.º dice, y la liquidación es imprescindible para alterar el carácter con el que una finca aparece en el Registro. Pasó ya la hora de las confesiones o aseveraciones sobre naturaleza, procedencia y origen de los bienes concretos, y es imprescindible ya la historia general patrimonial para ajustar cuentas, liquidar y adjudicar. Ahora bien, creo que debe entenderse esto sin perjuicio de cuanto se considere admisible en materia de liquidaciones compendiosas y de liquidaciones parciales.

B) La calificación de los documentos de adición, aclaración o rectificación de otros.

Entrando en el defecto 1.º de la nota, objeto del considerando 3.º, no se nos alcanzan los motivos de la resistencia del recurrente a la presentación de las escrituras aclaradas, cuando la objeto del recurso había sido calificada por el Notario mismo de «aclaratoria de otras de herencia y donación», y cuando sólo esta frase y poco más era lo único que justificaba la existencia de una liquidación compendiosa de dos sociedades conyugales en el fondo de la declaración de privatividad de las fincas hecha por el señor Puche y la confirmación de ello hecha por sus tres hijos. Posiblemente existirían poderosos motivos (6), aunque ninguno se trasluce

(5 bis) La Resolución de 12 de mayo de 1924 es otro claro ejemplo de la tolerancia en materia de liquidaciones y particiones compendiosas. Consideró inscribible una escritura en la que una finca inscrita como ganancial (comprada por marido durante matrimonio) era adjudicada a extraño en pago de deuda de la sociedad conyugal por el marido viudo y los herederos abintestato de la difunta esposa, exponiendo simplemente en la escritura de adjudicación en pago que, como acreditaban, los comparecientes eran todos los interesados en la sociedad conyugal y herencia, que la finca era el único bien relicto y que su valor era igual a la deuda.

El Registrador y el Presidente de la Audiencia querían previa adjudicación al viudo y herederos para que éstos tuviesen capacidad para hacer la enajenación en pago. Aunque la solución fuese acertada, la Resolución es criticable no sólo por no partir de la existencia de una liquidación implícita (compendiosa) sino por la separación un tanto arbitraria que hace entre tracto sucesivo sustantivo que dice cumplido por asumir los otorgantes la totalidad de los derechos liquidables y de las facultades dominicales de la casa y tracto sucesivo formal que queda salvado al transferir la finca el titular según Registro (el marido que compró).

(6) Tales como extravío de las primeras copias inscritas, deseo de evitar los gastos de nuevas copias, etc. Difícilmente cabe pensar en el temor a liquidaciones de impuesto derivadas de la coordinación de las practicadas en su día y el acto nuevo, pues tratándose de herencias prescritas, en prin-

de la resolución; lo cierto es que la Dirección hubo de decidir si las escrituras de herencia que se decían aclaradas eran o no de obligada presentación para la calificación e inscripción de la aclaratoria y de donación.

Creemos que el limitarse la exigencia del Registrador a la presentación de las escrituras de herencia sin extenderse a sus documentos complementarios ya implicaba cierta benevolencia, no sólo por la molestia que le supondría la localización de las dos inscripciones extensas de herencia (que suponemos no se reseñarían en la escritura aclaratoria), sino por renunciar a su derecho a nueva calificación de tales complementarios indispensables para justificar que las aseveraciones de privatividad de las fincas estaban hechas por todos los herederos de las dos esposas. Y todo esto sin entrar en las alegaciones básicas del Registrador, consistentes en la necesidad de saber que en las escrituras de herencia inscritas no había nada contradictorio con la que se calificaba, pues en caso de haberlo no bastaba que ésta fuese aclaratoria o de adición, sino rectificatoria, subsanatoria de errores o comprensiva de nuevos actos dispositivos.

El considerando 3.º no estima necesaria la presentación de las escrituras pedidas por el Registrador: en primer lugar, porque habiendo sido inscritas en su día, su contenido figura en los Libros con los elementos de juicio necesarios para la calificación, y, en segundo lugar, porque se advierte que en las mismas no se ha realizado operación alguna en relación a las cuatro fincas objeto de la donación.

En cuanto a lo primero no estoy totalmente conforme. Las aseveraciones de privatividad, se admita o no la figura de liquidación compendiosa que hemos dibujado, inciden sobre las liquidaciones de sociedad conyugal anteriormente practicadas y es más que conveniente tener éstas a la vista para comprobar que no surge contradicción (7). Al artículo 93 del Reglamento no se le puede dar una aplicación tan amplia como para justificar la enajenación de unos gananciales según Registro, convertidos en privativos por la aseveración de los herederos del premuerto, despreocupándose totalmente de la liquidación de sociedad conyugal y herencia practicada anteriormente. O al menos es dudoso que se le pueda dar tan amplia aplicación, ya que dicha norma reglamentaria nació precisamente para lo contrario: permitir urgentes enajenaciones de privativos sin esperar a la total terminación de las operaciones particionales (8).

cipio, era favorable al Fisco el que los interesados considerasen privativas del donante las fincas, en lugar de aprovechar la prescripción en cuanto a una mitad de la base que el carácter de gananciales según el Registro permitía.

(7) En los resultandos está poco claro si en la escritura de donación se afirmaba la no inclusión de las fincas en las de herencia.

(8) Prescindo aquí de tratar de averiguar quién tenía más razón si MORELL (en tanto no hay liquidación no se sabe cuáles van a ser privativos) o la jurisprudencia de la Dirección, que vino a ser consagrada por el artículo 93 (los privativos según Registro sean posteriores o anteriores al matrimonio pueden enajenarse sin esperar a la liquidación).

Lo que desde luego creo exagerado es decir, como hace ROCA, que dicho precepto es inútil y estéril. Lo ocurrido es que ha evolucionado el concepto de sociedad conyugal y liquidación de la sociedad conyugal de una forma inconsistente y en razón a que prácticamente todas las liquidaciones de sociedades conyugales y herencia son «compendiosas» en el sentido que hemos dicho en este comentario. Si hablamos de sociedad conyugal como sinónimo de sociedad de gananciales y fijándonos sólo en el activo del inventario, es lógico que los privativos del supérstite no se incluyan y puedan ser enajenados sin relación ninguna con las operaciones de liquidación. Pero si observamos que el Código civil contempla la sociedad conyugal y su liquidación en un sentido mucho más amplio (arts. 1.315, 1.421 a 1.423 y otros muchos), que era el característico de las particiones antiguas, no compendiosas, podrá discutirse sobre el acierto del 93, pero nunca sobre su utilidad. Para el Código la liquidación de la sociedad conyugal, a pesar del epígrafe de la sección 7.ª del capítulo de la sociedad de gananciales, es el ajuste total de cuentas entre los cuatro posibles patrimonios separados (capital, gananciales, parafernales, dote), sólo el hecho cotidiano queda fuera del inventario. Por ello, mientras esté vigente el Código no debe hablarse de modernización de formularios, sino de liquidaciones y particiones más o menos compendiosas.

Todo lo dicho no implica tomar postura ante las discusiones doctrinales en torno a la estructura de la liquidación de la sociedad conyugal en la que se enfrentan la tesis tradicional (M. SCAEVOLA, MANRESA, S. de 10-12-1901 y Resolución de 2-8-1917, etc.) y las tesis modernas mantenidas, por ejemplo, por LACRUZ-ALBADALEJO. No obstante, creo que la exposición de estos autores, si bien representa un notable avance jurídico en el estudio del proceso liquidatorio, es excesiva en su crítica de los antiguos y pesados

En cuanto a lo segundo, el considerando no aclara por quién y cómo «se advierte que en las mismas» (escrituras) no se ha realizado operación alguna con las fincas donadas. Era necesario la presentación al Registrador para que éste supiese que en las escrituras no aparecía ninguna referencia a tales fincas, pues la ausencia de inscripción en ellas no era dato indicativo de nada, ni siquiera lo hubiesen sido los asientos de presentación de las escrituras de herencia. Tanto más es de extrañar esta imprecisión sobre quién podía advertir que en las escrituras que el Registrador pedía no se incluían para nada las cuatro fincas donadas, cuanto que en el considerando 6.º se estima esta falta de inclusión como importante circunstancia que, unida a la manifestación unánime de privatividad, completa la presunción de hecho de ser las fincas realmente privativas. Si es la lectura de dichas escrituras elemento importante para rechazar los defectos 2.º a 4.º, esto quiere decir que el defecto 1.º era cierto y sólo razones de economía procesal justifican la revocación total del auto y de la nota.

Siendo así, no creemos que al considerando 3.º se le deba atribuir valor de doctrina jurisprudencial contraria a la vigente sobre facultades del Registrador para exigir las escrituras adicionadas, ampliadas, rectificadas o modificadas en cuanto le surjan dudas en la calificación de las de adición, ampliación, rectificación, modificación, etc., para exigir complementarios aunque consten ya relacionados en asientos registrales y para exigir que le sean acreditados documentalmente las aseveraciones hechas por los interesados o por el Notario en las escrituras sometidas a calificación.

T. C. G.

mamotretos particionales de antaño, tan detallistas. El inventario de los privativos acaso sea conveniente en más casos de los que parece y desde luego necesario si por saldo negativo en los gananciales van a ser necesarias adjudicaciones de privativos en pago o para pago de deudas.

Desde el momento en que LACRUZ y ALBADALEJO parten de la idea de que «en la liquidación ha de reconstruirse, a través del tiempo pasado desde la boda, una historia que está por escribir, aunque ello suele ser posible de modo muy sumario», en el fondo las dos tesis no pueden ser tan dispares como parecen y creo que la idea de la liquidación compendiosa puede iluminar toda la controversia (LACRUZ y ALBADALEJO: *Derecho de Familia*, Barcelona, 1963, págs. 387 y ss.).

La legislación fiscal no ha dejado de hacerse eco del moderno enfoque doctrinal de las liquidaciones de sociedad conyugal, pero en mi opinión más por haberse dado cuenta de que toda liquidación es en el fondo compendiosa que por adscribirse a tesis ninguna sobre la inclusión de los privativos en los cuadernos particionales. Si comparamos el Reglamento vigente aún (y la antigua Ley y Tarifa) con su variedad de tipos para los diversos supuestos de aportaciones y adjudicaciones en pago de las mismas (exención, 0,75 y 0,50 por 100), con la exención general actual del número 15 del artículo 65 del Texto refundido, observamos que éste da como posibles las mismas adjudicaciones que antes y, por tanto, creemos que la extensión de la exención se ha debido a la idea de que la depreciación monetaria, la inflación, las diferentes plusvalías de cada tipo de bienes y la necesidad de que toda liquidación sea más o menos compendiosa convertirían las liquidaciones en pago de gananciales y privativos en un juego de azar y su montante totalmente dependiente de la habilidad y conocimientos fiscales del confeccionador del cuaderno.

REGISTRO MERCANTIL

2. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—REDUCCIÓN DE CAPITAL SOCIAL A CONSECUENCIA DE PÉRDIDAS: EL ACUERDO QUE LO ESTABLEZCA NECESITARÁ DEL QUORUM REFORZADO DE MAYORÍA EXIGIDO POR EL ARTÍCULO 17 DE LA MISMA LEY.

Resolución de 16 de abril de 1975 (B. O. del E. de 9 de junio).

Por escritura autorizada en Barcelona por el Notario don José Ramón Fernández Rubial el 20 de agosto de 1973, se elevaron a públicos, entre otros acuerdos, el de reducir el capital social inicial de 4.000.000 de pesetas a 1.600.000 pesetas, notificándose consecuentemente los artículos 5 y 6 de los Estatutos que regulaban esta materia, todo ello de conformidad con lo acordado en la Junta general extraordinaria de 27 de julio de 1973, que fue celebrada en segunda convocatoria, a la que asistieron diez de los once socios poseedores del 64,2 por 100 del capital social, no haciéndolo el socio restante titular del 35,8 por 100 del mismo.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del documento que antecede, al que se acompañan declaración del Impuesto de Sociedades correspondientes al ejercicio 1972, resguardo de certificación de correos de fecha 13 de julio de 1973, acreditativo de envíos a los once socios de la Compañía y fotocopia de carta convocatoria sin destinatario, por cuanto la reducción de capital que en el mismo se formaliza no ha sido adoptada por el quórum preceptivamente exigido en el artículo 17 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Limitadas de 17 de julio de 1953, y artículo 17, en relación con el 15, de los Estatutos de la Sociedad. No procede anotación de suspensión.»

Don Ramón Serra Martí, en representación y en calidad de Administración de la Sociedad, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que como consecuencia de pérdidas sufridas por la Sociedad que figuran en el balance, el patrimonio social había quedado reducido a 1.331.668 pesetas, con una pérdida neta de 2.668.312 pesetas sobre un capital social de 4.000.000, con lo que se incurría en el caso 3.º del artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, optándose por la solución de reducir el capital y adoptándose el acuerdo consiguiente pese al quórum de sólo el 64,2 por 100 de capital asistente por entender que si la reducción se hace por imperativo legal y no por libre determinación de los socios, no rige el quórum reforzado del artículo 17 de la Ley de Sociedades de Respon-

sabilidad Limitada, sino el simple del artículo 14 de la misma, criterio que mereció el refrendo del señor Notario autorizante y el tácito respaldo de la Abogacía del Estado, que declaró el documento no sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales; que existiendo pérdidas que rebasan el límite legal previsto por el artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, los socios sólo pueden optar entre las tres soluciones que el mismo artículo señala: reponer, reducir o disolver, y para la opción será suficiente la mayoría ordinaria del artículo 14 de la Ley, pues sujetarse al artículo 17 pensado para disposiciones libérrimas de la Sociedad, llevaría al absurdo de que el abandono de sus derechos políticos por un socio que detenta la minoría del 35,8 por 100 de capital social, dejaría a la Sociedad inmovilizada para cumplir un mandato legal; que la aspiración rigurosa del artículo 17 de la Ley—de carácter objetivo e instrumental—frente a lo preceptuado imperativamente por el artículo 30, de forzosa observancia, y en este sentido, de rango superior, implica una antinomia que debe resolverse haciendo prevalecer este último precepto, reconociendo el rango preeminente del mismo, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1962 establece claramente que no es exigible el quórum reforzado del artículo 17 en acuerdo de disolución por causa específica estatutaria, y la de 25 de octubre de 1963, que constituye otro caso de excepción jurisprudencial a la exigibilidad del quórum reforzado del artículo 17 para el supuesto de Sociedad con dos únicos socios e idéntica participación de capital al no haber mayoría posible; que la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, en sus artículos 150, números 3 y 5, y 152, 2.º párrafo, conduce a la solución de la mayoría ordinaria para el caso de reducción por pérdidas, solución que aunque no explícitamente desarrollada por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, debe estimarse análogicamente, dada la intensa correlación entre los dos textos legales; que la disposición transitoria tercera de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada decretó la adaptación obligatoria de los Estatutos de las Sociedades preexistentes a su promulgación y que tal adaptación naturalmente implicó modificación del texto social, mas la Ley omite cualquier referencia al quórum reforzado del artículo 17, limitándose a regular el derecho de separación a favor de los socios minoritarios discrepantes, lo cual supone un clarísimo antecedente de inaplicación del quórum especial del artículo 17, por tácita exclusión a causa de imperativo legal; y que la Sociedad no tiene otro procedimiento eficaz para intentar cumplir el mandato legal, al no existir acción alguna ejercitable contra el socio inasistente.

El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: que el artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no es tan imperativo como sostiene el recurrente, ya que brinda a la Sociedad dos soluciones, reintegrar o reducir, si es que no quiere disolver, y la Sociedad en el caso que nos ocupa, además de rehusar la disolución, no quiere tampoco reintegrar, y opta en fin por la reducción del capital, a sabiendas de que la reducción exige, según el artículo 17 de la Ley y también 17 de los Estatutos sociales, un quórum reforzado, consistente en las dos terceras partes de capital social; que el citado artículo 17 de la Ley no establece ninguna distinción de si la reducción de capital que deba acordarse tenga su origen en conveniencias sociales o en imperativos legales, lo que impide reconducir el planteamiento de la cuestión al artículo 14; que si bien la Ley de Sociedades Anónimas llega a la solución de la mayoría simple para el caso de acuerdo sobre reducción por pérdidas en más de las dos terceras partes y se considera que la misma fue pauta magistral para la redacción de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada con evidente correlación entre las mismas, no es menos cierto que esta última Ley no dispone

nada que autorice la remisión analógica pretendida por el recurrente, ni esta analogía entra dentro de las facultades calificadoras del Registrador; que las sentencias de 18 de enero de 1962 y 25 de octubre de 1963 invocadas no son aplicables al caso que aquí se contempla, pues la primera se refiere a un supuesto de causa estatutaria específica de disolución, englobadas en el apartado 6.º del artículo 30, no en el apartado 3.º, que es el que el recurrente invoca, y en la segunda se contempla el caso de una Sociedad constituida por solo dos socios con mitad de capital social cada uno en el que se hace inaplicable tanto el quórum reforzado del artículo 17 como el quórum ordinario del artículo 14; y que esta última sentencia para resolver la cuestión acude al artículo 31 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que establece como motivo de disolución parcial la exclusión de socio por causas determinadas, entre ellas la contenida en el número 7 del artículo 218 del Código de Comercio, donde podría encuadrarse la conducta del socio recurrente, que coloca a la Sociedad en trance difícil, por lo que no es atendible la queja de que «Compañía Textil, S. A.», se encuentra paralizada sin ninguna posibilidad de acción.

En 13 de diciembre de 1974 se solicitó en ampliación para mejorar proveer, informe del Notario autorizante de la escritura, el cual en escrito de 1 de febrero de 1975 contestó: que en el fondo del problema planteado aparece al comparar los artículos 17 y 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada con sus correlativos 58, 150, número 3, y 152, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas; que no es convincente el criterio del Registrador de rechazar la aplicación analógica como método supletorio o aclaratorio, cuyo fundamento es la regla de que hechos de idéntica naturaleza deben tener idéntica regulación; que al aplicar las normas por analogía el juzgador no elabora normas jurídicas de nuevo cuño, sino que se limita a desenvolver normas latentes que existen ya en el sistema; que el Código civil español cataloga la analogía entre las fuentes formales, y el preámbulo del Decreto de 31 de mayo de 1974 dice que el medio idóneo y más inmediato para salvar las lagunas de la Ley es la investigación analógica, disponiéndose en el artículo 4.º del texto articulado del título preliminar: «Uno.—Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Tres.—Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes»; que antes de la promulgación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se consideraba este tipo de Sociedad como una Sociedad personalista, pero al entrar en vigor dicha Ley se operó un cambio de criterio en la doctrina y la jurisprudencia que se inclinan por la naturaleza predominantemente capitalista de la misma, aunque resulta imposible adscribir de manera automática y radical a la Sociedad de responsabilidad limitada en el ámbito estricto de uno u otro de los tipos societarios indicados, ya que no es ni rotundamente capitalista ni rotundamente personalista, poseyendo a la vez características y rasgos propios de una y otra, de ahí que, en caso de conflicto no previsto expresamente en los Estatutos ni en la Ley específica de 17 de julio de 1973, deba acudirse en primer lugar a las disposiciones del Código de Comercio comunes a toda clase de Sociedades y en su defecto a las normas particulares de las Sociedades personalistas o de las Sociedades capitalistas, según que el conflicto en cuestión se refiera a una materia en la que predomina el aspecto personalista o el aspecto capitalista de la Sociedad; que el artículo 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada está pensado para el caso en que se acuerde libérrimamente por los socios la reducción del capital; que el artículo 30, número 3, de la Ley de 17 de julio de 1953, al

preceptuar que las Sociedades de responsabilidad limitada se disolverán totalmente «por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social, a no ser que éste se reintegre o se reduzca», desarrolla una proposición jurídica semejante a la del artículo 150, número 3, de la Ley de Sociedades Anónimas, empleando para ello las mismas palabras, lo que nos hace ver la limpia correlación entre las Leyes aplicables a ambos tipos de Sociedades; que el párrafo 2.º del artículo 152 de la Ley de 17 de julio de 1951 sólo exige la mayoría ordinaria cuando se trata de tomar los acuerdos a que se refiere el artículo 150, número 3, precitado; que en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no existe un precepto análogo, pero donde existe la misma razón debe existir el mismo derecho, y la aplicación análoga ayudaría al cumplimiento del mandato legal que podría quedar inoperante con la exigencia de una mayoría reforzada; que la única solución viable fue la adoptada por la Junta de socios plasmada en la escritura cuya inscripción se discute porque era materialmente imposible reintegrar el capital social, y la disolución, aparte de no resultar factible por falta de quórum, hubiera perjudicado de manera grave al socio no asistente; que la Junta no tenía, por tanto, otro camino que reducir el capital social; que el Registrador mercantil al final de su informe al considerar que «podría quizá situarse la conducta del socio renuente que coloca a la Sociedad en trance difícil» en el número 7 del artículo 218 del Código de Comercio, según el cual habrá lugar a la rescisión parcial del contrato de la Compañía mercantil. «7.º Por faltar de cualquier modo uno o varios socios al cumplimiento de las obligaciones que se impusieron en el contrato de la Compañía», hace uso del procedimiento análogo que anteriormente había rechazado, debiendo observarse, además, que el socio que no asiste a la Junta no incumple ninguna obligación impuesta en el contrato de la Compañía.

Vistos los artículos 14, 17 y 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953; 99, 150 y 152 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; 140 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, y las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1962 y 3 de julio de 1967.

Considerando que en este recurso compete examinar si en el supuesto de reducción de capital social a consecuencia de pérdidas a que se refiere el artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el acuerdo que lo establezca necesitará del quórum reforzado de mayoría exigido en el artículo 17 de la misma Ley, o si por el contrario, dado el carácter especial de esta reducción bastará con la mayoría simple por la que se rige la vida de la Sociedad tal como lo establece el artículo 14 de dicha disposición legal.

Considerando que la causa de disolución señalada en el número 3.º del artículo 30 de la LSRL tiene su fundamento en el carácter esencial que tiene el capital social de ser una cifra de garantía en beneficio de los acreedores y terceros, y por eso cuando las pérdidas del patrimonio social son tan cuantiosas que queda reducido a menos de la tercera parte del capital, se impone legalmente a la Sociedad que de no ser reintegrado o reducido—con lo que de nuevo están de acuerdo capital y patrimonio—, a que se procede a la disolución de aquélla, y de ahí que la Junta que a tal efecto se convoque no actúa en la forma libérrima con que normalmente adopta sus acuerdos, sino que ha de decidir exclusivamente entre las opciones que la Ley señala.

Considerando que no todos los supuestos de disolución enumerados en el artículo 30 exigen la mayoría reforzada que establece el artículo 17 de la Ley—pues aparte de aquellos en que por su propia naturaleza tiene lugar automáticamente la disolución—, sólo en el caso indicado en el

número 5 de dicho artículo 30 y que se refiere a acuerdo voluntario de los socios, hay una remisión expresa al quórum del artículo 17, habiéndose declarado en concreto y en cuanto a la causa señalada en el número 6 por el Tribunal Supremo—sentencia de 18 de enero de 1962—que no es necesaria esa mayoría, lo que lleva a examinar si se dan en este expediente y en relación al número 3 circunstancias que excluyan igualmente la aplicación de dicho quórum.

Considerando que examinada la cuestión dentro de la problemática de la Sociedad Anónima, en donde junto al artículo 150, 3.º, de la Ley que recoge en los mismos términos que el artículo 30, 3.º, de la LSRL la disolución de la Sociedad a consecuencia de pérdidas, aparece en la misma Ley, en su artículo 152, 2.º, un precepto del que no hay similar en la Ley de Limitadas, que exige sólo la mayoría ordinaria para el acuerdo de disolución, encontrándose la doctrina dividida en cuanto a si será necesario ese mismo quórum o el reforzado del artículo 58 en cuanto al posible acuerdo de reducción que junto con el reintegro se ofrece como alternativa para evitar que la Sociedad haya forzosamente de disolverse.

Considerando que no parece adecuado tratar de aplicar a una Sociedad de responsabilidad limitada la solución establecida por la Ley de Anónimas para este tipo de Sociedad, ya que la misma omisión por parte de la Ley de 1953 de una solución similar se deduce de esta misma circunstancia, que el legislador tenía a la vista, y no aceptó, por lo que habrá de atenderse al criterio sentado por la propia Ley, que en su artículo 30 declara que procederá la disolución y la consiguiente liquidación si no se evita la misma a través de las alternativas que la propia Ley ofrece, bien mediante el reintegro del patrimonio necesario para equilibrarse nuevamente con el capital, lo que necesariamente exigiría un acuerdo unánime de todos los socios, o bien que se proceda a la reducción del capital social, para lo cual y de conformidad con la exigencia de la propia Ley—art. 17—se requerirá que en la segunda convocatoria al menos se obtenga el voto favorable de las dos terceras partes del capital social, lo que en el supuesto examinado no se ha conseguido dada la conducta pasiva de uno de los socios que al ser titular de más de un tercio impide alcanzar el quórum legal,

Esta Dirección General ha acordado confirmar la nota del Registrador.

COMENTARIO.—La reducción de capital de la Sociedad de Responsabilidad Limitada puede revestir un doble origen, según se deba a la libre determinación de los socios o se derive del imperativo legal, como una de las opciones que la Ley concede para evitar la disolución de la Sociedad. Surge así en este segundo supuesto de reducción el problema de determinar el quórum necesario para que tal acuerdo sea efectivo, es decir, si será de aplicación al mismo la mayoría reforzada exigida por el artículo 17 de la Ley, o si, por el contrario, será suficiente el acuerdo mayoritario simple del artículo 14 de la misma.

Según los antecedentes que sirven de base a la Resolución que se comenta, la Sociedad ha experimentado pérdidas que han dejado reducido su patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social. Esta situación de hecho es la prevista en la causa de disolución tercera del artículo 30 de la Ley. Según este precepto se concede a los socios una doble opción para evitar la disolución de la Sociedad: el reintegro o la reducción del capital social, bien entendido que en el caso de no utilizar alguna de éstas la Sociedad habrá de disolverse forzosamente. Existe, por tanto, un abanico comprensivo de tres posibilidades concedidas a los socios: la disolución de la sociedad a consecuencia de pérdidas, o la del reintegro o reducción del capital social para evitar aqué-

lla. Lo que no está claro en la Ley es el quórum exigido para cada una de ellas, por lo que estimamos que la determinación de éste en los supuestos de disolución por pérdidas y de reintegro servirá para esclarecer el problema planteado respecto a si será necesaria la mayoría reforzada o la simple para que la Sociedad pueda proceder a la reducción del capital.

En cuanto a la disolución, es evidente que no todas las causas señaladas en el artículo 30 de la Ley exigen un previo acuerdo—art. 140, 2, R. R. M.—, ni que éste tenga que ser de mayorías reforzadas para todos los supuestos incluidos en el mismo—S. T. S. 18 enero 1962—. Por ello, nos centraremos únicamente en la determinación del quórum exigido para el supuesto de disolución por pérdidas cuando éstas excedan de las dos terceras partes del capital, a que se refiere el artículo 30-3 de la Ley. La doctrina, representada en este punto por VELASCO (1) y SALVADOR BULLÓN (2), coincide en que en este caso el acuerdo de disolución deberá ser adoptado por la Junta General con arreglo al artículo 17, o sea, siempre con las dos terceras partes del capital social.

En cuanto al quórum exigido para el reintegro del capital, parece evidente que los socios no pueden ser obligados a realizar nuevas aportaciones sin su consentimiento, a no ser que éstas estuvieren previstas en los Estatutos, y que, por tanto, como mínimo, habrá de exigirse también el acuerdo reforzado del artículo 17 de la Ley.

Llegados a esta conclusión surge con plena evidencia el peligro denunciado por el recurrente, pues si para disolver la Sociedad, para reintegrar el capital social y para reducirlo, es decir, para cada una de las tres opciones del artículo 30-3 de la Ley, se exige el quórum reforzado del artículo 17 de la misma, caemos en el absurdo de que por el abandono de los derechos políticos del socio mayoritario la Sociedad queda inmovilizada para cumplir un mandato legal.

Para evitar esta situación solamente caben dos alternativas: la de estimar que el acuerdo mayoritario simple es suficiente para la disolución de la Sociedad por pérdidas, o la de considerar que dicho acuerdo mayoritario es bastante para la reducción del capital social. La Resolución que se comenta no se manifiesta ante este dilema. Se limita a decir «que no todos los supuestos de disolución enumerados por el artículo 30 exigen la mayoría reforzada del artículo 17 de la Ley, pues aparte de aquellos en que por su propia naturaleza tiene lugar automáticamente la disolución, sólo en el caso indicado en el número 5 del artículo 30, referido al acuerdo voluntario de los socios, hay una remisión expresa al quórum del artículo 17. Esta doctrina es totalmente cierta, pero creemos que en aras de la deseable claridad podría haber profundizado en el sentido de que para el supuesto de disolución por pérdidas que excedan de las dos terceras partes del capital social será bastante el acuerdo mayoritario simple del artículo 14 de la Ley.

Ahora bien, aunque esta solución parezca muy fuerte, ya que exige menos para lo más que es la disolución, y mayorías reforzadas para lo menos que es el reintegro, la consideramos la única aceptable para dar cumplimiento al mandato legal del artículo 30-3 de la Ley y evitar que la Sociedad quede paralizada. Además, tampoco debe olvidarse que un supuesto análogo lo resuelve la Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 152-2, que, en definitiva, establece que en el momento en que se produzca la situación definitiva que deje reducido el patrimonio a menos de la tercera parte del capital social, la Junta General podrá acordar

(1) ANGEL VELASCO ALONSO: *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1972, página 204.

(2) PABLO e HILARIO SALVADOR BULLÓN: *Comentarios a la Ley de Sociedades Limitadas*, Madrid, 1958, página 427.

la disolución de la Sociedad tomando el acuerdo con las mayorías ordinarias. Es evidente que este precepto se refiere sólo al acuerdo de disolución y no a los supuestos de reducción regulados por los artículos 97 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, ni a los de reintegro del capital social, ya que ningún accionista, como queda indicado, puede ser obligado a reintegrar contra su voluntad el capital perdido.

En resumen, ateniéndonos al mismo criterio de la Ley de Sociedades Anónimas, estimamos que en las de Responsabilidad Limitada el acuerdo de disolución por consecuencia de pérdidas requiere la mayoría ordinaria del artículo 14, mientras que para el reintegro se exigirá la unanimidad siempre que no hubiere sido pactado en el contrato social, y, finalmente, la reducción en cualquiera de sus modalidades exigirá la mayoría reforzada del artículo 17 de la Ley.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
FRANCISCO QUIROGA RAMIRO,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

SERVIDUMBRE VECINAL DE PASTOS: BUENA FE HIPOTECARIA. ARTICULO 13 DE LA LEY HIPOTECARIA: CONSTANCIA DEL GRAVAMEN EN EL FOLIO DE LA FINCA MATRIZ, PERO NO EN EL DE LAS PARCELAS SEGREGADAS DE LA MISMA. TRANSACCION Y COSA JUZGADA. LITISCONSORCIO PASIVO: HAY QUE ATENDER AL SUPPLICO DE LA DEMANDA (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1974).

Hechos.—El Procurador don Vicente Aranda Gamara, en representación de don José Pintanel Buil y de cuatro más, formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra el Ayuntamiento de María de Huerva, sobre nulidad de servidumbre y otros extremos, alegando que los actores son propietarios de varias fincas inscritas a su nombre en el Registro de la Propiedad como libres de cargas; que desde hacía algún tiempo venían introduciéndose en las citadas fincas ganados de diferentes vecinos del pueblo, que alegaban que el Ayuntamiento los autorizaba para ello.

El Ayuntamiento contestó a la demanda oponiéndose y formulando reconvencción para que se declarara la existencia de servidumbre vecinal de pastos sobre las fincas de los actores, como propietarios de enclaves del Monte «La Plana», basándose en unas antiguas «Concordias», que se inscribieron en el Registro de la Propiedad, en el folio de la finca 1.312 (que era originariamente todo el término municipal).

El Juez de Primera Instancia número 6 de los de Zaragoza dictó sentencia desestimando la demanda y estimando la reconvencción, al declarar que existía servidumbre de pastos de carácter vecinal perteneciente al patrimonio municipal de la localidad y gravaba las fincas de los actores, por lo que una vez firme la sentencia debería inscribirse tal derecho

en el folio de cada una de dichas fincas. Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los actores, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso por la siguiente doctrina, que sistematizamos así:

a) *No se da litisconsorcio pasivo, pues hay que atender a los términos del «suplico» de la demanda.*

«Considerando que en el motivo primero, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se alega violación, por inaplicación de la doctrina de esta Sala, establecida en las sentencias que se citan, sobre litisconsorcio pasivo necesario... Motivo que no puede ser acogido, porque el suplico de la reconvención, reiterado en la dúplica, pone de manifiesto que sólo afecta a los actores, hoy recurrentes, y no a los demás propietarios de fincas del Monte de María de Huerva. Así, pues, es evidente la inexistencia en el caso de autos de los supuestos que integran el concepto de litisconsorcio pasivo necesario, cuando origina una carga de intervención común de las partes.»

b) *Transacción y cosa juzgada: artículo 1.816 del Código civil.*

«Considerando que también es procedente el examen conjunto de los motivos cuarto y quinto..., porque en ellos se aduce la infracción del artículo 1.816 del Código civil, por interpretación errónea, en el cuarto, y por aplicación indebida, en el quinto, y porque el fundamento de dichas infracciones consiste en lo sustancial, en que en la sentencia impugnada se atribuye la consideración de la cosa juzgada a las 'Concordias', ya mencionadas, y se expresa que ellas vinculan por igual a las partes y a sus sucesores, por lo que si se aplicase la excepción de cosa juzgada para una de las partes, también habría que hacerlo con la otra, y el Ayuntamiento no podría pedir en reconvención el gravamen de una servidumbre en las fincas de los hoy recurrentes, sino que sólo podría proceder por la vía de apremio, que no ha utilizado, sino el proceso declarativo de mayor cuantía. No pueden prevalecer los motivos mencionados porque si bien es cierto que las 'Concordias' referidas... tienen para las partes la autoridad y valor de la cosa juzgada, conforme al artículo 1.816 del Código civil, es igualmente indudable que ello no significa, como pretenden los recurrentes, la imposibilidad de discutir en la vía judicial la eficacia o ineficacia de lo convenido en las 'Concordias'...; por tanto, es evidente que la atribución a las 'Concordias' de autoridad y valor de cosa juzgada, efectuada por el Tribunal de Instancia, no tuvo otra significación y alcance que la de fuerza vinculante para las partes que intervinieron en las mismas, porque la transacción es negocio jurídico de índole material, con influencia en la relación de idéntica índole jurídica, y, en cambio, la cosa juzgada tiene indudable naturaleza procesal.»

c) *No existe buena fe hipotecaria del adquirente, pues conocía la inexactitud registral.*

«Considerando que es evidente que sin buena fe, el tercer adquirente no puede tener la protección de la fe pública registral, porque es uno de los cuatro requisitos establecidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria a dichos efectos, cuya inexistencia en el caso de autos está afirmada en la sentencia impugnada y no se combate con eficacia en el recurso, por lo cual, la inaplicación de dicho precepto está causada por la prueba de que los hoy recurrentes conocían cuando compraron las fincas la existencia de la servidumbre de pastos y, por tanto, la inexactitud registral

derivada de no estar reflejado dicho gravamen en las inscripciones de dominio de las mismas: cuando no se ignora la inexactitud registral, sino, por el contrario, conoce el tercer adquirente la verdadera situación jurídica del bien adquirido, no se puede apreciar buena fe para disfrutar de la protección registral.»

d) *Artículo 13 de la Ley Hipotecaria: la carga existía en el folio de la antigua finca matriz, aunque no en las parcelas segregadas.*

«Considerando que igualmente hay que rechazar el motivo séptimo, alegado por igual ordinal que el anterior, por violación, por inaplicación del párrafo último de los artículos 1 y 13, ambos de la Ley Hipotecaria, porque, por lo que se refiere al primero de dichos preceptos, es indudable su gran generalidad, que para su concreción o precisión requiere relacionarlo con los pertinentes preceptos, lo que no hace la parte recurrente, y en cuanto al artículo 13, es también evidente se prescinde de las afirmaciones de hecho de la sentencia impugnada, consignadas en el 'considerando' anterior, y, además, de las referentes a la constancia en la inscripción de la finca 1.312 causada por el traslado de los asientos de las Antiguas Contadurías y Oficios de Hipotecas, de la servidumbre de pastos, inscripción referida a los derechos dominicales sobre el término municipal de María de Huerva; a la inscripción de la finca 1.068, formada por segregación de aquélla, y a que las fincas adquiridas por los recurrentes fueron segregadas de la finca 1.068» (considerando 29 de la sentencia del Juzgado y segundo de la Sala).

COMENTARIO.—A propósito de esta sentencia podemos plantear el problema del valor de la expresión «sin cargas», que se recoge en un asiento de inscripción del dominio.

Ante todo, hay que tener en cuenta que el asiento de inscripción puede ser estudiado, al estilo de lo que se hace con la escritura en Derecho notarial, distinguiendo las partes del mismo. Hasta ahora la doctrina no lo ha hecho así, sino que se ha limitado a enumerar de un modo indiscriminado, siguiendo la lista del Reglamento, todos los datos o requisitos del asiento. Por mi parte, soy partidario de sistematizar el contenido del asiento, distinguiendo las partes del mismo para valorar debidamente cada una según su naturaleza (1). Aquí sólo nos interesa aludir a la parte que podemos denominar «antecedentes», que va a continuación de la parte primera, «descripción de la finca», y antes de la parte central, tercera, que contiene el «hecho, acto o negocio jurídico». En los «antecedentes» se recogen, a su vez, dos referencias: a) cargas anteriores; b) título anterior.

Centrándonos ahora en la referencia a las cargas, cuando examinada la historia registral de la finca no se advierte la existencia de ninguna, la regla 7.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario dice que «se expresará así», lo que, en la práctica se hace con la indicación «sin cargas».

¿Qué valor tiene esta referencia? Concretamente: si la última inscripción de dominio dice «sin cargas» por error, dado que el gravamen sigue vigente en los libros, ¿a qué atenerse?

Para contestar a ello hay que resolver el problema de la «naturaleza» de esta parte del asiento de inscripción.

¿Tiene la naturaleza y el efecto de la cancelación, como si fuera un asiento de cancelación, en su caso, dentro del asiento de inscripción? Es evidente que no, pues su finalidad primordial no es cancelar, sino recoger la carga tal como está, y si por error no la recoge, no tiene por qué

(1) Concretamente podrían distinguirse en el asiento normal de inscripción seis partes: 1.ª Descripción de la finca; 2.ª Antecedentes: cargas y título anterior; 3.ª Extracto del hecho, acto o negocio jurídico; 4.ª Acta de inscripción; 5.ª Referencias formales: al título, a la presentación y a la liquidación; 6.ª Fecha y firma. De todo esto quisiéramos ocuparnos detenidamente en otro lugar.

cancelarla, ya que falta el consentimiento del titular del gravamen, aparte de que no cumple ninguno de los requisitos que la Ley y el Reglamento exigen para las cancelaciones. Luego si existe un error en la referencia, el gravamen no se cancela y sigue vigente.

Por el contrario, se trata de una referencia meramente informativa. Esta naturaleza informativa tiene dos polos: *el interno*, para la Oficina del Registro: tal referencia, que, en principio, hay que suponer exacta, permitirá conocer rápidamente el estado actual de la finca en cuanto a gravámenes, y *el externo*, a efectos de publicidad formal, pues es evidente que a quien consulte el Registro directamente puede bastarle esa referencia, sin pretender examinar el contenido total del folio en cuestión.

A través de este aspecto de publicidad formal se plantea el problema que veníamos apuntando: ¿a efectos de la fe pública registral y de la protección del tercero hipotecario puede bastar el examen de esa mera referencia negativa de cargas que contiene la última inscripción de dominio?

La Sentencia de 31 de mayo de 1955 se atiene a esa mera referencia, en contra de su naturaleza exclusivamente informativa, diciendo que «a un adquirente únicamente le es exigible el examen del asiento de la *inscripción última*, a fin de conocer por él la relación jurídica entre el sujeto y el objeto, así como las cargas y gravámenes que le afectan, y este conocimiento garantiza suficientemente a los nuevos titulares, que deben ser salvaguardados y beneficiados por su condición de terceros de cualquier defecto, error o modificación que en el título anterior existiera, al concurrir los requisitos exigidos por el artículo 34 de adquirir ignorando el vicio de que adolecen los asientos de los transferentes».

Pero la doctrina ha criticado con razón esta sentencia. LACRUZ-SANCHEZ, después de destacar la eficacia «simplemente informativa» de esa referencia, dicen: «El Registro para cada finca es el folio registral completo, y a todas las inscripciones, es decir, al conjunto de ellas, hay que acogerse para averiguar el total estado jurídico de la finca. De lo contrario podría ocurrir que el titular de un *ius in re aliena* fuera despojado por una simple equivocación del Registrador, que dejase de mencionarlo en la inscripción correspondiente» (2). ROCA SASTRE también considera equivocada la interpretación de la Sentencia de 31 de mayo de 1955 y critica los términos empleados por el artículo 13, 1.º, de la Ley Hipotecaria, que no debía emplear las palabras «inscripción de la finca o derecho», sino referirse al Registro «particular abierto a la finca correspondiente» (3).

Efectivamente, es criticable la Sentencia de 31 de mayo de 1955. Si hemos dicho que la referencia a las cargas, que figura en la última inscripción de dominio, es meramente informativa y no cancelatoria, podrá aplicarse por analogía lo que el artículo 226 de la Ley Hipotecaria establece para las certificaciones; téngase en cuenta que al hacer esa referencia negativa a las cargas, el Registrador está certificando dentro de un asiento de lo que resulta de anteriores asientos. En este sentido, el artículo 226 dice: «Cuando las certificaciones (en nuestro caso, las 'referencias sobre cargas') no fueren conformes con los asientos de su referencia, se estará a lo que de éstos resulte, salvo la acción del perjudicado por ellas para exigir la indemnización correspondiente del Registrador que haya cometido la falta.»

Además, el sentido del artículo 13, 1.º, es claro, pues ni siquiera literalmente puede pensarse que alude a la referencia de la carga en la inscripción de dominio. A lo sumo, podría interpretarse que se refiere a «la inscripción de la finca en que conste el gravamen o derecho real», no a la «inscripción en que el gravamen está meramente referenciado». Es

(2) *Derecho Inmobiliario Registral*, de LACRUZ-SANCHEZ, año 1968, pág. 237.

(3) ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario*, I, pág. 627 (6.ª edición)

decir, la finca tiene un número en el Registro y, según el párrafo 2.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, puede comprender varias inscripciones: de todas esas inscripciones de la finca, el artículo 13, 1.º, se refiere a la inscripción en que conste el gravamen, no a la inscripción en que conste el dominio y referenciado el gravamen. En último término, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, con el que tiene relación el 13, habla de «Registro» como un conjunto de inscripciones.

¿Cómo se plantea y resuelve este problema en la presente sentencia? Los recurrentes alegan que en el folio de cada una de las fincas segregadas, de las que son titulares, figura que están libres de cargas, por lo que la servidumbre de pastos no les afecta, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Hipotecaria. Además, alegan su buena fe, pues desconocían la inexactitud del Registro.

La sentencia, al estudiar el problema del artículo 13 en el «considerando» quinto, hace una primera observación: que los recurrentes prescinden de las afirmaciones de hecho de la sentencia impugnada relativas a que carecían de buena fe, pues no ignoraban la inexactitud registral, sino que cuando compraron las fincas conocían la existencia de la servidumbre de pastos (remisión al «considerando» cuarto).

Desde esta primera perspectiva no se entra en el tema que hemos planteado sobre el valor de la referencia a la expresión «sin cargas» que contenían las últimas inscripciones de dominio. El Tribunal Supremo no entra, en principio, sobre si había que atenerse a toda la historia registral de las fincas o no, sino que parte de que conocían la realidad extraregistral relativa a la existencia de la servidumbre de pastos.

Ahora bien: al final del «considerando» quinto se indica un argumento «a mayor abundamiento» que es interesante, pues no llega a ser *obiter dictum*, sino sencillamente un importante argumento de refuerzo para la desestimación del recurso: «Además—dice la sentencia—(aun prescindiendo de si sabía o no que existía realmente la servidumbre de pastos, y aunque lo ignorase, añadimos nosotros), la servidumbre de pastos constaba en la inscripción de la finca matriz, de la que remotamente procedían las de los actores.» Este argumento no es muy concorde con la idea seguida por la citada Sentencia de 31 de mayo de 1955, pues el Tribunal Supremo valora «no la última inscripción de dominio», sino «la inscripción en que consta el gravamen», que incluso está fuera del folio de las fincas en cuestión, ya que aparece en la primitiva finca matriz.

Consideramos acertada esta argumentación, pues, a pesar de los términos literales del artículo 13 de la Ley Hipotecaria, de difícil adaptación a los supuestos de modificación de entidades hipotecarias (en que el gravamen sobre la finca matriz continúa vigente en el folio de ésta afectando a las parcelas resultantes), hay que tener en cuenta que el folio de la finca matriz forma, a efectos de gravámenes, un solo folio con el de las parcelas resultantes, pues las primeras inscripciones de éstas sólo son «primeras» desde el punto de vista formal y, como dice Roca Sastre, hablando de la «extinción de entidades hipotecarias» por agrupación, agregación o división, «no se da aquí una extinción absoluta, pues las antiguas y cerradas hojas registrales continúan constituyendo los antecedentes de la nueva finca, incluso con pleno vigor respecto de los gravámenes inscritos» (4).

En definitiva, creemos que ese argumento de refuerzo de la presente sentencia desvirtúa la tesis de la criticada Sentencia de 31 de mayo de 1955, si bien, por tratarse de un argumento «a mayor abundamiento», será mejor esperar a una futura decisión más concluyente para conocer de un modo definitivo la opinión del Tribunal Supremo sobre este interesante problema.

(4) *Ob cit.*, tomo II, pág. 456

ACCION REIVINDICATORIA EN RELACION CON LA PRESUNCION DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA Y CON EL EXPEDIENTE DE DOMINIO INMATRICULADOR (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1974).

Hechos.—Don Juan Hermida Pérez formula demanda contra doña Rocio Ozores Larriba y otros, alegando ser dueño de una finca sita en «Huerta de Coiron», inscrita a su nombre y al de su esposa en el Registro en virtud de auto judicial firme recaído en expediente de dominio, y que los demandados habían ocupado una parte de la finca construyendo en ella edificaciones de mala fe. Por lo cual termina suplicando se dicte sentencia en la que se declare que es de la propiedad del actor la finca con los frutos producidos o debidos producir desde que fue ocupada por los demandados y con las edificaciones que éstos hubiesen construido sobre ella, sin que el actor se encontrase obligado a indemnizarlos en cantidad alguna por haber aquéllos edificado con mala fe.

La parte demandada se opone, negando enérgicamente que la inscripción responda a la realidad.

El Juez de Primera Instancia de Cambados dictó sentencia declarando que es de la propiedad del actor la finca de autos, excepto la parcela sur, así como las edificaciones que sobre tal finca han construido los demandados, previa indemnización, que se fijará en ejecución de sentencia.

Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña dictó sentencia, confirmando en parte, y en parte revocando, la sentencia apelada, declarando que es propiedad del actor la finca reseñada en la demanda y que los demandados harán entrega al demandante de las edificaciones existentes sobre ella, previa indemnización, que se fijará en ejecución de sentencia.

La parte demandada interpone recurso de casación fundándose principalmente en que la acción reivindicatoria del dominio, basada simplemente en una certificación del asiento registral, no puede liberar al demandante de la carga de la prueba, dado que, según el artículo 609 del Código civil, el dominio se adquiere «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», y en este caso no se había producido tal prueba, pues el expediente de dominio no acredita el dominio, sino solamente es título de la inscripción que se solicite, pero no del derecho mismo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, destacando los «considerandos» segundo, tercero y cuarto:

«Considerando que es inviable el motivo primero, amparado en el número primero del artículo 1.692, ya citado, por violación del artículo 1.445, en relación con el párrafo segundo del 609 y párrafo último del 348, todos del Código civil, y en la doctrina consignada en las sentencias que se citan, porque los argumentos empleados se refieren a la valoración de la prueba documental, consistente en los de la justificación de la adquisición de las parcelas, que por agrupación integraron la finca objeto de la reivindicación, valoración que no puede combatirse en causa nada más que por el ordinal del número séptimo del artículo 1.692, no utilizado, por lo que origina la causa de inadmisión del número 9 del artículo 1.729 de igual Ley, que en esta fase procesal lo es de desestimación; pero es que también el artículo 348 fue aplicado y. . . además, existe la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, no desvirtuada» (el subrayado es nuestro).

«Considerando que tampoco pueden prosperar los motivos segundo y cuarto, aducidos por idéntica causa procesal que los anteriores, consistente en infracción por violación del artículo 348 del Código civil y de la doctrina reflejada en las sentencias que se citan y en interpretación errónea del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 283 y 284 de su Reglamento, respectivamente, porque tienen de común que los recurrentes establecen, sin más, supuestos distintos a los de la sentencia recurrida, ya que la viabilidad de la acción reivindicatoria no está basada ni en que el título registral libera al actor de la carga de la prueba, como expresa en el motivo segundo, ni que el auto declarando justificado el dominio es título de éste y no de la inscripción solicitada, como se consigna en el motivo cuarto, sino que el Tribunal *a quo* llega a la conclusión de que debe prosperar la acción mencionada por la justificación de los requisitos establecidos en el artículo 348 y en la doctrina de esta Sala interpretándolo, y *ha de tenerse en cuenta también que mediante el expediente de inmatriculación el que carece de título escrito de dominio puede obtener título para lograr la inscripción de su derecho*, lo que tiene su fundamento en el artículo 272 del Reglamento de la Ley Hipotecaria, en relación con el 201 de la Ley» (el subrayado es nuestro).

«Considerando que igualmente hay que rechazar el motivo tercero, en el que por igual ordinal del artículo 1.692 se alega la infracción, por aplicación indebida del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, ya que se aduce la infracción, pero se omite todo razonamiento para acreditarla, y, además, no se aplica dicho precepto en la sentencia recurrida para la tutela de la acción reivindicatoria, sino que únicamente se hace referencia al mismo en lo concerniente a la carga de la prueba, que incumbe a los contradictores de los derechos inscritos, como en el expediente de dominio a los que formulan oposición limitada a la justificación de la adquisición del dominio, única que se puede efectuar.»

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

ACCION REIVINDICATORIA Y DECLARATIVA: DIFERENCIAS Y REQUISITOS; LA IDENTIFICACION DE LAS FINCAS ES REQUISITO COMUN A AMBAS ACCIONES. DOCUMENTOS AUTENTICOS EN CASACION: NO LO SON LOS QUE FUERON EXAMINADOS POR LA SALA DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1974).

Hechos.—«Construcciones Ramírez de Arellano y Benito Núñez, S. A.», presentó demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Villajoyosa contra don Mario Charles Ferdinand Letrille sobre reivindicación de bienes, basándola en que la empresa actora había comprado dos fincas sitas en Benidorm de quien en el Registro figuraba como dueño, inscribiéndolas a su nombre la citada empresa, y en que durante el mes de diciembre de 1971, el representante legal de la entidad demandante, paseando casualmente delante del solar que formaba la agrupación material de las dos fincas, pudo observar que personas extrañas, que resultaron estar encargadas por el demandado, estaban procediendo a cerrar el citado solar por su línea de fachada con una valla de obra de ladrillo y mortero. Por ello suplica se dictara sentencia en la que se condenase al demandado a estar y pasar por las siguientes declaraciones: 1.ª Que se declarase el derecho de dominio de la actora sobre las fincas en cuestión. 2.ª Que se condenara al demandado a restituir dichas fincas. 3.ª Que se declarasen nulas, ordenándose su cancelación, las inscripciones que figuraban a favor del de-

mandado en el Registro de Villajoyosa. 4.ª Que se condenase al demandado a pagar a la entidad demandante una indemnización de daños y perjuicios por el retraso que iban a sufrir las obras de construcción sobre el solar litigioso.

El demandado contesta a la demanda oponiéndose, alegando que las fincas estaban inscritas en el Registro a su nombre desde hacía mucho tiempo, así como la falta de identidad de ellas con las que describía y figuraban inscritas a nombre de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia de Villajoyosa dictó sentencia estimando la demanda en cuanto a la declaración de propiedad a favor del actor del solar, con restitución del mismo a cargo del demandado, pero sin la indemnización de daños y perjuicios pretendida.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia revocó la sentencia del Juzgado, desestimando totalmente la demanda.

La entidad actora interpone recurso de casación por varios motivos, siendo necesario subrayar, para mejor apreciar la doctrina del Tribunal Supremo sobre las acciones reivindicatoria y declarativa, las siguientes palabras del motivo primero del recurso: «Si esas dos fincas, como asegura la sentencia recurrida, son distintas a las que posee y describen los títulos del demandado, no existe nada en el Registro, ni siquiera en el pleito, para impedir la declaración del derecho de propiedad sobre ellas a favor de la sociedad recurrente.. Puede muy bien mantenerse la sentencia en cuanto a la acción reivindicatoria, pero revocarla en cuanto a la desestimación del *petitum* contenido en el apartado primero de la súplica de la demanda.»

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que aunque el Código civil en el citado precepto (artículo 348) no alude más que a la acción que el propietario tiene para reivindicar la cosa contra el poseedor o tenedor de la misma, la jurisprudencia ha venido matizando la existencia de una acción meramente declarativa del dominio para los supuestos en que no exista posesión o detentación de la cosa por un tercero, sino una mera negativa de ésta a reconocer la titularidad dominical que se deduzca sobre aquélla contravieniendo de manera efectiva aquel derecho, acciones ambas protectoras del derecho dominical o de propiedad, que contemplan facetas distintas de hecho determinantes de la acción a ejercitar, si bien tienen puntos comunes de apoyo en su justificación.»

«Considerando que en el caso de autos, examinado el suplico de la demanda en relación con el contenido de la misma, claramente salta a la vista que no se trata del ejercicio de dos acciones independientes, sino de una verdadera acción reivindicatoria, ya que lo que motiva la interposición del juicio, según se manifiesta en el escrito de demanda, es la circunstancia de haber perturbado y despojado de la posesión a titular legítimo/del dominio, cual es la sociedad actora, con lo cual ha sido ésta entorpecida de poder realizar una construcción sobre el terreno en discusión, lo que determina también la pretensión formulada de indemnización de daños y perjuicios que se reclaman del demandado.»

«Considerando que frente a la acción reivindicatoria ejercitada, después de fijar la sentencia recurrida los supuestos que han de concurrir para que aquélla pueda prosperar: primero, justo título de dominio que acredite en forma fehaciente la propiedad del inmueble en cuestión; segundo, determinación o identificación física de la finca que se trata de reivindicar en su realidad física, de suerte que a través de la prueba practicada durante el juicio quede demostrado que el solar o terreno reclamado es el mismo a que se refieren los documentos, títulos y demás

medios de prueba en que el actor funde su pretensión, y tercero, posesión o detentación de la finca reclamada por parte del demandado, llega a la conclusión, a través del estudio y análisis que realiza de la prueba practicada en autos, tanto documental como testifical y hasta pericial, de la falta de identidad entre las fincas que adquiere el actor, según sus títulos, y las que son objeto de titulación y ocupación por el demandado, requisito de los exigidos como indispensables para la viabilidad de la acción ejercitada, cuya falta determina por sí sola la desestimación de la acción.»

«Considerando que para combatir la expresada conclusión fáctica de la sentencia recurrida se formulan los motivos segundo y tercero del recurso, por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba apoyado en documentos obrantes en autos, los que no pueden ser estimados porque, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, para acusar el error de hecho en casación no pueden servir los documentos básicos del proceso que fueron estudiados en la instancia para dictar la sentencia recurrida, pretendiendo sustituir por el criterio del recurrente el del Tribunal *a quo*, sin que pueda combatirse tampoco en casación aquella valoración cuando ésta se obtiene o trata de obtener de un examen relacionado de unos documentos con otros, por ser indispensable que el documento demuestre por sí mismo la equivocación del juzgador de instancia y que ésta aparezca con evidencia, no siendo suficiente el carácter público del mismo, precisando también de la autenticidad jurídica procesal, consistente en que su contenido constituya una premisa obligada para que el Tribunal lo aprecie y tenga necesidad imperiosa de aceptar lo que en él se exponga.»

«Considerando que desestimados los motivos a que queda últimamente hecha referencia y firme, por consecuencia, la conclusión fáctica de la instancia de falta de identificación física del terreno sobre el que pretende ejercitar su derecho la actora, decaen tanto el motivo cuarto como el primero por falta de base en que asentarlos, ya que la falta de requisito de identificación afectaría igualmente al supuesto del ejercicio de una mera acción declarativa, que, como sostiene la sentencia recurrida, ha de estar en concordancia con la realidad física de asentamiento del derecho demandado y la negativa de su reconocimiento.»

TERCERIA DE DOMINIO BASADA EN QUE LA FINCA SEGUIA PERTENECIENDO EN PROPIEDAD AL VENDEDOR TERCERISTA Y NO AL COMPRADOR EMBARGADO POR HABER SIDO SIMULADA LA VENTA. APRECIACION CONJUNTA DE LA PRUEBA POR EL TRIBUNAL DE INSTANCIA. ARTICULO 1.253 DEL CODIGO CIVIL. FALTA DE CLARIDAD Y DE PRECISION DEL RECURSO (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1974).

Hechos.—Don Isidro Zafra Funes, mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Castuera, dedujo demanda contra el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y otros sobre tercería de dominio en la fase ejecutiva del proceso de responsabilidad civil por delito de apropiación indebida al que resultó condenado el padre, ya fallecido, de dos de los demandados, habiéndosele embargado la finca rústica denominada «El Muletero», inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad a virtud de escritura pública de compraventa otorgada a su favor por el actor. Para evitar que se consumara el remate de la finca, subastada en dicha fase ejecutiva, el actor interpone esta demanda de tercería de dominio,

alegando la nulidad de la escritura de compraventa por simulación absoluta, pues la finalidad de aquel contrato no fue la de vender, sino garantizar un préstamo concedido al actor por el adquirente, que luego sufrió el embargo, siendo por ello un contrato con causa falsa, ya que no medió precio alguno.

El Juzgado de Primera Instancia de Castuera desestimó la demanda, por entender que de la apreciación conjunta de la prueba practicada y de su valoración, conforme a la crítica racional, no había resultado acreditada la realidad de los hechos sentados en la demanda.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres revocó la sentencia del Juzgado, estimando la demanda basada en simulación absoluta, una vez apreciadas en conjunto y valoradas las pruebas practicadas.

Los hijos del embargado interponen recurso de casación por violación del artículo 1.253 del Código civil, al construir sobre él la Sala una presunción favorable a la simulación, olvidando la diferencia existente entre el negocio simulado y el fiduciario, estimando que en el presente caso existió un negocio simulado nulo, cuando lo que debió entender es que existía un negocio fiduciario válido.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que contra esta resolución se alza el presente recurso, concretado en siete motivos, con amparo procesal en el número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose en todos ellos violación, cuyo sentido específico no precisa, por lo que debe entenderse, de acuerdo con la constante doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, en el negativo de inaplicación de la norma contenida en el artículo 1.253 de nuestro primer Código sustantivo, cuyo simple alegado demuestra su inconsistencia, pues justo lo que se combate por el recurrente es la aplicación de aquel medio de prueba y cuya motivación autorizada se refiere no a distintas y presuntas infracciones legales, que el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ordena se hagan por separado para cumplir la exigencia de claridad y precisión que en dicho precepto se establece, sino el mismo mecanismo de apreciación de las pruebas, es decir, el presuntivo, pormenorizado con respecto de cada uno de los hechos que tuvo en cuenta el Tribunal *a quo* para llegar a su decisión, olvidando que éste efectuó una apreciación conjunta de las probanzas y que desde el punto de vista estrictamente jurídico que permite la casación civil, lo denunciado habrá de ser un modo de apreciar la prueba común a todos los supuestos, que no puede ser diferenciado en los distintos datos de hecho, cuando éstos, por otra parte, y como tales, no fueron controvertidos por la única vía posible del número siete del artículo 1.692 de la Ley Procesal, sino que fueron incluso expresamente admitidos por la parte recurrente.»

«Considerando que habida cuenta ese explícito reconocimiento del planteamiento fáctico declarado probado por el Tribunal *a quo*, en el que, según se ha dicho, basa su deducción lógica, no es factible tampoco estimar en casación la impugnación que de ésta se hace, a menos que, de acuerdo con la reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial, se demuestre que es ilógica, absurda o contraviniese alguna norma legal, lo que en este caso no sucede, antes al contrario, teniendo en cuenta aquella valoración conjunta, que forzoso es reconocer una vez más y que el recurso desconoce, se presenta como ajustada a toda razón y derecho, que debe prevalecer sobre la particular que hace el recurrente con presunciones e interpretaciones que no tienen otra base sino la defensa de su propio interés, y que lejos de desvirtuar aquélla, contribuyen a confirmarla, según se comprueba con el simple examen de los datos de hecho, antes

relatados, en que funda su deducción; aparte de que, de un modo indebido y contraviniendo asimismo en este punto la exigencia de claridad y precisión del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento, mezcla con las enunciadas otras cuestiones relativas a la naturaleza jurídica de los actos realizados, que implica un problema de hermenéutica contractual, de improcedente alegación por la vía procesal alegada, lo que supone la desestimación de los siete motivos formulados y, consiguientemente, la del recurso en su totalidad, con los obligados pronunciamientos del artículo 1.748 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil.»

TERCERIA DE DOMINIO EN UN SUPUESTO DE SOCIEDAD TERCERISTA DE PARECIDOS NOMBRE Y COMPOSICION A LA ENTIDAD EMBARGADA. REQUISITOS DE LA ACCION: DOMINIO DEL TERCERISTA SOBRE LOS BIENES, IDENTIFICACION DE LOS MISMOS Y JUSTIFICACION DE QUE LOS DEBITOS ERAN DE LA SOCIEDAD EMBARGADA, NO DE LA SOCIEDAD TERCERISTA, CUYA PERSONALIDAD JURIDICA ERA DISTINTA E INDEPENDIENTE DE AQUELLA (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1974).

Hechos.—La Entidad «Carol, S. A.», deduce demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra la Recaudación de Contribuciones de la Zona 17 de Sabadell, ésta representada por el Abogado del Estado, y contra la Compañía «Manufacturas Carol, S. A.», en situación de rebeldía, sobre tercera de dominio, exponiendo en síntesis: que la citada «Recaudación» siguió expediente, iniciado por la Recaudación de Contribuciones de la Zona 1.ª de Bilbao, sobre apremio contra la Entidad «Manufacturas Carol, S. A.», para la efectividad de varias certificaciones de descubierto por liquidaciones de impuestos de sociedades; que en méritos del expresado expediente, a pesar de seguirse el mismo contra «Manufacturas Carol, S. A.», se ha trabado embargo sobre diferentes inmuebles, terrenos de la heredad «Manso Ferriol», que no corresponden a dicha Sociedad, sino a la actora, «Carol, S. A.», por haberlos aportado a la misma don Pedro Carol Prat. Por todo ello suplica se dicte sentencia declarando haber lugar a la tercera de dominio y ordenando levantar el embargo trabado.

El Abogado del Estado contestó oponiéndose a la demanda, exponiendo que en 8 de octubre de 1923 fue constituida una Sociedad con el nombre de «Manufacturas Carol, S. A.»; que al constituirse recibió como aportación una finca denominada «Manso Ferriol»; que en 22 de diciembre de 1947 cambió su denominación por la de «Carol, S. A.»; que el 23 de diciembre de 1947, es decir, al día siguiente, se constituyó otra Sociedad, que recibió el nombre que tenía la anterior; que precisamente forman esta Sociedad los mismos miembros de «Carol, S. A.», que el día anterior, y ante el mismo Notario autorizante, había cambiado de nombre; que pese a que ambas Sociedades, desde el punto de vista formal, podían tener personalidad jurídica, se está frente a la clásica simulación que de un tiempo a esta parte se viene observando en el campo fiscal y a la creación ficticia de una Sociedad fantasma, constituida por las mismas personas y utilizando el mismo nombre de la otra Sociedad para crear un confusiónismo que nunca puede perjudicar a los terceros.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Barcelona dictó sentencia dando lugar a la demanda formulada por «Carol, S. A.», y en

su virtud deja sin efecto el embargo trabado, quedando los bienes a la libre disposición de la actora. Esta sentencia fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso, siendo de destacar los «considerandos» primero y tercero, de los que se desprende la doctrina resumida al principio:

«Considerando que reiteradamente viene proclamando la doctrina de este Tribunal, al hacer aplicación de los artículos 1.532 y 1.537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que para que pueda prosperar la tercería de dominio que se interponga, a fin de reivindicar los bienes que hayan sido embargados a instancia de un acreedor ejecutante, debe acreditarse por el tercerista la propiedad de aquéllos y también la identidad con los que fue desposeído por aquella actuación judicial, por lo que si la sentencia recurrida, al aceptar plenamente los fundamentos de la dictada en el primer grado de la instancia, tiene en cuenta la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal sentenciador en el ejercicio de sus indiscutibles facultades, y de ella deriva y declara el pleno dominio por parte de la accionante sobre el conjunto patrimonial que fue objeto de embargo y origen de la tercería, es obvio que se ha cumplido con el requisito esencial que para la eficacia de la acción reivindicatoria exige la Ley, tanto más cuanto que asimismo se afirma en dicha resolución impugnada la total identificación de la finca, que si en un principio fue propiedad de don Pedro Carol, ella fue aportada a la titulada entonces 'Manufacturas Carol, S. A.'—año 1923—, en pago de acciones de la misma, y que posteriormente—año 1947—, ante el cambio de denominación de la primera, titulándola 'Carol, S. A.', continuó ésta en la posesión y dominio de la finca mencionada, por lo que en este aspecto se hace indudable que han de perecer los tres motivos en los que se apoya el recurso, ya que, en lo que respecta al primero de ellos, acreditado en la resolución recurrida, el dominio a favor del tercerista, y que el expediente de apremio se inició por débitos a la Hacienda contraídos por la Entidad demandada, siendo precisamente ello lo que originó el embargo de los bienes, pertenecientes éstos a Sociedad distinta e independiente de la misma, obliga a mantener la inviolabilidad de dicho motivo...»

«Considerando que como el motivo tercero pretende mantener el criterio de que las dos Sociedades litigantes constituyen una sola y la misma Entidad, contrariando de este modo la interpretación que de los documentos fundamentales hace el Tribunal sentenciador, en cuanto declara que ambas Entidades sociales tienen personalidad independiente, sin que la existencia de relaciones económicas entre ambas pueda significar dependencia o comunidad de bienes, por lo que en este particular termina afirmando la resolución recurrida que no cabe confundir su distinta personalidad ni considerar a los bienes propios de una como formando parte de la otra; como esta interpretación resulta correcta y racional, y en modo alguno arbitraria, por cuanto la literalidad de los documentos es precisamente la recogida por la sentencia impugnada, en el modo y forma que exige el artículo 1.281 del Código civil, que es el denunciado por supuesta infracción de violación por el recurrente, se hace obligado la desestimación del recurso formalizado...»

TERCERIA DE DOMINIO RESPECTO A 60.000 KILOS DE GAMBAS: NO SON DOCUMENTOS AUTENTICOS PARA EVIDENCIAR EN CASACION ERROR DE HECHO NI EL CONTRATO PRIVADO DE ARRENDAMIENTO SIMULADO NI LOS ASIENTOS DE CONTABILIDAD DEL COMERCIANTE; LA INEXISTENCIA DE DELITO DE ESTAFA POR SIMULACION SEGUN LA JURISDICCION PENAL NO PREJUZGA, A EFECTOS CIVILES, LA EXISTENCIA DE CONTRATO SIMULADO (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1974).

Hechos.—Don Antonio de Sardi Pérez Romero presentó demanda contra «Construcciones Herexmar, S. A.», y contra «Hijos de Esmeraldo Domínguez Macaya, S. L.», sobre tercería de dominio de 60.000 kilos de gambas existentes en buque perteneciente a «Hijos de Esmeraldo Domínguez Macaya, S. L.», alegando que la citada carga del buque pertenecía al actor tercerista por ser el resultado de la pesca que él mismo explotaba en base al contrato de arrendamiento del buque a su favor, por contrato privado suscrito en el año 1969.

«Construcciones Herexmar, S. A.», contesta a la demanda oponiéndose por ser simulado el contrato de arrendamiento del buque, perteneciendo la carga al propietario del buque y no al tercerista.

Desestimada la demanda en ambas instancias (Juez de Primera Instancia número 3 de Santander y Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos), el actor interpone recurso de casación, alegando error de hecho en la apreciación de las pruebas, por no haberse deducido de ellas la existencia de simulación del contrato de arrendamiento del buque.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que los motivos primero y segundo, amparados en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncian la existencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas, motivos que no pueden prosperar: a) Porque no merece el concepto de auténtico a efectos de casación el propio documento que contiene el contrato cuestionado, por cuanto que no puede servir para mostrar la realidad de un negocio jurídico un documento que, según la apreciación concorde de ambos juzgadores de instancia, da cuerpo cierto a un contrato simulado. b) Porque, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, reflejada, entre otras muchas, en las Sentencias de 18 de abril de 1929, 24 de octubre de 1951, 9 de abril de 1953 y 3 de febrero de 1961, los asientos de los libros de contabilidad de los comerciantes carecen del carácter de documentos auténticos a los efectos indicados. c) Porque el documento obrante al folio 229 de los autos, en lo que se refiere a la entrega de la mercancía, no contiene un hecho categórico y terminante, pues se limita a expresar una suposición de quien lo expide. d) Porque el auto de sobreseimiento dictado por la jurisdicción penal prueba solamente que no resultó debidamente justificada la perpetración del delito de estafa que había dado motivo a la formación de la causa, pero no prejuzga la potestad de esta jurisdicción para declarar que, a efectos puramente civiles, el referido contrato únicamente perseguía la finalidad de crear una simple apariencia de arrendamiento.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

AFIANZAMIENTO. CONSTITUCION DE HIPOTECA. CONTRATO: PRE-SUNCION DE CELEBRADO EN FRAUDE DE ACREEDORES, SEGUN EL ARTICULO 1.297, PARRAFO PRIMERO, DEL CODIGO CIVIL. SUSPENSION DE PAGOS. QUIEBRA. RETROACCION. SOCIEDAD FAMILIAR (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1974).

Resumen de los hechos.—La representación de la Sindicatura de Quiebra de don José Solé Estoranch demandó, en juicio declarativo de mayor cuantía, a la Entidad «Cámara Arrocería Cooperativa Nacional Sindicalista Agrícola y Caja Rural de Amposta», y a la Entidad «Pensos Avisol, S. A.», don José Solé Estoranch y don Ramón Martí, sobre nulidad e ineficacia de contrato de constitución de hipoteca. Establecía, en síntesis, los siguientes hechos: Primero: Que ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Tortosa se siguen autos de juicio universal de quiebra contra don José Solé Estoranch, quiebra que fue judicialmente declarada y confirmada la fecha de retroacción por auto dictado en grado de apelación por la Audiencia Territorial de Barcelona, de forma que la quiebra de derecho del comerciante referido se remonta a la fecha de 15 de junio de 1970. Segundo: Que ante el mismo Juzgado al que se dirige la demanda, se siguieron autos de juicio de suspensión de pagos de la Entidad «Pensos Avisol, S. A.», que fue declarada en estado de suspensión de pagos en fecha 25 de julio de 1970. Tercero: Que con fecha 12 de mayo de 1970, cuando era público y notorio el estado de real sobreseimiento de pagos del comerciante y de la Compañía Mercantil citados, se otorgó ante el Notario de Tortosa don Elías Campo Villegas, actuando en su nombre su compañero don Germán Fernández Villamarín, escritura pública, en la que intervinieron todos los señores y Entidades aquí demandados; dicha escritura pública tuvo por finalidad practicarse por «Pensos Avisol, S. A.», un reconocimiento de deudas por obligaciones mercantiles que se decían habidas entre dicha Empresa y la Entidad beneficiaria del reconocimiento de deuda, la «Cámara Arrocería Cooperativa Nacional Sindicalista Agrícola y Caja Rural de Amposta», y montando tal débito la cantidad de 5.391.800,62 pesetas, que «Pensos Avisol, S. A.», se obligaba a pagar a la acreedora en el plazo de dos años a contar de aquella fecha. Cuarto: Que en la cláusula quinta de la escritura calendada aparece un afianzamiento de la suma adecuada, sus intereses al máximo legal y la suma de 500.000 pesetas para costas, en su caso, y siendo fiadores los comparecientes José Solé Estoranch y Ramón Mola Martí, que sin perjuicio de la responsabilidad personal ilimitada que contraían sobre sus demás bienes constituyeron hipoteca especial y voluntaria en favor de la Cooperativa acreedora sobre las fincas siguientes: 1.º En responsabilidad de 1.347.953,18 pesetas, intereses correspondientes y 125.000 pesetas de las costas: heredad de melocotoneros, de superficie 7 hectáreas, 49 áreas y 44 centiáreas, o sea, 34 jornales y 22 céntimos del país. 2.º En responsabilidad de 1.347.953,10 pesetas, intereses correspondientes y 125.000 pesetas de las costas: el pleno dominio de la planta baja y la nuda propiedad del piso de la casa sita en Tortosa, calle Marga de San Vicente, número 8, de superficie 10 metros y 30 centímetros de fondo, por 6 metros y 64 centímetros de ancho. Quinto: Que la situación del señor Solé según uno de los principales acreedores, o sea, el Banco Español de Crédito, era tal que hizo decir a su defensor que el desequilibrio patrimonial podría remontarse a los años 1967 ó 1968, apreciación que consideró exa-

gerada. Sexto: Que por ser público y notorio que «Pensos Avisol, S. A.», se hallaba en franco sobreseimiento de pagos y que don José Solé estaba en igual situación, la hoy demandada «Cámara Arroceras» trata de conseguir una situación de privilegio frente a los acreedores de «Pensos Avisol, S. A.», y al mismo tiempo no vacila en desequilibrar aún más y arriesgar sustancialmente el patrimonio de don José Solé. Séptimo: Que, como había previsto hábilmente la «Cámara Arroceras», la inminente suspensión de pagos de «Pensos Avisol, S. A.», no se hizo esperar, llegó el 25 de julio de 1970, y la quiebra de don José Solé tampoco tardó, llegó el día 15 de junio de 1970. Octavo: Que con el referido procedimiento sumario se vienen a detraer de la masa de la quiebra de don José Solé dos fincas de valor escriturado 6.000.000 y 2.000.000, respectivamente, lo que supone una merma tal en dicha masa, en perjuicio de los legítimos acreedores del señor Solé, mayormente si se tiene en cuenta que las acciones ejercitadas por «Cámara Arroceras» no nacen de unas obligaciones albergadas por las relaciones mercantiles propias del negocio del quebrado, sino por un alzamiento que por su propia naturaleza y falta de pacto en contrario ha de considerarse gratuito. Noveno: Que visto lo que respecto a la fecha de retroacción de la quiebra se ha dispuesto por el Juzgado de la quiebra, y se ha confirmado en apelación por la Audiencia Territorial, resulta que el afianzamiento mercantil y gratuito hecho por don José Solé respecto al pago por «Pensos Avisol, S. A.», de la cantidad de 5.391.812,72 pesetas, así como la hipoteca constituida sobre dos fincas del dicho don José Solé para responder de parte de esa cantidad, en caso de impago de «Pensos Avisol, S. A.», son nulas por imperio de lo dispuesto en el artículo 880 del Código Mercantil, y conseguida la declaración de esa ineficacia, lo que en el presente caso es ineficaz es el contrato de fianza, de garantía de hipoteca subsiguiente, por lo cual, dejando sin efecto el aval y la hipoteca, la demandada «Cámara Arroceras», que no es acreedora del quebrado, queda sin crédito alguno contra el mismo, sin derecho a ninguna contraprestación, puesto que tales contratos ineficaces eran gratuitos. Décimo: Que el contrato de afianzamiento de la escritura de 12 de mayo de 1970 y el de constitución de hipoteca en garantía de obligaciones de «Pensos Avisol, S. A.», otorgados por el quebrado don José Solé, son contratos gratuitos en favor de un tercero, sin que ese tercero sea acreedor de don José Solé, y sabemos que el artículo 1.297 del Código civil dice que se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajena a título gratuito. Decimoprimer: Que sabemos que la Sindicatura de la Quiebra pasa a ser representante legal del quebrado y sus acreedores por prevenirlo así, además, el artículo 1.366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Decimosegundo: Que se hallan legitimados para ser demandados todos los que lo son en este pleito, y después de exponer los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó suplicando al Juzgado que en su día se dicte sentencia, por la que se declare nulo o ineficaz el contrato de afianzamiento o garantía y de constitución de hipoteca contenidos en la escritura de 12 de mayo de 1970, en cuanto afecta a las obligaciones personales y reales contraídas por don José Solé Estoranch en dicha escritura, y con la consiguiente cancelación de la inscripción registral causada por dicha hipoteca sobre las fincas del hipotecante que se describen en dicha escritura, condenando a todos los demandados a estar y pasar por dicha declaración, y en trámite de ejecución de sentencia se disponga el libramiento de los oportunos mandamientos al Registro de la Propiedad correspondiente para la cancelación de los asientos de inscripción de la mencionada hipoteca en lo que afecta al referido don José Solé Estoranch y a las fincas de su propiedad hipotecadas, y que para el caso de que al ser firme esta sentencia se hubiera celebrado ya la subasta en el proceso sumario hipotecario que,

al amparo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se sigue por «Cámara Arrocería Nacional Sindicalista y Caja Rural de Amposta» contra don José Solé Estoranch ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tortosa, con apoyo en el título hipotecario constituido en calendada escritura de 12 de mayo de 1970, y se hubieran adjudicado a terceros las dos fincas gravadas con las hipotecas, propiedad de don José Solé Estoranch, se condene a la referida «Cámara Arrocería Nacional Sindicalista y Caja Rural de Amposta» a restituir a la masa de la quiebra, representada por la Sindicatura de la Quiebra, el importe total que se hubiese obtenido en la subasta de las tales fincas, y si se hubieran adjudicado a la dicha «Cámara Arrocería» sufrirá los efectos de la nulidad o ineficacia del contrato o hipoteca, quedando sin efecto la adjudicación de las fincas, ordenándose la cancelación de los asientos de inscripción que dicha adjudicación hubiera causado, con imposición de las costas a los demandados.

Admitida la demanda y emplazados los demandados, «Pienso Avisol, S. A.», don José Solé Estoranch y don Ramón Mora Martí, no comparecieron en autos y fueron declarados en rebeldía, y compareció, en representación de la «Cámara Arrocería Cooperativa Nacional Sindicalista y Caja Rural de Amposta», el Procurador don Julio Mora Pascual, que contestó la demanda, oponiendo a la misma los siguientes hechos: Primero: Que la hipoteca, que intenta anular la actora, otorgada por don José Solé Estoranch a favor de su representada, es de fecha 12 de mayo de 1970. El acto que se discute en el presente pleito fue ejecutado fuera de los límites marcados en el artículo 880 del Código de Comercio. Segundo: Que intenta la adversa encajar el acto dentro de los simulados o inexistentes, a los que se refiere exclusivamente el artículo 882 del Código de Comercio; que las presunciones son medio de prueba siempre que esté completamente acreditado el hecho de que han de deducirse y que, además, son un medio de prueba subsidiario al que se ha de acudir en defecto de otros, y sostenemos que el artículo 882 no lleva inmersa ninguna presunción, muy al contrario, las rechaza precisamente por exigir la prueba de la simulación y fraude, lo que estaría en contradicción con el artículo 1.250 del Código civil. Tercero: Que pone de manifiesto que la «Sociedad Anónima Pienso Avisol» era una Sociedad cerrada y familiar en toda la extensión de la palabra, y como tal, una Sociedad de personas que se resisten a ver cancelada su actuación de protagonistas en el quehacer económico continuán siendo en puridad personas físicas, no jurídicas. Los socios, en sus relaciones con terceros, quieren gozar del atributo de una Sociedad capitalista: la limitación de la responsabilidad merced a la personalidad jurídica de la Entidad, o sea, que se intenta adoptar una actitud frente a terceros que podríamos calificar de no demasiado limpia o apta para ciertos manejos. En realidad, y conociendo a este tipo de Sociedades, que tanto prolifera en Cataluña, la práctica confirma que los créditos otorgados por los acreedores, en especial Bancos, a dichas Sociedades puramente, se formalizan sin que sean avalados personalmente por los socios, de manera que ante la aptitud adoptada respecto a terceros, estos terceros adoptan, a la vez, una fórmula de defensa de sus intereses legítimos, lo que pone de manifiesto que don José Solé Estoranch tenía en «Pienso Avisol, S. A.», una gestión directa y personal; que era dueño y señor; que era el cabeza de familia de esta Sociedad familiar; que fue constituida «Pienso Avisol, S. A.», en fecha 19 de mayo de 1962, por escritura pública ante el Notario don José Larrumbe. Se emitieron 1.000 acciones nominativas, suscritas así: don José Codorniu Romero, de la 1 a la 150; doña Teresa Bartomeu Romeu, de la 201 a la 350; don José Solé Estoranch, de la 351 a la 600; doña Francisca Domingo Pla, de la 601 a la 725; don José Solé Gas, de 726 a la 850, y doña Domitila Rome Espuny, de la 851 a la 1.000. Que quedaba suficientemente

demostrado que el acto hipotético de fecha 12 de mayo de 1970 nada tenía de simulado ni fraudulento, muy al contrario, sale beneficiada la masa de la quiebra de don José Solé Estoranch, por cuanto en aquella hipoteca la responsabilidad de la deuda, que era total del señor Solé, queda compartida con don Ramón Mora Martí, que se responsabiliza del pago de 2.695.906 pesetas de principal. Después de invocar los fundamentos de Derecho que estimó de aplicación al caso, terminó suplicando al Juzgado que se tuviera por contestada la demanda, y previos los trámites legales en su día se dicte sentencia desestimando dicha demanda en todas sus partes, con imposición de costas a la parte recurrida.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al no estar incluida la hipoteca, que se pretende impugnar, en el plazo del artículo 880 del Código de Comercio, así como no haber probado el carácter de fraudulento exigido por el artículo 882 del mismo Cuerpo legal, y todo ello sin especial pronunciamiento sobre el pago de las costas.

En apelación, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia el 13 de noviembre de 1973, por la que revocó la anterior, declaró haber lugar a la demanda y, en su consecuencia, que procede la nulidad e ineficacia del contrato de afianzamiento y de constitución de hipoteca contenido en la escritura de 12 de mayo de 1970, a que se refiere la demandada, en cuanto afecta a las obligaciones personales y reales contraídas por don José Solé Estoranch, con la consiguiente cancelación de la inscripción registral, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y a que en periodo de ejecución de sentencia se practiquen los trámites para la cancelación de las correspondientes inscripciones registrales, y, en su caso, a la «Cámara Arrocería» para restituir a la masa de la quiebra, representada por la Sindicatura, las fincas del quebrado de haberse vendido en pública subasta, sin hacer expresa condena de las costas en ninguna de ambas instancias.

El principal argumento de la Audiencia es que el acto de afianzamiento otorgado por el demandado, José Solé Estoranch, en periodo próximo a la quiebra, a favor de la «Cámara Arrocería», que no era acreedora suya, es un acto que ha de calificarse de fraudulento, en vista de lo dispuesto en el artículo 1.297, párrafo 1.º, del Código civil.

Instado recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a él en méritos de los siguientes considerandos:

Considerando que la sentencia recurrida considera que para el éxito de la acción revocatoria, ejercitada con base en el artículo 882 del Código de Comercio, se requiere que el actor pruebe la concurrencia de las dos circunstancias siguientes, a saber: la existencia de un fraude y la existencia de imposición o simulación para realizar el fraude, y estimando que la actuación que relata y da como probada en su segundo considerando encaja en los supuestos del indicado precepto legal, decreta la nulidad e ineficacia del contrato de afianzamiento y constitución de hipoteca reflejado en la escritura pública de 12 de mayo de 1970, a que se refiere la demanda, en cuanto afecta a las obligaciones personales y reales contraídas por don José Solé Estoranch, quien fue declarado en quiebra con fecha de retroacción fijada al día 15 de junio del mismo año.

Considerando que el primer motivo del recurso se ampara en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y denuncia la violación por interpretación errónea del artículo 1.297 del Código civil y de la doctrina legal que cita, en relación con el artículo 1.251 del propio Código, el cual debe ser desestimado, porque la resolución impugnada no dice que la presunción establecida en el mencionado artículo 1.297, párrafo 1.º, sea una presunción *iures et de iure*, como se le atribuye en el motivo, sino que se limita a aplicarlo, sin duda por entender que no ha sido destruida por la prueba en contrario, a lo que cabe añadir que el motivo está defectuosamente formulado, adoleciendo de falta de precisión y clari-

dad, toda vez que entremezcla dos conceptos de infracción legal perfectamente diferenciados e incompatibles entre sí, como son los de violación y el de interpretación errónea, vicio formal que en esta fase decisoria es causa de su desestimación.

Considerando que igual suerte ha de correr el segundo motivo, que, fundado en el número 7.º del indicado artículo 1.692, denuncia error de hecho en la apreciación de las pruebas, resultante, según se dice, de los documentos auténticos obrantes en autos, porque consistiendo tal error en la existencia de una contradicción evidente entre el hecho narrado en el documento y el establecido por el Juzgado, es llano que para su viabilidad se requiere la estimación precisa y clara de cuál sea el error de hecho denunciado, señalando concretamente el documento o documentos que lo patenticen, lo que no hace el recurrente, quien, en realidad, lo que pretende es que el enjuiciamiento probatorio que contiene el quinto considerando de la sentencia de primer grado prevalezca sobre el del Tribunal *a quo*, olvidando que la sentencia recurrida no acepta dicho considerando y que la apreciación de la prueba corresponde a la Sala sentenciadora, cuya apreciación ha de respetarse mientras no se demuestre que ha incurrido en error de derecho o de hecho, resultante este último de documentos o actos auténticos.

Considerando que la desestimación de los dos motivos precedentemente examinados acarrea la del tercero y último, que por el cauce adecuado reprocha a la Sala de Instancia haber aplicado indebidamente el artículo 882 del Código de Comercio, y con ello la del recurso, con el pronunciamiento en cuanto a costas prevenido en el artículo 1.748 de la Ley Procesal Civil.

COMENTARIO.—La cuestión principal que ha surgido en esta litis es la de la aplicación del artículo 1.297 del Código civil. La hipoteca con la cual gravó sus bienes don José Solé fue otorgada a título gratuito, sin contraprestación por parte del beneficiado con ella, viene a decir la sentencia que estudiamos. Por ello está tildada de fraudulenta; se presume, en principio, realizada en fraude de acreedores. Como no se ha probado la inexistencia del fraude, queda anulada y debe ser cancelada.

Parece evidente que la presunción de fraude comprendida en el artículo 1.279 no es *juris et de jure*, sino *juris tantum*; admite prueba en contrario. Pero hay que destruirla mediante esa prueba contraria, lo que, como reconoce algún tratadista, será muy difícil de realizar en la práctica.

La Sentencia de 14 de enero de 1935 claramente reconoce que dicha presunción tiene carácter *juris tantum*.

La segunda cuestión que se ha planteado en este recurso, que no se ha tenido en cuenta, en la cual la sentencia del Tribunal Supremo no entra, es la de que la «Sociedad Anónima Piensos Avisol» era una Sociedad familiar regida por una persona «cabeza de familia», dueño y señor de la Entidad; era una Sociedad aparente, ficticia, que bajo el hábito social ocultaba la actividad de una persona física. Esta cuestión, de haberla estimado, podía haber teñido de carácter oneroso, no gratuito, el otorgamiento de la hipoteca, ya que don José Solé sí que aparecería con poderosas razones económicas para afianzar sus supuestos propios negocios, es decir, los de «Piensos Avisol, S. A.».

Dicha delicada alegación pasa por el pleito como una sombra, como un fantasma. Estimamos que es una cuestión difícil de abordar y de resolver, también de interés teórico y práctico.

En nuestra bibliografía tenemos el libro de ROIF SERICK, profesor de Derecho en la Universidad de Heidelberg, *Apariencia v realidad en las Sociedades Mercantiles. El abuso del Derecho por medio de la persona jurídica*, traducido y comentado por JOSÉ PUIG BRUTAU. En él se trata ampliamente este problema y se recoge la doctrina americana llamada

Disregard of legal entity. Esta doctrina podríamos resumirla así: En principio, en el Derecho norteamericano se reconoce la radical separación entre la Sociedad y sus socios, pero esto puede conciliarse con la teoría o doctrina de que no se respete la personalidad de la Sociedad cuando con ella se persigan fines contrarios a los que precisamente motivaron que se admitiera esa independencia, como en los casos de fraude de ley, fraude de contrato, transmisión fraudulenta del patrimonio del deudor a una persona jurídica que funda ese deudor y casos análogos.

SERICK relata el siguiente caso concreto: Una extensa zona de terrenos fue dividida en numerosas parcelas. Con respecto a cada una se convino contractualmente que en ningún caso podrían pasar a ser propiedad de gente de color. Posteriormente, algunas parcelas pasaron a ser propiedad de una persona jurídica cuyos miembros eran exclusivamente negros. La persona jurídica conocía la limitación de disponer en el momento de la adquisición. Fue demandada y el Tribunal resolvió a su favor fundándose en que la persona jurídica es un sujeto de Derecho que debe ser radicalmente distinguido de sus miembros componentes. La persona jurídica no puede ser de color, no tiene un cuerpo, diríamos, material, sino únicamente *in contemplation of Law*, por una consideración puramente legal. Ahora bien: en casos excepcionales debe prescindirse de esa distinción radical entre la persona de la sociedad y las personas de los socios.

No es procedente traer a estos comentarios un resumen del tan interesante estudio de SERICK y de su traductor; si considerar o recordar que, como escribe PUIG BRUTAU, problemas resueltos en Derecho angloamericano por la doctrina *Disregard*, quedan resueltos en Derecho español con la que podemos denominar abreviadamente doctrina «de terceros». Y cita los siguientes ejemplos: La Sentencia de 8 de octubre de 1929, en el caso de una tercería ejercitada por una Sociedad, declaró: «No está demostrada la existencia en esta litis de la Sociedad C. M. C. y Compañía como persona distinta del ejecutado, por estimar que es un contrato simulado el de su constitución en Sociedad y que falta por ello la distinción jurídicoprocesal entre ambas partes contendientes, distinción que ha sido negada por la Abogacía del Estado; por dicha razón es obvio que la Entidad actora no es tercera a los efectos del procedimiento y, en consecuencia, carece de la acción que ejercita, y falta también la buena fe exigida por el artículo 464 del Código civil, para que exista a favor de dicha Sociedad actora el dominio que pretende ostentar y que sirve de base a su demanda.»

Vemos, añade PUIG BRUTAU, que en este caso se afirma: que la Sociedad tercerista no existe por ser un contrato simulado el de su constitución; que por ello la Sociedad no es tercero; que falta también la buena fe que exige el artículo 464 del Código civil. Como puede advertirse fácilmente, se acumulan los argumentos en apovo de la razón del fallo, aunque no sean perfectamente congruentes. Si la Sociedad no existe es claro que no habrá terceros; pero si no hay terceros, huelga hablar de si son de buena o mala fe. Pero si, en definitiva, el Tribunal reacciona ante la tentativa de que las personas cuyos bienes están embargados intenten reivindicarlos como si fuesen de otra persona, de «una persona jurídica», la solución debería fundarse o bien en la consideración de que ha sido un fraude de ley la constitución de la Sociedad o bien en que lo es el hecho de ampararse en la forma de Sociedad, aunque sea eficaz para otros efectos, si se pretende que los socios que exclusivamente la constituyen dejen burlada cierta responsabilidad. En este segundo supuesto—seguimos copiando a PUIG—se trataría de una clara aplicación de la doctrina *Disregard*.

La Sentencia de 7 de julio de 1927 afirmó que el condenado a pagar una cantidad no puede válidamente «constituir tres días más tarde... con varios de sus familiares la Sociedad Inmobiliaria de España, aportando

a ella todos sus bienes, al intento de crear una figura de tercero para ampararse en las inmunidades de la ley, toda vez que no puede alegar ignorancia acerca de los motivos y fundamentos de embargo de sus bienes». Afirma también: «Aunque no existieran en las actuaciones motivos para estimar la actuación de la Sociedad Inmobiliaria de España como una aparente transformación económica de la persona del condenado, había que reconocer que dicha Sociedad no se halla con relación a los bienes aportados por aquél y embargados para la ejecución del laudo en el concepto de tercero, como es indispensable para comprenderlo en la definición del artículo 27 de la Ley Hipotecaria.»

Claramente puede verse en esta interesante sentencia la afinidad entre la doctrina *Disregard* y la de «terceros»; la afinidad entre criterios de política jurídica, que cada sistema de Derecho ha desarrollado con su propio estilo en relación con situaciones de hecho coincidentes, añade PUIG BRUTAU. Lo importante es que las dos sirven para frustrar una maniobra que el Derecho no puede admitir, y esta coincidencia doctrinal refuerza la convicción de que la solución es acertada. Lo de menos es que, además, pudiera llegarse a la conclusión de que es mejor o peor la doctrina cristalizada en uno u otro sistema jurídico. En Derecho comparado cabe afirmar que «lo mejor» puede todavía aprender de «lo peor».

En el caso resuelto por la Sentencia de 12 de diciembre de 1950, una Sociedad Limitada integrada por cuatro hermanos se adjudicó un inmueble hipotecado a favor de ellos mismos, y al disolverse la Sociedad, el inmueble fue adjudicado a uno de los mismos socios. Se afirma que no son terceros de buena fe ni la Sociedad ni el posterior adjudicatario. En el considerando cuarto se dice «que no sería contraria a las reglas de la sana crítica la deducción por la Sala sentenciadora de que los cuatro socios componentes de aquella conocían los defectos y vicios de que adolecía el procedimiento, y que necesariamente tenían que afectar a la validez de sus respectivos títulos adquisitivos, por lo que el juzgador de instancia, al afirmarlo así, no incidió en infracción alguna de las que el motivo cita. », y en el considerando quinto añade «que además de no ser tercero, con arreglo al artículo 27 de la citada ley, respecto al título adquisitivo de la Sociedad, que al disolverse le adjudicó la finca del demandante, y hoy recurrido, puesto que era uno de sus componentes, tenía que conocer por esta misma razón los defectos que hacían anulable el procedimiento, en el que la Sociedad Limitada fue rematante, y, consiguientemente, el título por el que le hizo transferencia, que inscribió en el Registro, es indudable que en ella no se da la buena fe necesaria para el efecto de obtener la protección registral que invoca».

En resumen, que nuestra jurisprudencia no es totalmente ajena al criterio de «rasgar el velo» que, a veces, oculta la persona jurídica. En este caso ni se ha intentado. Tal vez porque de haberlo hecho hubieran podido peligrar intereses legítimos de legítimos acreedores de la Sociedad.

B. M. B.

USURA: NO PUEDE DECIRSE QUE EN EL CONTRATO SE HAYA HECHO FIGURAR COMO DEBIDA UNA CANTIDAD SUPERIOR A LA ENTREGADA. CUANDO LOS CHEQUES QUE SE DIERON NO TENIAN OTRA FINALIDAD QUE LA DE GARANTIZAR EL PRESTAMO CON SUS INTERESES (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Doña Beatriz entregó en concepto de préstamo a don Antonio 1.950.000 pesetas. El prestatario le extendió un talón por 2.300.000 pesetas, cuyo pago posteriormente no atendió. La prestamista demanda a don

Antonio, quien se defiende alegando la nulidad del contrario por ser usurario; no prosperó su argumentación y fue condenado.

Doctrina de la sentencia.—Este Tribunal viene declarando con reiteración que la Ley de 23 de julio de 1908, conocida con la denominación de «Represión de la Usura», se ocupa en su artículo 1.º de la nulidad de todo contrato de préstamo que esté afectado por alguna de la triple modalidad que enumera en sus dos primeros párrafos: estipulación de un interés superior al normal del dinero; que se entienda manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y que haya sido aceptado por el deudor a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, y, por otra parte, aquellos en los que la cantidad que se exprese como recibida sea mayor que la verdaderamente entregada, cualquiera que sea su entidad o circunstancias.

No puede decirse que en el contrato se haya hecho figurar como debida una cantidad superior a la entregada, ya que, por una parte, los mencionados cheques no tuvieron otra finalidad que la de garantizar el pago del préstamo y sus intereses económicos y, por otra parte, porque carecían de base los cálculos que respecto a la cuantía de los intereses se hacen por el recurrente, y todo ello, como expone la sentencia impugnada, derivado de la apreciación conjunta de la prueba practicada, fortalecido este criterio por la doctrina jurisprudencial aplicable a estos casos, consistente en que los Tribunales resolverán estas cuestiones formando libremente su convicción a la vista de las alegaciones de las partes.

NO CONSTITUYE PRUEBA INCONTRASTABLE EL TESTIMONIO DE LAS DILIGENCIAS PREPARATORIAS DE CARACTER PENAL SEGUIDAS EN EL JUZGADO DE INSTRUCCION (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Un camión colisionó con un turismo resultando muertos varios ocupantes del último. Sus herederos obtienen la condena a indemnizar del conductor del camión y la empresa aseguradora.

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida, teniendo en cuenta la apreciación derivada del conjunto de la prueba, sienta la afirmación de que «en cuanto a la indemnización solicitada dentro de la cobertura del expresado seguro obligatorio, ninguna duda existe que es imputable con preferencia y exclusividad respecto del conductor del camión y de la entidad aseguradora del mismo», y ello no sólo porque no se ha acreditado por éstos de modo concluyente e indubitado que el accidente de tráfico se debiera única y exclusivamente al conductor del turismo, fallecido, ya que no constituye prueba suficiente e incontrastable el testimonio de las diligencias preparatorias de carácter penal previo seguidas en el Juzgado de Instrucción, que incluso por haber sido absolutorias no tienen carácter vinculante en el orden civil.

LOS ERRORES PURAMENTE MATERIALES DE UNA CUENTA SON SUBSANABLES EN CUALQUIER MOMENTO Y NO DAN LUGAR AL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El error de hecho en la apreciación de las pruebas debe resultar de acto o documento auténtico demostrativos del mismo, siendo ineficaces para la demostración del error básico en la casa-

ción, según jurisprudencia reiterada, aquellos documentos que en cierta manera son los mismos en que el pleito se origina y han sido objeto de valoración por el Tribunal *a quo*, sin que tampoco el error interpretativo pueda alegarse como error de hecho.

Tampoco puede prosperar el motivo segundo en cuanto alega violación del artículo 1.266 del Código civil, pues según reiterada doctrina legal, los errores puramente materiales de una cuenta son subsanables en cualquier momento y no dan lugar al recurso de casación.

ARRENDAMIENTO DE OBRA: LA ENTREGA DE LA OBRA QUE NO SE LLEVE A CABO EN LA FORMA PACTADA EQUIVALE A SU NO REALIZACIÓN (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Una Empresa dedicada a obras de carpintería pactó con una Cooperativa de Viviendas la realización de tales obras en un edificio en construcción. Realizó la obra, pero no en la forma prescrita en el contrato. La Cooperativa se negó al recibimiento de dicha obra y a pagarla, y la Empresa contratista la demandó. La Audiencia condena efectivamente a la Cooperativa a que pague 1.300.000 pesetas a la actora, pero tendrá que hacerlo cuando ésta ejecute y entregue la obra según lo pactado. El recurso de la Empresa demandante es rechazado por el Tribunal Supremo.

Doctrina de la sentencia.—Los motivos deben correr ambos la misma suerte desestimatoria porque en contra de lo exigido por la constante y uniforme doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, no se hace referencia alguna a una posible infracción del artículo 359 de la misma Ley Procesal donde se consagra el principio de congruencia que debe presidir toda resolución judicial, lo que hubiera sido indispensable para respaldar formalmente el alegato; el Tribunal *a quo* no dio por bueno, en su virtud, el procedimiento con el que quien ahora recurre decidió unilateralmente que la obra estaba terminada, excluyendo todo ello la idea de una posible contradicción, que, por otra parte, y de acuerdo con la estricta exigencia legal, tendría que haber sido entre los propios términos del fallo y no entre éste y los considerandos, salvo que fuesen absolutamente determinantes del mismo, puesto que no es que se deje la efectividad de la condena al pago a un momento impreciso, sino a aquel en que la obra esté realmente terminada, no como y cuando el recurrente quiera, sino cuando se haga al modo y manera convenida en el contrato. El cuarto y último de los motivos formulados denuncia violación del artículo 1.599 del Código civil, que está asimismo condenado a perecer como consecuencia de cuanto quedó expuesto, pues lo que el indicado precepto sustantivo dispone es que «si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega», entrega que, como se ha visto, y en contra de lo afirmado por el recurrente, que sin base alguna en el resultado de la prueba da por supuesto que se efectuó, no se llevó a efecto en la forma pactada, lo que supone tanto como su no realización.

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Según conocida, por lo reiterada, doctrina de esta Sala, para que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de forma es preciso señalar el precepto legal infringido, requisito que aparece incumplido en el escrito de formalización, por

cuanto que no se cita precepto alguno que haya sido vulnerado por la Audiencia, al denegar el recibimiento a prueba en la Segunda Instancia solicitado por la parte hoy recurrente, a lo que cabe añadir que en todo caso el número tercero del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que el recurso se apoya, presupone la oportunidad de la prueba y una denegación injustificada, circunstancias que aquí no concurren.

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—La parte recurrente fundamenta su recurso por quebrantamiento de forma, en que dicha parte pidió el recibimiento a prueba en Segunda Instancia, petición que fue denegada; una constante jurisprudencia de esta Sala sienta que para que pueda otorgarse el recibimiento a prueba en Segunda Instancia, en los casos a que se refiere el número 3.º del artículo 862, ha de expresarse el hecho nuevo e influyente en la decisión, así como que éste realmente lo sea, lo que no ocurre en el presente caso, pues no se expresó en el escrito de interposición, ni tampoco en la proposición de prueba, el objeto que se pretendió con ella ni el medio de que intentaba valerse.

LA DECLARACION TESTIFICAL NO PUEDE TENER EL CARACTER DE DOCUMENTO AUTENTICO Y ES DE LIBRE APRECIACION DEL JUZGADOR DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Doña Pilar falleció bajo testamento en el que instituía herederos a los pobres, nombrando albacea al párroco del pueblo. Dos días antes del fallecimiento de la causante, don Luis, pariente y apoderado de doña Pilar, retiró los saldos de las cuentas bancarias a nombre de ella e ingresó tales sumas al suyo propio.

Demanda el párroco a don Luis para que reintegre esas sumas a la masa de la herencia. Se estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida sienta la conclusión de que «a la vista de todo lo actuado aparece evidente que la demanda debe prosperar, debiendo, por tanto, rechazarse el recurso, puesto que las pruebas practicadas, unido a la admisión de ciertos hechos por el demandado, en ninguna forma pueden llevar al convencimiento del juzgador de que la testadora, respecto a la cantidad que se reclama en la demanda, hiciera donación *ni inter vivos ni mortis causa* en favor del demandado», afirmación que trata el recurrente de combatir a través del expresado motivo segundo apoyándolo, en primer término, en el contenido de una declaración testifical que dice «cualificada», que no puede tener el carácter de documento auténtico y que cualquiera que sea su contenido es de libre apreciación del juzgador de instancia, y, en segundo lugar, pretende establecer unas conclusiones opuestas a las de la sentencia que recurre, deduciéndolas a través de una serie o conjunto de hechos obtenidos de diversos documentos, que enumera, y de ninguno de los cuales en particular, por si se desprende con claridad exenta de toda duda afirmaciones de hechos que desvirtúen lo establecido por el Tribunal de Instancia a la vista del resultado de las pruebas practicadas.

El motivo primero acusa la inaplicación del artículo 1.227 del Código civil, siendo de destacar, en primer lugar, que la base inicial en que se apoya el mismo es un considerando de la sentencia de Primera Instancia que no figura aceptado por la recurrida, y después, que plantea una cues-

tión nueva alrededor de un supuesto negocio abstracto, tema que no fue planteado en la instancia, pues lo que el demandado opuso en su contestación fue que la suma reclamada le pertenecía y había salido del patrimonio de la causante con anterioridad a su fallecimiento por donación que aquélla le había hecho, y como la sentencia recurrida niega la existencia de tal donación es visto que no puede prosperar el motivo.

Y por lo que hace referencia al tercer motivo, a cuyo través se acusa aplicación indebida del artículo 620 del Código civil, se refiere a un argumento que hace la sentencia a mayor abundamiento, y, en todo caso, frente a la afirmación de no haberse acreditado la donación *ni inter vivos ni mortis causa*, no podría alterar el fallo, por lo que igualmente debe rechazarse.

CONTRATOS: INCUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—No tienen el carácter de documentos auténticos, a efectos de casación, los antecedentes expuestos en el escrito de formalización del recurso ni la sentencia de Primera Instancia. Tiene establecido la doctrina jurisprudencial que respecto a quien dejó de cumplir el contrato hay que estar en casación a lo resuelto por la Sala sentenciadora, mientras no se impugne eficazmente por la vía del número 7.º del artículo 1.692.

NULIDAD DE UN AVAL EN UNA LETRA DE CAMBIO (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—La Caja Agrícola de Tafalla, por medio de su Administrador, avaló el pago de unas letras de cambio. Impagadas éstas, la Sociedad acreedora demanda a la Caja, que es absuelta por carecer el Administrador de facultades para ese acto.

Doctrina de la sentencia.—Como la persona que firmó los avales de las letras de cambio cuyo importe se reclama en el proceso de que estas actuaciones traen causa, si bien ostentaba el cargo de Administrador de dicha Entidad, carecía, en cambio, de apoderamiento para otorgar en nombre de la Entidad cualquier clase de negocio jurídico; como para llevar a efecto su cometido dicho señor se valió de una certificación expedida por el Secretario de la Asociación con el visto bueno de su Presidente, en la que aparecía hallarse investido de aquella potestad, cuyo documento fue obtenido sorprendiendo la buena fe de sus firmantes, por lo que se declaró falso por la Audiencia Provincial de Pamplona, de ahí que dicho señor, al actuar de ese modo, contraviniera lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1.259 del Código civil y el principio general de Derecho: *Nemo dat quod non habet*, debiendo entrar en juego la sanción establecida en el segundo párrafo del mencionado precepto, por lo que ya se califiquen los afianzamientos por él realizados de inexistentes por falta de consentimiento o se trate de negocios jurídicos en estado de suspensión sometidos a la *conditio juris* de la ratificación, lo cierto es que al no haberse efectuado ésta por la Entidad recurrente tales avales deben ser tenidos por nulos, sobre todo si se tiene en cuenta que la Sociedad actora al suscribirse los avales no hizo uso del derecho que le otorgaba el párrafo segundo del artículo 447 del Código de Comercio, que quien lo suscribió no ostentaba la condición de factor mercantil a efectos del

artículo 286 y concordantes de dicho cuerpo legal y que los actuales litigantes son los mismos que intervinieron en el negocio causal determinante de la suscripción de las letras de cambio.

CONSTITUYE CUESTION NUEVA LA CITA DEL ARTICULO 1.471 DEL CODIGO CIVIL PRETENDIENDO LA ANULACION DEL CONTRATO, CUANDO EN LA FASE EXPOSITIVA UNICAMENTE SE PEDIA A SU AMPARO UNA REDUCCION EN EL PRECIO (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El motivo viene a propugnar la nulidad del contrato que ha sido objeto de la discusión procesal porque, a juicio del recurrente, no existe la conformidad en la cosa ni en el precio, ni puede conocerse si el comprador hubiera prestado su consentimiento a la situación actual del sótano litigioso, con menos superficie y menor altura y, como consecuencia, menos volumen del que en un principio fue convenido, cuestión la de tal nulidad que no fue suscitada en el período expositivo del pleito ni se trata en la sentencia combatida, siendo, por tanto, una cuestión nueva, a la que el número 5.º del artículo 1.729 veda su acceso a este recurso extraordinario, y en cuanto al tercer y último motivo, que acusa a la sentencia recurrida de haber infringido el artículo 1.471, párrafo 2.º, del Código civil por no dejar al comprador la posibilidad de anular el contrato, porque plantea otra cuestión nueva, ya que siendo cierto que en la fase expositiva del pleito el demandado, y hoy recurrente, invocó el indicado precepto legal, también lo es que lo hizo con el exclusivo objeto de pretender a su amparo una reducción en el precio del sótano y no la anulación del contrato.

NO PUEDE ATRIBUIRSE AL ACTO DE CONCILIACION EL ALCANCE DE EJERCICIO DE ACCION ANTE LOS TRIBUNALES (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.973 del Código civil no alude al acto de conciliación como medio eficaz para producir la interrupción de la prescripción, ya que lo que autoriza y reconoce a tales efectos es el ejercicio de la correspondiente acción ante los Tribunales, alcance que no puede atribuirse al acto de conciliación, que es un trámite previo, voluntario en algunos supuestos e imperativo en otros, al ejercicio de la correspondiente acción, con la finalidad de evitar el planteamiento del debate judicial y cuyos efectos o alcance no regula el Código civil, sino la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el título I del libro II, y dentro del mismo artículo 479 determina expresamente que no producirá efecto alguno interruptivo de la prescripción si en aquél no se logró la avenencia, cuando no se promoviera el correspondiente juicio para el ejercicio de la acción encaminada al logro del derecho que se reclame dentro de los dos meses siguientes al acto.

RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El recurso de casación, por su carácter esencialmente técnico, se configura en todos los ordenamientos jurídicos como un criterio rigorista no sólo en cuanto a los requisitos de formulación,

sino también en cuanto a los restringidos motivos en que ha de fundarse, y en este aspecto el simple hecho de fundar el presente en los artículos 1.692, número 6.º, y 1.693, número 6.º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, motivadores del recurso de casación por infracción de ley, el primero, y de quebrantamiento de forma, el segundo, es obvio que ello lleva en sí una involucreción, que motiva la confusión que señala el artículo 1.720 de la propia ley y que origina una inadmisión. Según doctrina de este Tribunal, para que pueda prosperar el de quebrantamiento de forma no basta citar el número del artículo 1.693, normativo de cuando se debe pedir, sino que es asimismo necesario que se cite el precepto legal infringido, es decir, aquella o aquellas normas procesales genéricas que protegen al recurrente contra su indefensión, ordenando el trámite que dicho litigante considere infringido, exigencia ésta jurisprudencial, que ha dejado incumplida en su momento oportuno, que es, como ordena el artículo 1.720, ya mencionado, el de la interposición del recurso.

SURGE LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR CUANDO EN LA EXPLOTACION DE UNA CONCESION DE AGUAS RESULTAN PERJUDICADOS LOS DERECHOS DE TERCERO (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—Una Compañía hidroeléctrica, al ejecutar las obras correspondientes al canal por donde debían discurrir las aguas objeto de la concesión, obligaba a dejar sin explotar unos macizos de carbón de la mina que había debajo, pues ello comprometería la estabilidad de la obra. La Compañía minera obtiene indemnización.

Doctrina de la sentencia.—El primer motivo del recurso acusa haber conocido el Juzgado de Primera Instancia y después la Audiencia de cuestión atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa; pero la acción que se ejercita va encaminada a obtener un resarcimiento de unos perjuicios que tienen su origen en una colisión de intereses de orden civil surgida entre las partes contendientes en el ejercicio o disfrute de sus respectivas concesiones, sobre lo que no corresponde pronunciarse a la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que ésta tiene un carácter revisor y no puede someterse a su conocimiento cuestiones no planteadas ni resueltas en la vía administrativa, cual es la que nos ocupa, no tratándose de cuestión alguna relacionada con la posesión o disfrute de las aguas, sino de si los daños y perjuicios que con la explotación por la demandada de su concesión puedan irrogarse a la actora deben ser indemnizados, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción civil ordinaria.

Cualquiera que sea el alcance o extensión de los derechos que a particulares ceda el Estado en el disfrute de las concesiones mineras integran una modalidad del dominio sobre las mismas, siéndoles de aplicación los preceptos del Código civil, en tanto en cuanto no se hallen modificados por aquella legislación especial.

El principio que establece el artículo 350 del Código civil de que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que esté debajo de ella, se halla limitado o casi anulado en la práctica por la legislación de minas, a que alude el propio precepto, que excluye de la propiedad del suelo las sustancias minerales enumeradas en la sección B del artículo 1 de la Ley de Minas, que declara son propiedad de la nación, si bien pueden ser objeto de cesión o concesión a particulares en las condiciones que especifica la misma ley.

Al establecer el artículo 150 de la Ley de Aguas que la concesión de los aprovechamientos se entenderá sin perjuicio de tercero, dejando a salvo

los derechos de particulares, ello quiere decir que cuando en el ejercicio normal de la explotación de la concesión de aquéllas resulten perjudicados los derechos de un tercero es evidente que surge la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.

J. Q. S.

CONTINUAR POSEYENDO Y EXPLOTANDO LA COSA ARRENDADA UNA VEZ FINALIZADO EL PLAZO PACTADO NO SUPONE ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—Don Julio Pérez cedió en arrendamiento a don Bonifacio Lorenzo una mina por tiempo determinado. Llegada la fecha de terminación del arriendo, el arrendatario continuó en la explotación de la mina—desde entonces abusivamente, dice el demandante—, pese a ser requerido que la desalojase, cosa que no hizo hasta que recayó sentencia de desahucio. El arrendador pide se condene al arrendatario a pagar el valor del carbón que indebidamente había extraído de la mina desde que terminó el contrato de arrendamiento.

El Juzgado de Instancia absuelve al demandado, decisión que fue confirmada por la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Madrid. Entiende ésta que si la acción ejercitada por el actor se contraía «a la reclamación del valor del carbón indebidamente extraído», ello quiere decir tanto como indebidamente apropiado, la acción ejercitada, en términos jurídicos, es una acción reivindicatoria tendente a la recuperación de una cantidad de carbón indebidamente extraído y apropiado, significando su valoración en pesetas. De este modo se transforma una acción de reclamación de cantidad, que es una acción personal, en una acción reivindicatoria de naturaleza real, y por ello la Audiencia desestima por prescripción—se entabla el pleito doce años después de terminado el contrato de arrendamiento—la acción reivindicatoria, que, como dice el demandante, no había sido en modo alguno ejercitada por él, y, en cambio, deja sin resolver la acción de reclamación de cantidad, que es la que en puridad se ejercita. Cita el actor la Sentencia de 24 de mayo de 1954, que sancionó que no puede pretenderse que el Tribunal pueda cambiar la acción ejercitada.

Interpuesto por el actor recurso de casación, el Tribunal Supremo, siendo ponente don Francisco Bonet Ramón, admite el recurso y condena al demandado.

Doctrina de la sentencia.—Ejercitada en la demanda la acción principal de enriquecimiento sin causa, y alternativamente y con carácter subsidiario la de resarcimiento de daños y perjuicios del artículo 1.101 del Código civil, dice en su considerando segundo que en cuanto a las acciones, como con acierto ha señalado la doctrina científica, frente a la pretensión de daños y perjuicios, tiene independencia sustantiva la de enriquecimiento, que nace normalmente de un hecho jurídico lícito, aunque también puede nacer de un acto ilícito, encaminándose siempre contra el enriquecido sin causa, prescindiendo en absoluto de las nociones de culpa e imputabilidad, y dejando en la penumbra el agente provocador; exigiendo también la jurisprudencia, para aplicar las normas de equidad y de Derecho que informan la prohibición de enriquecerse a costa de otro, como requisitos esenciales, la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, que puede producirse tanto por un aumento del patrimonio (*Lucrum emergens*) como por una no disminución del mismo (*Damnum cessans*); un correlativo empobrecimiento del actor, consecuencia de la

ventaja obtenida por el demandado; existiendo una conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento, por virtud del traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado, y una falta de causa o justificación, lo que es compatible con la buena fe; no enriqueciéndose torticeraamente el que adquiere una utilidad en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado, en virtud de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso o en virtud de una sentencia que lo estima procedente en Derecho; no siendo posible sostener, cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias, en casos concretos, que pueden lesionar la equidad, que los beneficiados indirectamente por ellas se enriquezcan injustamente.

En el presente caso hay un contrato de arrendamiento de mina de duración limitada, y llegada la fecha de su terminación continúa el arrendatario en la explotación de la misma. Configurada así la pretensión, no se compadece con la figura del enriquecimiento indebido, cuya acción debe rechazarse, sino con la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, ejercitada en forma alternativa subsidiaria, que hay que estimar, porque el arrendatario que una vez finalizado el período contractual continúa en la posesión de la cosa arrendada, contraviniendo la obligación de restituir la cosa arrendada, explotándola y extrayendo de ella sus frutos y productos, es manifiesto que incurre en el incumplimiento contractual tipificado en el artículo 1.101 del Código civil, cuya aplicación resulta evidente, toda vez que en la hipótesis establecida por los hechos probados ha existido el daño, consistente en el quebranto patrimonial sufrido por el demandante; la producción de ese daño ha sido debida a un comportamiento culpable del demandado, al no restituir en el tiempo fijado para ello la cosa arrendada, y hay, finalmente, una evidente relación de causa a efecto entre el comportamiento del demandado y el daño sufrido por el actor.

INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—Don Jaime Vilariño entabla demanda, reclamando cantidad, contra el Arquitecto-Director de una obra y contra la Empresa constructora, por los daños ocasionados en una casa de su propiedad con motivo de la construcción de un edificio en el solar de enfrente de dicha casa, daños que obligaron a la incoación de un expediente de ruina y causaron perjuicios al actor. Alega el actor que los daños fueron ocasionados por la negligencia demostrada tanto por el Arquitecto como por la Empresa constructora, pues se había realizado la excavación necesaria para la cimentación de la nueva edificación sin adoptar medida alguna precautoria, pese a las condiciones del suelo, que hacían necesaria la construcción de un muro de contención, que no se llevó a efecto hasta bastante tiempo después de efectuada la excavación.

Condenados los demandados por la Audiencia Territorial de La Coruña, interpusieron recurso de casación, que no es admitido.

Doctrina de la sentencia.—Invoca el recurrente infracción del artículo 1.902 del Código civil, en relación con el artículo 1.591, 2.º, del Código civil, por aplicación indebida de tales preceptos, e inaplicación del artículo 1.105 del Código civil, así como incongruencia de la sentencia con las pretensiones deducidas por los litigantes y, además, error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, infringiéndose el artículo 1.253 del Código civil.

La sentencia del Tribunal Supremo dice en su considerando primero que si bien es cierto que el concepto de congruencia contenido en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite admitir que en él se integren distintos supuestos, todos ellos son parte de un todo que en sus distintas manifestaciones quebrantan el principio que informa la necesidad de que el juzgador acomode su fallo a las pretensiones de las partes, lo cual no obsta al cumplimiento exacto de las normas del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En su considerando segundo dice: No tienen el carácter de documentos auténticos, a efectos de casación, los mismos documentos debatidos en el pleito y que han sido objeto de interpretación.

En su considerando tercero reitera la doctrina de que la confesión judicial no es superior a la de los demás medios de prueba, y debe apreciarse por el Tribunal en relación con las otras pruebas y no con independencia de ellas.

LA IRREGULARIDAD EN LAS CUENTAS ES CONCEPTO DISTINTO DEL DE DEUDOR DE CUENTA DEL ARTICULO 1.266 (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—Don Jesús Díaz formula demanda contra don Luis Gutiérrez sobre reclamación de cantidad, que éste reconocía deberle, a consecuencia de suministros que el primero le había hecho para su venta, convirtiéndose en depositario del mismo sin pactar la duración del contrato de depósito. Cometidas irregularidades en la rendición de cuentas, el demandante pide se condene al señor Gutiérrez a entregar la cantidad adeudada y, además, por carta certificada le notifica la rescisión unilateral del contrato de depósito. Estimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, fue confirmada por la Audiencia Territorial de Oviedo. Interpuso recurso de casación el demandado, y el Tribunal Supremo, siendo ponente don Antonio Peral García, no admite el recurso.

Doctrina de la sentencia.—La irregularidad en las cuentas hace inaplicable el artículo 1.266 del Código civil, siendo conceptos distintos el error de cuentas que regula este artículo y el de irregularidad en la rendición de las mismas, así como el incumplimiento culposo por parte del demandado, producido por esa irregularidad, es causa justificada de rescisión unilateral del contrato.

PARA QUE HAYA LUGAR A LA INDEMNIZACION POR LUCRO CESANTE ES NECESARIO QUE SE PRUEBE QUE ESTE SE HA DEJADO DE OBTENER (SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—Don José Fernández encarga la ejecución de una casa a un contratista, bajo la dirección de Arquitecto y Aparejador, con proyecto realizado por el primero. Hecha la edificación en el tiempo convenido, ésta presenta defectos en la misma que hacen inhabitable la casa, por lo que don José formula demanda pidiendo resarcimiento de daños y perjuicios. Estimada ésta en parte, recurren los demandados, y la Audiencia de Pamplona condena a éstos a pagar una suma notablemente inferior a la señalada por el Juzgado de Instancia. Interpone recurso de casación el demandante, y el Tribunal Supremo, siendo ponente don Federico Rodríguez Solano, declara no haber lugar al recurso.

Doctrina de la sentencia.—Reitera esta sentencia la doctrina de que para que pueda prosperar la acción en que se reclame el resarcimiento de daños y abono de intereses del artículo 1.124, 2.º, del Código civil no es suficiente con que el demandado haya incumplido el contrato, sino que es preciso, además, que se pruebe de forma indubitada la realidad del menoscabo que se haya ocasionado como consecuencia de aquel incumplimiento, y que para que haya lugar a indemnización por ganancias dejadas de obtener—lucro cesante—no se deban éstas a meros cálculos, hipótesis o suposiciones, ni se refieran a beneficios posibles, inseguros o desprovistos de certidumbre, sino que se justifiquen mediante la aportación de los correspondientes elementos probatorios.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—Varios compradores entablan demanda contra un contratista de obras basándose en que habiendo celebrado con éste un contrato de compra de viviendas en el que se determinen las condiciones de las mismas y los materiales a emplear, el contratista falta a aquéllas y emplea materiales de inferior calidad a la que se había estipulado, lo que ocasionó daños a los compradores. Se pide en la demanda se condene al demandado a abonar las cantidades que se reclaman y, subsidiariamente, a ejecutar en las viviendas las obras conforme a lo pactado.

El Juzgado de Primera Instancia condena al demandado a pagar las indemnizaciones que estima pertinente. Recurren demandante y demandado ante la Audiencia Territorial de Pamplona, y ésta condena al demandado a abonar la diferencia de valor entre los materiales que debió emplear e instalaciones que debió colocar y los que efectivamente empleó. Los demandantes interponen recurso de casación, alegando incongruencia de la sentencia con las pretensiones de los actores.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente don Manuel González Alegre, admite el recurso, señalando la incongruencia de la recurrida sentencia por violarse el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basándose en que lo que ejercitan los actores, según dice en su considerando tercero, es la acción de cumplimiento de contrato, ya que sus pretensiones no son otras que las viviendas queden y respondan a las condiciones pactadas, con lo que estiman agotado el contenido de la prestación, mas sin que en forma alguna se pretenda una condena indemnizatoria, cuando en todo momento no se está haciendo sino una valoración de las obras a ejecutar. Por ello, el Tribunal Supremo, invocando los artículos 1.091, 1.156, 1.098, 1.666 y otros del Código civil, declara que hubo defectuoso cumplimiento en la obligación que tenía el demandado y condena a éste a ejecutar en las viviendas de los actores las obras precisas para dejarlas en el ser, estado, condiciones y con los materiales pactados en el modo y forma correspondiente al tipo de construcción.

F. Q. R.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE CONTRATO: NO SE PUEDEN ADMITIR EN EL RECURSO CUESTIONES NUEVAS NO PLANTEADAS EN LA INSTANCIA (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1973).

El Ayuntamiento de Pedro Abad había arrendado un local para las Oficinas de Correos y Telégrafos. Transmitida la finca posteriormente, se notificó a los nuevos propietarios en 1968 la rescisión del contrato por el Ayuntamiento, pero el Estado, tres meses después, decidió subrogarse en el arrendamiento, por lo que se interpuso demanda para que el Estado desalojase el inmueble por ocuparlo sin título alguno. El Ayuntamiento opuso falta de legitimación pasiva, y el Estado, la existencia en el contrato primitivo de una estipulación en favor de tercero de la que es beneficiario él. El Juzgado número 2 de Córdoba estimó íntegramente la demanda, sentencia confirmada por la Audiencia de Sevilla.

Interpuesto recurso de injusticia notoria por el Abogado del Estado, no lo admite el Tribunal Supremo, ya que los motivos en que se funda: inadecuación del procedimiento seguido; concesión de más de lo pedido en la demanda; aplicación de la rescisión, concepto distinto al que se da en este caso, y la obligación legal que tenía el Ayuntamiento de proporcionar local para los servicios postales y su exoneración posterior por la vigente Ley de Régimen Local, no habían sido planteados antes, sino únicamente la existencia de una estipulación en favor de tercero, por lo que tratándose de cuestiones nuevas se incide en causa de inadmisión.

RESOLUCION DE CONTRATO: SI EL ARRENDATARIO CONTRATO PARA CEDER EL LOCAL A UNA SOCIEDAD, SE NECESITABA UN NUEVO CONVENIO CON ELLA PARA QUE ESTA CESION SURTIESE SUS EFECTOS RESPECTO AL ARRENDADOR (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Compartido el uso de un local por el arrendatario con una Sociedad Anónima, falleció aquél y continuó el uso compartido del local, sin determinar el heredero que había de suceder en el contrato al primitivo arrendatario. La actora, alegando subarriendo inconstituido, demandó la resolución del contrato, afirmando que las personas que se consideran herederos del difunto arrendatario no pueden sucederle por no encontrarse éste en el pleno uso de los derechos y obligaciones derivados del arrendamiento. Se declaró en rebeldía la Sociedad y se opuso la otra parte. El Juez número 1 de Santiago de Compostela desestimó la demanda, pero la Territorial de La Coruña revocó dicha sentencia.

Interpuso recurso la demandada y el Tribunal Supremo lo rechaza, teniendo en cuenta que el único punto de discusión en el recurso es el relativo al alcance que deba atribuirse al contrato suscrito por las partes respecto a si el mismo era firmado por el arrendatario en su propio nombre o en el de una Sociedad que había de constituirse después, y si la celebración de un nuevo contrato o permiso para traspasar sería obligatorio o facultativo, cuestión resuelta por la Sala en el sentido de considerar necesario este nuevo contrato, por lo que el no haberse realizado supone cesión o traspaso inconstituido, interpretación que no ha sido impugnada adecuadamente dado su carácter estrictamente jurídico, ya

que la apreciación de la prueba por el Juez, desde el punto de vista de los hechos, que no fueron controvertidos, es lo que se impugna ahora, por lo cual es obligado el peticionamiento del recurso.

RESOLUCION DE CONTRATO: EL NEGOCIO DE BAR-RESTAURANTE NO PERMITE ADMITIR HUESPEDES SIN CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR NI AUTORIZACION ADMINISTRATIVA (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Arrendada parte de una casa para el negocio de un zapatero remendón y otra para vivienda del anterior, éste se apropió luego de otra dependencia de la misma casa. Fallecida la arrendadora, el arrendatario transformó el local en un bar, realizando para ello diversas obras, no consentidas por la comunidad hereditaria, modificando la configuración del local, y dedicándose además a tener huéspedes sin autorización alguna, por lo que se pide la resolución del contrato. El Juzgado de Carballino desestimó la demanda, pero la Audiencia de La Coruña revocó esta sentencia.

El recurso de injusticia notoria es rechazado, considerando el Tribunal Supremo que si las cuestiones resueltas en la sentencia han de ser las planteadas por las partes, la calificación jurídica del Juez puede ser distinta de la que las partes le atribuyen y basar la resolución en preceptos diversos de los alegados, aunque no se hubieran invocado por los litigantes, que es lo que ocurre en este caso. No se puede interpretar el negocio jurídico del hospedaje para obtener deducciones opuestas a las de la instancia, ya que la tenencia de huéspedes en el local no es propia del negocio de bar-restaurant, que sólo debe proporcionar comidas y bebidas, pero no alojamiento, por lo que la introducción de personas extrañas al arrendatario, su familia o servidores determina la resolución del arrendamiento.

TRANSFORMACION DE LOCAL EN VIVIENDA: EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA ES COMPETENTE PARA ENTENDER DE ESTA CAUSA DE RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Arrendados patio, cuadra y pajar de una casa para dedicarlos el arrendatario a la venta de patatas, falleció éste, y al notificar su esposa la subrogación correspondiente, averiguó el arrendador que se había transformado el local, convirtiendo el pajar en vivienda, para lo que se habían realizado obras in consentidas, motivos por los que se demanda la resolución del contrato, alegando además cierre del local por más de seis meses. La demandada se opuso, alegando la incompetencia del Juez de Primera Instancia. El de esta clase de Lorca estimó la demanda por las tres causas invocadas, sentencia confirmada por la Audiencia Territorial de Albacete.

El Tribunal Supremo no admite el recurso de injusticia notoria. Los recibos que acreditan el pago de las rentas de 1964 a 1971 carecen de virtualidad para demostrar el error de hecho en la apreciación de la prueba por el Juez, por haber sido examinados minuciosamente en la sentencia; la calificación del local arrendado la extrae la Sala de un conjunto de pruebas de las que no se puede dar preponderancia a una de ellas, como pretende el recurrente. No se citan los párrafos de los artículos 122

y 123 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que han sido infringidos, conculcándose así lo dispuesto por el artículo 136 del mismo cuerpo legal. Estando probado que el arrendamiento es de local de negocio resulta inaplicable el referido artículo 4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y clara la competencia del Juez de Primera Instancia para conocer del procedimiento, conforme al artículo 123, antes citado.

REALIZACION DE OBRAS: LA APERTURA DE UN HUECO DE 39 POR 45 CENTIMETROS, CON DESTRUCCION DE PARTE DE UN TABIQUE, MODIFICA LA CONFIGURACION DEL INMUEBLE (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Se demanda al arrendatario de un local de negocio por la realización de obras sin consentimiento del arrendador, pero aquél alegó haberlo obtenido del anterior propietario antes de su transmisión. El Juez número 2 de Ponferrada desestimó la demanda, pero la Audiencia de Valladolid revocó la sentencia declarando resuelto el contrato.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso correspondiente, ya que lo que intenta el recurrente no es cambiar las premisas fácticas que han servido al Juez para su decisión, sino interpretar un informe pericial de forma distinta a la que hace la sentencia recurrida, lo que basta para desestimarlos, a lo que hay que añadir que contraponer la conclusión del Juez a la de la Audiencia constituye no cuestión de hecho, sino de derecho. El arrendatario debe mantener la forma de la cosa arrendada, de modo que toda alteración de su estructura o disposición original que modifique la configuración del inmueble sin consentimiento del arrendador supone una causa de resolución, pudiendo suplirse la resistencia del propietario bien con el previo depósito del importe de las obras para volver el inmueble a su primitivo estado, bien recabando la autorización judicial. Una ventana de 39 por 45 centímetros, con destrucción de parte de un tabique, varía la configuración del local, como afirma reiterada jurisprudencia de esta Sala.

REVALORIZACION DE RENTAS: NO PUEDE EL ARRENDADOR, UNA VEZ EJERCITADA LA ACCION PARA REVALORIZAR LA RENTA, VOLVER A REPRODUCIRLA, POR EL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Habiendo ya litigado las partes, con sentencia de la Audiencia Territorial favorable al arrendatario, se intenta nuevamente la elevación de renta de un local destinado a farmacia. Transcurrido el plazo del artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sin que el arrendatario acepte la elevación, el actor opta por la acción resolutoria del contrato dada la temeridad de la oposición a la misma. El Juzgado de Loja estimó la excepción de cosa juzgada, absolviendo al demandado, sentencia confirmada por la Audiencia de Granada. Interpuesto recurso de injusticia notoria, el Tribunal Supremo no lo admite, porque mientras la sentencia recurrida afirma que entre la demanda inicial del pleito y la que fue objeto del anterior existe la más perfecta identidad entre cosas, causas y personas, la parte recurrente alega que tal identidad no existe, sin indicar los documentos que lo acrediten y que demuestren el error evidente del Juez ni amparar esta impugnación en la causa 4.ª del artículo 136 de

la Ley de Arrendamientos Urbanos, lo cual sería bastante para desestimar el recurso. No puede el arrendador, una vez ejercitada la acción para fijar la renta, volver a reproducirla para subsanar defectos de prueba, porque va contra el principio de seguridad jurídica, y esto es lo que se intenta en el motivo segundo del recurso.

RESOLUCION DE CONTRATO: SE DA EL SUPUESTO DE SUBARRIENDO INCONSENTIDO Y PROCEDE LA RESOLUCION, AUNQUE NO EXISTIESEN LAS OTRAS CAUSAS ALEGADAS (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Arrendados los bajos de un inmueble para vivienda, falleció el arrendatario y ocupó la vivienda una sobrina suya, contra la que se dirigió el actor ante el Juzgado, sin que éste diera lugar a la resolución, confirmando como arrendataria a la demandada. Practicado un requerimiento notarial, se halló en esta vivienda a otra señora, que afirmó ocuparla con su esposo, así como los herederos del primitivo arrendatario, cuando venían de Barcelona. Además, los bajos arrendados han estado cerrados durante mucho tiempo, con evidente abuso de Derecho, a juicio del actor. El Juez de Figueras declaró resuelto el contrato por conversión del almacén en vivienda y cesión o subarriendo inconsciente del mismo, así como por incurrir en la causa de denegación de prórroga del número 3 del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, estimando en la demandada abuso de Derecho, sentencia confirmada íntegramente por la Audiencia de Barcelona.

El recurso es rechazado por el Tribunal Supremo, ya que la pretendida existencia de dos fincas distintas, por ser diversa la numeración de la calle, no significa nada porque los cambios de numeración han sido tenidos en cuenta por el Tribunal *a quo*. La sentencia recurrida basa la existencia de subarriendo en el principio de los actos propios y en la apreciación del conjunto de la prueba. Admitido el subarriendo es indiferente la existencia o no de las restantes causas de resolución alegadas, pues no tendría efecto alguno en el fallo el éxito de los otros motivos.

RESOLUCION DE CONTRATO: PARA QUE PUEDA ADMITIRSE EL RECURSO SE PRECISA QUE, ADEMAS DE CONSIGNAR LAS RENTAS ADEUDADAS, SE PRESENTE EL ULTIMO RECIBO PAGADO CON ANTERIORIDAD (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Se demanda al arrendatario de tres plantas de una casa por cierre del negocio existente en ellas. El Juzgado de Talavera estimó la demanda, no admitiendo el recurso la Audiencia por no haber acreditado suficientemente el recurrente que estaba al corriente del pago de la renta, pues si se consignó el importe de dos mensualidades, no se presentó el recibo correspondiente. El recurso de súplica fue también desestimado.

El recurso de injusticia se basó en la indefensión ocasionada al recurrente al no haber admitido la apelación, puesto que debe bastar la consignación de lo adeudado para su admisión, a lo que se opuso el recurrido. El Tribunal Supremo no admite el recurso, por cuanto el artículo 148 de la Ley de Arrendamientos Urbanos exige que el inquilino acredite al interponer el recurso tener satisfechas las rentas vencidas o consignarlas ante el Juez o Tribunal; pero como la consignación por sí sola no justifica que la suma entregada sea la única que se adeude, se hace preciso que

presenten además el recibo correspondiente al último plazo pagado para que surta los efectos del artículo 1.110 del Código civil, sin que la posterior aportación del recibo subsane el defecto, conforme a reiterada doctrina de esta Sala.

RESOLUCION DE CONTRATO: HA TRANSCURRIDO EL PLAZO DE PRESCRIPCION DEL ARTICULO 1.964 DEL CODIGO CIVIL, YA QUE LA OCUPACION DEL LOCAL SE EFECTUO EN 1941 Y LA DEMANDA SE INTERPONE EN 1970 (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Arrendado un piso a la Sociedad «Caminos de Hierro del Norte de España», se subrogó «Renfe» en su lugar sin conocimiento del arrendador. Posteriormente, a juicio de éste, se había hecho cesión del piso al Ministerio de Obras Públicas para el Negociado del Canon de Coincidencia, alegando también el arrendador la realización de obras incontestadas. El Abogado del Estado sostuvo que el Estado se había limitado a funciones de inspección, así como la falta de reclamación previa en vía gubernativa. «Renfe» alegó la existencia a su favor de la resolución en un interdicto de recobrar la posesión, en la que se reconoció que poseía el piso desde 1941. Tanto el Juzgado número 4 como la Audiencia de Madrid desestimaron la demanda.

El Tribunal Supremo no admite el recurso de injusticia notoria, por cuanto «Renfe» ocupó el local en 1941 y la demanda se ha interpuesto en 1970, por lo que han transcurrido con exceso los quince años de la acción personal del artículo 1.964 del Código civil. El Canon de Coincidencia es un servicio de «Renfe» que inspecciona el Ministerio de Obras Públicas, pero atendido el funcionamiento por empleados de aquella, por lo que no se puede apreciar la existencia de subarriendo o cesión. Las obras realizadas no modifican la configuración del piso y no se estiman probadas, por otra parte, ni se aprecia la existencia de abuso de Derecho, ya que los demandados se han limitado a defenderse de las acciones judiciales entabladas contra ellos.

TRASPASO O CESION INCONSENTIDA: NO PUEDE IDENTIFICARSE EL CONOCIMIENTO DEL TRASPASO CON EL CONSENTIMIENTO DEL MISMO (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Se demanda a la entidad arrendataria de un local por traspaso o cesión ilegal hechos a otra entidad y a un individuo, a los que también se demanda. Se opone el demandado diciendo que el difunto arrendador conocía el cambio de personas realizado y tanto él como sus herederos siguieron cobrando las rentas. El Juzgado número 1 de Zaragoza y su Audiencia Territorial estimaron íntegramente la demanda.

El Tribunal Supremo no admite el consiguiente recurso de injusticia notoria, puesto que el demandado ocupó el local en 1967 y ya en 1968 se intentó el desahucio, siendo éste el tercer litigio sobre tal arrendamiento y la posesión del mismo local, lo que contradice el pretendido consentimiento al traspaso, sin que obste a ello la declaración hecha por uno de los actores en otro juicio anterior, pues no tiene el carácter de prueba documental para apoyar en ella el error del Juez. Ni ha transcurrido el plazo de prescripción, como pretende el recurrente, ni se pueden confundir conocimiento y consentimiento al traspaso, siendo el primero base

de la acción ejercitada, y no puede ser enervada si no va seguida del consentimiento, cuya existencia niega la sentencia recurrida, sin que pueda apreciarse la mala fe del demandante.

RESOLUCION DE CONTRATO: EXISTE LA CAUSA 5.ª DEL ARTICULO 114 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS CUANDO SE CEDE PARTE DEL LOCAL, AUNQUE EL ARRENDATARIO CONTINUE LA EXPLOTACION DEL NEGOCIO PROPIO EN EL MISMO (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Se expone en la demanda la transformación de local de negocio en vivienda, así como la existencia de un posible subarriendo del mismo. El demandado dice que el local ha tenido siempre una vivienda aneja, sin perder por ello su condición, y que él sigue siendo el titular del negocio pagando la licencia fiscal correspondiente, siendo la otra ocupante la encargada del servicio de limpieza y vigilancia del local desde el primer momento del arrendamiento. El Juez número 26 de Madrid desestimó la demanda, pero la Audiencia Territorial declaró resuelto el contrato en virtud de subarriendo o traspaso inconsentido.

El recurso se funda, sobre todo, en la relación familiar existente entre el demandado y las personas que ocupaban el local, lo que hace inaplicable la causa 5.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pero el Tribunal Supremo no ha lugar a él por cuanto del conjunto de pruebas se deduce que una parte del local ha venido ocupándose como vivienda de las personas que indica la actora, una de las cuales no tiene parentesco alguno con el arrendatario y la otra no consta que lo tenga, sin que hayan prestado servicio alguno durante la locación; tal premisa no es contradicha por ninguna de las certificaciones que en el primer motivo se relacionan, puesto que nada tienen que ver la cesión parcial inconsentida que de tales hechos surge ni que el recurrente siga explotando en el local su negocio con la causa resolutoria estimada.

RETRACTO ARRENDATICIO: SE DA EN LOS CASOS DE APORTACION DE LAS FINCAS ARRENDADAS A UNA SOCIEDAD ANONIMA, A CAMBIO DE LA ENTREGA DE ACCIONES (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Aportada a una sociedad una casa, de la que están arrendadas al actor una vivienda y una lonja, resulta que esta entidad era propietaria también de las otras lonjas de la planta baja de la casa, lo que denota indudablemente que se quiere encubrir con ello una compraventa para que el actor no ejercite su derecho de retracto; en vista de tales hechos se pide el ejercicio de este derecho por el arrendatario. Tanto el Juez de Durango como la Audiencia de Burgos estimaron la demanda.

Interpuesto recurso, el Tribunal Supremo no lo admite porque el derecho de retracto supone una venta o cesión solutoria a un tercero, por lo que corresponde al que se oponga al retracto acreditar que el negocio jurídico no es de venta ni dación en pago; como en este supuesto no se alude a ninguna modificación en la interpretación del contrato respecto a la dada por el Juez de Instancia, ha de respetarse la naturaleza jurídica que le asigne la sentencia recurrida. No supone permuta la entrega de acciones a cambio de la cosa, sino que siendo aquéllas signo representativo de dinero hay que aplicar el artículo 1445 del Código civil, y el

contrato será de dación en pago de la aportación social. Si no se admitiera el retracto en los casos de aportación, se burlarían fácilmente las disposiciones sobre retracto arrendaticio incurriendo en fraude de ley, como se corrobora por haber vendido la sociedad los pisos hasta quedarse sólo con los arrendados, y entonces se desprende de éstos conjuntamente con finalidad clara de evitar el retracto.

REALIZACION DE OBRAS: DEBEN ENTENDERSE IMPLICITAMENTE AUTORIZADAS EN EL CONTRATO LAS EJECUTADAS PARA ADAPTAR EL LOCAL AL DESTINO PACTADO EN EL MISMO (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Una sociedad tenía arrendados dos sótanos, y fallecida la arrendadora, uno de sus hijos, estando proindiviso la herencia, demandó a aquélla por haber verificado obras sin autorización, alegando también cambio de destino por haber transformado el depósito en un local de negocio. El Juez número 3 de Vigo desestimó la demanda, así como la Audiencia de La Coruña.

El recurso no es estimado por el Tribunal Supremo. No se señalan qué clase de obras, entre las incluidas en la causa 7.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos son las realizadas, pretendiendo el recurrente que prevalezca su criterio y no el del Juez de Instancia, que llegó a la conclusión de que al verificarse el contrato en 1954, la sociedad demandada trasladó a estos sótanos el almacén, instalado antes en otro sitio. Las obras realizadas lo fueron en 1954 y 1955, para adaptar y acondicionar el local a su destino y, por tanto, implícitamente autorizadas en el contrato. Tampoco debilitan la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción. Las obras ejecutadas están en relación con el destino de lo arrendado exclusivamente, y este destino es el de un almacén para ventas al por mayor y no un simple depósito, como pretende el recurrente.

REALIZACION DE OBRAS: LA AUTORIZACION PARA REALIZAR OBRAS DE ACONDICIONAMIENTO SE AGOTA UNA VEZ ESTABLECIDO EL NEGOCIO O INDUSTRIA A QUE SE DEDIQUE EL LOCAL (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1973).

Se demanda a la arrendataria de un local por la realización de obras no autorizadas distintas a las de acondicionamiento establecidas en el contrato. La demandada alegó que no existe plazo en la ley para la realización de obras de adecuación del local al negocio para el que se alquila y de tal clase son las realizadas en este caso. El Juez número 25 de Madrid y la Audiencia de la misma capital estimaron la demanda.

Rechaza el Tribunal Supremo el recurso correspondiente porque de la apreciación conjunta de la prueba se llega a la conclusión de que el desplazamiento en 10 centímetros de un tabique y la colocación de un falso techo de escayola afectan a la superficie o volumen de las habitaciones y alteran la configuración de las mismas, límite impuesto en la estipulación segunda del contrato, que se refería a obras de acondicionamiento para instalar el negocio, siendo efectuadas éstas muchos años después de la apertura al público. Tampoco se puede admitir que sea oscura la referida estipulación, pues la facultad de interpretación corresponde al Tri-

bunal de Instancia y, además, la Sala ha reiterado que la autorización para verificar obras de acondicionamiento se agota una vez establecido el negocio o industria y no puede considerarse indefinida, por tanto.

C. R. R.

V. SUCESIONES

INTERPRETACION DE TESTAMENTO. Artículo 675 del Código civil (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1974).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Betanzos, según resulta de los siguientes razonamientos:

Considerando que, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, la interpretación de los negocios jurídicos, al ir dirigida a indagar el significado efectivo y el alcance de una manifestación de voluntad, exige fundamentalmente captar el elemento espiritual, la voluntad e intención de los sujetos declarantes contenidas en el acto jurídico, sin limitarse al contenido aparente o inmediato que resulte de las palabras, y esta tesis, que alcanza especial relieve y aplicación cuando se trata de declaraciones de voluntad no recepticias, cual lo es el testamento, está sustancialmente acogida por el artículo 675 del Código civil, que concede notoria supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de la declaración, sin perjuicio de prescribir—en razón a que ha de suponerse que las palabras, por lo general, exteriorizan y reflejan fielmente la voluntad—que debe el intérprete atenerse al sentido textual, siempre que la intención no aparezca contraria o, lo que es igual, siempre que el texto de las cláusulas testamentarias sea claro y expresivo, de suerte que baste la simple lectura para colegir por medio inequívoco el propósito e intención del testador; no pudiendo los elementos llamados usualmente gramatical, lógico y sistemático aislarse unos de otros ni ser escalonados como categorías o especies diversas de interpretación, pues no son más que medios o instrumentos que el intérprete ha de poner en juego dentro de un proceso interpretativo unitario, por lo que el citado artículo 675 no impone, ni podía hacerlo, un orden sucesivo de prelación en que deban utilizarse los criterios interpretativos, pues no excluye que para determinar si hay una clara voluntad del testador que obligue a no dar a sus palabras su sentido literal (hipótesis prevista en la proposición primera) o para apreciar si hay, cuando menos, motivos de duda a este respecto (hipótesis de la proposición segunda), se deben utilizar, conjunta y combinadamente, los instrumentos todos de la interpretación, pudiendo nacer el caso de duda, a que se refiere el propio artículo, no sólo de que las cláusulas del testamento sean oscuras o ambiguas, sino también de que sean en algún punto inexpresivas, va que la ley no excluye esta posibilidad y, por consiguiente, admite implícitamente que el sentido literal de las disposiciones del testamento, insuficientemente expresado, pueda ser desdenvuelto e integrado por el Juez, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del documento testamentario o, lo que es igual,

del «tenor del mismo testamento», del cual pueda extraerse por modo claro la verdadera y completa voluntad del disponente.

Considerando que si bien es función del juzgador de instancia la de fijar el verdadero sentido de las cláusulas testamentarias, también corresponde su significado al Tribunal de Casación cuando el sentido dado por aquél resulte manifiestamente contrario a la intención del testador, cual se declara, entre otras, en las Sentencias de 31 de marzo de 1915, 6 de julio de 1926 y 28 de junio de 1947, lo que ha de hacerse bien por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si se ha cometido evidente error en la apreciación, o por el cauce del número 1.º, si con ella han sido infringidas las normas establecidas por el Código civil regulando los actos de última voluntad (Sentencias de 3 de febrero de 1971, 18 de diciembre de 1965, 9 de noviembre de 1966 y 5 de octubre de 1970).

Considerando que la aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos hace decaer el motivo primero del recurso, pues establecida por la causante, en la cláusula segunda de su testamento, que hace legado a su hija Elena de un tercio de su haber, en concepto de mejora, añadiendo posteriormente, en la cláusula cuarta, que en los dos tercios restantes de su haber instituye herederas, por partes iguales, a sus hijas Elena y Cándida; de la simple lectura de las cláusulas que se indican, concluye acertadamente la sentencia recurrida que la voluntad de la causante fue la de dejar a su hija Elena la mitad del tercio legitimario, la integridad del tercio de mejora y la mitad del tercio de libre disposición, mientras que para su hija Cándida reservaba la mitad del tercio legitimario unida a la mitad del tercio libre y, en consecuencia, y en expresión que resume y refleja la voluntad de la causante, a una hija le dejaba dos tercios de la herencia, mientras que a la otra le pertenecería un tercio solamente, esto es, heredarían ambas hijas en la proporción de dos a uno (considerando primero de la Audiencia), voluntad que viene corroborada en la partición hecha por la propia testadora, protocolizada en escritura pública de la misma fecha, atribuyendo bienes a sus hijas; en líneas generales, y con escasas diferencias en la misma proporción respecto a la valoración que realizó asesorada por un Perito (considerando segundo), la Sala sentenciadora no ha incurrido en la infracción denunciada del repetido artículo 675.

Considerando que carente nuestro Código civil de una regulación específica sobre la nulidad de las particiones, fuera del precepto aislado del artículo 1.081, relativo a la partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo, que se declara nula de pleno Derecho, hay que entender aplicables a la materia los principios generales del Derecho sobre nulidad de los negocios jurídicos, y principalmente de los *inter vivos* contractuales, partiendo de la distinción capital entre la inexistencia o nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad, estimando como particiones radicalmente nulas aquellas, por ejemplo, en que falte el consentimiento de las personas que deban prestarlo en su caso (artículos 1.261 y 1.262), y como particiones anulables aquellas viciadas por la incapacidad de las personas que a ellas concurren o la ausencia de formas prescritas para garantía de las mujeres casadas (defecto en el consentimiento por la intervención de una mujer casada sin autorización del marido o de la autoridad que deba suplirla en los casos expresados por la ley) o de los incapaces (falta de representación de los sometidos a tutela o la de autorización del tutor—arts. 1.263 y 1.264—), así como por la existencia del error, la violencia, la intimidación y el dolo (arts. 1.265 a 1.270), con los efectos señalados por los artículos 1.300 a 1.314 (Sentencias de 13 de octubre de 1960 y 25 de noviembre de 1965).

Considerando que, concretamente, respecto al error *in substantia*, que el Tribunal *a quo* atribuye a la testadora al hacer la valoración de los

bienes, en atención a los ascensoramientos que utilizó, de su avanzada edad y del número considerable de fincas objeto de la partición, no puede prevalecer la impugnación realizada en el motivo segundo, autorizado por el apartado 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, como ha declarado esta Sala, las cuestiones a que doctrinal y prácticamente dio lugar la definición o significación del «error sustancial», desviándose en dos direcciones, objetiva la una y subjetiva la otra, encuentran, en cuanto el artículo 1.266 se refiere a las condiciones que hubieren dado motivo al acto, una clara inclinación a la segunda dirección, con lo cual no se sustrae al imperio de las partes la determinación del concepto de sustancialidad objeto del error, sino que somete la base de hecho de esa determinación a la libre apreciación de las mismas y queda convertida en una cuestión *de facto* de la soberana apreciación de los Tribunales de Instancia (Sentencias de 5 de marzo de 1960, 8 de mayo de 1962, 30 de septiembre de 1963 y 2 de marzo de 1965).

PARTICION. ACTOS PROPIOS. Artículos 1.061 y 1.073 del Código civil
(SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1974).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González-Alcgre Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por las demandantes y apeladas contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Tolosa, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que por el primer motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia «la violación de los preceptos contenidos en el artículo 1.073 del Código civil en relación con la doctrina mantenida en las sentencias de este Tribunal que se citan», y como el expresado artículo no contiene sino la regla general de que «las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones», esto es, por las taxativamente enumeradas en el artículo 1.291 del propio Código, todo ello extraño al que es objeto de litis, necesariamente el motivo ha de decaer, y si bien es cierto que en su desarrollo se está haciendo referencia a la nulidad de los negocios jurídicos por falsedad de la causa, incluso con cita del artículo 1.272 del expresado cuerpo legal, tampoco es ésta materia de debate, centrada en la que se dice simulación absoluta de la partición, cuya nulidad por este fundamento se pretende; debiendo correr igual suerte el segundo de los motivos, pues al denunciarse por igual vía la aplicación indebida de la doctrina de los actos propios, recogida, entre otras, en las sentencias que también se citan, es de tener en cuenta que si efectivamente, como se afirma en la recurrida sentencia, las demandantes dieron su conformidad a la partición, que ahora se dice simulada, en la que no se hizo otra cosa que dar efectividad a lo querido por todas las hijas y herederas de la causante, no puede decirse se aplicara indebidamente dicha doctrina, además de no constituir sino uno de los seis razonamientos con que el juzgador justifica la inexistencia de tal simulación.

Considerando que el motivo tercero, por igual vía de los anteriores, denuncia «la violación de los preceptos legales contenidos en el artículo 1.061 del Código civil y doctrina sentada en la Sentencia de 14 de diciembre de 1947 y Resolución de la Dirección General de los Registros de 2 de diciembre de 1964»: mas teniendo en cuenta que dicho artículo tiene carácter orientador y facultativo y no imperativo, su aplicación está ligada y obligada a conjugarlo con las circunstancias de cada caso, y si,

como se da por cierto en la recurrida resolución, la partición, cuya nulidad por simulación se pretende, respondió a la voluntad de la testadora y a lo querido por sus herederas, es lo cierto que cualquiera que sea la distribución y adjudicación de bienes, ha de prevalecer sobre lo meramente orientativo de dicho precepto, el que, por tanto, no puede decirse haya sido violado; a más de que no deja de consignar la expresada sentencia que «si lo que pretenden los actores es tener participación en los bienes inmuebles de la herencia de sus progenitores, al amparo de los artículos 1.061 y 1.062 del Código civil, así como mantener la intangibilidad de sus porciones legitimarias, en todo lo cual se creen defraudados por la donación y testamento otorgado por don F. L., nunca sería la vía acertada la actualmente practicada», por todo lo que el motivo ha de ser desestimado.

Considerando que el cuarto y último motivo del recurso, también al amparo del mismo número del artículo 1.692, denuncia «la violación de los preceptos contenidos en los artículos 636 y 624 del Código civil y doctrina de la Sentencia de 8 de marzo de 1957», motivo que ha de ser desestimado sin más que tener en cuenta que la recurrida sentencia, al hacer depender la nulidad de la donación, efectuada por don F. L. en favor de su hija doña M. V. L., de la partición, y, por tanto, al no declarar la de ésta, abstenerse de conocer cuanto sobre dicha donación era objeto de pretensión en la litis, no puede decirse que hayan sido violados los mencionados preceptos.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

Por R. SÁNCHEZ DE FRUTOS

I. COMERCIANTES Y AUXILIARES

LIBROS DE LOS COMERCIANTES. VALOR PROBATORIO (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1972).

La documentación mercantil aportada al proceso, si concurre con otros medios de prueba, se aprecia conjuntamente con éstos, según reiterada jurisprudencia.

III. TITULOS VALORES

LETRA DE CAMBIO Y CAUSA. CARACTER CAUSAL Y ABSTRACTO DE LA LETRA. EXCEPCIONES OPONIBLES (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Como tiene reiteradamente declarado la doctrina de esta Sala, con la que es conforme la científica, ninguna obligación cambiaria se funda sólo en una relación estrictamente de este orden, sino que en toda letra de cambio subyace otro contrato, que en verdad es la razón de ser de las letras, y si bien es cierto que la letra puede asumir un carácter formal o abstracto independizándose de tal modo de aquel contrato subyacente del que trae causa, no lo es menos que esto es tan sólo frente a terceros de buena fe, y no ha de atribuirse tal cualidad de tercero al actor frente al demandado, al figurar aquél como tenedor de dichas cambiales y éste como librador de las mismas; conociendo que eran reflejo o representación del afianzamiento por parte del librador de un contrato de préstamo entre dicho tomador de las cambiales y el que en las mismas aparece como librado aceptante, es incuestionable que al no revestir las letras que sirven de apoyo a la acción ejercitada tal naturaleza abstracta, sino la de causal, dada la relación directa entre tomador y librador, y, por tanto, ligadas a aquel contrato de fianza que en las mismas subyace, frente a la obligación de pago por parte del referido librador en favor del tenedor de las letras, a cuya orden aparecen libradas, puede oponerle las excepciones que se derivan del expresado contrato.

AVAL CAMBIARIO. ACCION DE REGRESO DEL ARTICULO 516 DEL CODIGO DE COMERCIO CONTRA EL AVALISTA, INDEPENDIENTEMENTE DE LA EJERCITADA CONTRA OTROS OBLIGADOS AL PAGO DE LA LETRA (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1973).

Considerando que toda la cuestión debatida en el presente recurso se reduce a determinar si la prohibición absoluta, establecida en el artículo 516 del Código de Comercio, de que dirigida la acción de reembolso por el portador de una letra de cambio protestada por falta de pago contra el aceptante, el librador o cualquiera de los endosantes, mientras no se haya producido la insolvencia del demandado puede ejercitarla contra los demás que queden como responsables, se extiende a los avalistas, aunque no estén incluidos expresamente en dicho precepto legal.

Considerando que, como ha declarado esta Sala en su Sentencia de 9 de mayo de 1973, si, conforme dispone el artículo 487 del Código de Comercio, el avalista puede ser demandado desde el momento mismo en que la persona cuya obligación avaló haya dejado de cumplirla a su debido tiempo, es obligado conceptuar al que afianza por aval implícitamente comprendido entre los obligados al pago de una letra de cambio, a los que se refiere el artículo 516 de dicho Código, pues dada la aptitud del avalista para ser sujeto pasivo de la acción cambiaria en el lugar de cualquiera de ellos, esto es, sustituyéndole, han de alcanzarle los efectos y finalidad del mencionado precepto, sin la necesaria específica inclusión en el mismo, porque el artículo 516 no responde sino a una especialidad de la solidaridad cambiaria, puesto que si el tenedor de una letra puede dirigirse en vía directa contra el aceptante, y en regresiva contra el librador o cualquiera de los endosantes, no arguye una verdadera solidaridad entre ellos, y lo que viene a sentar dicho artículo es que lo que no puede hacer el acreedor es dirigirse simultáneamente contra el aceptante y contra el obligado en vía regresiva, y si se dirigiese contra alguno de éstos, no lo podría hacer contra los demás, sin que ello altere la propia esencia del afianzamiento; mas si el avalista puede ocupar la posición de cualquiera de aquéllos, es claro que no podría hacerlo contra los dos, separadamente, al propio tiempo, pues tal sería ir contra las normas del afianzamiento solidario, pudiendo exigir el portador de la letra protestada por falta de pago que se le pagase más de una vez un mismo crédito.

SUMISION EXPRESA EN EL ACEPTO (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1974).

Es admisible la cláusula de sumisión a los Tribunales hecha constar en el acepto de una letra, que dice: «Acepto fecha, cantidad, vencimiento y jurisdicción de los Tribunales de Zaragoza», y se halla respaldada por la firma del aceptante.

EJERCICIO DE ACCION CAMBIARIA EN JUICIO ORDINARIO (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1974).

Aunque es cierto que de la letra de cambio protestada en tiempo y forma puede surgir el juicio ejecutivo, al que se refieren los artículos 1.429 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ello no obsta para que el librador de la letra de cambio aceptada y solidariamente avalada, aun

sin que mediara el protesto, pueda ejercitar la acción cambiaria dentro del juicio ordinario para cobrar su crédito contra el librador o contra el fiador solidario, utilizando aquella como mero documento acreditativo del adeudo.

ACEPTACION Y AVAL FIRMADOS POR LA MISMA PERSONA FISICA, QUE ES ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD. EFECTOS SEGUN LA FORMA EMPLEADA (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1974).

No es necesario que conste en la aceptación de la letra de cambio la indicación del poder, ni siquiera con la fórmula «P. P.», cuando el que estampó su firma tiene el carácter de Administrador de la Sociedad Anónima..., y se ha expresado en la antefirma el nombre de dicha Sociedad, pues se trata de un caso de representación necesaria, a que se refiere el último párrafo del artículo 447 del Código de Comercio; supuesto bien distinto del contemplado en el párrafo primero del mismo precepto.

Sin embargo, firmada la letra en su reverso, sin antefirma alguna, por la misma persona, es ésta la que tiene la condición de avalista y no la Sociedad de que es Administrador, siéndole de aplicación los artículos 486 y 487 del Código de Comercio, que regulan la fianza cambiaria, no siendo obstáculo a tal afirmación que fuera el propio librador quien hiciese constar a máquina «por aval» para desvirtuar el carácter de avalista que tiene el firmante.

IV. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

VENTA A COMISION CON DEPOSITO PREVIO. REGIMEN (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1972).

Calificado un contrato de «venta a comisión con depósito previo», no le son aplicables los artículos 342 y 336 del Código de Comercio (referentes a la obligación que tiene el comprador de denunciar, dentro de ciertos plazos, los defectos de la cosa vendida), que son sólo aplicables a la compraventa mercantil perfecta.

VI. QUIEBRAS Y SUSENSIONES DE PAGOS

ENAJENACIONES JUDICIALES EN MERITOS DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA Y RETROACCION DE LA QUIEBRA. TERCERO HIPOTECARIO. COSA JUZGADA (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1974).

Hechos.—Constituida hipoteca, en escritura de 10 de abril de 1964, por el deudor de un crédito de fecha 2 de enero de 1964, y ejercitada por el acreedor hipotecario la acción del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se le adjudicaron en pago de su crédito las fincas hipotecadas en auto de 14 de diciembre de 1966, entregándosele la posesión de los bienes.

Mediante auto de 15 de mayo de 1964 se declaró a dicho deudor en situación de quiebra necesaria, y la Sindicatura de la Quiebra, a la vista del procedimiento judicial sumario instado, solicitó del Juzgado se fijase el período de retroacción de la quiebra, lo que se hizo por auto de 25 de noviembre de 1965, que trajo los efectos de la quiebra al 15 de marzo de 1964. Recurrido este auto, quedó firme por el de 15 de abril de 1967.

Deducida demanda solicitando la nulidad de la hipoteca y consiguiente enajenación de los bienes gravados, la sentencia de instancia declaró nula de pleno derecho la hipoteca constituida en escritura de 10 de abril de 1964, el procedimiento de ejecución seguido conforme al artículo 131 de la Ley Hipotecaria y el auto de adjudicación de los bienes subastados, acordando la cancelación de las inscripciones realizadas en el Registro de la Propiedad, tanto de la hipoteca como de la posterior adjudicación, en virtud de dicho procedimiento judicial.

La sentencia es confirmada en casación, porque:

Aunque el tenor literal del segundo párrafo del artículo 878 del Código de Comercio parece aludir a los actos del quebrado «posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra», sin embargo, en realidad la nulidad que declara es la de los actos comprendidos en la época a que se retrotraigan esos efectos, es decir, la de los verificados en fechas comprendidas en ese período o época, no de los posteriores.

El precepto invocado es claro y terminante en cuanto a declarar la nulidad de los actos que haya realizado el quebrado en el período a que se retrotraiga la declaración de quiebra, sin señalar ni admitir distingos de ninguna clase, comprendiendo lo mismo a los actos del quebrado que a los que se hayan realizado por delegación de él o en su sustitución. Si la nulidad de los actos realizados por el quebrado se hubiera de limitar únicamente a los ejecutados con posterioridad a la fecha en que quedare firme la declaración que fija la época de retroactividad, tal declaración de nulidad resultaría superflua, pues nunca podrá obtenerse hasta después de haberse declarado la quiebra, y entonces ya no se podrá hablar de retroactividad. Si el acto de constitución de la hipoteca tuvo lugar en fecha comprendida en el período de retroacción, es evidente que resultó afectado de nulidad y, consiguientemente, de igual defecto adolecerán cuantas actuaciones o procesos—incluso judiciales—hayan tomado como base o partido de tal hipoteca, siempre que hayan sido impugnados en tiempo y forma y los bienes no hubieren pasado a poder de terceros adquirentes, que quedan amparados por la protección registral que dispensa la ley especial.

El adquirente (en el caso debatido) no goza de la cualidad de tercero hipotecario protegido por el artículo 34 de la ley respecto a la adquisición de las fincas hipotecadas, porque siendo a la vez acreedor hipotecario y adjudicatario de dichas fincas en el procedimiento sumario que a su instancia se promovió, tenía conocimiento de las causas de nulidad que afectaban a la hipoteca y al procedimiento a que ésta dio origen, toda vez que sabía que en 8 de mayo de 1964, en el escrito en que se solicitaba la declaración de quiebra, se denunciaba la nulidad de las hipotecas a su favor constituidas, a fin de que fueran reintegrados a la masa de la quiebra los bienes hipotecados, y que en auto de 25 de noviembre de 1965 se acordó retrotraer la quiebra a 14 de marzo de 1964, mas a pesar de ello acudió a la subasta de las fincas gravadas consiguiendo la adjudicación e inscripción de las mismas a su favor.

Para que pueda hablarse de tercero hipotecario tienen que existir dos actos adquisitivos inscritos, uno primero, en el cual se apoya el segundo, en el sentido de que el sujeto adquirente en aquél sea el sujeto transferente en éste, pues solamente bajo esta idea de un subadquirente puede comprenderse el juego íntimo del artículo 34, así como el verdadero

concepto de tercero, el cual, como declaró la Sentencia de 26 de junio de 1901, presupone siempre una segunda enajenación, que en el caso litigioso no ha habido.

El procedimiento para el ejercicio de la acción hipotecaria, que se regula en los artículos 131 y 132 de la ley especial, es precisamente sumario y ejecutivo especial, y la resolución definitiva que en él recaiga no puede invocarse como constitutiva de cosa juzgada en los juicios declarativos que después se susciten.

INEFICACIA DE LOS CONTRATOS REALIZADOS POR EL QUEBRADO DURANTE LOS TREINTA DIAS PRECEDENTES A LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA. HIPOTECA. CARACTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN. EFECTOS (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1974).

Hechos.—Acordada la declaración de la quiebra el 16 de febrero de 1970 (y fijada como fecha de retroacción el 2 de agosto de 1969, mediante auto de 2 de agosto de 1970), se otorgó escritura de reconocimiento de deuda (basada en letras de cambio) por el quebrado el 5 de noviembre de 1969, garantizándose con hipoteca que se presentó a inscripción el 3 de febrero de 1970 (y que fue inscrita durante el plazo de vigencia del asiento de presentación).

Sentencia.—El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia que declaró la nulidad de la escritura de constitución de la hipoteca de 5 de noviembre de 1969, así como de la propia hipoteca, porque:

El reconocimiento de deuda de 5 de noviembre de 1969 es nulo por estimar que, tanto se atienda a la fecha del documento como a las de los vencimientos de las 15 letras de cambio que le sirven de fundamento —21 de septiembre a 20 de diciembre del mismo año—, tal pacto se realizó o tiene por objeto aceptar deudas exigibles con posterioridad al 2 de agosto de 1969, que constituye el momento fijado para la retroacción de la quiebra en el auto (Sentencias de esta Sala de 14 de febrero y 14 de junio de 1973).

Tampoco cabe admitir el reconocimiento de crédito contenido en la escritura de 5 de noviembre de 1969, porque es posterior a la fecha fijada como iniciación del período de retroacción de la quiebra, lo que hace inaplicable el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio y doctrina jurisprudencial que lo desenvuelve (Sentencias de septiembre de 1931 y 29 de octubre de 1962); lo cierto es que esta clase de negocios jurídicos garantizados con hipoteca constituyen un acto preparatorio encaminado a la satisfacción de una deuda, que, como tal, encaja en la esfera del *ius disponendi*, que al llevarse a efecto dentro del plazo de retroacción no puede realizar el quebrado por hallarse incurso en la prohibición de dicho precepto (Sentencias de 2 de diciembre de 1890 y 22 de febrero de 1963).

Habiéndose presentado en el Registro de la Propiedad la escritura de constitución de hipoteca, en torno a la cual gira el presente proceso—el 3 de febrero de 1970, día que debe tenerse en cuenta—, conforme al artículo 24 de la Ley Hipotecaria, y presentando la inscripción de dicho contrato (*2 sic*) en nuestro ordenamiento jurídico un carácter constitutivo y no meramente formulario, a tenor de lo prevenido en los artículos 1.875 del Código civil y 145 de la ley antes citada (Sentencias de 28 de junio de 1930 y 12 de enero de 1943), es indudable que frente a terceros, como son los acreedores del quebrado, sus efectos se hallan comprendidos en el

número 4.º del artículo 880 del Código de Comercio, por haberse acordado la declaración de la quiebra el 16 de febrero del mismo año. Además, si se estimase que la referida escritura vinculaba a los actuales litigantes desde el instante de su otorgamiento, éste se hallaría comprendido dentro del plazo de retroacción fijado por el párrafo segundo del artículo 878 del Código mercantil, y su nulidad habría de decretarse como se indicó en la Sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 1890.

S. DE F.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA DEFENSA DEL PAISAJE. LA ORDENACION ESPECIAL DEL PINAR DE ABANTOS (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1975).

I. ANTECEDENTES

1. El 13 de julio de 1970, la Dirección General de Bellas Artes aprobó el proyecto para la construcción de apartamentos en San Lorenzo de El Escorial (paseo del Conde de Aranda).

2. La «Asociación de Propietarios y Amigos del Pinar de Abantos» interpuso recurso de alzada contra dicho acuerdo, que fue desestimado por Orden ministerial de 12 de abril de 1971.

3. Contra la Orden ministerial y la desestimación del recurso de reposición, que se interpuso con carácter potestativo, se interpuso recurso contencioso-administrativo.

4. En el proceso administrativo, el Abogado del Estado planteó la cuestión de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación activa.

5. La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1975 desestimó la alegación de inadmisibilidad y estimó el recurso contencioso-administrativo.

II. LA SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1975

Esta sentencia, de que fue ponente Rafael Mendizábal Allende, establece la siguiente doctrina (considerandos primero a tercero):

«Considerando que este Tribunal Supremo ha dicho en ocasiones anteriores que la *legitimación activa* se configura como una relación inmediata entre el objeto de la pretensión (acto administrativo) y quien la ejerce, según sus propias alegaciones, de tal forma que la anulación de aquél produzca automáticamente un efecto positivo o negativo, beneficioso o perjudicial, actual o futuro, pero cierto, para el demandante (Sentencias de 8 de diciembre de 1974, 23 de enero y 21 de junio de 1975), y esa conexión se produce en el presente caso, ya que la 'Asociación de Propietarios y Amigos del Pinar de Abantos' impugna la construcción de ciertas edificaciones, que, en su opinión, acertada o errónea (y comprobarlo constituye el núcleo sustantivo del presente enjuiciamiento, no un presupuesto procesal), afectan desfavorablemente a la zona, para cuya defensa surgió la 'Asociación', como refleja el apartado A) del artículo 4.º de sus Estatutos, aprobados mediante Resolución gubernativa de 20 de

diciembre de 1943, fin social que en virtud del principio de especialidad inherente a las personas jurídicas sirve de soporte suficiente al interés directo aludido en el apartado a) del artículo 28 de la ley reguladora de esta jurisdicción (y en el 23 de la de Procedimiento Administrativo), volatilizando simultáneamente la consistencia de los razonamientos de la decisión administrativa combatida y de la correlativa causa de inadmisibilidad que planteó el Abogado del Estado, sin que en este aspecto extrínseco ofrezca trascendencia alguna la situación exacta de los edificios, dentro o fuera del sector protegido, pues en cualquiera de ambos casos podrían alterar la configuración general del paisaje de esta zona; conclusión que, en definitiva, coincide con la adoptada en la Sentencia de 21 de marzo de 1969, donde se acepta la presencia de la misma 'Asociación', en calidad de coadyuvante, para una actuación análoga.

Considerando que, por otra parte, y ahora ya en el enjuiciamiento de las cuestiones sustantivas que constituyen el objeto de este proceso, resulta evidente el error de hecho en el cual incurre la Orden ministerial de 7 de diciembre de 1971, resolutoria de la reposición contra otra anterior de 12 de abril, que, a su vez, desestimaba la alzada contra el acuerdo de la Dirección General de Bellas Artes de 13 de julio de 1970, pues los terrenos sobre los que se pretende edificar se encuentran situados en el paseo del Conde de Aranda, pero en la acera correspondiente al monte, como pone de relieve el croquis utilizado en la misma propaganda comercial de la Sociedad promotora, circunstancia además no controvertida, aun cuando sí mencionada con extraordinaria ambigüedad en la 'Memoria' del Arquitecto, donde se alude a su localización en la 'zona urbana', verdad a medias y, a causa de ello, afirmación que no refleja la exacta situación del predio de los señores Herranz o antiguas cocheras dentro del perímetro definido en el Decreto número 2418/1961, de 16 de noviembre, para el Pinar de Abantos, al declararlo paraje pintoresco de interés nacional, como reconoció en su oficio de 30 de julio de 1970 el propio Delegado Local de Bellas Artes, en cuya opinión, 'la finca a que se refiere el proyecto formulado por el Arquitecto señor... radica dentro de la zona bajo protección estatal incluida en la Ordenación Especial del Pinar de Abantos, y además así figura en los correspondientes planos', circunstancia que—en definitiva—sirve para justificar precisamente la intervención preventiva, mediante el mecanismo de las autorizaciones de la Dirección General y del Ministerio de Educación y Ciencia, que en otro caso carecerían de fundamento y, en consecuencia, de sentido.

Considerando que sobre tal solar se pretende construir dos edificios para apartamentos, ambos con una altura de 11 metros y 40 centímetros, cuatro plantas, cubierta de teja curva y las demás características que anaparecen recogidas en la Memoria descriptiva y los planos correspondientes e incluso reflejadas en los diseños publicitarios editados por la Sociedad promotora, cuyo proyecto contraría las directrices cuantitativas y cualitativas de la Ordenanza reguladora de la zona, promulgada mediante la Orden ministerial de 8 de junio de 1965 para la efectividad de la declaración de paraje pintoresco, donde se prohíbe la edificación destinada a plantas por pisos o apartamentos, así como la existencia de más de una vivienda por finca (núm. 12); se limita el volumen edificable en función de la superficie (la cuarta parte del terreno) y del número de visos (dos, aun cuando excepcionalmente se pueda permitir un sótano o semisótano más otro superior abuhardillado con mansardas), según la regla 5.ª, y se establece la pizarra como componente exclusivo de los tejados, con prohibición expresa de la teja (7.ª), además de aquellas otras normas donde se determinan la unidad mínima (2.ª), la separación entre construcciones (4.ª) y el estilo general (6.ª), por lo cual las infracciones señaladas más arriba hubieran debido justificar que la Dirección General

de Bellas Artes denegara el permiso correspondiente, a tenor de la regla 13.^a, y, en consecuencia, sirven de fundamento para declarar ahora la insoslayable nulidad de la aprobación del proyecto, así como de los actos administrativos posteriores, confirmatorios de la autorización manifiestamente improcedente, más insólita si se tiene en cuenta que en el Arquitecto concurría la condición de técnico al servicio de la tantas veces mencionada Dirección General.»

III. COMENTARIO

1. *La legitimación activa*

Hay que reconocer a la jurisprudencia del Tribunal Supremo—y muy especialmente de su Sala Tercera—el mérito de haber delimitado uno de los conceptos acerca de los que existía mayor confusión en la doctrina administrativa: el de legitimación procesal. Lo que en buena parte de la doctrina aparecía rodeado de la más absoluta imprecisión, aparece claro y diáfano en la jurisprudencia más reciente.

Un ejemplo de esta depurada doctrina jurisprudencial es el primer considerando de esta sentencia y de las sentencias que en el mismo se citan.

La legitimación activa se configura como una relación inmediata entre el objeto de la pretensión y quien la ejerce, de tal forma que la anulación del acto produzca un efecto positivo o negativo.

La sentencia pone especial cuidado en delimitar la cuestión de fondo de la procesal (legitimación). Al impugnar la aprobación de un determinado proyecto de construcción, el problema de fondo consistirá en determinar si esa aprobación es o no conforme con el Ordenamiento jurídico. La cuestión procesal, si la concreta persona que demanda la anulación de dicha aprobación obtendrá o no un beneficio de la anulación pretendida.

Así planteada la cuestión, la sentencia no duda en reconocer legitimación activa a una Asociación constituida para defender precisamente, entre otros fines, el paisaje de ese Pinar de Abantos, contra el que se supone atenta el acto objeto de recurso.

2. *La defensa del paisaje*

a) La defensa del paisaje constituye hoy uno de los objetivos básicos de todas las Administraciones. El hombre se ha dado cuenta—aunque tarde—de que la utilización que ha hecho de la tierra no ha sido, ni mucho menos, la más racional (1). Ante los brutales atentados que a diario se consuman contra el medio ambiente, el problema de su protección se plantea con carácter acuciante (2). Y en los distintos Ordenamientos aparecen normas sobre protección de la Naturaleza.

b) El Ordenamiento español no constituye una excepción. Y arbitra una serie de procedimientos jurídicos para hacer efectiva la protección del paisaje, uno de los cuales es precisamente el plan especial previsto en el artículo 60 de la Ley del Suelo (3).

d) Entre los procedimientos que prevé nuestro Ordenamiento jurídico pueden citarse los siguientes:

— La defensa del paisaje, como aspecto de la protección del patrimonio histórico-artístico.

(1) WAGNER: *El uso humano de la tierra*, Madrid, 1974, pág. 19.

(2) Asistimos a una «escalada» espectacular del tema. Así, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ *El medio ambiente urbano*, Madrid, 1973, pág. 12, MOLA *La defensa del medio humano* Madrid, 1972.

(3) L. MARTÍN-RETORTILLO, en «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», *RAP*, núm. 71, páginas 423 y sigs.

- La defensa del paisaje, como aspecto de la ordenación turística.
- El sistema de las reservas nacionales de caza.
- El sistema de parques nacionales.
- Espacios naturales protegidos.

Como procedimientos especiales en el Ordenamiento urbanístico pueden señalarse el artículo 60, apartado b), de la Ley del Suelo y la posibilidad de planes especiales.

3. El artículo 60, b), de la Ley del Suelo

El artículo 60, b), dispone: «En los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo; en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos o tradicionales, y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, masa, altura de los edificios, muros y cierres o la instalación de otros elementos limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, romper la armonía del paisaje o desfigurar la perspectiva propia del mismo.»

a) Aparte de las normas jurídicas de carácter general sobre protección del patrimonio artístico y del paisaje, y de los planes especiales que pueden aprobarse con aquella finalidad, la Ley del Suelo contiene una norma directamente aplicable con aquella finalidad. De este modo, aun cuando no se hubiesen tenido en cuenta estos fines al elaborar los planes generales o especiales respectivos, existen unas normas con jerarquía de ley que integran el Ordenamiento jurídico, que permitirán la reacción contra los actos que las contravengan, a través de los distintos medios de impugnación.

b) El artículo 60, como tal norma legal, obliga a todos—Administración pública y particulares—, sin necesidad de desarrollo por ninguna clase de disposición o acto. No hace falta que se adopte medida alguna para que tenga plena eficacia. Lo que en él se previene es directamente obligatorio.

c) En consecuencia, si se levantase alguna construcción o instalación que contraviniese lo dispuesto en este artículo estaríamos ante un acto ilegal, con las consecuencias que ello comporta, esto es:

a') La nulidad de los actos de Derecho común. Así lo impone el artículo 4, apartado 3.º, del Código civil.

b') La anulabilidad de los actos administrativos (art. 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Por tanto, si se hubiera otorgado una autorización, licencia o permiso que legitimara una actuación material que infringiera la norma del artículo 60 de la Ley del Suelo, tal acto administrativo infringiría el Ordenamiento jurídico. *Aun cuando se ajustase al plan que estuviera vigente, aunque no infringiese la Ordenación urbana concretamente aplicable, sería inválido.* Porque el artículo 60 es aplicable directamente, además de la ordenación urbana que pueda estar vigente en una zona.

De tal modo que dicho acto puede ser objeto de impugnación por todos los medios legales, incluso por la acción pública, que admite el artículo 223 de la Ley del Suelo, ya que sería un acto que contravenía «la legislación urbanística»—que es uno de los supuestos en que se admite esta acción.

d) El fundamento de este precepto es incuestionable. Ante el desprecio más absoluto por la Naturaleza y los derechos ajenos que caracteriza al administrado—al español y al no español—, ante la pasividad e irresponsabilidad—cuando no connivencia o algo peor—de los titulares de los órganos administrativos, es necesario consagrar en norma con jerarquía

de ley estos elementales preceptos, que permitan acudir a los Tribunales, como guardianes de la justicia y de la ley.

Cuando para remediar los problemas todo lo hacemos depender de una intervención de la Administración pública y hasta se articula la de la Administración corporativa, es necesario volver a algo tan elemental como la ley y los Jueces. Porque aquí reside, en definitiva, la única y auténtica defensa de la libertad y la justicia.

Mejor que todos los planes y las autoridades administrativas y corporativas son leyes claras y terminantes, que sancionen el respeto debido a los principios más elementales. De este modo poco importa que se aprueben unos planes consecuentes o no con aquella finalidad; poco importa que una autoridad local conceda una licencia al cacique o a la persona influyente. Pues existe una norma con jerarquía de ley que se impondrá por encima de cualquier acción administrativa o corporativa y permitirá al ciudadano acudir a un Juez en demanda de que se respete el Derecho.

Preceptos tan claros y terminantes como el contenido en este artículo 60 harían innecesarios buen número de planes y de controles.

4. Planes de ordenación especiales

Por último, está la posibilidad de planes especiales—como los previstos en el artículo 15—, cuya finalidad es «la protección del paisaje para conservar determinados lugares o perspectivas del territorio nacional».

Existe, por tanto, la posibilidad de un plan de ordenación territorial, sometido al régimen jurídico de la Ley del Suelo, con esa finalidad.

Pero aparte de estos planes especiales sometidos al régimen urbanístico existen los que permite la legislación sobre el patrimonio histórico-artístico. El artículo 3 de la Ley de 13 de mayo de 1933 encomendaba a la Dirección General de Bellas Artes (hoy Dirección General del Patrimonio Histórico y Artístico) «cuanto atañe a la defensa, conservación y acrecentamiento del patrimonio histórico-artístico nacional». «Para lo cual—añade—cuidará: de la inclusión en el *Catálogo de Monumentos Histórico-Artísticos* de cuantos edificios lo merezcan, como asimismo de los conjuntos urbanos y de los paisajes pintorescos que deban ser preservados de destrucciones o reformas perjudiciales...» (4).

5. La ordenación especial del Pinar de Abantos

El Pinar de Abantos fue objeto de declaración de paisaje pintoresco de interés nacional por Decreto 2418/1961, de 16 de noviembre. Y por Orden ministerial de 8 de junio de 1965 se aprobó su ordenación especial.

La sentencia de que hoy damos noticia, aplicando correctamente esta ordenación, anula unos acuerdos dictados con infracción de la misma, dándose el caso insólito—dice el tercer considerando, *in fine*—de que en el Arquitecto autor del proyecto «concurría la condición de técnico al servicio de la mencionada Dirección General».

IV. CONCLUSIÓN

Estamos en presencia de una sentencia más de las que hace unos años viene dictando la Sala Tercera del Tribunal Supremo y que constituye jalón decisivo a la estructuración de nuestro Ordenamiento jurídico administrativo.

J. G. P.

(4) ALOMAR, en «Defensa del patrimonio histórico artístico», en *Problemas del urbanismo moderno*, Madrid, 1967, pág. 115, considera uno de los valores que integran el patrimonio histórico-artístico las «áreas geográficas de interés estético-natural».

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

POR JESÚS ALVAREZ BELTRÁN

MODIFICACION DE LA LIQUIDACION CAUCIONAL MEDIANTE NUEVA FIJACION DE SU BASE IMPONIBLE, EN LOS CASOS EN QUE NO PROCEDA CONVERTIRSE EN DEFINITIVA LA EXENCION PROVISIONAL POR NO DEDICARSE AL FIN DE CONSTRUCCION DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL LAS FINCAS TRANSMITIDAS (RESOLUCIÓN DEL T. E. A. C. DE 5 DE ABRIL DE 1973).

Con fecha 18 de noviembre de 1970 se presentó en la Oficina Liquidadora competente escritura de compraventa otorgada el 14 de noviembre de 1970, en virtud de la cual don Pedro Calderón de la Barca y su esposa, como nudos propietarios, y doña Asunción Pérez Calvo, como usufructuaria, transmitieron a «Luis Gutiérrez y Hermanos, S. L.», una finca urbana, manifestando la Sociedad compradora que iba a destinar la finca adquirida a la construcción de viviendas de protección oficial. Por la Oficina gestora se procedió a practicar liquidación caucional sobre una base imponible de 1.019.200 pesetas, consignándose en nota puesta en el documento que quedaba afecto el solar al pago de 77.964 pesetas, importe de la liquidación que pudiera practicarse, y girándose liquidación número 6.165 por el concepto de Transmisiones Patrimoniales.

Posteriormente, el 25 de octubre de 1972 se presentó de nuevo a liquidación la mencionada escritura, con el objeto de que se liquidara la transmisión realizada en su día, en razón de que no se iban a construir las viviendas de protección oficial. Entonces por la Oficina gestora se giró la liquidación número 6.032 sobre una base de 3.310.320 pesetas, valor asignado al solar por el Servicio de Valoración Urbana.

Contra dicha liquidación se interpuso por la Sociedad compradora reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, alegando que no habiéndose obtenido autorización del Ayuntamiento para la construcción de las viviendas reseñadas procedía girar la liquidación practicada en su día, pero no revisar la comprobación y fijar un nuevo valor para los bienes transmitidos, acompañando fotocopia de la denegación de la licencia de obras.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación y confirmó la liquidación impugnada, con fundamento en que la liquidación caucional tiene el carácter de documento de uso interno de la Oficina gestora y no supone que la base expresada sea la que responda al verdadero valor de

los bienes transmitidos, puesto que en tales casos, y en razón de que el impuesto no ha de girarse, indica que tal base imponible asignada en esa liquidación caucional no determina cuál sea el verdadero valor de los bienes en el momento de la transmisión.

Interpuesto recurso de alzada ante el Tribunal Central, éste acordó revocar la resolución impugnada con base en lo siguiente:

Considerando que, según lo preceptuado en los artículos 15, 2.º, del vigente Texto Refundido de la Ley del Impuesto y 74, 2.º, de la Ley General Tributaria, siempre que la ley conceda un beneficio de exención o bonificación, la Oficina Liquidadora hará figurar en la nota en que el beneficio fiscal se haga constar el total importe de la liquidación que hubiera debido girarse de no mediar la exención o reducción concedida, por lo que la base imponible de la liquidación caucional practicada—y reflejada ésta en la nota correspondiente—goza de la presunción de legalidad, conforme a lo preceptuado en el artículo 8 de la Ley General Tributaria, sin que la base de la liquidación practicada pueda ser modificada cuando se acredite que por no concurrir los requisitos a que se condiciona la exención anteriormente reconocida ésta deba quedar sin efecto... dado que la práctica de tal liquidación es imperativa... y, por tanto, la base imponible en ella consignada ha de respetarse, sin perjuicio, claro es, del ejercicio de revisión de aquélla o del expediente de comprobación por el que se determinó, pero siempre con estricta sujeción a los preceptos legales y reglamentarios que permiten el ejercicio de la acción revisora..., aunque pueda modificarse aquella liquidación respecto a la sanción por demora en la presentación del documento de nuevo para su liquidación si concurren los requisitos legales precisos para la imposición de aquélla y la exigencia del interés de demora correspondiente.

COMENTARIO.—El comentario que sugiere esta resolución debe poner de relieve, a nuestro juicio, los siguientes puntos: I. ¿Cabe comprobar de nuevo cuándo la exención provisional no llega a ser definitiva? II. ¿Es posible la revisión de la comprobación realizada en su día? III. La liquidación exigible y determinada en su día, ¿puede ser incrementada con otros conceptos?

I. A la primera pregunta nos dice la Resolución de 5 de abril de 1973, con apoyo en los artículos 15, 2.º, de la Ley del Impuesto y 8 y 74, 2.º, de la Ley General Tributaria, que no cabe realizar una nueva comprobación. Esta doctrina nos parece correcta teniendo en cuenta la serie de argumentos que se extraen de los preceptos legales que cita la resolución y de otros que se derivan de los principios que rigen el Impuesto de Transmisiones, pues cuando el documento comprensivo de la transmisión se presenta solicitando la exención, se inicia el proceso liquidatorio, dentro del cual, y como uno de sus trámites, habrá de procederse a determinar la base imponible mediante la oportuna comprobación de valores, cuyo resultado deberá ser notificado al interesado. Una vez firme la base impositiva, la aplicación a la misma del tipo de tributación correspondiente determina la cuota del Tesoro, de la cual se parte para la fijación de los conceptos suplementarios, que unidos a aquella cuota arrojan el total de la liquidación a ingresar por el contribuyente. Y es precisamente ese total de la liquidación el que, por imperativo de los artículos 15, 2.º, y 74, 2.º, antes citados, debe hacerse constar en el documento, cuando la liquidación no es inmediatamente exigible, por mediar una exención condicionada al cumplimiento de ulteriores requisitos, como sucede cuando se adquieren fincas con manifestación de que se van a destinar a construir viviendas de protección oficial (art. 65, 1.º y 28.º, de la Ley del Impuesto). Todo el proceso liquidatorio referido goza de la presunción de legalidad, que establece el artículo 8 de la Ley General Tributaria, presunción que

actúa tanto en favor de la Administración como del contribuyente. Por tanto, si debe hacerse constar el importe total de la liquidación que de no mediar la exención habría de ingresarse, ello presupone una comprobación de valores definitiva, comprobación que no puede diferirse para un momento ulterior.

Pero es que, además, es un principio fiscal, plasmado en el artículo 8 de la Ley del Impuesto, que éste recaee sobre el verdadero valor que los bienes tuviesen el día en que se celebró el contrato sujeto, salvo lo dispuesto en el artículo 9, con referencia a condiciones suspensivas, pues en este último caso la adquisición se entiende realizada cuando la condición se cumple, y a esa fecha hay que atenerse para fijar el valor de los bienes. Sin embargo, en el caso de adquisición de terrenos para construir viviendas de protección oficial, lo normal no es que nos encontremos ante una adquisición bajo condición suspensiva, sino ante una adquisición en la que el adquirente manifiesta una intención simplemente. Por eso, la exención se concede con carácter provisional, y es la exención la que está condicionada, no la adquisición, que, como pura, debe sujetarse en un todo a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley del Impuesto y a las demás normas que rigen el proceso liquidatorio.

II. Todo lo anterior no es obstáculo para que la comprobación realizada pueda ser objeto de revisión o ampliación. Así lo confirma la resolución que nos ocupa. Pero, eso sí, el ejercicio de la acción revisora debe ajustarse a las normas que regulan la revisión de los expedientes de comprobación; revisión que exige acuerdo del órgano competente, hoy la Dirección de lo Contencioso en todo caso, según resulta de la Resolución del T. E. A. C. de 8 de febrero de 1973, cuyo acuerdo debe tomarse y notificarse en tanto no haya prescrito la acción de revisión, por el transcurso del plazo que señalan los artículos 117, 4.º, y 132 de la Ley del Impuesto, en relación con el artículo 64 de la Ley General Tributaria, que amplían a cinco o a diez años, según se trate de transmisiones o sucesiones, el plazo de dos años anteriormente establecido en los artículos 82 y 141 del Reglamento del Impuesto de 1959.

III. La exención en el caso de adquisición de terrenos queda sin efecto—según el artículo 65, 1.º y 28.º, de la Ley del Impuesto—si transcurren tres años a partir de su reconocimiento sin que se obtenga la calificación provisional. La consecuencia natural de ello es que debe pagarse la liquidación fijada en su día. Pero, además, como pone de relieve la resolución que comentamos, puede modificarse aquella liquidación respecto a la sanción por demora en la presentación del documento de nuevo para su liquidación si concurren los requisitos legales precisos para la imposición de aquella y la exigencia del interés de demora correspondiente.

Con relación al concepto interés de demora parece que, en todo caso, debe ser abonado al pagar la liquidación correspondiente, computándose desde el día en que se declaró la exención provisional. Un apoyo legal para ello lo encontramos en los artículos 99 y 148 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1968, que, aunque se refieren a los supuestos de descalificación, creemos deben aplicarse al caso. Sin embargo, y con referencia de la anterior legislación a la ahora vigente, BAS Y RIVAS (1) opinaba que no procedía exigir multa ni intereses de demora siempre que el documento se presentase en la Oficina Liquidadora dentro de los treinta días siguientes a partir del acto que motiva la pérdida de la exención. En su criterio, ése es el espíritu del párrafo segundo de la novena disposición transitoria de la Ley del Impuesto de 21 de marzo de 1958 para casos análogos.

Pero es el concepto de multa el que motiva mayores dificultades y ha dado lugar a diversidad de opiniones, ante la ausencia de un pre-

(1) BAS Y RIVAS: *Impuestos de Derechos reales y sobre transmisiones de bienes*, vol. I, pág. 175.

cepto claro que resuelva la cuestión. La resolución que comentamos habla de sanción por demora en la presentación del documento de nuevo para su liquidación si concurren los requisitos legales precisos para la imposición de aquélla. De ello deducimos que no siempre procede la imposición de multa, sino tan sólo cuando concurren los requisitos legales. Y cuando concurren el problema consiste en saber el *quantum* de la multa, como dice BENÍTEZ DE LUGO (2).

Lo que no se discute es que el documento debe presentarse de nuevo en la Oficina Liquidadora dentro del plazo de treinta días a partir del siguiente al momento en que se produce la pérdida de la exención. Si se cumple con dicha presentación estimamos que al contribuyente debe exigírsele únicamente la liquidación concretada en su día, incrementada con el interés de demora correspondiente. En cambio, si no se efectúa dentro de dicho plazo la nueva presentación, entonces concurren los requisitos legales para la imposición de la multa. Centrado así el problema, la cuestión ahora se reduce a determinar si esa falta de nueva presentación dentro del indicado plazo constituye una infracción del artículo 115, 2.º, o del artículo 115, 5.º, de la vigente Ley del Impuesto. En el primer supuesto, la multa sería del 20, 30 ó 50 por 100, según los casos; en el segundo supuesto, la multa sería del 10 por 100, por entender que hay simplemente un ingreso fuera de plazo.

Con BENÍTEZ DE LUGO entendemos que en estos casos no puede hablarse de ingreso fuera de plazo no sólo porque, como dice el citado autor, este tipo de multa exige como presupuesto básico la existencia de la obligación de ingreso, inexistente durante la vigencia de la exención provisional, sino porque antes de pagar hay que liquidar y notificar la liquidación, lo cual presupone el deber del contribuyente de presentar el documento.

La pérdida de la exención puede venir motivada por dos causas fundamentalmente: A) El adquirente no llega a obtener la calificación provisional. B) El adquirente transmite, a su vez, el terreno adquirido.

En el primer caso, el plazo de treinta días se cuenta desde el siguiente a aquel en que se cumplen los tres años de vigencia de la exención. En el segundo caso, desde el día siguiente al que se verificó la nueva transmisión. La presentación fuera de dicho plazo, sea voluntaria o a virtud de requerimiento de la Oficina Liquidadora, dará lugar a la imposición de la multa prevista en el artículo 115, 2.º, en las cuantías antes reseñadas. Puede suscitar dudas la aplicación de la multa del 100 por 100 en caso de negativa infundada del contribuyente a la presentación. BENÍTEZ DE LUGO estima que es procedente su imposición, lo cual, a nuestro modo de ver, va contra lo dicho por la Resolución de 18 de noviembre de 1941, según la cual no es procedente una multa del 100 por 100 cuando la Administración no obtiene por sí todos los datos necesarios para liquidar porque, en virtud de documentos anteriormente liquidados, tiene conocimiento de alguno de ellos. Y este es, en definitiva, el criterio que pudiéramos llamar oficial, plasmado en la Circular número 1 de 1972 de la Dirección General de lo Contencioso, apartado II c.

HIJO ADOPTIVO HEREDERO. FECHA DE LA ADOPCION. NUMERO DE LA TARIFA APLICABLE. DERECHO TRANSITORIO (RESOLUCIÓN DEL T. E. A. C. DE 12 DE ABRIL DE 1973).

El 4 de febrero de 1970 falleció doña Mercedes Villacampa y Aparicio, en estado de viuda de don César Vallejo Arangüena, sin descendencia,

(2) BENÍTEZ DE LUGO «Beneficios en el Impuesto General sobre las Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de las Urbanizaciones y Construcciones», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, marzo-abril 1968, núm. 74, págs. 407 y sigs.

bajo testamento autorizado el 21 de mayo de 1953, en el cual instituyó por su único y universal heredero a su citado esposo—institución que quedó sin efecto por premoriencia—, y después de disponer que los bienes que procedentes de la testadora continúen en poder del heredero a su fallecimiento por no haber dispuesto de ellos por acto *inter vivos*—hipótesis que por el expresado motivo no ha podido realizarse—pasarían a su hijo adoptivo, don Antonio Vallejo Villacampa, nombró a éste heredero sustituto para el caso, que se ha producido, de premoriencia de su nombrado esposo.

Presentada en la Oficina Liquidadora competente la relación de bienes y documentación complementaria de dicha herencia, se giró la liquidación del Impuesto de Sucesiones por un total a ingresar de 1.791.104 pesetas, reclamada en vía económico-administrativa por el contribuyente ante el Tribunal Provincial, alegando que era adoptado en adopción plena por los difuntos esposos don César y doña Mercedes, con arreglo al artículo 178 del Código civil—la escritura de adopción fue autorizada el 21 de mayo de 1953—; que estimaba que es de aplicación el artículo 41 del Texto Refundido del Impuesto y no la disposición transitoria cuarta, y, por tanto, el número 2 de la Tarifa, invocando en apoyo de su pretensión la disposición transitoria primera por haber fallecido la causante después del 1 de julio de 1964. Desestimado el recurso acudió en alzada ante el Tribunal Central, insistiendo en que su adopción encaja en las características de la adopción plena, ya que ostenta los apellidos de los adoptantes y fue instituido por ellos único y universal heredero, y en que debe aplicarse el número 2 de la Tarifa en lugar del número 3.

El Tribunal Central confirma íntegramente la resolución impugnada diciendo:

Considerando que consta en el expediente, y no ha sido discutido, que la escritura pública de adopción se otorgó el 21 de mayo de 1953, y que la disposición transitoria cuarta del vigente Texto Refundido de la Ley y Tarifas del Impuesto sobre las Sucesiones de 6 de abril de 1967 dice literalmente: «Será de aplicación el número 3 . . . a los ascendientes y descendientes por adopción, cualquiera que sea la edad que tuviesen estos últimos al tiempo de otorgarse la escritura pública de adopción, cuando la fecha de ésta sea anterior a 1 de abril de 1945 . . . Los mismos números de la Tarifa serán de aplicación a las adopciones realizadas antes de la entrada en vigor de la Ley de 24 de abril de 1958, así como aquéllas en las que el adoptado fuese menor de treinta años al tiempo de otorgarse la escritura de adopción y la fecha de ésta anterior al 1 de julio de 1964.»

Considerando que no puede admitirse, como se ha argüido en este recurso, que no es aplicable la disposición transitoria cuarta, sino la primera del Texto Refundido vigente, por haberse causado la herencia a partir de 1 de julio de 1964, tesis que supondría desconocer el clarísimo alcance de una y otra disposición, general la primera, y especial la cuarta, cuyos términos, tajantes y concretos, no dejan resquicio a la duda en este punto...

COMENTARIO.—La adopción, como es sabido, origina un tipo de parentesco, que por lo mismo ha de tener una trascendencia en el Impuesto de Sucesiones, dado que en dicho impuesto los tipos de gravamen vienen determinados por el vínculo parental que une al causante con su sucesor. Pero ello, en las Tarifas que han regido los tipos impositivos de las sucesiones, la adopción ha tenido hasta tiempos recientes un número propio, que era el 32, y que se aplicaba sin ninguna exigencia especial por parte de la Hacienda hasta la Ley de 17 de marzo de 1945, que empezó a regir el 1 de abril siguiente, y conforme a la cual para que la adopción fuera apreciada fiscalmente era necesario que el adoptado al tiempo de

la adopción fuera menor de treinta años. Como fiscalmente la adopción puede ser el instrumento jurídico que sirva para burlar la aplicación de los altos tipos impositivos que gravan las transmisiones hereditarias entre colaterales y extraños, la Ley de 1945 introdujo esa exigencia, que venía a limitar el concepto fiscal de la adopción.

La evolución de la regulación civil de la adopción es muy conocida. En un principio, el Código civil reguló una adopción única, en la que el hijo adoptivo no tenía más derechos sucesorios que los que expresamente se hubieran estipulado en la escritura de adopción. La Ley de 24 de abril de 1958 introdujo en la regulación de la adopción importantes novedades, distinguiendo dos clases de adopción: la plena y la menos plena, y aclarando problemas que se suscitaban con la legalidad anterior vino a establecer que los derechos del adoptado en la herencia del adoptante y establecidos en la escritura de adopción son irrevocables y surtirán efectos aunque éste muera intestado, no pudiendo exceder el pacto sucesorio de los 2/3 de la herencia del adoptante y sin perjuicio de los derechos legítimos reservados por la ley a favor de otras personas. Pero aparte de ello, y con referencia a la adopción plena, la reforma de 1958 dispuso que el adoptado plenamente tiene en la sucesión del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido. Con posterioridad, la Ley de 4 de julio de 1970 retoca y modifica la regulación civil de la adopción, distinguiendo dos clases de ésta: la plena y la simple, que se corresponden con las anteriormente denominadas plena y menos plena, ocupando el adoptado plenamente en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, con las particularidades que contiene el artículo 179, y el adoptado simplemente ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos naturales reconocidos, según el artículo 180.

El tratamiento fiscal de la adopción ha tenido también una evolución, que esquemáticamente expuesta es como sigue: Hasta la entrada en vigor de la citada Ley de 1945—1 de abril de 1945—, la sucesión a favor del hijo adoptivo no tenía en el impuesto ninguna limitación. Se le aplicaba el número 32 de la Tarifa vigente en cada momento. A partir del 1 de abril de 1945, sólo se tomaba en consideración la adopción cuando el adoptado, al tiempo de la misma, tenía menos de treinta años, en cuyo caso se le aplicaba el número 32, pues en otro caso la adopción era ineficaz fiscalmente y no procedía estimarla. Vino luego la reforma tributaria de 11 de junio de 1964, la cual, en el artículo 133, 13.º y 14.º, tuvo en cuenta, como era natural, las dos clases de adopción que regulaba el Código civil a partir de la reforma de 1958. Y estableció para los hijos adoptados plenamente la aplicación del número 2 de la Tarifa sin exigencia de edad especial, y para los adoptados menos plenamente, cuando éstos tuvieran menos de veintiún años al tiempo de otorgarse la escritura de adopción, la aplicación del número 3. Es decir, los adoptados plenamente se equipararon fiscalmente a los ascendientes legítimos, con lo que resultaron mejorados. En cambio, los adoptados menos plenamente fueron equiparados a los ascendientes y descendientes por afinidad, con lo que resultaban peor tratados que con anterioridad. Las cuestiones de Derecho transitorio fueron tratadas por la Ley de Reforma Tributaria en su artículo 184, regla 5.ª, distinguiendo entre adopciones de fecha anterior a 1 de abril de 1945—a las que se aplica el número 3 cualquiera que fuese la edad que tuviera el adoptado—y adopciones de fecha anterior al 1 de julio de 1964—a las que, según la norma transitoria, se les aplica también el número 3 cuando el adoptado fuese menor de treinta años al tiempo de la adopción—. Esto es lo que dice la norma 5.ª del citado artículo 184, que, a nuestro juicio, debe concordarse con el artículo 133, 13.º, pues si se trata de una adopción plena anterior al 1 de julio de 1964 y con sucesión causada después de esa fecha no procede aplicar el número 3, como dice la repetida norma 5.ª, sino el número 2, como dice el artículo 133, 13.º

La Oficina Liquidadora procedió a practicar con carácter provisional la liquidación número 67.332 por el concepto de transmisiones, número 1 de la Tarifa, al 7,40 por 100 sobre la base de 25.000 pesetas, a cargo de los dos compradores, y posteriormente, previo expediente de comprobación de valores, en el que se señaló como valor comprobado el de 528.000 pesetas para el local que había de recibir «Auto Res», la citada Oficina giró las liquidaciones siguientes: 1) la número 87.121, a cargo de los compra-

dores, por título de permuta, al 7,40 por 100 sobre una base de 503.000 pesetas, y 2) la número 87.122, por el mismo título de permuta y tipo, sobre la base de 528.000 pesetas, a cargo de «Auto Res». Ambas liquidaciones fueron notificadas a los interesados.

«Auto Res» entabló ante el Tribunal Provincial la oportuna reclamación contra las dos últimas liquidaciones, alegando que los compradores de la finca, para dar cumplimiento a lo estipulado en la escritura, habían solicitado la autorización para construir la edificación pactada, y el organismo competente, la Jefatura Provincial de Carreteras de Valladolid, en escrito que se acompañaba, denegó la autorización fundándose en la proximidad del terreno en cuestión con el cruce de las carreteras... Por lo cual, la Entidad recurrente estimaba que siendo imposible el cumplimiento de la contraprestación de entrega del local, esta circunstancia, no imputable a las partes, constituía causa de fuerza mayor que justificaba la anulación de las liquidaciones impugnadas. Pero, además, consideraba excesivo el valor asignado al terreno teniendo en cuenta los aprecio que a efectos de expropiación se habían atribuido al mismo, y suplicaba, en definitiva, se ordenara la anulación de las dos liquidaciones impugnadas.

El Tribunal Provincial dictó resolución desestimando íntegramente las pretensiones del reclamante por estimar que siendo el contrato de permuta un contrato consensual, perfeccionado en la fecha del otorgamiento de la escritura, a este momento hay que referir la procedencia del gravamen, sin que para ello sea obstáculo la circunstancia producida con posterioridad de la denegación administrativa invocada, y todo ello con independencia de que los contratantes puedan acudir al procedimiento señalado en el artículo 17 de la Ley del Impuesto; razonando asimismo la resolución que en orden a la base de la liquidación, la argumentación del recurrente se dirige a desvirtuar el valor comprobado señalado a la finca, a cargo no de «Auto Res», sino al de los compradores, por todo lo cual procedía desestimar sus pretensiones.

Entablado recurso de alzada por «Auto Res», el Tribunal Central lo desestima, confirmando íntegramente la resolución impugnada y declarando: 1) Que «Auto Res» no está legitimado para impugnar la liquidación número 87.121, girada a cargo de los adquirentes del terreno, ni el resultado de la comprobación de la que trae su origen, pues no es ni sujeto pasivo ni responsable del pago de dicha liquidación, ni está acreditado que sus legítimos y directos intereses resulten afectados por el citado acto administrativo. 2) Que el contrato celebrado entre «Auto Res» y los compradores no puede menos de entenderse que es un contrato de permuta perfecto, existente y eficaz, sin que la circunstancia del carácter futuro de la contraprestación, consistente en entregar una obra ejecutada, fuerce a variar la naturaleza del contrato, según tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de julio de 1962, por lo que tal negocio jurídico, desde el punto de vista fiscal, constituye el hecho imponible definido en el número 1 del artículo 54 de la Ley del Impuesto, liquidable conforme a la norma contenida en el artículo 86 de la misma. 3) Que la denegación de la autorización para edificar no puede, en términos jurídicos, entenderse como determinante de la inexistencia o nulidad radical del contrato celebrado, debiendo entenderse que aquella denegación, producida después de perfeccionado el contrato, no es sino una vicisitud surgida en la ejecución del mismo..., que en ningún caso genera *per se* v retroactivamente el efecto invocado de destruir la realidad del hecho imponible derivado de la perfección del repetido contrato. 4) Que la nulidad, rescisión o resolución de un acto o contrato sólo da lugar a la devolución de las cuotas satisfechas cuando aquéllas se declaran o reconocen judicial o administrativamente por resolución firme y se cumplan los demás requisitos del artículo 17 de la Ley del Impuesto.

COMENTARIO.—El primer punto a resaltar en el caso objeto de la presente resolución es el relativo a la calificación jurídico-fiscal del contrato celebrado entre las partes. Para ellas se trataba de una compraventa, en la que el precio iba a hacerse efectivo mediante la entrega de una nave o local, criterio que en un principio parece ser fue compartido por la Oficina gestora, al girar una sola liquidación, y a cargo de los adquirentes del terreno, sobre el valor declarado en el documento. Liquidación que, según consta en el resumen de hechos, tenía el carácter de provisional. Posteriormente, al practicarse la liquidación definitiva, la Oficina gestora modificó su calificación del hecho imponible, considerándolo como una permuta y girando las dos liquidaciones anteriormente referidas, cada una de las cuales sobre la base de un valor comprobado para la nave o local de 528.000 pesetas.

Todo esto nos plantea tres interesantes problemas, que pudieran enunciarse así: 1) Naturaleza del negocio concertado entre las partes contribuyentes. 2) Posibilidad de variar la calificación originaria hecha por el liquidador. 3) Base para liquidar las recíprocas prestaciones en las permutas.

En cuanto a lo primero, además de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1962 que se cita en la resolución, otra Sentencia del mismo Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1969, relativa a un caso de transmisión de solar a cambio de tres locales y tres viviendas en el edificio que acogido a la protección oficial debía construir el adquirente, confirmó la calificación de permuta que al acto le había dado la Oficina Liquidadora. Por otra parte, en la doctrina (1) se ha estudiado el fenómeno del cambio de suelo por vuelo, habiéndose ensayado en la práctica varias fórmulas jurídicas para su consecución, y fundamentalmente la siguiente: El dueño del terreno se desprende del dominio, que se transfiere desde un principio al constructor, a cambio de los pisos y locales que al concluir la edificación, a cuya ejecución se obliga éste, le ha de entregar dicho constructor. En tal caso nos encontramos ante una permuta de solar por cosa futura, sin que esta circunstancia, dice la Sentencia de 2 de diciembre de 1969, haga variar la naturaleza del contrato, ya que el objeto de la permuta existe sin necesidad de un nuevo convenio, y como no se trata, dice la misma sentencia, de una cosa futura de la que sólo se tenga la esperanza de que pueda llegar a existir, sino de una edificación cuya obligación de construir se asume en forma bien precisa y determinada, el contrato es válido, y «la transmisión de la propiedad es efectiva» desde la fecha del contrato; sólo él queda pendiente de su cumplimiento. Para nosotros se trata indudablemente de una permuta, pero no de una permuta pura. Aparte, claro está, de supeditarse la transmisión a una condición suspensiva o sujetarse ésta a una condición resolutoria, cuyas posibilidades son indiscutibles. MANUEL DE LA CÁMARA, EMILIO GARRIDO y ANTONIO SOTO han fijado con precisión la esencia de la figura que estudiamos y dicen que no se trata de una permuta pura, como no es una compraventa pura la que lleva a cabo el vendedor de un piso en proyecto o en construcción. En esta permuta, la contraprestación del constructor no es sólo entregar los pisos prometidos cuando estén construidos, sino también hacerlos. Por ello se trata de una permuta de solar por cosa futura con prestación subordinada de obra, y el problema fundamental a resolver consiste en determinar cuándo se produce la adquisición de los pisos por el transmitente del solar. Para los autores antes citados, y creo que su opinión es acertada, en tanto el piso es solamente un piso proyectado, el contrato surtirá únicamente efectos obligacionales. Según esto no cabe pensar en

(1) MANUEL DE LA CÁMARA, EMILIO GARRIDO y ANTONIO SOTO: «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la Propiedad Urbana», *Revista de Derecho Notarial*, tomo 64, páginas 145 y sigs.

una transmisión efectiva de la propiedad desde el momento de la celebración del contrato, criterio que, como hemos visto, sostiene la repetida Sentencia de 2 de diciembre de 1969. El contrato de permuta, como el de compraventa, no opera por sí solo la transmisión de la propiedad, ya que hace falta el requisito de la tradición (art. 609 del Código civil), tradición que en el contrato que motivó el recurso no existe ni siquiera en su forma instrumental (art. 1.462 del Código civil). Sin embargo, todo esto no debe llevarnos a la conclusión de que respecto de «Auto Res» no había surgido el hecho imponible ante la ausencia de una efectiva transmisión patrimonial, que constituye el presupuesto ineludible para sujetar algo al llamado Impuesto de Transmisiones. Fiscalmente, la transmisión en este impuesto, como en su antecedente de Derechos Reales, se aprecia prescindiendo de la tradición; la existencia de la convención expresa basta para exigir el tributo. Por ello, en el caso de la resolución era procedente la calificación de permuta—que no fue impugnada en el recurso—y la liquidación inmediata sobre la base del valor que en ese momento tuvieran el solar transmitido y el local a entregar en su día en ejecución de lo convenido. Esto último da lugar a la circunstancia curiosa de que debe fijarse un valor a lo que de momento no existe, el local, pero cuya valoración puede realizarse por los Servicios Técnicos de Hacienda, con vista del proyecto de construcción y características fijadas al local a entregar, en la correspondiente escritura.

El segundo problema que apuntábamos se refiere a la posibilidad de cambiar la calificación originaria hecha por el liquidador, como sucedió en el caso que contemplamos. En liquidación provisional se practica una sola liquidación, que luego, al pasar a definitiva, por considerar la existencia de una permuta, da lugar a dos liquidaciones. Proceder que, a nuestro juicio, es correcto, dado que, según el artículo 118 del Reglamento del Impuesto de 1959, la liquidación provisional es revisable de oficio, «en cuanto a todos sus elementos integrantes», al practicar la liquidación definitiva. Como dice BAS Y RIVAS (2), al ser revisables todos los elementos integrantes de una liquidación puede el liquidador, como trámite previo para girar la liquidación definitiva, calificar, comprobar y fijar la base liquidable nuevamente. Lo cual no implica en realidad ningún derecho de revisión, sino ejercicio del que pudiera llamarse derecho de rectificación, que tiene su apoyo precisamente en la provisionalidad de la liquidación practicada, y es el propio órgano de gestión el que rectifica sus mismos acuerdos mientras no prescriba, eso sí, la acción administrativa para exigir el impuesto, pues una vez prescrita no habría posibilidad de nada.

El tercer problema, antes apuntado, también merece cierta atención. En un principio, para la transmisión del solar a los adquirentes, se tomó como base en la liquidación provisional el valor declarado de 25.000 pesetas. Posteriormente, en la definitiva, y tras la comprobación del valor de la nave o local, que se fijó en 528.000 pesetas, se asigna ese mismo valor al solar, teniendo en cuenta quizá la presunción en toda permuta de que las cosas permutadas tienen un valor igual—salvo que de las declaraciones de los interesados resulte lo contrario—, y el mayor valor de una de ellas se estima como valor de la otra. Lo cierto, sin embargo, es que en la permuta cada permutante pagará el 7,40 por 100 del valor de lo que adquiera, valor que sólo a través de uno de los medios legales y reglamentarios de comprobación puede determinarse, sin que sea admisible, a nuestro juicio, esa presunción a que hemos aludido. Claro que en el caso objeto del recurso se da la circunstancia de que el valor asignado al solar se impugna por «Auto Res», que no estaba legitimado para ello. Los interesados en la impugnación eran los adquirentes constructores, pero

(2) BAS Y RIVAS: *Impuestos de Derechos reales y sobre transmisión de bienes*, vol. II, pág. 315.

éstos no intervinieron en el recurso ni por sí ni representados por «Auto Res»; por ello, el mantenimiento en la resolución de esa base imponible es totalmente justificado. Como lo es el no acceder a la petición del recurrente de anular las liquidaciones, porque siendo imposible el cumplimiento de la obligación de entrega del edificio por causa no imputable a las partes—la denegación de la licencia de construcción—, ello implica la nulidad del contrato y de las liquidaciones giradas en razón del mismo. A esta argumentación responde el Tribunal Central diciendo que la denegación de la autorización para construir, producida después de perfeccionado válidamente el contrato, no es sino una vicisitud surgida en la ejecución del mismo, cuyos efectos, alcance y consecuencias entre las partes no corresponde a esta jurisdicción definir.

Y es que, efectivamente, el cauce fiscal para conseguir lo que pretendía «Auto Res» no es plantear cuestiones de nulidad, rescisión o resolución ante la jurisdicción económico-administrativa, la cual no es competente para conocer de estas cuestiones, según ya declaró una Resolución de 8 de mayo de 1955.

En definitiva, lo procedente era pagar por un contrato de permuta válido y perfecto y demandar después su resolución ante la jurisdicción ordinaria, en base al incumplimiento de la obligación de los adquirentes del terreno, y una vez obtenida sentencia firme se estaría en la posibilidad de promover la devolución, que regula el artículo 17 de la Ley del Impuesto.

J. A. B.

LIBROS

AZNAR SÁNCHEZ, J.: *La extranjería. En la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1974.

Hay ciertos libros en la vida del lector de los que es difícil separarse, pues diversos vínculos le van a uno uniendo estrechamente con ellos. Uno de estos libros es el que voy a recensionar ahora. Cuando el original se presentó para ser publicado se me pidió una opinión. Luego se me pidió un prólogo, y ahora, cuando el libro está en el mercado, se me pide una recensión. Quizá las dos primeras cosas tuvieran ciertas dificultades, pues valorar un libro en su manuscrito exige ciertas «pulsaciones» en las que el instinto marca pautas y abre predicciones. Prologarlo es compromiso difícil: hay que decir verdades, pero hay que respetar ilusiones. Recensionarlo después ya es tarea más fácil. El libro se conoce, se le ha enjuiciado, se le ha acompañado en sus remadas iniciales, y la crítica de su contenido brota sin esfuerzo. Pero al lado de esta facilidad «técnica» surge la dificultad «coordinadora», pues en la recensión no puede salirse uno con ciertas matizaciones que a la hora del prólogo no se descubrieron. No, aquí pasa como en el recurso gubernativo: uno ha calificado el documento, ha puesto la nota, y en la defensa de la misma no puede emitirse un informe sobre defectos no observados...

El autor del libro, después del prólogo, se hizo amigo mío. Es Doctor en Derecho, Profesor Adjunto de Universidad y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid. En las recepciones de Académicos de la de Jurisprudencia y Legislación le veo siempre atento escuchando lo que el Académico de turno lee en su discurso de entrada. Es inquieto y dominado por ese problema que el Derecho internacional lleva consigo. De ahí que no me extrañaría nada que cualquier día volviese sobre el tema del «extranjero» y nos ofreciese una nueva monografía.

A medida que uno va agrandando el campo de sus conocimientos personales resulta seriamente difícil hacer crítica jurídico-literaria, pues una gran parte de los publicistas comparten parcelas de tiempo de nuestra vida. Al referirme a la dificultad estoy observando al lector y no al recensionista. El lector avisado debe pensar en parcialidades, pero el recensionista asegura que la dificultad está en saber salvar esas mediatizaciones y ofrecer al lector la objetividad que toda recensión exige.

Dije que el contenido de la obra era una recopilación de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, procedentes unas de los recursos en materia civil, hipotecaria y mercantil, y emanadas otras de las que la misma Dirección dicta en materia del Registro civil. El que aparezcan unidas, por razones de materia, no quiere decir que no tengan perfiles, caracteres y proyección diferentes. La Dirección General de los Registros y del Notariado, como unidad integrante del Ministerio de Justicia, tiene a su cargo, conforme al Decreto de 12 de junio de 1968, tres servicios perfectamente deslindados: el del Sistema Notarial; el Registral, Inmobiliario y Mercantil, y el de Nacionalidad y del Estado civil.

Cada uno con sus secciones correspondientes. Solamente el trabajo se refiere a las resoluciones emanadas de los dos últimos servicios indicados.

La originalidad de la obra residía, a mi juicio—y éste es un defecto que se le achacará—, en haber sabido mezclar esa serie de resoluciones procedentes de un mismo centro, pero que atienden a fuentes distintas y a justificaciones diferentes. En el minucioso examen que de ellas se ha hecho por expertos en la materia, me denuncian que las fuentes en que se nutrió el autor eran incompletas, y de ahí que en la relación de resoluciones se eche en falta alguna. Entre las diferentes publicaciones que los Ministerios hacen y ponen al alcance del público sería muy de desear que en una o dos de ellas se publicase íntegramente todo lo emanado del mismo Ministerio, pues fraccionar en boletines, anuarios, revistas y otras publicaciones lo que debe ser conocido es obligar al investigador a un trabajo parecido a la *probatio diabolica*. El tremendo «lujo», la impresionante «ofensiva» de las publicaciones que sobre Derecho privado existen en nuestro país, contrasta con la parquedad de las revistas administrativas, que en el terreno de la lucha por izar banderas van ganando un espacio decisivo. ¿De qué nos sirven ocho o diez revistas de Derecho privado si nos están desprivatizando el Derecho?

La valoración del trabajo creo que también la apuntaba en el prólogo. Los momentos en que nos ha tocado vivir están rodeados de «salidas de emergencias» y en la realización de los trabajos se marca el signo de las urgencias. Se está ignorando que LAS COSAS URGENTES IMPIDEN HACER LAS COSAS IMPORTANTES. Por ello, el que alguien, como el autor de este estudio, se haya preocupado de recopilar, sistematizar, ordenar y ofrecer un panorama sobre una doctrina jurisprudencial de la Dirección General de los Registros y del Notariado creo que debe calificarse de tarea importante. El gran reto del futuro reside en la máquina, y tener preparado un trabajo para que ésta lo absorba es anticiparse y marcar pautas. Lo importante puede que sea lo «urgente»; pero la serenidad en el trabajo siempre tendrá el valor de las cosas que se hacen bien, y hacerlas bien es lo que empieza a ser «urgente».

El plan de la obra, que nos ofrece su contenido, está perfectamente explicado por el autor, conforme al cual hay que distinguir dos partes:

Parte primera—Se hacen en ella una recopilación de resoluciones relativas a la función registral, mezclándose las referentes a los recursos gubernativos y las resoluciones sobre Registro civil. Igualmente, en un segundo apartado, se trata del régimen consular en particular, si bien la importancia del mismo podrá verse reflejada en los diferentes apeaderos de la segunda parte de la obra.

Parte segunda.—Contiene tres capítulos. El primero trata del nacimiento, modificaciones y extinción de la personalidad y del estado civil, en el cual se ha preocupado seguir un orden lógico en las divisiones y epígrafes subsiguientes. El capítulo segundo se refiere o se ocupa de la propiedad contemplando una serie de casos específicos, englobando diversos supuestos para los cuales no se hubiese podido buscar títulos más apropiados. Por último, el capítulo tercero se refiere a las resoluciones referentes a documentos extranjeros y sus requisitos de validez.

Conviene apuntar dos ideas orientadoras para el lector: las fechas en las cuales se mueve la recopilación y la forma en que se ofrecen al lector. El autor confiesa que arranca del año 1939 y cierra su trabajo en 1973. Precisamente por ello, al final de la publicación está una tabla de resoluciones citadas, que hace manejable el trabajo.

La forma de exponer las resoluciones es «intermedia». Había apuntado en el prólogo las diversas maneras de exponer el contenido de la doctrina de la Dirección, que puede producirse en la de la generalización exprimida de conceptos, en la exposición de los considerandos fundamen-

tales, en la periodística y divulgadora y en la técnica del examen de los factores condicionantes de la decisión. Pues bien, el autor opta por la segunda de dichas maneras, sin que a la hora de enjuiciar cuál de ellas puede ser la mejor optemos nosotros por una o por otra, pues frente a las ventajas que pueda ofrecer la «mejor» están las que pueden facilitar en su día las otras a los efectos de meterlas en máquina electrónica.

Las notas a pie de página y, sobre todo, la parte final de la obra, destinada a una exposición bibliográfica de obras sobre el tema, de análisis de conceptos recogidos, de índices cronológicos y sistemáticos, permiten el fácil manejo de una publicación de muy difícil orden y de compleja forma estructural.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: *El régimen matrimonial de separación de bienes*. Editorial Tecnos. Madrid, 1974.

España en su unidad nacional ofrece unas singularidades regionales de gran trascendencia. Es evidente que el paisaje ofrece muchas posibilidades a este respecto, pues desde las nieves perpetuas se puede pasar a calores tropicales, a una zona verde o a un paraje lunático. No obstante, esa *singularidad regional* se ha predicado—en su aspecto negativo—de sólo ciertas regiones y la realidad demuestra que no es así, pues todas o casi todas reclaman con presunción que lo suyo es lo mejor. En mi duro peregrinar por la geografía española no he encontrado excepción a este respecto. Cada región exalta, se envanece, pregona, defiende y presume de lo suyo, llegando hasta el extremo de la «fanfarronada», que normalmente se atribuye a una sola región. Luego todas juntas dicen que «España es diferente».

Viene todo esto a cuento porque no hace mucho un mallorquín me hizo la siguiente pregunta: Bueno, vamos a ver. Yo, que estoy casado por el régimen de separación, ¿tengo que demostrar en la escritura de adquisición de bienes mi régimen jurídico de separación para que la finca se inscriba en el Registro de la Propiedad a mi nombre o basta con acreditar que soy mallorquín cuando el sistema legal es de separación? Viene a ser el mismo problema que se les plantea a los catalanes, y que luego veremos, pues mientras el Código civil—que rige supletoriamente en dichos territorios—contiene una presunción de gananciales, sus diferentes legislaciones carecen de «presunción de bien privativo o parafernál». Luego insistiremos en ello.

El magnífico prólogo que a la obra le hace LACRUZ BERDEJO toca también el problema de la regionalidad, pues el autor, siendo aragonés, trata un tema catalán. Mientras lo que dije al comienzo separa, esto une. El prologoísta dice que: «Desmiente el autor con esta obra a quienes piensan que sólo los naturales de cada territorio pueden escribir sobre su propio Derecho. Al contrario, yo no conozco desde los grandes clásicos una monografía más cumplida del Derecho catalán que la escrita por este civilista foráneo con aparato histórico, dogmático actual, enfoque práctico y apreciación justa de los factores de cada solución. Bien es verdad que se trata de un foralista y, por tanto, formado en unos procedimientos y medios instrumentales comunes al tratamiento de los distintos Derechos propios y contemplando unos supuestos más o menos cercanos a los que sirven de base a otros trabajos suyos.»

El autor, aragonés, como hemos dicho, es Doctor por la Universidad

de Bolonia, Profesor de Derecho civil, Secretario del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés y discípulo del prologoísta. Su estudio arranca, como dice este último, de la época universitaria de escolar y que ha ido perfilando a través del tiempo. Comprende la monografía un estudio inicial del sistema legal de separación en el Derecho catalán, con tres grandes vertientes que suscitan los siguientes problemas: la capacidad de obrar de la mujer casada, los patrimonios de marido y mujer y el problema de las deudas domésticas. Le precede un sumario y le sigue un índice de bibliografía.

A. *Introducción*.—La estrecha vinculación que el Derecho catalán tiene con el justinianeo hace visible en aquél la existencia de un sistema que no puede decirse sea de separación de bienes, sino un sistema dotal y de proporcionalidad de aportaciones económicas entre los cónyuges. «El régimen tradicional—dice el autor—no es propiamente un régimen de separación», y hasta épocas muy recientes los autores suelen referirse al mismo con la denominación de «régimen dotal». «En Cataluña es costumbre casarse bajo el régimen dotal», dirá DURÁN Y BAS en su *Memoria*, y bajo este nombre lo defenderá frente al de gananciales. Pero como el «sistema dotal» no puede existir sin ser paccionado, no hay dote sino cuando se constituye expresamente; si los interesados nada disponen, el legislador respeta su silencio y establece el sistema de separación.

En Cataluña, el régimen de separación es, de una parte, negación del régimen de comunidad, y más concretamente del régimen de gananciales, propio de Castilla; de otra, el resultado de la obsolescencia de la práctica capitular constituyendo dote, que ha producido la no vigencia del régimen tradicional. Ante todo ello no quedaba al legislador actual sino declarar como supletorio el régimen de separación, que hoy recoge el artículo 7 de la actual Compilación.

B. *Capacidad de obrar y autonomía patrimonial de la mujer*.—El estudio de este punto concreto se hace en una doble proyección, según se contemple a la mujer casada en el campo del Derecho civil o fuera del mismo. Si elegimos el primero hay que recorrer con el autor tres grandes apeaderos: el anterior a la ley vigente, la legislación que el Código civil destina a la materia (ya reformada por leyes de última hora) y el sentido general que a la materia da el artículo 49, 3.º, de la Compilación.

Los redactores de la Compilación han partido de la idea de que las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada dependen del régimen de bienes del matrimonio y se resuelven en la cuestión de si puede o no disponer de los parafernales. Se comprende entonces que al tratar de establecer un principio contrario al del Código civil, en cuya virtud la mujer casada no necesitaría licencia de su marido para la plena firmeza de sus negocios jurídicos, se haya redactado el párrafo 3.º del artículo 39 en el sentido de reconocérsele la libre disposición de los parafernales.

En el orden práctico de casos peculiares, el autor señala y estudia los referentes a los contratos, cargos tutelares, capacidad en régimen distinto, problemas de derecho transitorio y la clásica prohibición de intervenir o interceder por el marido, así como sus excepciones.

En el ámbito extraño a la legislación civil, el autor va señalando los estudios destinados a la capacidad procesal, la capacidad en el contrato de trabajo y en el Derecho mercantil (capacidad para realizar actos de comercio y para ejercer el comercio).

C. *Los patrimonios del marido y de la mujer*.—Tres puntos clave estudia y estructura el autor en torno al problema genérico del epígrafe. El primero es la composición de los diferentes patrimonios, el segundo es el conocido tema de la «presunción muciana» y el tercero es el de la administración.

Precisamente el primero de los problemas planteados por el autor nos da la clave para resolver el que me planteara el amigo mallorquín. El matrimonio no produce directamente ningún efecto en la consistencia de ambos patrimonios, que continúan sometidos a las normas o principios comunes aplicables al patrimonio general de cualquier persona. El patrimonio del marido sigue siendo su patrimonio personal, y el de la mujer, el suyo propio. El artículo 49, 1.º y 2.º, de la Compilación formula una definición de bienes «parafernales» y una presunción, en la duda, de este carácter de los bienes propios de la mujer o adquiridos posteriormente. Nada dice de los del marido. De ahí que falte en la Compilación esa presunción tremenda del artículo 1.407 del Código civil, que funciona, registralmente hablando, a través de los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario. Por ello es preciso tener muy presente el artículo 159 del Reglamento Notarial (que pudo ser reformado, pero que no lo fue, en el año 1967), en el sentido de que en la escritura notarial se haga constar que cuando por ley o por pacto no exista entre los cónyuges la sociedad de gananciales se haga constar así, o bien que cuando no se diga nada en la escritura se reputará existente dicha sociedad de gananciales. Los juegos de adquisición y pérdida de regionalidad, así como el de su conservación, y el diferente régimen jurídico económico matrimonial obligan a una demostración de esos puntos para evitar que entre en juego la presunción genérica del artículo 1.407, cosa que no entendió el Juez informante en aquella famosa Resolución de la Dirección General de 13 de julio de 1971.

El autor—aparte de otros supuestos de regalos, anillos, vestidos, joyas, etcétera—destina un estudio especial al problema de la presunción muciara arrancando de sus bases históricas, argumentando sus posibles fundamentos y exponiendo, de una parte, los presupuestos para que entre en juego y las consecuencias de la misma. Dos últimas cuestiones toca el autor: el posible enervamiento o prueba en contra de la misma y los problemas derivados de ella en orden a la disposición de bienes parafernales. Junto a ello contempla el problema registral de las adquisiciones de la mujer con dinero no justificado, en las que el marido sólo tiene una acción de enriquecimiento. Opina que se inscribirán, ni más ni menos, como las de cualquier varón catalán casado y nada se hará constar sobre la licencia marital, que es innecesaria, ni nada sobre la procedencia del dinero; pero para todo ello es preciso que se trate de cónyuges catalanes. «La mujer—sigue diciendo el autor—será considerada como adquirente a título oneroso, siendo considerada como tercero protegido.»

El tercer punto tratado es el de la administración de los bienes o de los patrimonios de los cónyuges, y en esquema diremos que todo está tratado, distinguiendo cinco claros supuestos: la gestión del patrimonio de la mujer por el marido, la administración del marido en virtud de mandato expreso, la administración del marido sin oposición de la mujer, la administración contra la voluntad de la mujer y la administración de los bienes del marido por la mujer.

D. *Las deudas domésticas*.—En los regímenes de separación—idea que implica una sensación de tristeza, cuando lo que el matrimonio hace surgir es una comunidad—habría que distinguir entre el problema de titularidades y el de contribuciones: si el primero lleva consigo la confirmación, más que de separación, de independencia, el segundo da tranquilidad y permite sosiego al ver resplandecer algo de justificación en una unión matrimonial que intenta con ese vínculo fundar una familia, a la que es preciso atender. De ahí que al lado peyorativo del nombre se sitúe siempre en la normativa el de esa contribución a las cargas que pesan sobre el matrimonio creado por la unión sacramental o civil.

El autor divide la materia en dos grandes partes. Una se refiere a la

contribución de las cargas, con su evolución, precisión de conceptos, deber de contribución y sanciones, y la responsabilidad por deudas domésticas y su posible repercusión en el patrimonio de la mujer, estudiándose especialmente el problema doméstico de la mujer y la repercusión de las deudas domésticas contraídas por el marido.

Me hubiera gustado profundizar más en toda la serie de temas tratados por el autor, pero ello alejaría esta recensión de su condición de tal. Estimo que el estudio monográfico es importante y decisivo para el que quiera tener un concepto claro y preciso del sistema que rige en Cataluña. Después de la publicación de esta obra se ha reformado el Código civil con más libertades y más posibilidades de «realización» (como ahora se dice) de la mujer, y sin entrar a fondo en una crítica de tales medidas, me surgen comentarios sobre ideas que chocan o parecen contradictorias. Veréis: el impulso social, que va acercando a un entendimiento y puede tener realidades palpables en comunidades, asociaciones, cooperativas, va teniendo en los grupos más íntimos disociaciones y autonomías... ¡Qué tristeza! MIGUEL DELIBES, en su ingreso en la Real Academia Española, presenta el panorama mundial con esta tremenda frase: «Cada día parece más lejana la fecha en que seamos capaces de ir juntos a alguna parte.»

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *El Abogado y el razonamiento jurídico*.
Ed. Autor. Madrid, 1975, 248 págs.

Elegancia, rigor, precisión, exactitud, como resultado de una rica experiencia profesional y un alto nivel intelectual, podrían ser las características que, en muy apretada síntesis, definen un libro cuya tesis creo es demostrar la ausencia de contraposición entre pensamiento y acción, que no sólo no se oponen, sino que se complementan, siendo la profesión del Abogado un fiel exponente de ello.

HERNÁNDEZ GIL no puede ser presentado, menos aún por mí, a quien haría falta la previa presentación. Es suficientemente conocido, si bien el libro que comento creo que puede ser un paso importante para la ciencia jurídica española, pues—en impresión general—lo estimo como la puerta que el autor decide, por fin, abrir para comunicarnos a los demás parte de sus conocimientos. En alguna ocasión le decía a don ANTONIO lo lamentable que era para el Derecho español—y también para el extranjero—que su dedicación le hubiese dificultado aumentar su caudal de publicaciones; naturalmente, no se trata de convertir a un Shakespeare en un Lope de Vega, pero el constante aliento renovador que reserva el pensamiento del autor creo que nos autoriza a reclamarle que lo ponga en *aprovechamiento comunal*. El Derecho español—los españoles—, nos hemos dormido en el formalismo, hemos proclamado auto de fe con el dogmatismo, y, naturalmente, el mundo, el intelectual y jurídico, claro es, se nos ha escapado, habiéndonos quedado en una retaguardia peligrosa. HERNÁNDEZ GIL puede ser el motor que nos sitúe en avanzada.

Un esfuerzo en este camino es el libro objeto de estas líneas.

La obra está dividida en diez capítulos, dedicado cada uno de ellos a concreta actividad del Abogado.

El primer capítulo, que tiene función introductoria, plantea la alternativa: el hombre de letras y el de acción, ¿son incompatibles? En el Abogado se ofrece una respuesta negativa, por estar «inserto en el campo de la palabra (oral y escrita) y en el de la acción», derivada de la propia

dialéctica de la profesión; dialéctica entendida, lógicamente, pues no cabe otro sentido, como un «toma y daca», como actividad altruista, como convivencia.

Los restantes capítulos sirven de fundamento a la tesis del autor, quien accediendo al método científico—lo más próximo que al mismo cabe en Derecho—intenta demostrar su criterio.

El capítulo segundo plantea, y resuelve en buena medida, la importancia del lenguaje dentro de la profesión (faceta intelectual del Abogado previa a la acción). «El derecho es función de la lengua. Esta no se limita a expresarle o exteriorizarle. Aparece alojado en la lengua, fundido e identificado», pero no se esconde aquí un formalismo vacío, porque el Derecho, sirviéndose del lenguaje (forma impuesta imperativamente por la plástica de la idea, como diría IHERING), implica la creación de la norma. El lenguaje es testimonio del Derecho, sin el cual éste no puede advenir al mundo, aunque Derecho y lenguaje no deben ser identificados. De ahí precisamente la importancia del *bien decir* profesional.

Este bien decir del Abogado—y ésta es la materia correspondiente a los capítulos siguientes—discurre por diversas vías: el informe, el discurso, el razonamiento y el dictamen.

El informe, como parte de la oratoria alejado de la retórica—la cual debe rechazarse en sus excesos, puestos de relieve por el impacto que provoca en ella el transcurso del tiempo, en lapsos breves—, revive por ello importancia actual. Frente al vicio de hablar sin decir nada (realidad innegable en Derecho hasta hace muy poco tiempo y subsistente aún en muchos sitios), el informe que dice revela su importancia, incluso en una práctica judicial que tiende, cada día más, a servirse de la vertiente escrita con detrimento de la oratoria. El informe oral sirve de broche de oro: al Abogado le obliga a una síntesis beneficiosa para él mismo, al reclamarle la correspondiente esencialidad; a quienes, en apariencia de pasividad, va destinado, les facilita captar la esencia del problema cuya solución, en justicia, se solicita. Esta finalidad de variado matiz exige, no obstante, un mínimo de condiciones en el informe, destacando entre todas la claridad, que «no es la blancura de la pared, es el poder de penetración de la luz», porque lo confuso no puede ser dicho; claridad que el autor, en párrafo breve y contundente, vincula con la moral profesional, porque ¿cómo se puede ser claro actuando contra el propio convencimiento?, cuando, para decir con claridad, es menester ver claro, en exacta correlación. La casación es quizá el mejor ejemplo de claridad consigo mismo y con los demás, en función de los inconvenientes, dificultades y limitaciones de que en nuestra legislación rituaría (jurisprudencia por medio) se rodea.

La claridad, por ser el informe oral, se robustece con el gesto, también correspondido con el silencio de quien escucha (que casi siempre no se limita a oír, sino que participa). Y esa misma claridad exige nuevos requisitos junto al gesto: la concisión (que es claridad a la que se llega por la experiencia normalmente) y la síntesis. La concisión es resultado de la abstracción, pero de una abstracción dificultada por el peso de los hechos, cuyo producto deviene, precisamente por esa dificultad, en «la ley de la economía del discurso». La síntesis se ofrece como el arte de conjuntar la disparidad de elementos, hechos y factores que el Abogado conoce para informar el caso, viniendo a ser el «acabamiento o meta frente a la idea de limitación ilimitada inherente al análisis».

Asimismo necesita el informe de rigor (que en nada debe estimarse restrictivo) y de razonamiento, como esfuerzo que aspira a la razón sin identificarse con ella.

El discurso del Abogado es razonamiento jurídico, no empee las dificultades que se presentan para matizar tal concepto (la dogmática, el

positivismo, etc., han venido predicando un concepto no siempre similar del razonamiento jurídico), y el razonamiento es lógica, aunque no sea solamente lógica, pues el formalismo y el normativismo lógicos se entremezclan con elementos psicológicos, técnicos, culturales, todos los cuales forman parte, más o menos extensamente, con mayor o menor conciencia por parte del agente, del razonamiento del Abogado.

Pero el discurso del Abogado es también algo más. Cita HERNÁNDEZ GIL la actividad interpretativa como la aproximación, y no una aproximación cualquiera, al sentido de las normas; el Abogado usa de las opiniones de los autores y se siente más vinculado con la jurisprudencia (al menos, no puede dejarla a un lado) e incluso, como es elemental, lleva a cabo una estimación ético social del caso que se presenta, objeto fundamental del discurso; a pesar de que dicha valoración puede verse afectada por múltiples factores ajenos (ideologías, módulos de conducta, etc.) resulta consustancial a la función del Abogado. Queda, pues, muy lejos el autor de aquellas direcciones sociológicas para las que el Abogado debe defender todo (que me temo encierran una simple indiferencia profesional, por regla general muy lucrativa).

El dictamen se ofrece para el autor como el instrumento donde mejor se aprecia, por la libertad inherente al modo de efectuarse, la personalidad y el estilo del Abogado. En el dictamen quien casi juzga es el Abogado, y aunque debe pensar en la contención, no se da la urgencia, la confrontación inmediata; permite mayor reposo. Recoge al respecto HERNÁNDEZ GIL, en breves notas, el esfuerzo de diversos juristas, reflejado en sus dictámenes (MAURA, PÉREZ SERRANO, etc.).

El capítulo décimo y último lo dedica el autor a reinsistir, traer nuevamente a la memoria su pensamiento acerca del Abogado, como síntesis del intelectual y del hombre de acción. Apuntando rápidamente los diversos matices que *especializan* actualmente al Abogado, plantea con más tranquilidad la situación del Abogado y, en general, del hombre vinculado con el Derecho dentro de la sociedad, preocupándose por la perspectiva de futuro para la profesión, entendiendo HERNÁNDEZ GIL que si bien el tipo profesional puede desaparecer, la función está llamada a un gran futuro, reconociendo la dificultad de poder precisar las transformaciones que hayan de producirse.

Yo espero que HERNÁNDEZ GIL me disculpe por haber estropeado su libro con esta recensión: primeramente, porque la pretendida síntesis del texto no la he pautado como en el libro se aconseja; en segundo lugar, porque precisamente aquellas páginas más sustanciosas del libro están omitidas aquí. La omisión ha sido conscientemente realizada: el libro es una constante invitación a la reflexión sobre múltiples aspectos y problemas de trascendencia actual, y creo mucho más honesto que el lector tome directo contacto con la obra en esa parte y llegue a sus propias conclusiones.

Para terminar, muy pocas palabras más. El libro se lee con rapidez; pero es mucho mejor leerlo despacio y con tranquilidad, pues aparte de que se disfruta más y mejor, es cuando se puede captar otra constante invitación del autor (no creo atribuírsela yo, como expresión del propio deseo), esta vez a la tolerancia, a la observación objetiva, a eso que tanto decimos y escribimos, pero que no *usamos*, al cambio; en suma, a vivir la vida, viviéndola y dejándola vivir.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos de Derecho civil. Parte general.*
Librería Bosch. Barcelona, 1974.

Consta la obra de 306 páginas distribuidas en capítulos, de los cuales el primero concierne al Derecho civil, estando a su vez integrado por diversos apartados. Los diferentes apartados que comprende este primer capítulo hacen referencia a los siguientes puntos concretos: 1) Derecho positivo; 2) el Derecho público y el privado; 3) el Derecho civil; 4) evolución histórica de los derechos civiles en España; 5) la codificación; 6) historia y descripción del Código civil español; 7) el Código civil como Derecho general, y 8) los derechos forales.

El segundo capítulo se refiere a la norma jurídica. En él, tras el estudio de la norma y sus clases, aborda el tema de la jerarquía de las fuentes, examinando con cierto detalle las principales fuentes del Derecho. Junto a ello habla también de la equidad, de la jurisprudencia y de la doctrina científica, para cerrar el capítulo con una referencia al término de vigencia de la ley y al Derecho transitorio.

Continuando con el estudio de la norma, dedica otro capítulo a su interpretación y aplicación, refiriéndose primero al valor y significado de la norma, para tratar posteriormente de la ley en el pensamiento del legislador y de la ley ante el devenir de los hechos.

Enfrentándose con otro tema, afirma que si bien es cierto que a raíz de las primeras codificaciones la doctrina llegó a pensar que en los cuerpos legales se hallan comprendidas las reglas de toda posible decisión, no ya el orden jurídico, sino el conjunto de preceptos se consideraba suficiente para resolver cualquier problema, también es verdad que la suficiencia real o postulados de la ley choca contra la experiencia cotidiana, y esto basta para negarla.

Hay, pues, lagunas en la ley: cuestiones de las que no se puede negar una solución, pero que no podrían ser resueltas por la mera aplicación de un texto, sea porque no lo hay directamente aplicable (lagunas propias), sea porque el nuevo supuesto escapa a toda posible intención del legislador, porque éste ha omitido añadir a la norma general una limitación que viene exigida por el sentido o el fin de aquélla o por la imperfección, error o falta de detalle de la ley vigente. Es así como el autor se enfrenta con el problema de las lagunas del Derecho y el modo de colmarlas.

A continuación de lo que pudiera llamarse parte introductoria dedica un capítulo al estudio de la persona física.

Trata, en primer término, del sujeto del derecho y persona, para pasar después a estudiar la capacidad, con relación a la cual la doctrina distingue entre capacidad jurídica o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones que tiene toda persona por el hecho de existir y capacidad para gobernar esos derechos y obligaciones de que se es titular: capacidad de obrar; distinción ésta que se refleja en el artículo 32 de nuestro Código civil, donde se recogen las causas restrictivas de la personalidad jurídica o impedimentos en el gobierno de bienes, mas no ineptitud para ser titular de derechos.

A continuación nos encontramos con el tema relativo al comienzo de la personalidad, materia a la que se refiere el artículo 29 cuando dice que «el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente», y con arreglo al artículo 30, «para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviese figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

Dentro de este epígrafe concerniente a la personalidad se refiere a los derechos del concebido y a la prueba del nacimiento.

En lo referente a los estados civiles, tras recoger los tres estados civiles de la persona que entre los romanistas se distinguían: el referente a su libertad o no (*status libertatis*), el que da cuenta de su ciudadanía (*status civitatis*) y el que describe su situación en la familia (*status familiae*), y hacer referencia a cómo las *Partidas* definieron el *status* como «condición o manera en que los *hombres* viven o están», indica que en las cambiadas condiciones actuales, desaparecidas las diferencias de libertad personal, y siendo capaz de derechos cualquier ser humano, con el término de estado civil parte de la doctrina suele hacer relación a dos situaciones que se califican como de pertenencia a una comunidad, o sea, ya a una comunidad estatal (nacionalidad: el antiguo estado *civitatis*), ya a una familiar (matrimonio y filiación: *status familiae*).

Sin embargo, la legislación vigente emplea la locución «estado civil» en un sentido, al parecer, más amplio para clasificar una pluralidad de relaciones jurídicas a las que cabe aplicar un tratamiento homogéneo, y es a este nuevo sentido, según cree, al que hay que atender en una obra de Derecho positivo.

Cuando habla de los derechos de la personalidad, tras exponer el fundamento y caracteres, estudia algunos derechos concretos, como son: a) el nombre, que es el apelativo mediante el cual se individualiza a la persona y se la distingue de las demás; b) los derechos en la esfera corporal: libertad e integridad física; c) integridad moral, puesto que la integridad de la persona no se agota en el respeto a su cuerpo y actividades físicas y psíquicas: exige también la abstención ante su decoro y su intimidad.

Haciendo un estudio somero de las llamadas causas restrictivas de la personalidad jurídica, a que se refiere el artículo 32 de nuestro primer cuerpo legal, comienza con la edad, que es el tiempo que lleva viviendo una persona desde su nacimiento hasta el momento en que se computa.

La edad determina hoy la capacidad de obrar de la persona, midiéndose la madurez por el hecho de cumplir un determinado número de años, igual para todos, a partir del cual adquiere cada uno la plenitud de posibilidades de gobierno de su persona y patrimonio (mayoría de edad); siquiera la regla general se puede corregir en casos concretos, ya restringiendo la capacidad del que ha llegado a la edad plena (incapacitación), ya adelantando la del que todavía no la ha alcanzado (emancipación).

Por otro lado, la habilidad concreta de una persona para determinado acto o negocio puede quedar suprimida por consecuencia de enfermedades o defectos físicos.

Ahora bien: las enfermedades y trastornos mentales tienen mayor entidad, pues afectando a la inteligencia y a la voluntad hacen más cuestionable o imposibilitan el consentimiento válido y, por tanto, de hecho, dejan inepto a quien los sufre, mientras duran, para realizar actos y negocios jurídicos, desempeñar las incumbencias concretas de la patria potestad, la tutela, el albaceazgo, etc., y, en general, para expresar una voluntad que le vincula o vincule a los otros o un conocimiento que pueda ser tenido en cuenta.

En concreto, dentro de este epígrafe aborda tanto la incapacitación por locura, como la incapacitación por sordomudez.

Posteriormente nos encontramos con la incapacitación por prodigalidad, introduciéndose en los ordenamientos modernos, junto al pensamiento de la protección de la familia y del propio titular de los bienes (características del Derecho romano), el de evitar la carga que un sujeto empobrecido supone para la beneficencia pública, no hallándose tampoco ausente del instituto de la prodigalidad la idea de cierta obligación de

gobernar y gestionar con sensatez el propio patrimonio evitando azares y riesgos innecesarios y que no asumiría un administrador avisado.

En esta materia, tras el concepto legal se refiere a la petición, al procedimiento, efectos y momento en que se producen éstos.

Siguiendo la pauta marcada por el citado artículo 32 del Código civil habla también de la incapacitación por interdicción, y siguiendo la lectura de la obra nos encontramos con la nacionalidad o participación plena de un sujeto en una comunidad política (Estado) en la que se halla incluido y frente a la cual goza de derechos y obligaciones.

Sobre esta materia expone los diferentes modos de adquirirla: nacimiento, opción, naturalización, matrimonio, y la pérdida, bien sea por adquisición voluntaria de otras nacionalidad u otra causa, así como la recuperación y el problema de la doble nacionalidad.

Por otro lado, la existencia de los llamados derechos forales plantea dentro del territorio español el problema de discernir qué españoles se encuentran sometidos a cada uno de ellos y quiénes exclusivamente al Derecho del Código. Relación de sumisión que se llama «vecindad civil», siendo una circunstancia de la persona que puede constar en el Registro civil.

La materia se regula en los artículos 14 y 15 del Código civil, últimamente reformados.

De gran trascendencia resulta también ese lugar donde una persona ejercita sus derechos y cumple sus obligaciones, o sea, el domicilio, que el autor igualmente estudia.

Inmediatamente después nos encontramos con la ausencia, dado que la imposibilidad de comunicar una persona durante un período notable de tiempo con el ámbito territorial donde se asientan sus relaciones, funciones e intereses aconseja prevenir alguna manera de gestión de todos ellos en defensa del propio interesado, pero también en interés de sus acreedores, de sus posibles herederos y, en último término, en interés público, para que los bienes no queden abandonados e indefensos, incumplidas las obligaciones, etc.

Junto al estudio exhaustivo de la ausencia se encuentra el de la declaración de fallecimiento, toda vez que la incertidumbre acerca de la existencia de una persona, cuando se aproxima a la certeza de su muerte, puede resolverse en la llamada «**declaración de fallecimiento**».

La incertidumbre sobre la vida o el fallecimiento de un sujeto, si bien puede determinar la puesta en administración de su patrimonio, nunca entraña incapacidad suya de obrar: si vive, es plenamente capaz, y donde esté puede ejercitar sus derechos, contraer obligaciones, etc., incluso en relación a su patrimonio abandonado y puesto en administración. Esto lleva a LACRUZ BERDEJO a enfrentarse con la situación de incertidumbre, examinando sus consecuencias y extinción.

Pasando a otro tema, y teniendo en cuenta que la procedencia familiar, el lugar y fecha de nacimiento, el matrimonio, son—entre otras—circunstancias importantes de la persona que, como su existencia o su muerte, interesa por igual demostrar a los particulares y al Estado, hace un detenido examen del Registro civil, tanto en lo que afecta a las cuestiones formales como en cuanto al valor material de sus manifestaciones: valor probatorio de la inscripción, valor de publicidad, efecto constitutivo, valor de las anotaciones, etc.

Finalmente, este capítulo IV de la obra lo concluye el autor con la referencia a la extinción de la persona física por la muerte.

Por otro lado, considerando que las posibilidades de acción del hombre aislado son limitadas en grado de intensidad y eficacia y también en el tiempo, puesto que muchas finalidades humanas no se pueden conseguir así nor él solo: ya porque excedan sus medios ya porque duren más que su vida, o bien se consigue mejor, o de modo más económico o más

completo, cooperando varios hombres en grupo, nos encontramos con que junto a la persona física están las personas jurídicas, objeto de consideración por parte de LACRUZ en el capítulo V de su obra.

En su examen, y bajo la rúbrica de conceptos generales, se reflejan: su historia, naturaleza, finalidad, clases, capacidad, órganos, domicilio, nacionalidad, etc.

Tras los conceptos generales, y pasando al estudio de las asociaciones, entiendo que en sentido genérico son asociaciones todas aquellas personas jurídicas privadas constituidas por un grupo de otras personas para la realización de un fin (al menos, relativamente) duradero.

Sobre este tema hace referencia a sus requisitos, fines, constitución, régimen, capacidad, extinción, asociaciones sin personalidad, etc.

Junto a la asociación se encuentra la fundación. Mientras la asociación representa la superación de la persona física por el grupo, la fundación expresa la perpetuación de una parcela singular de actividad de la persona (o del grupo).

En la fundación—continúa diciendo—se personifica una obra; para llevarla a cabo se constituye un ente no por las voluntades concurrentes de varios asociados, que en adelante dispondrán y cambiarán a su arbitrio el curso a seguir y las actividades a desarrollar, sino a virtud de la disposición de una persona o una pluralidad de personas dirigida al destino de unos bienes al servicio de unas finalidades determinadas y a través de una organización autónoma.

Lo mismo que en la asociación, al tratar de la fundación se refiere al concepto, fin, constitución, clases, organización, capacidad, extinción, etc.

El capítulo VI está consagrado al objeto del Derecho, entendiendo que, en un sentido muy general, objeto es lo que se contrapone al sujeto pensante y constituye materia de su conocimiento. Jurídicamente, objeto de Derecho es algo externo al sujeto titular y que en alguna forma se halla a disposición suya, sometido a su voluntad.

A los diversos posibles objetos del Derecho se les puede llamar bienes, término que con el de las cosas se interfieren en el Código civil. El autor, sin perjuicio de tener en cuenta en sus aplicaciones concretas la terminología del Código civil, estudia los bienes—patrimoniales y extrapatrimoniales—como algo distinto de los derechos de que aquéllos son objeto.

Habla también de las cosas, partes integrantes, pertenencias, accesorios, bienes muebles e inmuebles y de otras clasificaciones de los bienes atendiendo a sus cualidades de fungibilidad, consumibilidad, divisibilidad, etc.

Junto a todo ello recoge también el estudio de los frutos y del patrimonio.

El último capítulo de la presente obra de LACRUZ BERDEJO concierne a la dinámica del Derecho, pudiendo apreciarse dentro de él los siguientes temas objeto de especial consideración: *a)* la relación jurídica; *b)* el Derecho subjetivo; *c)* adquisición y transmisión de los derechos; *subrogación real*; *d)* pérdida de los derechos; *e)* ejercicio de los derechos; *f)* la autonomía de la voluntad; *g)* hechos y actos jurídicos; *h)* el negocio jurídico; *i)* la representación voluntaria; *j)* la representación legal; *k)* la actuación en nombre propio v por cuenta ajena; *l)* el tiempo; *ll)* la prescripción extintiva, y *m)* la caducidad y sus diferencias con la prescripción.

En definitiva, esta parte general de los elementos de Derecho civil del Profesor LACRUZ BERDEJO, adornada de numerosas citas de nuestro Derecho positivo, resulta sumamente interesante por su contenido profundo, y amena por la claridad y brillantez de su exposición.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

MORALES MORENO, A. M.: *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español*. Premio Luis Vives, 1968. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales. Madrid, 1973.

El autor de esta monografía, que fue premiada en el año 1968 y a la que da vida en 1972, la cual espera turno de recensión en plazos ya largos, explica, entre las peculiaridades físicas de la posesión de los bienes muebles, la de su fácil ocultamiento y la posibilidad de pérdida. El libro, considerado como cosa mueble (aunque esta consideración merme mucho la trascendental que el mismo encierra), está sujeto a esas dos características que el autor apunta: ocultamiento y pérdida. Yo no había perdido este libro, pero sí lo tenía oculto, y felizmente ha aparecido ante mí antes que haya transcurrido el tiempo en el que podríamos considerar prescrita la confianza de quien me pidió la recensión, concluido el plazo preclusivo que se me dio para ello o caducada mi legitimación en torno a la posibilidad de realizar dicha recensión. Lo que nunca podía llegar a realizar es la usucapión, por posesión continuada del libro, ya que el mismo tiene el sello de la Biblioteca del Colegio y el número de su catalogación y colocación anaquelaria.

Quede bien claro que la razón por virtud de la cual el libro se me fue a la zona fácil de la ocultación, es quizá algo que ya apuntó hace muchos años ORTEGA Y GASSET: antes de leer un libro es preciso pensar por sí mismo en el tema y conocer sus veredas, para así reproducir en la persona del lector la situación vital a que el pensamiento del autor se refería. De las instituciones civiles que más impresión me han causado, pero en la que no he penetrado por miedo, ha sido la usucapión, cuyo motor básico está en una situación de hecho y que al conjuero del paso del tiempo y otros elementos se va a convertir en un estado de Derecho.

De ahí que sintiéndome, en principio, dubitativo frente al tema, lo dejase en esa vía de reserva, en espera de engancharlo a esos vagones de mi producción recensionista. Al volver sobre el mismo debo seguir confesando mi falta de mentalización sobre el tema, y por ello tengo que recurrir a la solapa de la publicación, en donde se nos dice que el autor «pone de manifiesto una constante preocupación por penetrar de raíz en los problemas que se le van suscitando y un deseo de superar en el terreno de su investigación la noción puramente fáctica de la posesión. Gran parte de los caracteres de la *possessio ad usucapionem*, concretamente el ser en concepto de dueño, público y pacífico, se contemplan como límites al concepto fáctico de la posesión, que aparece en el artículo 430 del Código civil, límites que imponen la necesaria consideración del interés del propietario y de la comunidad frente al del poseedor, tendente a la adquisición. Quizá donde con más énfasis se supera la referida facticidad es en el estudio de la noción del concepto de dueño, en cuya exposición se intenta armonizar su objetivación, al presentarla sometida al título, con su facticidad, al admitir bajo ciertos presupuestos la inversión de la posesión».

La certeza de estas afirmaciones va a darnosla el contenido de la publicación. La obra consta de dos grandes partes, destinada la primera al examen de la estructura de la posesión que conduce a la usucapión, y la segunda, al desarrollo en el tiempo de la posesión que conduce a la usucapión. Una y otra parte constan de secciones y capítulos diferentes. La obra lleva un sumario inicial y un índice alfabético de autores y obras consultados y citados en los diferentes pasajes de la misma. Para que el lector no pierda el itinerario ideológico del autor en su exposición, nos ajustaremos al mismo, distinguiendo:

Primera parte. Estructura de la posesión.—Consta de dos grandes secciones y en ellas hay que destacar diversos capítulos. La primera sección se refiere a los elementos integrantes de la posesión, y la segunda destinada al estudio de los caracteres.

a) *Elementos integrantes.*—A dos se reducen los que el autor estudia y que constituyen sendos capítulos, amplios y bien documentados. En el primero de los mismos se afronta el problema del elemento material de la posesión que conduce a la usucapión, y después de exponer la serie de valoraciones existentes (fácticas, exteriorización de un derecho, vínculo económico, sociológica y mixtas) recoge y resume su idea: el Derecho regula una serie de situaciones posesorias referidas al *corpus* (adquisición, conservación y pérdida), de cuyo contraste se pueden entresacar unos rasgos del mismo, que para mayor exactitud conviene referirlos separadamente a cada categoría de objetos. En todo caso, la posesión que conduce a la usucapión ha de ser en concepto de dueño y, consecuentemente, debe realizar y exteriorizar a través del *corpus* el concepto jurídico bajo el cual se configura. Se completa el estudio con las notas que deben matizar el poder material o tenencia de la cosa y su reflejo en la diversidad de supuestos que ofrece el campo jurídico.

El elemento volitivo, el concepto de dueño y el *animus possidendi* son los tres temas claves que el autor estudia en este segundo capítulo y que le da pie para examinar una serie de supuestos en los que la posesión se ostenta en otro concepto que no es el de dueño o aquellos en que el título ofrece singularidades específicas (nulo, inexistente, anulable, simulado, fiduciario, condición suspensiva, derivado de donación, condición resolutoria, titularidades limitadas, cotitularidades, etc.).

b) *Carácter de la posesión.*—El autor, al diseccionar el artículo 1.941 del Código civil, desglosa del mismo el carácter de posesión en concepto de dueño para estudiarlo, como hemos visto, en el conjunto de elementos de la posesión, y lo mismo viene a hacer con el carácter de «no interrumpida», que se desplaza a la segunda parte. Quedan como únicos caracteres que el autor estudia los de la posesión pública y pacífica. Sendos capítulos se destinan a cada materia. En materia de publicidad distingue el autor los matices que separan la misma de la idea de clandestinidad, señalando cómo para su criterio la publicidad de la posesión es, por consiguiente, una publicidad potencial. Y más que en el conocimiento real y actual del hecho posesorio, se desenvuelve en la potenciación, limitada dentro del círculo social, del conocimiento del mismo por todos cuantos se relacionaron con la cosa. La idea o carácter de posesión «pacífica» la desarrolla el autor examinando ciertos casos que pueden plantear algunos problemas: la adquirida contra la voluntad del antiguo poseedor o por «intervención» de la posesión que ya se tenía, la adquirida por delito, la posesión de mala fe, etc., así como la proyección de dicho carácter en el desarrollo del tiempo exigido por la ley.

Segunda parte: desarrollo en el tiempo.—A diferencia de la primera parte, en la que existían dos secciones y diversos capítulos, aquí únicamente se destinan dos capítulos a los exámenes concretos de dos materias fundamentales: la adquisición de la posesión y los límites de la misma.

a) *Adquisición de la posesión.*—Las cuestiones, que el autor enfoca con gran acierto en este capítulo, se ciñen al examen exhaustivo del artículo 438 del Código civil. El autor, tras el examen histórico del precepto, aborda la precisión terminológica, pues si para el mismo es identificable el término cesión de posesión con el de entrega, entrega y tradición se diferencian, ya que la entrega no produce necesariamente tradición—transmisión del derecho real—. La tradición es el efecto jurídico de la cesión de posesión. En ese campo, el autor va discurriendo en torno a di-

ferentes supuestos en los que aún, y a pesar de existir entrega, no hay transmisiones de derecho (falta de contrato traslativo, cláusulas de reserva de dominio, etc.), para luego pasar al examen de las diferentes formas de entrega, incluida la instrumental del artículo 1.462 del Código civil.

b) *Límites de la posesión.*—Al citar antes el artículo 1.941 del Código civil decíamos que el último requisito que el mismo exigía es que la posesión fuere «no interrumpida», y aquí, en este capítulo del libro, es donde el autor se ocupa de esta materia examinando los tipos de interrupción, las formas de interrupción (natural y civil) y la serie minuciosa de casos que la práctica va planteando (abandono, pérdida, echazón, posesión de un tercero, sucesivas desposesiones, recuperación, sentencia, citación judicial, otros momentos procesales, reconocimiento, etc.).

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

VÁZQUEZ BOTE, E.: *Elementos de Derecho hipotecario puertorriqueño*. Lex. París, Londres, Caracas, 1973.

El autor de esta publicación, ubicado en Puerto Rico hace una serie de años, es español, y en su forma de hacer y de exponer lo demuestra reiteradamente en todos sus escritos, que ven con relativa frecuencia la luz en diversas revistas españolas. De ahí que se haya metido en esa gran «aventura» de ofrecer al público estudioso del país de residencia, de una parte, un *Tratado de Derecho civil* y, de otra, unos *Elementos de Derecho hipotecario*. Además de español, fue durante mucho tiempo opositor de una de las carreras o cuerpos punteros de nuestro mundo jurídico. Quizá ahí es donde esté el germen de estos estudios.

Me voy a explicar. Terminada nuestra contienda entre «rojos y azules», los diferentes escalafones de los cuerpos estaban mermados y con numerosas lagunas. Comprendo que fue muy duro dejar el fusil y ponerse a estudiar «temas», pero lo cierto es que el gran número de plazas que se cubrieron en aquellas épocas repercutió considerablemente en los que posteriormente tuvimos que sufrir las estrecheces de unas puertas que sólo dejaban pasar de uno en uno lo que antes fue de ciento en fondo. La frase, estampada en la nota previa de uno de mis libros, es muy conocida para ahora repetirla. Pero lo que sí quiero destacar es que aquellas generaciones tuvieron pocos elementos de trabajo, mientras que la nuestra, por las dificultades y los años de espera, se «fabricaron» una serie fabulosa de «apuntes», notas y temas, que cubrían las más exigentes peticiones de esas otras generaciones que nos han seguido en el duro, pero deportivo, método selectivo de la oposición.

VÁZQUEZ BOTE pertenece a esa generación que tuvo que luchar. Cuando llega a Puerto Rico lleva en su maleta un conjunto de temas de hipotecaria que forman unos «apuntes», los cuales son la base de este libro que ahora comentamos. Ello no viene a ser más que el reflejo del momento histórico de una preparación a oposiciones y un producto de una serie de años de trabajo muy intenso. A ello añade el autor los aspectos inevitables de la legislación especial de Puerto Rico.

El autor califica su obra de «carácter interino». La frase dicha desde Puerto Rico puede tener el significado verdadero de su alcance, pero recibida aquí en España hace sonreír al comentarista, que pregunta: ¿En España hay algo que no sea interino o provisional y que a la larga no se convierta en definitivo?.. Ya creo que en otra ocasión he utilizado el

símil de la anotación preventiva al referirme al libro de GARCÍA DE ENTERRÍA. Esa figura, cuyo destino es caducar o convertirse en inscripción definitiva, es la imagen de muchas de las formas de proceder españolas: no podemos inscribir, hagamos una anotación y luego que sea lo que Dios quiera. Pues bien, si el autor estima «interino» su volumen asimilémosle a la anotación preventiva, pero yo me atrevería a situarlo dentro del campo de las inscripciones condicionadas..., condicionadas a que el autor siga escribiendo sobre la materia.

La obra es fácil de leer para el que ha militado en las filas de las oposiciones españolas. Su estructura responde a la parte «noble» del programa aún en vigor—a pesar de sus reformas—para el acceso a las mismas. Únicamente se prescinde en la publicación del estudio de las inscripciones especiales y, por supuesto, de la hipoteca y sus modalidades, así como del aspecto orgánico del Registro de la Propiedad. Ello quiere decir que la materia objeto de esta publicación está limitada a los conceptos genéricos de lo que debemos entender por Derecho hipotecario o inmobiliario, las evoluciones históricas de la legislación, los sistemas, los principios, el concepto de la finca, el título, el documento, el asiento, el titular, las condiciones y un apretado estudio de las menciones, las cancelaciones y las anotaciones.

Le siguen a la publicación una lista de autores y de obras, tanto puer-torriqueñas como españolas, fundamentalmente. Un índice de jurisprudencia con relación de casos incluidos referidos al Derecho de Puerto Rico, así como otro especial de resoluciones de la Dirección General y Tribunal Supremo de España y otras de Cuba. A ello le sucede un índice «temático» o de temas, aunque yo creo que es un índice alfabético de materias; otro índice de disposiciones utilizadas, y, por último, un índice sumarial del libro. A ello le precede una clave de abreviaturas empleadas.

Con este libro me sucede aquello que el gran ORTEGA Y GASSET dijera de la «conversación» en su ensayo sobre los *Dos utopismos*, y que se publicara en *La Nación*, de Buenos Aires, en el año 1937. Decía nuestro ilustre filósofo que: «Cuando la conversación no es un mero canje de mecanismos verbales, en que los hombres se comportan casi como gramófonos, sino que los interlocutores hablan de verdad sobre un asunto, se produce un curioso fenómeno. Conforme avanza la conversación, la personalidad de cada uno se va disociando progresivamente: una parte de ella atiende a lo que se dice y colabora al decir, mientras que la otra, atraída por el tema mismo, como el pájaro por la serpiente, se retrae cada vez más hacia su íntimo fondo y se dedica a pensar en el asunto. Al conversar vivimos en sociedad; al pensar nos quedamos solos. Pero el caso es que en ese género de conversaciones hacemos ambas cosas a la vez, y a medida que la charla progresa, las vamos haciendo con intensidad creciente; atendemos con emoción casi dramática a lo que se va diciendo, y al propio tiempo nos vamos sumiendo más y más en la soledad abismal de nuestra meditación.»

Los temas, las materias, los esquemas, los enfoques, me los sé. Al leer a VÁZQUEZ BOTE es como si estuviera conversando con él. Como si en ese momento me transportase a una época en la que—por vocación—me dediqué a estuchar temas de oposiciones. Y a lo que oía o leo ahora y asimilo, me sugería y ahora me sugiere un nuevo pensamiento. La materia es vieja, pero las sugerencias son nuevas. El tema, con ser permanente, provoca en quien lo escucha siempre una reacción ante las nuevas realidades o las inevitables necesidades. Estoy seguro que al leer esta recensión el autor, de cara aniñada, ojos claros y pelo rubio, pondrá un gesto céltico de comprensión.

Recorrer con el autor paso a paso los diferentes apeaderos de su obra me obligaría a detenerme en reflexiones que harían interminable esta

recensión. La ventana que el autor abre ante los ojos de un «trabajador» del Derecho hipotecario permite infinidad de matices en torno a los diferentes problemas que allí se abordan, desde la evolución histórica de la institución hasta los conceptos específicos de las diferentes clases de asientos, pasando, como era inevitable, por la teoría general y el examen de los principios hipotecarios.

Y llegado a este punto me vuelve a suceder lo que seguía diciendo ORTEGA en el trabajo antes citado: «Esta creciente disociación no se puede sostener en permanente equilibrio. De ahí que sea característico de tales conversaciones la arribada a un instante en que sufren un síncope y reina denso silencio. Cada interlocutor queda absorto en sí mismo. De puro estar pensando no puede hablar. El diálogo ha engendrado silencio y la soledad inicial precipita soledades.» Por eso, aquí y a estas alturas de la recensión, rompo el equilibrio de la relación autor-lector y termino.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTAS

REVISTAS COMENTADAS

Por FERNANDO MALO

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL.—Enero-marzo 1974.

Protección de la personalidad en el Derecho Privado, por RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ.

Nos encontramos ante un extenso estudio sobre el tema, en el que el autor empieza estableciendo la relación entre los derechos humanos y los derechos de la personalidad, para afirmar que entre ellos no existe «una absoluta identidad, sino una recíproca interdependencia», aludiendo los derechos humanos fundamentalmente a las relaciones individuo-estado y los de la personalidad a las relaciones entre los individuos y los terceros. Cabe también comprobar el hecho histórico de que los derechos de la personalidad han alcanzado su mayor realce después que la teoría de los derechos humanos se ha consolidado en el Derecho Internacional, así como el hecho de que los tipos de los derechos de la personalidad son menos numerosos y más precisos que los de derechos humanos.

El problema de la tipicidad de los derechos de la personalidad es objeto de numerosas teorías, desde las que propugnan un derecho único y general de la personalidad hasta las que creen en la existencia de tantos derechos como facultades tiene la personalidad.

El autor parece inclinarse por el punto de vista de FEDERICO DE CASTRO, que prefiere hablar de «bienes de la personalidad», entendidos como «todas

aquellas facultades que presupone el actuar libre de la persona y que derivan de esta cualidad», no impidiéndose con ello «que algunas de estas facultades, por estar perfectamente definidas en la Ley, constituyan auténticos derechos subjetivos, con las consecuencias que comporta esta categoría técnica».

Como caracteres de estos derechos señala los de extrapatrimoniales, innatos, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles. Recoge luego algunas clasificaciones doctrinales y se refiere a su eficacia, manifestada fundamentalmente en los límites a la autonomía de los derechos y en la imputación de responsabilidad a quien viola el deber jurídico de respetarlos.

¿Cuáles son los supuestos de responsabilidad por daño a los derechos de la personalidad?

La responsabilidad civil por delito o falta y la extracontractual o aquiliana por el hecho ilícito civil, siendo el daño producido el que genera el deber de reparación. En esta materia, señala el autor, citando a DIEZ PICAZO y GULLÓN, hay que moverse siempre dentro del caso concreto para saber cuándo se ha producido el daño realmente, huyendo de este modo tanto de un clima de indiferencia para con los peligros que a todas luces se ciernen hoy sobre lo más íntimo de la persona como de estimular de modo exagerado el sentimiento del «yo», actitud incompatible con las servidumbres de la convivencia, que exige un mayor grado de tolerancia.

Posteriormente aborda el problema de los derechos de la personalidad en la persona jurídica con una rica aporta-

ción jurisprudencial, centrada en los Colegios Profesionales, y teniendo en cuenta la aportación de los penalistas a tan debatida problemática.

de poner de manifiesto su perplejidad, le obligan a dejar constancia de la alta y pareja calidad del estudio.

La propiedad inmobiliaria urbana en el mundo actual: adquisición, protección y limitaciones, por los Notarios VICENTE FONT BOIX, ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, JOSÉ LUIS ESPINOSA ANTA, JOSÉ MADRIDEJOS SARASOLA, ENRIQUE PEÑA BELSA y LUIS ROJAS MONTES.

El estudio comienza haciendo una cita de las recomendaciones de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, que señala cómo «toda política de urbanismo deberá de subordinarse a la triple exigencia de repartir el espacio urbano, según funciones claramente establecidas, crear el cuadro necesario para el desarrollo de una vida cultural comunitaria que promueva en la población el sentido de pertenencia a una Comunidad de Vida y, en fin, permitir al hombre desarrollarse libremente».

Los instrumentos con los que ha contado tradicionalmente nuestro Derecho en materia de urbanismo, la propiedad y el contrato, se nos revelan como absolutamente insuficientes y pasan los autores a referirse, además de a los precedentes históricos, a la legislación de arrendamientos urbanos, viviendas sociales y urbanismo.

El trabajo sigue una metodología clásica, estudiándose los temas con rigor y claridad.

El ensayo abarca el objeto de la propiedad urbana, su contenido, adquisición, garantías y límites, con un capítulo más referido a sus expectativas en el futuro, lo cual significa, en 254 páginas, un estupendo material de inmediata y segura consulta. Los distintos problemas están tocados con tan justo equilibrio y el espacio de esta sección tan exiguo, que los autores hacen al comentarista la injusticia de no poder subrayar ninguno, con lo que, además

La capacidad del menor emancipado mayor de dieciocho años, por EDUARDO MÉNDEZ APENELA.

Nos encontramos ante 100 páginas bien escritas que aportan un criterio básico de interpretación respecto a la capacidad del menor emancipado y desarrollan este criterio particularmente en cada una de las instituciones civiles.

El modelo hermenéutico es éste: la capacidad del menor emancipado ha de interpretarse restrictivamente por el carácter excepcional de las limitaciones, escapando tanto de una interpretación literal de los artículos 317 y 59-3 como de una interpretación analógica.

Una interpretación literal nos llevaría al absurdo de afirmar que el menor emancipado por concesión puede donar sin el consentimiento de su padre, madre o tutor, mientras que el menor emancipado por matrimonio no tiene esta posibilidad (el término enajenación del 59 comprende la donación y la venta). Una interpretación analógica que dotara de amplitud a las limitaciones supondría la inoperatividad de la institución, porque toda obligación que el menor contrajera implicaría un riesgo indirecto para sus bienes presentes y futuros (art. 1.911).

Aunque esta hermenéutica legal parece que recoge el espíritu de la institución, MÉNDEZ APENELA se complace en lanzarla a la aventura de su contraste con la realidad, apretado lance del que la glosa resurge inalterable después de una arriesgada peripecia en la que pone a prueba todo su firme valor.

En el trabajo se va contemplando la institución del menor emancipado en su intersección conflictiva con otras instituciones civiles y mercantiles, por lo que el ensayo que nos ocupa tiene el carácter de un estatuto abreviado de la situación total del menor emancipado.

El sumario recoge, con la introducción, las restricciones generales a la capacidad del menor emancipado, las referentes al emancipado por concesión y los temas del menor emancipado y los bienes del matrimonio y el menor emancipado por matrimonio sin licencia.

Dentro de las restricciones generales estudia la enajenación y gravamen de inmuebles, refiriéndose al buque, al establecimiento mercantil, a la propiedad intelectual o industrial y al rango hipotecario; también pormenoriza en el préstamo, la patria potestad, la ausencia, el reconocimiento de hijos, la adopción, los arrendamientos rústicos, el mandato, el aval, el arbitraje, el testamento ológrafo, la testificación testamentaria, la capacidad de aceptar y repudiar la herencia, de partirla, el tema de los legados, la sustitución fideicomisaria y el albaceazgo.

Estudia después los supuestos más conflictivos que se plantean en cada tipo de emancipación.

El valor de este trabajo radica en que se contemplan en cada caso las opiniones de la doctrina más autorizada y se toma posición ante los problemas más vivos y dudosos. Me parece un excelente estudio, lleno de aciertos y sumamente práctico, que demuestra en el autor un dominio absoluto de la materia.

Las actas y los requerimientos notariales, sus problemas deontológicos y reglamentarios, por JOSÉ MARÍA SEGURA ZURBANO.

Este trabajo constituye un detallado estudio de las actas y requerimientos notariales, exclusión hecha de las de notoriedad y protesto, en razón a que su problemática ofrece una importancia suficiente como para ser tratadas con independencia.

Cuestión previa a toda esta problemática es la distinción entre escrituras y actas. Frente a la opinión que clasifica los instrumentos públicos, cita el autor a GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, para quien no existen distintos tipos de instrumen-

tos, sino diferentes casos instrumentales. Siguiendo a RODRÍGUEZ ABRADOS, recuerda que la Ley Orgánica del Notariado reguló solamente el instrumento público, siendo después los reglamentos los que impusieron sus diferencias en mérito a las menores necesidades formales que requerían ciertos casos instrumentales. «No hay, pues, una distinción, en igual plano, entre escrituras y actas, sino un género y un subgénero...» El párrafo 2.º del artículo 197 del Reglamento Notarial recoge esta idea al decir que «serán aplicables a las actas notariales los preceptos de la sección anterior relativos a las escrituras matrices, con las modificaciones siguientes...»

Como el acta es un instrumento destinado a probar un hecho mediante la actuación del Notario como funcionario público, se impone la rogación al Notario antes que comience la actuación notarial tendente a recoger aquellos «hechos y circunstancias», pues si el Notario es un testigo privilegiado, es lógico pedir que sea también un testigo atento.

El requirente ha de tener un interés legítimo y ser identificado a efecto de tener un conocimiento de su pretensión, pero la práctica notarial omite generalmente la exposición de finalidades, omisión críticamente valorada por SEGURA, que ve en ello un probable perjuicio a la fuerza probatoria del acta.

Estudia a continuación los problemas derivados de la rogación por carta, telegrama y mandatario verbal, y los deontológicos que ocasiona la falta de minuta o la comparecencia con la misma si ésta no es apta para producir efectos.

El Notario es un testigo privilegiado, no un perito. Puede testificar de lo que ve y de lo que oye, pero testimoniar sobre las sensaciones táctiles, gustativas y olfativas parece que desborda la objetividad estricta al ir tales apreciaciones teñidas de un claro subjetivismo.

Respecto a la competencia notarial del hecho a recoger, SEGURA ZURBANO afirma rotundamente que un delito no puede ser objeto de acta notarial, porque el artículo 1.º de la Ley Orgánica del Notariado advierte que el Notario es «el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudi-

ciales, siendo el delito algo que cae en la esfera judicial».

No parece consistente este criterio. El notario da fe de los actos extrajudiciales, es decir, de los que se produzcan fuera del juicio, como el Secretario del Juzgado da fe de los actos judiciales, o sea, de los que se producen en juicio.

El delito inicialmente no es más que un hecho. Si ese hecho puede entrañar responsabilidad criminal para su autor se abrirá el sumario, y sólo en el momento de la sentencia se sabrá si hubo o no delito y qué delito se consumó. El Notario que ve cómo un hombre da muerte a otro no puede asegurar que ha visto un delito: ha visto que un hombre ha dado muerte a otro, pero nada más. Por eso el Notario no puede invadir la esfera judicial si narra lo que ve, siendo, por el contrario, presunto autor de acusación y denuncia falsas (art. 325 del Código penal) si asegura que ha visto un asesinato o un homicidio y luego resulta que no hay delito por haber actuado el autor en legítima defensa.

Sin embargo, Segura admite la posibilidad de hacer constar en acta hechos constitutivos de delitos no perseguibles de oficio, sino a instancia de parte, cuando la denuncia o querrela no se hubiera realizado en el momento de la

rogación. La disponibilidad del ofendido sobre la iniciación del proceso no justifica la diferencia de trato. En ambos casos estamos ante simples hechos que pueden ser objeto de acta, y también en ambos casos compete al Juzgado calificar y condenar.

También nos parece dudosa la afirmación de que la autoridad o los particulares no pueden requerir al Notario para que registre una homilía. Dice rotundamente que no en base a que o bien «carecen de interés legítimo o su objetivo no puede dirigirse nada más que a la investigación de un esperado delito». La calificación de cuándo sea legítimo el interés se puede deducir de la propia finalidad que el requirente pretenda y, desde luego, el hecho de esperar un delito no es suficiente para denegar el requerimiento, pues se trata de preparar el ejercicio de una acción pública a la que el Notario colabora con una prueba inmediata de inapreciable valor. Negarse al requerimiento es tanto como negarse a la realización del orden jurídico.

Finalmente, se ocupa el autor de las Actas de Referencia. Las objeciones planteadas a sus criterios no desmerecen en absoluto el trabajo de SEGURA, de impecable sistemática, y, por lo que a mí respecta, de estimulante y amena lectura.

F. M.