

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año L ● Enero - Febrero 1974 ● Núm. 500



CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

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

Nota preliminar al número 500, por don LUIS DÍEZ-PICAZO 7

ESTUDIOS:

«Impugnación de la calificación registral», por TOMÁS OGAYAR AYLLÓN.	11
«Los principios hipotecarios y el Derecho comparado», por TIRSO CARRETERO GARCÍA	31
«Revocación <i>post mortem</i> del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro», por JOSÉ LUIS MERINO Y HERNÁNDEZ	47
«Delimitación del concepto de compraventa mercantil», por FRANCISCO VICENT CHULIÁ	75

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	147
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y JOSÉ QUESADA SEGURA	189
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	217

LIBROS:

«Estudios de Derecho Notarial», de PEDRO AVILA ALVAREZ, por JAVIER GARCÍA VALDECASAS DE LA CRUZ	225
«Las vías urbanas. Concepto y régimen de uso», de PEDRO ESCRIBANO COLLADO, por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY	227
«La persona adoptada», de JOSÉ ALBERTO RODRÍGUEZ CARRETERO, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	231

El presente volumen constituye el número quinientos en la cronología de la revista y es ocasión que no puede, ni debe, pasar inadvertida. Pensamos que, por el contrario, es digna de ser resaltada y subrayada. Quinientos números de una revista jurídica, que además se mueve en el plano de una evidente especialización, dentro del campo de las disciplinas del derecho, es algo que constituye ya, por sí solo, signo de laboriosidad y constancia.

En un primer momento creímos que debíamos festejar el acontecimiento dedicando a nuestros lectores y suscriptores un número extraordinario. Está, sin embargo, muy próxima ya—se cumple en el próximo año 1975—la fecha del cincuentenario de la revista. El Consejo de Redacción ha estimado, por ello, que es preferible demorar hasta esa efemérides la publicación del número extraordinario, que, sin embargo, anunciamos ya desde aquí y que comenzamos a preparar.

Este número es, pues, un número ordinario, que sale a la luz sólo con el orgullo que le proporciona la cifra que en él aparece, como testimonio escueto, según antes decíamos, de una tarea paciente e ingente.

No sería justo, sin embargo, que en este momento no recordáramos que la mayor parte de la gloria posible de estos quinientos números de la REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO le corresponde a su fundador, hipotecarista eximio, civilista de gran talla y maestro de juristas, don Jerónimo González y Martínez, que fue, hasta su muerte, no sólo la fuente de inspiración, sino el alma misma de la revista, junto con sus más estrechos y directos colaboradores, que, sin desmayo, continuaron la obra emprendida. Podría recordar aquí muchos nombres ilustres.

Finalmente, justo es también que en el capítulo de agradecimiento la redacción de la revista exprese la deuda que tiene con el Ilustre Colegio

Nacional de Registradores de la Propiedad, bajo cuyo generoso mecenazgo la revista se encuentra, así como al Centro de Estudios Hipotecarios y a las personas que tan certeramente lo han dirigido y lo dirigen.

Recordada la efemérides y cumplida la deuda de gratitud, damos a la imprenta, según hemos dicho, un número ordinario, porque estimamos que la fecha es, antes que momento idóneo para volver la vista hacia atrás y contemplar el largo camino recorrido, sobre todo momento apropiado para echar la vista hacia adelante y continuar, sin más fatiga que la necesaria, en el cumplimiento de los propósitos que el Consejo de Redacción de esta revista trazó en la nueva fase que se abrió hace ahora diez años: conservar su sentido eminentemente crítico, conjugándolo con una preocupación seria por servir a finalidades esencialmente prácticas, y ser un vehículo de difusión de toda clase de preocupaciones intelectuales de orden jurídico, colaborando en la incesante reconstrucción que el derecho necesita.

ESTUDIOS

Impugnación de la calificación registral

SUMARIO: I. *Función calificadora del Registrador*: 1. Su concepto.—2. Su naturaleza jurídica.—3. Su extensión y alcance: a) Legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción; b) Capacidad de los otorgantes; c) Validez de los actos dispositivos.—4. Su necesidad.—II. *Recursos contra la calificación*: 1. Manifestación de los defectos.—2. Clases de recursos: a) Recurso judicial. b) Recurso gubernativo.—III. *Propuesta de reforma*.

I

FUNCION CALIFICADORA DEL REGISTRADOR

1. SU CONCEPTO.—Uno de los principios en que se asienta nuestro sistema hipotecario es el de legitimación registral, que se traduce en que los asientos del Registro tienen sustantividad propia, al imponerse su credibilidad mientras no se demuestre su inexactitud. La inscripción es el presupuesto necesario para que actúe tal principio, recogido en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que obra como presunción *iuris et de iure* cuando hay que proteger a todo trance al tercero, como seguridad del tráfico jurídico, y fuera de este caso constituye una presunción *iuris tantum*, pues se mantiene como verdadera la titularidad inscrita mientras, puesta la misma en tela de juicio, no se demuestre que no concuerda con la realidad jurídica.

Ello se traduce en la presunción de exactitud del contenido del Registro, presumiéndose que el derecho existe y pertenece al titular registral, y esta presunción implica lógicamente la existencia de un previo trámite depurador de la titulación presentada a inscripción, pues en los libros hipotecarios solamente deben tener acceso los títulos válidos y perfectos, lo que supone que los mismos, para ser inscritos, han de ser some-

tidos a un previo examen o calificación, que constituye el medio para hacer efectivo el principio de legalidad.

«La calificación—según ROCA SASTRE (1)—consiste en el examen, censura o comprobación que de la legalidad de los títulos presentados a Registro verifica el Registrador de la Propiedad antes de proceder a la registración de los mismos, denegándola o suspendiéndola cuando no estén arreglados a Derecho.»

MORELL Y TERRY (2), de un modo análogo, afirma que la calificación es la facultad de examinar, censurar, admitir o rechazar el título sujeto a inscripción, el acto por el cual el Registrador examina los títulos inscribibles y decide sobre su admisión o no admisión en el Registro.

Por nuestra parte, afirmamos que la función calificadora es un medio indispensable para que el principio de legalidad actúe, y consiste en comprobar la legalidad de los documentos presentados, tanto por sí como relacionándolos con los obstáculos que el Registro pueda oponer al asiento pretendido.

Ha sido objeto de discusión entre los tratadistas si debe o no concederse esta facultad calificadora al Registrador. Ello depende del sistema hipotecario que se adopte. En el nuestro hay que reconocer que existe una dualidad de funcionarios—Notario y Registrador—que ejercen la calificación del mismo título inscribible, de todo él, tanto en su forma como en su contenido, pues ambos aprecian la legalidad de las formas extrínsecas del documento, la capacidad de los otorgantes y la validez de la obligación, y que al nacer el derecho del título y no de la inscripción, lo natural es que la calificación se haga en el momento de nacer el derecho, pues si después de nacido éste puede declararse que no es viable, no cabe duda que ello sería causa de trastorno en las relaciones de derecho sobre la propiedad, máxime cuando el Notario y el Registrador, ambos funcionarios del Estado y con preparación idéntica, concurren en la apreciación jurídica de un mismo acto jurídico, con resultados a veces contradictorios, como acredita la experiencia. Ello roza el delicado problema de la contratación directa ante el Registrador o de la unificación funcional de los cuerpos Notarial y de Registros (3), ajeno a nuestro estudio, y sin dejar de reconocer que sobra una calificación, el suprimir una de las dos actualmente existentes o adoptar la distinción entre el negocio obligacional y el de disposición, que preconizaba JERÓNIMO GON-

(1) *Derecho Hipotecario*, tomo II, 5.ª ed., págs. 5-6.

(2) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1917, tomo II, pág. 250.

(3) LÓPEZ MEDEL: «Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1958, págs. 618-621.

ZÁLEZ (4), exigiría una modificación bastante sustancial de nuestro sistema.

2. SU NATURALEZA JURÍDICA.—El procedimiento registral comprende una serie o sucesión de actos regulados por la norma jurídica, a través de los cuales el Registrador, como funcionario público, realiza la función correspondiente, pues desde que se solicita la inscripción hasta que se acuerda por aquél suspender, denegar o inscribir, se origina el típico procedimiento registral, y el examen de su naturaleza jurídica equivale al de la función que el Registrador realiza a través del mismo, lo que se traduce en el estudio de la naturaleza de la función calificadora.

Esta no tiene carácter jurisdiccional, a pesar de la defensa que del mismo hizo ROMANI CALDERÓN (5), lo que es lógico, porque la función jurisdiccional se realiza a través del proceso, mientras que la función registral se desenvuelve a través de un mero procedimiento, o sea, una serie de actos mediante los que realiza su actividad un órgano público. Tal función no tiene por objeto el examen de pretensiones, puesto que no se pide nada frente a nadie ni se pide de un órgano jurisdiccional, y, como dice GONZÁLEZ PÉREZ (6), el examen sobre la adecuación entre la solicitud y el Derecho positivo es común a todas las funciones administrativas en que existe un procedimiento a instancia del particular, en las que el funcionario administrativo examina de oficio si la solicitud está de acuerdo con lo dispuesto en la norma, y el Registrador es un auténtico funcionario administrativo.

En vista de que la función calificadora no encaja dentro de los caracteres típicos de la función jurisdiccional, la doctrina dominante, acogida por la Dirección General en sus Resoluciones, considera a la misma como actividad típica de jurisdicción voluntaria, puesto que no existe controversia entre partes, sino una mera petición, sobre la que el Registrador se pronuncia en cuanto a su legalidad, e incluso es frecuente la afirmación de que el Registrador es un auténtico Juez, conservador de la propiedad inmobiliaria. La Dirección General alguna vez ha atribuido al Registrador la categoría de *Juez territorial* (7), y JERÓNIMO GONZÁLEZ sostiene que aquél ejerce funciones de carácter *judicial* en cuanto con conocimiento de causa decide, para los efectos de la inscripción, sobre

(4) *Principios hipotecarios*, pág. 276.

(5) «Carácter de la función calificadora», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1927, pág. 81.

(6) «Naturaleza del procedimiento registral», en la *Revista Crítica*, citada, 1949, pág. 581.

(7) Véanse, entre otras, las Resoluciones de 11 de diciembre de 1917 y 20 de abril y 29 de mayo de 1925.

la existencia y el alcance de un derecho (8), colocando a la función calificadora entre los actos de jurisdicción voluntaria (9), opinión que sustentan tratadistas de la talla de COSSÍO (10) y ROCA SASTRE (11), entre los más significados, pues hay que reconocer que esta posición es la dominante en la actualidad, recogida y aceptada por la Dirección General en las Resoluciones de 13 de septiembre de 1926 y 10 de abril de 1934, entre otras muchas.

¿Qué es la jurisdicción voluntaria? GUASP (12) nos dice que es «la administración judicial del Derecho privado», y desde el punto de vista legal, el artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara que «se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesario o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas». Esta definición legal sólo tiene en cuenta los actos que la propia ley de enjuiciar regula, pero GUASP le asigna como nota distintiva la presencia de un órgano jurisdiccional, que es lo que da garantía y seguridad al tráfico jurídico, hasta el punto de que si por su esencia intrínseca puede discutirse y hasta sostenerse que la misma no es verdadera jurisdicción, sino actos de administración, por su realidad viva hay que estimarla como una variante del concepto único de jurisdicción y, por ende, de naturaleza pública.

La doctrina científica no se pone de acuerdo sobre el verdadero sentido, fin y contenido de esta jurisdicción, sobre la que no existe un concepto exacto y apropiado, ni hay unanimidad sobre su naturaleza jurídica; pero sin entrar en tan interesante tema, creemos inadecuada la concepción de «jurisdicción voluntaria extrajudicial», porque los funcionarios que en ella deben intervenir no tienen poderes jurisdiccionales ni facultades resolutorias, y los actos de jurisdicción voluntaria son, como dice SÁEZ Y LÓPEZ (13), tipos especiales de procesos, caracterizados por la falta de contradicción, pero cualificados por la necesidad de una inicial pretensión y de una resolución final, y responden a la necesidad de declarar o constituir derechos, prevenir cautelarmente otros litigios, constituir estados jurídicos o proteger personas o patrimonios necesitados de tutela jurídica.

Ya es clásica la distinción entre proceso y procedimiento, entendiéndose éste como la forma de desenvolverse aquél. En las funciones admi-

(8) *Principios hipotecarios*, pág. 266.

(9) Obra antes citada, pág. 275.

(10) *Lecciones de Derecho hipotecario*, 1945, págs. 44 y sigs.

(11) *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1954, tomo II, 5.ª ed., págs. 10-12.

(12) *Derecho procesal*, pág. 1639.

(13) *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, Madrid, 1968, tomo III, volumen IV, pág. 328.

nistrativas existe también un procedimiento, que regula la solicitud o instancia del particular, y el funcionario administrativo debe examinar aquélla para saber si está de acuerdo con la legalidad vigente, y como el Registrador es un verdadero funcionario administrativo, y su misión principalísima es la de extender asientos en los libros, el cumplimiento de esta función no puede conceptuarse como acto de jurisdicción voluntaria, sino el desempeño normal de su oficio o cometido, al que no es necesario poner motes para saber que el Registrador registra, y para ello ha de examinar y calificar el título objeto del asiento pretendido.

3. SU EXTENSIÓN Y ALCANCE.—En el ejercicio de la función calificadora, el Registrador ha de calificar de un modo definitivo y, en su consecuencia, ha de inscribir, suspender o denegar, resolviendo él mismo las dudas que se le presenten, las que no puede elevar a la superioridad, porque en ningún caso pueden ser objeto de consulta las materias o cuestiones sujetas a su calificación (14). Tiene plena independencia en su misión, hasta el punto de que nadie puede imponer una calificación determinada al Registrador, y, como lógica consecuencia, actúa bajo su exclusiva responsabilidad, según lo establece el artículo 18 de la ley.

Ahora bien: ¿a qué se extiende esta calificación? Lo precisa el artículo 18 citado, el que dispone que la función calificadora se extiende a:

a) *La legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción.*—Se refiere, esencialmente, a los tres importantes extremos de *competencia, requisitos de formalización y autenticidad*. En los documentos judiciales (y en los administrativos, por aplicárseles las mismas reglas), los Registradores están facultados por el artículo 99 del Reglamento para calificar la competencia de los funcionarios judiciales por razón de la materia o de la cuantía, y en los documentos notariales la calificación se extiende a la competencia del Notario autorizante, tanto atendiendo a la materia como al territorio, si bien, por mucha que sea la amplitud con que ejerzan esta función, no debe el Registrador investigar las circunstancias en que el Notario ha sido habilitado para actuar en un distrito, bastando que aquél, bajo su responsabilidad, lo haga constar (15).

La calificación se extiende también a la forma y solemnidad de la escritura o acta matriz y de sus copias, disponiendo el artículo 98 del Reglamento que el Registrador considerará como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos de toda clase las que afecten

(14) Así lo dispone el artículo 273 de la Ley Hipotecaria.

(15) Así lo establece la Resolución de 9 de agosto de 1940.

a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos, siempre que resulten del texto de dichos documentos o puedan conocerse por la simple inspección de ellos, así como también debe apreciarse la no expresión o la expresión defectuosa de cualquiera de las circunstancias que debe contener la inscripción, bajo sanción de nulidad.

Es lógico que el Registrador, antes de practicar el asiento solicitado, se asegure de que el documento presentado está autorizado por funcionario competente para ello, que el mismo está extendido con las formalidades legales y que la copia aportada es auténtica, por lo que la calificación sobre dichos extremos es necesaria para que el documento tenga acceso al Registro.

En las escrituras públicas se califica, además, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos, por lo que resulte de las mismas escrituras.

b) *Capacidad de los otorgantes.*—El Notario está obligado a calificar la capacidad jurídica de los otorgantes del instrumento público, haciéndolo constar expresamente en él, y para ello ha de examinar si tienen, a su juicio, la aptitud para ser sujeto de una relación jurídica, su capacidad de obrar, las incapacidades y prohibiciones legales para el acto de que se trate y la aptitud del representante voluntario o legal. Sobre estas mismas circunstancias ha de ejercer el Registrador su función, con lo que se convierte aquél en fiscalizador del Notario, pudiendo la calificación de éste resultar estéril si la registral es disconforme de la del fedatario.

Como en nuestro sistema hipotecario el derecho nace del título y no de la inscripción, la calificación debiera hacerse en el momento de nacer el derecho y no después, dado que nacido éste no debe declararse posteriormente que no es viable, por la inseguridad que ello produce en las relaciones jurídicas. Y es un contrasentido que pueda el Registrador suspender o denegar un asiento por defectos de capacidad de alguno de los otorgantes, y, sin embargo, la escritura en que ello suceda es válida y produce todos sus efectos jurídicos mientras que por la autoridad judicial, en el procedimiento adecuado, no se decreta su nulidad.

Después de nacido y calificado como perfecto un derecho, sólo debía ser controvertida tal calificación judicialmente.

c) *Validez de los actos dispositivos.*—También la función calificadora se extiende a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro, según el citado artículo 18 de la ley. Ello supone que el Registrador califica la validez de la obligación, esto es, del acto jurídico en sí, del

vínculo de derecho creado entre las partes, lo que equivale a calificar el contenido o fondo del documento, la esencia del acto o contrato que con la escritura se acredita.

Esto no se refiere a los documentos judiciales ni a los administrativos, pues el fondo de ellos rebasa la calificación del Registrador, ya que éste no puede apreciar ni menos juzgar de la justicia intrínseca de la resolución que constituye su contenido; afecta sólo al fondo o circunstancias intrínsecas de las escrituras públicas.

El pensamiento de la primitiva ley no fue ése, según asevera LA SERNA, el que afirmaba que se ha limitado la ley a las nulidades que son patentes, sin autorizar a los Registradores a llevar más adelante sus investigaciones ni entrar en el examen de la validez o de la nulidad de las escrituras bajo otros aspectos, cuya apreciación, en su caso, sólo corresponderá a los Tribunales, cuando sean excitados por los particulares. Si ésta fue la idea del legislador, hay que reconocer que se expresó mal, y en el Reglamento ya no se aludía a nulidades patentes del documento que llevan consigo la nulidad de la obligación, sino que claramente se refiere a nulidad del acto o contrato en sí mismo, con independencia completa de las solemnidades externas del título, y hoy el artículo 65 de la ley abarca, al relacionarse con el 18, tanto las nulidades del título como las del acto o contrato, y lo mismo las que afectan a la forma como las que integran el fondo.

Para ello, el Registrador debe comprobar si el acto jurídico otorgado es válido o nulo, tanto en sí mismo como por sus condiciones, con arreglo a las disposiciones legales que le sean concretamente aplicables, esto es, debe apreciar la validez o nulidad del acto con arreglo a la ley, y en cuanto resulte del documento en sí mismo o de los necesarios para su inscripción; pero para ello es preciso que el vicio o defecto resulte del documento mismo, y la nulidad sea clara, necesaria y patente. Hay ciertas causas de nulidad, como los vicios del consentimiento o la ilicitud de la causa, que no pueden ser calificadas por el Registrador, dado que de hacerlo supondría invadir la competencia de los Tribunales, y el arrogarse la protección y defensa de los interesados, que son los únicos que pueden apreciar la trascendencia y resultado del acto o contrato, que o no la necesitan o tienen marcados en la ley sus defensores.

Es una pena que no se tuviera en cuenta la idea del legislador de 1861, según expresa LA SERNA, quien debía estar enterado porque formó parte de la Comisión que formuló el Proyecto, y limitarse la calificación, en su caso, sólo a las nulidades patentes y manifiestas; pero como éstas ha debido tenerlas presentes el Notario autorizante de la escritura, la función calificadora supone una fiscalización notarial, depresiva para este

funcionario e ineficaz para los interesados, puesto que para éstos el contrato es válido mientras no se solicite de la autoridad judicial que decrete su nulidad en el procedimiento adecuado.

4. SU NECESIDAD.—El Registrador, en el ejercicio de su función calificadora, tiene plena independencia y, como corolario, plena responsabilidad. Ahora bien, ¿debe concedérsele esta facultad de calificar los títulos inscribibles?

Hay dos sistemas opuestos: negar en absoluto a los Registradores tal facultad y concedérsela, bien en absoluto o sólo con relación a determinados extremos. La implantación de uno u otro sistema depende del concepto y fines que se atribuyan al Registro de la Propiedad y al carácter que se asigne al Registrador. Así, si el Registro se considera sólo como una oficina que se limita a transcribir los documentos presentados para darles una publicidad más o menos completa, sobra la calificación; pero si aquél es una institución destinada a constatar la historia jurídica de la propiedad inmueble, la calificación es necesaria.

¿Quién ha de ser el funcionario que califique? Ya hemos dicho antes que ello depende del sistema hipotecario que se adopte. Si el derecho real nace sólo mediante el otorgamiento de la escritura o por la resolución y firma del título, el funcionario que autorice este título es el que debe asegurarse de la identidad de las personas y cosas y el que ha de apreciar la capacidad de las partes y la validez de la obligación. Si, por el contrario, el derecho real nace por la inscripción con independencia del título, el funcionario que inscribe es el que debe calificar. Si domina un criterio ecléctico, el derecho real nace para las partes por el hecho del consentimiento, y para el tercero hipotecario por la inscripción.

Este último sistema es el seguido en nuestra patria. El Notario aprecia la capacidad de los otorgantes y la legalidad del acto y del instrumento, y estas mismas circunstancias las aprecia y examina el Registrador al calificar, lo que es lógico en nuestro sistema hipotecario, dado que el Registro publica los actos relacionados con la propiedad inmueble y otorga preferencias a los terceros que inscriben, por lo que el Registrador tiene derecho a asegurarse de la validez y firmeza de lo que inscribe, máxime cuando la inscripción hay casos en los que se sobrepone a derechos perfectos nacidos y calificados legalmente con anterioridad, como sucede en el caso de doble venta, que prevé el artículo 1.473 del Código civil, que otorga la preferencia para adquirir la propiedad al que antes haya inscrito su adquisición en el Registro.

En Derecho constituyente sobra, desde luego, una calificación, pero mientras no se modifique sustancialmente nuestro sistema hipotecario, no hay más remedio que aceptar esta duplicidad de calificaciones, con

todos los inconvenientes que lleva consigo. Hoy día, la calificación registral se desenvuelve en tan desmedidas desproporciones, que, como decía JERÓNIMO GONZÁLEZ (16), abarca todo lo divino y lo humano, y sería muy conveniente deslindar los campos de actuación del Notario y del Registrador para evitar los resultados, a veces contradictorios, que hoy se dan en la apreciación jurídica de un mismo acto jurídico, lo que provoca una serie de gastos y complicaciones. ROCA SASTRE, inspirándose en la legislación germánica, en la que la calificación ha quedado extraordinariamente limitada por la separación del acto causal (venta, cesión, etc.), que apenas si es tenido en cuenta para los efectos del Registro, y el acto propiamente inscribible (transferencia de la propiedad, constitución de servidumbre, etc.), cuyos elementos son pocos y simples, sostiene que el Notario podría limitarse al negocio obligacional, y el Registrador al de disposición (17).

Lo esencial es deslindar racionalmente la esfera de actuación de ambos funcionarios, bien por procedimiento análogo al alemán o por otro sistema que permita eliminar las posibles contradicciones en la calificación.

II

RECURSOS CONTRA LA CALIFICACION

1. MANIFESTACIÓN DE LOS DEFECTOS.—Como resultado de la calificación, el Registrador practica la inscripción pedida o la rechaza provisional o definitivamente, según que el defecto observado en el título sea subsanable o insubsanable. En el primer caso, como se accede a lo instado por los interesados, la decisión del Registrador es inatacable, al no caber reclamar contra la calificación en sí. Pero si aprecia defectos en el título, que impiden la inscripción de éste, surge por esta apreciación una oposición a las pretensiones de los interesados, que puede perjudicarles, y como el Registrador no es infalible, hay que arbitrar de medios a las partes para que puedan combatir la calificación registral.

Ello implica que se manifieste a los interesados el resultado de dicha calificación, obligación que consagra el artículo 19 de la Ley y que normalmente se hace de palabra o por nota aparte del título, para que les sea posible subsanar el defecto o, si es insubsanable, puedan, si lo prefieren, recoger el título sin otra nota que la expresiva de haberse prac-

(16) *Principios hipotecarios*, cit., pág. 276.

(17) *Derecho hipotecario*, cit., tomo II, 5.ª ed., pág. 7.

ticado el asiento de presentación (18), para volver, transcurrido el plazo de efectividad de éste, a presentar otra vez los títulos correspondientes para ser objeto de nueva calificación. Así lo autoriza el artículo 108 del Reglamento, y la Dirección ha confirmado reiteradamente la procedencia de nueva calificación de un documento anteriormente calificado (19).

Lo natural es que el Registrador comunique a los interesados y al Notario autorizante de la escritura el resultado de su calificación, y durante la vigencia del asiento de presentación se pongan de acuerdo sobre los defectos anotados. Si este acuerdo no se consigue y el presentante lo reclamare, extenderá el Registrador al pie del título, en forma clara y precisa, nota expresiva del defecto o defectos que éste contenga, los motivos en que se base la calificación y el alcance de ésta (art. 106 del Reglamento), sin ambigüedades, oscuridad o generalidades que puedan inducir a error, e incluyendo todos los motivos o razones de suspensión o denegación, cual previene el artículo 127 del Reglamento. Esta nota, con la claridad y detalles expuestos, es la que contiene la calificación y la que puede ser impugnada en los oportunos recursos.

2. CLASES DE RECURSOS.—Es opinión muy generalizada entre los tratadistas que contra la calificación registral hay dos clases de recursos, el *gubernativo* y el *judicial*.

A) *Recurso judicial*.—El artículo 66 de la ley prescribe que los interesados no conformes con la calificación del título presentado a registración pueden acudir a los Tribunales «para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos», y de este precepto deducen los tratadistas hipotecarios que existe un recurso judicial contra la calificación del Registrador.

Este precepto no puede decirse que establezca un recurso jerárquico, sino un verdadero juicio, para contender acerca de la *validez* del título que el Registrador considera defectuoso, por lo que no tiene ni puede tener la naturaleza de recurso y sí la de un juicio declarativo cuyo fallo hay que acatar.

Sólo pueden promoverlo los interesados, cual previene el citado artículo 66, pero no el Notario autorizante, porque a éste sólo le compete defender que la escritura fue autorizada con todos los requisitos legales, pero no la validez o nulidad de lo convenido por las partes contratantes. Tampoco es parte en estos litigios el Registrador, y los Tribunales no acordarán su citación o emplazamiento en el caso de que en

(18) Así lo autoriza el artículo 434 del Reglamento Hipotecario vigente.

(19) Véanse, entre otras, las Resoluciones de 20 de julio de 1902, 13 de julio de 1933, 27 de agosto de 1941, 9 de marzo de 1942, 8 de noviembre de 1952, 4 de marzo de 1953, etc., pues la doctrina es constante y reiterada.

tales pleitos fuese demandado, debiendo sobreseerse el procedimiento, en cuanto a dicho funcionario, en cualquier momento en que, de oficio o por gestión de cualquier persona, se haga notar que, contraviniendo la expresada prohibición, se ha entendido el procedimiento con el Registrador (20), pues aunque éste califique de nulo el título, la contención acerca de su nulidad o validez ha de ser sólo por los interesados entre sí.

Este litigio, mal llamado recurso judicial, puede ser promovido en cualquier tiempo o interponerlo a la vez o después que el gubernativo, pues nada se opone a que se acuda al procedimiento judicial después de haber perdido el gubernativo; pero si se presenta la demanda dentro de los sesenta días de vigencia del asiento de presentación, y se pide su anotación antes que dicho asiento caduque, los efectos de la sentencia que recaiga se retrotraerán a la fecha de la presentación.

Como es lógico, no hay reglas que desenvuelvan en este punto el repetido artículo 66, porque la tramitación que debe seguirse es de la competencia de la ley procesal, que es la que regula el juicio declarativo ordinario, y su fallo ha de acatarse por todos, incluso por el Registrador, el que está obligado a practicar la inscripción del título declarado válido por el juzgador, aunque aquél lo hubiese calificado de nulo. Esta es la consecuencia de dar a la calificación registral proporciones desmesuradas.

B) *Recurso gubernativo*.—Contra la calificación registral cabe apelar ante el superior inmediato del Registrador, a fin de que confirme o revoque aquélla, con la única finalidad de declarar si existen o no los defectos imputados al título calificado.

Es el remedio que se concede a todo el que se sienta agraviado por la calificación para que el superior la enmiende o revoque, dictando la resolución que se considere más justa. Esta alzada se interpone ante el Presidente de la Audiencia Territorial, el que no es funcionario administrativo, sino autoridad judicial, por lo que no es exacta la calificación de gubernativo asignada a este recurso, dado que el funcionario encargado de resolverlo no aplica ni puede aplicar ningún procedimiento administrativo, y lo resuelve por medio de auto, que es una de las formas que adoptan las resoluciones judiciales. Contra su decisión se admite una única alzada ante la Dirección General de los Registros, que sí es órgano administrativo, por lo que, en realidad, este recurso, a pesar de su desafortunada denominación, es híbrido, mezcla de judicial—en su primera instancia—y de gubernativo—en su segunda.

También es esencial que el recurso se interponga ante el *superior inmediato* del Registrador. ¿Tiene este carácter el Presidente de la Audiencia Territorial? No. El Presidente de la Audiencia es el Inspector per-

(20) Así lo dispone el artículo 132 del Reglamento.

manente de los Registros de su territorio, a los que puede visitar para conocer su estado y funcionamiento; pero sus facultades no se extienden a ejercer funciones registrales, por lo que propiamente no es el superior inmediato del Registrador. Por consiguiente, este recurso, con dos instancias, se interpone ante el Inspector permanente y no ante el superior, y en su primera fase o instancia se plantea y resuelve por la autoridad judicial, por lo que es inadecuada la denominación de gubernativo con que se designa en nuestra legislación hipotecaria.

La doctrina científica viene preconizando el establecimiento de un recurso de reposición contra la calificación, para que, en vista de los argumentos y razones que en él se aduzcan, pueda el Registrador modificar su criterio si aquéllos le convencen, evitándose así la tramitación del recurso gubernativo. Esta reposición está admitida, aunque sólo de un modo indirecto, en el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, el que previene que el Registrador, al que hay que pedir informe en todo caso, puede rectificar la calificación recurrida en todo o en parte, y si se conforma con la petición del recurrente, el Presidente de la Audiencia dará por terminado el recurso, incluso cuando sea interpuesto por el Notario a efectos exclusivamente doctrinales, dado que, cual declara la Resolución de 10 de octubre de 1972, al rectificar el Registrador su calificación, aceptando los argumentos alegados por el recurrente, falta tan fundamental presupuesto para la procedencia del recurso y debe darse el mismo por terminado.

Como el recurso gubernativo participa de la misma naturaleza que la calificación, y ésta ya hemos dicho que es función administrativa, es lógico que dicho recurso sea también administrativo, pero tiene las características siguientes:

a) Se interpone ante y se resuelve no por el superior jerárquico del Registrador, sino por órgano distinto. El Registrador de la Propiedad depende de la Dirección General de los Registros (art. 259 de la Ley Hipotecaria) no del Presidente de la Audiencia, que únicamente es Inspector permanente de los Registros de su territorio (art. 269 de dicha ley), por lo que la primera anomalía que se produce en el procedimiento administrativo de impugnación de la calificación registral es que el recurso no se resuelve por el superior jerárquico del órgano administrativo que dictó el acuerdo impugnado, sino por órgano distinto.

b) El superior jerárquico (la Dirección General) interviene como órgano de segunda instancia, al conocer del recurso de apelación que se interponga contra el auto del Presidente de la Audiencia; su intervención es, pues, *a posteriori*.

c) Y otra característica es que el acuerdo de la Dirección *causa estado* dentro de la esfera registral, ya que no es susceptible de impugnación ante el superior jerárquico de la misma, al no poderse recurrir ante el Ministro de Justicia (21).

¿Qué valor tienen las resoluciones de la Dirección General? No cabe duda de que, dentro de la esfera registral, *causan estado*, ya que contra ellas no cabe recurso alguno. El auto presidencial, si no es apelado, tiene la misma fuerza, y ambos exoneran de responsabilidad al Registrador en cuanto le *ordenan* anotar e inscribir, ya que para aquél son obligatorias tales resoluciones.

Estas constituyen una doctrina oficial emanada de órgano administrativo al servicio de la aplicación del Derecho privado. No constituye lo que algunos llaman jurisprudencia hipotecaria, la que no forman, en el sentido propio de la palabra, ni tampoco doctrina legal a los efectos del recurso de casación, pues la doctrina susceptible de ser invocada en dicho recurso extraordinario es la emanada de la Sala a que, en concreto, está encomendada esa misión, y en las materias sobre que se ejercita su actividad, sin que, por mucha que sea su autoridad científica, tengan ese valor las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, según reiterada declaración jurisprudencial (22).

Las decisiones emanadas de la Dirección no cabe duda que han de ser acatadas por los Registradores, y éstos han de practicar lo que aquéllas acuerden. No tienen ese valor para el Notario, el que puede seguir opinando en contra de lo resuelto e incluso plantear, en asunto distinto, el mismo problema, y para los interesados tampoco son vinculantes, dado que el problema de la validez de los actos dispositivos pueden, después de resuelto por el Centro directivo, discutirlo en vía judicial, con el efecto de que la sentencia que se dicte prevalecerá sobre lo acordado por la Dirección, y el Registrador ha de cumplir, en definitiva, lo que dicha sentencia disponga.

Este dualismo de decisiones normalmente no es contradictorio, porque la Dirección General acepta y se somete, por lo general, a las orientaciones y doctrinas del Tribunal Supremo, pero la discordancia se produce, aunque pocas veces, así como la invasión de atribuciones, pues algunas resoluciones parecen más propias de Tribunales de Justicia que de orga-

(21) Véase el trabajo de GONZÁLEZ PÉREZ: «La impugnación de los actos registrales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1955, págs. 515-552.

(22) Véanse las sentencias de 21 de enero de 1895, 22 de febrero de 1897, 12 de febrero de 1902, 26 de marzo de 1903, 10 de julio de 1916 y 24 de enero de 1928, entre otras muchas.

nismo administrativo, cual pone de relieve CÁNOVAS COUTIÑO (23) al estudiar esta duplicidad. Y la discrepancia se da, aunque prácticamente muy pocas veces, siendo la última la originada por la defectuosa reglamentación del consentimiento *uxoris*, habiendo declarado la jurisprudencia que si el marido enajena los bienes a que se refiere el artículo 1.413 del Código civil sin intervención ni consentimiento de su mujer, el acto es anulable, aplicándose las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital, por lo que el acto dispositivo es válido mientras la mujer no lo impugne en forma adecuada (24); las consecuencias de estas declaraciones jurisprudenciales es que se impone la aplicación analógica del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, y deben inscribirse dichos actos haciendo constar en la inscripción la falta del consentimiento *uxoris*, por ser un defecto que la mujer puede subsanar en cualquier momento o convalidar el acto con su silencio prolongado. Este criterio no lo comparte el Centro directivo en su Resolución de 15 de marzo de 1972, pues la misma declara no inscribibles los actos dispositivos realizados por el marido sin consentimiento de la mujer, en contravención del artículo 1.413 del Código civil, declaración que supone la no aplicación analógica de la falta de la licencia marital, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo declara hacedera y viable.

Este es el inconveniente de existir duplicidad de decisiones, dualismo que puede originar resoluciones contradictorias.

III

PROPUESTA DE REFORMA

El recurso contra la calificación registral, en su regulación vigente, hay que reconocer que no es contencioso, ni contencioso-administrativo, ni aun administrativo, dado que la intervención del Presidente de la Audiencia en su primera instancia le hace perder este carácter. Esta intervención suele ser muy eficaz, dado que los informes presidenciales pesan mucho en las decisiones de la Dirección, y con mucha frecuencia

(23) «La jurisprudencia del Supremo y la de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961, páginas 393-400.

(24) Véanse las sentencias de 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964, 3 de marzo y 6 de mayo de 1969, 26 de diciembre de 1970 y 15 de marzo de 1972.

ésta se basa en aquéllos para fundamentar sus resoluciones; pero la labor de los Presidentes es desconocida para el público, dado que sólo se consigna que el auto presidencial confirma o revoca la nota del Registrador, sin exponer los argumentos de dicho auto ni aceptar sus considerandos, por lo que el gran público se figura que la primera instancia del recurso gubernativo es sólo de trámite, como preliminar para el acceso a la Dirección, cuyo criterio es el que interesa.

Es una pena que sea desconocida la labor presidencial, y como esta situación es desagradable y depresiva para los Presidentes, sería una reforma plausible, pedida por todos, la supresión del trámite de la primera instancia actual, debiendo interponerse directamente el recurso ante la Dirección General, con lo que se conseguiría:

1.º Que la denominación del recurso se ajuste a la realidad, ya que entonces aquél sí sería gubernativo en toda su extensión.

2.º Que al ser el mismo, en realidad, de carácter administrativo, ya que en él se ventila el derecho a inscribir, la reclamación se interpondría ante el superior jerárquico, que es la Dirección General, con lo que se observaría el procedimiento administrativo puro, sin mixtificaciones.

3.º Desaparecería el dualismo de instancias, con el ahorro de trámites y de tiempo, dado que cuando se interpone este recurso, lo que se trata de obtener por los interesados o por el Notario autorizante del título es la doctrina de la Dirección General, hasta el punto que es muy raro el caso de que el recurrente o el Registrador se aquieten con el auto presidencial y no lo apelen. Por eso existe una fuerte corriente favorable a establecer el recurso directo a la Dirección General.

La doctrina clama porque se dé oportunidad al Registrador para que rectifique su criterio, pues pueden convencerle las razones del recurrente, mediante un trámite parecido al recurso de reposición, con lo que al desistir de su calificación se evita el recurso. En la práctica, muy pocas veces se producirá esta rectificación, porque antes de extenderse la nota se han celebrado bastantes cambios de impresiones entre los interesados o sus abogados y el Notario autorizante, exponiendo unos y otros su criterio, avalados con los razonamientos que sostengan, y si en estas entrevistas o diálogos no se ha convencido el Registrador, es de suponer que tampoco lo será al formalizarse el recurso por escrito, que, lógicamente, contendrá los mismos argumentos y razones que se le expusieron de palabra. Pero como la posibilidad nunca puede negarse, podría iniciarse el recurso presentándolo por escrito ante el Registrador, el que, en el plazo que se determine, deberá o rectificar su calificación, practicando los asientos correspondientes, o elevarlo con su informe a la Dirección General para su resolución definitiva.

Este recurso, con su abreviada tramitación propuesta, debe ser el adecuado cuando los defectos imputados en la nota del Registrador se refieran a obstáculos registrales para la inscripción pretendida, esto es, a defectos procedentes del Registro, o a las formalidades legales del título o a la autenticidad de la copia presentada, únicos extremos a los que debe alcanzar la función calificadora.

En el régimen vigente, el Registrador califica íntegramente todo el título, tanto en su forma como en su contenido, y respecto de éste comprende el contrato productor de obligaciones y el acto de transferencia en sí, amplitud extraordinaria, pues no cabe duda que esta extensión de la actuación del Registrador es desmesurada.

Al calificar el Registrador la capacidad de los otorgantes y la validez o nulidad de los actos dispositivos interpreta y aplica la ley, que es función exclusiva de los Tribunales de Justicia, y como ni la nota del Registrador ni la resolución de la Dirección General obligan a los contratantes, salvo en el derecho a inscribir, que, por otra parte, es voluntario, pueden éstos seguir considerando válido el acto que fue calificado de nulo, o entablado juicio, puede terminarse éste por sentencia que declare válido el título que el Registrador tachó de nulo, el que, a pesar de su calificación, deberá en tal supuesto practicar la inscripción que antes denegó. Esta es la consecuencia de dar a la calificación registral dimensión excesiva.

Para obviar estos inconvenientes y evitar la posibilidad de decisiones del Centro directivo que sean contradictorias de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hay una ya vieja aspiración de Notarios y Registradores de convertir la sección de recursos de la Dirección General de los Registros en Sala del Tribunal Supremo a base de Magistrados del mismo, Oficiales letrados de aquélla y un Notario y un Registrador nombrados o pedidos a sus Colegios. Pero no se tiene en cuenta que cuando se declare la nulidad del acto dispositivo calificado, como en el recurso sólo intervienen la persona que pretende la inscripción, el Notario autorizante del título y el Registrador, se daría el contrasentido de declarar la nulidad o validez de un contrato a espaldas y sin audiencia de los contratantes, cosa imposible por ilegal, ya que no pueden hacerse declaraciones sobre la eficacia o invalidez de un contrato sin oír a todas las partes contratantes, y en el recurso que estudiamos sólo se oye al adquirente, que es el que pretende la inscripción, pero no al transmitente, al que generalmente no le afecta dicha pretensión, pero sí la validez del contrato que concertó, por lo que no puede declararse su nulidad a espaldas y sin oír a dicho transmitente.

Por otra parte, la calificación registral tiene la especialidad de que su trascendencia está limitada a los solos efectos de efectuar la registra-

ción o rechazarla, y sirve para legitimar situaciones inmobiliarias, no declarando derechos dudosos o controvertidos, sino proclamando el nacimiento de un derecho real o situación jurídica inmobiliaria, y autenticando esta afirmación en los libros registrales. Por eso dice, con razón, ROCA SASTRE que la función calificadoradora es esencialmente autenticadora y constitutiva de los derechos (25), y esto motiva el que sus efectos sean poco intensos, dado que cabe abrir juicio contradictorio sobre el mismo objeto. Así lo consagra el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, el que proclama que la calificación «se entenderá limitada a los efectos de atender, suspender o denegar» los asientos solicitados, «y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título, o sobre la competencia del Juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento».

En nuestro sistema hipotecario vigente, la función calificadoradora se extiende a todos los elementos enumerados en el artículo 18 de la ley, y entre ellos, al acto jurídico en sí, al contenido o fondo del documento presentado, comprobando si aquél es válido o nulo, tanto en sí mismo como por sus condiciones, así como su trascendencia real.

Si a la calificación se le sigue dando esta extensión, proponemos dos clases de recursos: el gubernativo, con la tramitación en única instancia, antes dibujada, para ventilar los defectos procedentes del Registro o informalidades legales del título o no autenticidad de su copia. Es lógico que esta clase de defectos sea analizada por el superior jerárquico del Registrador, comprobando la recta aplicación por éste de los preceptos legales.

Pero cuando afecta a los demás elementos comprendidos en el referido artículo 18, estimamos que el recurso debe seguir otros derroteros, no sólo porque se refiere a derechos civiles y privados de los ciudadanos, sino porque en la reglamentación actual hay dualidad de decisiones, que pueden ser contradictorias, lo que debe evitarse, y conviene dar fuerza de obligar a la resolución que ponga término al recurso, de la que hoy carecen, pues no tienen más valor que el de la doctrina que sientan.

El Código de Registro predial portugués admite que contra las decisiones del Conservador, en su función calificadoradora, se interponga o bien una reclamación jerárquica (análogo al nuestro gubernativo) o recurso contencioso, que en su tramitación recuerda los actos de jurisdicción voluntaria, con sentencia del Juez, apelación ante el Tribunal superior y ante el Supremo Tribunal de Justicia, el que, como dice el profesor CATARINO

(25) *Derecho hipotecario*, tomo II, 5.ª ed., Barcelona, 1954, pág. 11.

NUNES (26), ofrece naturaleza especial, basada en la conveniente revisión por organismo superior de los antecedentes de hecho y decisión legal aplicada al caso debatido, con lo que, en último extremo, podrá tenerse la certeza de si la norma ha sido o no erróneamente interpretada y la solución dada fue la correcta.

No creemos que este sistema pueda implantarse en España, pues establecer un recurso contencioso con dos instancias y acceso al Tribunal Supremo es demasiado dilatorio.

Siempre debe tenerse presente que la calificación es a los solos efectos de extender, suspender o denegar los asientos solicitados, y que, como elementos para practicarla, dispone el Registrador de los documentos presentados y de los asientos del Registro con ellos relacionados; pero en nuestra vigente Reglamentación, los efectos de la resolución recaída se afirma que causa estado, al ser inatacable con ningún otro recurso, lo que no es obstáculo para que pueda ser revisada por otra calificación posterior, permitida por el artículo 108 del Reglamento, y ello supone que la decisión es sólo limitada a cada calificación, por lo que los defectos señalados por un Registrador pueden desaparecer en una calificación posterior. Esto anula prácticamente los efectos de la resolución recaída, porque al permitirse la nueva calificación de un documento anteriormente calificado puede suceder que un funcionario no vea los defectos que su antecesor señaló y practique el asiento que primeramente se denegó, con lo que se falta a la seriedad y a la seguridad jurídica.

Para obviar estos inconvenientes podría interponerse el recurso ante el Registrador, el que o le convence el recurrente y desiste de su calificación o, en caso contrario, elevaría todo lo actuado (documento calificado, nota y recurso), debidamente informado, a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la que, constituida por su Presidente, con tres Magistrados, los más antiguos de dicha Sala, y el Letrado de la Dirección General de los Registros que se designe (27), resolvería con plena soberanía y eficacia *erga omnes* sobre las cuestiones civiles o hipotecarias planteadas mediante sentencia definitiva, que impediría nueva calificación, al ser obligatoria para todos, por tener la autoridad de cosa juzgada y no poderse plantear de nuevo la misma cuestión.

(26) «Da Naturaleza Jurídica do Recurso dos Conservadores e Notarios», en *Revista Notariado e Registro Predial*, 1958, págs. 58, 168 y 177 y sigs.

(27) La constitución de la Sala que se propugna no es ninguna novedad, pues la Ley de conflictos jurisdiccionales de 17 de julio de 1948, revisada por la de 28 de diciembre de 1966, ordena en su artículo 2.º que las competencias que se susciten entre la jurisdicción ordinaria y las del Ejército, Marina y Aire serán decididas por una Sala compuesta por el presidente y un magistrado de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, y un consejero togado del Consejo Supremo de Justicia Militar, designado libremente por su presidente.

Como complemento, tendría tal recurso carácter gratuito, exento incluso de toda clase de tasas, pero susceptible de imponerse una sanción económica al funcionario que procediese con ignorancia o negligencia inexcusables.

Sólo así tendría la decisión del recurso fuerza de obligar para todos y se daría a los interesados seguridad jurídica en sus relaciones con el Registro.

TOMÁS OGAYAR AYLLÓN

I.º Congreso Internacional de Derecho Registral

BUENOS AIRES

Los principios hipotecarios y el Derecho Comparado*

PONENCIA

1. El temario de este Congreso, con indudable acierto, coloca en un primer plano el estudio de los principios jurídicos de la publicidad inmobiliaria y de sus modalidades en los distintos países, es decir, la perspectiva comparatista de los principios hipotecarios.

Creemos innecesario, y resultaría inmodestia, poner de relieve el alto nivel alcanzado por la doctrina hipotecaria española, las obras que últimamente han enriquecido su literatura y la valía de los trabajos publicados en las revistas de la especialidad, y entre ellas, la *Revista Crítica*, que creara don JERÓNIMO GONZÁLEZ. Pero sí conviene destacar que la indudable influencia de los autores españoles, en los estudiosos de América latina se explica por basar aquéllos su metodología y su sistemática en los principios hipotecarios. Nuestros tratadistas, incluso los más reacios al empleo de esta expresión, no saben prescindir de ellos, y sus desarrollos son siempre algo más que una mera glosa de la ley.

Pero estas notas vienen a representar una posición, en cierto modo heterodoxa dentro de la doctrina española, que puede calificarse de crítico-comparatista: crítica, por cuanto disconforme con ciertos plantea-

(*) Preparada esta Ponencia para exposición oral en el Congreso de Buenos Aires, pido disculpas por su publicación (inesperada) sin citas y notas aclaratorias, y aprovecho la corrección de galeras para agradecer a mi compañero JULIO GÓMEZ AMAT su lectura y mantenimiento en dicho Congreso.

mientos de las tesis dominantes; comparatista, en cuanto apoya estas disconformidades en el enfoque de los principios desde una perspectiva de Derecho comparado.

2. Estimamos necesaria la confrontación de los principios hipotecarios con las recientes orientaciones jurídicas calificadas como jurisprudencia de problemas y jurisprudencia de principios, tan influyentes en el pensamiento jurídico europeo, y que, como se ha dicho, vienen a superar la «aburrida polémica» entre la jurisprudencia de conceptos y la de intereses. Y echamos de menos esto en las últimas ediciones de nuestros maestros. Ni en ROCA SASTRE ni en LACRUZ se aprecian cambios ni avances en el tema de la esencia de los principios hipotecarios. LACRUZ no ha estimado conveniente complicar su concepción positivista («reglas más generales de la legislación española formuladas directamente u obtenidas por inducción de sus preceptos»), y ROCA SASTRE, al considerarlos como líneas directrices del sistema registral y al jerarquizarlos para colocar uno, el de fe pública, en la cúspide o vértice del sistema, nos demuestra su tácito rechazo de las nuevas tendencias, que niegan la utilidad para el Derecho del pensamiento sistemático, y dando prevalencia al problema sobre el sistema, consideran el pensamiento aporético, típico y característico del jurista. Solamente en CHICO y BONILLA, influidos, sin duda, por Pío CABANILLAS, hemos encontrado indicios de estas inquietudes.

Creemos que solamente a la luz de estas nuevas orientaciones puede avanzarse en la cuestión de la esencia de los principios hipotecarios: si éstos no fueran más que deducciones-inducciones de la ley positiva, ésta tendría cegadas las vías de penetración de nuevos tópicos (tópicos mejores) y el Derecho hipotecario se iría alejando y desconectando de los problemas. Los principios que hay detrás y encima del texto de la ley solamente pueden descubrirse contemplándola desde el Derecho comparado. Este no es una relación de las diferencias dogmáticas de las distintas legislaciones positivas, sino una busca de los principios básicos de valor universal en cuanto se encaran o enfrentan con idénticos problemas en todos los países. Como ha dicho BOULANGER, «separados por sus reglas y por sus conceptos, los diferentes derechos positivos se ensamblan por sus principios».

Rechazamos decididamente la tendencia del Derecho libre y creemos que se debe cerrar el paso a las escuelas de «la muerte de la ley». Pero la mejor manera de mantener el supremo valor vinculante de la ley es reconocer sus limitaciones, sus servidumbres y su permanente subordinación a los principios generales del Derecho, que el jurista busca día a día, por medio del pensamiento problemático, y es urgente, en la rama objeto de este Congreso, conceder prioridad al problema sobre el sistema. retor-

nando desde la idea de la ley como previa al Derecho, a la del Derecho como previo a la ley.

3. Desde estas nuevas perspectivas probablemente deban ser revisados el sentido y la ordenación de los principios hipotecarios, y especialmente debe ser evitada la obsesión por el sistema y la tendencia a jerarquizarlos y a colocar el de fe pública registral en el vértice del sistema, si la contemplación de la realidad nos demostrara que de esta manera alejamos y desconectamos la ley de los auténticos problemas.

Porque desde estas nuevas perspectivas es más fácil percatarse de que la Ley Hipotecaria, en cuanto descansa en los principios, en muchos de sus pasajes es equívoca, insuficiente, neutra e incluso ininteligible, cuando se trata de solucionar el problema real, si no se acierta a encontrar sus verdaderos principios informantes, y también más fácil comprender que el método comparatista es el único idóneo para la investigación de esos principios, en Derecho inmobiliario registral más que en ninguna otra rama jurídica.

4. La ordenación y jerarquía de los principios en la doctrina dominante española viene determinada por un comparatismo unilateral (exclusivamente germanista) e incompleto, excesivamente influido por los estudios de don JERÓNIMO GONZÁLEZ. Se considera modélico el sistema alemán, se alaba (con razón) el desenvolvimiento técnico de los sistemas germánicos y se va paulatinamente menospreciando, indiscriminadamente, todos los aspectos de las legislaciones latinas y olvidando el sentido y justificación de su principio básico de inoponibilidad. Un abuso de conceptualismo, olvidado de los problemas, exagera las diferencias entre los sistemas germánicos y latinos en cuanto al punto básico de los efectos directos e inmediatos de la inscripción registral, y un abuso de la sistemática termina por colocar el principio germánico de fe pública como núcleo central del sistema español. El error estaba consumado: un aparente avance hacia el sistema alemán era en realidad un alejamiento, tanto de los principios consagrados por el B. G. B. como del principio latino de inoponibilidad.

La evolución de la doctrina española, a nuestro modesto entender equivocada, ha resultado favorecida por otras circunstancias coadyuvantes: el exceso de especialización, que conduce a los hipotecaristas a un pernicioso autonomismo de la disciplina; el excesivo distanciamiento de lo sustantivo y lo procesal, que conduce a abrir un foso entre forma y prueba que perturba la conexión real entre ambas y hace olvidar los íntimos contactos de la tutela registral y procesal de los derechos reales, y, en fin, la dualidad legislativa Código civil y Ley Hipotecaria, que contemplada con mentalidad exegética de textos lleva a desconocer que uno

☛ y otra, al instaurar y reconocer el Registro como instrumento básico de la publicidad inmobiliaria, tenían que pasar por idénticos principios y establecer una normativa única respecto al problema del título y el modo y a la mecánica de la constitución y transmisión del dominio y los derechos reales.

Actuó también en forma decisiva esa fuerza oculta, poderosa y subconsciente que en todas las épocas y países se resiste a la forma y a la publicidad registral. La que dio al traste con el artículo 1.184 de vuestro Código de Vélez y obligó a nuestra Jurisprudencia a dejar sin efecto el artículo 1.280, 1.º, del nuestro. La que se opuso al principio de inoponibilidad puro, en Argentina, con el argumento de inconstitucionalidad, y en España, con la supuesta contradicción entre Código civil y Ley Hipotecaria. La que quiere conceder beligerancia al boleto de compraventa, aun después de la reforma del artículo 2.505 de vuestro Código por la Ley 17.771.

Todas estas fuerzas y circunstancias, y acaso otras más, llevaron a nuestro legislador de 1944 al referido error de concepto. Basta leer la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma para percatarse de su pensamiento: Se rechaza la inscripción constitutiva (aunque no se desconocen ni se subvaloran las importantes razones de la casi totalidad de los tratadistas en su defensa) claudicando ante la propiedad no registrada; se da particular preferencia al principio de fe pública registral (al que, con clara exageración, se le considera «elemento básico de todos los sistemas»), y se silencia totalmente el principio de inoponibilidad, lo que demuestra la indiferencia por el principio que consagra el artículo 32, y que estuvo a punto de desaparecer arrollado por el entusiasmo existente en torno al artículo 34 reformado.

Nuestra doctrina había incurrido en el error de considerar intercambiables los principios de inoponibilidad y fe pública registral. Pensando que el primero era el principio único de las legislaciones latinas, y el segundo, el fundamental en las germánicas, la cuestión era sencilla, la elección no era dudosa, en cuanto todos estaban convencidos de la superioridad del sistema germánico. Lo único que había que hacer era introducir en nuestra ley el artículo 892 del B. G. B. (aunque con redacción indígena) y olvidarse del sentido que pudo tener el artículo 32 de la ley (ya un poco olvidado).

5. Creemos que el primer error de bulto de nuestra doctrina está en considerar el principio de fe pública como la pieza maestra del sistema inmobiliario alemán. El orden de los preceptos en los Códigos tiene su sentido, y no puede dejar de tenerlo la colocación de los párrafos 892 y 893 casi al final del capítulo del B. G. B. destinado a las normas gene-

rales sobre los derechos inmobiliarios. Si hay un vértice o pieza maestra del sistema alemán ha de encontrarse, sin duda, en los principios capitales de inscripción constitutiva y acuerdo abstracto, que aparecen en el párrafo 873, con el que dicho capítulo comienza. El B. G. B., solamente después de estimar conseguida la exactitud registral, como norma general, por la inscripción constitutiva, el acuerdo real, etc., se atreve a establecer las presunciones de exactitud (párrafos 891 y 892): una, *erga omnes*, pero *juris tantum*; la otra (fe pública), *juris et de jure*, pero en ámbito reducido al subadquirente, que desconoce la inexactitud registral.

Pero el error más importante fue el de estimar intercambiables los principios de inoponibilidad y fe pública, cuando en realidad contemplan y encaran problemas jurídicos distintos. Los que, hasta cierto punto, son intercambiables, y a ellos debió reducirse la opción, son los de inoponibilidad e inscripción constitutiva, en cuanto ambos no son sino dos matices de la sustitución de la tradición real por la inscripción registral dentro del tópico del título y modo, uno más rígido y de tono sustantivo (inscripción constitutiva), otro más elástico y de tono procesal (inoponibilidad de títulos, enervación de acciones). Nuestra doctrina rechazó ambas soluciones y cualquier otra que viniese a solucionar el problema básico de la publicidad y los efectos *erga omnes* del derecho real en base al Registro, y creyó ingenuamente que bastaba con introducir el principio de fe pública registral.

Nuestra tesis consiste en lo siguiente: Si ampliamos la visión comparatista y damos prevalencia al problema sobre el sistema, nos percatamos en seguida de que si rechazamos la inscripción constitutiva (por claudicar ante la propiedad no registrada, por considerarla excesiva *inter partes*, etcétera) y, al propio tiempo, rechazamos el puro principio de inoponibilidad, por su automatismo (protege al tercero aun sin buena fe) y por sus débiles efectos (no implica presunción de exactitud), nos encontramos con un sistema, igualmente lejano de las legislaciones germánicas que de las latinas, en que el principio de fe pública registral, en solitario y, además, minado por el requisito de onerosidad del tercero, no pasa de ser una colosal carpa de circo, bajo la cual vive su vida el puro régimen de clandestinidad inmobiliaria.

Aún más, el principio germánico de presunción *juris et de jure*, de exactitud registral en favor del subadquirente de buena fe, actuando aislado, en solitario, rodeado de normas, interpretaciones doctrinales y doctrinas jurisprudenciales que invitan al documento privado y a la no registración, puede degenerar en injusto tan pronto como la exactitud registral sea la excepción y no la regla (el Registro como burladero). No hace falta mucha perspicacia para advertir cómo en muchas resoluciones judiciales

y en alguna no judicial se hubo de tergiversar el artículo 34 de la ley en aras del fallo justo.

6. Por ello pretendemos restaurar las líneas originarias del principio latino de inoponibilidad consagrado por la ley de 1861 en su artículo 23 (hoy 32), interpretando éste a la vista de la doctrina y legislaciones francesas, italianas, belgas e hispanoamericanas, en tanto no hayan sido influidas por la doctrina española dominante.

Para tal restauración y, ante todo, para simplificar el laberinto polémico, del que nuestra doctrina no acierta a salir, creemos que el Derecho comparado y la realidad de los problemas ha de ser decisivo. Especialmente decisivos para centrar las polémicas en torno al tercero hipotecario.

Hace veinticinco años, DUALDE observaba que a los hipotecaristas les acontecía con el concepto de tercero como a San Agustín con el de tiempo: Si no me lo preguntan sé claramente lo que es; si me lo preguntan, descubro que lo ignoro. La situación sigue igual: el artículo 27 de la ley anterior (...se considera tercero a aquel que no haya intervenido en el acto o contrato...) desapareció ahogado por la marea doctrinal, pero las discusiones continúan centradas ahora en si los artículos 32 y 34 se refieren a terceros con requisitos y atributos coincidentes o no. Conocéis, sin duda, la influencia de ROCA SASTRE en las modernas formulaciones del concepto de tercero y en la subordinación del artículo 32 al superior principio de fe pública consagrado por el 34. También os son familiares los trabajos en los que NÚÑEZ LAGOS (acaso impresionado por temores postrimeros de don JERÓNIMO de haber exagerado su comparatismo germanista) fue exhumando con eficacia los antecedentes latinos del artículo 32, alentando con su autoridad a quienes pretendían liberar a su tertero de alguno de los cuatro requisitos del tercero de la fe pública.

Pero la polémica entre ambos maestros terminó en discusión bizantina, pues ROCA perdía día a día su entusiasmo por la inscripción constitutiva *de lege ferenda*, y NÚÑEZ LAGOS era celoso defensor de un Código civil interpretado a la más medieval usanza de Bolonia y enemigo irreconciliable de cualquier prevalencia de la inscripción contra la tradición real o escrituraria. El primero quedó satisfecho con un sistema germanista sin inscripción constitutiva y sin inoponibilidad, y el segundo limita la protección del tercero del artículo 32 a las acciones confesorias e hipotecarias (contra éstas innecesaria), pero no contra reivindicatorias, aunque descansen en título no inscrito.

No es éste lugar apropiado para sacar a relucir nuestras discusiones y menos para defender mis opiniones sobre el originario sentido del artículo 1.280, 1.º, del Código civil, y 32 de la Ley Hipotecaria (606 del Código). Pero sí debo confesaros que esta cuestión de si el artículo 32 de nues-

tra Ley Hipotecaria refleja el mismo principio registral que el 34 y, por consiguiente, el tercero a que se refieren ha de ser único y con iguales requisitos, o si, por el contrario, ambos preceptos tienen distinta procedencia y finalidad y, consiguientemente, los terceros protegidos por uno y por otro deben tener los requisitos que, respectivamente, se exigen por el principio de inoponibilidad en las legislaciones latinas, y por el de fe pública registral en las germánicas, esta cuestión, decimos, es la primera y más importante de todas las que pueden clarificar y simplificar la contemplación comparatista de los principios registrales, y la que preferentemente habéis de plantearos los argentinos para desentrañar el significado último de las reformas introducidas en los artículos 2.505 y 1.051 de vuestro Código.

7. Como sabéis, las cuatro circunstancias o requisitos que nuestra doctrina dominante exige al tercero para ser protegido (igual en el artículo 32 que en el 34) son: haber adquirido de buena fe, a título oneroso, del titular según el Registro e inscrito su título adquisitivo. De estos cuatro requisitos, el último es el único que no ha originado dudas. Los otros tres son los más o menos discutidos.

- El primero que se puso en entredicho fue el requisito de haber adquirido de un titular registral, al mantener algunos que el artículo 32 protege incluso al titular registral con inscripción primera (inmatriculante). El problema no es sencillo, sólo cabe resolverlo en relación con una materia poco estudiada: los aspectos sustantivos y formales del principio de tracto sucesivo en los diversos sistemas y el sentido que realmente deba tener la norma de suspensión de efectos de la inscripción de inmatriculación (artículo 207 de nuestra ley) en el campo de la inoponibilidad y en el de la fe pública registral. En la evolución de esta norma se ve claramente el proceso de paulatina suplantación del artículo 32 (inicialmente el básico) por el artículo 34.
- El requisito de onerosidad ha dado menos que hablar a pesar de que con él nos alejamos de los sistemas alemán y suizo, incluso en el campo del artículo 34. La explicación es la antigüedad de la introducción legislativa de este requisito en ese artículo (1877). Menos explicación tiene la falta de discusión en relación con el 32 si observamos los amplísimos efectos de la inscripción de las donaciones en el Código civil francés (arts. 934 y 941) y en el Decreto de 4 de enero de 1955 (art. 30, 2) y, en general, en los sistemas de transcripción en cuanto a la inoponibilidad se refiere. Personalmente creo que privar de todo efecto respecto de tercero

a la inscripción de donación (incluso respecto de otro donatario anterior no inscrito) es dar un salto atrás de muchos siglos quitando al Registro su función históricamente inicial: la «insinuación» de donaciones.

- En relación con el requisito de buena fe, probablemente sea el trabajo de AMORÓS GUARDIOLA el alegato más completo en defensa de este requisito en el tercero del artículo 32, a pesar de ser uno de los más convencidos de la distinta procedencia de los dos preceptos de que tratamos. Asombra su alarde bibliográfico para demostrar que la protección al contratante de buena fe era el *leit motiv* de la Ley Hipotecaria de 1861 y la razón última del Registro. Pero estimo inútil su alarde bibliográfico, porque creo que para terminar negando la protección del Registro al segundo comprador que inscribe antes, siempre que triunfe la prueba libre (testifical) de su conocimiento de la primera venta, el legislador de 1861 hubiese seguido el camino más corto: archivar el Proyecto de Ley en el armario de la Comisión de Códigos y mantener la *Ley Quotiens* en los términos de los apartados 1.º y 3.º del artículo 1.473 de nuestro vigente Código civil, y de los artículos 1.153 y 1.155 del Código italiano en materia de muebles, por ejemplo.

La mala fe que preocupaba en 1861 era la del primer comprador que guarda su título para sacarlo a relucir después de la segunda venta, cuando él y su vendedor están en situación de insolvencia. A pesar de los textos exhumados por AMORÓS y de todos cuantos coloquen la confianza en la apariencia como fundamento de la Institución, la Ley de 1861, igual que todas las legislaciones que establecen el Registro para garantía del tráfico y tutela de los derechos inmobiliarios, buscaba proteger al adquirente de buena fe, pero precisamente para ello hubo de proteger al segundo adquirente que inscribe antes, prescindiendo, en concreto, de su buena o mala fe.

Con el establecimiento del Registro se quiere proteger tan plenamente al segundo comprador de buena fe, que se le protege incluso de los resultados de un litigio en el que podría prosperar una prueba amañada de su mala fe. AMORÓS, en plena vertiente sentimentalista (de la que habla LÓPEZ DE ZAVALÍA), cree que ni jurídica ni éticamente tiene hoy sentido, entre nosotros, que una persona quede inmune frente a derechos que conoce sólo porque sus titulares no hayan cumplido una formalidad estatal. Esta idea late en todas las críticas de la doctrina española a los sistemas de transcripción. Al fin y al cabo, nuestra doctrina jurídica se gloria de entroncarse con la corriente más eticista del derecho natural

y, concretamente, AMORÓS es fiel discípulo de nuestro gran FEDERICO DE CASTRO, cuya enemiga al requisito de la forma es conocida (en su última obra sobre el negocio jurídico, valiéndose de la causa, ha conseguido evitar un capítulo dedicado a la forma).

Creemos que si AMORÓS y la doctrina dominante española tuviesen razón, Alemania, Francia, Italia, etc., tendrían montado su Derecho inmobiliario sobre una colosal injusticia. Tanto la inscripción constitutiva del B. G. B. como los preceptos estableciendo la inoponibilidad de lo no inscrito o transcrito de las legislaciones latinas y suramericanas serían contrarios a la ética y al derecho natural. Por reducción al absurdo, la verdad jurídica (*inventio*) que buscamos tiene que ser necesariamente otra. No es posible que todas las normas jurídicas sobre formalidades de los negocios, tasa de pruebas o de excepciones, negocios abstractos, prescripción, caducidad, procedimientos sumarios, Registros, etc., se opongan a la moral. No es bueno que precipitadas e incompletas apreciaciones éticas o filosóficas impidan valorar o enjuiciar aquellas instituciones jurídicas que buscan la coordinación de la justicia y la seguridad.

Ninguna legislación pretende proteger al tercero de mala fe. Pero todas pretenden proteger al de buena fe, con tal intensidad y fervor que para dejarle indemne de una eventual prueba amañada de mala fe llegan a proteger al tercero registral de mala fe. La protección a éste es un efecto reflejo (no directamente querido) de la protección a ultranza del tercero de buena fe. Igual que los interdictos y la prescripción no se inventaron para proteger a los usurpadores, sino a los propietarios; igual que la prescripción extintiva no quiere proteger a los deudores que no pagaron; igual que los títulos al portador nacieron para hacer más fácil a los acreedores la negociación de sus créditos y no para dar más facilidad a los ladrones. Sería interminable la enumeración de los supuestos en que el fin justifica de tal manera los medios, que éstos se extralimitan de aquél, *casu uno*, en aras de la consecución *in genere* del fin.

Ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil, y silencian cautelosamente los enemigos de la inoponibilidad absoluta, sin consideración al estado psicológico del tercero, que al exigir el requisito extrarregistral de la buena fe, la contienda judicial tiene entre los fuertes eslabones de la escritura pública y la inscripción registral, y disimulado entre ellos, un eslabón inseguro, blando, casi de cartón: la prueba libre, incluso testifical, de la buena o mala fe del tercero.

AMORÓS añade otro argumento. Exigir la buena fe, incluso en el tercero de la doble venta, no es sino la adaptación al tráfico inmobiliario de lo que siempre ha ocurrido en el de bienes muebles. Creo, por el contrario, que si en muebles subsiste el principio de buena fe, con prueba libre y la

posesión (*traditio*) como momento clave *erga omnes* de la transmisión, es por las dificultades prácticas de pasar a un estadio más seguro y perfecto. Prueba de ello es que en cuanto determinados muebles se estiman susceptibles de registración por tener un mínimo de identificación y fijez (naves, vehículos, etc.), se trata de sujetarlos a Registro, el régimen inmobiliario atrae hacia sí a los muebles registrados e incluso con excesivas tonalidades de *jus cogens*. Evolución inversa de la que AMORÓS pretende.

8. Comprenderéis que nuestra posición crítico-comparatista no pretende de la noche a la mañana volver del revés todas las soluciones de la doctrina y la jurisprudencia españolas, entre otras cosas, porque deben respetarse los derechos adquiridos por la abundante propiedad no inscrita, que vive confiando de buena fe en esa doctrina y esa jurisprudencia. Solamente pretendemos acercarnos al Derecho comparado sin prejuicios y contemplar nuestra ley de cara a los problemas, con la convicción de que contemplada desde estos ángulos nuestra legislación hipotecaria es el punto más fijo y fácil de coincidencia de todos los otros sistemas. El español se encuentra en un magnífico punto medio para iniciar desde él los trabajos comparativos, y partiendo de él son posibles los más ambiciosos intentos de unificación de principios, que nada tiene que ver con la unificación legislativa, porque, como ha dicho, ESSER, «una misma necesidad no obliga a derechos que sean estructuralmente distintos, a desarrollar figuras idénticas, sino solamente a establecer principios de ordenamiento similares, aplicados por medio de figuras dispares».

En la busca de estos similares principios del ordenamiento sí os aconsejo mirar con prevención la suplantación del principio de inoponibilidad por el de fe pública, que ha intentado la doctrina dominante española. Por ello, hay que meditar mucho antes de trasladar los requisitos del tercero subadquirente germánico al tercero latino de la inoponibilidad. Se trata de dos principios de muy distinta envergadura y que contemplan dos problemas diferentes. Haciendo comparatismo de principios y no de conceptos debemos colocar, por un lado, el principio de publicidad, que hace referencia al papel que la inscripción o transcripción desempeña en el fenómeno constitutivo o traslativo del dominio o derecho real y que ofrece (al menos) dos modalidades, más cercanas y parecidas de lo que nuestra doctrina, confundida por los conceptos y los textos legales, cree: la inscripción constitutiva (de formulación rígida y sustantiva), consagrada por las legislaciones germánicas, y la inoponibilidad del título no inscrito al inscrito (de formulación menos rígida y de tono procesal). Por debajo del principio de publicidad, casi con el carácter de subprincipio, debemos colocar el de presunción de exactitud, *juris et de jure*, a favor del

subadquirente registral de buena fe, con la también rígida formulación del B. G. B. (el contenido del Registro vale como exacto) o con las formulaciones más cautas, casuísticas y también de estructura procesal de las normas de las legislaciones latinas, que recortan, restringen o limitan las acciones de nulidad, anulabilidad, revocación, rescisión, etc., en unos casos, con exigencia de buena fe y, en otros, sin ella, con interferencias o no de plazos, cuando aquellas acciones se dirigen contra un subadquirente conforme al Registro y éste no reflejó la causa de la nulidad, rescisión, etc. Problema al que atiende, por ejemplo, la adición que se ha hecho en el artículo 1.051 del Código civil argentino y que supongo no dejará de plantear dudas y discusiones.

9. Colocado, en primer término, el principio de publicidad en su formulación germánica o latina, se debe pasar al comparatismo de los principios adjetivos derivados de éste. Así, la primera aplicación formal del principio de inoponibilidad es la norma de nuestra Ley Hipotecaria ordenando al Registrador que se abstenga de inscribir el título inoponible a otro ya inscrito. Me refiero al artículo 17, que casualmente es también 17 en vuestra Ley Registral 17.801.

Otra norma de gran tradición en nuestro Derecho hipotecario, y que es también consecuencia adjetiva del principio de inoponibilidad, es la del actual artículo 313 de la Ley Hipotecaria española: la prohibición a Jueces, Tribunales y Oficinas públicas de admitir el título inoponible al inscrito contradictorio. En la Ley 17.417, relativa al Registro de la Capital Federal, me parece que falta un precepto paralelo, probablemente por haberlo estimado inútil dada la norma sobre inscripción obligatoria del artículo 5. Si en algún momento se estima conveniente la introducción de nuestro precepto, no debe olvidarse que el actual 313, con las excepciones de sus preceptos concordantes, es el reflejo de un principio de inoponibilidad tambaleante y mal comprendido, que se encuentra minado por la dualidad entre propiedad inscrita y no inscrita y que falta en él la distinción entre lo real y lo personal, pues la protección de lo inscrito frente a lo no inscrito que deriva del principio de inoponibilidad ha de dejar a salvo la protección judicial contraria de los derechos personales y las acciones indemnizatorias procedentes, respecto de los cuales el título sí habrá de admitirse.

10. Nuestras objeciones a la doctrina dominante, en relación con los restantes principios hipotecarios, son de menos entidad que en este punto básico de la inoponibilidad y la fe pública registral. Sin embargo, muy brevemente haremos referencia a tres problemas que no tienen clara solu-

ción en el texto legal, con lo que se demuestra que la ley es muchas veces inservible si no conocemos o averiguamos sus principios informantes.

A) Primer problema. Se trata de saber si el tercero subadquirente, para estar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, tiene que haber adquirido después de estar inscrito el título de su transmitente o si, por el contrario, la previa inscripción es requisito de la inscripción, pero no de la adquisición del tercero para resultar protegido.

Vuestra legislación pretende suprimir el problema prohibiendo a los escribanos otorgar la escritura sin presentación del antetítulo inscrito (art. 47 de la Ley 17.417 y art. 23 de la Ley 17.801). En España, la Instrucción primitiva sobre redacción de instrumentos sujetos a Registro partió de esta misma idea, pero la realidad ha desembocado en una normativa muy diferente (172 a 174 del Reglamento Notarial), conforme a la cual, la previa inscripción a favor del transmitente no es requisito formal ni sustancial de la escritura, discutiéndose si esa previa inscripción es condición de la protección del tercero.

ANGEL SANZ no cree que el antetítulo tenga que estar inscrito (ni presentado en el Registro), pues cree que hay una convalidación retroactiva en el momento de la inscripción y que la inexactitud registral que debe conocer el adquirente para tener mala fe es la que puede impedir su adquisición, no la que precisamente es base de ella. Igualmente, LA-CRUZ: Incluso sabiendo el tercero que el Registro es inexacto procede de buena fe el que adquiere de quien cree titular; si sabe que es inexacto, pero ignora la clase de inexactitud de que adolece, será protegido si la inexactitud que conoció no era la que impedía su adquisición. Igual opina VALLET DE GOYTISOLO, salvo en el caso de inmatriculación, en el que sí es necesario contratar sobre un asiento registral consolidado por el transcurso de los dos años del artículo 207 de la ley.

En definitiva, estas opiniones son conformes con la interpretación, al parecer, pacífica en la doctrina alemana del parágrafo 892 del B. G. B., sin que sea obstáculo su conocido texto (el contenido del Registro vale como exacto para el que adquiere un derecho por negocio jurídico...). Lo demuestra el análisis que ENNECCERUS-WOLFF hacen de los requisitos que ha de reunir el subadquirente para ser protegido por dicho parágrafo.

Pero ROCA SASTRE, que confiesa que en un principio fue seducido por la solución de VALLET, cambió de opinión, fuertemente impresionado por el caso que hubo de resolver la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1962, y con su merecida autoridad ha influido peligrosamente en la doctrina jurisprudencial. El Tribunal Supremo quiso impedir (con razón) que perdieran la finca de su padre (gravada, además, con fideicomiso *cum liberis*) dos hijos legítimos, que fueron intencionalmente prete-

ridos por el testamento, en el que su padre instituye heredera a una falsa esposa, que luego vende a tercero. Para dar sentencia justa se enturbió el principio de protección al tercero de buena fe, ajustándose excesivamente al aparente texto del artículo 34, y una circunstancia tan indiferente como la de que la documentación sucesoria se presentase en el Registro antes o después de la escritura de venta fue considerada decisiva. Acaso el camino era forzar la interpretación del artículo 28, que suspende temporalmente la fe pública registral en beneficio del heredero forzoso real, en el que la última reforma ha introducido un cambio en el momento inicial del tiempo de suspensión, un tanto impremeditada, en opinión del mismo ROCA.

En resumen, creo que en tanto no exista y se cumpla en la realidad vivida una norma como la del artículo 47 de la Ley 17.417 argentina, no es conveniente confundir el problema del momento en que ha de gozarse de la buena fe y de la *mala fide superveniens*, con el juego normal de la protección registral al tercero de buena fe. El tercero subadquirente tiene derecho a confiar en el contenido del Registro, aunque conozca la momentánea inexactitud derivada de la falta de inscripción del título intermedio; es excesivo, sólo por esto, negarle protección contra otra inexactitud distinta de la única que conocía y estimó con razón inocua.

B) El principio de tracto sucesivo es uno de los menos discutidos por la doctrina española. Observamos en este punto un comparatismo mínimo, posiblemente por no apreciarse suficientemente las analogías y diferencias entre el principio formal de inscripción previa del perjudicado de la Ordenanza alemana y el principio de continuidad de la transcripción italiana (art. 2.650 del Código) y del efecto relativo francés (artículo 32 del Decreto de 14 de octubre de 1955).

Supongamos una escritura de venta presentada a Registro. El vendedor es, efectivamente, titular registral; pero su antetítulo, reseñado en la escritura es distinto y posterior al que causó el asiento vigente. Nunca me convencieron los argumentos en favor de inscribir la venta en este caso, y menos que ninguno el de que esto resulta claramente del artículo 20 de nuestra Ley Hipotecaria. Este exige que conste previamente inscrito el derecho de la persona que otorgue; pero en nuestro caso, ¿tiene inscrito el derecho que por segunda vez transmite, u otro distinto, aunque de igual objeto y contenido, que el que tuvo y perdió? Los actos de enajenación y readquisición que no llegaron al Registro, ¿han de estimarse inoperantes a efectos del mismo? ¿Hay tracto sucesivo de titulares o tracto sucesivo de títulos o actos?

Nuestra doctrina discute si el Registro español es un Registro de títulos o de derechos, en muchos sentidos, y llega a afirmarse que es un

Registro de derechos, como el alemán (cuando esto es tan dudoso siempre que actúa aislado el consentimiento formal); pero la discusión no la hemos visto reflejarse en este problema expuesto, básico para la formulación del principio de tracto.

La Ordenanza alemana no pone obstáculo a la inscripción en nuestro caso, no tanto por el juego loco del consentimiento formal cuanto porque la inscripción constitutiva hace que las transmisiones no inscritas no han restado el dominio al titular registral en ningún aspecto. El texto literal de vuestro artículo 37 (Ley 17.417) parece más próximo a la Ordenanza alemana que al principio de tracto latino (transcripción del *acto* anterior de adquisición), al referirse a personas y titulares (no derechos ni actos). Esta solución acaso coordine bien con la inscripción obligatoria del artículo 5. Pero debe meditar sobre el particular y profundizar más sobre el tracto sucesivo, superando nuestra doctrina, apurando el comparatismo de principios también aquí y percatándose de que el texto legal resulta muchas veces ambiguo ante el problema.

C) Otra materia donde el estudio comparado de todas las legislaciones puede ofrecer insospechadas consecuencias es la referente a la calificación registral. En ella, los españoles tendrán mucho que decir y enseñar, porque, a mi juicio, la calificación en el sistema español vigente es la más completa y exigente del mundo; abarca, como dijo don JERÓNIMO, lo divino y lo humano, y viene a ser tanto la grandeza como la servidumbre del Registrador español.

Parece seguro que la Ley Hipotecaria de 1861 ya pretendió establecer una calificación más rigurosa que la normal en los sistemas de transcripción, pero también es cierto que posteriormente la rigurosidad se ha acentuado. Pero como no quiero extenderme más y, por otra parte, habrá muchas ponencias serias (no como ésta) sobre la materia, sólo haré dos consideraciones finales:

- Aceptar a beneficio de inventario la afirmación corriente en los autores españoles de que el principio de legalidad preside con todo rigor los sistemas germánicos. La verdad es que el «pesado *Legalitätsprinzip*», vigente en el Derecho prusiano antes de 1872, fue suprimido por virtud de la introducción del acuerdo abstracto de las partes librado de todo el aparato de la *causa precedens*. La calificación se reduce al *Einigung* e incluso al mero consentimiento formal. La rapidez en el despacho de documentos en el Registro vino así a influir nada menos que en la estructura del negocio jurídico inmobiliario del B. G. B. Tanto en la transmisión de dominio (*Auflassung*) como en la constitución, etc., de derechos

reales, la calificación se limita al acuerdo abstracto, y en estos últimos incluso puede limitarse al consentimiento formal.

Las legislaciones latinas tendieron a la agilización del tráfico por caminos diferentes considerados desde el punto de vista de la normativa conceptual, pero que, en definitiva, confluyen desde el punto de vista práctico y realista. La nota y el *bordereaux* vienen a implicar cierta abstracción de lo real contenido en el título (obligatorio-real), y la prohibición de entrar en la calificación de la validez de fondo de estas legislaciones acaso no esté tan lejos como parece del escamoteo del *Causalgeschäft* al Registrador, que consumó el B. G. B. (y la Ordenanza).

- El segundo consejo es el de no consideraros satisfechos con las normas de los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 17.417. En la interna contradicción entre el artículo 10 (calificación limitada a las formas extrínsecas, 11-a) (rechazo del título nulo) y 12-a) (subsana la invalidez formal y, *a sensu contrario*, insubsana la invalidez material) tenéis una normativa legal suficientemente elástica para ir admitiendo todos los rigorismos de calificación de cuya conveniencia sea capaz de convenceros la doctrina española y, a la vez, todos los temperamentos y dulcificaciones de esta dureza que las realidades prácticas aconsejen y que recorten de una u otra manera la calificación registral tipificando los derechos reales y sus cláusulas estructurales. Por este camino es por el que hay que buscar la coordinación de la calificación de la validez de contenido con la rapidez del despacho de documentos.

Como resumen de esta exposición podemos sentar las siguientes:

CONCLUSIONES

- 1.^a El sistema inmobiliario registral español, por estar situado en una posición intermedia entre los sistemas germánicos y latinos en la mayor parte de los principios básicos, puede ser el mejor punto de partida para los estudios comparatistas, que permitan llegar a una coincidencia y unificación de principios de ordenamiento, cosa distinta de la uniformidad legislativa.
- 2.^a A tal fin, la doctrina hipotecaria (registral inmobiliaria) española, a pesar de su elevado nivel, está necesitada de afrontar su confrontación con las nuevas orientaciones jurídicas, que tienden a colocar los principios por encima de la ley, el pensamiento

aporético o problemático sobre el sistemático y hacen del comparatismo el instrumento básico de la evolución jurídica.

- 3.^a La primera consecuencia de esta confrontación debe ser una actualización de la esencia y naturaleza de los principios hipotecarios y, sobre todo, una nueva ordenación de los mismos que resulte más fecunda y apropiada para la perspectiva comparatista del Derecho registral español.
- 4.^a Para esta nueva ordenación debe comenzarse reconociendo el paralelismo y la proximidad del principio de inscripción constitutiva germánico con el latino de inoponibilidad, por cuanto ambos se enfrentan con el problema del «momento» de publicidad en la dinámica del derecho real. Este problema tiene necesariamente que ser resuelto por la decidida (pero meditada) sustitución de la publicidad de hecho (posesoria) por la registral.
- 5.^a Solamente después de perfilado el principio de inoponibilidad como alternativa respecto de la inscripción constitutiva, y sus principios auxiliares de carácter adjetivo (prioridad formal, inscripción obligatoria, rechazo del título no registrado, etc.), debe entrarse en el principio de fe pública (presunción *juris et de jure* de exactitud registral) reconociendo que se encara con el importante problema de la protección del adquirente de buena fe (confianza en la apariencia registral), que sólo puede plantearse correctamente después de resuelto el relativo al «momento» de publicidad (efectos *inter partes* y *erga omnes* del derecho real antes y después de la inscripción).
- 6.^a Aquella confrontación con las modernas tendencias jurídicas y un comparatismo de alto nivel permitirán resolver muchos problemas que el texto legal por sí solo no puede. Por ejemplo:

- Si para la protección del tercero por el artículo 34 debe haber adquirido después de inscrito el antetítulo.
- Si el artículo 20 impone tracto sucesivo de actos o de titulares.
- El ámbito verdadero de la calificación registral y el deslinde de lo subsanable y lo insubsanable.

TIRSO CARRETERO GARCÍA

Registrador de la Propiedad (España, 1972)

Revocación *post mortem* del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro

1. INTRODUCCION

El testamento mancomunado o de hermandad es una de las piezas sobre las que se asientan las más importantes de nuestras legislaciones forales.

Es en materia de Derecho familiar y sucesorio donde se han cimentado siempre en nuestra patria las más importantes diferencias dentro de los distintos Ordenamientos jurídicos regionales. En otro tiempo regionales; hoy, éstos en contraposición al nacional, común o castellano.

Y dentro del Derecho sucesorio, las características formas testamentarias, incluso las variedades dentro de las formas que podríamos considerar comunes, son las que siempre han diferenciado netamente nuestros Derechos forales entre sí y frente al Derecho común.

Especialidades testamentarias nacidas al amparo de la más genuina y sabrosa tradición, que hunde sus profundas raíces en los oscuros siglos del Medievo, en el origen mismo de nuestros reinos peninsulares.

Es esta tradición, unida a una real y sentida vivencia entre nuestras gentes, la que ha inducido siempre al legislador al mantenimiento de los Ordenamientos jurídicos forales, de día en día enriquecidos por mor de la permanente atención de los estudiosos foráneos y la práctica, permanentemente renovada y atenta a la evolución de los tiempos, de ilustres profesionales, que en todas las épocas han sabido acomodar la siempre fría aplicación de las leyes al espíritu y sentir del pueblo, en cada circunstancia y momento.

Porque «la fidelidad al espíritu de la propia tradición jurídica es una de las condiciones esenciales para la personalidad de los pueblos» (1).

Pero tradición que no significa petrificación. Tradición evolutiva, tradición vitalizada. «Porque todo Derecho, para ser realmente vivo, no puede reducirse a un petrificado cuerpo de leyes, sino que debe nutrirse constantemente de su propio y genuino espíritu, seguir progresando y adoptar nuevas formas ante las realidades y problemas de cada momento..., adaptando el antiguo Derecho a las exigencias de la vida y de la ciencia jurídica actuales» (2).

2. DERECHO NAVARRO

I. SEGÚN ALBAREDA (3), históricamente, tanto en Aragón como en Navarra, el Derecho sucesorio parecía estar centrado en la sucesión exclusivamente abintestato. El ser entonces heredero dependía de la mera pertenencia a la familia. En una primera época, la disposición *mortis causa* se usaba solamente *pro anima* o bien para asignar a los hijos cosa cierta o designarlos, pocas veces para desheredarlos.

En efecto, en los textos legales aragoneses y navarros antiguos nada se encuentra relativo a las formas de otorgar testamento. Así ocurre con la Compilación aragonesa de Huesca de 1247, donde se regula lo relativo a la legítima formal, pero nada se dice del testamento, menos aún del mancomunado.

La regulación en Navarra del testamento de hermandad es relativamente reciente.

Ello no significa, sin embargo, que no existiera en la vida real. Y no solamente en territorios de Aragón y Navarra, sino en otros donde hoy rige el Código civil. El propio Fuero Real (4) acogió esta modalidad de testamento, otorgado conjuntamente por marido y mujer.

La práctica consuetudinaria parece que introdujo ciertas instituciones,

(1) Palabras con que comienza el prólogo a la Recopilación Privada del Derecho Foral de Navarra, Diputación Foral, Pamplona, 1971.

(2) Idem.

(3) MANUEL ALBAREDA Y HERRERA: «Algunas instituciones de Derecho aragonés y navarro», *Anuario de Derecho Aragonés*, 1951-52, págs. 21 a 62.

(4) Ley 9.ª, título 6.º, libro 3.º: «Sie el marido y la mujer fizieren hermandad de sus bienes, de que fuese el año pasado que casaren en uno, no habiendo fijos de consuno, ni de otra parte que hayan derecho de heredar, vala tal hermandad: e si despues que fizieren la hermandad hobieren fijos de consuno, no vala la hermandad; ca no es derecho que los fijos que son fechos por casamientos, sean desheredados por esta razón.»

hoy interpretadas por los estudiosos (5) como verdaderos antecedentes del testamento mancomunado, como fueran las donaciones *post-obitum* y las *reservationes* de usufructo, otorgadas conjuntamente por ambos cónyuges.

Pero centrando el tema en lo que a revocación se refiere, en el capítulo 4 del Fuero General de Navarra se dice textualmente que «...maguera viviendo ambos, bien pueden enmendar o mejorar otra vez, que a todo fidalgo vale el postrimero destin».

De lo que se desprende claramente la posibilidad de revocar el testamento de hermandad por ambos testadores en vida.

Más tarde, en la Ley 41 de las Cortes de Navarra de 1766, se aclara todavía más dicha posibilidad, en cuanto que ésta se admite con respecto incluso a uno solo de los cónyuges: «...que pueda cualquiera de los cónyuges, en vida de ambos, revocar el testamento de hermandad en sus propios bienes, con noticia y sabiduría del otro cónyuge».

Sin embargo, fallecido uno de los cónyuges, la posibilidad de revocación desaparece totalmente.

Así, en el capítulo 4, título 4.º, libro II, del Fuero General, se lee que «...si el uno deylos moriés, el otro non puede desfazer el destin».

Los términos del Fuero son claros y taxativos.

Tradicionalmente se ha afirmado que el testamento de hermandad navarro es propiamente un contrato, participa de la naturaleza y carácter contractual sucesorio.

Este carácter lo adquiere, sin embargo, al fallecimiento de uno de los testadores. He ahí la diferencia esencial con el propio contrato sucesorio: en éste, los instituyentes se obligan con los herederos desde el instante mismo de su otorgamiento. Los testadores, sin embargo, pueden todavía en vida revocar el testamento reordenando su voluntad sucesoria.

SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL se quejaba de esta rigurosa regulación histórica del testamento de hermandad, y afirmaba que quizá debería estudiarse la posibilidad de introducir en la legislación navarra un criterio semejante al del Derecho aragonés del Apéndice, es decir, la posibilidad de que el supérstite revoque el testamento en tanto en cuanto no se haya beneficiado del propio testamento (6).

Otras voces se alzaron también en contra de esta irrevocabilidad del testamento de hermandad. Así, cuando MORALES, vocal navarro que formó parte de la Comisión de Codificación, con arreglo al Decreto de 2 de febrero de 1880, propugnaba la abolición de esta clase testamentaria,

(5) ANTONIO TEIXEIRA GRACIANETA: «El testamento mancomunado aragonés», A. D. A., 1963-64, pág. 20.

(6) «El testamento navarro de hermandad», A. D. A., 1945, págs. 187 y sigs.

decía en su informe que «con su desaparición no se priva de poder disponer del mismo modo en el fondo, aunque con la diferencia en la forma de hacerse en dos testamentos, y la mayor facilidad en la revocación, lo cual debe favorecerse, y más en una legislación en la que las donaciones por causa de matrimonio pueden comprender todos los bienes, siendo irrevocables, y pudiendo organizarse la familia y su porvenir tan libérrimamente, y en la que respecto de los esposos hay la libre facultad de heredarse salvo en ciertos casos...».

Parece, sin embargo, que la irrevocabilidad del testamento de hermandad, fallecido uno de los testadores, ha sido la nota que ha presidido todos los Apéndices y Proyectos de la legislación navarra.

Así, el Apéndice de 1900: «La muerte de uno de los testadores extingue para los demás la facultad de revocar el testamento de hermandad» (art. 681). Y en igual o parecido sentido, los Apéndices de 1929 (artículo 45), 1930 (art. 40) y 1945 (art. 46).

E incluso el Tribunal Supremo, como lo confirma la sentencia de 16 de diciembre de 1943, al decir que «el capítulo 4, título 4.º, libro II, del Fuero General de Navarra, proclama irrevocable el testamento de hermandad falleciendo uno de los otorgantes».

Con ello llegamos a la Recopilación privada de 1971, redactada por los señores GARCÍA-GRANERO, NAGORE, AIZPÚN, D'ORS, LÓPEZ JACOISTE, ARREGUI, SANTAMARÍA ANSÁ y SALINAS QUIJADA.

Un notable cambio de sentido hemos apreciado en las Leyes 199 a 205, reguladoras del testamento de hermandad, dentro del capítulo 5, del título 5.º, del libro II.

No obstante, y como quiera que la regulación de esta materia en la citada Recopilación privada ha pasado íntegra y sin alteración a la vigente Compilación de Derecho civil foral de Navarra, aprobada por Ley de 1 de marzo de 1973, preferimos pasar al estudio de ésta.

II. COMPILACIÓN.—Creo reflejar el sentir de la mayor parte de los juristas al afirmar que hemos recibido con notable satisfacción la publicación de la novísima Compilación navarra.

Incluso los detractores de los Derechos forales reconocerán las ventajas que esta promulgación va a tener para un mejor y más adecuado conocimiento de las instituciones navarras.

La materia que nos ocupa en el presente trabajo viene regulada en las Leyes 199 a 205, al igual que en la antes citada Recopilación privada.

Manteniendo su tradicional criterio, la Compilación denomina a esta forma de testar conjunta testamento de hermandad.

Pero prescindiendo de otras consideraciones de no menos importancia, y centrando la atención en la materia referente a la revocación de este

testamento tras la muerte de uno de los testadores, hallamos su regulación en la Ley 202, a cuyo tenor, «fallecido alguno de los testadores, el testamento de hermandad será irrevocable, salvo que en él se hubiera establecido otra cosa».

Y en su párrafo segundo se añade:

«Sin embargo, podrán excepcionalmente revocarse y ordenarse de nuevo por el sobreviviente:

Uno.—En todo caso, las disposiciones a favor de persona que hubiera devenido incapaz o hubiese premuerto, sin perjuicio de los derechos de representación y de acrecer cuando deban tener lugar.

Dos.—Las disposiciones que en cualquier concepto hubiere establecido sobre su propia herencia y que no tengan causa en las disposiciones de otro de los testadores.»

La Ley 202 comienza por afirmar algo que fue tan tradicional y estuvo tan arraigado en el Derecho navarro: la irrevocabilidad del testamento de hermandad. «Fallecido alguno de los testadores, el testamento de hermandad será irrevocable...»

Pero la firmeza de este criterio ha cedido con el devenir de los tiempos, y la Compilación así lo recoge. La primera gran excepción a esa irrevocabilidad es la disposición en contrario de los testadores y en el propio testamento.

Ahora bien, fijémonos que este primer párrafo de la Ley 202, a diferencia de lo que establece el párrafo segundo, número dos, está refiriéndose al testamento todo y no a las disposiciones del supérstite.

Entiendo que la facultad de revocación que se prevé para el sobreviviente está referida a todo el testamento, es decir, también a las disposiciones del premuerto. Nos encontraríamos entonces más bien en presencia de un supuesto de fiducia sucesoria.

Como quiera que esta posibilidad de revocación debe nacer de la propia voluntad de los otorgantes, manifestada expresamente en el testamento, de sus declaraciones podrá colegirse con claridad cuál es el alcance que han querido dar a esa facultad de revocación.

Las dudas podrán surgir cuando en el testamento solamente se diga que el supérstite podrá revocar libremente éste. Se podrá dudar si la facultad se refiere sólo a sus propias disposiciones o también a las del premuerto.

Insisto que, a mi juicio, y dada la relación de ese párrafo primero con el siguiente dentro de la propia Ley 202, y dada también la propia dicción del texto, que habla de *testamento*, es ese todo, en su caso, el que podrá revocarse. En efecto, la palabra *testamento* abarca todo el contenido dispositivo de éste y no sólo una parte del mismo.

Por ello, el citado párrafo primero de la ley está refiriéndose a supuesto distinto de los que regula el párrafo segundo en sus dos apartados, y especialmente en el segundo.

En el primero de éstos se está haciendo referencia a un caso similar al del párrafo primero, pero más limitado. Ya no se habla de la posibilidad de revocar todo el testamento de hermandad, sino solamente aquellas de sus disposiciones que estén referidas a personas que hubieran devenido incapaces o que hubiesen premuerto.

Aquí, la facultad de revocación no emana ya de la voluntad de los otorgantes, sino de la propia disposición legal. Y, en cualquier caso, de la voluntad del sobreviviente.

Hay, sin embargo, una serie de cuestiones dudosas que plantea este precepto.

En primer lugar, está haciendo referencia, como excluyente de la facultad revocatoria, al derecho de representación. Y es que, efectivamente, la Compilación de Navarra, con su sentido innovador, puesto de manifiesto en tantos aspectos, y saliendo al paso del criterio doctrinal predominante, que niega la representación en la sucesión testada, admite de forma expresa el citado derecho de representación en este tipo de sucesión.

En el título XV del libro II regula este derecho, dentro de las Leyes 308 a 311. La Ley 309 dice que «el derecho de representación se dará siempre que lo hubiere establecido el causante, quien podrá también excluirlo en cualquier caso». Y el párrafo segundo añade que «a falta de disposición del causante, el derecho de representación se dará, tanto en la sucesión legal como en la voluntaria, a favor de sus descendientes sin limitación, y a favor de los descendientes de sus hermanos hasta el cuarto grado a contar del propio causante».

La propia Exposición de Motivos del nuevo texto legal navarro expresa claramente este criterio innovador, al decir que «el derecho de representación... excede en Navarra el ámbito de la sucesión legal, con lo que se reduce mucho el derecho de acrecer».

Lo que resulta extraño es que la Ley 202 no haya previsto también el supuesto de sustitución en sus diferentes modalidades.

Parece entonces que, caso de premoriencia o incapacidad sobrevenida de un instituido, el o los testadores supérstites podrán variar las disposiciones testamentarias afectadas, con tal que no se dé el derecho de representación o el de acrecer, pero y aunque esté prevista alguna sustitución, siendo así que, en especial, la sustitución vulgar entra precisamente en juego en caso de que el instituido premuera, no quiera o no pueda

aceptar la liberalidad (Ley 223, párrafo primero, de la Compilación navarra).

Otra duda, emanada del citado párrafo segundo de la Ley 202, es la relativa a cuándo deben haberse producido las circunstancias de incapacidad o premoriencia de que habla, para que la revocación o modificación por el supérstite pueda tener lugar. No se dice si han debido ocurrir antes o después del fallecimiento del primero de los testadores conjuntos.

Parece que la lógica inclina a interpretar este precepto en el sentido de que tales eventos hayan acaecido después de fallecer alguno de los testadores. Sin embargo, puede ocurrir que tal incapacidad o premoriencia hayan ocurrido antes, y nada se hubiese hecho por el premuerto de los testadores respecto de las disposiciones afectadas. Podría pensarse, pues, que la facultad de revocación se amplía para cualquiera de las dos eventualidades.

Lo que el precepto no especifica es el destino que el revocante haya de dar a los bienes objeto de esta revocación. Parece lógico que si falla, por inexistente, la representación o el acrecimiento, el testador supérstite tenga la más absoluta libertad para disponer de tales bienes en favor de las personas que estime más conveniente.

Por supuesto, el resto de las disposiciones testamentarias quedará inalterado de no concurrir alguna de las demás circunstancias que autorizan a su revocación.

Ahora bien, para todos los supuestos de revocación estudiados hasta aquí, es decir, el emanado de la propia autorización concedida en el testamento y el surgido como consecuencia de incapacidad o premoriencia de algún instituido, surge cierta complicación derivada de la propia especialidad del testamento de hermandad en Navarra.

En tanto que en Aragón el testamento mancomunado sólo puede ser otorgado por cónyuges, en Navarra, y de conformidad con la Ley 199 de la Compilación, que ha recogido el sentido tradicional en esta materia, el testamento de hermandad puede ser formalizado por dos o más personas, incluso aunque no sean parientes entre sí, ya que el texto legal nada especifica al respecto. «Es testamento de hermandad el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas.»

Se plantea entonces la cuestión de si en la revocabilidad de ese testamento, y para caso de estar otorgado por más de dos personas, habiendo fallecido alguna de ellas y sobreviviendo, al menos, dos, habrán de intervenir todos los supérstites y en qué forma.

Estimo que para el primer supuesto, y si en la autorización de revocación concedida en el testamento no se ha especificado la posibilidad

de que sólo un testador revoque, la modificación del testamento deberá hacerse conjuntamente por todos los sobrevivientes, actuando por unanimidad, y ello en aras del principio de unidad que rige esta forma de testar.

Para el supuesto de incapacidad o premoriencia, con mayor razón habrán de ser todos los testadores supérstites los que intervengan en el nuevo destino a dar a las disposiciones que se revoquen.

El número dos del párrafo segundo de la Ley 202 recoge el tercer supuesto de revocación del testamento de hermandad fallecido uno de los testadores.

Autoriza a que el supérstite pueda revocar o modificar las disposiciones que hubiera establecido sobre su propia herencia y que no tengan causa en las disposiciones de otro de los testadores.

En primer lugar, sería conveniente aclarar qué se entiende por *propia herencia*. La idea general es que se trata de las disposiciones hechas acerca de sus propios bienes.

Para caso de tratarse de testadores matrimonio puede surgir la duda de si la expresión *propia herencia* comprende también su parte en los consorciales. Por lo que diremos más adelante acerca del testamento mancomunado aragonés, estimo que en la expresión legal deben entenderse comprendidos tanto los bienes propios como la porción correspondiente de los consorciales.

De otra parte, la Compilación de Navarra ha venido a introducir el mismo caballo de batalla de la Compilación aragonesa, a saber, la noción de correspectividad. La primera no usa propiamente esta expresión, sino la de disposiciones que tengan su causa en otras, es decir, que estén condicionadas a otras.

El problema fundamental será el de determinar qué disposiciones tienen su causa en otra, si para su descubrimiento habrá de acudir a una inducción del testamento siguiendo un criterio puramente objetivo o si, por el contrario, habrá de estarse a la voluntad de los testadores manifestada de forma expresa en el propio testamento.

Para aclarar esta cuestión, que en términos semejantes se plantea en el Derecho aragonés, nos remitimos a lo que más adelante se dirá acerca de éste.

La única diferencia esencial a tener en cuenta con el testamento mancomunado aragonés, es que mientras en éste la correspectividad o condicionamiento de las disposiciones de un testador la tienen con respecto al otro, al cónyuge, en el testamento de hermandad navarro este condicionamiento no tiene por qué estar referido a todos los demás testadores, sino que basta que lo estén con respecto a las disposiciones de sólo algunos de ellos.

Por el momento, y para concluir este capítulo, bástenos, con referencia al Derecho navarro, con indicar esta sustancial modificación experimentada en materia de revocación del testamento de hermandad después de fallecido uno de los testadores.

Frente a la absoluta irrevocabilidad preconizada por la legislación anterior, el criterio opuesto se abre camino en la Compilación vigente.

Y ello, aunque parezca subsistente el criterio opuesto, cuando la Ley 202 comienza por decir, según hemos visto, que «fallecido alguno de los testadores, el testamento de hermandad será irrevocable». Es éste un principio que queda prácticamente desvirtuado por las manifestaciones que siguen.

En primer lugar, la voluntad en contrario, manifestada en el testamento por los propios testadores.

Por otra parte, el supérstite puede reordenar las disposiciones testamentarias que estén referidas a persona que hubiere devenido incapaz o hubiese premuerto, así como las disposiciones referentes a sus propios bienes, siempre que éstas no tengan su causa en las de otro de los testadores.

Estimo, pues, que la solución a que está llegando la legislación navarra, o mejor, a la que ha llegado por el momento en la recién estrenada Compilación, es casi idéntica, con algunas variantes, a la aragonesa actual.

Cuando SANTA MARÍA DE CRISTÓBAL propugnaba en 1945 un acercamiento al Derecho aragonés de entonces, el del Apéndice de 1925, quizá no podía pensar este autor que ese acercamiento se había de producir posteriormente, pero no al Derecho aragonés del Apéndice, sino al actual de la Compilación de 1967.

Las diferencias esenciales entre testamento de hermandad navarro y mancomunado aragonés están, pues, desapareciendo. Al menos, en lo referente a la revocación, han desaparecido ya prácticamente.

3. ARAGON

I. Con respecto a esta región, la doctrina científica parece unánime al afirmar que tradicionalmente el testamento mancomunado era esencialmente revocable en cualquier momento, incluso fallecido uno de los cónyuges.

Este era también el criterio legal establecido en la observancia primera, *De testamentis*, conforme a la cual *superster quatenus tangit bona sua potest illud mutare*.

«La tradición jurídica aragonesa—dice GARCÍA ATANCE—establecía la revocación esencial del testamento mancomunado sin trabas ni limitaciones» (7).

Incluso parece que la excepción a esta revocación establecida en la observancia primera estaba realmente en desuso (8).

La excepción se refería al testamento mancomunado, en el que uno de los cónyuges dispone y el otro presta su consentimiento a las disposiciones del primero.

IBÁÑEZ CEREZO (9) distinguía varias formas de testamento mancomunado:

- El testamento en el que ambos testadores disponen conjuntamente.
- El testamento, también mancomunado, en el que cada testador dispone separadamente de sus propios bienes.
- Aquel en que uno dispone y el otro manifiesta su adhesión y consentimiento a las disposiciones del primero.

Parece que para la observancia primera es este último testamento el que tenía carácter irrevocable. Se suponía que el que consentía sometía su voluntad a la del disponente, no pudiendo entonces revocarla por considerarse producto de un pacto.

En sentido similar, SUELVES justificaba esta excepción diciendo que el consentimiento del que permite que otro disponga de sus bienes obtiene fuerza de contrato (10).

BAGÉS decía que el que consiente no es testador, y lo que «le agradó una vez no puede desagradarle ya» (11).

Ya hemos indicado, sin embargo, cómo esta excepción legal había caído en desuso, atacada por una práctica consuetudinaria en contrario.

II. GÉNESIS DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO.—Intercalo aquí este apartado, antes de dar paso a la evolución legal experimentada en Aragón en esta materia, porque creo de interés centrar la atención en lo que realmente es en la práctica el testamento mancomunado.

Según IBÁÑEZ CEREZO (12), la esencia del testamento mancomunado es la mutualidad, es decir, el hecho de que los testadores tengan uno o varios herederos o legatarios comunes.

(7) MANUEL GARCÍA ATANCE: *Revocación del testamento mancomunado*, Segunda Semana de Derecho Aragonés de Jaca, 1943, págs. 256 a 261.

(8) Obra citada en nota anterior.

(9) AURELIO IBÁÑEZ CEREZO: *El testamento mancomunado*, Segunda Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1943, págs. 251 a 273.

(10) Semic. I, Const. 18, número 12 (citado por TEIXEIRA).

(11) ANTICH DE BAGÉS, citado por TEIXEIRA en A. D. A., 1963.

(12) Obra citada.

Desde luego, lo que sí es cierto es que el testamento mancomunado no es una mera forma de disposición *mortis causá*. Su valor hemos de buscarlo más allá de su propia exteriorización.

Esta forma de testar conjuntamente marido y mujer está reflejando claramente la idea de unidad familiar que preside las relaciones entre ambos.

Y que ello es así se puede comprobar en la práctica. Aquellos matrimonios desunidos difícilmente se reunirán para testar conjuntamente. Lo normal será que lo hagan por separado o, simplemente, que no testen.

Unidad profunda en el ser y en el querer. Unidad de corazones y voluntades, que llevará, en efecto, a una misma disposición sucesoria.

Pero unidad que no significa necesariamente igualdad. Unidad en la variedad. Las modernas corrientes feministas, que, mal enfocadas, exigen una igualdad de trato y consideración al hombre y a la mujer a todos los niveles, es precisamente lo más opuesto al testamento mancomunado aragonés.

En un reciente artículo (13), VALLET DE GOYTISOLO afirma que «las esencias más íntimas, las raíces más profundas del Derecho foral, se hallan en grave peligro de decadencia». «Las verdaderas causas (de ello) —dice el autor—son de tipo psicológico.» Y cita fundamentalmente el desarraigo, el predominio de los puntos de vista ciudadanos, el impacto de los medios masivos de comunicación audiovisuales y, en suma, la masificación creciente, que se extiende por doquier.

Todas estas motivaciones sociales, enlazadas las unas con las otras, son las que van poco a poco socavando las raíces más profundas de la forma de ser y sentir de nuestro pueblo.

Unas con otras, y todas en conjunto, van produciendo una paulatina asimilación en los medios rurales—cuna de las más fecundas tradiciones forales—de esos puntos de vista ciudadanos, carentes, en general, de todo valor histórico, producto siempre de esa masificación en las ideas, de ese seguir la corriente impuesta desde fuera, de ese unificar los modos y las modas.

Y, como bien dice VALLET (14), «en general, suele faltar al Derecho de masas una visión social y plena y una perspectiva histórica dilatada y orientada hacia el futuro. Casi siempre obedece a dos puntos de vista antitéticos y antagónicos. En general, arranca de un ideal abstracto de igualdad; pero muchas veces sólo trata de resolver empíricamente las necesidades nuevas actuales...».

(13) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: «Plenitud y equilibrio de la percepción sensorial en las antiguas fuentes del Derecho foral», *Anuario de Derecho Civil*. 1970, páginas 459 y sigs.

(14) *Obra citada*, pág. 518.

En este orden de cosas, y como decíamos, las modernas corrientes, en aras de esa mal entendida equiparación feminista, pretenden romper bruscamente con el pasado imponiendo sus nuevos criterios.

Pero, como bien dice PAUL BOURGET (15), «cada generación no supone una eterna vuelta a empezar».

Y WEIL (16), «la oposición entre el porvenir y el pasado es absurda. El porvenir no nos trae nada, no nos da nada: somos nosotros que para construirlo debemos darle todo, incluso nuestra propia vida. Pero para dar es preciso poseer, y nosotros no poseemos otra vida, otra savia, que los tesoros heredados del pasado y digeridos, asimilados, recreados por nosotros. De todas las necesidades del alma humana, ninguna es más vital que el pasado».

Y en este pasado se enraíza profundamente la esencia toda del testamento mancomunado.

El matrimonio rural aragonés suele ser amante y respetuoso con la concepción más tradicional de la unidad patriarcal de la familia. En ella hay un cabeza, el marido, que rige los destinos todos de los miembros a él acogidos dentro de este círculo natural.

Pues bien, es sobre esta base donde creo se sustenta y se ha sustentado siempre el testamento mancomunado aragonés.

Pero si hemos hablado de esa primacía del varón en la familia ha sido para destacar la idea—por otra parte, comprobada en la práctica—de que en los testamentos mancomunados que actualmente se otorgan en los medios rurales suele darse con frecuencia esa forma, que hemos ya mencionado, de adhesión de la esposa a las disposiciones del marido. Aunque luego, a la hora de plasmar ambas voluntades en el documento, en ningún momento hagamos constar los Notarios semejante circunstancia. En la redacción de los actuales testamentos mancomunados aragoneses se aprecia una como declaración conjunta de ambos esposos, como si los dos hubieran manifestado las suyas al unísono.

Siendo ello así en la práctica, estimo un verdadero absurdo la prohibición, emanada del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880, del testamento en que sólo uno de los cónyuges habla y el otro consiente.

III. Precisamente en ese Congreso de 1880 se adoptó, congruentemente con la tradición aragonesa, el principio de libre revocabilidad. Su conclusión cuarta decía literalmente: «Conforme al principio general *ambulatoria est voluntas hominis usque ad mortem*, serán revocables aun aquellos (testamentos) en los que se haya consignado la cláusula de irrevocabilidad.»

(15) *Reflexions sur l'heritage*, París, 1929 (citado por VALLET).

(16) SIMONE WEIL: *Le déracinement*, París, 1849 (citado por VALLET).

Igual criterio presidió la adición al Proyecto de FRANCO Y LÓPEZ de 1890.

El llamado Proyecto Ripollés de 1899 decía textualmente en su artículo 49 que «los cónyuges podrán otorgar última voluntad en un mismo acto o instrumento: lo dispuesto en ella será siempre revocable por los otorgantes juntamente o por cada uno de ellos respecto a sus bienes, viva o no su conjunto».

Una vez más, el posterior Proyecto de Apéndice de GIL BERGES de 1904 proclamaba que «muerto un consorte, no tendrá facultades el supérstite para modificar el testamento mancomunado más allá que en lo tocante a sus bienes peculiares, y renunciando a los beneficios que el prefallecido le hubiese señalado en los suyos».

Como vemos, y aunque la idea parece ser la misma, hay, sin embargo, en este Proyecto un radical cambio de sentido. La revocación sigue abierta para el cónyuge supérstite, pero a partir de ahora condicionada a que éste renuncie a los beneficios que el premuerto le hubiese dejado en sus propios bienes.

Como ya indicaba TEIXEIRA (17), las reglas de este nuevo Proyecto estaban orientadas fundamentalmente en el Derecho alemán.

En efecto, el actual Código civil alemán, en su parágrafo 2.271, párrafo segundo, dice: «El derecho a la revocación se extingue a la muerte del otro cónyuge; el sobreviviente puede, sin embargo, invalidar su disposición si repudia lo a él atribuido.»

La identidad de criterio es clara.

Y precisamente sobre la base de esta nueva orientación, extraña al tradicional Derecho aragonés, la idea pasaría al Apéndice de 1925.

Así, el párrafo segundo del artículo 19 decía: «Después de morir uno de los otorgantes, el sobreviviente no podrá modificar lo dispuesto de mancomún acerca de sus propios bienes si no renuncia enteramente a los beneficios que le provengan de las disposiciones del finado. Para los efectos de lo estatuido en este párrafo se deberá liquidar y definir el caudal propio de cada cónyuge testador, si no constare definido formalmente con anterioridad.»

IV. La primera cuestión que plantea esta nueva regulación es el por qué de esta asimilación a un Derecho tan extraño, en principio, al nuestro, como es el alemán.

El profesor LACRUZ BERDEJO (18) afirma que llegado el momento de redactar el Apéndice foral, la Comisión encargada, en búsqueda de una

(17) *Obra citada*, pág. 126.

(18) «Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal», *A. D. A.*, 1963-64, págs. 351 y sigs.

fórmula para evitar el fraude que suponía, en ciertas ocasiones, la revocación unilateral del testamento mancomunado, a veces inmediata a su otorgamiento, tiene la desgracia de fijarse en el Derecho alemán y de no entenderlo bien.

Es este mismo autor quien después, y con respecto a la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón, va a defender la inspiración de sus redactores—entre los que se encuentra él—en Derechos extranjeros y especialmente el alemán. Aunque justificará esta mirada hacia lo foráneo manifestando que no se trata de extranjerizar nuestro Derecho, sino de aprovechar experiencias e ideas ajenas para interpretar o formular mejor el propio (19).

De «monstruo no aragonés» calificaba GARCÍA ATANCE al transcrito artículo 19 del Apéndice (20).

PALÁ MEDIANO, afirmando esa inspiración germánica del Apéndice, estimaba que tales novedades habían de acabar con el testamento mancomunado en Aragón (21).

Desde luego, las repulsas a la innovación fueron manifiestas. Lo que no hemos podido encontrar es el sentido que tuvo dicha innovación, el por qué de esta copia de un Código extranjero, siendo así que Aragón, y según hemos visto, contaba ya con una rica tradición jurídica en materia de testamento mancomunado.

Si lo que se pretendía era evitar esos posibles fraudes denunciados por LACRUZ, quizá se pudiera haber llegado a una solución por caminos distintos.

Sin embargo, y a pesar de todo, no fue el Apéndice quien terminó con el testamento mancomunado, como temía GARCÍA ATANCE.

V. Otra cuestión importante era, con relación al Apéndice, la de determinar el alcance de esos beneficios a renunciar por el supérstite, a los que hacía referencia el artículo 19.

A raíz de la publicación del texto legal se sucedieron las aclaraciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

Así, la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 10 de diciembre de 1953 declaró que la renuncia podía hacerse antes o en el mismo testamento revocatorio del mancomunado.

TEIXEIRA (22) afirmaba que si el beneficio a favor del supérstite no procedía del propio testamento, sino de capitulaciones matrimoniales, su aceptación no impediría la revocabilidad de aquél.

(19) *Obra citada*, pág. 321.

(20) *Obra citada*, pág. 261.

(21) FRANCISCO PALÁ MEDIANO, *A. D. A.*, 1946.

(22) *Obra citada*, pág. 140.

Mucho más si, como en el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 23 de diciembre de 1952, se demostraba que el supérstite no había recibido ningún beneficio del premuerto, por pertenecer todos los bienes de la casa a aquél, con lo que holgaba definir y liquidar el caudal propio de cada testador.

La cuestión quizá más espinosa se suscitaba a propósito de la viudedad. El Apéndice sólo preveía una viudedad parcial, al excluir los bienes muebles de la misma. Este derecho limitado de usufructuar determinados bienes, concedido por la ley a favor del cónyuge sobreviviente, no se consideró normalmente como un beneficio al que éste debiera renunciar para poder revocar el testamento. Y ello era así porque en el propio artículo 19 del Apéndice se hablaba textualmente de «beneficios que provengan de las disposiciones del finado». Es decir, de beneficios emanados de la propia voluntad del premuerto, manifestada en el testamento mancomunado.

Sin embargo, empezó a ser costumbre muy común en Aragón el que ambos cónyuges se concedieran en el testamento la viudedad universal. Significaba ello una ampliación del derecho asignado legalmente, ampliación referida a los bienes muebles.

LORENTE SANZ (23) opinaba que esa concesión no debía reputarse beneficio.

Sin embargo, TEIXEIRA (24) decía que «ello podrá ser una aspiración dentro del terreno del Derecho constituyente, no del constituido, pues tal como está redactado el precepto, toda liberalidad o beneficio que provenga por estar contenido en el otorgamiento mancomunado, entendemos que mientras el precepto no se reforme, su aceptación hace irrevocable el testamento».

Por mi parte, estimo que se podría mantener una solución intermedia, más acorde quizá con lo expuesto hasta ahora y con la realidad misma de las cosas. Si legalmente el cónyuge aragonés ya tenía una cierta viudedad, limitada a los inmuebles, el hecho de que en testamento se le ampliase también a los muebles no significa que a partir de esta concesión todo el derecho de viudedad fuese un beneficio otorgado. Lo sería en lo referente a los muebles, pero no en lo concerniente a los inmuebles. Por ello, estimo que si el cónyuge supérstite renunciaba a la viudedad universal, aceptando, sin embargo, la limitada otorgada legalmente, no se había producido ninguna aceptación de beneficios de las previstas en el artículo 19 del Apéndice.

(23) JOSÉ LORENTE SANZ: *El testamento mancomunado*, Primera Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1942, págs. 127 a 155.

(24) *Obra citada*, pág. 139.

La limitación expuesta se interpretaba también por la doctrina en el sentido de que quien no podía revocar el testamento mancomunado otorgando nuevo testamento, tampoco podía disponer *inter vivos* vendiendo o donando, pues iría contra el respeto de la voluntad manifestada de mancomún en el testamento (25).

En este mismo sentido se manifestó la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 28 de septiembre de 1949, la cual declaró que en una venta de bienes a favor de un hijo con reserva de usufructo hay donación *mortis causa* que, por estar ligada la vendedora por un testamento mancomunado, debe ser tachada de causa ilícita.

Los autores entendieron que la renuncia válida para la revocación del testamento suponía la previa no aceptación de beneficio alguno.

TEIXEIRA se planteaba, no obstante, el problema de que aceptado un beneficio se renunciase después a él, dando a esta renuncia efecto retroactivo, devolviendo cuanto se hubiese percibido, con sus frutos e intereses. Y admitía la posibilidad de su admisión (26).

Quizá la solución fuese acertada, ya que lo que el Apéndice pretendía es que el cónyuge sobreviviente, si quería revocar el testamento mancomunado, no se aprovechara de lo dejado a él por su consorte. Además, del propio texto legal podría defenderse este criterio, ya que el Apéndice sólo hablaba de renunciar, pero para nada mencionaba, ni en pro ni en contra, esa posible previa aceptación del supérstite.

El profesor LACRUZ BERDEJO (27) defiende el criterio de que aunque la viudedad universal fuese una liberalidad cabría renunciar a ella, aun después de haberla aceptado, con tal que no se hayan percibido los frutos.

Para la defensa de su postura comienza por afirmar que la viudedad es un derecho de naturaleza familiar, aunque se conceda en testamento (28), y que la universal, siempre que sea recíproca, tiene carácter oneroso, por lo que no es propiamente una liberalidad. Será una liberalidad en caso de concesión unilateral, y no recíproca.

También aquí el profesor LACRUZ expuso su criterio (29) partiendo del estudio de la naturaleza jurídica de la renuncia. Afirma que ésta no

(25) TEIXEIRA, *obra citada*, pág. 140.

(26) *Obra citada*, pág. 148.

(27) *Obra citada*, pág. 260.

(28) En las Jornadas de Derecho Aragonés de Jaca, celebradas durante el pasado verano de 1972, en comunicación presentada a las mismas, mantuvimos un criterio opuesto al del profesor LACRUZ, argumentando a favor de un derecho de viudedad aragonés de naturaleza sucesoria y no de Derecho de Familia. Dicha comunicación será objeto de publicación (quizá haya sido ya publicada cuando salga a la luz este trabajo) en la *Revista de Derecho Notarial*, bajo el título de «Extensión del Derecho foral aragonés de viudedad».

(29) *Obra citada*, pág. 261.

es un negocio jurídico transmisivo, sino abdicativo de derechos. Dice que cuando la renuncia versa sobre el usufructo viual que no ha llegado a ejercitarse, aunque se hubiese aceptado, la renuncia es aquí un acto exactamente contrario a la aceptación: deja las cosas tal como estaban antes de ella. Y ello, dada la especial naturaleza de la viudedad foral como derecho real sobre cosa ajena, que al renunciarse sin haber sido ejercitado, se reabsorbe con la propiedad, como si nunca se hubiese aceptado.

Por último, la Audiencia Territorial de Zaragoza consideró, en su sentencia de 8 de octubre de 1951, que la violación del artículo 19 del Apéndice determinaba la nulidad absoluta del segundo testamento, sin que éste pudiera ser convalidado por la aceptación del mismo por parte del heredero a quien éste perjudicaba. La Audiencia admitió la impugnación del segundo testamento, formulada por una hija del heredero aceptante.

VI. Todas estas consideraciones relativas al Apéndice foral siguen teniendo vigencia, ya que, conforme a la disposición transitoria 6.^a de la actual Compilación, «las normas sobre renovación o modificación unilateral del testamento mancomunado sólo serán aplicables a los que se otorguen bajo su vigencia».

Y como quiera que la Compilación de Derecho civil de Aragón data de 1967, son muchos aún, y lo serán por bastante tiempo, los testamentos mancomunados otorgados bajo la vigencia del anterior Apéndice que pretendan ser objeto de revocación unilateral por el cónyuge supérstite.

Además, en la práctica, esta pretensión de revocación suele ser bastante frecuente. El fallecimiento de uno de los testadores suele provocar en el sobreviviente una alteración sustancial de su psiquismo y de su forma de vida.

Mientras ambos cónyuges viven, la situación familiar suele permanecer inalterada. Parece como si el uno al otro se apoyasen mutuamente en sus ideas, ya manifestadas testamentariamente.

Pero, ya decimos, al fallecimiento de uno de los consortes, y más en caso de testadores ancianos, suele producirse un cambio notable en el sobreviviente, que le induce a modificar lo primeramente otorgado, variando sensiblemente su voluntad sucesoria.

Lo triste es que, a veces, ese cambio está motivado por ciertas captaciones de voluntad por parte de los descendientes, generalmente del menos favorecido. Pero lo cierto es que la realidad es ésta y debemos atenderla.

VII. COMPILACIÓN.—Y con todo ello llegamos a la formulación actual relativa al tema que tratamos, recogida en los artículos 96 y 97 de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón de 8 de abril de 1967.

Dice el primero que «el testamento mancomunado puede ser revocado o modificado por ambos cónyuges en un mismo acto u otorgamiento, y por uno de ellos en cuanto a sus propias disposiciones».

El artículo 97, en su apartado 3, establece que «muerto un cónyuge, no podrá el otro revocar o modificar las disposiciones correspectivas que se hallan en vigor».

Para una mejor interpretación de estos preceptos legales conviene seguir paso a paso sus distintas formulaciones a través de los diferentes Anteproyectos que fueron elaborados desde 1961, y que sirvieron de base para la definitiva redacción de la Compilación.

Así, en el Anteproyecto redactado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses, nombrada por el Ministerio de Justicia, y que lleva fecha de 1961, en sus artículos 48 y 49 se lee:

«48. *Revocación.*—Cualquiera de los cónyuges puede revocar sus disposiciones en el testamento mancomunado.

Solamente se aplicará a éstas lo dispuesto en los artículos siguientes cuando de declaraciones expresas y conjuntas en el mismo testamento o en documento público resulte que todas o algunas de las disposiciones eran correspectivas.»

«49. *Disposiciones correspectivas.*—...fallecido uno de los cónyuges quedarán irrevocables las disposiciones correspectivas del sobreviviente en el testamento mancomunado no revocado de mancomún o unilateralmente en vida de ambos cónyuges.»

Como se puede apreciar, ya en este primer Anteproyecto se habla de disposiciones correspectivas, pero sin dar un concepto de ellas.

Cierto que no corresponde a un cuerpo legal el dar definiciones. Esto lo hemos oído siempre. Pero cierto también que si una ley pretende introducir un nuevo concepto, parece lógico que en algún lugar de la propia ley se nos explique qué significa el tal concepto.

Además, ya de esta primera formulación legal de la cuestión se nos va a plantear otro problema en relación con la correspectividad, a saber: es éste un concepto a deducir del propio testamento o ha de ser determinado de forma expresa por los cónyuges testadores. Y caso de ser esto último, lo que los otorgantes pueden hacer es establecerla determinante o, por el contrario, excluirla también de forma expresa.

Pero sigamos adelante.

El Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses, de julio de 1962, regulaba la cuestión en los artículos 49 y 50. Este, el más

importante al respecto, decía textualmente: «Art. 50. La revocación o modificación unilateral, otorgada por un cónyuge en vida del otro, producirá la ineficacia total de las disposiciones correspectivas contenidas en el testamento mancomunado, entendiéndose tales aquellas que, por declaración de ambos en el mismo testamento o en documento público, se hallan recíprocamente condicionadas.

«La revocación o modificación que de sus propias disposiciones otorgue el cónyuge sobreviviente, no afectará a las disposiciones del testamento mancomunado declaradas correspectivas que se hallan en vigor.»

A mi entender, de todas ha sido ésta la mejor redacción que se haya propuesto en torno al problema que nos ocupa.

La Compilación, al igual que en el Anteproyecto de 1961, y según hemos visto, habla de las disposiciones correspectivas, pero sin aclarar qué se entiende por tales.

El Anteproyecto de 1962 especificó claramente dos cuestiones sobre el particular:

Primera: Que son correspectivas aquellas disposiciones que se hallen recíprocamente condicionadas.

Segunda: Que tales disposiciones, para que determinen la irrevocabilidad del testamento por el supérstite, han de estar expresamente declaradas como tales disposiciones correspectivas por ambos cónyuges testadores.

Con este segundo punto se aclaraba una cuestión muy importante, a la que ya hemos aludido, cual es la de determinar si la correspectividad debería inducirse del propio testamento o, por el contrario, habría de estarse a una declaración expresa de los testadores. Esta última parece ser la solución adoptada.

Pero del precepto transcrito surgía una nueva duda. Al decir que son disposiciones correspectivas aquellas declaradas como tales por los testadores en el mismo testamento o en documento público, y que estén contenidas en el testamento, podemos encontrarnos con algún testamento mancomunado en el que no se formule declaración alguna en este sentido y, sin embargo, contener disposiciones correspectivas, declaradas así por los propios cónyuges en otro documento público aparte.

Es más. Podrá ocurrir que esta declaración de correspectividad la realicen los testadores en un documento público anterior al testamento y con referencia a éste. Pero podrá ocurrir también que la declaración la efectúen con posterioridad al propio testamento.

Nos encontraremos entonces en presencia de un documento notarial (si restringimos a éste lo de documento público) en el que se produce una aclaración a un testamento anterior.

Creo que no será forzar demasiado las cosas el pensar que ese tal documento lo que está produciendo es una alteración del contenido testatorio, violando con ello el principio jurídico general de que para modificar un testamento se precisa del otorgamiento de un nuevo testamento o, al menos, otro documento público de carácter *mortis causa*, pero no cualquier documento público.

Un paso más y nos encontramos con el Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses de julio de 1963. La formulación es igual a la del Anteproyecto anterior.

«Art. 46. La revocación o modificación unilateral, otorgada por un cónyuge en vida del otro, producirá la ineficacia total de las disposiciones correspondientes contenidas en el testamento mancomunado, entendiéndose tales aquellas que, por declaración de ambos en el mismo testamento o en documento público, se hallen recíprocamente condicionadas.

La revocación o modificación que de sus propias disposiciones otorgue el cónyuge sobreviviente, no afectará a las disposiciones del testamento mancomunado declaradas correspondientes que se hallen en vigor.»

No ha habido, pues, variación de criterio.

La primera variación sustancial la encontramos por vez primera en el primer Anteproyecto redactado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, fechado en Madrid en julio de 1965.

«Art. 95. El testamento mancomunado puede ser revocado o modificado por ambos cónyuges en un mismo acto u otorgamiento, y por uno de ellos en cuanto a sus propias disposiciones.»

«Art. 96, 1. La revocación o modificación unilateral, otorgada por un cónyuge en vida del otro, producirá la ineficacia total de aquellas disposiciones que, por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público, estén recíprocamente condicionadas.

2. La revocación o modificación deberá hacerse en testamento abierto ante Notario, quien notificará al otro cónyuge, dentro de los dos días hábiles siguientes, el mero hecho de haber quedado revocadas o modificadas tales disposiciones.

3. Muerto un cónyuge, no podrá el otro revocar o modificar las disposiciones correspondientes que se hallen en vigor.»

Esta redacción habrá de ser ya definitiva. El Anteproyecto de la Sección Especial de mayo de 1966, redactado en los mismos términos que el anterior, será el definitivamente aprobado, primero por el Pleno de la Comisión General de Codificación, a su vez aceptado por el Gobierno y presentado a las Cortes como Proyecto de Ley, y después por las

propias Cortes en forma de Ley, actual Compilación de Derecho civil de Aragón.

VIII. Hemos preferido exponer la evolución experimentada por los artículos 96 y 97 de la Compilación, a través de los sucesivos Anteproyectos, porque entendemos que su exposición puede dar cierta luz a la hora de interpretar la cuestión de las disposiciones correspectivas.

Desde luego, se ha de hacer notar, en primer término, que la idea de la correspectividad no es nueva, ya que los autores regnícolas hablaban de ella. Así, GARCÍA ATANCE, y con respecto al Apéndice anterior, dice que los testadores solían salvar la irrevocabilidad del artículo 19 del texto legal, bien reservándose el derecho de revocación, bien declarando en el testamento mancomunado que las cláusulas de éste no eran correlativas (30).

La Compilación parte en su artículo 96 por admitir, conforme al criterio tradicional aragonés, la libre revocación del testamento mancomunado, por ambos cónyuges en un mismo acto u otorgamiento o por uno de ellos unilateralmente en cuanto a sus propias disposiciones.

Pero después de promulgar este criterio legal positivo, en el artículo siguiente establece que el cónyuge supérstite no puede revocar o modificar las disposiciones correspectivas que se hallen en vigor.

Y en el apartado uno de ese mismo precepto se habla de disposiciones que, por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público, estén recíprocamente condicionadas.

Desde luego, de atenerse el intérprete exclusivamente al texto de la ley, y tratando de aclarar la cuestión de la posibilidad o no de revocar el supérstite el testamento mancomunado, surgiría un primer gran problema a la hora de determinar qué son disposiciones correspectivas.

La Compilación no las define.

El párrafo primero del artículo 97 tampoco dice que esas disposiciones a que se refiere sean las correspectivas. Además de que dicho primer párrafo está referido a la revocación viviendo ambos cónyuges, y no al caso de revocación por el supérstite.

Por ello, habrá que acudir a la interpretación integral del precepto y, sobre todo, a su interpretación histórica a través de los Anteproyectos anteriores para llegar a la conclusión, según lo visto, de que disposiciones correspectivas son aquellas que estén recíprocamente condicionadas.

El preámbulo de la Compilación marca también este sentido al decir que son disposiciones correspectivas aquellas que, por voluntad decla-

(30) *Obra citada*, pág. 258.

rada de ambos cónyuges, en el mismo testamento o en documento público, estén recíprocamente condicionadas.

IX. Por otra parte, la Compilación, siguiendo los textos redactados por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, ha suprimido del precepto en estudio la dicción de que tales disposiciones correspectivas estén contenidas en el propio testamento, como expresamente decían los Anteproyectos de 1962 y 1963 elaborados por los juristas aragoneses.

No obstante, en este punto, la interpretación del precepto no puede ofrecer dudas, ya que no a otras, sino a las disposiciones correspectivas contenidas en el testamento que se pretende revocar puede estar referida esa norma relativa a la revocabilidad.

X. Sigue subsistiendo el problema de la admisibilidad, ahora por la Compilación, de que la declaración de correspectividad esté formulada por los testadores no en el propio testamento, sino en otro documento público cualquiera.

Me parece que esta admisibilidad rompe la unidad propia del testamento mancomunado, al introducir otro documento público con el que haya de contarse para la acertada interpretación del propio testamento.

En ningún momento, ni los Anteproyectos ni la Compilación, deberían haber admitido esta declaración extratestamentaria de correspectividad.

Creo que éste debería ser uno de los puntos importantes a tener en cuenta en una futura revisión de la Compilación.

Porque el declarar si unas determinadas disposiciones del testamento son o no correspectivas, creo que es trascendental y sustancial al testamento mismo. No se ve, pues, cómo ese contenido testamentario pueda dejarse para un documento público, incluso no *mortis causa*, separado del propio testamento.

No obstante, y desde el punto de vista práctico, creo que a cuantos nos toca la labor de interpretar un testamento mancomunado debe bastarnos con examinar el propio testamento y deducir de él exclusivamente si contiene o no disposiciones correspectivas.

Sin embargo, esa posibilidad legal nos puede llegar a plantear serios problemas en caso de revocación de testamentos mancomunados por quienes, en otros documentos públicos, hayan declarado irrevocable dicho testamento por consecuencia de la correspectividad establecida.

XI. Una cosa es cierta en todo caso, que la correspectividad debe ser establecida expresamente por los testadores. Desde luego, que, según la propia Compilación, no hace falta que la correspectividad esté estable-

cida de una forma muy específica y tajante por los testadores. Pero sí, que quede establecida por ellos.

Con ello se alteran los criterios existentes en cierto sector de la doctrina científica aragonesa, según la cual, para salir de la duda, lo fundamental es que los testadores digan en el testamento mancomunado si sus cláusulas son o no correspectivas (31).

Si los testadores desean revocar su testamento después de fallecido uno de ellos, no hará falta que hagan declaración alguna en este sentido, pues para la Compilación hay disposiciones correspectivas si son declaradas como tales por los testadores. Luego si éstos nada dicen sobre el particular, es que no han querido la correspectividad.

No estoy de acuerdo con LORENTE SANZ, quien expresó su criterio en el sentido de que para evitar dudas habrían de emplearse fórmulas transparentes, tanto si se quiere la correspectividad con todas sus consecuencias como si no se quiere (32).

Y, por el contrario, me parece que la cuestión la puso claramente de manifiesto PALÁ MEDIANO, al decir que en la Compilación se ha rechazado la presunción de que todas las disposiciones por testamento mancomunado son correspectivas, que no se ha querido que la correspectividad hubiera de ser probada por presunciones o conjeturas y que la tal correspectividad habría de ser declarada por ambos cónyuges y conjuntamente (33).

Parece, pues, que la norma general ha de ser la de libre revocación del testamento mancomunado por el supérstite, y la excepción, la no revocación en caso de haber disposiciones correspectivas.

XII. Desde luego, y conforme al apartado 3 del artículo 97 de la Compilación, la irrevocabilidad afecta exclusivamente a las disposiciones correspectivas que se hallen en vigor.

Quiere ello decir, en primer término, que si los testadores han declarado sólo correspectivas algunas de sus disposiciones, solamente a éstas alcanzará la irrevocabilidad. Las otras serán libremente revocables o modificables.

Y en segundo lugar, que sólo son irrevocables las correspectivas en vigor. Con ello se viene a admitir la posibilidad de que establecida en el testamento mancomunado la correspectividad de ciertas o de todas las disposiciones, posteriormente haya desaparecido dicha correspectividad.

Esa desafección puede ocurrir, desde luego, por la propia voluntad de

(31) JOSÉ LORENTE SANZ, *obra citada*.

(32) *Obra citada*.

(33) *Obra citada*.

los testadores declarada en posterior testamento, en el que se deje subsistente el anterior en todo o parte.

Cabría incluso un posterior testamento, en el que sólo se hiciera constar esa voluntad en contrario a la correspectividad, sin otro contenido de tipo patrimonial (34).

En cuanto a que esta nueva declaración, rectificadora de la anterior, la verifiquen los testadores en otro documento público distinto del testamento o documento *mortis causa* público, estimo que la criticada admisibilidad de la Compilación lo ha de ser sólo, si acaso, para el establecimiento de la correspectividad, pero no para suprimirla. Y ello porque tratándose, a mi juicio, de una norma odiosa, debe interpretarse muy restrictivamente.

Para LORENTE SANZ esto es incuestionable (35).

(34) Tema éste interesante a enlazar con la validez de los testamentos sin contenido patrimonial, y que en España se ha originado, fundamentalmente, con el reconocimiento de los hijos naturales en testamento.

A este respecto, recuerdo una conversación privada mantenida con el profesor LACRUZ, en la que éste me hacía notar el absurdo de los testamentos en los que sólo se contiene estos reconocimientos. Me decía este autor que él ponía en duda la validez de estos instrumentos. Me hacía notar que si el testamento es un acto de carácter esencialmente *mortis causa*, no se veía cómo podía contener disposiciones encaminadas a surtir efecto en vida de los testadores. Y esta afirmación parece dirigida no solamente a los testamentos cuyo contenido lo es exclusivamente el reconocimiento de un hijo natural, sino incluso a aquellos otros en los que se contienen también genuinas disposiciones patrimoniales de naturaleza sucesoria.

Desde luego, en este aspecto estoy de acuerdo con el profesor LACRUZ. Lo normal sería que el tal reconocimiento no surtiera efecto, como el resto de las disposiciones testamentarias, sino después del fallecimiento de los testadores.

Sin embargo, nuestra legislación y, lo que es más importante, la práctica actual en nuestra Patria están decididamente encaminadas a admitir la validez del reconocimiento en testamento, y desde el momento mismo del otorgamiento.

Apoya este criterio el hecho de que el reconocimiento de un hijo natural no puede ser posteriormente revocado, y se mantiene aunque se revoque o modifique el testamento que lo contenía.

Por otra parte, no debe olvidarse que si la forma usual hoy en España de reconocer hijos naturales es precisamente el testamento, se debe fundamentalmente a la economía y rapidez de la misma, pues mientras el reconocimiento manifestado en cualquier otro documento público exige la aprobación judicial, el hecho en testamento no la precisa.

Al paso de estas consideraciones estimo de interés hacer notar las dudas que en la práctica judicial están originando los reconocimientos hechos en acta notarial. Más de un Juez amigo me ha manifestado su criterio opuesto a éstas por entender que lo que el Código civil exige, aparte del testamento, es la escritura pública. Sin embargo, y contradiciendo estas opiniones, estimo que no es esto lo que el Código dice. El artículo 131 habla de acta de nacimiento, testamento u otro documento público. La expresión *documento público* no puede comprender sólo la escritura notarial, siendo así que tan documento público es la escritura como el acta. Creo que si el legislador hubiera querido limitar el reconocimiento a la escritura, lo hubiera dicho expresamente.

(35) *Obra citada.*

Creo que la desaparición de la corresponsividad podría tener lugar incluso por el advenimiento de algún acontecimiento establecido por los testadores, como condición de esa corresponsividad, en el propio testamento.

Una de las formas de extinción de la corresponsividad es la establecida en el artículo 98, párrafo primero, de la Compilación, al disponer que «las sentencias de nulidad de matrimonio y de separación personal hacen ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones corresponsivas» (36).

XIII. Una cuestión importante es la de determinar si la revocación admitida por la Compilación para uno solo de los cónyuges se refiere a las disposiciones relativas exclusivamente a sus bienes privativos o también se admite respecto de su parte en los consorciales.

Para el Derecho anterior a la Compilación, decía IBÁÑEZ CEREZO (37) que al disponer los testadores de los bienes comunes es que se trata de una sola personalidad jurídica, distinta de la física de cada uno de ellos, y que lo dispuesto de mancomún acerca de tales bienes no puede modificarse de ninguna manera. Y especificando al respecto, añadía que cuando en el testamento mancomunado los cónyuges no hacen distinción de bienes propios y consorciales, la irrevocabilidad debe afectar a todos los bienes, incluso los privativos.

En sentido similar, BARRACHINA Y PASTOR, también con relación al Derecho aragonés del Apéndice, decía con relación a los bienes consorciales que éstos son distintos de los privativos de cada cónyuge, que en la sociedad conyugal existe cierta personalidad y que las disposiciones contenidas en el testamento mancomunado sobre tales bienes son irrevocables (38).

Sin embargo, ya TEIXEIRA GRACIANETA discrepó de estos pareceres. Al decir de este autor, ni la observancia ni la doctrina lo han entendido así. Que la expresión *bona sua* de la primera se refería a bienes del testador, pero tanto a los privativos como a su parte en los consorciales, pues tan suyos son los unos como los otros (39).

Confirma este criterio la sentencia de 20 de junio de 1882.

La Compilación parece haber resuelto el problema, pues, a diferencia del Apéndice, que hablaba de bienes del testador, el nuevo texto legal

(36) Precepto éste que plantea interesantes problemas en orden a la validez y subsistencia del testamento después de declarada la nulidad del matrimonio o la separación de los cónyuges.

(37) *Obra citada*.

(38) FEDERICO BARRACHINA Y PASTOR: *Derecho Foral Español*, Castellón, 1912 (citado por TEIXEIRA).

(39) *Obra citada*.

habla de revocar las «propias disposiciones». Y estas disposiciones propias del testador revocante pueden y suelen estar referidas no sólo a sus bienes privativos, sino también a su porción en los consorciales.

XIV. Dice LORENTE SANZ que pasará mucho tiempo hasta que los aragoneses no juristas «digieran» el concepto de corresponsividad (40).

Estoy con el autor. Creo que va a ser realmente difícil hacer llegar al pueblo llano el sentido de ese nuevo concepto legal. Y más que difícil, imposible. Como bien advertía DI PIETRO, «la razón ha elaborado *per se* tratados inmensos, ha traído larguísimas leyes, ha compilado Códigos aparentemente perfectos, y una vez elaborados ha querido imponerlos a la realidad, y las más de las veces los mismos no han resultado sino vacías entelequias, que se han desfondado en cuanto se pretendía su más mínima aplicación» (41).

Lo que sí resulta curioso es cómo los que estamos diariamente en contacto con la realidad jurídica aprovechamos algunas de esas instituciones, que los «laboratorios jurídicos» nos presentan en forma de leyes, para acomodarlas al querer y sentir de las gentes, ese querer y sentir que no siempre encuentra su adecuada formulación legal.

Digo esto a propósito de la noción de corresponsividad, noción que empieza por afirmar, y con ello no hago sino repetir lo dicho por los propios elaboradores del nuevo concepto, que se halla lejos de ser una emanación espontánea y tradicional del pueblo.

La gente, los otorgantes de un testamento mancomunado, desconocen de modo absoluto qué sea eso de la corresponsividad. No piensan en ella, ni siquiera en su sentido y significado. No piensan normalmente que las disposiciones de uno puedan estar condicionadas a las del otro.

Sin embargo, sí hay algo, en relación con esto, de gran trascendencia, y que se encuentra en el más profundo sentir de muchos testadores: su deseo de que a su fallecimiento el testamento no sea modificado por el supérstite. Que lo que ahora disponen los dos no sea después alterado por el otro.

A mi modo de ver, y según he podido comprobar en la práctica, este sentimiento tiene su raíz más bien en una idea de contractualidad del testamento mancomunado, de obligatoriedad de mantener lo pactado, y no de los otorgantes para con los beneficiarios del testamento, sino de los propios testadores entre sí.

Nada tiene que ver esto con la corresponsividad. Nada tiene que ver

(40) *Obra citada.*

(41) ALFREDO DI PIETRO: *Verbum Iuris*, Buenos Aires, 1968 (citado por VALLET).

con que si las disposiciones de un testador dependan o estén condicionadas a las del otro.

No es corresponsabilidad, sino contractualidad, lo que existe.

Pero a falta de una regulación legal, similar a la navarra antigua, que recoja este sentir del pueblo, la labor del Notario está precisamente en dar vida a este querer de los otorgantes, utilizando esa fórmula extraña que la legislación vigente nos depara.

Por ello, y ante la pretensión del matrimonio testador de que su testamento mancomunado se mantenga siempre, aun fallecido uno de los consortes, este Notario suele echar mano de la corresponsabilidad y hace notar en el testamento que todas las cláusulas contenidas en el mismo, y por expresa declaración de ambos testadores, tienen carácter corresponsable.

JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ
Notario

Delimitación del concepto de compraventa mercantil^(*)

SUMARIO: 1. *La necesaria revisión del concepto de compraventa mercantil.*—2. *El supuesto de hecho de la compraventa mercantil:* 2.1. El objeto.—2.2. Los sujetos.—3. *El problema de la mercantilidad de la reventa:* 3.1. La interpretación del Código de Comercio.—3.2. La interpretación de la Ley de ventas a plazos.—3.3. Los argumentos de la tesis mercantilista.—3.4. Tesis que se propone: 3.4.1. Supuestos de reventa.—3.4.2. Crítica de la interpretación mercantilista.—3.4.3. Consideración especial del llamado argumento de equidad.—3.4.4. Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.—*Apéndice: Evolución del concepto de compraventa mercantil en la legislación comparada:* 4.1. En relación con el objeto: 4.1.1. La compraventa mercantil como compraventa de mercaderías.—4.1.2. La compraventa mercantil como compraventa de cosas muebles.—4.1.3. La extensión de la compraventa mercantil a los bienes inmuebles.—4.2. En relación con los sujetos: 4.2.1. La configuración profesional de la compraventa mercantil.—4.2.2. La compraventa mercantil, definida como acto objetivo de comercio.—4.2.3. La extensión del concepto de compraventa mercantil a las compraventas mixtas.—4.2.4. La unificación del régimen de la compraventa.—5. *Conclusiones*

1. LA NECESARIA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE COMPRAVENTA MERCANTIL

El concepto legal de compraventa mercantil resulta de integrar el concepto civil con las especialidades señaladas por el Código de Comercio. El artículo 1.445 del Código civil no define dogmáticamente el contrato, sino que de forma descriptiva establece que, en su virtud, «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto (es decir, determinado o determinable) en dinero o signo que lo represente».

La doctrina ha considerado necesario, pues, dar un concepto doctri-

(*) Trabajo publicado en el Libro homenaje al profesor JOSÉ SANTACRUZ TEJERO, Universidad de Valencia, 1974.

nal, y siguiendo la concepción mayoritaria podemos definir la compraventa como «contrato consensual, bilateral, oneroso, en el que una parte se obliga a mantener en el uso y disfrute pacífico de una cosa a otra a cambio de un precio» (1). Admitiendo, con esta definición, que nada impide, de acuerdo con la naturaleza del contrato y el régimen de transmisión de la propiedad en nuestro Derecho, que el vendedor disponga mediante dicho contrato de cosa que aún no es de su propiedad. O sea, que nuestro ordenamiento recoge la concepción romana u obligacional de la compraventa, aunque quizá debiera postularse una reforma legislativa que determinara en este contrato efectos traslativos inmediatos derivados del consentimiento o, cuanto menos, que el vendedor está obligado a transmitir la propiedad y no simplemente la posesión pacífica (2).

(1) ENNECCERUS, L.: «Derecho de obligaciones», en el *Tratado de Derecho civil* de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, tomo II, vol. 2.º, traducción y notas de PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Barcelona, 1935, págs. 21 y sigs.; CASTÁN, J.: *Derecho civil español, común y foral*, 9.ª ed., tomo IV, Madrid, 1969, págs. 60 y sigs.; PUIG PEÑA, J.: *Tratado de Derecho civil español*, 2.ª ed., Pamplona, 1972, tomo II, páginas 556 y sigs.; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 15; ALBALADEJO: «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *RGLJ*, abril 1947, y en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1955, págs. 141 y sigs.; ESPÍN, D.: *Manual de Derecho civil español*, 3.ª ed., Madrid, 1970, vol. III, págs. 476 y siguientes.

Ello no obstante, desde DE BUEN la doctrina civilista insiste en la finalidad que ha de presidir el contrato, que es la de transmitir la propiedad (véase PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *ob. cit.*, pág. 43; CASTÁN, *ob. cit.*, págs. 64-65, donde destaca esta tendencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; PUIG PEÑA, *ob. cit.*, página 563; MORENO MOCHOLI: «¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio», *RCDI*, 1945, págs. 377 y sigs.).

Un importante sector de la doctrina mercantilista española ha insistido en que, a pesar de la expresión del Código civil, lo esencial a la compraventa es la transmisión de la propiedad: BENITO y ENDARA: *Manual de Derecho mercantil*, 3.ª ed., Madrid, 1924, tomo II, págs. 283-284; GAY DE MONTELLÁ, R.: *Código de Comercio español comentado*, tomo III, vol. 1.º, Barcelona, 1936, págs. 149 y sigs.

(2) ROCA SASTRE, R.: «La venta de cosa ajena», en *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, Madrid, 1948, págs. 363 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO, J.: «Comentario a la Sentencia de 4 de enero de 1965», *RCDI*, 1965, páginas 1259 y sigs.; ALBALADEJO, *ob. cit.*, págs. 141 y sigs.; GULLÓN BALLESTEROS, *ob. cit.*, págs. 24-25; ESPÍN, *ob. cit.*, págs. 480-482.

En la doctrina mercantilista, véase especialmente LANGLE, E.: *El contrato de compraventa mercantil*, Barcelona, 1958, págs. 144 y sigs.; GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho mercantil*, tomo II, págs. 250-251.

Aunque, a diferencia del Código de Comercio italiano de 1882 y de otros (véase apartado 4), no existe un reconocimiento expreso de la validez del contrato de compraventa de cosa ajena, al menos en relación con las ventas bursátiles, no se exige la propiedad de los valores más que si la operación es al contado (art. 61 del Reglamento de Bolsas de 30 de junio de 1967).

La doctrina del Tribunal Supremo en el problema ha sido oscilante. En contra de la validez de la venta de cosa ajena se han pronunciado las Sentencias de 11 de abril de 1942, 26 de junio de 1924, 19 de diciembre de 1946 y 1 de mayo de 1948.

El concepto de compraventa mercantil coincide con el antes apuntado, pero es aplicable tan sólo a un ámbito limitado de supuestos de la vida real, que son los únicos cuya adecuada regulación exige la normativa especial contenida en el Código de Comercio. Sin embargo, la delimitación del «supuesto de hecho» (*Tatbestand* de la teoría jurídica alemana) no ha sido hecha por el Código con la debida claridad. Esta delimitación, por otro lado, no ha sido suficientemente estudiada por la doctrina mercantilista, en tanto que la civilista se ha limitado a hacer meras alusiones a la primera sin ningún afán crítico.

La compraventa mercantil, tal como se configura y nace históricamente, viene determinada por un doble dato de la realidad que intenta regular. En primer lugar, se aplica tan sólo a la compraventa de mercaderías; en segundo lugar, se aplica a las compraventas en que tanto el comprador como el vendedor son comerciantes. Pero el Código de Comercio vigente, siguiendo al de 1829, no ha expresado estos dos criterios de delimitación de esta manera franca y taxativa, sino que, llevado de una concepción generalizadora del Derecho mercantil a todos los «actos objetivos de comercio», dejó abierta la puerta, conscientemente, tanto en este caso como con carácter general en el artículo 2 del mismo, a la extensión a otros supuestos distintos de los expresamente contemplados, mediante la analogía. Se abandonaba así la delimitación tradicional de la compraventa mercantil como contrato profesional entre comerciantes y sobre mercaderías, que contenían las Ordenanzas de Bilbao en su capítulo XI. Ello no obstante, una atenta consideración de la realidad social a cuya regulación está destinada la compraventa mercantil y una exégesis adecuada de su régimen legal, nos ha de llevar a la conclusión de que, a pesar de la concepción objetivista del Código, en realidad, la compraventa mercantil debe aplicarse sólo a contratos entre comerciantes (3) y sobre mercaderías. Pero es necesario atenerse al concepto legal definido en el Código de Comercio.

Lo que resulta evidente, sin embargo, es que nos encontramos con una normativa especial que no delimita rigurosamente la materia y, en consecuencia, deja en la oscuridad el mismo criterio que justifica su especialidad. Pero no es el momento de volver sobre el tema de la crítica a la concepción objetiva de los actos de comercio, de la que se ha ocupado nuestra mejor doctrina (4).

A favor de su validez, las Resoluciones de la DGRN de 6 de diciembre de 1898 y de 2 de septiembre de 1902, y las Sentencias de 31 de enero de 1921, 1 de marzo de 1949, 27 de mayo de 1957 y 5 de julio de 1958.

(3) En este sentido, BROSETA: *Manual de Derecho mercantil*, 1971, pág. 332.

(4) GARRIGUES, J.: *Tratado*, cit., tomo I, vol. 1.º, págs. 189 y sigs., y *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, 6.ª ed., por A. BERCOVITZ, págs. 12 y sigs. y 141

Con el fin de fijar con toda claridad los términos de la polémica, quizá sea oportuno transcribir ahora los artículos que definen la compraventa mercantil en el Código de 1829 y en el Código de 1885, que es el actualmente vigente:

Código de 1829:

Artículo 359. «Pertenece a la clase de mercantiles:

Las compras que se hacen de cosas muebles con ánimo de adquirir sobre ellas algún lucro revendiéndolas, bien sea en la misma forma que se compraron o en otra diferente, y las reventas de estas mismas cosas.»

Artículo 360. «No se considerarán mercantiles:

Las compras de bienes raíces y efectos accesorios a éstos, aunque sean muebles.

Los objetos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se haga la adquisición.

Las ventas que hagan los labradores y ganaderos de los frutos de sus cosechas y ganados.

Las que hagan los propietarios y cualquiera clase de personas de los frutos o efectos que perciban por razón de venta, dotación, salario, emolumento u otro cualquier título remunerativo o gratuito

Y, finalmente, la reventa que haga cualquier persona que no profese habitualmente el comercio del residuo de los acopios que hizo para su propio consumo. Siendo mayor cantidad la que estos tales ponen en venta que la que hayan consumido, se presume que obraron en la compra con ánimo de vender, y se reputarán mercantiles la compra y la venta.»

Código de 1885:

Artículo 325. «Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa.»

Artículo 326. «No se reputarán mercantiles:

1.º Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de las personas por cuyo encargo se adquieren.

2.º Las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen rentas.

3.º Las ventas que de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos hicieren éstos en sus talleres.

4.º La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo.»

2. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA COMPRAVENTA MERCANTIL

2.1. EL OBJETO

Con respecto al objeto de la compraventa mercantil, el artículo 325 del Código de Comercio establece que ha de referirse a «cosas muebles», concepto más técnico y preciso que el de «mercadería» (5), pero que en el extremo podría resultar criticable: pensemos, por ejemplo, en la compraventa de determinadas cosas muebles especialmente cualificadas, como pueda ser el buque, delicada maquinaria, y otras a las que la aplicación del régimen especial puede resultar inadecuada, sobre todo en lo que se refiere al régimen de denuncia de los vicios ocultos o internos para ejercitar las acciones de saneamiento.

Pero es que, además, a diferencia del Código de Comercio de 1829, la Exposición de Motivos del vigente admite expresamente la mercantilidad de la compraventa de inmuebles si se verifica con ánimo de lucro (6),

(5) Sobre el concepto de «mercadería» en la doctrina mercantil tradicional, véase GARRIGUES, *Tratado*, tomo I, vol. 1.º, págs. 241 y ss., y *Curso*, cit., páginas 176 y sigs., quien destaca sus notas esenciales: la corporalidad, la condición de muebles, la aptitud para el tráfico, el valor patrimonial y su pertenencia a la circulación mercantil. Los Códigos de Comercio italianos de 1865 y 1882 (véase su art. 3.º) no se referían a «cosas muebles», sino más descriptivamente a géneros, mercaderías, obligaciones del Estado y otros títulos de crédito (e incluso inmuebles).

(6) Dice la Exposición de Motivos: «Si bien la simple compra de bienes raíces no constituye un acto mercantil, podrá adquirir semejante carácter cuando vaya unida a otra especulación sobre efectos muebles corporales o incorporeales.»

Estas afirmaciones de la E. de M. resultan difíciles de comprender si se tiene en cuenta que el Congreso no modificó en este punto el Anteproyecto de 1882, cuyo artículo 327 se refería a «bienes muebles», al igual que lo hiciera ya el artículo 359 del Código de Comercio de 1829. Probablemente, el redactor de la Exposición de Motivos quiso adelantarse al futuro, operando una «extensión» de la compraventa mercantil a los inmuebles que el texto normativo no establece expresamente.

En Derecho comparado, los Códigos de Comercio francés de 1807 e italiano de 1865 silenciaban toda referencia a los inmuebles, lo que determinó una gran discusión doctrinal. Por el contrario, el Código de Comercio italiano de 1882, en su artículo 3.º, apartado 3.º, reputaba mercantiles «las compras y reventas de bienes inmuebles cuando sean realizadas con fin de especulación comercial» (véase su comentario en VIDARI: *Il nuovo Codice di commercio*, Milano, 1884, pág. 4).

En la doctrina mercantilista se produce una evolución, desde una actitud de mera aceptación del precepto que excluye la mercantilidad de la venta de inmuebles, hasta la abierta censura y la defensa de su admisión como venta mercantil. Así, en relación con el Código de 1829, BACARDÍ, A. (*Tratado de Derecho mercantil de España*, Barcelona, 1840, tomo I, pág. 8); GONZÁLEZ HUEBRA, P. (*Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1853, 1.ª ed., tomo I, pág. 206. y 3.ª ed., 1867,

y el artículo 326 no incluye la excepción expresa de los bienes inmuebles que hacía el artículo 360, 1.º, del Código de 1829. De esta manera, a pesar de la referencia a los bienes muebles del artículo 325, y en base al criterio de analogía del artículo 2, antes referido, la doctrina mercantilista considera mercantil la compraventa de establecimientos mercantiles (7), y admite la posibilidad de calificar como compraventa mercantil la de

página 241, nota 1); MARTÍ DE EIXALA, R. (*Instituciones de Derecho mercantil de España*, 3.ª ed., Barcelona, 1859, págs. 67 y 117, al igual que en sus ediciones 6.ª de 1870 y 7.ª de 1875, págs. 124 y sigs.), admiten como razonable la exclusión de los inmuebles. Por el contrario, censuran el criterio del legislador de excluir expresamente los inmuebles, GÓMEZ DE LA SERNA, P., y REUS Y GARCÍA, J. (*Código de Comercio*, 7.ª ed., Madrid, 1878, pág. 164), quienes invocan las observaciones de los autores de la *Enciclopedia española de Derecho y Administración*.

En relación con el vigente Código es minoritaria la doctrina que sigue considerando excluidos los inmuebles de la compraventa mercantil. En este sentido, ALVAREZ DEL MANZANO, F.; BONILLA, A., y MIÑANA, E. (*Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, tomo II, Madrid, 1916, pág. 19), quienes afirman que, aun reconociendo el buen ánimo de la Comisión redactora del Proyecto, «lo cierto es que hasta ahora, en el orden práctico, no se ha resuelto en nuestra Patria el tan debatido problema de la comercialidad de los inmuebles, pudiendo afirmarse que toda tentativa en este sentido tendría en contra la terminante disposición del artículo 325».

Por el contrario, la mayoría de los autores, fundándose en la supresión de la expresa exclusión, en la E. de M. y en la analogía, defienden la solución contraria. ESTASEN, P. (*Instituciones de Derecho mercantil*, tomo III, Madrid, 1892, páginas 211-212); DÍAZ DOMÍNGUEZ, A. (*Tratado elemental de Derecho mercantil*, tomo II, Granada, 1908, pág. 167); RODRÍGUEZ ALTUNAGA, R. (*Derecho mercantil*, Madrid, 1917, págs. 19 y sigs.); ESPEJO DE HINOJOSA, R. (*Tratado teórico y práctico de Derecho mercantil*, 4.ª ed., tomo I, Valencia, 1922, pág. 376); BENITO Y ENDARA, L., que defiende con multitud de argumentos esta tesis en diversas obras (*Manual de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1924, págs. 604 y sigs.; «Compraventa mercantil», en *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, tomo VII, páginas 709-710, y *Las bases del Derecho mercantil*, Barcelona, 1903, pág. 66, nota 2); GONZÁLEZ DE ECHAVARRI, J. M. (*Comentarios al Código de Comercio*, tomo III, Valladolid, 1930, págs. 231 y 251).

Más recientemente defienden la mercantilidad de la compraventa de inmuebles GARRIGUES (*Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1940, II, pág. 134 y posteriores ediciones, y *Tratado*, cit., tomo III, pág. 246), LANGLE (*ob. cit.*, pág. 21) y URÍA (*ob. cit.*, pág. 477).

La admisión expresa de la mercantilidad de las compraventas especulativas de inmuebles se produce en el Código civil italiano de 1882 y es recogida por el Código de Méjico de 1887 (art. 76) y de Portugal de 1888 (art. 463-4.º).

Sobre la evolución doctrinal a través de la jurisprudencia francesa es interesante el trabajo de FROSSARD, J. («L'immeuble et le droit commercial», *Rev. trim. dr. comm.*, 1966, págs. 535 y sigs.).

(7) Toda la doctrina califica de mercantil la venta de establecimiento o empresa: LANGLE: *El contrato de compraventa mercantil*, cit., págs. 149 y sigs.; GARRIGUES: *Tratado*, cit., tomo I, núm. 130, y *Curso*, tomo II, 5.ª ed. por R. JIMÉNEZ DE PARGA, págs. 93-94; VICENTE Y GELLA, A.: *Derecho mercantil comparado*, 2.ª ed., Zaragoza, 1960, págs. 455 y sigs.; URÍA, R.: *Derecho mercantil*, 8.ª ed., 1972, pág. 491; BROSETA: *Manual*, cit., págs. 88 y sigs., y sobre todo en «La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento», *RDM*, 1968, núm. 107, página 81; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, 3.ª ed., Valladolid, 1973, págs. 97 y sigs.

bienes raíces realizada por inmobiliarias (8). A pesar de esta opinión, bastante generalizada, es necesario advertir, como hacen los profesores GIRÓN TENA, BROSETA y SÁNCHEZ CALERO, la difícil aplicación y evidente inadecuación a la venta de inmuebles de muchas de las normas del Código de Comercio, dictadas, sin lugar a dudas, pensando en la venta de mercancías: por ejemplo, las referentes a gastos de transporte, puesta a disposición, régimen de saneamiento y otras (9).

La doctrina mercantilista, para apoyar la calificación mercantil de la compraventa de empresa o establecimiento, invoca las sentencias de 12 de diciembre de 1881, 11 de noviembre de 1927, 10 de febrero de 1936, 4 de abril de 1941 y 13 de marzo de 1943 (10). Pero, como vamos a ver, es difícil sostener que dichas sentencias establezcan jurisprudencia en tal sentido.

La sentencia de 12 de diciembre de 1881 enjuicia el siguiente supuesto: don Saturnino Ruiz vendió «o traspasó» a los consortes don Demetrio Alvarez y doña Nicolasa Vida, ésta menor de edad, el establecimiento mercantil «La Moda Elegante», de la calle La Estafeta, de Pamplona, constituyendo en depósito de garantía todos los géneros, muebles y demás efectos transmitidos. Incumplidos algunos plazos del precio, reclama conjuntamente contra ambos cónyuges. La recurrente alegó que, en base

(8) URÍA: *Derecho mercantil*, cit., pág. 477: «Supuesto típico de tráfico mercantil sobre inmuebles es el de las empresas dedicadas a la compra de terrenos para urbanizarlos, dividirlos y revenderlos en parcelas.»

(9) En este sentido, sobre todo, BROSETA (*ob. cit.*, pág. 328), que advierte que «serán de difícil aplicación la mayor parte de las reglas del Código dictadas sin duda para la compra de bienes muebles», y SÁNCHEZ CALERO (*ob. cit.*, página 377) estima que caso de ser calificados de mercantiles, «habríamos de acudir al Código civil para su regulación»; GIRÓN TENA, J.: «El concepto del Derecho mercantil», *ADC*, 1954, separata, pág. 142, en general, rechaza la mercantilidad de los inmuebles.

(10) Citan estas Sentencias especialmente GARRIGUES (*Tratado*, cit., pág. 332) y LANGLE (*ob. cit.*, pág. 151). La consulta de todas ellas no es posible en la Colección Legislativa, por lo que hemos tenido que recurrir a otras fuentes.

Sentencia de 12 de diciembre de 1881, Col. Leg., Jur. Civil, tomo 47, núm. 500, páginas 708 y sigs. Recurso interpuesto por doña Nicolasa Vida contra Sentencia de la Audiencia de Pamplona en pleito con don Saturnino Ruiz.

Sentencia de 11 de noviembre de 1927, Col. Leg., Jur. Civil, tomo 178, 1927-6, número 62, pág. 268. Recurso interpuesto por don Manuel del Valle contra Sentencia de la Audiencia de Oviedo en juicio con la Sociedad mercantil Masaven y Compañía.

Sentencia de 10 de febrero de 1930, Rep., Aranzadi, 336, págs. 182 y sigs. (no publicada en la Col. Leg.).

Sentencia de 4 de abril de 1941, nota de BONET RAMÓN, F., en *RDP*, 1941, páginas 314-316 (no figura publicada ni en la Col. Legislativa ni en el Repertorio de Aranzadi).

Sentencia de 13 de marzo de 1943, Col. Leg., Jur. Civil, 1943-2, núm. 11, páginas 87 y sigs. Recurso interpuesto por don Ricardo Rodríguez Tarno contra Sentencia de la Audiencia de Burgos en juicio con don Francisco Mauri Gómez sobre desahucio.

a las Leyes de Partidas y de Toro, no podía quedar obligado un menor de veinticinco años, y ejercitaba tercería de dominio contra los bienes embargados, en base a la escritura de constitución de dote y a la hipoteca legal que pesa sobre todos los bienes del marido en garantía de la restitución de la dote.

El Juez de Primera Instancia admite la tercería, pero la Audiencia la rechaza. Doña Nicolasa invoca la infracción de las Leyes de Partidas y de Toro y de los artículos 3, 5 y 359 del Código de Comercio «por aplicados indebidamente al caso que se ventilaba en el pleito, *pues no pudiendo ser considerado mercantil* ni como acto accidental de comercio la otorgación de la referida escritura (de venta), en cuanto se refiere a la menor recurrente, nunca debieron aplicarse aquellas disposiciones, y son las únicas en que se funda el fallo recurrido».

El Tribunal Supremo rechaza el recurso por no haberse ejercitado la restitución *in integrum* por la menor y por no ser de aplicación la Ley de Toro (que declara a la mujer casada libre de todo compromiso cuando se obliga mancomunadamente con su marido), por tratarse de una compraventa mercantil, a la que se aplica el Código de Comercio. En el tercer considerando afirma que «debe ser considerada como compraventa mercantil la cesión o traspaso que del establecimiento de comercio..., resultando, además, que éstos desde entonces se dedicaron al ejercicio habitual del comercio..., por lo cual, no obstante su falta de inscripción en la matrícula, deben ser tratados en juicio, para los efectos de aquel contrato, por las prescripciones de dicho Código, conforme al artículo 1 del mismo, reformado por la Ley de 30 de julio de 1878». Considerando, por último, «que las escrituras dotales entre consortes que profesen el comercio de que no se haya tomado razón en el Registro general de la provincia, en cuyo caso se halla la recurrente..., son ineficaces para obtener la prelación del crédito dotal en concurrencia de otros acreedores de grado inferior, según la prescripción terminante del artículo 27 del Código citado», y que por ello no puede rechazarse el embargo del señor Ruiz «bajo el supuesto inexacto e inadmisibile de no ser mercantil el crédito objeto de la ejecución».

En definitiva, parece que el Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina: a) Que tanto el marido como la mujer han de ser considerados comerciantes, aunque no se hallan inscritos en el Registro Mercantil, puesto que, según el artículo 5 del Código de Comercio, «también puede ejercer el comercio la mujer casada mayor de veinte años que tenga para ello autorización expresa de su marido dada en escritura pública...», y en tal caso «están obligados a las resultas del tráfico los bienes dotales de la mercadera...». b) Que las escrituras dotales no inscritas no son

oponibles frente a terceros. c) *Que el crédito ejercitado por el señor Ruiz ha de considerarse perteneciente a las «resultas del tráfico», y en este sentido, sólo en este sentido, se ve obligado el Tribunal Supremo a defender la «mercantilidad» de la compraventa del establecimiento, y no para aplicar el régimen de la compraventa del Código de Comercio, cuestión que no se plantea en la «litis».*

En la sentencia de 21 de noviembre de 1927 la litis gira en torno a si el contrato estipulado entre el recurrente y la sociedad es un verdadero contrato de venta de empresa, o bien una simple promesa de cesión que tenía por causa la simple garantía de restitución de determinados préstamos recibidos por el señor Valle con la sociedad para la explotación del Hotel París, objeto de la estipulación.

En ningún momento la sentencia se plantea el problema de la calificación civil o mercantil del contrato.

En la sentencia de 10 de febrero de 1936, el litigio versa sobre la interpretación de un contrato de permuta de dos molinos con sus posesiones y una central eléctrica, situada en Zuacorta, con todo lo integrante de la concesión, a cambio de un hotel. Como el título de la concesión eléctrica no lo inscribió en el Registro de Aguas, es demandado por daños y perjuicios. El Tribunal Supremo rechaza la pretensión de nulidad de la sentencia de la Audiencia al no acreditarse el error de hecho en que ésta hubiese incurrido por no imponer esta obligación de inscripción.

Como se ve, no puede invocarse la sentencia para calificar la compraventa de mercantil, pues ni siquiera se suscita la aplicación de ningún precepto del Código de Comercio.

En la sentencia de 4 de abril de 1941, el objeto de la litis era el siguiente: Un capitalista adquiere la fábrica «La Walkiria», con la estipulación de admitir como socio industrial al vendedor por espacio de ocho años con determinada asignación. Sin el consentimiento ni intervención de éste procede a la venta de la fábrica, por lo que es denunciado por daños y perjuicios. En Primera Instancia se admite la demanda, pero la Audiencia revoca la sentencia. El Tribunal Supremo casa esta sentencia y da lugar a la demanda.

En ningún momento se enjuicia si la venta primitiva o la que da lugar a la reclamación son o no de naturaleza mercantil.

En la importante sentencia de 13 de marzo de 1943, en relación con el arrendamiento del café-bar «El Diluvio», de Santander, se define el arrendamiento de empresa: «La cesión hecha por su propietario del uso por precio cierto y tiempo preestablecido de una empresa mercantil que, descartadas otras teorías que tratan de confirmar la naturaleza jurídica de la misma, se muestra cada vez más como una organización de

actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición, que, en su conjunto, es susceptible de ser objeto de tráfico jurídico..., *puede ser rectamente calificada de arrendamiento de una empresa*, asentada en un inmueble de ajena propiedad que constituye su base física...» (considerandos segundo y tercero).

Evidentemente, no puede invocarse esta sentencia para la calificación mercantil de la venta de una empresa o establecimiento, no sólo por tratarse de la cesión del «uso temporal por precio cierto y tiempo previamente establecido..., sin ánimo de enajenarla definitivamente...», sino porque, además, ni siquiera se plantea en toda la sentencia la posibilidad de calificar este arrendamiento como contrato mercantil.

Debemos concluir, por tanto, que la compraventa de empresa es un contrato civil, al igual que el arrendamiento, el usufructo y otros negocios sobre la empresa. La inclusión de su estudio en el Derecho mercantil se hace por razón de la materia y no por la especialidad de las normas aplicables, al igual que ocurre con todo el Derecho Industrial y de la Competencia.

Nuestra tesis, contraria a la aplicación del Código de Comercio a la compraventa de inmuebles, se refuerza si tenemos en cuenta que, según se desprende con toda claridad de la Exposición de Motivos del Código, los brevísimos plazos para la reclamación por vicios de la cosa vendida (arts. 336 y 342) se concebían como plazos de prescripción, es decir, plazos para el ejercicio de la acción judicial y no para la denuncia, extrajudicial o no, de tales vicios (11). A pesar de ello, el Tribunal Supremo desde hace mucho tiempo ha venido interpretando tales plazos como simples plazos de caducidad de la acción, si no se realiza la oportuna denuncia de los vicios, tanto en forma judicial como extrajudicial (11 bis).

(11) «Son igualmente importantes las reformas introducidas en la duración de las acciones que se conceden al comprador para establecer la oportuna reclamación judicial, en el caso de que vicios o defectos de cantidad o de calidad en las mercancías, cuyos plazos se reducen considerablemente, con el objeto de dar seguridad y firmeza a las transacciones mercantiles» Es decir, el propósito del nuevo Código parece que era reducir el plazo de prescripción (o de caducidad) de la acción de sancimiento de vicios ocultos que el Código de 1829 en su artículo 371 fijaba en seis meses.

Sobre el tema en el sentido que apuntamos, SÁNCHEZ CALERO, F.: «Los vicios ocultos y el ejercicio de las acciones que de ellos derivan en la compraventa mercantil», *RDM*, 1956, núm. 60, págs. 447 y sigs.; DÍEZ-PICAZO, L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1966, tomo II, pág. 531, comentando la Sentencia de 16 de diciembre de 1955, que aplica el plazo de prescripción del artículo 1.490 del Código civil.

(11 bis) En el sentido de plazo de prescripción, Sentencias de 6 de julio de 1915, 27 de mayo de 1926, 15 de julio de 1926, 3 de febrero de 1928, 9 de marzo de 1948 y 24 de abril de 1958.

Por el contrario, en el sentido de simple plazo de caducidad, dentro del cual

En nuestra opinión, esta interpretación modificativa de la voluntad del legislador no hubiera sido necesaria si desde el primer momento se hubiese comprendido con toda claridad que la compraventa mercantil es una compraventa de mercaderías estipulada y cumplida entre comerciantes. Ello no obstante, la solución jurisprudencial ha parecido más justa, pues sería éste el único contrato en el cual el Código impone al reclamante un plazo brevísimo para ejercitar la acción.

Podemos concluir, por todo lo expuesto, que la regulación especial del Código de Comercio debe aplicarse sólo a la compraventa de bienes muebles, y no puede ni debe extenderse a la de inmuebles ni de establecimientos mercantiles. El Código de Comercio, al igual que otros de la legislación comparada, se refiere a «cosas muebles» y no a mercaderías (art. 325). Con ello se produce una extensión del régimen especial de la compraventa mercantil a supuestos de compraventa de bienes muebles, para la que en muchos puntos no parece adecuado.

Desde un punto de vista económico, de acuerdo con el propio artículo 325, las cosas muebles objeto de compraventa mercantil, en atención al destino para el que se adquieren, pueden diferenciarse en dos grupos: *a)* mercaderías o cosas muebles, específicas o genéricas, que se adquieren para su reventa sin transformación industrial; *b)* materias primas que adquieren los industriales para su reelaboración, transformación o «especificación» en sentido jurídico clásico.

Por el contrario, no son susceptibles de constituir objeto de la compraventa mercantil las cosas no destinadas a la reventa con o sin transformación (es decir, cosas que no son «mercaderías»). En este capítulo de cosas muebles excluidas de la compraventa mercantil pueden distinguirse también dos grupos: *a)* cosas muebles, consumibles o no consumibles, destinadas al uso o consumo del comprador; *b)* bienes muebles de equipo destinados a ser utilizados o instalados en la organización empresarial del adquirente. A estas dos categorías de bienes muebles, siempre que cumplan el requisito de ser corporales y duraderos, se refiere la Ley de Ventas a Plazos de 17 de julio de 1965, a la que nos referiremos en diversos puntos de este trabajo.

2.2. LOS SUJETOS

Con respecto al otro dato para la delimitación de la compraventa mercantil, el Código es aún más oscuro.

Con respecto al comprador, no exige la cualidad de comerciante, sino

debe realizarse la denuncia de los vicios, aunque sea extrajudicialmente. Sentencias de 9 de marzo de 1948, 2 de diciembre de 1954, 3 de enero de 1957 y 6 de abril de 1967.

que exige en él el doble requisito subjetivo o intencional de comprar la cosa para revenderla, en el mismo estado o transformada, y de hacerlo con el fin de obtener un lucro. La concepción objetivista del Código de Comercio en este punto hace que pueda calificarse de mercantil una compraventa aislada, siempre que se demuestre que el comprador posee aquel ánimo y concurren los demás requisitos (12), es decir, naturaleza mueble de la cosa y características, que luego veremos, respecto del vendedor. Una vez más, habría que repetir aquí los argumentos de la doctrina, en el sentido de que es absurdo someter a un régimen especial un contrato estipulado entre personas no profesionales y, sobre todo, la dificultad para establecer en el momento de la perfección del contrato aquel doble ánimo que debe presidir la actuación del comprador (13). Naturalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a establecer la fundada presunción del ánimo de revender con lucro cuando el comprador es un profesional dedicado a la compra y venta (14).

Con respecto al vendedor, el Código de Comercio, en su artículo 326, sigue un criterio distinto, fijándose directamente en su profesionalidad. Pero en lugar de decir francamente que para que la compraventa sea mercantil, el vendedor ha de ser necesariamente comerciante, el Código sigue una censurable técnica de exclusiones, sin que pueda saberse con certeza cuál es el ámbito de personas no expresamente excluidas cuyas ventas serían mercantiles, siempre que el comprador tuviese intención de revender con lucro. Pero por poco que reflexionemos sobre las exclusiones del artículo 326, habremos de concluir que el resultado es el mismo, es decir, que las únicas personas no excluidas son los comerciantes e industriales.

En efecto, los apartados segundo y tercero excluyen las ventas que

(12) La jurisprudencia ha insistido ya desde la interpretación del Código de 1829 en la exigencia de este doble requisito intencional: Sentencias de 7 de octubre de 1858, que establece que no es mercantil la compra de un molino si no había intención de revenderlo a otros; de 5 de agosto de 1857, según la cual es mercantil la compra de aceite para fabricar jabón y vender éste después; de 20 de septiembre de 1862, que califica como tal la compra de traviesas para venderlas al constructor de un ferrocarril, etc.; la de 3 de junio de 1898, que destaca que será mercantil si el comprador tenía intención de revender para lucrarse en la reventa, aunque de hecho consumiera parte de los productos adquiridos; de 2 de febrero de 1908; de 31 de octubre de 1946, y otras.

(13) GARRIGUES: *Tratado*, tomo III, vol. 1.º, pág. 235, donde denuncia la confusión del sistema establecido por los artículos 325 y 326, al sustituir la «compra profesional» por la «compra de especulación». BROSETA: *Manual*, cit., págs. 331-332.

(14) Así, en la Sentencia de 12 de abril de 1926, que establece que «tratándose de una serie de compraventas de género por su índole y haberlas adquirido un industrial, no podrían tener otro objeto que su reventa»; y en la de 14 de abril de 1958: «Hay que reputar mercantil esta compraventa, además de por ser industriales los contratantes, por las grandes cantidades entregadas en corto plazo.»

hicieren los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas y ganados o de las especies en que se les paguen las rentas, y las que hicieren los artesanos de los objetos por ellos contruidos, siempre que sean ventas realizadas en sus talleres; naturalmente, *en ambos casos, el contrato es civil y no mercantil, aunque el comprador tenga el ánimo de revender con lucro, es decir, con carácter general, el comprador sea comerciante o industrial que adquiera tales productos como materia prima para su fabricación* (15). El párrafo cuarto, por su parte, excluye la reventa que estipule cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo, *es decir, las ventas de consumidor*, aunque el comprador tenga ánimo de revender con lucro o sea comerciante, mientras que no se excluye la mercantilidad de la venta hecha por el comerciante a otro comerciante o persona en quien concurra dicho ánimo de los efectos que adquirió para su consumo. La razón es una presunción legal que expresaba el artículo 360 del Código de 1829 en su último inciso: «Siendo mayor cantidad la que estos tales ponen en venta que la que hayan consumido, se presume que obraron en la compra con ánimo de vender, y se reputarán mercantiles la compra y la venta.»

Podemos concluir, por consiguiente, que el ámbito sociológico o el supuesto de hecho que define la compraventa mercantil, tanto en el vigente Código como en el anterior, es la compraventa de mercaderías o de cosas muebles, en general, entre comerciantes, si bien hay que reconocer que queda una zona de incertidumbre, referida a las ventas de industriales o comerciantes hechas a aquellas personas que, sin serlo, se pueda

(15) Disentimos en este sentido de LANGLE: *El contrato de compraventa mercantil*, cit., págs. 32-33, donde calificando estas compraventas como contratos mixtos, entiende que «carecería de explicación que el tráfico entre comerciantes no pudiese recaer sobre productos de la agricultura o ganadería, o que de recaer se rigiese por la Ley común. En definitiva, pensamos que el contrato de compraventa no se reputa mercantil... cuando el labrador o ganadero vende, *salvo si quien compra se propone hacer luego, transformando o no el producto, una reventa lucrativa*. Se nos antoja que esto es lo racional y obligado. Pero reconocemos noblemente que ni en el texto de la Ley aparece esta salvedad (¿se habrá considerado implícita lógicamente?), ni si admitimos la existencia y eficacia de esta salvedad misma constituye el número 2 del artículo 326 una excepción del 325. *Es una regla que cuanto más se analiza, más dudas infunde*».

El intrínseco se deshace si se abandona el esfuerzo de querer calificar como mercantiles cualquier tipo de compraventas con tal que intervenga en ellas un comerciante, y se reconoce que el Código sólo califica como tales, *como regla general*, las celebradas *entre comerciantes*. En caso contrario se pretende que el Código diga lo que sin duda no quiso decir.

En este sentido, no creemos que para respetar el carácter profesional de las compraventas mercantiles fuera necesario calificar como tal «toda venta realizada por un comerciante en la explotación de su industria, fuese cual fuese el carácter y la intención del otro contratante» (GARRIGUES: *Tratado*, cit., pág. 241), con lo que se postula la mercantilidad de las ventas de agricultores, ganaderos y artesanos y de la reventa al consumidor.

demostrar que compren para revender con lucro. Y éste es el extremo más criticable, en la medida en que el esfuerzo doctrinal en este punto no puede soslayar el escollo, representado por la noción de acto objetivo de comercio, principio sistemático del Código vigente.

3. EL PROBLEMA DE LA MERCANTILIDAD DE LA REVENTA

3.1. LA INTERPRETACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Uno de los temas clásicos del Derecho mercantil ha sido y continúa siendo el problema de la mercantilidad de la reventa. Casi de forma unánime los mercantilistas vienen insistiendo en su posición de que la reventa de comerciante a consumidor es un contrato mercantil, repitiendo idénticos o similares argumentos. En las explicaciones de la disciplina y en los exámenes propuestos a los alumnos el tema es, respectivamente, de muy frecuente tratamiento y aparición, y es que, en efecto, no constituye una simple cuestión doctrinal, en el sentido peyorativo de la expresión, sino un problema fundamental de delimitación de la ley especial. Actualmente, la posición de los mercantilistas es casi unánime, con la destacable excepción del profesor BROSETA (16). Por su parte, la doctrina civilista apenas si se ha ocupado del tema, dejando que se formara paulatinamente la opinión, bastante generalizada, de que la tesis mercantilista no ofrecía reparos (17).

Hay que advertir, sin embargo, que la doctrina de la mercantilidad de la reventa para uso o consumo es relativamente reciente. Casi podemos afirmar que esta doctrina es introducida en 1940 por el profesor GARRIGUES, en su primera edición del tomo segundo del *Curso de Derecho mercantil*, aunque no insistía en ella en las *Instituciones* de 1943 (18).

(16) BROSETA, M.: *Manual*, cit., pág. 330.

(17) Ello no obstante, algunos civilistas defienden el carácter civil de la reventa para uso o consumo. Así, BADENES GASSET: *El contrato de compraventa*, 2.ª ed., y LALAGUNA IBÁÑEZ, E.: «Relaciones entre Derecho civil y Derecho mercantil», separata, *RGLJ*, 1958, pág. 35.

(18) El profesor GARRIGUES, en esta primera edición de su *Curso* (Madrid, 1940, tomo II, vol. 1.º, págs. 131-132), entiende que «aunque no dice expresamente el Código de Comercio que sea también mercantil la reventa de las cosas compradas con ánimo de revenderlas», sin embargo, «si las ventas hechas por los comerciantes fuesen sometidas al Derecho civil, se desnaturalizaría el propósito del legislador de establecer normas especiales para la compraventa mercantil. Por esta razón no es violento interpretar nuestro Código de comercio en el sentido siguiente...» A continuación aporta como argumentos exegéticos fundamentales la interpretación *a contrario sensu* del artículo 326-4.º, y el que siendo mercantil

En la doctrina anterior no suele plantearse directamente el tema, pero es fácil deducir del pensamiento de los distintos autores una posición contraria a la mercantilidad del supuesto.

En relación con el Código de 1829, el pensamiento de BACARDI es extraordinariamente casuístico. Empieza por justificar la distinción entre «compra» y «venta», pues «si bien no parece susceptible de dividirse la compra de la venta, ya que una palabra es correlativa de la otra, sin embargo, esta abstracción es necesaria cuando se trata de atribuirles un carácter que los separe del derecho común; así, consideraremos primeramente qué compras son actos de comercio y después veremos qué ventas tienen igual carácter» (19). Esta metodología, tan cara a los autores del siglo pasado, directamente conectada con el tema de los «actos mixtos» lleva al autor a un notable confusionismo. De todos modos, queda bien claro que «la compra debe hacerse para *revender*, de otro modo no fuera acto mercantil, aun cuando consistiese en grandes cantidades...; en una palabra, *es preciso que exista el deseo de hacer un beneficio comprando, esto es, de especular, para que la compra pueda llamarse mercantil*». Por ello mismo, «el director de un establecimiento de educación que compra víveres o muebles *para el consumo y uso de sus alumnos* no hace un acto mercantil...». En tanto que, por el contrario, «la compraventa de vinos será acto de comercio no solamente de parte del que le vende por mayor, que se llama comerciante, *sino del que le expende por menor, llamado tabernero, y del que le compra para transformarlo en aguardiente o licores*».

A continuación parece atribuir carácter mercantil a cualquier reventa: «Cuando el que compra géneros con esta mira ejecuta su proyecto, proyecto que dijimos daba el carácter mercantil a su compra, verifica otro nuevo acto mercantil. Así, no tan sólo la compra de pipas de aguardiente

la reventa para el vendedor, como se deduce de dicho artículo así interpretado, «el contrato íntegro tendrá que someterse al Código de Comercio, a menos que no se quiera desdoblar el acto único e indivisible de la compraventa en dos actos diversos: uno de compra y otro de venta, para someter el primero al Código civil y el segundo al Código de Comercio.» Y continúa diciendo que «estas dificultades se hubiesen evitado si el Código de Comercio, en vez de querer sustituir el dato de la profesionalidad mercantil por el de la intención de reventa, *se hubiese limitado a calificar de mercantil toda compra y toda venta realizada por un comerciante en la explotación de su industria, fuese cual fuese el carácter y la intención del otro contratante*» (opinión que luego reitera en el *Tratado*: véase nota anterior).

Parece observarse en el eminente profesor la influencia de la configuración de la compraventa mercantil en el Código de Comercio alemán de 1897 (véase apartado 4).

(19) BACARDÍ, A.: *Tratado de Derecho mercantil de España*, Barcelona, 1840, tomo I, págs. 8 y sigs. El autor sigue, copiándolo casi literalmente, el pensamiento de PARDESSUS, J. M. (*Cours de droit commercial*, 6.ª ed. por E. DE ROZIÈRE, 1856, tomo I, págs. 5 y sigs.).

para revenderlas será acto de comercio, sino también su reventa...; de manera que hace también un acto mercantil el que vende paños cuyas materias primeras había comprado con este intento... *De todo lo dicho resulta que para que la venta sea acto mercantil es preciso que la cosa haya sido comprada con este objeto.*»

El resultado de todas estas observaciones no puede ser otro que la perplejidad del lector. Sin embargo, todo hace pensar que cuando el autor califica de mercantiles las «reventas» se está situando, como ya nos ha advertido, desde el punto de vista del vendedor, porque ya antes nos ha aclarado que no son mercantiles las «compras» hechas sin ánimo de especulación (aunque sean, a su vez, «reventas mercantiles»).

Aunque tampoco se plantea directamente el tema, más claro resulta el pensamiento de GONZÁLEZ HUEBRA. En primer lugar, considera indispensable para la calificación de mercantil, «en la compra, que se haga con ánimo de volver a vender la cosa comprada, y en la venta, que haya sido adquirida por compra hecha con esta intención». En segundo lugar, entiende que en caso de contrato mixto, es decir, cuando la compra sea mercantil y no la venta, y a la inversa, el contrato debe someterse al derecho común (20).

Siguiendo con los tratadistas del Código de 1829, GÓMEZ DE LA SERNA y REUS GARCÍA explican la exclusión del artículo 360, 5.º, «porque falta en este caso el ánimo de lucrarse vendiendo» (21); MARTÍ DE EIXALA y su discípulo y reeditor DURÁN Y BAS parecen admitir la mercantilidad de las reventas de las mismas cosas compradas con ánimo de revenderlas, pero inmediatamente excluyen la de las ventas que se verifican para atender al consumo doméstico (22). En cuanto al problema de los actos

(20) GONZÁLEZ HUEBRA, P.: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1853, 1.ª ed., pág. 207; y 3.ª ed., 1867, pág. 243 y nota 1, donde expone su concepción sobre el régimen aplicable a los actos mixtos:

«De la calificación que hace el Código de las compraventas mercantiles puede resultar, y sucederá acaso con frecuencia, que la compra sea mercantil y no la venta, y al contrario, y, por consiguiente, que ocurran dudas acerca de la ley que deba aplicarse en la decisión de las cuestiones que se puedan suscitar sobre el cumplimiento de estos contratos. Algunos opinan que debe seguirse la Ley y fuero del demandado, pero nosotros no podemos conformarnos con esta opinión, sobre todo en cuanto a la ley por la que hayan de ser decididas, y considerando que el fuero del comercio no es de personas, sino de cosas, que no es posible que para uno de los contratantes rija una y para el otro otra diversa, y que el Derecho mercantil, como excepción del civil, no puede comprender, según lo dispuesto en el artículo 2.º del Código, más que a los que sean comerciantes o hagan alguna operación de comercio, somos de parecer que estos casos deben resolverse con arreglo al derecho común.»

(21) GÓMEZ DE LA SERNA, P., y REUS GARCÍA, J.: *Código de Comercio*, 7.ª edición. Madrid, 1878, pág. 164.

(22) MARTÍ DE EIXALA, R.: *Instituciones de Derecho mercantil de España*, 3.ª ed., Barcelona, 1859, pág. 67; 6.ª ed., 1870, pág. 125, y 7.ª ed., 1875, páginas 124-125, por DURÁN Y BAS.

mixtos, a la perplejidad del maestro sucede la tesis del discípulo de que se adopte la solución francesa, de que el contrato se rija por el fuero de cada parte, es decir, por el que antes presente la reclamación judicial, lo que realmente resulta poco satisfactorio (23).

Tras la promulgación del actual Código de Comercio se expresan con mayor rotundidad ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA y MIÑANA, cuando dicen que «ambos Códigos (el de 1829 y el de 1885) preceptúan que no se consideren mercantiles las compras de objetos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se haga la adquisición. Esta exclusión se funda en que el consumidor no especula con la cosa adquirida, sino que la compra para consumirla; falta, por consi-

(23) En efecto, MARTÍ DE EIXALA decía (7.ª ed., pág. 183, nota b):

«Las reglas que el Código de Comercio prescribe para estos contratos en parte están conformes para el Derecho civil y en parte se separan del mismo. De aquí nace una dificultad que ignoramos si ha sido resuelta por los Tribunales; a saber, ¿qué principios regirán cuando el contrato sea mercantil respecto al comprador y de Derecho común por lo que toca al vendedor, o viceversa? Es indispensable que sean o las del Derecho civil o las del mercantil, porque tratándose de un contrato que produce obligaciones recíprocas, no cabe aplicar un derecho a una de las partes y otro derecho a la otra. El Código de Comercio francés no da lugar a semejante dificultad, pues que en punto a las obligaciones que nacen de las compras y ventas nada establece, dejándolas por lo mismo sujetas enteramente al Derecho civil.»

Y DURÁN Y BAS anota:

«También da lugar a esta dificultad el Código de Comercio francés, puesto que en el artículo 631 señala, entre las cuestiones que son de la competencia de los Tribunales de Comercio, las relativas a los actos mercantiles entre toda clase de personas, y que en el siguiente enumera como actos de comercio las compras de comestibles o mercancías para revenderlos, sea en la misma, sea en distinta forma, o para alquilar simplemente su uso; pero la jurisprudencia del Tribunal de Casación ha establecido que cuando sólo una de las dos partes contratantes haya verificado un acto mercantil, ésta deba ser emplazada ante los Tribunales de Comercio y la otra ante los del fuero común. *Vide* ROGRON: *Comentario a dicho artículo*. La misma opinión sostienen entre nosotros el señor VICENTE Y CARABANTES y los autores del Código de Comercio concordado y anotado; pero el señor HUEBRA, en su apreciable obra titulada *Curso de Derecho mercantil*, disiente de ella, y fundado en que el fuero de comercio no es de personas, sino de cosas; en que no es posible que para uno de los contratantes rija una ley y para el otro otra diversa; y en que el Derecho mercantil como excepción del civil no debe comprender más que a los que sean comerciantes o hagan alguna operación de comercio, es de parecer que en casos semejantes deben las cuestiones resolverse con arreglo al Derecho común. No son de poco peso estas razones, pero es probable que, al formarse entre nosotros jurisprudencia sobre este punto, se adopte la de la nación vecina que parte del principio de conservar a cada uno, según la naturaleza de cada acto, su fuero propio.

Naturalmente, aun manteniendo la solución de aplicar la legislación propia del fuero a que acuda el demandante, hoy esta solución no podría prevalecer tras la unificación de fueros, y la solución parece que habría de ser la aplicación en todo caso de la legislación civil.»

guiente, uno de los requisitos del acto mercantil, y ya sea la venta civil o mercantil, la compra tendrá siempre carácter civil» (24).

El profesor BENITO Y ENDARA también parece admitir la mercantilidad de la reventa, cuando afirma que «la compra para revender, así como la reventa consiguiente, ya como término de la operación o ya practicada esta última para volver a comprar, constituye la compraventa a que el Código se refiere». Pero el equívoco se desvanece cuando a continuación explica que la aclaración del artículo 326, 1.º, «es una verdadera redundancia que huelga por completo, pues el que compra para su consumo o el de la persona por cuenta de quien hizo la adquisición, ni compra para revender ni compra con el propósito de lucrarse en la reventa, y no practica, por consiguiente, un acto que pueda suponerse comprendido en el espíritu y letra del artículo 325» (25). No deja de ser, desde luego, una inconsecuencia del eminente profesor que en otro lugar, donde insiste en idénticos conceptos, estudie, sin embargo, como mercantiles las ventas a plazos, a las que él dedicó especial atención (26), destinadas generalmente a uso o consumo.

En el mismo sentido, RODRÍGUEZ ALTUNAGA entiende que las exclusiones del artículo 326 son inútiles, puesto que si no se compra para revender con lucro, las compraventas serían civiles (27).

El resto de la doctrina no se plantea el problema, limitándose a transcribir los preceptos o a reproducir su contenido con distintas palabras, siguiendo el conocido método «longobardo» o al pie de la letra de exégesis de las leyes (28).

(24) ALVAREZ DEL MANZANO, F.; BONILLA, A., y MIÑANA, E.: *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, tomo II, Madrid, 1916, página 20.

(25) BENITO Y ENDARA, L.: *Manual de Derecho mercantil*, tomo I, 3.ª ed., 1924, páginas 576 y sigs.

(26) BENITO Y ENDARA, L.: «Compraventa mercantil», en *Enciclopedia Jurídica Española*, Scix, Barcelona, tomo VII, afirma la exclusión de la compra para consumir, en pág. 708, por el contrario, en págs. 710-711 incluye el estudio del contrato de venta a plazos. A esta última figura dedicó especial interés el eminente profesor en su trabajo «Compraventa a plazos con reserva temporal de la propiedad a favor del vendedor (RDP, 1929, págs. 123 y sigs.), donde denuncia los abusos ya cometidos en su tiempo y la apatía del legislador para regularlos protegiendo al comprador. Habría que oír lo que diría el sabio profesor al ver que ha habido que esperar a 1965 para tener una Ley especial de ventas a plazos y, sobre todo, al ver la vigente Ley.

(27) RODRÍGUEZ ALTUNAGA, R.: *Derecho mercantil*, Madrid, 1917, pág. 379.

(28) Entre ellos: la Redacción de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*; *Código de Comercio de 1885 comentado y concordado*; ESTASEN, P.: *Instituciones de Derecho mercantil*, tomo III, Madrid, 1892, págs. 214-215; DEL VISO, S.: *Lecciones elementales de Derecho mercantil*, 4.ª ed., Valencia, 1907, págs. 295-296; BLANCO CONSTANS, F.: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, 4.ª ed., Madrid, 1950, por don RICARDO MUR SANCHO, pág. 23. Hay que decir, sin embargo, en favor de estos autores, que la exclusión de la mercantilidad de la reventa para uso

Más recientemente todavía, GONZÁLEZ DE ECHAVARRI y GAY DE MONTELLÁ insisten en la necesidad de ánimo de revender con lucro como criterio definidor de la compraventa mercantil (28 bis).

3.2. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE VENTAS A PLAZOS

La Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos, de 17 de julio de 1965, delimita también con notable abstracción los supuestos o contratos que regula. La Ley se aplica a contratos que sin ser calificados de compraventa consiguen un resultado económico similar:

Artículo 1.º Es objeto de la presente Ley la regulación de las ventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles, de los préstamos destinados a facilitar su adquisición, de las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de aquellos contratos.

Artículo 2.º Por venta a plazos se entenderá, a efectos de esta Ley, el contrato mediante el cual el vendedor entrega al comprador una cosa mueble corporal y recibe de éste, en el mismo momento, una parte del precio, con la obligación de pagar el resto diferido en un período de tiempo superior a tres meses y en una serie de plazos que se determinarán en la forma que dispone el artículo 20.

También se entenderán comprendidos en esta Ley los actos o contratos, cualquiera que sea su forma jurídica, mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos.

En su artículo 4 recurre también, al igual que el Código de Comercio, a la técnica de las exclusiones. En efecto, el artículo 40 establece:

Quedan excluidas de la presente Ley:

1. Las compraventas a plazos de bienes muebles que, con o sin ulterior transformación o manipulación, se destinen a la reventa al público y los préstamos cuya finalidad sea financiar tales operaciones.
2. Las ventas y préstamos ocasionales efectuados sin finalidad de lucro.
3. Las ventas y préstamos cuyo importe sea inferior o superior a la cantidad que se determine por el Gobierno.
4. Los préstamos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento.
5. Las operaciones de comercio exterior.

o consumo debía parecer para la doctrina de la época una cosa evidente y nada problemática.

(28 bis) GONZÁLEZ DE ECHAVARRI, J. M.: *Comentario al Código de Comercio*, Valladolid, 1930, tomo III, pág. 251, donde afirma: «Ni mediación, ni lucro, ni cambio hay en el número 1.º del artículo 326 (pone 236, errata). Bien está que no se reputen actos mercantiles.» GAY DE MONTELLÁ, R.: *Código de Comercio español comentado*, Barcelona, 1936, tomo III, vol. 1.º, págs. 172-174, donde insiste en la necesidad del «ánimo de especulación», de modo que aunque el comprador sea comerciante, si compró para el consumo de su familia, no se entenderá compraventa mercantil.

El objeto fundamental de la Ley queda constituido por las ventas de objetos corporales identificables realizadas por comerciantes a personas que no tengan ánimo de revenderlas con lucro. *O sea, que las ventas a plazos contempladas por la ley son generalmente las reventas de comerciante a consumidor o industrial. Es decir, las reventas polémicas.*

Pues bien, uno de los más graves defectos de esta lamentable Ley (29) es el de no haber calificado este contrato de venta a plazos como civil o mercantil en ejercicio de una interpretación «auténtica», que habría evitado trasladar a estas operaciones la polémica surgida en torno al Código de Comercio. Es más, en el texto de la Ley se observa la más cauta ambigüedad en esta cuestión, como cuando el artículo 9 dice que la venta quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga el desembolso inicial «en el momento de la *entrega o puesta a disposición* del objeto vendido».

Ante el silencio del legislador, la doctrina ha trasladado a este con-

(29) La Ley de ventas a plazos es criticable en muchos aspectos:

a) *Desde el punto de vista técnico:* 1) porque deja en la oscuridad problemas de extraordinaria trascendencia, como, por ejemplo, la naturaleza consensual, real o formal, o incluso formal-real, del contrato, sobre lo que la doctrina no se ha podido poner de acuerdo; 2) porque no aclara si es imperativa o si es dispositiva, de modo que las partes sólo se someten a ella si se cumple el requisito de forma del artículo 5.º, así como los requisitos materiales de plazos, duración mínima y máxima del aplazamiento, etc.; 3) porque no expresa cuál es el régimen subsidiario, si el del Código civil o el del Código de Comercio; 4) por algunas deficiencias de técnica, por ejemplo, la referencia a la suspensión de pagos o quiebra del comprador (art. 19), cuando en muchos casos el comprador no será un empresario mercantil y, por tanto, quedará sometido sólo a concurso de acreedores; 5) porque concede al Gobierno unas facultades de desarrollo que van más allá de la simple política de coyuntura (fijación de desembolso mínimo y plazos máximos), encargándole la determinación de los objetos sometidos a la Ley, la regulación del Registro de ventas a plazos (que se ha instrumentado mediante Orden del Ministerio de Justicia de 8 de julio de 1966 sobre la base del folio personal según el primer apellido del comprador, y que no puede ofrecer las garantías del sistema de foliatura real).

b) *Desde el punto de vista de la política legislativa*, al haber dejado casi sin contenido la protección del comprador que se observa en la legislación comparada en esta materia.

La Ley resulta sorprendente si se contrasta con las manifestaciones de don Pío CABANILLAS en el discurso de defensa de la Ley ante las Cortes (*RCDI*, 1965, páginas 1139 y sigs.) en el sentido de que «los artículos que van del 7.º al 12.º contienen una serie de normas de naturaleza excepcional, dirigidas en línea de principio a proteger al adquirente en la venta a plazos» (pág. 1147), y que «la Comisión fue consciente del gran cúmulo de dificultades que encerraba la Ley, así como de las finalidades que el legislador pretendía alcanzar» (pág. 1152), y que «la Ponencia trabajó con enorme asiduidad y eficacia, y después de varias sesiones de trabajo presentó a la comisión un texto con abundantes modificaciones, que fue discutido a lo largo de una semana de trabajo por la Comisión de Justicia» (pág. 1143), así como su calificación como una Ley «justa, equilibrada y eficaz». Sorprende tan gran esfuerzo legislativo para redactar una ley de veinticuatro artículos, muchos de ellos casi sin contenido, y, además, mal hecha.

trato su posición sobre la calificación de la reventa. La casi unanimidad de los mercantilistas, expresa o implícitamente, también con la excepción del profesor BROSETA, han calificado el contrato como compraventa mercantil (30). Ello supone someter al comprador al régimen del Código de Comercio, cuyas normas surgieron y se desarrollaron teniendo en cuenta los conocimientos y la diligencia propios de los compradores profesionales. Interpretándola de este modo, al igual que en otros aspectos, la ley no protegería suficientemente a los compradores, que era o debía haber sido su principal misión (31). Quizá el único punto en que resul-

(30) GARRIGUES, *Curso*, tomo I, págs. 91 y sigs., 5.ª ed.; URÍA, *ob. cit.*, páginas 479 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, págs. 378-379; por el contrario, BROSETA (*ob. cit.*, pág. 343) estima que el contrato «será mercantil o civil según se admita o niegue la mercantilidad de la reventa», haciendo remisión a su estudio de ésta. Sobre la naturaleza civil o mercantil del contrato aún no existe jurisprudencia. Sin embargo, es significativo que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1973 (recurso de don José Sepulcre Fuentes contra Sentencia de la Audiencia de Valencia en caso de vicios de un motor de barco vendido de acuerdo con la Ley de ventas a plazos), ni las partes ni el Tribunal Supremo se plantean la menor duda de que el plazo de caducidad o prescripción de la acción redhibitoria es el del artículo 1490 del Código civil. O sea, que parten de la calificación del contrato como civil. (Sentencia comentada por REY PORTOLÉS, J., en próximo número de esta revista.)

(31) La defensa del comprador, como fin jurídico indebidamente olvidado por el legislador, se puede concretar en tres aspectos: 1.º) La Ley, a pesar de las dificultades exegéticas que plantea la interpretación del artículo 5.º (véase), debe interpretarse como de carácter imperativo; 2.º) la venta a plazos es un contrato civil y, en consecuencia, se aplica la jerarquía de normas del artículo 6.º del Código civil, así como la regulación civil de la compraventa con carácter subsidiario; 3.º) el contenido propiamente de la Ley, que en muchos de los preceptos no protege sustantivamente al comprador, como revela una exégesis detenida de los mismos en relación con la legislación comparada en materia de ventas a plazos y en relación con el propio Código civil, en tanto que se establecen poderosas medidas de protección para vendedores y financiadores (en especial el peligroso artículo 12).

A pesar de que parte de la doctrina, basándose en la interpretación del artículo 5.º, en su expresión «para la validez... a los efectos de esta Ley...», haya calificado la Ley como dispositiva (BERCOVITZ, R.: «Las ventas a plazos de bienes muebles», *ADC*, 1966, separata, págs. 142-143; BROSETA, *ob. cit.*, págs. 343-344), debe afirmarse el carácter imperativo de la Ley, deducido, en primer lugar, de su finalidad de protección de intereses, no sólo privados (de las partes en el contrato), sino también públicos (la defensa de los compradores-consumidores, dentro de la concepción del «Derecho social», y el control de la masa crediticia por el Gobierno, dentro de la política coyuntural), y, en segundo lugar, de muchos de sus artículos que presuponen este carácter imperativo (arts. 1.º, 2.º, 4.º, 7.º, 18 y otros). Por consiguiente, una vez entregada la cosa por el vendedor, se entiende perfeccionado el contrato y aplicable la Ley con sentido protector del comprador y sancionador para el vendedor. Este, si no ha cumplido con el requisito de forma, se verá sometido a idéntica sanción que si no se rellenan todos los datos exigidos por el artículo 6.º de la Ley (cfr. art. 7.º), pues resultaría absurda una interpretación que en caso de no cumplirse en absoluto la forma escrita favoreciera al vendedor, aplicándose el Código civil, teóricamente menos favorable para el comprador.

Esta interpretación se apunta ya en GULLÓN (*ob. cit.*, pág. 51), y se afirmaba ya con una perfecta fundamentación en la jurisprudencia de intereses en la im-

taría más beneficioso el régimen mercantil al comprador, que es el régimen de transmisión del riesgo, queda sin aplicación por el hecho de que la compraventa a plazos se perfecciona sólo con la entrega de la cosa. En efecto, el artículo 9 de la ley establece:

«De conformidad con lo dispuesto en el artículo segundo, la venta de bienes muebles corporales a plazos regulada en esta Ley sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga, en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido, el desembolso inicial.

Si el vendedor entrega la cosa sin haber recibido simultáneamente el desembolso inicial, perderá el derecho a exigir el importe de éste, y la obligación de pago del comprador se entenderá reducida al importe del resto del precio, conservando el derecho a hacerlo en los plazos convenidos.»

Por su parte, el artículo 5 dice:

«Para la validez de los contratos sometidos a esta Ley, y a efectos de la misma, será preciso que consten por escrito en tantos ejemplares como partes intervengan.»

La interpretación conjunta de ambos preceptos parece que debe ser la siguiente: el contrato de venta a plazos es un contrato real, que se perfecciona con la entrega de la cosa, apartándose del principio consensualista de la compraventa precisamente para proteger más al comprador-consumidor, dándole el mayor tiempo posible para reflexionar (32). Si el artículo 8 hubiese quedado en su redacción original, que modificó la Comisión convirtiéndolo en dispositivo, el comprador hubiera disfrutado, además, de tres días para desistir del contrato, restituyendo incólume la cosa.

El contrato, pues, no se perfecciona si el comprador entrega el desembolso inicial, pero no recibe la cosa, o si firma el formulario de venta y no recibe la cosa. Ahora bien, el desembolso inicial debe hacerse efectivo en el momento de la entrega de la cosa y el contrato habrá de otorgarse por escrito. Una correcta interpretación de la Ley ha de poner el cumplimiento (o incumplimiento) de estas obligaciones legales a cargo

portante Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de diciembre de 1969, siendo ponente don LUIS VIVAS MARZAL, actualmente magistrado del Tribunal Supremo (véanse *Sentencias en Apelación de las Audiencias Provinciales*, Ministerio de Justicia, B. O. del E., 1969, núm. 501). Ignoramos si esta interpretación ha sido confirmada posteriormente por los Tribunales.

La escasa atención del legislador a la defensa del comprador en esta Ley es un buen ejemplo de la naturaleza clasista de la actual legislación española.

(32) En consecuencia, no creemos que el contrato sea consensual (BROSETA, *ob. cit.*, pág. 344) ni tampoco real-formal (GARRIGUES, *Curso*, II, 5.ª ed., cit., página 93; URÍA, *ob. cit.*, pág. 475, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de diciembre de 1969), sino pura y estrictamente real.

del vendedor (para él suponen, pues, cargas). Si no exige el desembolso inicial, una vez entregada la cosa no podrá exigírselo al comprador. Si no procura cumplir con la forma escrita, pasará por las sanciones establecidas en el artículo 7 de la Ley, como ya hemos dicho; es decir, sólo tendrá derecho a exigir al comprador el importe del precio al contado, pero en los plazos convenidos y sin ningún recargo.

La expresión «para la validez», del artículo 5, puede quedar en un simple error de «lenguaje» del legislador, teniendo en cuenta que, según la Exposición de Motivos, «ha de constar por escrito, *sin que se pretenda alterar las reglas de la prueba ordinaria y a fin de que por tan simple formalismo pueda mantener en virtualidad el contenido imperativo del contrato*». Naturalmente, la finalidad de este «formalismo» se logra de igual modo si se aplica la Ley imperativamente y en perjuicio del vendedor, según se desprende del artículo 7, con tal que se pruebe por cualquier medio que el contrato es una compraventa a plazos, cuestión realmente sencilla, por lo demás, y que en realidad interesa probar al propio vendedor, por la presunción de venta al contado que, en caso contrario, establece el artículo 87 del Código de Comercio y, con ella, de que el comprador hizo ya efectivo el precio.

3.3. LOS ARGUMENTOS DE LA TESIS MERCANTILISTA

La doctrina mercantilista, al defender el carácter mercantil de la reventa de comerciante a consumidor, ha esgrimido muy abundantes argumentos. Resulta difícil someterlos a una síntesis sin menoscabar parte de su fuerza dialéctica, pero no hay más remedio que hacerlo con el fin de poderlos analizar aisladamente. Son de destacar los siguientes:

1.º *El argumento de que la compra y venta (reventa) constituyen tradicionalmente las operaciones esenciales para calificar la profesión de comerciante.* El profesor URÍA, en este sentido, considera que caso de desechar la mercantilidad de la reventa «quedarían fuera del campo jurídico mercantil aquellas operaciones que históricamente constituyeron el fundamento de la profesión del mercader...» (33). El profesor ANTONIO POLO, en su extraordinario comentario crítico, de tan decisiva trascendencia en esta doctrina, a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1945, se refiere al «peligro de una dirección, que de confirmarse cercenaría fuertemente el ámbito de aplicación de la Ley Mercantil, con notorio perjuicio para los intereses del comercio que aquélla está encargada de tutelar...», acarreado «la disolución del Derecho mercan-

(33) URÍA: *Derecho mercantil*, cit., pág. 474.

til como Derecho especial de la compraventa» (34). Por su parte, el profesor GARRIGUES entiende que admitir la hipótesis de la calificación civil de la reventa «sería tanto como destruir el concepto de la compraventa mercantil y el propio sistema del Derecho especial destinado a regular esta compraventa, el cual exige que se someta a las mismas normas tanto la compra para revender lucrándose en la reventa, como la reventa de esas mismas cosas» (35). Y el profesor BROSETA añade que «no tiene sentido afirmar el carácter mercantil de un sujeto (el comerciante) si se parte del carácter civil de su actividad económica típica (la reventa)» (36).

2.º *El segundo argumento es el de que la mercantilidad de la reventa es el presupuesto del que parte el legislador*, aunque no se explicita en los artículos 325 y 326. En este sentido, el artículo 325 sería un caso particular y no la definición general; sería sólo «uno de los supuestos» de compraventa mercantil, como afirma POLO (37). También GARRIGUES entiende que, «indudablemente, el artículo 325 no quiso encerrar en su ámbito todas las compraventas mercantiles», y para demostrarlo cita las ventas bursátiles que lo son por el lugar donde se celebran, aunque no concurren los requisitos del artículo 325 (38). Por ello se estima que la supresión del último párrafo del artículo 359 del Código de Comercio de 1829, que establecía la mercantilidad de la reventa (según una interpretación poco reflexiva, que más adelante someteremos a crítica), no puede interpretarse en el sentido de que el legislador haya cambiado de criterio (39).

3.º *El tercer argumento es la interpretación del artículo 326*, 4.º, «a contrario sensu», entendiendo que no tendría sentido que la reventa de comerciante a consumidor fuese civil, cuando precisamente este precepto excluye la mercantilidad de «la reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo», y que

(34) POLO Díez, A.: «La calificación mercantil de la reventa», *RDP*, 1945, páginas 286 y 287.

(35) GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho mercantil*, tomo III, pág. 238

(36) BROSETA: *Manual*, cit., pág. 331.

(37) POLO, *ob. cit.*, pág. 287.

(38) GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 235. Ello no obstante debe tenerse en cuenta que las operaciones bursátiles también se celebran entre comerciantes, pues comerciantes son los Agentes de Cambio y Bolsa (y los Corredores de Comercio con respecto a los Bolsines), con lo que quedaría salvo una posible concepción unitaria de la compraventa mercantil en nuestro Derecho como contrato celebrado entre comerciantes y sobre mercaderías que postulamos en este trabajo.

(39) URÍA, *ob. cit.* (págs. 474-475), donde dice que «aunque el Código vigente, al contrario de lo que ocurría con el anterior, no reconozca expresamente el carácter mercantil de la reventa, la doctrina no pone en duda ese carácter». En el mismo sentido, GARRIGUES (*ob. cit.*, pág. 238) rechaza la hipótesis de que tal omisión suponga negar el carácter mercantil a la reventa.

«no es lógico afirmar que sea mercantil la reventa del resto de los acopios que hizo un comerciante para su consumo (deducción *a contrario sensu* del art. 326, 4.º), ni negar que sea mercantil la reventa que ese mismo comerciante haga de las cosas compradas con ánimo de revenderlas» (40). Por ello, se concluye, la supresión del último inciso del artículo 359 del Código de 1829 no supone la exclusión de la mercantilidad de la reventa. Parece más claro ahora, en opinión de la doctrina mercantilista, que todas las reventas de los comerciantes son mercantiles. Aunque necesario es adelantar la observación, en contra de este argumento, de que el artículo 326, 4.º, no añade la expresión «no comerciante», sino que esta expresión ya figuraba en el artículo 360, 5.º, del Código derogado, el cual, además, explicaba la presunción legal a la que respondía dicha exclusión.

4.º *El cuarto argumento es de carácter sistemático y se basa en el artículo 85 y siguientes del Código de Comercio, que regulan determinados aspectos de las ventas realizadas en establecimiento abierto al público.* Estos preceptos sirven a la doctrina mercantilista para calificar la reventa de comerciante a consumidor como «acto de comercio», pues la simple inclusión en la normativa del Código debe determinar dicha calificación de acuerdo con el artículo 2 del mismo Código» (41).

5.º *La teoría de los «actos de comercio», según la cual la reventa reuniría todas las características propias de dichos actos, que justifican la extensión por analogía de los preceptos del Código a supuestos no contemplados por él, de acuerdo con el artículo 2.* Tales características serían principalmente la de constituir actos de interposición en la circulación

(40) GARRIGUES: *Tratado*, cit, pág. 239, donde razona: «Cuando el Código de Comercio trata especialmente de la reventa, es para negarle carácter mercantil. Es el caso de la reventa que haga una persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo (núm. 4.º del art. 326). Pero de este mismo precepto se deduce a contrario sensu que es mercantil la reventa de cosas compradas con ánimo de revenderlas cuando la persona que compra y que revende es comerciante. En efecto, es lógico que sea mercantil la reventa de cosas compradas, precisamente con el fin de revenderlas. » Aunque a continuación el ilustre profesor reconoce que «el problema quedaría resuelto si no fuese porque el número 1.º del artículo 326 viene desgraciadamente a enturbiarlo, al decir que no se reputan mercantiles las compras de efectos destinados al consumo del comprador »

(41) POLO, *ob. cit.*, págs. 301-302, quien, además, afirma que «al llegar a este punto podríamos dar por concluido el trabajo extenso ya con exceso *para problema tan claro*» (pág. 302). GARRIGUES (*Tratado*, pág. 240) afirma que «esta compra tiene que considerarse como acto de comercio conforme al artículo 2.º por tratarse de un acto incluido en el propio Código... Este argumento de interpretación sistemática del Código nos permite saltar fuera del círculo férreo y contradictorio de los artículos 325 y 326». En el mismo sentido, URÍA, *ob. cit.*, página 469.

de los bienes lucrativos realizados en masa y profesionalmente o por medio de una empresa (42).

6.º *La teoría de los «actos mixtos»*, según la cual cuando, desde un punto de vista económico, un contrato es mercantil para una parte, y civil o no profesional para otra, la regulación unitaria de dicho acto (mejor sería quizá hablar exclusivamente de «contratos») debe someterse al Derecho mercantil (43). «En los actos mixtos—dice el profesor GARRIGUES—se produce un conflicto entre el Derecho civil y el Derecho mercantil, cuya solución afecta a la existencia del Derecho mercantil, porque la casi totalidad de los actos de comercio son actos mercantiles sólo para una de las partes, en razón a que la actividad del comerciante es una actividad de mediación entre no comerciantes.» Sin embargo, el ilustre profesor entiende que en nuestro ordenamiento no hay problema de legislación aplicable, porque todos los actos incluidos en el Código de Comercio se rigen por las disposiciones contenidas en el Código. Esta es la declaración del artículo 2. Y añade: «Cuando éste quiere excluir de su ámbito un acto mixto a él sometido consigna expresamente la excepción (art. 326).» El autor se fija entonces en la exclusión de las ventas de labradores y ganaderos, pero no menciona la exclusión del artículo 326, 1.º, que, aunque sea una reiteración del artículo 325, sin embargo, en sí mismo considerado es una exclusión expresa de la aplicación del Código (44). Pero sobre la crítica de este argumento volveremos más adelante.

7.º Frente al argumento de equidad alegado en ocasiones por la tesis civilista, de que la regulación civil es más favorable para el comprador, se opone que tomadas ambas regulaciones en conjunto, tal afirmación no es cierta, ya que la regulación mercantil protege mejor el tráfico

(42) El argumento se debe casi totalmente al profesor POLO (*ob. cit.*, pág. 304), quien destaca todas las notas puestas de relieve por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1929. En el mismo sentido también GARRIGUES (*Tratado*, pág. 238) afirma que el Código de Comercio de 1829 «enlazaba lógicamente la compraventa y la reventa, las cuales constituyen en realidad una sola operación económica especulativa que se inicia con la primera y se consuma mediante la segunda...» Sobre las características del contrato de comercio, véanse Sentencias citadas por GARRIGUES: *Curso*, 6.ª ed., 1972, cit., págs. 145-146.

(43) GARRIGUES: *Tratado*, cit., pág. 239, y en el mismo *Tratado*, tomo I, volumen 1.º, págs. 203 y sigs., donde expone la doctrina de los «actos mixtos o unilaterales» y donde pone como ejemplo la compraventa mercantil, y dice textualmente: «En la compraventa definida en el artículo 325 del Código de Comercio el acto será mercantil para el que compra con propósito de revender, lucrándose en la reventa; mas para el que vende sólo será mercantil si la venta es, a su vez, acto de realización de una compra mercantil (reventa).»

(44) GARRIGUES: *Tratado*, tomo I, vol. 1.º, págs. 204-205. y *Curso*, tomo I, 5.ª ed., cit., págs. 151-153.

e incluso al comprador, aunque en cada conflicto concreto pueda éste, en ocasiones, preferir la solución civil a la mercantil. El argumento de equidad viene recogido y criticado especialmente por el profesor BROSETA, quien al reconocer que el Código de Comercio ha querido excluir de su ámbito la reventa a consumidor, dice:

«Mas de ser esto así, como nos parece, constituye una solución criticable, no sólo porque debe unificarse el régimen de la compraventa —al igual que en otras legislaciones—, sino muy especialmente por dos consideraciones: en primer lugar, porque admitir el sometimiento al Código civil de las compras realizadas en establecimientos abiertos al público no satisfacc adecuadamente las exigencias del tráfico económico, en el que son esenciales el rigor y la rapidez en la ejecución (presentes en el Código de Comercio y no en el civil); y, en segundo lugar, porque *puede afirmarse que, en líneas generales, el régimen mercantil de la compraventa es más favorable al comprador (aunque no sea comerciante) que el correlativo régimen civil*. Piénsese, por ejemplo, en el régimen para la transmisión de los riesgos, en el de los vicios o defectos de la cosa comprada y en el rigor con el que es tratado el vendedor que incumple su obligación. No parece, pues, suficientemente justificado el aparente deseo del legislador de evitar que el Código de Comercio sea aplicado a los consumidores no comerciantes (45).

8.º *Por último, la doctrina mercantil sobre la reventa se fundamenta en un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia.* El profesor POLO DÍEZ aporta numerosas sentencias, en las que se señala la importancia de la intención de revender para calificar la compraventa de mercantil, y de ello se deduce que con mayor razón lo será la reventa (46). Frente a la sentencia de 27 de enero de 1945, que calificó como

(45) BROSETA: *Manual*, pág. 332.

(46) POLO (*ob. cit.*, págs. 294-295) entiende que «la claridad del precepto contenido en el artículo 359 ha sido causa de que apenas se haya ofrecido ocasión durante el período de vigencia del Código de 1829 para que la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal se manifestase sobre este punto. Sin embargo, ello no quiere decir que falten fallos en los que unas veces de modo general, casuísticamente otras, se vea confirmada la doctrina contenida en aquél» (según la interpreta este autor).

En relación con el Código derogado cita las Sentencias de 16 de mayo de 1857, 7 de octubre de 1858 (en cuanto a planteamiento general) y las de 5 de agosto de 1857, 24 de marzo de 1858, 20 de septiembre de 1862, 16 de marzo de 1867 y 1 de diciembre de 1881. Estima como más interesantes la de 7 de octubre de 1857, de la cual se desprende (dice el ilustre profesor) *a contrario sensu* que «la compraventa será mercantil cuando alguno de los contratantes se proponga el tráfico o negociación lucrativa por medio de traspasos o reventas sucesivas» (página 295).

Con respecto al Código vigente cita las Sentencias de 3 de junio de 1898, 21 de abril de 1911, 2 de febrero de 1918, 16 de mayo de 1923, 26 de enero de 1926, 15 de junio de 1926 y 10 de marzo de 1942. Destacando el especial interés para su tesis de las Sentencias de 21 de abril de 1911 y de 15 de junio de 1926.

En el examen de esta jurisprudencia y de la posterior del Tribunal Supremo nos detendremos en el apartado 3.4.4 de este trabajo.

civil un supuesto de reventa a un industrial de maquinaria destinada a su instalación en su empresa, se alega que en realidad *se trataba de resolver un problema de error en la sustancia* (47). En consecuencia, al entregarse maquinaria de marca distinta a la pactada debería haberse acudido al Código civil y no al Código de Comercio en su artículo 336, que regula sólo el error en la cantidad o en la calidad, y que en realidad *se trataba de entrega de cosa distinta y no era materia de vicios* (48). En definitiva, se estima que bajo la argumentación del Tribunal Supremo había la intención de dar una solución de equidad, que con la aplicación correcta del Código civil se hubiera logrado igualmente. En lugar oportuno (3.4.4.) examinaremos la doctrina de esta sentencia y otras del Tribunal Supremo.

3.4. TESIS QUE SE PROPONE

3.4.1. Supuestos de reventa

Con el fin de plantear con la debida claridad el tema, se hace necesario determinar cuál es el supuesto de hecho al que denominamos «reventa». Para ello, en atención a los sujetos que intervienen en el contrato, podemos distinguir tres tipos o supuestos de reventa:

1.º *Reventa para revender*.—Es decir, reventa de lo adquirido para revender hecha a quien, a su vez, compra para revender con ánimo de lucro. El comprador, en tal caso, puede ser un comerciante, que revenderá los géneros en el mismo estado, o un industrial, que los transformará en productos de su fabricación antes de revenderlos. A su vez, el «revendedor» podrá ser un comerciante o un industrial, que «revende» las materias primas que adquirió después de transformarlas. Se trata de un contrato mercantil, en atención al ánimo del comprador (art. 325) y a que no se halla excluido por ningún apartado del artículo 326. A esta reventa

(47) POLO, págs. 305-306: «El pronunciamiento de la Sentencia impugnada en casación había declarado *la nulidad del contrato por error en la sustancia*, supuesto, a todas luces, distinto de los contemplados por el citado artículo 336, que, de querer encuadrarlos bajo la rúbrica del error, sólo cabría hacerlo como errores *in quantitate* o *in qualitate*, que como tales tienen un tratamiento jurídico distinto del primero. Pues bien, *no estando regulado el error en la sustancia en el Código de Comercio*, nada impedía que, aun siendo mercantil el contrato, tuvieran aplicación las disposiciones del Derecho común, artículo 1.266-1.º, por propio imperativo de los artículos 2.º y 50 de aquél, con lo cual la justicia del fallo, desde el punto de vista de la equidad, quedaba salvada y no se había desnaturalizado la esencia mercantil de una de las más genuinas manifestaciones de la actividad mediadora negándole este carácter.» En el mismo sentido parecía justificar la Sentencia GIRÓN TENA (RDM, 1946, 1.º, pág. 159).

(48) URÍA, *ob. cit.*, pág. 469.

se refiere el artículo 329 del Código de 1829, al añadir al texto del actual 325 la frase «y las reventas de estas mismas cosas», mientras que el artículo 360, 2.º, al excluir del Código las ventas destinadas al consumo, hacía imposible calificar como mercantil la reventa de comerciante a consumidor, pues ello hubiese ido claramente en contra del último precepto mencionado.

2.º *Reventa de consumidor.*—Tanto si el comprador es un consumidor o un industrial que adquiere la cosa sin ánimo de revenderla, como si es un comerciante o un industrial que adquiere la cosa en concepto de materia prima para su fabricación, esta compraventa viene excluida del Código de Comercio por el artículo 326, 4.º, coincidente en su sentido con el 360, 4.º, del Código de 1829.

3.º *Reventa para uso o consumo.*—Es decir, reventa de persona que compró para revender con lucro (generalmente, por tanto, comerciante o industrial que revende las materias primas transformadas) a comprador, que adquiere para su uso o consumo, bien sea un consumidor o bien un industrial con intención de instalar o utilizar la cosa comprada en su empresa y no para revenderla. *Aunque el artículo 326, 1.º, correspondiente al artículo 360, 2.º, del Código de 1829, parece excluirla de plano de la regulación del Código de Comercio, es precisamente ésta la operación que ha planteado el debatido problema de la «mercantilidad de la reventa».*

3.4.2. *Crítica de la interpretación mercantilista*

Una vez analizados aisladamente los argumentos de la tesis mercantilista, podemos someterlos a un análisis crítico siguiendo el orden expuesto. Los argumentos correlativos en contra serían los siguientes:

1.º *El ejercicio del comercio no consiste necesariamente en la repetición o ejercicio habitual o profesional de actos de comercio, sino que puede consistir igualmente en el ejercicio profesional de actos calificados como civiles.* Piénsese en aquellos empresarios mercantiles que se dedican profesionalmente a estipular y realizar construcción de obras, instalaciones, reparaciones y otras actividades que caen dentro del concepto de arrendamiento de obra y quedan sometidas, por ello, al Código civil. El ejercicio del comercio es un concepto socioeconómico y no un concepto jurídico que tenga que construirse induciéndolo del contenido del Código de Comercio; sobre este punto, la doctrina actual reconoce el fracaso de

la construcción de un concepto jurídico de comercio, de igual modo que ocurre en el caso de los «actos objetivos de comercio» (49).

Aun dentro de una perspectiva positivista que intentara descubrir en el Código de Comercio los conceptos de actividad mercantil e industrial, en contraposición a actividades profesionales civiles, la atención no debería dirigirse necesariamente a la realización de reventas, sino más bien a la *realización profesional o en masa de compras para revender*. En efecto, la literatura jurídica se fija fundamentalmente en esta actividad para distinguir al comerciante de otros profesionales. Recordemos que en alemán al comerciante se le llama *Kaufmann* y no *Verkäufer*, es decir, en un idioma en el que la terminología de los oficios es extraordinariamente descriptiva, se denomina al comerciante como hombre que compra y no como hombre que vende. Igualmente, las Partidas nos dicen que «propiamente son llamados mercaderes todos aquellos que *compran las cosas con intención de las vender* a otri para ganar en ellas» (50). En el mismo sentido, las citas de diversos autores clásicos que hace POLO (51), se fijan en la actividad de comprar para revender, y la jurisprudencia abundante que cita el ilustre profesor (a la que nos referimos en otro

(49) GARRIGUES: *Curso*, tomo I, 6.ª ed., cit., pág. 9; GIRÓN TENA, J.: «El concepto de Derecho mercantil», *ADC*, 1954, separata, págs. 147-148 y 153-154; RUBIO, J.: *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, 1969, págs. 17 y sigs., y 547 y sigs.

(50) Partida V, título VIII, Ley 1.ª

(51) POLO, *ob. cit.*, pág. 290. En efecto, estos autores se fijan fundamentalmente en el espíritu o ánimo que lleva al comerciante a comprar.

He aquí el texto de fray TOMÁS MERCADO (*Summa de tratos y contratos*, Sevilla, 1571, cap. IV, págs. 23 y sigs.):

«En una de dos maneras se vende o compra (conviene saber) o para provisión de la familia: o para ganar algo vendiendo y comprando... Digo que o compramos para gastarlo, o consumirlo; o para granjear vendiendo. Para la casa se merca trigo, cebada, vino, aceite, tapicería, sedas, lienzos. Todo esto y otras cosas de este tomo se suelen mercar para gastar en la persona, en la mujer, hijos y criados, para proveimiento de sus heredades o para las vendimias, cosechas o siega. Este mercar o vender es un negocio tan lícito que es natural: como honrar a nuestros mayores... Y vender uno lo que le sobra o lo que se le antoja, para mercar del precio lo que ha menester para su sustentación: es de obligación y lícitísimo. *Mas esto (aunque es mercar y vender) no es ser mercader*, sino hombre político y cuidadoso, en lo que es justo lo sea. Hay otro género de ventas, que es mercar alguna ropa, como fardos, o pipas de vino, o aceite, *para llevarlas a otras partes o aguardando a otros tiempos, revenderlo por más de lo que costó*. Entender y vivir de esto (como dice la ley) es ser mercader. Y a este tal le buscamos algún buen fin para que lo haga bueno: que al otro no es menester buscárselo, que él lo tiene de suyo santísimo...»

Y continúa justificando el oficio de mercader, por los bienes que reporta a la República (págs. 24 y sigs.).

Por su parte, fray FRANCISCO GARCÍA (*Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos cuantos en los negocios humanos se suele ofrecer*, Valencia, 1585, págs. 214 y sigs.): «Tales son los mercaderes: los cuales no compran las cosas con otro fin, sino para tornarlas a revender, sin servirse dellas para otra cosa.»

apartado), se ocupa de compras de comerciante, es decir, compras realizadas con intención de revender, pero no de reventas para uso o consumo propiamente dichas.

Por otro lado, no resulta evidente que el Derecho mercantil tuviese como núcleo histórico esencial las reventas al público, puesto que nació como Derecho profesional en las relaciones entre grandes comerciantes del tráfico interlocal, en tanto que el mercado dedicado a los consumidores era objeto de estricta regulación administrativa de espíritu protectionista (52).

Ello explica que la reventa de comerciante a consumidor haya permanecido regulada en el Código civil, hasta muy avanzado el siglo pasado, en aquellos países que han dedicado una doble regulación a la compraventa. El Código de Comercio francés sólo destina el artículo 109 a la prueba en materia de compraventa, de modo que el régimen jurídico de este contrato estaba íntegramente regulado en el Código civil. Toda la construcción del contrato de compraventa mercantil que hace PARDESSUS está basada en el Código civil (53).

Como ya hemos visto (3.4.1.), el Código de Comercio español de 1829, al afrontar la codificación del Derecho mercantil con anticipación a la del Derecho civil, considera la reventa a consumidor como civil en el artículo 360, 2.º Todos los Códigos de Comercio iberoamericanos promulgados a lo largo del siglo pasado y el Código de Comercio portugués de 1888 excluyen la mercantilidad de las compras hechas para consumo o uso del comprador. Hay que llegar al Código italiano de 1882 y al Código alemán de 1897 para asistir a la incorporación de la reventa al consumidor al Código de comercio. A la evolución de la legislación comparada dedicaremos el apartado 4, con el fin de no crear prejuicios en el análisis exegético de nuestro Código.

2.º *La mercantilidad de la reventa al consumidor no es el presupuesto del que parte el Código, sino todo lo contrario*, como demuestran los artículo 360, 2.º, del Código de 1829, y 326, 1.º, del vigente, absolutamente idénticos en su contenido. En consecuencia, parece claro que el artículo 325 es la regla general; que el 326, 1.º, constituye la misma regla general reproducida desde un punto de vista negativo, y que los demás apartados del último artículo citado suponen realmente excepciones a la regla general. Por ello mismo, probablemente en el Anteproyecto de Cód-

(52) BERCOVITZ, A.: «Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil», en *Estudios jurídicos en homenaje a J. Garrigues*, Madrid, 1971, I, págs. 1 y sigs.

(53) PARDESSUS, *ob. cit.*, págs. 837 y sigs., donde cita insistentemente al margen los artículos del «Código Napoleón» (Código civil).

go de 1882 (54) se suprimió el último inciso del antiguo artículo 359 del Código derogado para evitar posibles confusiones, puesto que, en contra de lo que inducía a pensar dicho inciso, *en realidad sólo eran mercantiles las reventas si en ellas se reproducían los requisitos exigidos por el mismo artículo 359*. En nuestra opinión, el objetivo de suprimir dicho inciso y, desde luego, el resultado obtenido, era el de conseguir una mayor claridad en la redacción del precepto.

3.º *A partir de las anteriores premisas resulta inadmisibile la interpretación «a contrario sensu» que se hace del artículo 326, 4.º, del Código vigente.*

Las interpretaciones *a contrario sensu* siempre son peligrosas, dado que el legislador no suele operar con una lógica «cerrada», sino mediante proposiciones jurídicas de contenido «tópico» o «asimétrico». Pero es que, además, frecuentemente, una adecuada interpretación lógica permite evitar los peligros de la interpretación *a contrario sensu*, como ocurre en el presente caso. Como decía IHERING, el jurista debe hacer la prueba de sus construcciones, poniéndolas en todas las posiciones posibles, para averiguar si no contienen contradicciones internas (55). Al profesor GARRIGUES no se le escapa la dificultad de la «prueba» de la construcción mercantil de la reventa para uso o consumo, cuando afirma que es el argumento de interpretación sistemática del artículo 85 del Código de Comercio el que «nos permite saltar fuera del círculo férreo y contradictorio de los artículos 325 y 326» (56).

El artículo 326, apartado 4.º, establece una excepción a la regla general del 325 y, por ello mismo, lógicamente, no puede deducirse que la reventa de acopios hechos por el comerciante *a cualquier persona* sea siempre mercantil, *pues entrará en contradicción con el artículo antes citado y con el 326, 1.º, que expresamente excluye las ventas para consumo del comprador*. Lo que hace el artículo 326, 4.º, en nuestra opinión, es separar o excluir del campo de supuestos definido por el 325 aquellos en que el vendedor sea un consumidor, es decir, persona que vende los acopios que hizo para su consumo y que no es comerciante. Por tanto, *las reventas de los acopios hechos para su consumo realizadas por comerciantes, sólo son mercantiles si el comprador es comerciante o tiene el ánimo de revender con lucro*. Por otro lado, como hemos visto, el Código

(54) Ver *Proyecto de Código de comercio*, Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1882.

(55) IHERING, R.: *El espíritu del Derecho romano*, trad. esp., 1909, vol. III, páginas 602 y sigs. Sobre el método de construcción jurídica de IHERING, véase HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1971, tomo I, págs. 132 y sigs.

(56) GARRIGUES: *Tratado*, tomo III, vol. 1.º, cit., pág. 240.

actual no modifica en nada esta exclusión y se limita a suprimir la plausible explicación que añadía el anterior artículo 360, 5.º, a la presunción legal de mercantilidad de este supuesto.

4.º *El artículo 85 no basta para calificar de mercantiles las compraventas en establecimiento abierto al público.* En la medida en que los artículos 325 y 326 se ocupan especialmente de la delimitación del concepto de compraventa mercantil, el artículo 85 y siguientes no pueden desvirtuarlos.

Estos artículos aparecen en realidad como preceptos aplicables al tráfico del comerciante en su establecimiento, hecha abstracción de si el comprador es, a su vez, comerciante o consumidor, y, por tanto, constituyen preceptos de derecho común aplicables igualmente a las compraventas mercantiles y a las civiles realizadas en establecimiento abierto al público. Las normas que instauran sobre irreivindicabilidad de cosa y precio y sobre presunción de pago al contado en tales contratos pueden ser consideradas como especiales en la medida en que se refieren a la actividad del comerciante, y por ello creemos que *en una concepción sustancial del Derecho mercantil como Derecho económico privado deben formar parte de su contenido, a pesar de que no regulen forzosamente «actos de comercio».*

En esencia, los artículos 85 a 87 del Código de Comercio establecen, en primer lugar, una norma de protección del tráfico jurídico de bienes muebles (como más arriba indicábamos, más correcto hubiera sido referir tal precepto a «mercaderías») más fuerte que el artículo 464 del Código civil, que protege mucho más al propietario ilegalmente desposeído de la cosa (57). En segundo lugar, la presunción de pago al contado, que coincide con el artículo 1.500, 2.º, del Código civil, funciona en contra del comerciante, quien en caso de venta al fiado se ve compelido a procurarse la prueba en contrario (58). Nada de extraño tiene, pues, que la Ley de Ventas a Plazos, según la venimos interpretando, es decir, en defensa del comprador, imponga al comerciante vendedor la obligación (o, si se quiere, la carga) de cumplir con el requisito de la forma escrita, cuando ya el Código de Comercio indirectamente le imponía esta diligencia.

(57) Sobre el tema véase en especial MELÓN INFANTE, F.: *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*, Barcelona, 1958, págs. 149 y sigs.

(58) En contra de lo que opina LANGLE (*El contrato de compraventa mercantil*, cit., pág. 166), según el cual el artículo sienta una presunción en favor del comerciante que vende liberándole de la carga de la prueba. El precepto así interpretado parece inútil (como advertía BENITO Y ENDARA, *Manual*, cit., pág. 319), ya que el aplazamiento del precio no se puede presumir si no se pacta, por lo que es lógico interpretarlo en el sentido que postulamos.

5.º *La teoría de los actos de comercio no puede, amparándose en la analogía invocada por el artículo 2, ir en contra de preceptos expresos del Código, como los artículos 325 y 326, tal como los hemos interpretado.* En efecto, la analogía puede utilizarse para calificar como mercantiles actos no incluidos en el Código, pero que en base a la interpretación de éste se puedan considerar semejantes a los regulados en él. Pero no a contratos expresamente excluidos del mismo.

6.º *La teoría de los actos mixtos debe correr la misma suerte, en atención a los citados preceptos.* Pero es que aun en el caso de que no hubiese una norma que claramente excluyera la mercantilidad del acto mixto en cuestión, sería dudoso si la solución justa habría de ser la sumisión del no comerciante al Derecho mercantil. GONZÁLEZ HUEBRA ya opinaba que debían someterse al Derecho común (58 bis). La misma opinión parece desprenderse de la doctrina mantenida por GÓMEZ DE LA SERNA, DURÁN Y BAS y BENITO Y ENDARA (59), según los cuales sería de aplicación en cada caso la legislación del Tribunal que entendiera en el asunto.

Esta construcción coincide con la doctrina de los actos mixtos de PARDESSUS, que elabora su tesis en ausencia de una delimitación legal de la compraventa mercantil en el Código de Comercio francés. Afirma, por un lado, que las compras mercantiles tienen que hacerse para revender, de modo que el que compra con esta intención realiza un acto de comercio, aunque no lo sea para el vendedor, que vende productos de su cosecha; pero añade que cuando el que ha adquirido las cosas para revenderlas, las revende efectivamente, también realiza una «venta» mer-

(58 bis) Ver nota 20.

(59) GÓMEZ DE LA SERNA y REUS exponen su teoría con su habitual claridad (*ob cit.*, pág. 88, nota 6):

Puede suscitarse una curiosa cuestión: en el contrato de compra y venta suele acontecer que los dos hechos correlativos no sean de una misma naturaleza, y, por tanto, que el uno sea un acto civil y el otro mercantil. ¿Qué tribunal conocerá de este asunto? La respuesta es sencilla: prevalecerá el principio de que el demandante debe seguir el fuero del demandado. Pondremos un ejemplo: Un labrador vende su cosecha a un comerciante; la venta es un acto civil, la compra es un acto de comercio: lo contrario sucede si el comerciante vende aquella cosecha a los consumidores. Si es el labrador o el consumidor en los casos propuestos el que reclama el cumplimiento de la obligación, deberá comparecer ante el Tribunal de comercio, porque la obligación, cuyo cumplimiento exige de parte del comerciante, es mercantil; mas si es el comerciante el que pide, deberá hacerlo ante el juez ordinario porque es civil, con respecto al labrador, el acto, cuyo cumplimiento reclama.

La opinión de DURÁN Y BAS, coincidente con ésta, puede verse en la nota 23, donde, sin embargo, concluye que tras la desaparición de los Tribunales de Comercio siguiendo esta teoría sólo será aplicable a los actos mixtos el Derecho común.

La tesis del profesor BENITO Y ENDARA se expone en *Las bases del Derecho mercantil*, cit., pág. 66, nota 2.

cantil (60). Pues bien, en otro lugar, PARDESSUS afirma que en estos casos el sujeto para quien el acto no es mercantil podrá demandar a la otra parte, tanto ante Tribunales civiles como mercantiles, en tanto que el sujeto para quien el acto es mercantil no puede someter al otro al Tribunal de Comercio (61). Sobre la legislación aplicable, el autor no se plantea problemas, puesto que la regulación de la compraventa era casi idéntica, por lo que cualquiera de las dos jurisdicciones aplicaría el Código civil.

En nuestra opinión, la doctrina de los actos mixtos, merced a su desarrollo posterior por la doctrina mercantilista, que aquí ha actuado, evidentemente, *pro domo sua*, ha desempeñado un extraordinario papel en el siglo pasado para justificar la progresiva «extensión» del Derecho mercantil a las relaciones entre comerciantes y no comerciantes. En el campo doctrinal se observa la progresiva defensa de los autores españoles de someter los actos mixtos al Código de Comercio. En el campo legislativo, ello se observa ya en nuestro Código de Comercio de 1829, que incluye entre los contratos mercantiles muchos celebrados entre comerciantes y no comerciantes. El fenómeno de «extensión» se consolida en los Códigos de Comercio alemán de 1860, italiano de 1882 y alemán de 1897, en los que prevalece el criterio de que es contrato mercantil todo aquel en que intervenga un comerciante en el ejercicio de su actividad profesional (ver apartado 4). Como vemos, junto a un progresivo abandono de la «generalización» de los contratos mercantiles, como contratos que pueden regular las relaciones entre cualesquiera sujetos, hay un creciente fenómeno de «extensión» del Derecho de los contratos mercantiles, de las relaciones entre comerciantes, a las relaciones que se califican de mercantiles, no por los datos del fin de especulación aislada del «acto objetivo de comercio», sino por la presencia en ellos de un empresario mercantil (62).

(60) PARDESSUS, *ob. cit.*, tomo I, págs. 6 y sigs., y 20 y sigs.

(61) PARDESSUS, *ob. cit.*, tomo IV, pág. 12.

(62) Sobre las nociones de «extensión» y «generalización» del Derecho mercantil, véase BROSETA, M.: *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid, 1965, págs. 57 y sigs., quien, sin embargo, parece identificar ambas nociones.

En nuestra opinión, puede definirse la «extensión» del Derecho mercantil como el aumento progresivo de las relaciones sociales sometidas a la ley especial. Las dos grandes etapas de este fenómeno estarían determinadas: 1.ª) Por la extensión del Derecho mercantil a la industria (Código francés de 1807, Código español de 1829), quedando fuera la actividad artesanal por las razones que expone la E. de M. del Código de Comercio español vigente. 2.ª) Por la extensión del Derecho especial a los contratos mixtos, es decir, aquellos en los que interviene un empresario mercantil, y por el simple hecho de la presencia de éste (Código de Comercio alemán de 1897).

Por el contrario, podemos definir como «generalización» la utilización de los

En nuestra opinión, sin embargo, el criterio de los «actos mixtos» no debe servir para «extender» el Código de Comercio más allá de los «actos mixtos» expresamente incluidos en su regulación (contratos bancarios, de seguros, de transporte, de depósito en almacenes generales, etc.). Esta es una exigencia de la técnica de aplicación de la ley especial, que ha sido puesta de manifiesto en numerosas ocasiones por nuestro Tribunal Supremo, al establecer que cuando surgen dudas sobre la legislación aplicable, debe aplicarse el Código civil «por su naturaleza y carácter normativo, expansivo y atrayente» (sentencias de 27 de junio de 1947, 21 y 25 de abril de 1952 y 10 de junio de 1953, fundamentalmente).

Por el contrario, en la futura unificación del Derecho de obligaciones y contratos deberán prevalecer todas o casi todas las soluciones contenidas en el régimen mercantil de la compraventa (como ha ocurrido en el Código civil italiano). Sin duda alguna, ha sido la mejor adecuación al tráfico moderno uno de los factores que más ha influido en la progresiva «extensión» de la compraventa mercantil a lo largo del siglo pasado, así como del progresivo trasvase de normas del Código de Comercio al Código civil (ejemplo, los Códigos alemanes).

3.4.3. *Consideración especial del llamado argumento de equidad*

De gran peso puede ser el que hemos denominado argumento de equidad, que, como hemos visto, recoge y enjuicia atentamente el profesor BROSETA. Este argumento nos parece del mayor interés. Con independencia de la justicia de la regulación mercantil o civil considerada globalmente para atender al actual tráfico jurídico, nos parece evidente que, en conjunto, *de lege data*, el Código civil protege más al comprador. Lo demostraremos comparando ambas regulaciones en sus puntos fundamentales.

Con respecto a la jerarquía de normas, el artículo 2 del Código de Comercio, a diferencia del artículo 6 del Código civil, establece que a los contratos mercantiles se aplicará, en primer lugar, la ley mercantil; en su defecto, los usos del comercio de la plaza, y sólo en tercer lugar, con carácter supletorio, se aplicará el Derecho común. En su virtud, si con-

instrumentos y contratos mercantiles por todos los sujetos, aunque en la relación no intervenga ningún empresario mercantil. La generalización se traduce precisamente en la pérdida de la especialidad del Derecho mercantil, aunque los Códigos del pasado siglo, interpretando mal el fenómeno, creyeron necesario concebir el Derecho mercantil como Derecho objetivo de los actos de comercio, cualquiera que fuese la persona que los estipulara (art. 2º de nuestro Código de Comercio).

A este fenómeno de «generalización» del Derecho mercantil es al que se refiere el profesor BROSETA, a quien fundamentalmente debemos la crítica de la objetivación del Derecho mercantil en los Códigos del siglo pasado (*ob. cit.*, páginas 67 y sigs.).

sideramos que la reventa es mercantil, se deberá aplicar la regulación de los artículos 325 y siguientes del Código de Comercio y los abundantes usos en materia de venta mercantil. Esta sola diferencia de la distinta jerarquía de normas inclina ya a pensar que es injusto someter al comprador no profesional al riguroso régimen de la compraventa mercantil, en atención a las siguientes razones: a) La normativa especial de los artículos 325 y siguientes sólo se justifica por la profesionalidad de los sujetos. Precisamente por ello, el Código de Comercio alemán, que regula la compraventa mercantil entre comerciantes y no comerciantes, establece derogaciones o especialidades al régimen mercantil general, en relación con los sujetos que no son comerciantes (63). Y lo mismo hace el Código de obligaciones suizo, que, a pesar de unificar la regulación de la compraventa establece especialidades «en materia de comercio» (64).

(63) *Artículo 346.* «Para determinar el significado y efectos de las acciones y omisiones entre comerciantes se tendrán en cuenta los usos del comercio.» Es decir, que los usos mercantiles sólo se aplican a los contratos celebrados entre empresarios mercantiles.

Artículo 377. «Si la compraventa tuviese carácter mercantil para ambas partes, el comprador examinará la mercancía tan pronto le sea entregada por el vendedor en la medida en que lo permita la marcha normal de los negocios, y si aparece algún vicio, debe indicarlo sin demora al vendedor.

Si el comprador deja de hacer la declaración, se considera aceptada la mercancía, a menos que se trate de un vicio no reconocible en el momento del examen.

Si semejante vicio aparece posteriormente, debe hacerse la declaración inmediatamente después de su descubrimiento; en caso contrario, la mercancía se considera aceptada a pesar de los vicios.

El envío de la declaración hecho oportunamente por el comprador es suficiente para conservar sus derechos.

Si el vendedor ha ocultado dolosamente el vicio, no puede invocar estas prescripciones.»

Caso de que una de ambas partes no sea empresario mercantil se aplica el Código civil, donde no se exige la denuncia de los vicios (véase GIERKE, J.: *Derecho comercial y de la navegación*, trad. esp., Buenos Aires, 1957, tomo I, páginas 76-77).

Artículo 379. «Si la compraventa constituye un acto de comercio para las dos partes, el comprador está obligado a su custodia provisional si reclama la mercancía que le es enviada desde otro lugar.

Si la mercancía puede deteriorarse o hubiera peligro en la demora, puede hacerla vender de acuerdo con las prescripciones del artículo 373» (véase GIERKE, J., *ob. cit.*, págs. 85-86).

(64) El Código de obligaciones suizo, a pesar de haber operado la unificación del Derecho de obligaciones y contratos y dar una regulación unitaria del contrato de compraventa, señala especialidades cuando éste se estipula entre comerciantes:

Artículo 190 «Cuando en materia de comercio el contrato fija un plazo para la entrega y el vendedor cae en mora, hay que presumir que el comprador renuncia a la entrega y reclama daños y perjuicios por incumplimiento.

Si el comprador quiere exigir la entrega, debe informar de ello al vendedor inmediatamente después del vencimiento del plazo.»

Es decir, el Código de obligaciones suizo califica aquí el plazo de entrega como plazo esencial de efecto resolutorio automático, salvo expresa voluntad del

b) Además de esta regulación especial del contrato, sería de aplicación la normativa general de obligaciones y contratos mercantiles, con importantes especialidades con respecto al Derecho civil, sobre todo en materia de perfección del contrato, interpretación, etc. c) Por último, serían de aplicación los usos del comercio, cuyo significado generalmente sólo es conocido por quienes profesionalmente se dedican al mismo. Pensemos que en virtud del artículo 2, en relación con el 57 del Código de Comercio, el significado de expresiones técnicas, cuales son «a portes debidos» o «a portes pagados», «franco vagón» y otras, serían aplicadas al comprador con independencia de que en la estipulación del contrato se hubiese explicado bien su contenido. Precisamente una de las más serias razones que VIVANTE alegaba en pro de la unificación del Derecho privado de obligaciones y contratos, es que en los contratos mixtos, según el Código italiano de 1882, eran de aplicación los usos del comercio, resultando los consumidores víctimas de las prácticas mercantiles, que en ocasiones constituían verdaderas «insidias» (65).

En punto a la venta a plazos, la Ley de 1965 protege suficientemente al comprador en materia de perfección del contrato, al convertir la compraventa en un contrato real. Pero con respecto a la interpretación, las normas de la Ley especial que establecen el carácter imperativo de su contenido no impedirían la aplicación al consumidor del conjunto de prácticas y usos elaborados por los comerciantes.

comprador. El Código de Comercio español sólo configura esta clase de plazo para el pago del precio (cfr. art. 352), en tanto que para la entrega de la cosa el plazo es esencial, pero no determina la automática resolución del contrato (cfr. art. 329). Ver, sobre todo, VICENTE GELLA, A.: «El término esencial», *RDM*, núm. 22, 1949, páginas 7 y sigs., y FERNÁNDEZ-NOVOA, C.: «Término esencial», *ADC*, 1954, páginas 937 y sigs.

Artículo 191-2.º «El comprador puede, en materia de comercio, exigir la indemnización de los daños representados por la diferencia entre el precio que ha pagado de buena fe para reemplazar la cosa que no le ha sido entregada.»

En tanto que entre no comerciantes no se prevé la compra de reemplazo.

Artículo 215. «En materia de comercio el vendedor tiene derecho a reclamar al comprador moroso en el pago del precio de venta los daños y perjuicios representados por la diferencia entre este precio y el precio en el que él ha vuelto a vender la cosa de buena fe.»

Es decir, se prevé la venta de sustitución, a diferencia de lo que ocurre entre no comerciantes.

(65) VIVANTE, C.: *La unidad del Derecho privado en materia de obligaciones*, traducción de la 5.ª ed. italiana con prólogo y notas de don JOSÉ DE BENITO Y MAMPEL, Madrid, 1925, págs. 73-74: «Muchas de estas costumbres no engañan a los comerciantes, que las descuentan en el precio, pero engañan a los consumidores que no las conocen. Si quiere facilitarse la frecuente tendencia económica de los consumidores de dirigirse directamente a los industriales y a los comerciantes al por mayor, precisa salvarlos de estas insidias, que se cubren eufemísticamente con el nombre de costumbres. El Código de Comercio alemán, que en su reciente revisión (Código de 1897) quita a los usos toda autoridad frente a los no comerciantes, está ya en este camino» (véase art. 346 del HGB en nota 63).

Con respecto a las arras o señal, el artículo 1.454 del Código civil las presume simplemente penitenciales (66), salvo que las partes establezcan lo contrario, mientras que el Código de Comercio, en su artículo 343, las presume confirmatorias. En consecuencia, si la reventa se califica de mercantil y el comprador entrega una cantidad a cuenta sin especificarse el concepto en que lo hace, no solamente arriesga la pérdida de esa entrega, sino que queda vinculado al cumplimiento de la totalidad de las obligaciones derivadas del contrato.

Tratándose de un contrato sometido a la Ley de Ventas a Plazos esta situación no puede darse, puesto que la entrega de cantidades a cuenta no vincula al comprador ni al vendedor en tanto no haya sido entregada la cosa, de acuerdo con la interpretación que hacemos del artículo 9 de la Ley.

Con respecto al régimen de transmisión del riesgo, la diferencia de régimen jurídico favorece al comprador en caso de aplicación del Código de Comercio. En efecto, según la interpretación más generalizada, mientras en él rige el principio de la entrega (*periculum est venditoris*), en el Código civil rige el principio de la perfección (*periculum est emptoris*).

El régimen de la transmisión del riesgo de la cosa en el Código civil constituye materia muy polémica en los últimos tiempos. Según la interpretación tradicional y más generalizada (67), el Código sigue el sistema romanista, con arreglo al principio *emptio perfecta, periculum est emptoris*. Esta interpretación se basa fundamentalmente en las siguientes razones:

a) Una interpretación lógica y sistemática del Código, basada en los artículos 1.452; 1.096, 3.º; 1.182, y 1.122, 3.º, entre otros. Según estos

(66) La doctrina y la jurisprudencia distinguen tres clases de arras o señal: a) *Confirmatorias*, que manifiestan el consentimiento del comprador, obligándose en el contrato; b) *penitenciales o de arrepentimiento*, que permiten al comprador desistir del contrato, en tanto que el vendedor queda vinculado al mismo; c) *penales*, que suponen una cláusula penal equivalente al cálculo anticipado de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

A pesar de la tendencia jurisprudencial a eludir la calificación de penitenciales, queda firme la presunción legal del artículo 1.454 en defecto de que de la voluntad de las partes se derive otra cosa. Véanse CASTÁN (*ob. cit.*, págs. 86 y sigs.), PUIG BRUTAU (*ob. cit.*, págs. 154 y sigs.), ROYO MARTÍNEZ (*Notas sobre la función de las arras en la contratación*, Sevilla, 1949. págs. 15-16) y GULLÓN (*ob. cit.*, pág. 44).

Sobre el carácter de las arras en la compraventa mercantil, BENITO Y ENDARA, *Manual*, II, cit., págs. 310 y sigs.; LANGLE, *ob. cit.*, págs. 106-107.

(67) CASTÁN, *ob. cit.*, págs. 94 y sigs.; ESPÍN, *ob. cit.*, págs. 488 y sigs.; BÉRGAMO, A.: «El riesgo en el contrato de compraventa», en *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Barcelona, Colegio Notarial, 1947. págs. 165 y sigs.; ROCA SASTRE, R.: «El riesgo en el contrato de compraventa», en *Estudios de Derecho privado*, tomo I, Madrid, 1948. págs. 384 y sigs.; y muy especialmente, ALONSO PÉREZ, M.: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, sobre todo páginas 267 y sigs.

preceptos, el deudor de cosa específica se exonera de responsabilidad por su entrega en caso de pérdida por causa de fuerza mayor o caso fortuito, por lo que no está obligado a cumplir. La duda sobre si, a su vez, puede o no exigir el pago del precio, se resuelve deduciéndolo *a contrario sensu* de los artículos que establecen que desde el momento del nacimiento de la obligación de entrega corresponden al acreedor de la cosa los frutos y las indemnizaciones a que pudiesen dar lugar los actos dañosos de terceros. Si el comprador, según el Código, está a las maduras, es lógico que haya de estar también a las duras. La misma conclusión se desprende del párrafo 3.º del artículo 1.452, según el cual, en caso de venta de cosas fungibles, vendidas «por un precio fijado con relación al peso, número y medida», no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora. O sea que, una vez hecha la especificación y antes de realizarse la entrega, el riesgo pasaría también al comprador.

b) *Una interpretación histórica*, que pone de relieve, por un lado, la concepción tradicional del régimen de transmisión del riesgo en nuestro Derecho, adscrita al sistema romanista, y, por otro lado, la coincidencia del artículo 1.452 con el 1.347 del Proyecto de 1851, en el cual, en la compraventa se transmitía la propiedad al comprador como consecuencia del simple consentimiento.

c) *Una interpretación de jurisprudencia de intereses*, que permite, especialmente a ALONSO PÉREZ, defender la solución de la transmisión del riesgo desde la perfección, como norma excepcional a la del artículo 1.124 del Código civil, que regula el incumplimiento de las obligaciones recíprocas.

d) *El apoyo en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo*, en especial las sentencias de 15 de marzo de 1941, 15 de abril de 1947, 29 de abril de 1947, 9 de junio de 1949, 21 de abril de 1954 y 6 de abril de 1965.

Esta construcción, pues, prevalece aún sobre algunas recientes construcciones que intentan limitar el principio *periculum est emptoris* (68).

(68) Son de destacar en este sentido las construcciones aportadas por los siguientes autores: ALCÁNTARA SAMPELAYO («La prestación del riesgo en la compraventa», *RDP*, 1946, págs. 487 y sigs.), que, partiendo de que los artículos 1.096 y 1.182 no aluden más que la extinción de la obligación del vendedor de entregar la cosa, defendió la aplicación del régimen general del artículo 1.124, en virtud del cual, no habiendo cumplido el vendedor entregando la cosa, no puede exigir el precio al comprador: tesis renovada hoy por ALBALADEJO, M.: *Instituciones de Derecho civil, Parte General y Derecho de obligaciones*, Barcelona-Bolonia, 1960, páginas 755 y sigs.; COSSÍO, A. («Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil», *RDP*, 1944, págs. 361 y sigs.), entiende que el artículo 1.452 parte de la presunción de que la dilación en la entrega se produce en beneficio del ven-

Por el contrario, en el caso de la compraventa mercantil, la doctrina, casi unánime, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo entienden, en base al Código de Comercio, que el riesgo de la cosa no se transmite al comprador desde la perfección del contrato, sino desde la entrega o de la «puesta a disposición» (69). Una parte de la doctrina, encabezada por el profesor GARRIGUES, ha identificado la «puesta a disposición», mencionada en el artículo 333 del Código, con la «entrega», mencionada en el artículo 331 y otros muchos (70). Por el contrario, ALONSO PÉREZ ha defendido recientemente que el riesgo en la compraventa sólo se transmite con la entrega de la cosa, momento en el cual nace el derecho del vendedor a exigir el precio (art. 339); de modo que la simple «puesta a disposición» no puede servir por sí misma para la transmisión del riesgo, a no ser que haya sido precedida por un pacto entre las partes (la *traditio ficta*, invocada en el art. 1.462 del Código civil). El citado autor entiende fundamentada su tesis en el examen de las sentencias del Tribunal Supremo que justifican los efectos traslativos del riesgo de la puesta a disposición en la voluntad de las partes: sentencias de 1 de mayo de 1903; 10 de junio de 1925; 3 de febrero de 1928; 13 de junio de 1944; 7 de junio, que sigue la tesis de GARRIGUES, pero que concibe también la puesta a disposición como una *traditio ficta*; 3 de mayo de 1947; 19 de octubre de 1957, y 25 de octubre de 1957 (71).

dedor, presunción que puede destruirse por el comprador, aunque para ello no tenga que alegar culpa del vencedor (en el mismo sentido, GULLÓN, *ob. cit.*, página 35).

DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, página 855) ha apuntado que el artículo 1.452, con su remisión a otros preceptos, se limita a atribuir al comprador el provecho o daño (*incommodum*) de la cosa, pero no su pérdida (*interitus*).

(69) BENITO Y ENDARA, *ob. cit.*, págs. 301-302; LANGLE, *ob. cit.*, págs. 92 y siguientes; GARRIGUES: *Tratado*, cit., págs. 301 y sigs., y *Curso*, 5.ª ed., cit., páginas 82 y sigs.; URÍA, *ob. cit.*, pág. ...; GIRÓN TENA, J.: «Jurisprudencia comentada» (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1946), en *RDM*, 1946, núm. 5, págs. 129 y sigs.; VICENTE Y GELLA, A., *ob. cit.*, págs. 447 y siguientes; BROSETA, *ob. cit.*, pág. 334; SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, págs. 376-377; ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, págs. 414 y sigs.

Una posición aislada representa el profesor MENÉNDEZ, A. («La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa mercantil», *RDM*, 1951, núm. 32, páginas 227 y sigs.), quien entiende que la puesta a disposición ha de asimilarse a la situación de *emptio perfecta* en el sentido en que la entendían los romanos; es decir, contrato estipulado y cosa en disposición de ser entregada. Con lo que tiende a equiparar el régimen de transmisión del riesgo en el Código civil y en el Código de Comercio.

(70) GARRIGUES: *Tratado*, cit., págs. 302-304; en el mismo sentido, LANGLE, *ob. cit.*, pág. 98; GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 134; BROSETA, *ob. cit.*, pág. 334; SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, pág. 383; URÍA, *ob. cit.*, págs. 472 y 476-477, quien, sin embargo, distingue entre puesta a disposición y entrega efectiva, contemplados, respectivamente, en los artículos 331 y 333.

(71) ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, págs. 426 y sigs.; ya anteriormente el profesor Cossío (*ob. cit.*, págs. 395 y sigs.) había interpretado que en virtud del artículo 331

En suma, podemos afirmar que en caso de reventa para uso o consumo, el comprador resultaría beneficiado de su calificación mercantil. En este punto, el «argumento de equidad» actúa en favor de la tesis mercantilista.

En relación con la venta a plazos, el problema de la transmisión del riesgo se plantea desde otro punto de vista. En efecto, pensemos que entre la perfección del contrato y la entrega de la cosa no media ningún lapso de tiempo, por lo que el problema del riesgo de la cosa en sentido propio no llega a plantearse. Sí que conviene aludir, sin embargo, a la polémica sobre si el riesgo de la cosa, en tanto no se haya satisfecho la totalidad del riesgo, corre a cargo del vendedor (propietario aún generalmente en virtud del pacto de reserva de dominio) o a cargo del comprador que la posee. La doctrina mayoritaria opina que el riesgo debe corresponder al comprador, por entender que el contrato está ya perfeccionado y que el pacto de reserva de dominio sólo actúa como condición suspensiva de los efectos de la entrega (72). De todos modos, no hubiese estado de más que este problema doctrinal lo hubiese resuelto la Ley de Ventas a Plazos, poniendo expresamente los riesgos de la cosa a cargo del comprador desde el momento de la perfección (o entrega), como hace el artículo 1.523 del Código civil italiano.

Con respecto a la responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos de la cosa, que se traduce en la obligación de saneamiento, son notables las diferencias entre el Código civil y el Código de Comercio (73).

la entrega consiste en la entrega material de la cosa (al igual que en el artículo 1.462-1.º del Código civil), a no ser que se pruebe que con anterioridad fue puesta a disposición del comprador en la forma convenida.

(72) La tesis de que los riesgos de la cosa corren a cargo del comprador en la venta a plazos ha sido defendida principalmente por CANDIL, F. (*Pactum reservati domini*, Madrid, 1915, págs. 29-33 y 76); BONET RAMÓN, J. (anotaciones a LUZZATTO: *La compraventa según el nuevo Código civil italiano*, Madrid, 1953, página 147, nota 136); COSSÍO (*ob. cit.*, pág. 378) y ALONSO PÉREZ (*ob. cit.*, páginas 363 y sigs.).

En contra, sólo la posición de BERCOVITZ, R. (*La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1971, págs. 103-109), para defender su configuración de la llamada reserva de dominio como un derecho de prenda que constituye el comprador sobre la cosa comprada (que se hace de su propiedad desde la entrega) en favor del vendedor; por el hecho de que, aceptando la tesis tradicional, el vendedor aún no ha cumplido con su obligación de transmitir la cosa al comprador, y, en consecuencia, *res perit domino*.

(73) Sobre el régimen de saneamiento por vicios en el Código civil véase: CASTÁN, *ob. cit.*, págs. 120 y sigs.; ESPÍN, *ob. cit.*, págs. 493 y sigs., y «Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales», *RGLJ*, 1967, volumen 1.º, págs. 913 y sigs.; GULLÓN, *ob. cit.*, págs. 40 y sigs.; PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, págs. 202 y sigs.; BADENES GASSET, *ob. cit.*, tomo I, págs. 691 y sigs.;

Ambos Códigos excluyen la responsabilidad del vendedor por los defectos o vicios externos o que estuvieren a la vista, por entender que no es ésta materia de saneamiento, sino materia de incumplimiento, que debe ser denunciado de modo inmediato por el comprador si no quiere que de su silencio *se presuma la aceptación de la cosa*. Ello se demuestra claramente en las acciones reconocidas por el artículo 336, 3.º, del Código de Comercio, coincidentes con las reconocidas en el artículo 1.124 del Código civil (74).

Pero en este punto existe ya una notable diferencia. El artículo 1.484 del Código civil establece que el vendedor «no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito, que por razón de su oficio o profesión debía fácilmente conocerlos». Por el contrario, el artículo 336, 1.º (en relación con el 336, 4.º), del Código de Comercio parte de la presunción de que el comprador es perito en todo caso, puesto que le niega todo derecho de reclamación al comprador que examina la mercancía sin denunciar sus vicios externos (a diferencia de los internos, a los que se refiere el artículo 342). Es más, tratándose de mercancías embaladas o enfardadas, el artículo 335 establece un plazo de cuatro días para denunciar los vicios externos, a contar desde el momento de su recepción por el comprador, en tanto que según el Código civil habría que estar seguramente al momento de examen de la mercancía en cada caso concreto (75).

Pasando ya al verdadero saneamiento (vicios ocultos), las diferencias de régimen jurídico podemos referirlas a las acciones que asisten al comprador y al plazo para la reclamación y ejercicio de las acciones.

Con respecto al primer punto, el artículo 1.486 del Código civil establece que el comprador «podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de los peritos». Por el contrario, el artículo 342 del Código de Comercio establece simplemente que «el comprador que no haya he-

BERCOVITZ, R.: «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, tomo XXII, 1969, págs. 777 y sigs.

En relación con el Código de Comercio: GARRIGUES: *Tratado*, cit., págs. 267 y sigs., y *Curso*, 5.ª ed., cit., págs. 78 y sigs.; LANGLE, *ob. cit.*, págs. 76 y siguientes; URÍA, *ob. cit.*, págs. 73 y sigs.; VICENTE Y GELLÁ, *ob. cit.*, pág. 449; BROSETA, *ob. cit.*, págs. 334 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO, F.: «Los vicios ocultos y el ejercicio de las acciones que de ellos derivan en la compraventa mercantil», *RDM*, 1956, número 60, págs. 447 y sigs.; «Denuncia de los vicios y examen de la cosa en la compraventa mercantil», *ADC*, 1959, págs. 1191 y sigs., e *Instituciones*, cit., págs. 379 y sigs.

(74) BERCOVITZ, R.: «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, tomo XXII, 1969, pág. 831.

(75) Interpretación que se apunta en la Sentencia de 31 de abril de 1957, que comenta RODRIGO BERCOVITZ en su trabajo (*ob. cit.*, pág. 833, nota 111).

cho reclamación alguna fundada en los vicios internos de la cosa vendida, dentro de los treinta días siguientes a su entrega, *perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor*», sin especificar de qué acciones se trata. Parece, pues, que serán de aplicación a la compraventa mercantil las mismas acciones del artículo 1.486 del Código civil, en base a los artículos 2 y 345 del Código de Comercio, que parecen remitir a la regulación común, a falta de especialidades mercantiles en esta materia.

Un sector importante de la doctrina mercantilista, siguiendo a GARRIGUES, suele aplicar al supuesto del artículo 342 las acciones del artículo 336, 3.º (76), que no son propiamente las de saneamiento, sino las de incumplimiento, y que por el simple hecho de tratarse de compraventa mercantil no tienen especial justificación. Por lo mismo, no parece admisible que en caso de compraventa mercantil el vendedor esté obligado a indemnizar daños y perjuicios en caso de vicios internos, puesto que esta obligación sólo debe nacer de un verdadero supuesto de incumplimiento o si conocía los vicios o defectos de la cosa (cfr. art. 1.486, 2.º, del Código civil), que a efectos de indemnización equipara este supuesto al verdadero incumplimiento.

Por último, en cuanto a los posibles derechos que asisten al comprador, ha de mencionarse la facultad de solicitar la rescisión por lesión, cuando el precio de la cosa sea superior en una tercera parte al valor real de la misma. El Código civil redujo la posibilidad de ejercitar esta acción en el supuesto de bienes muebles a sólo dos casos, mencionados en el artículo 1.291, apartados 1.º y 2.º, es decir, cuando el comprador es un menor o un ausente, entendiéndose que en los demás casos no era conveniente impugnar el contrato en base al precio injusto. Pues bien, el artículo 344 del Código de Comercio (reproducción del art. 379 del Código de 1829, que excluía la rescisión por lesión enorme y enormísima), dictado aún en época en la que el Derecho común reconocía esta acción de forma ilimitada, establece que no habrá en ningún caso rescisión.

(76) GARRIGUES: *Tratado*, cit., págs. 283-285, donde justifica la responsabilidad del vendedor por la prestación defectuosa en la tradición medieval y en la doctrina de POTHIER, que fue luego abandonada por todos los Códigos civiles y mercantiles europeos, con excepción del Código de Comercio español, que la recoge en el artículo 336.

Según la doctrina de GARRIGUES los profesores LANGLE, *ob. cit.*, págs. 81 y siguientes, y BROSETA, *ob. cit.*, pág. 336.

Por el contrario, SÁNCHEZ CALERO (*Los vicios ocultos...*, cit., págs. 463 y siguientes, y en las *Instituciones*, cit., pág. 381), aunque distingue entre «saneamiento» por vicios aparentes y por vicios ocultos, en punto a éstos remite a las acciones reconocidas en el artículo 1.486 del Código civil: «desistir del contrato o rebajar el precio», dice textualmente. URÍA (*ob. cit.*, págs. 473 y sigs.) remite también al Código civil, a nuestro entender acertadamente.

sión por lesión, sino que sólo cabrá indemnización de daños y perjuicios si hubiese habido fraude (77).

En cuanto a los plazos para la reclamación y ejercicio de las acciones, también puede afirmarse que resulta más protegido el comprador en el Código civil. El artículo 1.490 establece que «las acciones que emanan de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes (acciones de saneamiento propiamente dichas por vicios ocultos) se extinguirán *a los seis meses*, contados desde la entrega de la cosa vendida». Por el contrario, el artículo 342 del Código de Comercio establece un plazo de treinta días para la «reclamación fundada en los vicios internos de la cosa vendida». Según la interpretación jurisprudencial más reciente, se entiende que una vez realizada la denuncia de los vicios, judicial o extrajudicialmente, el comprador dispone del plazo de seis meses para interponer la acción judicial, en aplicación del artículo 1.490 (78). Ello no obstante, como ya dijimos (apartado 1), hay que advertir que probablemente no es ésta la interpretación más fidedigna del Código, pues la Exposición de Motivos parece dar a entender que el Código ha querido acortar los plazos del Código anterior, que eran de prescripción de la acción.

Por último, puede considerarse también una ventaja para el comprador el sistema de «daño abstracto» en la indemnización de daños y perjuicios (naturalmente, para el caso de incumplimiento), que en nuestro ordenamiento postula el profesor GARRIGUES, por analogía con el régimen del transporte (arts. 363 y 371), y la posibilidad de recurrir a una compra de reemplazo (79).

Pero en estos dos aspectos aparece igualmente protegido el vendedor, que no podrá verse obligado a indemnizar en más de lo que el comprador haya tenido que desembolsar para aprovisionarse de la mercancía no entregada, y por el hecho de que, en caso de no recibir la mercancía el comprador, el vendedor también puede optar entre el depósito judicial o la «venta de sustitución» (cfr. art. 332).

No parece conveniente trasladar las especialidades del régimen del saneamiento mercantil a la venta a plazos de la Ley de 1965, donde la regla general es la ignorancia más o menos absoluta del comprador con

(77) La acción de rescisión no es tenida en cuenta por los civilistas en el estudio de la compraventa, sino que la tratan en la parte general, en sede de eficacia del contrato. Véase por todos DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos*, cit., págs. 313 y sigs.

(78) Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1948, 2 de diciembre de 1956, 3 de enero de 1957 y 6 de abril de 1967. Véase comentario a la de 2 de diciembre de 1954 en SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los vicios ocultos...*, cit., páginas 466 y sigs.

(79) GARRIGUES: *Tratado*, cit., págs. 319 y sigs.

respecto a lo que compra (salvo si se trata de un industrial que adquiere una maquinaria conocida para él).

Con respecto a la entrega de la cosa, si no se pactó plazo, el artículo 1.113 del Código civil exige hacer la entrega «desde luego», en tanto que el artículo 337 del Código de Comercio permite al vendedor realizar la entrega dentro de las veinticuatro horas siguientes a la estipulación del contrato. Es decir, el vendedor en la compraventa mercantil dispone de cierto plazo, al igual que todo deudor, según el artículo 63 del Código de Comercio, en atención al importante papel que el crédito desempeña en las relaciones mercantiles. Sólo que en lugar de los diez días que el artículo 63 establece como norma general para las obligaciones que no llevan aparejada ejecución, el 337 acorta dicho plazo, excepcionalmente, a sólo veinticuatro horas. En este punto también ostenta más derechos el comprador en el régimen civil, el cual (partiendo seguramente como hipótesis general de que el comprador está en posesión de la cosa) no cree en la necesidad de concederle ningún plazo para la entrega, en tanto que en el tráfico mercantil cabe que el vendedor negocie sobre géneros que aún no han entrado en su posesión y propiedad, sino que están «en camino» o requieren determinadas operaciones de «especificación» (embalado, pesaje, etc.), que para el Código civil aparecen como supuestos excepcionales (cfr. art. 1.452, 3.º, del Código civil).

Nada hay que decir con respecto a la obligación de entrega en la venta a plazos, que no creemos pueda surgir del mero consentimiento de las partes ni siquiera de la firma de los formularios, ya que, como hemos dicho, se trata de un contrato real. Antes de la entrega, el comprador no tiene acción para exigirla.

Con respecto a la especificación de cosa genérica, el Código de Comercio, en sus artículos 333 y 334, parece conceder al vendedor la facultad unilateral de especificar sin el concurso del comprador, naturalmente, siempre con las limitaciones, establecidas en el Código civil, de que la cosa no sea de calidad inferior a la pactada y con la necesidad de ajustarse a la muestra en el caso de que el consentimiento del comprador se hubiese prestado en atención a ella, mientras que, por el contrario, según el Código civil, la especificación deberá hacerse de común acuerdo, en la medida en que el comprador debe concurrir necesariamente para que la entrega de la cosa tenga efecto (cfr. art. 1.469). Sin embargo, al adherirnos a la doctrina de ALONSO PÉREZ, que identifica el concepto de entrega en Derecho civil y en Derecho mercantil, hemos dejado prejuzgado el tema de la especificación: en efecto, la especificación en Derecho mercantil sólo tendrá carácter unilateral, coincidente con la «puesta a disposición», si media un pacto previo entre ambas partes.

No sé si después de realizar este, por fuerza, esquemático e incompleto análisis comparativo del régimen civil y mercantil de la compraventa, la única conclusión que obtenemos es la perplejidad. Es evidente que las diferencias legales no son tan marcadas como la interpretación doctrinal ha querido señalar y, sobre todo, que en los últimos tiempos se observa la tendencia a destacar las coincidencias y aproximar las soluciones de los dos Códigos. Creo, sin embargo, que, en conjunto, el régimen de la compraventa civil es más favorable al comprador. Pero con independencia de esta impresión, creo que el argumento de equidad, especialmente enjuiciado por el profesor BROSETA, no debe prejuzgar la aplicación de uno u otro Código a la reventa para uso o consumo. Este argumento sólo puede pesar en la balanza en favor de la unificación del régimen de la compraventa, como el de todos los contratos.

3.4.4. *Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*

El último argumento aportado por la doctrina mercantilista sobre la reventa, y especialmente por el profesor ANTONIO POLO, en su importante comentario a la sentencia de 27 de enero de 1945, consiste en el análisis de la jurisprudencia sobre la materia. En opinión del ilustre profesor, «cabe entresacar algunas sentencias en que se afirma *expresamente* la comercialidad de la reventa, que hoy (en la referida sentencia) se niega» (80). Sin embargo, es forzoso reconocer que en la abundante jurisprudencia citada por el profesor POLO no se recoge una sola sentencia que se ocupe efectivamente de un caso de reventa de comerciante a consumidor o industrial (reventa para uso o consumo). Como reconoce el profesor GARRIGUES, en el momento en que publica el tomo III de su *Tratado*, sólo la sentencia de 27 de enero de 1945 había abordado directamente el tema. Sin embargo, el profesor GARRIGUES también entiende que con anterioridad a esta sentencia algunas otras «habían afirmado, aunque indirectamente, la mercantilidad de la reventa» (81).

Limitándonos a las dictadas con base en el Código vigente, la sentencia de 3 de junio de 1898 atiende al ánimo de revender del comprador, pero no enjuicia un supuesto de reventa. La de 21 de abril de 1911 (que luego analizaremos) califica de empresario mercantil al industrial que adquiere materias primas para elaborar productos químicos y específicos medicinales, vendiéndolos a los *farmacéuticos*. En la de 2 de febrero de 1918 se afirma claramente que cuando el propósito del comprador no

(80) POLO, *ob. cit.*, pág. 294. Véase su relación en nuestra nota 46.

(81) GARRIGUES: *Tratado*, cit., pág. 332. Cita las Sentencias de 21 de abril de 1911, 15 de junio de 1926 y 16 de febrero de 1933, ya especialmente destacadas por POLO.

sea el de revender las cosas, la compra es civil. En la de 16 de mayo de 1923 se establece que el hecho de que la sociedad adquirente manifestara que compraba el carbón para su industria no basta para desvirtuar de forma indudable su ánimo de revender con lucro, que resultaba probado en la sentencia de instancia, y en base a este ánimo de revender era calificada la compraventa como mercantil. En la de 15 de junio de 1926 (que luego analizaremos) se afirma simplemente que si el contrato de compraventa realizado con el propósito de revender se calificara de civil, la imprecisión de su régimen jurídico «dificultaría la reventa, que constituye la base fundamental del contrato», es decir, que la finalidad profesional de reventa es la que justifica un régimen especial para la preventa, que es el supuesto que enjuicia la sentencia. En la de 26 de enero de 1926 se afirma que si la compraventa recae sobre cosas muebles y *para revenderlas con ánimo de lucro*, sobre todo entre comerciantes, es mercantil. La sentencia de 16 de febrero de 1933, en la misma línea que la de 21 de abril de 1911, estima que posee la cualidad de comerciante la persona que se dedica habitualmente a la reventa de viandas y refrescos en el ambigú de un teatro, pero de ello no puede deducirse la calificación mercantil de la reventa, como afirman POLO y GARRIGUES, sino que queda clara la posición del Tribunal Supremo de que el empresario de espectáculos públicos es comerciante (en contra de POLO), aunque el ofrecimiento de tales espectáculos no constituya acto de comercio (82). La sentencia de 10 de marzo de 1942 estima que el contrato en litigio no tiene carácter mercantil, porque las patatas compradas estaban destinadas al consumo de los empleados de la empresa compradora, sin ánimo de revenderlos ésta ni mucho menos de obtener lucro en la operación.

El profesor POLO concluye su profundo comentario diciendo: «Como se ve, en más de una ocasión, directamente o deducible *a sensu contrario*, nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en favor de la calificación mercantil de la reventa, y *de modo muy especial en los fallos de 21 de abril de 1911 y 15 de junio de 1926*, afirmando en otros la importancia de la intervención de dos comerciantes o de la presencia del ánimo de lucro a obtener en la reventa» (83). Más bien creemos lo contrario, que en las sentencias citadas por el ilustre profesor, y en especial en las dos resaltadas, no se califica de mercantil la reventa para uso o consumo del comprador.

(82) Sentencia de 16 de febrero de 1933, Col. Leg. de Jur. Civil, 1933-1.º, número 96, págs. 610 y sigs. Rechaza el recurso interpuesto contra sentencia de la Audiencia de Sevilla, declarando que es comerciante el empresario de teatro que ofrece al público espectáculos cinematográficos y teatrales.

(83) POLO, *ob. cit.*, pág. 300.

En la sentencia de 21 de abril de 1922 (84), el recurrente, titular de un laboratorio químico-farmacéutico en Barcelona, se había opuesto al auto de declaración de su quiebra alegando, entre otros argumentos, que era «industrial y no comerciante, de acuerdo con la definición de industria que daba la Academia Española». La Audiencia confirmó la declaración de quiebra. El recurrente alega infracción del artículo 1, párrafo primero, y del 325 del Código de Comercio.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso por entender que «la compra de primeras materias con el objeto de transformarlas en productos químicos o específicos medicinales, y la venta de los mismos a los farmacéuticos para obtener un lucro, están comprendidas en el artículo 325 del Código de Comercio y merecen la calificación de contratos mercantiles, que son independientes de los actos profesionales del farmacéutico, limitados a la confección y suministro de medicamentos dispuestos por los médicos, y como, además, el recurrente estaba matriculado para contribuir al Estado por aquella industria, de cuyo hecho nace la presunción de que habitualmente se dedicaba a las expresadas compras y ventas, es visto que... tiene el carácter legal de comerciante».

En la sentencia de 15 de junio de 1926 (85) no se estudia propiamente un supuesto de reventa, sino el de una venta previa a la reventa. La «Sociedad Cox. Mc. Enen y Co.», domiciliada en Londres, vendió a la «Sociedad Mercantil Colectiva Romero y Compañía» 200 fardos de bacalao, al precio de 110 chelines por bala, pago a noventa días de la fecha de las facturas, con letra aceptada al recibo del conocimiento pagadera en Huelva y con la condición o cláusula «Cif», o sea, puesta la mercancía franco porte en el puerto de Huelva y pagado el seguro. De los 200 fardos, 57 se habían rechazado por hallarse en mal estado. El Juez de Primera Instancia desestima la demanda de «Romero y Compañía». La Audiencia revoca esta sentencia y condena a la sociedad inglesa. El Tribunal Supremo admite el recurso, fundándose en que la reclamación por vicios debió interponerse dentro de los cuatro días y a virtud del procedimiento de jurisdicción voluntaria del artículo 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No se plantea, pues, ninguna duda sobre que se trataba de reventa mercantil. Evidentemente, la sociedad compradora no adquiriría los 200 fardos de bacalao para su consumo, sino para revenderlos.

(84) *Sentencia de 21 de abril de 1911*. Col. Leg. Jur. Civil, tomo 121, 1911-2, número 30, págs. 203 y sigs. Recurso interpuesto por don José María Torras Falarin contra la Sentencia de la Audiencia de Barcelona en pleito con don Ramón Gabarró Julián.

(85) Col. Leg. Jur. Civil, 1926-3.º, núm. 89, págs. 520 y sigs. Recurso de casación interpuesto por la sociedad mercantil «Cox. Mc. Ener y Co.» contra Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla, en pleito contra la «Sociedad mercantil colectiva Romero y Compañía».

Conviene insistir en esta afirmación anterior, pues debe descartarse la creencia errónea de que el Tribunal Supremo haya admitido hasta hoy (al menos, hasta la sentencia de 16 de junio de 1972) la calificación mercantil de la reventa para uso o consumo. Más aún, debemos insistir en ello, cuando ni siquiera nuestro más alto Tribunal es consciente de ello. En efecto, en la sentencia de 7 de junio de 1969 (ver más adelante), el recurrente aduce multitud de sentencias del Tribunal Supremo en apoyo de la mercantilidad de esta figura. El Tribunal, en lugar de someter a crítica el motivo, rechazando la aplicación de estas sentencias al caso debatido por no ocuparse concretamente de reventas a consumidor, admite implícitamente la oportunidad de su alegación en un primer considerando extraordinariamente irreflexivo y criticable, donde, entre otras cosas, admite «la gran dificultad existente para delimitar la línea divisoria entre (los) citados tipos de compraventa, origen de contradictorias posiciones adoptadas por la doctrina y *hasta de (sic) aparente en la jurisprudencia de esta Sala, contenida(s) en las sentencias citadas en el recurso y en otras muchas*, desde las más antiguas, del año 1898, 2 de febrero de 1918 y 4 de octubre de 1904, a las más modernas, de 27 de enero de 1945, 31 de octubre de 1946 y 1 de julio de 1947, etc., *demuestra, evidentemente, la imposibilidad de dictar una norma concreta de delimitación* y habrá de estarse en cada caso específico a sus circunstancias peculiares, pero siempre dando preferencia a la norma legal...». Hubiese sido de agradecer que el señor Magistrado ponente, ante la avalancha de jurisprudencia invocada por el recurrente, hubiese examinado con detenimiento las sentencias aportadas por éste y las añadidas en el citado considerando para obtener una conclusión clara, que superara la confusión y la indecisión que continuamente se advierte sobre este punto, reconociendo claramente que la reventa para uso y consumo es un contrato civil.

Por el contrario, *la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido que defendemos en este trabajo puede considerarse establecida en las sentencias de 27 de enero de 1945, la citada de 7 de junio de 1969 y la de 14 de octubre de 1970*. Podría argumentarse frente a ellas, como se ha hecho con razón en relación con la primera (85), que el supuesto enjuiciado no era propiamente materia de saneamiento, sino más bien un caso de nulidad por error en la sustancia. Pero el hecho es que en esta sentencia el recurrente se apartó de la calificación de nulidad hecha por la Audiencia de Valencia, planteando directamente ante el Tribunal Supremo el recurso por interpretación errónea de los artículos 325 y 336

(86) *Sentencia de 27 de enero de 1945*, Col. Leg. Jur. Civil, 1945-1.º, núm. 37, páginas 225 y sigs. Recurso interpuesto por don Juan March Arnáu contra Sentencia de la Audiencia de Valencia en juicio contra «Talleres de Guernica, S. A.», sobre nulidad de contrato de compraventa.

del Código de Comercio. En consecuencia, es sobre estos preceptos que fundamenta el más alto Tribunal la calificación del contrato como compraventa civil, y por ello mismo, en nuestra opinión, este pronunciamiento constituye verdadera jurisprudencia.

Anunciados por el señor March dos tornos «Pittler» y uno «Ward» automáticos, al recibirlos, los compradores estiman que los primeros ni son «Pittler», sino «Cleveland», según dice la factura, ni están en condiciones de recibo (faltan piezas). Además de alegarse dolo y otras razones, se discute si el contrato es mercantil (como pretende el señor March), en cuyo caso, según el artículo 336, los compradores tenían que haber reclamado dentro de los cuatro días, o si es civil (posición de «Talleres Guernica»), en cuyo caso no habían perdido la acción. El Juez de Primera Instancia estima la demanda de «Talleres Guernica» y declara resuelto el contrato, condenando al vendedor a devolver precio más intereses y gastos de transporte, y al comprador, los tornos. La Audiencia de Valencia declara la *nulidad por error en la sustancia* (y no la resolución), confirmando los demás pronunciamientos. A pesar de esta calificación de la Audiencia, el señor March recurre, basándose fundamentalmente en: 1.º Interpretación errónea del artículo 325. 2.º Interpretación errónea del artículo 336. El Tribunal Supremo rechaza el recurso, estimando que *ese contrato no merece en Derecho la calificación de mercantil... por notorio que «Talleres Guernica» si adquirió la maquinaria fue para servirse de ella y no para transmitirla a su vez.*

Más dudas nos ofrece que la sentencia de 1 de julio de 1947 sienta verdadera jurisprudencia en punto a la calificación mercantil de la reventa para uso del comprador (87).

«Standard Eléctrica, S. A.», adquirió dos tornos extrarrápidos de precisión, marca MIPRE, respondiendo a la oferta del señor Cornet. La compradora denunció que los tornos entregados no respondían a las características técnicas pactadas, según acreditó por dictamen de la Escuela Central de Ingenieros Industriales. Al rechazarse la reclamación por el vendedor, «Standard» interpone demanda exigiendo que sea retirada la maquinaria por cuenta y riesgo de aquél, condenándole a restituir las cantidades pagadas. El demandado contesta que recibió la carta de reclamación cincuenta y dos días después de la recepción de la maquinaria por la compradora; que no existían tales defectos técnicos, pues el vendedor no se comprometió a que la maquinaria se ajustara a las «normas

(87) *Sentencia de 1 de julio de 1947*. Col. Leg. Jur. Civil, núm. 185, junio-diciembre, págs. 480 y sigs. Recurso interpuesto por «Standard Eléctrica, S. A.», contra Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, en pleito con don Cayetano Cornet Riera, titular de la empresa «Maquinaria Industrial de Precisión» (MIPRE). Nota BONET RAMÓN, RDP, 1947, págs. 883-884.

Schlessinger» alemanas; que la compradora había enviado a dos ingenieros para inspeccionar la maquinaria antes de hacer el pedido y que, además, había interpuesto la acción pasados los seis meses desde la recepción; que por ello pensaba que la actora lo que pretendía era devolver los tornos, al fracasar sus proyectos de expansión por la entrada de los Estados Unidos en guerra, y que el torno una vez montado puede ser corregido, como acreditaba pericialmente; *que como la propia demandante calificaba la compraventa como mercantil, toda reclamación debía haberse hecho dentro de los cuatro días* de la recepción, y aun siendo vicios internos también había prescrito, en base al artículo 342 del Código de Comercio, y que en base al 1.484, no existen defectos ocultos debido a que los alegados eran apreciables a simple vista. En la réplica y dúplica vuelven a discutir sobre si se observaron o no los plazos del Código de Comercio.

El Juez de Primera Instancia condena a MIPRE a retirar la maquinaria y restituir las sumas satisfechas, sin indemnización de daños y perjuicios ni intereses ni costas. La Audiencia de Barcelona revoca la sentencia y desestima la demanda en todas sus partes.

«Standard» recurre en casación, alegando como motivos: 1.º) Aplicación indebida del artículo 1.490 del Código civil, por no ejercitarse sólo la acción de saneamiento, sino la de incumplimiento, por haberse entregado cosa distinta a la contratada y por ser inapta para el uso a que se destinaba. 2.º) Infracción del artículo 1.490, al haber contado, en lugar de seis meses, ciento ochenta días y computado los meses por sus días reales, en contra del artículo 7 del Código civil.

El Tribunal Supremo casa la sentencia, dando lugar a la demanda, considerando: 1.º) Que el tema del plazo de prescripción exige puntualizar los fundamentos y términos del suplica de la demanda. 2.º) Que «Standard» dio su consentimiento para la adquisición de unos tornos de precisión para gran producción, que los tornos examinados por sus ingenieros no fueron los mismos remitidos y que la súplica se funda no sólo en los artículos 1.483 y 1.487, sino también en el 1.464 del Código civil, que obliga al vendedor a entregar la cosa vendida. 3.º) Se ejercitó la acción resolutoria por no ser la cosa entregada conforme a lo pactado, siendo esta acción más apropiada al caso, «ya que no fue un torno determinado, sino genéricamente un torno de precisión», *sin que tenga aplicación al caso el artículo 336 del Código de Comercio ni el 342* (que también se alegó), *por no tratarse, evidentemente, de compraventa de índole mercantil, por carecer de una de sus notas características: el ánimo de lucro, a que se refiere el artículo 325 de dicho Cuerpo legal*. 4.º) Que por ello no es de aplicación el artículo 1.490 del Código civil, sin que

sea necesario entrar en el examen del segundo motivo (el cómputo del plazo).

Evidentemente, el valor de la sentencia, en cuanto a nuestro tema, es relativo, ya que el Tribunal Supremo califica el supuesto como incumplimiento del contrato y no como saneamiento. Podría decirse que, aun reiterando la buena doctrina sobre la calificación de la reventa, sus declaraciones en este punto son *obiter dicta*.

En la sentencia de 7 de junio de 1969 (88), el comprador había demandado a la entidad vendedora, pidiendo ante el Juez de Primera Instancia, de forma alternativa y subsidiaria, la declaración de nulidad del contrato por vicio sustancial del consentimiento, la resolución del mismo por incumplimiento al haber entregado cosa distinta de la pactada y la resolución por vicios o defectos ocultos, y tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia de Madrid dan lugar a la demanda, declarando la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales. Pero el hecho es que también aquí la vendedora recurrió ante el Tribunal Supremo, basándose fundamentalmente en la errónea interpretación del Tribunal de Instancia sobre diversos preceptos del Código de Comercio y, en especial, los artículos 336 y 342 (es decir, materia de saneamiento y no de incumplimiento en la entrega de la cosa pactada), así como en la interpretación errónea de numerosas sentencias, postulando la declaración por parte del más alto Tribunal de que la compra de maquinaria para extracción de aceite de oliva, a instalar en la propia almazara del comprador, era mercantil. Y por ello mismo, al declarar el Tribunal Supremo que este contrato, supuesto claro de reventa para uso del comprador, es un contrato civil, sentó de nuevo jurisprudencia en el sentido que venimos defendiendo.

El 15 de junio de 1962, don José Villén estipuló con «Ofirex, S. A.», un contrato para la adquisición y montaje en una almazara de su propiedad de una maquinaria para la extracción de aceite de oliva, estipulándose que su producción horaria oscilaría entre 800 y 900 kilogramos de aceite, cuando no rebasaba en realidad los 12.000 ó 13.000 kilogramos por día.

Por este motivo demandó a «Ofirex», pidiendo: 1.º) La declaración de nulidad del contrato por vicio sustancial del consentimiento. 2.º) Caso de no estimarse esta petición, la resolución del contrato por vicios, incumplimiento y entrega de cosa distinta de la pactada. 3.º) Y, subsidia-

(88) *Sentencia de 7 de junio de 1969*, Col. Leg. Jur. Civil, núm. 381, páginas 128 y ss. Ofirex, S. A., contra Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid en juicio con don Jorge Villén Ecija. Intervienen como abogados don EDUARDO CIERCO SÁNCHEZ, por el recurrente, y don JOSÉ M.ª GIL ROBLES, por la parte actora y recurrida. Nota CUÑAT, RDM, 1969, núm. 114, págs. 617-618.

riamente, la resolución del contrato por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, pidiendo que se la condene a ésta (y a «Sima Española, Sociedad Anónima», en el caso de que se hubiera subrogado en los derechos de aquélla) a desmontar la maquinaria, devolver las cantidades, indemnizar los daños y perjuicios y pagar los gastos.

Se contesta por «Ofirex» que la propaganda en la que se indicaba la productividad de la maquinaria es irrelevante a los efectos del consentimiento prestado por el señor Villén; que éste no se entendió en sus reclamaciones con la demandada, sino con «Sima Española, S. A.», la cual nada tiene que ver con el contrato ni se ha subrogado en el mismo, y que el demandante no reclamó en relación con los alegados vicios, sino sólo pidió un aplazamiento del pago. Y por «Sima», se contesta alegando no hallarse subrogada en tal contrato.

En la réplica y dúplica se reproducen los mismos argumentos. El Juez de Primera Instancia dicta sentencia estimando, en parte, la demanda; declarando *la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales*; condenando a «Ofirex» a desmontar y retirar la maquinaria, a devolver las cantidades percibidas y a indemnizar daños y perjuicios, y absolviendo a «Sima Española». La Audiencia de Madrid confirma la sentencia.

«Ofirex» recurre ante el Tribunal Supremo, basándose en los siguientes motivos: 1.º Infracción por interpretación errónea del artículo 328 del Código de Comercio, en relación con los artículos 326, 85, 86 y 87, 2.º, 3.º y 1.º, también del Código de Comercio, y con la doctrina legal que los interpreta y se cita más abajo, *ya que a la contestación a la demanda, la recurrente había alegado que el contrato no era compraventa civil, sino mercantil*, y al admitir la pretensión de la actora rechaza la sentencia implícitamente dicha calificación; que el fundamento expreso de este rechazo implícito se encuentra en el considerando de la propia sentencia de Primera Instancia, en el que se declara *el carácter mercantil* (*sic* debe decir «no mercantil») del contrato de autos, de acuerdo con la sentencia de la Sala de 27 de enero de 1945. Cita el recurrente (por lo visto, en contra de tal calificación) las sentencias de 26 de enero de 1926, 16 de febrero de 1933, 10 de febrero de 1936, 4 de abril de 1941, 5 de enero de 1942, 13 de abril de 1943, frente a las de 27 de enero de 1945 y 27 de mayo de 1949. Las de 3 de mayo de 1881, 5 de mayo de 1893, 18 de enero de 1904, 16 de febrero de 1933, 24 de marzo de 1898, 20 de septiembre de 1862, 16 de marzo de 1867, 12 de noviembre de 1881, 11 de noviembre de 1827, 10 de febrero de 1936, 4 de abril de 1941, 13 de marzo de 1943, 26 de septiembre de 1927, 31 de diciembre de 1941 y 5 de enero de 1942.

2.º) Infracción por inaplicación de los artículos 336 y 342, aplicables por la naturaleza mercantil del contrato, pues resulta hecho probado que el actor no efectuó ninguna reclamación en el plazo de cuatro días, y que, además, debió interponerla por la vía judicial del artículo 1.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.º) Que la prescripción de la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código civil está sujeta, en el caso de que se trate de una compañía mercantil, no a los plazos del civil, sino a los de los artículos 336 y 342 del civil.

4.º) Que la prescripción de la facultad resolutoria, si la compraventa es mercantil, además de regularse por los artículos 336 y 342 del Código de Comercio y 1.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se regula también por el artículo 1.490 del Código civil, y que no es plazo de prescripción, sino de caducidad, y por ello no se interrumpe y ha de estimarse de oficio.

La doctrina del Tribunal Supremo es la siguiente: *«Considerando que el primer motivo del recurso... denuncia la interpretación errónea por la sentencia recurrida del artículo 325 del Código de Comercio, en relación a los artículos 326, 85, 86 y 87, 2.º, 3.º y 1.º, del mismo Cuerpo legal, basándose para ello en que el contrato de compraventa de maquinaria para ser instalada en un molino aceitero del comprador debe ser reputado como mercantil, sujeto a las disposiciones del Código citado, y no como civil, regulado por nuestro ordenamiento sustantivo, y habida cuenta la gran dificultad existente para delimitar la línea divisoria entre los citados tipos de compraventa, origen de contradictorias posiciones adoptadas por la doctrina y hasta de (sic) aparente a la jurisprudencia de esta Sala, contenidas en las sentencias citadas en el recurso y en otras muchas, desde las más antiguas, del año 1898, 2 de febrero de 1918 y 4 de octubre de 1904, a las más modernas, de 27 de enero de 1945, 31 de octubre de 1966 y 1 de julio de 1947, etc., demuestra, evidentemente, la imposibilidad de dictar una norma concreta de delimitación y había de estarse en cada caso específico a sus circunstancias peculiares, pero siempre dando preferencia a la norma legal a que deben atenerse los Tribunales en sus decisiones y que se contiene en los preceptos invocados en el motivo, según los cuales la característica esencial de la compraventa mercantil es la intencionalidad del comprador, que ha de ser la de revender las cosas con ánimo de lucro, y siendo ello así y referido al (el) contrato debatido a la compra de maquinaria para la molturación de la aceituna y la extracción de aceite, sin ánimo de revender el molino, ni su maquinaria, ni sus piezas para obtener un lucro en la reventa, el contrato debe reputarse de compraventa civil y sometido a las reglas del Código sus-*

tantivo, no se han interpretado erróneamente los preceptos invocados y perece el motivo.»

En consecuencia, y por improcedencia procesal de los demás motivos, rechaza el recurso.

Es necesario advertir que las numerosas sentencias invocadas, tanto por el recurrente como por el mismo Tribunal Supremo, no califican de mercantiles las reventas para uso o consumo, sino que, por el contrario, o bien se trata de claros supuestos de compraventa mercantil o bien de supuestos en que el Tribunal Supremo calificó la reventa para consumo de civil (sentencias de 27 de enero de 1945 y 1 de julio de 1947).

Por último, en la *sentencia de 14 de octubre de 1970* (89), al mantener el Tribunal Supremo la calificación como compraventa civil dada por la Audiencia, rechaza los argumentos de contrario expuestos en los motivos del recurrente, según el cual, el contrato era mercantil, porque la entidad compradora adquirió la maquinaria objeto de litigio para realizar una contrata para otra empresa, encargada de construir un puente sobre el río Ebro en Amposta. Constituye también, pues, verdadera jurisprudencia, con independencia de que el Tribunal apoye también la calificación civil en el hecho de que se había pactado un plazo superior a los treinta días (del art. 342 del Código de Comercio) para la restitución de la garantía por parte del vendedor, lo que, a mayor abundamiento, le sirve para pensar que al contrato no era aplicable el Código de Comercio.

La Sociedad «Sirte, S. A.», había encargado 252 conjuntos de ruedas para el lanzamiento de vigas de hormigón, con sus accesorios, para la construcción de un puente. Habiendo hallado defectos de calidad, pide la resolución del contrato y la restitución del precio más el importe del Impuesto de Tráfico de Empresas, invocando hallarse dentro del plazo de seis meses del artículo 1.490 del Código civil. El demandado alega que se trata de una compraventa mercantil y que por ello ha prescrito la acción de saneamiento, al no haberse hecho la reclamación dentro del plazo de treinta días fijado en el artículo 342 del Código de Comercio.

(89) *Sentencia de 14 de octubre de 1970*. Col. Leg. Jur. Civil, núm. 445, páginas 604 y sigs. Recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don Andrés Invarato Romero, titular de «Talleres La España», contra Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, en pleito contra la Sociedad «Sirte, S. A.»

Véase nota de VICENTE CUÑAT EDO en *RDM*, 1971, núm. 119, pág. 153, aunque disintimos de su opinión de que el Tribunal Supremo no entra en la calificación de la compraventa por las razones que exponemos en el texto.

Hay que advertir que la invocación que se hace en el recurso de la Sentencia de 1.º de octubre de 1962 es errónea (aunque puede ser una errata de la Colección Legislativa), pues con esta fecha sólo existe una Sentencia que resuelve un problema de competencia en pleito sobre una compraventa mercantil de vinos, no referente, por tanto, a compra de maderas.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda, calificando el contrato, por consiguiente, de civil. La Audiencia confirma el fallo.

El vendedor recurre en casación, alegando los siguientes motivos: 1.º) Incongruencia de la sentencia, porque el Juez de Primera Instancia no entró a juzgar la naturaleza del contrato, que según el recurrente era mercantil, «ya que la situación de SIRTE en el presente caso es la del que compra para revender, pues su adquisición al recurrente no es para sí misma, sino para la utilización de una empresa distinta, cual es la que le encomienda, a su vez, EFIOSA, constructora del puente sobre el Ebro en Amposta; que el Juez había admitido la tesis de SIRTE, pero no fundamentaba el rechazo de la tesis contraria. 2.º) Violación del artículo 325 del Código de Comercio, afirmando que concurrían los tres factores de condición de comerciante de SIRTE, intermediación e identidad de la operación de intermediación con la reventa, e invocando la sentencia de 1 de octubre de 1962, en el supuesto de un constructor de obras que concertó un pedido de pino a una fábrica de aserrar y machihembrar madera, entre otros argumentos. 3.º) Violación del artículo 342, en cuanto al plazo de denuncia.

El Tribunal Supremo rechaza la pretensión de incongruencia, así como la forma procesal de alegarla en casación. Argumenta que en el contrato se fijaba un plazo de noventa días para devolver la garantía al vendedor y, sobre todo, ratifica la calificación civil dada al contrato, que no se desvirtúa en las alegaciones del motivo primero del recurso. En efecto, los considerando tercero y cuarto dicen:

«Que, asimismo, son desestimables las infracciones de preceptos de Derecho material invocadas en dicho motivo primero, relativas a la violación de los artículos 1.282, 1.283 y 1.285 del Código civil, ya que la interpretación del clausulado que forma el contenido de los negocios jurídicos corresponde al Tribunal de Instancia, según reiterada doctrina de esta Sala, y su criterio debe ser respetado en casación mientras no aparezca violento, desorbitado y arbitrario, por pugnar con el texto contractual libremente consentido por las partes, sin que en ningún caso deba admitirse la prevalencia del que éstas forman en su interés sobre el superior e imparcial de los órganos jurisdiccionales.»

«Que firme, por tanto, en casación la calificación del contrato de autos como compraventa civil, necesariamente han de decaer los dos restantes motivos del recurso, procediendo, en consecuencia, la desestimación íntegra de éste.»

(90) *Sentencia de 16 de junio de 1972*, R. Ar., 2.744, págs. 2090 y sigs., aún no publicada en la Colección Legislativa. CUÑAT, RDM, núms. 128-129, 1973, páginas 371 y sigs.

La *sentencia de 16 de junio de 1972* (90) rompe, sin embargo, con esta corriente jurisprudencial.

Los actores, don José F. M. y don José F. Z., compraron a don Ramón L. R. diez pequeños *karts*, que se deslizan sobre una pista desmontable, de estructura metálica, con piso de madera, simulando un circuito de carreras, aparatos que nunca llegaron a funcionar en debida forma. Por ello demandan al vendedor, solicitando que se declare nulo o bien resuelto, con la consiguiente nulidad de las letras aceptadas y restitución de 80.000 pesetas por letras ya pagadas, y que se le condene a pagar daños y perjuicios, entre otros pedimentos.

El Juez de Primera Instancia admite la excepción de falta de legitimidad activa de don José F. M. y pasiva del demandado, y admitiendo la reconvencción, condena al demandado a pagar 40.000 pesetas. La Audiencia confirma la sentencia, resolviendo el contrato sin más pronunciamientos. Se interpone recurso de casación por el demandado, que el Tribunal Supremo desestima, considerando: 1.º) Que los coches tenían los defectos denunciados y que el comprador reclamó dentro de los treinta días que señala el artículo 342 del Código de Comercio, aparte que alegándose incongruencia no se invoca el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2.º) Que no cabe alegar error de hecho por la no aplicación de los artículos 336 del Código de Comercio y 1.484 del Código civil. 3.º) Que aunque la acción no fuera ejercitada dentro de los seis meses del artículo 1.490 del Código civil, ello no determina su pérdida, ya que tratándose de compraventa mercantil no es de aplicación dicho precepto, sino el 342 del Código de Comercio, que tan sólo exige la reclamación dentro de los treinta días. 4.º) Que no son de aplicación los artículos 336 del Código de Comercio y 1.484 del Código civil, pues siendo tales coches una innovación del vendedor, excluye que el comprador pudiera conocer los vicios fácilmente (vicios externos). 5.º) Que no se ha interpretado erróneamente el artículo 342 del Código de Comercio, ya que desde la sentencia de 9 de marzo de 1948 se entiende que la reclamación de los vicios puede hacerse extrajudicialmente.

Parece evidente reconocer que en esta sentencia se producen dos hechos igualmente sorprendentes. En primer lugar, que se califica de civil la compra de unos *karts* por quien no piensa revenderlos, sino utilizarlos en su industria. En segundo lugar, que precisamente se aplica el Código de Comercio con la finalidad de proteger al comprador, admitiéndose que una vez hecha la reclamación extrajudicial, la acción de saneamiento no prescribe en el plazo de seis meses del artículo 1.490. Quedaría por resolver en tal caso cuál es su plazo de prescripción. ¿El de quince años previsto para las acciones personales, a falta de plazo específico? Evidentemente, la sentencia tampoco podía calificar el su-

puesto como error en la sustancia, que atribuiría al comprador la acción de nulidad, ejercitable en los cuatro años.

Creemos que la sentencia es difícilmente defendible, desde un punto de vista dogmático, tanto en un aspecto como en otro, aunque la solución del caso haya sido equitativa. La sentencia demuestra, por otro lado, que la materia de la calificación de la compraventa y la alternativa aplicación de uno u otro Código constituye una verdadera caja de sorpresas. Y junto a otras sentencias, de las que ya nos hemos ocupado (especialmente la de 7 de junio de 1969), está clamando por una de estas dos soluciones:

a) O aclarar definitivamente la delimitación del concepto de compraventa mercantil y el régimen civil y mercantil aplicable al contrato.

b) O proceder a la unificación del régimen de la compraventa (junto con el de los demás contratos) promulgando una normativa unitaria adecuada a las exigencias del tráfico actual.

Es obvio que nos inclinemos por la segunda solución. Sin embargo, por el alcance de nuestro trabajo, situado al nivel *de lege data*, no hemos podido más que hacer un esfuerzo en el sentido de la primera.

4. EVOLUCION DEL CONCEPTO DE COMPRAVENTA MERCANTIL EN LA LEGISLACION COMPARADA

A título de apéndice al trabajo doctrinal que antecede y con el fin de enmarcar el problema de la delimitación del contrato de compraventa mercantil en nuestro Derecho, quizá convenga trazar un cuadro, siquiera sea esquemático, de la evolución del concepto en la legislación comparada. Para ello podemos tomar como criterios de delimitación de la especialidad el de las cosas que pueden ser objeto de compraventa mercantil y el de los sujetos que han de intervenir en ella para que sea calificada de este modo. La Ordenanza de Comercio Terrestre francesa de 1673 no contenía ninguna regulación de la compraventa mercantil. El Código de Comercio francés de 1807 sólo dedica a ella el artículo 109 para regular la especialidad de la prueba. Por el contrario, las Ordenanzas de Bilbao de 1737 destinan 14 artículos u «ordenanzas» del capítulo XI a las compraventas «que se hicieren entre comerciantes».

4.1. EN RELACIÓN CON EL OBJETO

Desde el punto de vista del objeto del contrato, la evolución del concepto legal de compraventa mercantil gira en torno al proceso de «extensión» del campo del tráfico de mercaderías al de inmuebles. Podemos

considerar como el estadio inicial de esta evolución la exclusiva referencia a la compraventa de mercaderías o géneros. Posteriormente se amplía el concepto a todas las cosas muebles y a los efectos de comercio y otros títulos valores. Por último, se pasa a incluir expresamente los establecimientos mercantiles y los inmuebles. Ahora bien, éste es un esquema teórico de evolución, que no concuerda con una evolución cronológica paralela en los diversos países.

4.1.1. *La compraventa mercantil, como compraventa de mercaderías*

Las Ordenanzas de Bilbao se refieren en su regulación a la compraventa de «mercaderías» o «géneros» (Ord. IV), «muestras» y «géneros que deban venir por mar o tierra» (Ord. VIII). Es decir, está pensando en la compraventa de cosas muebles caracterizadas por pertenecer al tráfico mercantil y por ser genéricas.

El Código de Comercio de Bolivia de 1834 considera contratos mercantiles los celebrados entre comerciantes, «siempre que recaigan sobre mercaderías, letras u otros valores de comercio endosables» (art. 210), y en la regulación del contrato de compraventa establece que la cosa deberá ser «mueble, consistente en frutos o artefactos, bien sean del país o extranjeros (art. 308, párrafo 1.º).

El Código de Comercio de la República de Guatemala de 1877 califica como mercantiles «las compras y permutas de frutos o artículos exportables, los de efectos y mercaderías que se hacen por mayor...» (art. 3, apartado 1.º).

El Código de Comercio de México de 1887 califica como mercantiles las «adquisiciones, enajenaciones... de mantenimiento, artículos, muebles o mercaderías» (art. 75) y de «artículos o mercaderías» (art. 76).

La misma referencia a «géneros o mercancías» se conserva en los Códigos italianos de Comercio de 1865 y 1882, si bien el último, en su artículo 3, se ve en la necesidad de ampliar expresamente el concepto a «las obligaciones del Estado u otros títulos de crédito circulantes en el comercio» y, como veremos, también a los inmuebles. También los Códigos alemanes de 1861 (arts. 337 y ss.) y de 1897 (arts. 373 y ss.) se refieren a «mercaderías» en su regulación de la compraventa. El artículo 381 del Código vigente establece que «los preceptos de esta sección relativos a la compraventa de mercaderías son aplicables a la venta de valores públicos, mercantiles o industriales».

4.1.2. *La compraventa mercantil, como compraventa de cosas muebles*

El estadio más generalizado de evolución limita el concepto de compraventa mercantil a lo concerniente a bienes muebles. Así lo hace el

Código de Comercio español de 1829 en su artículo 359, y lo continúa manteniendo el Código vigente en su artículo 325, a pesar de las declaraciones de la Exposición de Motivos y de la doctrina, que pretende extender el régimen de la compraventa mercantil al tráfico profesional y especulativo de inmuebles.

Entre los Códigos iberoamericanos, limitan la compraventa a los bienes muebles el de Bolivia (art. 308); el de Argentina, que excluye expresamente la de «bienes raíces y muebles accesorios» (art. 452), al igual que hace el de Uruguay (art. 516) y la Exposición de Motivos del de Guatemala.

El Código de Comercio alemán vigente continúa limitando la compraventa mercantil al tráfico profesional de cosas muebles (art. 1, apartado 1.º), aunque en los artículos 373 y siguientes, como hemos dicho, se refiere insistentemente a «mercaderías» y a valores mobiliarios (artículo 381). Aunque no se ha considerado necesario reproducir el artículo 275 del Código de 1861, según el cual, «los contratos referentes a bienes inmuebles no son jamás actos de comercio».

4.1.3. *La extensión de la compraventa mercantil a los bienes inmuebles*

El ingreso de los inmuebles en el ámbito de la compraventa mercantil se inicia con la incorporación de la compraventa de establecimientos mercantiles, que ya PARDESSUS había reconocido como mercantil (91). Así lo hace el Código de Comercio de Chile, en su artículo 3, apartado 2.º, y el Código de Venezuela de 1916, en su artículo 2, apartado 3.º, que incluye igualmente la de acciones o cuotas de una sociedad mercantil.

La inclusión expresa de los bienes inmuebles en la compraventa mercantil se produce en el Código italiano de 1882, cuyo artículo 3.º, apartado 3.º, reputa mercantiles «las compras y reventas de bienes inmuebles cuando sean realizadas con fin de especulación comercial». De esta manera se resolvía en sentido afirmativo la discusión doctrinal que sobre el tema se había originado en Francia y en Italia ante el silencio de sus respectivos Códigos (92). Siguen el ejemplo del Código italiano los de México de 1887 (art. 75, apartado II) y de Portugal de 1888 (art. 463, apartado 4.º).

(91) PARDESSUS, *ob. cit.*, tomo I, pág. 20, aunque refiere el carácter comercial de manera expresa tan sólo a la «venta» que hace del establecimiento su titular, sin pronunciarse sobre la «compra» que realiza la contraparte (y que no sería para revender).

(92) VIDARI, E.: *Il nuovo Codice di commercio*, Milano, 1884, pág. 4.

4.2. EN RELACIÓN CON LOS SUJETOS

La evolución legislativa de la delimitación de la compraventa mercantil, desde el punto de vista de los sujetos, puede analizarse en cuatro etapas: 1.^a) Su configuración profesional como compraventa entre comerciantes. 2.^a) Su configuración como acto de comercio objetivo, caracterizado por el ánimo de especulación del comprador. 3.^a) Su extensión a todas las compraventas en las que interviene un comerciante en el ejercicio profesional de su comercio, incluidas las compraventas mixtas. 4.^a) La unificación del régimen jurídico de la compraventa.

4.2.1. *La configuración profesional de la compraventa mercantil*

Ya hemos dicho que en Derecho español las Ordenanzas de Bilbao dedican el capítulo XI a las compraventas «que se hicieren entre comerciantes».

El Código de Bolivia de 1834 recoge aún la concepción de la compraventa mercantil como contrato celebrado entre comerciantes, en un estilo extraordinariamente claro. Sus artículos 209 y 210 reputan contratos mercantiles todos los que celebren los comerciantes con los agentes auxiliares de comercio y entre sí, y el artículo 224 establece tajantemente que «ningún contrato celebrado por los que no ejerzan habitualmente el comercio podrá ser mercantil, aun cuando haya recaído sobre mercaderías, letras u otros valores endosables». Dentro de esta concepción, el artículo 308 dispone: «*Para que la venta de una cosa pueda reputarse mercantil es preciso que concurren simultáneamente las circunstancias siguientes:* 1.^a) Que sea mueble, consistente en fruto o artefactos, bien sean del país o extranjeros. 2.^a) Que el que los venda ejerza habitualmente actos positivos de comercio. 3.^a) Que se compre para revenderse».

4.2.2. *La compraventa mercantil definida como acto objetivo de comercio*

Por el contrario, el Código de Comercio español de 1829, a pesar de basarse en una sistemática fundamentalmente profesional o subjetiva (libro I) y no contener aún una definición de los contratos de comercio (libro II), aborda la definición de la compraventa mercantil con una metodología objetivista, atendiendo al ánimo del comprador (que puede ser o no comerciante) en el caso concreto, de igual forma que hace el Código vigente (93). Tanto uno como otro Código conservan en el texto legal la referencia a las cosas muebles.

(93) Ello no obstante, forzoso es destacar que casi todos los contratos incluidos en el Código de Comercio lo son en atención a la condición de empresario

Esta metodología se observa en todos los Códigos iberoamericanos promulgados posteriormente, los cuales abordan ya la definición de los actos de comercio siguiendo la técnica de enumeración *ad exemplum*.

En casi todos ellos se reproduce la calificación de mercantil de la reventa de las cosas adquiridas para revenderlas, pero inmediatamente se excluye la reventa para consumo. Así, en el Código de Chile de 1865, en su artículo 3.º, después de calificar como acto de comercio «la compra y permuta de cosas muebles hecha con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta y *la venta*, permuta o arrendamiento de *estas mismas cosas*», aclara que, sin embargo, no son actos de comercio «la compra o permuta de objetos destinados a complementar accesoriamente las operaciones principales de una industria no comercial». Y de su Exposición de Motivos o «Mensaje del Ejecutivo» se deduce que las reventas sólo serán mercantiles si el comprador tiene ánimo de revender con lucro: «El objeto inmediato y directo de la compraventa civil, aunque verse sobre cosa muebles, *es el uso o consumo* privativo del adquirente, *el de la compraventa mercantil es la consecución de una ganancia mediante la reventa* o el alquiler del mero uso de la cosa comprada.»

El Código de la República Argentina, en su artículo 8.º, considera acto de comercio: «1.º) Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella para lucrar con su enajenación, bien sea en el estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menos valor. 2.º) La transmisión a que se refiere el inciso anterior.» Ahora bien, la calificación mercantil de la reventa para uso y consumo queda descartada por el artículo 451, según el cual «sólo se considera mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas... o para alquilar su uso», y por el artículo 452, según el cual no se considera mercantil la compra «de objetos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se hace la adquisición».

El Código de la República de Uruguay de 1866, en su artículo 7.º, reputa acto de comercio «toda compra para revenderla o alquilar el uso de ella...»; en su artículo 515, «sólo se considera mercantil la compra

mercantil de uno de los contratantes: así, en los de comisión (art. 244), depósito (art. 303), préstamo (art. 313), transporte (art. 349), seguro (art. 380), contratos bancarios (art. 175), etc., todos ellos, pues, «contratos mixtos»; o incluso se exige la exclusiva presencia de comerciantes, como en el contrato de cuentas en participación (art. 239).

Es precisamente la definición del contrato de compraventa la única que hace abstracción, al menos parcialmente, de la profesionalidad de los contratantes. Sin embargo, precisamente es éste, por paradoja, el contrato en el que más claramente se subentiende la presencia de dos empresarios mercantiles. O lo que es lo mismo, uno de los pocos contratos del Código de Comercio que no aparece concebido como contrato mixto.

o venta de cosas muebles para revenderlas... o para alquilar su uso...», y su artículo 516, 2.º, no considera mercantiles las compras «de objetos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se hiciera la adquisición».

El Código de Comercio de la República de Guatemala de 1877, en su artículo 3.º, apartado 1.º, califica como negocios mercantiles «las compras y permutas de frutos o artículos exportables, las de efectos y mercaderías que se hacen por mayor y con el objeto de lucrar el comprador o permutante en lo mismo que ha comprado o permutado». A juicio de la Comisión redactora del Código, «tres son los caracteres distintivos del acto comercial, la especulación, que ésta sea por mayor y a título oneroso y que recaiga sobre bienes muebles...».

El Código de Comercio de México de 1887, en su artículo 75, reputa actos de comercio todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial..., en tanto que, según el artículo 76, «no son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo o los de su familia hagan los comerciantes...». En el artículo 371, tratando específicamente del contrato de compraventa, dice que serán mercantiles «las compraventas a las que este Código les da tal carácter y todas las que se hagan con el objeto directo y preferente de traficar».

La misma ambigüedad entre los dos tipos de reventa se plantea y desvanece también en el Código portugués de 1888. Según su artículo 463, son consideradas mercantiles «las compras de cosas muebles para revender en bruto o trabajadas o simplemente para alquilarlas en uso» (párrafo 1.º), y «la venta de cosas muebles en bruto o trabajadas y las de títulos públicos o de cualesquiera títulos de crédito negociables, cuando la adquisición hubiese sido realizada con intención de revenderlas». Pero su artículo 464 desvanece toda duda sobre la calificación de la reventa para uso y consumo, cuando no considera comerciales «las compras de cualesquiera cosas muebles destinadas al uso o consumo del comprador o de su familia y las reventas que por ventura puedan hacerse de tales objetos».

Más claramente aún en el Código de Comercio de Venezuela de 1919, cuyo artículo 2, párrafo 1.º, considera «actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente: 1.º) La compra, permuta o arrendamiento de cosas muebles hecha con ánimo de revenderlas, permutarlas, arrendarlas o subarrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y *la reventa, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas*». Pero su artículo 5 establece con gran claridad que «no son actos de comercio la compra de frutos, de mercancías u otros efectos

para el uso o consumo del adquirente o de su familia ni la reventa que haga de ellos».

4.2.3. *La extensión del concepto de compraventa mercantil a las compraventas mixtas*

Hay que llegar a los Códigos alemán de 1861 e italiano de 1865 para asistir a la extensión del régimen de la compraventa mercantil a las compraventas mixtas.

Según el Código general de Comercio alemán (ADHGB) de 1861 (convertido en Ley Federal en virtud de la Ley de 5 de junio de 1869), en su artículo 271, párrafo 1.º, establece que son actos de comercio «la compra y cualquiera otra adquisición, realizada con vistas a la reventa de mercancías u otras cosas muebles, de títulos del Estado, acciones u otros títulos de comercio...». El artículo 273 establece que «todos los actos aislados de un comerciante que se refieren al ejercicio de su comercio son considerados como actos de comercio. Así ocurre, en particular, en la reventa de las mercancías, cosas muebles y efectos públicos adquiridos para ser revendidos, así como la adquisición de útiles, material y otras cosas muebles destinadas a ser directamente empleadas o consumidas por el comerciante en el ejercicio de su comercio». El artículo 274 dispone que «los actos estipulados por un comerciante, en caso de duda, se presumen referidos a su comercio». Por último, el artículo 277 cierra el sistema del ADHGB sancionando el fenómeno de extensión del Derecho mercantil a todos los «actos mixtos», al establecer: «El acto que no es acto de comercio más que por parte de uno de los contratantes, no por ello deja de estar regulado, con respecto a ambos contratantes, por las disposiciones del presente libro, a menos que resulte de las mismas disposiciones que no son aplicables más que a aquel contratante para quien el acto es un acto de comercio.» Es de resaltar que, salvo algunas especialidades que para la regulación general de los contratos mercantiles se establecen en los artículos 278 y siguientes en las relaciones entre comerciantes, en la minuciosa y excelente regulación de la compraventa (arts. 337 y ss.) no se establece ninguna derogación ni especialidad en atención a la circunstancia de que el contrato se estipule entre comerciantes. De modo que el Código alemán de 1861 realiza la más absoluta extensión del régimen mercantil de la compraventa a todos los contratos en los que interviene, como comprador o vendedor, un comerciante. De este modo, la regulación consuetudinaria de las compraventas entre comerciantes y los usos mercantiles se aplicarían con preferencia al Derecho civil a los no comerciantes (el art. 1 de este Código establece ya la jerarquía de normas, que luego habrán de recoger los Códigos ita-

lianos y el Código español de 1885 en su art. 2). Por el contrario, el Código de Comercio alemán de 1897, hoy vigente, tiene en cuenta la distinción de compraventas mercantiles entre comerciantes y compraventas mercantiles «mixtas», en sus artículos 377 y 379, además de que, con carácter general, sólo establece la aplicación de los usos del comercio a las relaciones entre comerciantes (art. 346) (94).

La misma extensión a las compraventas mixtas se produce en el Código de Comercio italiano de 1865 y en el de 1882, en este punto coincidentes. El Código de 1882, en su artículo 3, reputaba actos de comercio: 1.º Las compras de géneros o de mercancías para revenderlas, bien *in natura* o bien después de haberlas elaborado o puestas «en obra» o incluso sólo para darlas en alquiler... 2.º *Las ventas de géneros, las ventas y arrendamientos de mercancías «in natura» o elaboradas..., cuando la adquisición haya sido hecha con fin de reventa o de arrendamiento.*

VIDARI, en relación con este precepto (95), explica que «lo que vale para la compra con intención de revender, debe valer también para la reventa de lo que fue adquirido con tal intención».

4.2.4. *La unificación del régimen de la compraventa*

Queda por puntualizar que en el Código suizo de obligaciones y en el Código civil italiano se refunde y unifica el régimen de la compraventa, con la peculiaridad de que el Código suizo continúa distinguiendo entre «materia de comercio» (96) (contratos celebrados entre comerciantes) y lo que podríamos denominar «materia común» (actos mixtos).

Hay que advertir, sin embargo, que el Código suizo de obligaciones no establece las normas delimitadoras de la «materia de comercio», por lo que habrá que estar a cada caso concreto, atendiendo, sobre todo, al hecho de que el contrato satisfaga necesidades del tráfico profesional, es decir, que se estipule entre comerciantes. Por el contrario, en el Código italiano se produce la absoluta unificación del régimen de las obligaciones y contratos, si bien algunos de éstos presuponen la presencia de dos empresarios mercantiles, ya que sólo entre ellos se pueden estipular en la práctica. Pero en relación con la compraventa, ninguna especialidad se establece en atención a la condición de los sujetos que intervengan en el contrato.

Se parte de la idea de que la regulación legal protege suficientemente a ambas partes, y concretamente al comprador, incluso cuando se trata

(94) Ver texto de estos preceptos en nota 63.

(95) VIDARI, E.: *Il nuovo Codice di commercio*, Milano, 1884, pág. 4.

(96) Ver nota 65.

de una compraventa «mixta», en la que sólo una parte es empresario mercantil (97).

5. CONCLUSIONES

Primera.—La delimitación del concepto de compraventa mercantil es problema de gran interés científico, práctico y pedagógico. Para su solución debe atenderse a la evolución histórica, a la regulación positiva, a las nociones dogmáticas utilizadas en la exégesis de la legislación especial y al aspecto teleológico de la normativa del contrato contenida en el Código de Comercio.

Segunda.—En su origen, la compraventa mercantil es esencialmente un contrato celebrado entre comerciantes y referido al tráfico de mercaderías. Ello debe tenerse en cuenta cuando *de lege data* se plantea el tema de la extensión de este régimen a un ámbito más amplio de supuestos.

Tercera.—En nuestro Código de Comercio, la compraventa mercantil se define con arreglo a dos nociones fundamentales: 1.^a) Ha de versar necesariamente sobre cosas muebles. En consecuencia, en ningún caso puede ser mercantil la venta de inmuebles, ni tampoco la de empresa o establecimiento mercantil que, como todos los demás negocios sobre la empresa, es un contrato que se rige exclusivamente por el Código civil. 2.^a) Ha de estipularse entre vendedor, que no sea agricultor, ganadero, artesano ni consumidor, y comprador, que adquiera la cosa para su venta con o sin transformación.

La configuración legal como acto objetivo de comercio hace que pueda aplicarse el Código de Comercio cuando el comprador realiza un acto aislado de especulación, aunque no sea empresario mercantil dedicado profesionalmente a la compra y reventa. Ello no obstante, teniendo en cuenta los datos de la definición legal, podemos afirmar que el ámbito sociológico, que queda esencialmente sometido al Código de Comercio, está integrado por las compraventas estipuladas sobre mercaderías y sobre materias primas, entre comerciantes o industriales, por parte vendedora, y comerciantes o industriales, por parte compradora. Se excluye, por

(97) Sobre todos estos puntos, BROSETA, M.: *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid, 1965, págs. 207 y sigs., 211 y sigs. y 287-288. También, precisando su pensamiento en polémica con el profesor RUBIO, en el comentario a la obra de éste, «Introducción al Derecho mercantil» (ADC, 1971, págs. 1005-1006), donde afirma que la protección de la parte no comerciante en los contratos mixtos, aun cuando se califiquen de mercantiles, vendrá mediante una «enérgica y 'social' previsión legislativa» y no por su simple calificación de civiles.

tanto, la compraventa estipulada por un comprador que sea consumidor, comerciante o industrial, cuando el objeto esté destinado a ser consumido o bien a ser instalado o utilizado particularmente o en la empresa del comprador.

Cuarta.—La reventa para uso o consumo es, por consiguiente, un contrato civil. Los argumentos esgrimidos por la tesis mercantilista no pueden desvirtuar la claridad con que el supuesto queda excluido, tanto en el Código de 1829 como en el vigente.

Quinta.—El llamado argumento de equidad por sí mismo no puede decidir la calificación del contrato. Ello no obstante, el análisis comparativo de la regulación de la compraventa en ambos Códigos nos permite afirmar que, en conjunto, también el comprador está mejor protegido por el Código civil, sobre todo teniendo en cuenta que de este modo no se le aplicará el régimen más riguroso de perfección, interpretación, jerarquía de normas (usos del comercio) de los contratos mercantiles. También nos enseña este análisis comparativo que las soluciones de ambos Códigos no son tan dispares como tiende a presentarlas la doctrina.

Sexta.—La Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 17 de julio de 1965, poco afortunada, tanto en su elaboración legislativa como en su posterior recepción por la doctrina, regula esencialmente un contrato de reventa para uso o consumo. Es decir, un contrato civil.

Séptima.—La evolución de la legislación comparada nos muestra que el problema de la delimitación del contrato de compraventa mercantil sufre la influencia de una serie de fenómenos decisivos en la evolución y configuración del Derecho mercantil:

a) La «extensión» del ámbito de relaciones reguladas por la ley especial, que se refleja en el contrato de compraventa mercantil al pasar de ser un contrato profesional celebrado entre comerciantes y sobre mercaderías, a comprender todos los celebrados por un empresario mercantil, cualquiera que sea la otra parte, y también el tráfico especulativo de inmuebles.

b) La «objetivación» del contrato, prescindiendo de la cualidad profesional de los sujetos, tomando como hipótesis o supuesto de hecho la compraventa especulativa, sea o no aislada, está en el centro del intento de los Códigos del siglo pasado de convertir el Derecho mercantil en un Derecho especial de los «actos objetivos de comercio», de los actos especulativos. Esta objetivación legal tuvo escasa trascendencia práctica. Si se analiza la configuración de los contratos que integran el contenido de estos Códigos de Comercio, y en especial del nuestro vigente, podemos

comprobar que la presencia de un empresario mercantil es el presupuesto verdadero y *ratio legis* de la especialidad. Así lo hemos podido comprobar en el análisis de los artículos 325 y 326 del Código, que constituyen el mayor esfuerzo de definición «objetiva» de un contrato mercantil. Por otro lado, como ha demostrado nuestra mejor doctrina, la «objetivación» legal supuso una equivocada interpretación del fenómeno de «generalización» de muchas instituciones y contratos mercantiles, en virtud de la cual deberían haberse codificado entonces, o codificarse ahora, como instituciones civiles o comunes.

c) La unificación del Derecho de obligaciones y contratos, con una doble modalidad, según se continúen o no reconociendo especialidades para las relaciones entre empresarios mercantiles (Código suizo de obligaciones y Código civil italiano, respectivamente), afecta también de una manera frontal a la configuración de la compraventa.

Octava.—El vidrioso problema de la delimitación del contrato de compraventa mercantil, así como las dificultades derivadas de la dualidad de régimen, invitan a postular, evidentemente, la unificación del Derecho de obligaciones y contratos en el Derecho español. En la regulación única de la compraventa deberán prevalecer las soluciones dadas por el Código de Comercio, más adecuadas al tráfico actual.

FRANCISCO VICENT CHULIÁ

Profesor Adjunto de Derecho mercantil
de la Facultad de Derecho de Valencia

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

1. AUNQUE EL EXPEDIENTE DE DOMINIO PUEDE SERVIR PARA REANUDAR EL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO Y ASÍ CONCORDAR EL REGISTRO CON LA REALIDAD, SIN QUE EL AUTO DICTADO OBSTE PARA QUE SE PUEDA INCOAR JUICIO CONTRADICTORIO POR CUALQUIERA QUE SE ESTIME LESIONADO EN SU DERECHO; CUANDO NO HAY NINGÚN TRACTO SUCESIVO QUE RESTAURAR, ESTE EXPEDIENTE NO ES UN PROCEDIMIENTO IDÓNEO, Y ESTO OCURRE CUANDO APARECEN CLARAS EN EL REGISTRO LAS TITULARIDADES DEL INMUEBLE, SI BIEN EN UNA DE LAS CUOTAS EN PROINDIVISIÓN NO QUEDARÍAN DETERMINADAS HASTA QUE POR EL FALLECIMIENTO DE LOS SEGUNDOS USUFRUCTUARIOS SE SEPA A QUIÉN SE ATRIBUIRÁ CON CARÁCTER DEFINITIVO EL PLENO DOMINIO DE LA MISMA, Y NO ES IDÓNEO, AUNQUE EN EL AUTO SE ORDENE LA INSCRIPCIÓN CON LA MENCIÓN EXPRESA DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA DE QUE NO EXISTAN EN EL FUTURO OTROS HIJOS DE DON... ADEMÁS DE LOS TENIDOS EN CUENTA, HABIÉNDOSE DE ACUDIR A LOS MEDIOS NORMALES PARA SU INSCRIPCIÓN Y EVITAR QUE POR UN PROCEDIMIENTO INDIRECTO Y NO ADECUADO PUEDAN QUEDAR INCUMPLIDAS LAS PREVENCIÓNES DEL CAUSANTE.

Resolución de 16 de julio de 1973 (B. O. del E. de 10 de agosto).

Antecedentes de hecho.—La finca denominada «Casaluenga», y también «La Cartuja», en los términos de La Rinconada y Alcalá del Río, de una cabida de 2.540 hectáreas, 20 áreas y 10 centiáreas, aparecía por título de herencia inscrita a nombre de doña María de los Angeles Maraño Lavín. Esta falleció sin sucesión directa el 9 de noviembre de 1950, bajo testamento otorgado en Sevilla el 7 de abril de 1934 ante el Notario don Antero Iglesias, y de un segundo testamento ológrafo que, previa adverbación, fue protocolizado por acta de 3 de diciembre de 1951, autorizada por el Notario don Rafael González Palomino. Practicada la liquidación de la sociedad conyugal y las operaciones particionales, se adjudicó en pleno dominio un 45,4 por 100 a su viudo, don Miguel Sánchez Dalp y Calonge de Guzmán, y el 54,6 por 100 en primer usufructo al mismo, para pasar también en usufructo vitalicio, a su fallecimiento, a los sobrinos carnales de la testadora, hijos de sus hermanos José y María Josefa Maraño Lavín, que sobrevivían a su marido, y la nuda propiedad la heredarán por estirpes los hijos legítimos que dejen los sobrinos usufructuarios, o sea, cada grupo de hijos de sobrino, los correspondientes a su padre o madre, y si algún sobrino hubiere fallecido sin hijos, su parte acrecerá en pleno dominio a la de los demás grupos de hijos de sobrinos que entonces existan.

Don Miguel Sánchez Dalp falleció el 21 de febrero de 1959 (el B. O. dice 1969) y los herederos son sus sobrinos don Javier, don Manuel y don Miguel Sánchez Dalp y Maraño. Por acta de Notoriedad de 15 de febrero de 1962, autorizada por el Notario de Madrid don Alberto Ballarín, se acredita que con relación a la sucesión de doña María de los Angeles Maraño Lavín son herederos usufructuarios en segundo llamamiento doña Ana y don Ramón Sainz de Rozas y Maraño, y en plena propiedad, los cuatro señores Maraño y Sainz de Rozas, don José M. Sainz de Rozas, cinco Lizariturry y Sainz de Rozas, cuatro Arana y Sainz de Rozas, cuatro Sainz de Rozas y Gallán, don Ramón Sainz de Rozas y dos Lasso de la Vega y Maraño, que un segundo resultando pormenoriza.

Por escritura de 14 de mayo de 1969, otorgada ante el Notario de Sevilla don Angel Olavarria Téllez, seis señores Lizariturry y Sainz de Rozas, cuatro Sainz de Rozas y Gallán y cinco Arana y Sainz de Rozas vendieron a «Agrícola San Martín, S. A.», la hacienda rústica denominada «Hacienda de San Martín de Porres», que procede de la primitiva finca «Casaluenga» y «Cartuja», y que tiene una superficie de 288 hectáreas, 26 áreas y 75 centiáreas, sin que la segregación conste en el Registro (1).

La Sociedad compradora incoó expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido de la anterior finca segregada ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Sevilla, en el que fueron citados los herederos de don Miguel Sánchez Dalp y Calonge de Guzmán y de doña María de los Angeles Maraño Lavín, el titular catastral, quienes pudiesen alegar algún derecho sobre la misma y los titulares de las fincas colindantes. Los herederos de don Miguel Sánchez Dalp y Calonge de Guzmán, que comparecieron personalmente (la inscripción precedente a la fecha de la escritura de compra no tenía treinta años de antigüedad), manifestaron que no existían otros interesados distintos a los citados; los causahabientes de los titulares registrales manifestaron en el expediente que la Socie-

(1) Comparando la lista de herederos de doña María de los Angeles Maraño Lavín, que aparece en el 2.º resultando, con la de vendedores de la porción segregada que figura en el 3.º, vemos cómo ésta sólo comprende los cinco sobrinos nietos Lizariturry Sainz de Rozas, los cuatro Arana y Sainz de Rozas y los cuatro Sainz de Rozas y Gallán de la lista de herederos, aunque encontramos además un Arana y Sainz de Rozas más (Angeles). Hacemos esta aclaración por haber resumido estos resultandos que especifican todos con sus nombres y apellidos. Fuera de la venta quedaban no sólo los tres herederos de don Miguel, sino otros diez de doña María de los Angeles.

dad actora es propietaria por título de compra de la hacienda vendida, que poseen de una manera pacífica, quieta e ininterrumpida, constándoles cuantos hechos se consignan en el escrito inicial, y no sólo no se oponían, sino que se avenían expresamente a la petición. El expediente terminó con auto favorable a la inscripción, si bien con la mención expresa de que en la misma se hiciese constar la condición suspensiva «de que no existan en el futuro hijos de doña Elvira y de don José Marañón Jiménez a más de los consignados», según se ha solicitado por la parte actora y el Ministerio Fiscal.

Presentado en el Registro de la Propiedad número 4 de Sevilla testimonio literal del anterior auto, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «No admitida la inscripción del presente documento por los defectos siguientes: 1.º Que del contexto de la inscripción de la finca en el Registro se deduce una manifiesta falta de capacidad para disponer de los transmitentes, que afecta tanto a la facultad para la segregación como para la venta, que sirven de apoyo al expediente, con el que no es realmente una reanudación del tracto interrumpido lo que se obtiene, sino una cancelación de derechos inscritos, cuya transmisión, de haber existido capacidad, no necesitaba de titulación supletoria, inaplicable a la situación registral de esta finca. 2.º Que no teniendo la inscripción treinta años, sino que es bien reciente, no se ha cumplido en la tramitación del expediente las tres citaciones de todos los interesados y una de ellas personalmente, conforme dispone el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, dada la existencia de herederos inciertos y posibles. 3.º No ordenarse expresamente la cancelación de los asientos contradictorios, conforme preceptúa el artículo 286 del Reglamento Hipotecario. Y siendo el primero de dichos defectos insubsanable, no procede la anotación de suspensión.»

La Sociedad «Agrícola San Martín, S. A.», representada por don Arturo Otero Castelló, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que los tres extremos de la nota calificadora infringen totalmente el contenido del artículo 99 del Reglamento Hipotecario, fundamental en esta materia, ya que ninguna de las razones en que basa el Registrador su negativa a la inscripción del testimonio presentado se refieren a la competencia del Juzgado, a la congruencia del mandato con el procedimiento, a las formalidades extrínsecas del documento, salvo un punto, que luego rebatirá, ni a los obstáculos que surjan del Registro; que el Registrador confunde capacidad con legitimación, ya que la primera no ofrece ninguna duda y lo más que podría hacer el funcionario calificador sería discutir su legitimación; que la redacción de la nota es oscura, puesto que no se entiende qué quiere decir cuando afirma que el expediente base del auto no es realmente una reanudación del tracto sucesivo; que tampoco entiende qué se quiere decir cuando se afirma que de haber existido capacidad no necesitaba titulación supletoria; que el segundo defecto señalado infringe el contenido del artículo 202 de la Ley Hipotecaria, ya que dicho precepto distingue claramente dos supuestos: uno, el regulado en el párrafo 2.º, donde establece la obligación fundamental de que el titular de la inscripción contradictoria o sus causahabientes sean oídos en el expediente, y el otro, regulado por el párrafo 3.º, que indica que cuando no hubiesen sido oídos deberán ser citados tres veces, una de ellas, al menos, personalmente; que en el presente caso los causahabientes han sido citados personalmente y oídos en el expediente, por lo que no hay razón para que se los cite más veces, de acuerdo con el precepto indicado y la interpretación lógica que al mismo da la doctrina; que este extremo de la nota, cuando habla de que el incumplimiento de las citaciones está basado en la existencia de herederos inciertos y posibles, infringe totalmente la interpretación doctrinal del citado precepto legal y desconoce, además, el contenido del testimonio del auto cuya inscripción se deniega; que infringe la inter-

pretación doctrinal de dicho precepto, puesto que, por un lado, el artículo 285, en relación con el 279 del Reglamento Hipotecario, establece que no es preciso, para que se inicie un expediente de dominio de reanudación del tracto sucesivo, justificar documentalmente la cualidad de causahabientes de los citados, y que se entenderá por causahabientes de la persona de quien procedan los bienes, sus herederos; que la doctrina más acreditada sostiene que basta con citar a los herederos del titular inscrito que lo sean al tiempo de la citación, prescindiendo de los postherederos, o sea, de los fideicomisarios o destinatarios llamados en rango sucesivo; que, por tanto, no puede hablarse de la existencia de herederos inciertos y posibles cuando todos los existentes han sido oídos en el expediente, con lo que no influye para nada el requisito de las tres aludidas citaciones; que da la impresión de que la nota desconoce el contenido del testimonio presentado, en donde se expresa que en la inscripción que se practique se haga constar «la condición suspensiva de que no existan en el futuro hijos de doña Elvira y don José Ramón Maraño Jiménez», de acuerdo con la doctrina sentada en la Resolución de 14 de abril de 1969, y que en cuanto al tercer defecto, la nota vuelve a desconocer totalmente la doctrina hipotecaria, ya que en este expediente no se pretende cancelar nada, sino poner la titularidad inscrita a nombre del dueño actual.

El Registrador informó: que el fundamento principal de su nota denegatoria arranca de la situación registral de la finca objeto del recurso, cuya transcripción literal recoge los nombres de todos sus titulares con indicación del título de su adquisición, de donde se deduce que no es para reanudar un tracto sucesivo interrumpido por lo que se incoó el expediente, sino por las dificultades de una titulación que en algunos extremos puede aparecer dudosa, por lo que se ha recurrido a este sistema supletorio, inadmisibles en el presente caso; que, como ha proclamado la Resolución de 30 de septiembre de 1925, el expediente de dominio es inaplicable a fincas y derechos cuya propiedad aparece inscrita en el Registro, cuando se trata de obtener la extinción de asientos definitivos sin las garantías que el juicio declarativo ofrece a sus respectivos titulares; que la Resolución de 15 de enero de 1952 declara que no es inscribible un expediente de dominio en el cual, mediante una confabulación familiar, se pretendió dejar sin efectos una prohibición de enajenar inscrita, lo que por analogía es aplicable al presente caso, en que existe una condición suspensiva a favor de herederos inciertos y posibles; que en similar sentido se manifiestan las Resoluciones de 23 de julio de 1924, 31 de enero de 1931 y 19 de noviembre de 1960, de las que se deduce que no procede inscribir, aunque se dejen a salvo los derechos desconocidos; que todo lo expuesto se refiere al primer defecto, señalado como insubsanable, de la nota, y que en cuanto a los dos siguientes se apoyan en concretos preceptos de la Ley y Reglamento Hipotecario.

El Magistrado Juez de Primera Instancia que intervino en el procedimiento describió en su informe los trámites seguidos en el curso del procedimiento incoado para la reanudación del tracto sucesivo, terminando con la transcripción de la parte resolutive del auto, que estimó justificado el dominio de la finca, y ordenó practicar la inscripción, con mención expresa de la condición suspensiva, a que ya se ha hecho referencia.

El Presidente de la Audiencia estimó la capacidad jurídica y de obrar de los vendedores, por lo que, en todo caso, únicamente procedería apreciar la falta de legitimación motivadora del rompimiento e interrupción del tracto sucesivo, que con el expediente de dominio tramitado intenta reanudar «Agrícola San Martín, S. A.», razón por la cual hay que tener por inexistente el primer defecto de la nota calificadora; que lo mismo ocurre respecto al tercer defecto, por cuanto los artículos 202 de la Ley Hipotecaria y 286 de su Reglamento disponen la inscripción de los expedientes

de reanudación de tracto sucesivo interrumpido, aunque en el Registro aparezcan inscripciones contradictorias, lógicamente inevitables cuando se trata de reanudar el tracto; que, en consecuencia, estos dos defectos deben tenerse por inexistentes, y que en cuanto al segundo defecto es evidente su existencia, ya que del propio testimonio resulta que ni fueron oídos todos los titulares de las inscripciones contradictorias o sus causahabientes ni practicadas las tres sucesivas citaciones, una, al menos, personal, que en tal caso exige el párrafo 3.º del ya invocado artículo 202 de la Ley Hipotecaria, sin que tengan valor procesal alguno las manifestaciones hechas en nombre de los no comparecientes, en razón a que no cabe que en actuaciones judiciales, artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los represente quien no sea Procurador de los Tribunales, y menos delegar el testimonio o cualquier género de manifestaciones sobre fundamentales hechos o circunstancias personales que han de tenerse en cuenta y producir efectos en resoluciones jurisdiccionales.

Tanto el Registrador de la Propiedad como la Sociedad recurrente se alzaron de la decisión presidencial en lo que no fueron estimadas sus respectivas pretensiones, añadiendo a sus anteriores alegatos el representante de «Agrícola San Martín, S. A.», que el artículo 4, señalado por el Presidente de la Audiencia, está encuadrado en la sección 1.ª del título 1.º del libro 1.º de la Ley Procesal, que se titula «De los litigantes, Procuradores y Abogados», por lo que no es aplicable a un procedimiento como el recurso gubernativo, que constituye más bien un acto de jurisdicción voluntaria.

Y la Dirección General resuelve la apelación acordando que, con revocación parcial del auto apelado, procede confirmar la nota del Registrador (2), en base a los seis siguientes considerandos.

Doctrina de la Dirección.—El expediente de dominio, además de un medio inmatriculador, puede servir, de acuerdo con el artículo 200 de la Ley Hipotecaria, para que los titulares de fincas, que con anterioridad habían ingresado en el Registro, puedan reanudar el tracto sucesivo, que se encuentra interrumpido por no haberse practicado alguna inscripción intermedia, y así obtener de esta manera un título que acredite su derecho y sirva de base para extender el correspondiente asiento en los libros registrales.

Como ya declaró la Resolución de 25 de mayo de 1948, la protección dispensada por nuestra legislación inmobiliaria a quienes pudieron inscribir sus títulos y dejaron de hacerlo durante mucho tiempo, no ha de servir para que tal desidia impida a quienes demuestren, en el procedimiento adecuado y a juicio de la autoridad competente, ser dueños de una finca proveerse de la necesaria titulación, a fin de reanudar el tracto sucesivo y concordar los libros del Registro con la realidad jurídica, sin que el auto dictado obste para que se pueda incoar juicio contradictorio por cualquier persona que estime lesionado su derecho, conforme a lo preceptuado en el artículo 284 del Reglamento Hipotecario.

En el presente expediente hay que resaltar como particularidades: a) que aparecen como vendedores de la finca, por cierto, sólo una fracción de la que figura inscrita en el Registro, aquellas personas que en su día podrían ser dueños de parte del dominio del inmueble transmitido, una vez se cumplan las previsiones que la causante estableció en su testamento y se encuentran reflejadas en los libros registrales, dado que se inscribió la partición que a su fallecimiento se formalizó; b) que de la porción proindiviso que pertenece al otro titular, viudo de la causante, fallecido

(2) VISTOS. Los artículos 200 a 203 de la Ley Hipotecaria, 284 y 286 del Reglamento Hipotecario, artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Resoluciones de la Dirección de 11 de octubre de 1915, 30 de septiembre de 1925, 25 de mayo de 1948 y 15 de enero de 1952.

en 1969, se indica en el expediente de dominio que comparecieron sus herederos para no oponerse a su tramitación.

Como fácilmente se deduce de los resumidos hechos anteriores, en el presente caso no hay ningún tracto interrumpido que restaurar, pues aparecen claras en el Registro las titularidades del inmueble, si bien en una de las cuotas en proindivisión no quedarían determinados hasta que por el fallecimiento de los segundos usufructuarios se sepa a quién se atribuirá con carácter definitivo el pleno dominio de la misma, por lo que hay que concluir que el procedimiento utilizado no es el idóneo, sin que baste para salvarlo la reserva de condición que se ordena, sino que habrá que acudir a los medios normales para su inscripción y evitar que, por un procedimiento indirecto y no adecuado al caso, puedan quedar incumplidas las prevenciones ordenadas por la causante en su última voluntad.

Confirmado el primero de los defectos, que tiene carácter de insubsanable, no sería necesario entrar en el examen de los otros dos; no obstante, sucede que, en cuanto al segundo de los defectos señalados en la nota, no se ha cumplido con lo ordenado en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, pues, como con acierto señala el auto presidencial, gran parte de los interesados, al no hacerlo por sí mismos, deberían haber comparecido por medio de Procurador, como exige ineludiblemente el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no cabe que en actuaciones judiciales se delegue en otra persona que no sea Procurador de los Tribunales para testimoniar o hacer manifestaciones sobre hechos y circunstancias personales que han de tenerse en cuenta y producir efectos en resoluciones judiciales.

Por último, en cuanto al tercer defecto, salvo en la parte relativa al condicionamiento contenido en la inscripción de la finca matriz, no se ordena en el auto la cancelación de los restantes asientos contradictorios, y por eso aparece como un obstáculo, que es necesario salvar para que la inscripción pueda practicarse, el que el inmueble se encuentra ya inscrito, y que, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, hay que cumplir con el tracto sucesivo.

COMENTARIO.—Aunque, en mi opinión, sí existía interrupción del tracto registral, como del auto mismo resultaba que la intención última del expediente era algo totalmente distinto, la Dirección estimó que para ello el expediente de dominio no era procedimiento idóneo. Desarrollaré el comentario analizando esta idea inicial.

a) *Creo que sí existía interrupción del tracto registral.*—Los resultandos de la Resolución no determinan expresamente cuál era la última y vigente inscripción de la finca «Casaluenga» o «La Cartuja» al presentarse en el Registro el testimonio del auto. De ellos me parece deducir que la testamentaria de doña María de los Angeles Marañón Lavín sí se había inscrito, pero no la herencia de don Miguel Sánchez Dalp. Aunque ésta también estuviese inscrita, el tracto registral estaba interrumpido, por lo menos, en cuanto a la extinción de comunidad realizada por los herederos de ambos cónyuges y la división material de dicha finca hecha para llevarla a cabo, pero repito que de los resultandos parece deducirse que la última inscripción era la de herencia de doña María de los Angeles, a pesar de que en el primero se diga que la finca aparecía inscrita, por título de herencia, a nombre de dicha señora. Y lo deducimos del tercer considerando, entre otros pasajes de la Resolución. Del mismo considerando deducimos que la extinción de comunidad, por lo menos, no había sido inscrita y es dudoso que lo hubiese sido la testamentaria del señor Sánchez Dalp.

Por ello, no podemos estar conformes con el considerando cuarto,

cuando afirma que no hay ningún tracto interrumpido que restaurar, y menos conformes todavía con la afirmación de que esto se deduce fácilmente de los resumidos hechos anteriores (resultandos y considerando tercero) y con la de que no hay tracto interrumpido porque aparecen claras en el Registro las titularidades del inmueble. Esta última idea está tomada del informe del Registrador en su principio; pero es obvio que el que exista interrupción del tracto o no, nada tiene que ver con la claridad de las titularidades registrales vigentes, sino con la existencia de actos jurídicos (eslabones de la cadena de transmisiones) que no han llegado al Registro.

Lo que quieren decir el Registrador y el Centro Directivo es que, a pesar de la aséptica regulación legal vigente y de la amplísima expresión «por cualquier causa» que emplea el artículo 272 del Reglamento, el expediente de dominio sigue siendo titulación supletoria, que no procede cuando existe o es fácil de conseguir la titulación ordinaria, y debe rechazarse cuando no se trata de suplir, sino de eludir ésta. Fácilmente se comprende la dificultad de sentar criterios precisos cuando se trata de juzgar sobre las intenciones. ¿Hasta dónde puede llegar la libre apreciación del Juez de que el expediente no procede; y la calificación registral basada en que el expediente no suple, sino que trata de eludir el otorgamiento de titulación ordinaria, o acaso la presentación de titulación ordinaria ya otorgada, que se teme sea rechazada por el Registrador o que de hecho lo fue ya?

De todas las Resoluciones alegadas en el recurso por las partes y citadas por la Dirección en el vistos, la única que directamente hace referencia al problema de que ahora tratamos es la de 25 de mayo de 1948, incluida en el vistos. Declaró inscribible un auto dictado en expediente de dominio, instado por la R. E. N. F. E. respecto de una finca inscrita a favor de la Compañía del Ferrocarril Tudela-Bilbao, como excedente del servicio de la concesión y, por tanto, de su dominio particular. El Registrador denegó la inscripción por esto y por estimarla exenta del rescate por el Estado, conforme a la Ley de 24 de enero de 1941 (base 2.ª, apartado c)). La Dirección confirmó la revocación de la nota por haber sido citadas en forma legal todas las personas que pudieran resultar perjudicadas, y considerando que la protección dispensada por nuestra Ley a la inscripción no ha de servir para que la desidia de los titulares impida a quien acredite su dominio entablar el expediente, sin perjuicio del juicio contradictorio. En este caso, si faltaba de verdad la interrupción de tracto, pues en la Resolución no hay ningún indicio de titular intermedio entre la R. E. N. F. E. y la antigua Compañía Ferroviaria, y, sin embargo, la Dirección estimó idóneo el expediente. Al adoptarse ahora una postura totalmente contraria no es muy explicable la colocación de la cita en el vistos.

Otras varias Resoluciones manejadas en el recurso parecen referirse al mismo problema, pero no es así. Se trata de Resoluciones antiguas, en tiempos en que estaba sin afirmarse del todo el valor cancelatorio del expediente de dominio. El Registrador cita la Resolución de 30 de septiembre de 1925, y el vistos añade a ella la de 11 de octubre de 1915. Ambas vienen a declarar que el expediente de dominio sólo tiene virtualidad robustecedora o cancelatoria de la inscripción de posesión, pero no cancelatoria de una inscripción de dominio por carecer de las garantías del juicio declarativo. Roca afirma que la doctrina de estas Resoluciones (y de otras que, como ellas, subordinan los efectos cancelatorios o reanudatorios del tracto, del expediente a los fundamentales preceptos 38 [hoy] y 82) continúa aún vigente; pero modestamente opino que esto no es del todo verdad, porque dicha jurisprudencia se movía en una normativa aún vacilante de los referidos efectos cancelatorios, que hoy no ofrecen duda. Lo que sucede es que el viejo problema se ha trasladado al de los efectos de la oposición al expediente, en relación con la norma del artículo 284

del Reglamento (3). Por consiguiente, creo que este segundo grupo de Resoluciones manejadas en el recurso, por referirse al problema del enfrentamiento entre expediente de dominio y sentencia en juicio ordinario contradictoria del contenido registral, no son directa base de sustentación de la Resolución que se comenta. El tercer grupo de Resoluciones alegadas o citadas contemplan otra cuestión aún no abordada: inscripciones y disposiciones relativas a *nondum concepti*.

Terminamos este primer apartado con un interrogante sin contestación fácil. ¿En qué pueden Juez y Registrador basarse para estimar que hay un tracto registral interrumpido para cuya reanudación el expediente de dominio es idóneo o que, por el contrario, lo procedente es acudir a la titulación notarial ordinaria? Por muchas páginas que dedicásemos al análisis de la casuística habríamos de concluir con un *ignoramus et ignorabimus*, porque por ambos extremos encontraríamos casos clarísimos, pero en el centro siempre habrá una zona de discusión interminable. Lo único seguro es que si miramos el expediente de dominio con suspicacia siempre será sospechoso de encubrir una purificación de titulación ordinaria imperfecta o defectuosa, pero creemos que aquí también la buena fe ha de presumirse.

b) Pero si existía interrupción del tracto, *del auto resultaba que la intención del instante era algo más que su reanudación*. En efecto, el auto, al imponer la mención expresa en la inscripción de la condición suspensiva de que no existan en el futuro más hijos de doña Elvira y don José Marañón Jiménez, está haciendo un enlace directo entre el dominio de la Sociedad compradora y la titularidad registral de los herederos del matrimonio Sánchez Dalp-Marañón; al condicionar de esta manera el dominio de «Agrícola San Martín» no reanuda el tracto sucesivo, sino que manipula con el contenido registral vigente para, en cierto modo, alterarlo, al mismo tiempo que ordenaba la reanudación del tracto. Al enlazar así con las titularidades registrales inciertas de los *nondum concepti*, demostraba paladinamente el mismo expediente que se estaba haciendo algo más que una mera reanudación de tracto. Tampoco aclaran los resultandos si el auto impuso esa condición suspensiva por contenerla el título base del expediente (la escritura de venta de 14 de mayo de 1969), por ser expresamente solicitada en el escrito inicial o por estimar el Juez que únicamente con ella podía ser inscrito el dominio de la Sociedad a la vista de todos los antecedentes del expediente. De cualquier manera, esta condición colocaba al Registrador en la ineludible necesidad de calificar si el expediente de dominio era procedimiento apropiado para transformar los eventuales derechos de pleno dominio de unos nacedores en una condición suspensiva o resolutoria de los derechos de dominio de los otros herederos nacidos y existentes y, consiguientemente, de su causahabiente a título oneroso. Y el resultado de tal calificación fue no considerarlo procedimiento idóneo, aunque su nota y su informe hagan mayor hincapié en no haber interrupción del tracto probablemente por tener constancia o, al menos recuerdo, de existir la correspondiente titulación ordinaria sobre lo mismo. El que fuese más o menos sencilla la cadena de títulos entre la última inscripción y la compra de «Agrícola San Martín» era cuestión que perdía importancia ante el hecho de que el expediente terminaba con una resolución judicial de tipo constitutivo que venía a alterar un contenido registral. Los eventuales derechos de los *nondum concepti* no se ordenaban cancelar como caducados (caducidad meramente registral) por virtud del expediente y en aras del nuevo dominio justificado en él, que es lo que ocurre en todo expediente de dominio respecto de las llamadas inscripciones contradictorias (caducas), sino que precisamente se los consideraba

(3) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 1968, tomo III, págs. 372 a 381 y 334.

vivos y se actuaba sobre ellos para someterlos a una metamorfosis, que permitía introducir la «Hacienda San Martín de Porres» nuevamente en el tráfico jurídico.

El expediente pretendía reanudar el tracto, que, sin duda, para «Agrícola San Martín» estaba interrumpido (4); pero también pretendía algo que es precisamente lo contrario de reanudar el tracto: recortar, comprimir o anticipar el tracto que venía predeterminado por el contenido registral. El expediente judicial de reanudación de tracto tiene por finalidad permitir que el Registro omita (excepción al principio de tracto sucesivo), en gracia a una *provocatio ad agendum* sin oposición, una cadena (corta o larga) de transmisiones desconocidas o difíciles de reconstruir por titulación ordinaria, pero que en la realidad registral existió. En cambio, en nuestro caso, el Registrador negó que el expediente sirviese para que, a la inversa, la realidad extrarregistral se saltase, eliminándole, un eslabón que el Registro tenía ya previsto, conformado e inscrito, aunque solamente como eventual: la adquisición por los hijos nacederos de los usufructuarios segundos. El Registrador negó (y la Dirección le dio la razón) que el expediente de reanudación de tracto pudiera utilizarse justamente para lo contrario de su fin propio.

c) Y de esta manera desembocamos en el problema básico del recurso: *los derechos eventuales de los «nondum concepti» ante el Derecho registral*. La prueba de que en esto estaba el meollo es que la mayor parte de las Resoluciones alegadas versaron sobre esta materia.

La única Resolución alegada por el recurrente fue la de 14 de abril de 1969. Puede parecer improcedente su cita, puesto que versaba fundamentalmente sobre facultades del albacea contador-partidor de un reservista respecto a la determinación de los bienes reservables; pero no lo es si atendemos a su considerando sexto, en el que se estima incorrecta una adjudicación de bienes «a los cinco nietos existentes, bajo condición y por partes iguales e indivisas», efectuada en cumplimiento de cláusula testamentaria en la que se mejoraba en el tercio correspondiente a los nietos que vivían al testar, «así como a los demás que pudiera tener». El Registrador mantenía que debía de hacerse a favor de los nietos existentes y de los demás que el causante pudiera tener; pero el considerando se expresa en términos que parecen indicar que si la condición se hubiera articulado en forma clara y concreta, tal adjudicación a los nietos existentes condicionada al nacimiento de otros más, hubiese sido admitida como más correcta aún que la adjudicación incierta a favor de los existentes y de los *concepturi*. No hay duda, pues, de que ese considerando se muestra favorable a la tendencia de reducir los derechos hereditarios de los *nondum concepti* improbables a meras condiciones resolutorias parciales de las titularidades de los herederos nacidos y concebidos no nacidos.

El Registrador, por el contrario, estaba bien pertrechado de jurisprudencia desfavorable a todo intento de desamortizar fincas afectas a cláusulas testamentarias en beneficio de *nondum concepti*:

La de 23 de julio de 1924 declaró insuficiente un auto dictado en expediente de jurisdicción voluntaria para enajenar bienes de hijos no nacidos ni concebidos, aunque se acredite el depósito del papel del Estado comprado con el precio. Pero hay que tener en cuenta que el testador había reforzado el legado de nuda propiedad a favor de los hijos nacidos y nacederos del usufructuario con una prohibición de vender o pignorar durante el usufructo.

La de 31 de enero de 1931 determinó que no pueden los herederos usu-

(4) No debemos perder de vista que, aun en el improbable caso de que todos los actos y transmisiones entre la última inscripción y la compra por la sociedad hubiesen sido objeto de una sola escritura, el título base del expediente no va más allá de la compra misma. Todo lo demás es cuestión referida al problema que hemos tratado en el apartado a) de este comentario.

fructuarios adjudicar en nuda propiedad los bienes a los hijos de dos de ellos, no obstante estar llamados tales hijos a suceder al fallecimiento de los padres, porque estaban llamados al mismo tiempo que los demás hijos que pudieran dejar. Aquí había, naturalmente, una vulneración de la cláusula testamentaria. La de 19 de noviembre de 1960 declaró no inscribible la escritura en la que los posibles y futuros nudo propietarios instituidos bajo condición suspensiva dividen la finca y se adjudican las porciones formadas. La de 15 de enero de 1952, alegada por el Registrador y recogida en el visto, declara no inscribible un expediente de dominio relativo a fincas inscritas en usufructo vitalicio a favor de tres señoras por terceras partes, con la prohibición de enajenar y gravar mientras subsistan o vivan dos de las tres, lo que sólo se podrá hacer por aquella de las tres que por sobrevivir a las demás sea heredera en pleno dominio y desde que adquiera éste. No es fácil deducir de esta Resolución, por qué se habla en ella de una confabulación familiar para dejar sin efecto una prohibición de enajenar inscrita. Si las notificaciones a las tres señoras fueron correctas, no hay ningún obstáculo para entender que el expediente de dominio no venía a ser más que una consecuencia de que las tres de consuno podían interpretar perfectamente la cláusula en el sentido de que sólo se las prohibía vender su parte, pero no que todas, como únicas beneficiarias recíprocas de la cláusula y dueñas exclusivas, pudiesen vender el todo de las fincas. Fue ésta, sin duda, una de las Resoluciones en las que se lleva a último extremo el respeto por la literalidad de las cláusulas de amortización de fincas.

Es cierto que el Registrador podía haber acumulado más Resoluciones favorables a la amortización de fincas hasta que se cumplan todos los eventos condicionantes de cláusulas sucesorias a favor de *nondum concepti* (5). Pero también es cierto que silencia todas aquellas en las que apunta la tendencia contraria. Baste por todas la de 29 de diciembre de 1906, que permite que los bienes a que estén llamados *nascituri* pueden ser objeto de actos de disposición, siempre que se cumpla el artículo 164 del Código (requisito subjetivo) y se invierta el importe de la enajenación en valores del Estado o cualquier otro bien seguro (subrogación real). Excedería de la misión de este comentario el intento de un acopio de jurisprudencia registral y del Tribunal Supremo sobre la situación de administración y sobre actos particionales y de disposición de bienes hereditarios con llamamientos fideicomisarios o pseudusufructuarios a favor de *nondum concepti*. Sería, por otra parte, imposible, sin entrar en la distinción entre las múltiples figuras construidas en torno a los llamamientos sucesivos y condicionales, sin abordar la crítica de la enteca regulación del Código civil en materia de sustitución fideicomisaria y sin analizar con especial detenimiento la incidencia de la evolución social y económica en el planteamiento del problema y en sus enfoques jurisprudenciales. En síntesis, podemos aventurar que cualquiera que sea la timidez que muestre la Dirección en hacer escapadas al criterio de 1906, el futuro ha de estar, sin duda, en un pleno retorno a aquel originario sentido favorable a arbitrar procedimientos para que las cláusulas en beneficio de *nondum concepti*, tan pronto como el evento de probable nacimiento se convierta en improbable, dejen de paralizar el tráfico jurídico con grave perjuicio de los herederos actuales y de los mismos nacederos.

Ante las nuevas circunstancias de la realidad economicosocial, el De-

(5) Por ejemplo, la de 13 de enero de 1965. En este caso se obtuvo una autorización judicial para venta de bienes de menores como libre de la vinculación a los nacederos, referida a una porción segregada de la finca para con el precio edificar en el resto, quedando la obra nueva registralmente sometida a la titularidad eventual de los posibles nacederos. La Dirección confirmó la nota denegatoria del Registrador basándose en resoluciones citadas por éste (en el Visto mencionadas las de 11 de marzo de 1912, 8 de julio de 1924, 2 de marzo de 1956 y 7 de mayo de 1960), aunque el Notario alegase que se referían a supuestos distintos.

recho no puede cerrar el paso a soluciones legislativas o jurisprudenciales tendientes a evitar que un riguroso respeto a los derechos futuros de fideicomisarios o nudo propietarios no concebidos redunde en perjuicio de los derechos de los vivos y también de los no concebidos que lleguen a ser concebidos (*summum jus summa injuria*). El Código civil ya tiene dispuesto que en caso de necesidad o utilidad evidente, judicialmente reconocida, la enajenación de bienes del ausente puede ser la mejor manera de velar por sus derechos e intereses (apartado último del art. 186). La analogía es evidente, y aún parece que existen menos obstáculos e inconvenientes en la enajenación a título oneroso de los bienes destinados a los *nondum concepti* (acaso de improbable nacimiento) que en la de los del ausente (acaso de próximo retorno). Otro camino o solución que acaso encaje mejor con la condicionalidad de los derechos de los no concebidos, especialmente a medida que el evento de su concepción se va haciendo más improbable, es el seguido por el artículo 186 de la Compilación de Cataluña: la admisión libre del acto dispositivo o de gravamen (sin intervención judicial), si bien sometido en su eficacia a la condición resolutoria de la efectividad de la sucesión; en nuestro caso, del nacimiento del no concebido en el momento de la disposición o gravamen. Acaso, la solución práctica estaría en admitir ambas soluciones, para que según fueran las circunstancias del caso y la mayor o menor probabilidad del nacimiento de los *nondum concepti* se acudiese por los interesados a la autorización judicial con subrogación real o a la enajenación libre con condición resolutoria.

Ahora bien, si es verdad que en nuestro caso la Dirección tuvo la oportunidad de iniciar esta jurisprudencia progresiva, porque se conjugaban a la vez las dos soluciones, ya que había intervención judicial y sometimiento de los derechos y titularidades de los vivos a la condición del nacimiento de los no concebidos, no es menos verdad que se daban circunstancias que venían a dificultar que fuese oportuna en este caso la iniciación de tal tendencia jurisprudencial. Por lo menos, se me ocurren las siguientes: la antigüedad de las controversias jurídicas en torno a las testamentarias en cuestión; el que el expediente de dominio, por su específico fin, no parezca recomendable para sustituir a un procedimiento de jurisdicción voluntaria directamente dirigida a conjugar los intereses de los vivos con el respeto de los derechos e intereses de los eventuales nacederos, y el que, como consecuencia de lo anterior, centrada la discusión en el requisito de las citaciones y de los efectos cancelatorios respecto de los *nondum concepti*, la Dirección no tenía medio hábil para salirse del estricto campo de un puro y simple expediente de reanudación de tracto, debiendo limitarse a la apreciación de su procedencia y de su reglamentario desarrollo. Por todo ello, la acumulación de la intervención judicial y el condicionar las titularidades de los herederos existentes, más que abrir el camino a la desamortización de la finca «Casaluenga», venía a obstaculizarle.

d) *Otras cuestiones* implicadas en el recurso han de ser tratadas con mucha brevedad:

- En cuanto al segundo defecto, único admitido por el Presidente de la Audiencia, parece ser que no se hicieron las tres citaciones del artículo 202, 3.º, de la Ley Hipotecaria, porque fueron oídos todos los causahabientes vivos de los titulares registrales; pero es claro que no puede pretenderse que se hagan citaciones personales a los no nacidos ni siquiera concebidos. Hay que preguntarse entonces si es que no cabe nunca incoar expediente de dominio cuando la última inscripción registral contiene derechos a favor de *nondum concepti* inscritos o mencionados. ROCA, refiriéndose a las citaciones de los

herederos del titular registral, dice que bastará hacerla a los que lo sean al tiempo de la citación, prescindiendo de los postherederos (fideicomisarios o destinatarios llamados en rango sucesivo); pero no es muy claro que extienda tal criterio tolerante cuando los derechos de los postherederos son ya contenido registral, aunque no exista inscripción a su favor como persona determinada (6). Las vacilaciones doctrinales en materia de citaciones en el expediente de dominio son muy abundantes. La solución ha de variar según se trate de inscripciones más o menos de treinta años; según el sentido que se dé a la omisión de los causahabientes del titular registral en el apartado del 202 dedicado a las inscripciones de más de treinta años; del criterio que se mantenga sobre si el apartado 3.º del 285 del Reglamento pudo dejar, en parte, sin efecto el 202 de la ley; sobre si caben citaciones personales por cédulas y por edictos, en el sentido de este artículo, etc. Es claro que todas estas dificultades aumentan cuando la última inscripción vigente hace referencia a nudo propietarios inciertos y no concebidos. Lo que no cabe duda es que, en este caso, el expediente de dominio no puede quedar excluido de antemano, porque sería absurdo que el legislador hubiese dejado un caso en el que fuese totalmente imposible la concordancia del Registro con la realidad jurídica. Jueces y Registradores podrán interpretar el artículo 202 de la ley y los preceptos concordantes con toda la rigurosidad que quieran, pero nunca en forma que la reanudación del tracto resulte siempre imposible en tal supuesto.

- Tampoco podemos extendernos en la discusión, que presenta ciertos aspectos bizantinos, aunque otros interesantes, sobre la cancelación de las inscripciones contradictorias. Tanta razón tienen el Registrador y el último considerando al mantener que el artículo 286 del Reglamento exige que el auto disponga la cancelación de las inscripciones contradictorias, como el recurrente y el Presidente de la Audiencia al alegar la doctrina hipotecaria que niega que sea verdadera cancelación de la última inscripción de dominio lo que la reanudación del tracto origina.
- En cuanto a la segregación o división de finca verificada en el período de interrupción del tracto, a la que en forma tan imprecisa se hace referencia en el tercer considerando, basta recordar cómo se les fue la mano a los autores del artículo 50 del Reglamento Hipotecario. Con tanta energía quisieron acabar con las agrupaciones, divisiones y segregaciones practicadas mediante instancia o acta, que hicieron dudar a alguien si la expropiación, el expediente de dominio, etc., podían provocar estas operaciones registrales. Hoy día pueden considerarse superadas tales dudas interpretativas.

En resumen: Hemos de considerar acertada la Resolución comentada, porque el expediente de dominio tal como se desarrolló mostraba claramente que su finalidad no era puramente reanudatoria del tracto y carecía de los complementos suficientes para completar la justificación verdadera; pero, al propio tiempo, hemos de lamentar que este recurso no haya podido ser instrumento de conformación de una doctrina jurisprudencial que permita orientar por derroteros más acordes con la realidad una concepción de los derechos eventuales de los no concebidos mencionados en el Registro, que no produzca la amortización de fincas de entidad económica notablemente desproporcionada con la de aquellos derechos eventuales de improbable actualización.

T. C. G.

(6) ROCA SASTRI, obra y tomos citados, pág. 375.

- 1 y 3. CONSTITUYE UN PACTO OBLIGACIONAL DE NO DISPONER, CUYA INSCRIPCIÓN DEBE SER CANCELADA POR EL REGISTRADOR CUANDO LO SOLICITE LA PARTE INTERESADA O SE PIDA LA CORRESPONDIENTE CERTIFICACIÓN DE CARGAS, DE ACUERDO CON LOS ARTÍCULOS 98 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 355 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, LA CLÁUSULA CONTENIDA EN UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA, POR VIRTUD DE LA CUAL LAS VENDEDORAS DE UNA FINCA URBANA DESTINADA A CONVENTO SE RESERVAN EL DERECHO A REIVINDICAR EL TERRENO ENAJENADO Y DARLE LA APLICACIÓN QUE CREYERAN MÁS CONVENIENTE, EN EL CASO DE QUE POR CUALQUIER CAUSA DEJASE DE EXISTIR EL CONVENTO, O POR CONVENIENCIA PROPIA DE LA COMUNIDAD SE TRASLADASE A OTRO SITIO, O SI POR ALGUNA DISPOSICIÓN DEL GOBIERNO SE ACORDASE SU INCAUTACIÓN O VENTA; Y TODO ELLO EN ATENCIÓN A QUE POR DESTINARSE LA FINCA VENDIDA A UN OBJETO RELIGIOSO SE HIZO LA ENAJENACIÓN EN PRECIO INFERIOR AL DEBIDO.

Resoluciones de 19 de julio y 10 de octubre de 1973 (B. O. del E. de 15 de agosto y 6 de noviembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—1. La Congregación de Religiosas Concepcionistas Franciscanas de San José compró a doña Concepción Rodríguez Valdeosera y a su hija, doña María de las Mercedes Muñoz y Rodríguez, mediante escritura otorgada ante el Notario que fue de Madrid don Zacarías Alonso y Caballero, el 16 de octubre de 1891, una finca urbana destinada a convento, sita en el ensanche de Madrid e inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 al libro 582 del archivo, tomo 79 de la sección 3.ª, folio 192, finca número 1.714, inscripción primera, en la que consta la siguiente cláusula: «Si por cualquier causa dejase de existir el convento o por conveniencia propia de la comunidad se trasladase a otro sitio, así como si por alguna disposición del Gobierno se acordase su incautación o venta, las vendedoras tienen derecho a reivindicar el terreno enajenado y darle la aplicación que creyeran más conveniente, pues por destinarse a un objeto religioso se hace la enajenación en menos precio que el que podría obtenerse adquiriendo un particular.» Fallecidas las vendedoras, estimando la Congregación Religiosa que dicha limitación debía ser cancelada, la Abadesa del convento, en instancia de 20 de enero de 1972, solicitó del Registrador de la Propiedad la extensión del oportuno asiento.

Presentada en el Registro la anterior instancia, acompañada de certificación de fallecimiento de doña Mercedes Muñoz Rodríguez, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la cancelación solicitada en el presente documento, al que se acompaña certificación de defunción de doña Mercedes Muñoz Rodríguez, por tratarse de una inscripción practicada en virtud de escritura pública, de un contrato con condición, y la cancelación de esta condición en él pactada, sólo puede llevarse a cabo por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación el favorecido por la misma o sus causahabientes o representantes legítimos, como exige el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Siendo insubsanable este defecto, no procede anotación de suspensión, que no ha sido solicitada.»

La citada Congregación de Religiosas interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación. El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, estimando que por tratarse de derechos inscritos protegidos por la fe pública, los correspondientes asientos sólo pueden cancelarse, de conformidad con el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, por sentencia firme o acuerdo unánime de los interesados. Y la Dirección General revocó el auto apelado y la nota del Registrador.

2. La misma Congregación de Religiosas Concepcionistas Franciscanas de San José compró a don Clemente Ortueta y Garay, mediante escritura otorgada ante el Notario que fue de Madrid don Zacarías Alonso y Cabañero, el 30 de Julio de 1892, una finca urbana lindante al convento de la Congregación compradora e inscrita en el Registro de la Propiedad número 1.º al libro 548, tomo 63 de la sección 3.ª, folio 37, finca número 1.361, inscripción primera, en la que consta que el destino del terreno ha de ser agregarlo al referido convento, «pero si por cualquier causa éste dejase de existir o por conveniencia propia se trasladase a otro sitio, así como si por alguna disposición gubernativa se acordase su incautación o venta, el señor Ortueta y sus sucesores podrían reivindicarlo y darle la aplicación que creyeran más conveniente, pues por designarse a un objeto religioso lo vende en menor precio que el que podría obtener del mismo». y estimando la indicada Congregación Religiosa que dicha limitación debía ser cancelada, la Abadesa del convento, en instancia de 20 de enero de 1972, solicitó del Registrador de la Propiedad la extensión del oportuno asiento.

Presentada en el Registro la anterior instancia, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la cancelación solicitada en el precedente documento, al que se acompañan certificados de defunción de don Javier y doña María Ortueta Murguítio, por tratarse de una inscripción practicada en virtud de escritura pública de un contrato con condición, y la cancelación de esta condición en él pactada sólo puede llevarse a cabo por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación el favorecido por la misma o sus causahabientes o representantes legítimos, como exige el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Asimismo, se hace constar que en el documento no se expresa la extensión superficial con arreglo al sistema métrico decimal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54, 4.º, del Reglamento Hipotecario. Siendo el primer defecto consignado de carácter insubsanable, no procede anotación de suspensión, que no ha sido solicitada.»

Igualmente la Congregación de Religiosas recurrió contra esta calificación. El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por las mismas razones. Y de nuevo la Dirección General procede a revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—1. En el primero de los recursos señalados, que dio lugar a la Resolución de 19 de julio, la Dirección General justifica su decisión por medio de los siguientes Considerandos:

Que para resolver la cuestión planteada en este expediente relativa a la posibilidad de cancelar una limitación que figura en la inscripción de dominio de una finca, se hace necesario examinar cuál sea la naturaleza jurídica del contrato que en su día celebraron las partes y que provocó el asiento discutido.

Que las partes calificaron de compraventa el contrato realizado, según se expresa en la escritura, y en ella se contiene una cláusula en la que se declara que por razón del destino del inmueble la venta se hace a menor precio del que podría obtenerse por la finca, lo que induce a incluirla dentro de las llamadas compraventas de amigo o *negotium mixtum cum donatione*, en donde hay pluralidad de causas, pues por un lado están las recíprocas prestaciones de las partes, cosa y precio, y, por otra, una liberalidad de una de ellas al ser el precio inferior al real.

Que este tipo de negocios jurídicos, por las dificultades que plantea, ha dado lugar a muy variadas posiciones doctrinales, que van, entre otras, desde la llamada teoría de la absorción hasta la del interés dominante pasando por la de la combinación, analogía, o finalidad práctica perseguida por los contratantes, todas ellas no siempre satisfactorias para el caso concreto, ya que no debe olvidarse que, por la duplicidad de la causa, es necesario acudir a las normas del Código civil sobre interpretación de los contratos para tratar de resolver las dudas que la propia complejidad del negocio ha planteado.

Que en el supuesto concreto de este expediente, y conforme al artículo 1.281 del Código civil, parece que la intención de las partes fue la de celebrar un contrato de compraventa, ya que de esta manera se califica el negocio en la escritura y se reitera esta finalidad de compra en toda la parte dispositiva de la misma, sin que esta evidencia quede desvirtuada por la cláusula que hace referencia al menor precio de la finca vendida, ya que, como declaró la sentencia de 7 de diciembre de 1948, la causa de la donación está constituida por la mera liberalidad, en términos que el enriquecimiento del donatario constituye el fin esencial del contrato, circunstancia que aquí no queda suficientemente probada, por lo que en el último término, y según el artículo 1.289 del Código civil, las dificultades y dudas cuando el contrato es oneroso habrán de resolverse en favor de la mayor reciprocidad e intereses.

Que la estipulación de la compraventa discutida en la que se contiene la reserva establecida en favor de los vendedores para readquirir el inmueble, no se ha configurado con el carácter de derecho real, al faltarle los requisitos necesarios para ello, lo que hubiera dado lugar a que, tal como declaró la Resolución de 20 de septiembre de 1966, pudiera tener acceso al Registro con plenitud de efectos, sino que se trata de un pacto obligacional de no disponer, cuyo incumplimiento por el comprador queda sujeto a la condición resolutoria de resolverse la compraventa.

Que aun cuando la función característica del Registro de la Propiedad es la publicación del dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles, en algunos casos, tal como declaró la Resolución de 13 de junio de 1935, tienen cabida otras relaciones jurídicas que carecen de carácter real, y que contienen condiciones a que se sujetan los derechos inscritos, o de titularidades que tienden a la formación o constitución de derechos reales, si bien es cierto que a estas relaciones no inscribibles *per se*, pero que cumplen la finalidad de dar a conocer posibles modificaciones del *ius in re*, no le son aplicables en todo su rigor y pureza los principios hipotecarios.

Que en el supuesto concreto de este expediente, por la condición impuesta, el comprador aparece privado de la facultad de disponer de la finca, ya que si lo hiciera quedaría resuelto el contrato y sin ningún efecto el acto realizado, con lo que de modo indirecto se vulneraría el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, que no permite ingresen en el Registro las prohibiciones de enajenar que tienen su origen en un acto a título oneroso, salvo que aparezcan aseguradas con hipoteca u otro tipo de garantía real, lo que aquí no sucede.

Que ante esta circunstancia habrían de aplicarse los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 355 de su Reglamento, que al ordenar que los derechos personales no asegurados especialmente no tendrán la consideración de gravámenes a efectos de esta Ley, imponen como consecuencia que habría de ser cancelado por el Registrador el asiento discutido, cuando lo solicite la parte interesada o se pida la correspondiente certificación de cargas.

2. Y en cuanto al segundo de dichos recursos, que motivó la Resolución de 10 de octubre, la revocación de la calificación registral se basa en el siguiente único Considerando:

Este recurso se plantea entre los mismos interesados y sobre una cuestión similar a la resuelta por este Centro Directivo en la Resolución de 19 de julio de este mismo año, en la que declaró que procedía la cancelación del asiento solicitado al aplicar los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 355 de su Reglamento, dadas las características de la cláusula discutida en la compraventa celebrada, al faltarle a la reserva establecida a favor del vendedor los requisitos necesarios para considerarla como un figura de naturaleza real, y en donde, además, el comprador aparece privado de la facultad de disponer de la finca al quedar resuelto y sin ningún efecto el contrato, caso de que lo hiciera, con lo que, de modo indirecto, se vulneraría el artículo 27 de la Ley Hipotecaria.

C) COMENTARIO.—1. Como acertadamente se afirma en la Resolución de 19 de julio de 1973, el enjuiciamiento del problema allí planteado exige la nueva calificación de la naturaleza jurídica del contrato inscrito. Se trata, pues, de precisar la naturaleza del contrato en orden a determinar la configuración del pacto, su inscribibilidad, su posible oponibilidad y los requisitos de su cancelación. Determinación de la naturaleza jurídica no como mera etiqueta conceptual o *nomen iuris*, sino como delimitación de los perfiles de la figura estudiada, para establecer, de acuerdo con ese perfil institucional, el régimen jurídico aplicable, que es lo que más directamente importa.

El problema de la naturaleza jurídica se nos aparece como algo inicialmente teórico y difícil: Supone subsumir una figura concreta, aquella cuya naturaleza nos interesa descubrir, en la calificación genérica de otra figura semejante pero distinta o, por lo menos, conceptualmente más amplia. Así, por ejemplo, cuando afirmamos que la compraventa es un contrato bilateral y oneroso. Tal dificultad se acrecienta cuando nos encontramos en presencia de figuras complejas y atípicas, que por su propia complejidad no encajan plenamente en el cauce típico de otras categorías conceptuales. De donde resulta que su reducción lógica a otros esquemas más amplios puede suponer el desvanecimiento de la figura inicialmente contemplada. Recordemos, en este sentido, la dificultad de perfilar con precisión la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, de los contratos complejos y atípicos, o de los arrendamientos con eficacia real, etc.

Para desentrañar las líneas básicas de construcción de estas figuras complejas caben, por lo menos, dos vías posibles de solución. O atender al elemento predominante, dentro de esa pluralidad de elementos concurrentes, cuando ello sea posible, o bien atribuir a la figura en cuestión una naturaleza *sui generis*, que nada explica. Como es claro, ninguna de esas dos superficiales soluciones resulta satisfactoria.

A pesar de esas innegables dificultades y de los resultados desalentadores a que a veces se llega por este camino, de ese nominalismo jurídico que a veces nada explica, la tarea de descubrir la naturaleza de los fenómenos jurídicos en general, y de cada figura concreta en particular, tiene una especial importancia y se nos aparece como una exigencia ineludible: a) Como medio para determinar el régimen jurídico aplicable a la figura en cuestión; b) Como punto de partida para enjuiciar su eficacia real, su oponibilidad frente a terceros y su inscribibilidad. Situados en esa perspectiva, debemos recordar la función calificadora que el Registrador desempeña, tendente a descubrir la naturaleza de los negocios jurídicos que en el Registro se presentan, la causa de la atribución patrimonial en cada caso, sus efectos inter partes o frente a terceros, etc. Actividad de calificación jurídica, de enjuiciamiento de la estructura y función de cada situación jurídica, de acuerdo con su efectiva naturaleza, sin sujetarse a las palabras utilizadas por las partes para designar su propia convención. Función calificadora que tiene una superlativa importancia para la delicada actividad de otorgar la publicidad registral y que, como tal, constituye la base y la razón de ser de las actuaciones de los Registradores de la Propiedad. En el Registro sólo deben entrar situaciones legales, válidas, jurídicamente perfectas, netamente perfiladas, y sólo en la medida en que puedan producir efectos frente a terceros por su inscripción.

2. Si nos preguntamos por la naturaleza jurídica del contrato celebrado el 16 de octubre de 1891 entre doña Concepción Rodríguez Valdeose-ra y su hija, doña María de las Mercedes Muñoz Rodríguez, de una parte, y la Congregación de Religiosas Concepcionistas Franciscanas de San José, de otra parte, observamos que la contestación a esa pregunta encierra la solución de tres problemas distintos: A) Si el contrato básico era de compraventa o de donación; B) Si la cláusula contenida en ese contrato, la cancelación de cuya inscripción ahora se solicita, supone una condición resolutoria, un modo condicionante de destino, una prohibición de disponer, un derecho de reversión o alguna otra figura análoga; C) Si dicha cláusula así inscrita debe tener eficacia frente a terceros con o sin limitaciones.

En todo caso, el problema de fondo común a esas tres cuestiones apuntadas está en la adecuada interpretación del contrato celebrado. Lo cual implica la reconstrucción de la relación jurídica pactada y de los perfiles institucionales del negocio jurídico complejo así realizado.

3. En relación con el contrato básico celebrado, se cuestiona si se trataba de un contrato de compraventa, o de donación, o de un contrato mixto. Problema de calificación de la causa contractual, que si es fundamental en la interpretación de todo negocio jurídico, lo es especialmente en relación con su inscripción registral. Recuérdese, en este sentido, la distinta eficacia que la publicidad del Registro atribuye a cada negocio, según sea onerosa o gratuita la causa del mismo (cfr. art. 34 de la Ley Hipotecaria). De donde resulta la imprescindible exigencia de la adecuada calificación y constancia expresa en el Registro de la causa correspondiente a cada negocio, en cuanto determina la protección registral que de ahí resulta.

En el caso concreto planteado se consideraba como compraventa al contrato celebrado, pero se añadía que por destinarse la finca vendida a convento, el precio de la enajenación era inferior al que normalmente le correspondería. ¿Causa onerosa o causa gratuita? La presunta onerosidad existente en el contrato de compraventa quedaría así desvirtuada por la menor contraprestación económica, no equivalente al valor real de la finca. No existe aquí la reciprocidad de intereses ni la equivalencia de las prestaciones propia del negocio oneroso; pero tampoco el mero beneficio patrimonial del adquirente sin contraprestación, que caracteriza a los

negocios gratuitos (1). Si del plano de la causa específica del contrato de compraventa (cambio de cosa por precio) pasamos al de la causa concreta del contrato celebrado (transmisión de la finca por precio rebajado o de favor para ser destinada a un fin piadoso o religioso: convento de monjas), observamos que no se trata de una compraventa onerosa en sentido estricto, mas tampoco de una típica donación. ¿Estaríamos en presencia entonces de un negocio mixto con causa compleja? Negocio mixto desde la perspectiva causal, de la atipicidad de la causa, que es lo que ahora estamos estudiando, y no desde el punto de vista de su complejidad negocial, de su contenido de estipulaciones, porque ésa es otra cuestión a la que luego aludiremos. En cualquier caso, ambos temas están íntimamente compenetrados, porque cuando nos preguntamos aquí por la causa nos estamos refiriendo al elemento causal de ese complejo negocio, concebido como una unidad e integrado por las diversas estipulaciones que comprende. Por lo que la complejidad de contenido puede traducirse en la atipicidad de la causa.

El Registrador calificador ya apuntó la duda entre la causa onerosa o gratuita en el presente contrato. Y estimó que éste debía ser considerado como una compraventa de amistad. Por el mismo camino, la Resolución que comentamos califica al contrato discutido como compraventa de amigo o *negotium mixtum cum donatione*. Y recuerda las vacilaciones doctrinales surgidas para la calificación de estos negocios complejos (teorías de la absorción, del interés preponderante, de la finalidad práctica perseguida, etc.) (2). Para concluir—acertadamente, a mi juicio—que hay que acudir a las normas del Código civil sobre interpretación de contratos si se quieren resolver las dudas derivadas de esa complejidad negocial. A partir de ahí, el artículo 1.281 del Código civil sirve—en verdad no muy convincente, por su extremada amplitud para conducir una tan sutil distinción—para llegar a la solución de que, en la duda, debe afirmarse la calificación onerosa del contrato: no sólo por haber sido calificado de compraventa por las partes, lo cual evidentemente no es razón suficiente, sino también por la ausencia de auténtica liberalidad, ya que el precio pagado, aun siendo inferior al real, actuaba como contraprestación de la transmisión, en la que no había enriquecimiento meramente gratuito del adquirente.

Por lo demás, la referencia al artículo 1.289 del Código civil, en cuanto establece con carácter general que en los contratos onerosos las dudas de interpretación deben resolverse en favor de la mayor reciprocidad de intereses, tampoco resulta muy adecuada, porque: 1) El artículo 1.289 presupone la previa calificación como oneroso del contrato en cuestión, lo que aquí falta por demostrar suficientemente, ya que es esa calificación onerosa la que se trata de descubrir en su caso. Mal puede utilizarse lo que es supuesto de hecho de aplicación de la norma, como consecuencia jurídica de su regulación; 2) Además, esa aconsejable reciprocidad de intereses que aquí se predica para los contratos onerosos, sólo entra en juego cuando las dudas interpretativas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y no sobre la propia naturaleza de la causa, que es un elemento esencial, y por eso su calificación se da aquí por supuesta.

Es interesante, en cambio, recordar la Sentencia de 7 de diciembre de 1948, expresamente recogida en el Considerando cuarto de esta Resolución, cuya doctrina jurisprudencial sí nos sirve de adecuado apoyo a la solución del contrato oneroso que aquí se defiende. Según esta Sentencia, «con arreglo a los artículos 618 y 1.274 del Código civil, la causa de la donación está constituida por la mera liberalidad, en términos que el

(1) FEDERICO DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, págs. 262 y sigs.

(2) Véase FEDERICO DE CASTRO: *El negocio jurídico*, págs. 202-212 y 266.

enriquecimiento del donatario constituye el fin esencial del contrato; y si la gratuidad aparece como el aspecto objetivo de éste, del mismo modo y bajo el aspecto subjetivo, a la intención de beneficiar por parte del donante debe corresponder correlativamente en el donatario el *animus* de aceptar a título de liberalidad la atribución patrimonial, puesto que el disenso en la causa impediría la perfección del contrato, siendo de recordar a estos efectos la doctrina establecida en la antigua Sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 1896, la cual declara que *cuando el acto no es gratuito en beneficio del donatario* y lo determina el interés de ambas partes y no la liberalidad de una de ellas, carece de los requisitos indispensables para ser calificado de donación».

Atendiendo al propósito práctico buscado por las partes en el contrato (3), y a la ausencia de pura gratuidad en la transmisión de la finca destinada a convento de religiosas, parece oportuna la calificación de negocio oneroso que en la Resolución se hace. Porque, aunque el precio fuera menor, siempre actuaba como contraprestación de la adquisición de la finca. Porque, en cualquier caso, la enajenación no era meramente gratuita, con total enriquecimiento del adquirente. Y porque, en la duda de cuál de esos dos elementos fuera prevalente, resulta más adecuada la estimación como contrato oneroso, atendida la compleja finalidad unitaria del contrato en cuestión, y las normas interpretativas del Código civil respecto a uno y otro tipo de causas (4).

La calificación de la compraventa tantas veces aludida como contrato oneroso o gratuito tiene trascendencia no sólo en el plano general de la eficacia del negocio y de su publicidad registral (Recuérdese: art. 34 de la Ley Hipotecaria. En este sentido, la calificación es imprescindible y previa a la inscripción), sino también en el más concreto de la posible inscripción de las prohibiciones de disponer, si se estima—como se afirma en la Resolución—que el pacto añadido a la compraventa entrañaba una prohibición de disponer. Porque entonces, figurando en un contrato oneroso, no debería ser inscribible (art. 27 de la Ley Hipotecaria) y podría ser cancelada, a instancia de parte interesada, la inscripción indebidamente practicada. En seguida volveremos sobre esta cuestión.

4. Siguiendo por el camino de investigar la naturaleza del contrato de compraventa tantas veces referido, debemos estudiar ahora la cláusula contenida en aquel contrato y objeto de inscripción, cuya cancelación se solicitaba en el Registro a través del escrito que motivó el presente recurso. Se trata de determinar, igualmente, cuál sea la figura regulada en dicha cláusula. Cuestión compleja, por la diversidad de interpretaciones de que es susceptible ese pacto. Tratemos de resumir lo más brevemente posible alguna de estas vías de interpretación, para no alargar con exceso este comentario.

Antes de intentar esa enumeración comencemos recordando el tenor literal de la cláusula discutida, que dice así: «Si por cualquier causa dejase de existir el convento o por conveniencia propia de la Comunidad se

(3) Para la discusión doctrinal entre propósito práctico y fin jurídica, véase *El negocio jurídico*, citado, págs. 27-31.

(4) La necesaria calificación registral en busca de la verdadera naturaleza jurídica del acto, al margen o más allá de la calificación nominal dada al mismo por las partes, plantea un problema de no pequeña entidad, íntimamente relacionado con el caso controvertido, y en el cual no podemos entrar ahora. Si el Registrador, en ejercicio de su función calificadora, puede llegar a inscribir como donación, o como acto a título gratuito, el negocio calificado como compraventa onerosa por las partes o el Notario autorizante de la escritura, o si, en todo caso, debe transcribirse en el asiento el nombre del contrato tal como figura en el documento. Con las evidentes e importantísimas consecuencias prácticas que se derivan de una u otra. ¿Quid, por ejemplo, en los supuestos de simulación aparente, en que el negocio disimulado aflora en el propio contrato? En nuestra modesta opinión, el primer camino es el adecuado, porque la calificación del Registrador se extiende también a la causa de la atribución, a la naturaleza del título adquisitivo. Pero no tenemos tiempo ahora para entrar en su demostración. Quede sólo apuntado ese problema para dejar constancia de su trascendencia práctica.

trasladase a otro sitio, así como si por alguna disposición del Gobierno se acordase su incautación o venta, las vendedoras tienen derecho a reivindicar el terreno enajenado y darle la aplicación que creyeran más conveniente, pues por destinarse a un objeto religioso se hace la enajenación en menos precio que el que podría obtenerse adquiriendo un particular.»

En definitiva, reducida la cláusula a su estructura básica, podemos distinguir en ella dos partes claramente diferentes: 1) Los presupuestos de su aplicación. Que pueden reducirse a tres acaecimientos o grupos de causas: *a)* Que el convento dejase de existir (sea cual fuere el motivo de esa inexistencia sobrevenida); *b)* Que la comunidad se trasladase a otro sitio, por su propia voluntad o conveniencia; *c)* Que por decisión del Gobierno, el convento fuese objeto de incautación o venta. Es decir, cuando el convento dejare de estar situado en aquella finca, bien porque la propia comunidad lo decidiera—*b)*—, o porque el Gobierno lo impusiera—*c)*—, o porque dejare de existir como tal convento—*a)*—. 2) Las consecuencias derivadas de ese supuesto de hecho. Cuando ocurriera cualquiera de estos acontecimientos, entonces se prevé contractualmente las consecuencias jurídicas resultantes de ese juego de causas: las vendedoras podrán reivindicar la finca y aplicarla al destino que crean conveniente.

La última parte de la cláusula—tercer elemento estructural—recoge la justificación o causa de la previsión así establecida: la necesidad de que la Congregación compradora destine el terreno que compra precisamente a convento. De modo que si esa finalidad de destino resulta incumplida, se resolverá la transmisión realizada y podrán las vendedoras destinar la finca como quieran, una vez que la hayan reivindicado a su favor. Construcción que nos recuerda la antigua figura de la *restitutio in integrum*, con su obligada secuela de vuelta de las cosas a su estado anterior, como si nada hubiera ocurrido en el tiempo intermedio.

Igual que sucede con el estudio de las normas, donde puede distinguirse eficazmente el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas de su aplicación, al contemplar ahora la norma contractual referida podemos también separar ambos elementos. Aunque de distinto origen, se trata de dos proposiciones normativas con eficacia jurídica. En definitiva, se trata de atribuir unas determinadas consecuencias a una situación de hecho predetermined.

Pues bien, partiendo de esa inicial y elemental consideración, podemos ahora considerar algunas de las fórmulas apuntadas para perfilar el contenido de esa cláusula negocial:

A) Según la propia Resolución que estamos comentando, la estipulación referida encierra un pacto obligacional de no disponer, porque la Congregación compradora aparece privada de la facultad de disponer de la finca, ya que si lo hiciera quedaría resuelto el contrato y sin ningún efecto el acto dispositivo así realizado. El incumplimiento de ese pacto de no disponer actuaría como condición resolutoria de la compraventa celebrada. De donde se concluye que, como tal prohibición de disponer en un contrato oneroso, de eficacia meramente obligacional o personal, no era susceptible de inscripción (art. 27 de la Ley Hipotecaria), y podía ser cancelada de acuerdo con los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 355 del Reglamento Hipotecario.

Con todos los respetos que nos merece la autorizada opinión de la Dirección General, la construcción así formulada no parece convincente y creemos que no resiste una crítica rigurosa. Centrado el problema en este terreno, debemos recordar cómo bajo el nombre de prohibiciones de disponer se incluyen figuras jurídicas muy diversas, no siempre susceptibles de tratamiento unitario. Sobre la base de los escasos preceptos que en nuestra legislación se dedican a este tema, y singularmente de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, se hace necesario precisar un concepto más estricto y concreto de las prohibiciones de disponer, menos

difuso que el que habitualmente se maneja, tarea que corresponde obviamente a la doctrina de los autores y a la interpretación jurisprudencial de estas figuras. Para obtener un mayor rigor conceptual y una más adecuada interpretación y aplicación de los artículos legales relativos a estas figuras.

Como tuve ocasión de señalar hace algunos años, la prohibición de disponer en sentido estricto o técnico supone una limitación o restricción que recae directamente sobre la facultad dispositiva; es incompatible con los derechos intransmisibles y las incapacidades subjetivas, por cuanto presenta un perfil objetivo como tal limitación; y comprende tanto las figuras restrictivas unilaterales, sin titularidad actual de otro sujeto, como aquellas otras en que la disposición válida exige la concurrencia de dos o más personas, *siempre que no concurra simultáneamente un derecho subjetivo de otra persona* (5).

Planteadas así las cosas, no parece que la cláusula discutida contenga una prohibición de disponer en sentido técnico: a) Porque no se impide en ella expresamente la venta posterior, de modo que si ésta llega a realizarse resulte ineficaz, sino que se establece sólo la posibilidad de que las vendedoras readquieran la finca vendida si ésta llega a enajenarse. Por tanto, si las vendedoras no ejercitan esa facultad de reversión, la venta ulteriormente realizada será plenamente válida. No se excluye la facultad dispositiva ni se condiciona o limita, sino que se atribuye a las vendedoras la facultad de impugnación—ejercitable sólo si ellas quieren, como cualquier facultad—para el caso de que la enajenación se produzca. Y esta facultad de impugnación se establece no para dejar sin efecto un acto inválido, sino como consecuencia de la existencia de una facultad o derecho de readquisición. Ahí está el nudo de la cuestión y ahí debe ésta ser estudiada: matizando la naturaleza de esa facultad de readquisición («derecho a reivindicar», se dice en la cláusula).

b) Porque aun en el caso hipotético de que se estableciera una limitación o prohibición a la facultad de disponer, no se estipula esa presunta prohibición con independencia de un derecho correlativo a favor de persona determinada. Sino que ocurre justamente lo contrario. A saber: que la limitación sería aquí consecuencia directa de esa facultad o derecho de readquisición, al que ya nos hemos referido. En tanto la congregación compradora no puede—no debe, diríamos nosotros mejor—vender, en cuanto que esa venta puede producir la reversión de la finca a las primitivas vendedoras, por lo que la segunda enajenación puede no llegar a producir sus efectos típicos traslativos. De acuerdo con lo que ya hemos apuntado, si el obstáculo a la enajenación va acompañado simultáneamente de un derecho correlativo a favor de otra persona, entonces ya no estamos en presencia de una prohibición de disponer en sentido técnico, sino de una consecuencia de ese derecho o facultad, cuya específica naturaleza será, en definitiva, la que justifique y explique aquella limitación.

La interpretación del pacto contemplado parece más bien conducirnos a la conclusión de que la Congregación compradora podrá vender la finca comprada, que no se le impedía ni se le había prohibido esa enajenación. Sólo que en tal caso—supuesto de hecho—nacía el derecho a reivindicar por parte de las vendedoras—consecuencia jurídica de ahí derivada—. Con doble motivo, si observamos que la «venta» del terreno destinado a solar sólo figura contemplada en el pacto como efecto de una disposición gu-

(5) "Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente". *A D C*, XVIII-IV, 1965, págs. 953 y sigs. Más dudoso es el tema de si dentro de las prohibiciones de disponer en sentido estricto sólo deben tener cabida aquellas que pueden ser eficaces frente a terceros—oponibles—, o también hay que incluir las que sólo son susceptibles de eficacia personal o *inter partes*, porque, en rigor, sólo las primeras impiden o excluyen el acto dispositivo, ya que por definición, éste supone la intervención del tercer adquirente. Para una ampliación sobre el tema, que aquí no se aborda con más detalle porque no condiciona el problema planteado, puede verse nuestro trabajo citado al comienzo de esta nota.

bernativa, y ni siquiera se recoge expresamente cuando el cambio de destino de la finca fuera debido a actuación de la propia Comunidad: sólo se habla entonces de «traslado del convento a otro sitio por conveniencia propia de la Comunidad». Lo cual no deja de ser sintomático a los efectos aquí indicados. Aunque no excluye, naturalmente, que ese libre cambio de lugar y consiguiente modificación en el destino religioso de la finca, implique su enajenación a terceros.

La presunta no enajenación libre a cualquier persona, derivada del pacto tal como está redactado, vendría tan sólo limitada o condicionada por ese derecho de reversión o readquisición a favor de las vendedoras iniciales. Como ocurre en todos los casos en que entra en juego un pacto de retro. No cabe afirmar, pues, que se impida aquí la libre circulación de los bienes, en contra de los principios que presiden nuestra legislación. Salvo, claro, que se rebasen las limitaciones legales e institucionales del pacto de retro. Pero ésa es otra cuestión.

En resumen: Ni estamos en presencia de una prohibición de disponer en sentido técnico, ni deben entrar en juego, por tanto, los criterios que inspiran los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria. Puesto que no se impide la libre circulación de los bienes. Luego volveremos sobre este último aspecto.

B) Según el Registrador que con su calificación negativa dio lugar al recurso, el pacto estipulado y objeto de discusión constituía una condición *sui generis*, cuyos efectos serían semejantes a una condición resolutoria. Se trataría de un contrato condicional inscrito, cuya inscripción protege tanto el dominio del comprador como la limitación establecida en beneficio de los vendedores. Tesis de la condición resolutoria inscrita que afecta al contrato de compraventa celebrado: Si ocurrían determinados sucesos eventuales (venta, desaparición del convento, traslado de éste, transformación del destino conventual de la finca, etc.), se resolvería la relación derivada del contrato de compraventa y las vendedoras podrían readquirir la finca (6).

En contra de esa posible y aparentemente razonable calificación, que interpreta la estipulación apuntada como creadora de una condición resolutoria, cabría oponer, al menos, tres argumentos: a) Que no se trata de una condición formulada expresamente como tal. b) Que no se ha señalado plazo para su posible cumplimiento. c) Que la eficacia resolutoria derivada de su consumación no es automática, sino que únicamente concede a las vendedoras el derecho a reivindicar la finca.

¿Son válidos estos argumentos hasta el punto de que excluyan la apreciación de la condición resolutoria inscrita?

a) La condición resolutoria debe ser expresa—o explícita—para su inscripción cuando sirve de garantía al precio aplazado. Así lo establece el artículo 11 de la Ley Hipotecaria. La razón de esa exigencia legal es bien conocida. Se trata de separar la resolución derivada del impago del precio aplazado en la compraventa, cuando así se ha pactado expresamente como garantía, y debe producir sus efectos resolutorios frente a terceros por la inscripción, de la llamada condición resolutoria tácita, que regula el artículo 1.124 del Código civil para las obligaciones recíprocas en general—y, por tanto, también para la obligación de pago del precio en la compraventa, correlativa a la de entrega de la cosa vendida—, que no se da frente a tercero (art. 1.124, párrafo 4.º) y por eso no se inscribe. Diver-

(6) Todavía cabría cuestionar si la condición resolutoria así entendida afectaba al contrato o a la relación contractual derivada del mismo, si la resolución se proyectaba sobre el complejo negocio jurídico y todas sus consecuencias, de modo que todos sus efectos quedarán borrados y fuera completa la vuelta al estado de cosas anterior, o si sólo la relación contractual, e incluso una parte concreta de esa situación jurídica (por ejemplo, solamente el dominio de la finca destinada a convento), quedarían sin eficacia al cumplirse el evento condicionante. Cuestión de interés en la que ahora no entramos.

sidad de eficacia oponible, que impone un tratamiento registral distinto e impide la confusión de ambas figuras.

Mas ese carácter expreso o explícito que debe tener la condición resolutoria cuando garantiza el precio aplazado para poder ser inscrita, según el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y la numerosa jurisprudencia que lo interpreta, deberá estar vigente en todos los demás supuestos de condición resolutoria ante el Registro? Dicho con otras palabras: ¿habrá de configurarse, en todo caso, en forma expresa o explícita la condición resolutoria para que pueda tener acceso al Registro? Parece que no. La condicionalidad de los efectos depende de la interpretación del negocio, resulta de la voluntad negocial rectamente interpretada más que de las palabras utilizadas. Y esa interpretación encaja plenamente en la calificación registral. Cabe que el Registrador, en ejercicio de su función calificadora, estime la existencia de un condicionamiento en relación con un determinado negocio y como tal lo inscriba, aunque no se formule expresamente como tal en el documento, si los efectos pactados encajan plenamente en ese cauce condicional. Si bien, lo normal y lo recomendable para los particulares es proceder de otro modo, con estipulación expresa de la condición. Para evitar dudas en la eficacia de ese condicionamiento automático, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 51, 6.ª, del Reglamento Hipotecario y del principio de especialidad.

b) ¿Es necesario que se estipule un plazo para el posible cumplimiento o incumplimiento de la condición que se establece? ¿O puede ser indefinido, es decir, sin limitación, el período de tiempo durante el cual el evento condicional puede llegar a realizarse? Cuestión difícil e interesante, no suficientemente resuelta en nuestra legislación positiva (cfr. arts. 1.116, 1.117 y 1.118 del Código civil), que afecta al mecanismo de las condiciones en general y, muy especialmente, a la proyección registral de estos elementos accesorios y condicionantes. Porque la condición inscrita, bien sea suspensiva o resolutoria, implica una restricción o limitación en las titularidades registrales, supone una transitoria indeterminación del sujeto definitivo—de acuerdo con la naturaleza de las situaciones jurídicas de dependencia que aquélla produce—, que está impidiendo la transmisión de las fincas como libres. Y esa restricción o condicionamiento no puede ser eterna o temporalmente indefinida. Aunque el tema no ha sido suficientemente tratado por los autores, a pesar de su importancia (7), parece recomendable afirmar, en línea de principio, la necesidad de la fijación de un plazo para que la condición estipulada llegue a cumplirse, y fuera del cual no puede ya tener adecuado cumplimiento. Al menos, en el plano registral. Aunque el tema no deja de ser dudoso.

El plazo habrá de ser expreso o tácito, de modo que puede ser descubierto por vía de la interpretación integradora. En todo caso, deberá estar determinado o ser, por lo menos, determinable, es decir, susceptible de determinación. Lo que no cabe es un plazo absolutamente indeterminado. Como recordábamos, la situación jurídica de dependencia que resulta cuando entra en juego la condición, supone institucionalmente una indeterminación *transitoria* del titular de la relación.

En el ámbito registral, el problema práctico que puede plantearse es el siguiente: ¿Qué hacer si se estipula expresamente una condición, suspensiva o resolutoria, que afecta a la relación jurídico-real que se va a inscribir, cuando no se establece un plazo determinado para su cumplimiento? ¿Deberá entonces el Registrador no inscribir ese condicionamiento por falta de suficiente determinación de su contenido? quede aquí simplemente

(7) Una excepción a esa falta de estudios doctrinales es el trabajo de LUIS Díez-PICAZO: "El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de *conditio pendens*" *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, vol. III, págs. 181 y sigs. Véanse las razonables y progresivas soluciones que allí se apuntan a este problema.

te planteado en sus líneas generales tan acuciante problema, para no entrar ahora en mayores y más extensas matizaciones.

En el caso concreto planteado en el presente recurso, cabría estimar que el plazo de cumplimiento posible de la condición resolutoria era el de la vida de las vendedoras retrayentes. Si se piensa que tal facultad de reivindicar así reservada es personalísima y no transmisible a los herederos. Cuestión dudosa, sobre la cual luego volveremos. De momento, la cosa no parece lo suficientemente clara, desde este punto de vista, como para poder calificar de condición resolutoria la figura resultante de la cláusula referida.

c) Más difícil resulta de rebatir el tercer argumento, antes expuesto, relativo al carácter automático de la condición. En el caso propuesto, el cumplimiento de cualquiera de los acaecimientos que actuaban como condicionantes en la repetida cláusula—e integraban el supuesto de hecho de su aplicación—producía como consecuencia, no la reversión automática de la finca a las vendedoras, sino la atribución a éstas de la facultad de reivindicarla. De modo que la resolución del dominio de la Congregación compradora no se producía automáticamente, sino sólo en virtud del ejercicio de una facultad de readquisición. Los efectos resolutorios eran consecuencia de esa facultad, y no viceversa. La cual facultad, por otra parte, podía o no ser ejercitada. De donde resultaba, en última instancia, que la resolución no era automática, sino provocada.

¿Encaja este mecanismo de ineficacia dentro de los perfiles de la condición resolutoria? O también: ¿Es consecuencia ineludible del juego de la condición resolutoria que sus efectos, una vez cumplida, se produzcan de forma automática? Interrogantes que se sitúan en el plano de la teoría general de la condición o de los negocios condicionales. En ese mismo terreno se afirma con carácter general ese automatismo al cumplirse el evento condicional (8).

Si esto es así, tendríamos que llegar a la conclusión de que la figura contemplada no debe ser reputada como condición en sentido estricto, al menos desde el punto de vista de su eficacia resolutoria. Conclusión que se refuerza si consideramos el problema desde el punto de vista registral. Porque también aquí, cuando una condición aparece inscrita en el Registro, si se acredita el hecho que motiva su cumplimiento, la resolución de la titularidad condicionada es automática (arts. 23 de la Ley Hipotecaria y 56 del Reglamento Hipotecario). La voluntad del interesado, cuando éste actúe ante el Registro, servirá sólo para pedir la formalización del asiento correspondiente (nota marginal, inscripción, cancelación), pero no para ejercitar facultades que produzcan como consecuencia la resolución.

Volviendo a la interpretación del pacto controvertido, parece claro que no se da allí el automatismo propio del cumplimiento de las condiciones resolutorias. Aparte de los argumentos previamente examinados—*a)* y *b)*—, que se nos aparecían más dudosos, el examen de esta última objeción podría ser suficiente para justificar la no calificación como condición resolutoria de las estipulaciones contenidas en aquella cláusula.

C) ¿Puede hablarse en este caso de un modo determinante del destino religioso de la finca comprada y anejo al contrato de compraventa? Modo como carga o gravamen impuesto a la Congregación compradora. Negocio de compraventa no condicionado, sino modalizado, sujeto al modo que

(8) "Cuando el evento se produce—dice el profesor DE CASTRO al estudiar el mecanismo de las situaciones jurídicas de pendencia, cuyo ejemplo típico, como es bien sabido, es el de los derechos condicionales—termina la situación de pendencia. La titularidad interina desaparece. Se extinguen los derechos eventuales; una de las titularidades preventivas se ha convertido en titularidad definitiva. En su favor se produce automáticamente la atribución de los derechos o de la titularidad patrimonial" (*Compendio de Derecho Civil, Introducción y Derecho de la Persona*, 5.ª ed., Madrid, 1970, pág. 139).

esa determinación de destino implica. Compraventa sub modo. Modo como determinación accesorio de la voluntad negocial, con todas las consecuencias que ello supone. ¿Es aceptable esta construcción?

También faltaba entre nosotros una elaboración doctrinal adecuada a la indudable importancia práctica de esta figura, por lo demás tan borrosa de perfiles y tan difícil de reducir a un esquema unitario. Recientemente el profesor TORRALBA SORIANO ha dedicado a este tema un importante estudio monográfico, lleno de valiosas sugerencias (9). De él hay que partir para cualquier investigación que quiera hacerse sobre la compleja problemática de los negocios modales.

Dentro de este apresurado resumen recordemos simplemente que, según TORRALBA, el modo en sentido general puede ser entendido como el comportamiento, peso o carga, de carácter patrimonial o no, que impuesto por el autor de una liberalidad al favorecido con ella, debe en ocasiones ser cumplido con los medios económicos recibidos, y otras con los ya existentes en el patrimonio del favorecido, apareciendo unas veces como fin secundario, y otras como fin primordial de la disposición. En opinión de este autor, el modo es algo distinto a la condición, el motivo, la causa, la base del negocio y la contraprestación; funciona imponiendo al gravado con él una obligación o una prestación de carácter patrimonial que debe cumplir, frente a la cual existe un derecho a exigir su cumplimiento; y es incompatible con los negocios puramente onerosos, de modo que sólo es posible en las atribuciones testamentarias (herencia, legado) y en las donaciones (10).

Partiendo de este esquema inicial, y sin perjuicio de ulteriores precisiones que no podemos hacer ahora, parece claro que la figura contemplada y la vinculación al destino religioso o conventual que en ella se contiene no pueden ser identificados con un modo en sentido técnico, modo condicionante de ese destino o compraventa modal. Al menos, por estas dos razones: 1) Porque no se impone expresamente a la Congregación compradora la obligación de destinar la finca a convento, sino que se regulan solamente las consecuencias derivadas de que el convento desaparezca de allí. Las compradoras no venían obligadas a mantener el convento, como no lo estaban a su no enajenación. No se les imponía esa carga o esa prohibición. Simplemente se reservaba el derecho a recuperar la finca si el convento no continuaba allí. Ciertamente que la finalidad perseguida es semejante—no idéntica—, pero el medio jurídico utilizado es distinto en ambos casos. Todo ello según la redacción de la cláusula transcrita. Otra cuestión es la de si para conseguir esa finalidad hubiera sido más útil construir el pacto en forma diferente. Partimos de la estipulación contenida en la escritura. Según ella, no parece claro que se impusiera a las compradoras como gravamen el mantenimiento de aquel destino religioso.

2) También porque, habiéndose calificado el contrato mixto de compraventa realizado como contrato oneroso, no gratuito, a pesar del precio menor, según las razones ya expuestas, esa causa onerosa resulta incompatible con la existencia del modo. Para la doctrina dominante, y también para TORRALBA, el negocio modal ha de ser gratuito. Y aunque el tema no deja de ser discutible y merece una revisión crítica más detallada—que ahora no podemos hacer por razón de extensión—para reconsiderar si no es posible en algún caso la compraventa modal, baste con lo dicho superficialmente para aceptar esa solución y, en la duda, excluir la destinación pactada del ámbito modal (11).

(9) *El modo en el Derecho Civil*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1967.

(10) *Loc. cit.*, págs. 92-93 y 44, 93 y sigs., 135 y sigs., y 143 y sigs.

(11) Como afirma el propio TORRALBA, la diferencia fundamental entre el *negotium mixtum cum donatione* y la donación modal se encuentra en la causa, pues la del primero o es una causa mixta o es una causa onerosa, mientras que la de la segunda es la causa propia de la donación (*loc. cit.*, pág. 323, XX). Palabras que bien pueden aplicarse al caso que estamos estudiando.

Excluida así la calificación de la compraventa como negocio modal, no procede entrar en otro tema, igualmente difícil y sugestivo: el tratamiento registral de las cláusulas modales, la eficacia oponible frente a terceros del modo como gravamen, los requisitos de su inscripción y de su cancelación, etc. Tema que bien merece un replanteamiento doctrinal riguroso.

D) Tampoco resulta satisfactoria, como explicación del contenido de la cláusula analizada, la idea de los motivos incorporados a la causa o la causa concreta, desarrollada por la moderna teoría de la causa del negocio jurídico y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (12). Si el destino de la finca comprada era su dedicación a finalidades religiosas, como expresamente se prevé en el contrato discutido, pudiera interpretarse esa declaración negocial como manifestación expresa del motivo condicionante de la enajenación, en cuanto que tal motivo revela la complejidad de la causa del contrato (causa concreta).

Si a través de ese motivo podemos descubrir la causa del negocio de transmisión, como el elemento causal tiene una vigencia permanente sobre las vicisitudes de la relación negocial (la llamada por CASTRO «la continuada influencia de la causa»), el incumplimiento de ese motivo causalizado puede provocar la ineficacia sobrevenida de la relación negocial establecida. Pensemos, como ejemplo gráfico de este fenómeno, en la llamada teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Sin embargo, ese cauce de la ineficacia sobrevenida por incumplimiento de la causa concreta, no nos sirve para explicar el caso planteado, porque, según aquel criterio causal, el grado de ineficacia resultante de la frustración de la causa viene determinado por la adecuada sanción legal o, en su defecto, por la revisión judicial del problema. Pero aquí, en el contrato estudiado, las consecuencias de ese incumplimiento desembocan en un derecho de reversión o readquisición a favor de las vendedoras, lo cual no resulta muy congruente con la sanción causal. En cualquier caso, y aunque se estimara que las consecuencias pactadas encajan en la figura del incumplimiento causal, ello tampoco añadiría nada nuevo, porque significaría simplemente reconocer ese derecho de reversión con las mismas condiciones pactadas, sólo que vinculado ahora a la continuada influencia de la causa.

E) De todo lo dicho parece desprenderse que el problema de fondo que la interpretación de la cláusula tantas veces repetida plantea, radica en descubrir la naturaleza de ese derecho de reversión que se reservan las vendedoras. En la cláusula se afirma que, en determinados supuestos, «las vendedoras tienen derecho a reivindicar el terreno enajenado y darle la aplicación que creyeran más conveniente». ¿Qué significa esto?

A la vista del pacto, parece—y así hemos tenido ocasión de reiterarlo en estas páginas—que lo que se establece es una facultad de reversión del terreno vendido en favor de las vendedoras. Reivindicar, en este caso, ¿significa recomprar, volver a comprar pagando el precio que se recibió? ¿O readquirir pura y simplemente la finca, sin ninguna contraprestación? Más bien parece lo segundo, aunque ello es opinable. La expresión contractual no es muy feliz o, al menos, muy clara.

Lo cierto es que si se dan unos determinados supuestos de hecho, posibles pero inciertos cuando se hizo el contrato (traslado del convento o inexistencia del mismo), se producirán entonces unas determinadas consecuencias jurídicas (las vendedoras podrán reivindicar el terreno). Aquellos acaecimientos se configuran así como *conditio iuris* para el ejercicio del derecho de reversión y no como condición resolutoria de la venta.

Pues bien, en relación con ese derecho a reivindicar o derecho de reversión de la finca, podrían plantearse algunas cuestiones que deben, por lo

(12) Cfr. FEDERICO DE CASTRO *El negocio jurídico*, págs. 227-229.

menos, quedar aquí apuntadas: a) Derecho subjetivo o mera facultad? No parece que se trate de una simple facultad, ni tampoco del ejercicio procesal de la acción reivindicatoria, sino que más bien esta expresión es reflejo de una situación jurídica previa de derecho de dominio, el cual se enajena en la compraventa con esa reserva de readquisición. Más que de facultad independizada, podemos hablar de un auténtico derecho subjetivo de dominio que las vendedoras pueden readquirir cuando se cumplan aquellos sucesos eventuales. Existe aquí cierta semejanza—aunque no identidad, como es obvio—con el pacto de retro en la compraventa (arts. 1.507 y ss. del Código civil) y con el pacto de reversión en la donación (art. 641).

b) Se trata de un derecho de reversión atípico, como ocurre en algunos derechos reales de adquisición (derecho de tanteo convencional, por ejemplo (13). No tanto porque no esté legalmente regulado (atipicidad legal) cuanto por la complejidad de la causa subyacente (causa atípica).

c) Parece que estamos en presencia de un derecho no meramente personal o *inter partes*, sino auténticamente real, con eficacia *erga omnes*. Derecho inherente o inseparable de la finca misma, sea cualquiera su dueño, frente a quien, en todo caso, podrá ser ejercitado. Recordemos la semejanza de este derecho con la readquisición de la finca por virtud de la condición resolutoria, salvada su respectiva diferencia.

Fácilmente se aprecia, a la vista del pacto, que si fuera una relación personal con eficacia *inter partes*, carecería de sanción adecuada la reversión pactada. Y no parece ser ésa la intención de los contratantes.

En el Considerando quinto de la presente Resolución se afirma, para justificar la solución que allí se establece, que dicha estipulación en la que se contiene la facultad de readquirir el inmueble, no se ha configurado con el carácter de derecho real al faltarle los requisitos necesarios para ello. Afirmación, por lo demás, no suficientemente aclarada. ¿Cuáles son esos requisitos? ¿La exigencia de plazo o la determinación de los elementos subjetivos—a favor de quién—u objetivos de la readquisición—con o sin precio?—? En cualquier caso, debería haberse precisado todo esto.

La Resolución de 20 de septiembre de 1966, que allí se cita, y que declara inscribible una escritura en que se establece un derecho de preferente adquisición *erga omnes*, en la cual se habían previsto todas las circunstancias de su ejercicio, evitando al mismo tiempo una vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida, no es plenamente aplicable a este caso por tratarse de un supuesto de hecho distinto.

Por lo demás, y aunque el caso discutido en la Resolución de 7 de julio de 1949 estaba mucho más cerca del aquí contemplado, tampoco pueden identificarse ambos supuestos. Aunque quizá la doctrina jurisprudencial sentada entonces haya inspirado la decisión actual (14).

d) ¿Derecho temporal o perpetuo, vitalicio o transmisible indefinidamente a los herederos? He ahí el mayor problema interpretativo y la mayor laguna en la regulación normativa del pacto. En principio, todos los derechos de contenido patrimonial o económico son transmisibles (ar-

(13) Véase lo dicho en nuestro trabajo, ya citado. *Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente*.

(14) Se había pactado en una escritura de venta como condición del contrato que el edificio o edificios que se construyan en la finca vendida habían de ser destinados a Seminario Diocesano o a una institución docente de carácter diocesano, a no ser que por razón de expropiación forzosa quedase alguna parte de la finca inservible para la obra de conjunto. Inscrita la compraventa con esa estipulación, se pide luego la cancelación de ésta por estimar que se trataba de una obligación personal no inscribible, y que su mención registral debía estar comprendida en el artículo 98 L. H.

La Dirección General resolvió que dicha estipulación no encerraba una condición resolutoria explícita con eficacia frente a todos, ni un pacto reversional con designación de beneficiarios para el supuesto de incumplimiento voluntario, ni constituía un derecho real, sino un acuerdo obligatorio de efectos meramente civiles, no hipotecarios, al que sería aplicable el artículo 98 L. H. Y ordenó su cancelación.

título 1.112 del Código civil). Y, en tal sentido, también éste. Pero aquí parece más adecuada la solución contraria, de entender limitada esa facultad o derecho de readquisición, subjetivamente en favor de las vendedoras (no de otras personas), y cronológicamente durante la vida de ellas (no después), por las siguientes razones:

a') Si en caso de pacto de retro, aun teniendo que satisfacer el precio de la venta y demás cantidades señaladas en el artículo 1.518 para readquirir la finca, existe un plazo máximo de diez años (1.508), con doble motivo deberá existir esa limitación de plazo cuando la readquisición no exige ningún desembolso, según parece desprenderse de la interpretación señalada.

b') El artículo 641 establece el límite de la sustitución fideicomisaria (segundo grado o personas vivas al fallecimiento del testador: 781) para la vocación sucesiva en la reversión que acompaña a la donación. Aunque aquí estemos en presencia de un acto oneroso y no gratuito, con mayor motivo será aplicable la idea de limitación.

¿Cabe pensar también aquí que el derecho de reversión sería transmisible *post mortem* hasta el segundo grado? No se desprende esta solución del pacto, ni viene impuesta por la existencia de una causa típicamente gratuita, que aquí no se da. De modo que la analogía no justifica una regulación idéntica. Mientras el Juez no lo establezca así, al valorar los elementos de prueba que tenga a su disposición, de los datos registrales no resulta base suficiente para postular esa situación.

c') Sobre todo, porque aunque las partes efectivamente quisieran configurar ese derecho como ilimitadamente transmisible, tal construcción no parece aceptable, por cuanto supondría una vinculación indefinida y permanente de la finca vendida. Desde el punto de vista de la transmisión sucesoria, chocaría con la limitación impuesta para las sustituciones fideicomisarias. Quizá por eso, por esa falta de determinación, se reputó tal derecho como meramente personal o sin eficacia real.

A pesar de estos razonamientos, el tema sigue siendo dudoso. Y la solución última no resulta clara de la voluntad de las partes, tal como está perfilada en el asiento registral. Para la adecuada integración de esa oscura voluntad negocial luchan aquí dos criterios o principios, ambos vigentes, aunque contradictorios: 1) La necesidad de mantener sin interrupción el destino religioso de la finca. Razón determinante del pacto, que por su licitud debe ser respetada y protegida. 2) La prohibición de las vinculaciones o condicionamientos permanentes, que aconseja impedir la sucesión hereditaria, ilimitada respecto a las generaciones futuras, de ese derecho de reversión.

En la duda, nos inclinamos por admitir la duración limitada de ese derecho de reversión, estimando que es personalísimo de las vendedoras y no transmisible a sus herederos. Porque, además, tampoco se pretendía que la finca fuera permanentemente destinada a convento, ya que las vendedoras, al recuperarla, podían destinarla a cualquier fin.

En todo caso, el problema lo plantea la existencia de una escritura no claramente redactada. La imprecisión del pacto traslada a un terreno movedizo e inseguro la regulación de su ineficacia. Quizá por ello, por esa falta de determinación de los datos (principio de especialidad), la Dirección General estimó que tal figura no era susceptible de engendrar un derecho real con eficacia oponible. Y así, debería tener efectos meramente personales.

5. El problema concreto que en el recurso se planteaba era el de la posible cancelación—solicitada como tal—de la inscripción del pacto añadido a la compraventa, en cuanto por su inscripción significaba una carga o limitación de la finca. Y la determinación de los requisitos necesarios

para esa cancelación, que vienen condicionados por la propia naturaleza de la relación jurídica negocial.

Caben en este punto dos soluciones extremas: a) O considerar que se trataba de un mero pacto obligacional no inscribible. b) O configurarlo como un derecho de reversión con eficacia real y duración ilimitada.

En el primer caso—a)—, la cancelación procedería con la simple instancia del interesado, de acuerdo con los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 355 del Reglamento Hipotecario. En el segundo entraría en juego la norma general de cancelación (art. 82 de la Ley Hipotecaria), que exige consentimiento del interesado o sentencia judicial. Pero esta última solución es dudosa y tampoco parece muy fundada por su indeterminación cronológica.

Si se defiende la solución intermedia, ya antes apuntada, según la cual el derecho de reversión sería limitado al tiempo de vida de las vendedoras, ya que sólo ellas podrían ejercitarlo, y a su fallecimiento quedaría extinguido, entonces bastaría para su cancelación acompañar las certificaciones de defunción de las vendedoras junto con la solicitud correspondiente. Como se pretendió en el presente caso.

Si, por el contrario, se estima que era un pacto no inscribible, por su indeterminación de contornos, que no podía crear un derecho real, sin entrar en todas esas interpretaciones complementarias siempre dudosas, como defendió la Dirección General, entonces bastaba para la cancelación la mera solicitud.

En definitiva, el punto de llegada es el mismo, y la cancelación nos parece debidamente ordenada. Pero el camino para llegar a esa meta, y la compleja tarea de intentar descubrir la naturaleza jurídica del pacto en cuestión, nos ha llevado quizá demasiado lejos.

Advirtamos simplemente, como complemento final, que la segunda de las Resoluciones reseñadas, la de 10 de octubre de 1973, contempla un caso muy semejante al resuelto en la de 19 de julio y, con base en la misma doctrina, ordena igualmente la cancelación de la cláusula añadida al contrato de compraventa en parecidos términos. Por eso no ha sido objeto de comentario separado. Sin embargo, debe recordarse que la cláusula contenida en la segunda Resolución presenta una novedad digna de ser tenida en cuenta. En ella, el derecho de reversión se establece a favor del vendedor de la finca correspondiente y *sus sucesores*. De modo que ya no cabe pensar aquí en un derecho personalísimo e intransmisible para evitar su duración indefinida, como decíamos antes, sino que aquí esa indeterminación se pacta y se inscribe (?), salvo que se suponga que debe estar sujeta a la limitación hereditaria general del artículo 781 del Código civil. A pesar de lo cual, la solución jurisprudencial es la misma, por estimar también que no era un derecho real. Todo lo cual reafirma la tesis del derecho personal indebidamente inscrito y cancelable por tanto, y niega la configuración como real de ese derecho tan imprecisamente regulado.

M. A. G.

4. PROCEDE DENEGAR LA ANOTACIÓN PREVENTIVA ORDENADA POR MANDAMIENTO JUDICIAL DADO EN TRÁMITE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA, QUE DISPUSO LA LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD PRIVADA ENTRE EL TITULAR REGISTRAL DE LA FINCA Y SU SOCIO INDUSTRIAL, PORQUE NO CABE LA ANALOGÍA QUE SE PRETENDE CON LA ANOTACIÓN DE DERECHO HEREDITARIO DEL NÚMERO 6.º DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY HIPOTECARIA, Y EL MISMO MANDAMIENTO EXPRESA CLARAMENTE QUE NO SE TRATA DE OBTENER LA DE EMBARGO.

Resolución de 11 de octubre de 1973 (B. O. del E. de 29 de octubre).

Antecedentes de hecho.—Promovida demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián por don Víctor de Felipe Martínez contra don Lucas Echeveste Gabaraín, éste formuló reconvencción pronunciándose sentencia el 28 de junio de 1967, confirmada en apelación por la Audiencia Territorial de Pamplona con fecha 28 de septiembre de 1968, y por el Tribunal Supremo, en casación, el 27 de junio de 1969, en cuyo fallo se dice, en lo que interesa, lo siguiente: «Que dando lugar, en parte, a la reconvencción debo declarar y declaro la existencia de una sociedad privada entre don Víctor de Felipe Martínez y don Lucas Echeveste Gabaraín, siendo el primero el socio capitalista, y el segundo, el socio industrial, para la compra y urbanización de la finca 'Castell Arnau', de Sabadell. Que asimismo declaro que la participación de don Lucas Echeveste Gabaraín es del 25 por 100 de los beneficios líquidos, una vez deducidos el capital aportado por don Víctor para la compra de la finca y ejecución de las obras y el 6 por 100 de interés anual sobre dicho capital. Que debo declarar y declaro disuelta dicha sociedad al terminar la primera fase de las operaciones de urbanización y quedar suspendidas las obras hacia el año 1961, por las razones expuestas en el considerando respectivo, ordenando su liquidación, que se practicará en ejecución de sentencia, haciendo pago a don Lucas Echeveste del haber social que resultase según la participación referida.» Firme y ejecutoria la sentencia, a petición de parte, el Juzgado de San Sebastián dictó, el 15 de diciembre de 1969, providencia acordando ordenar notación preventiva sobre la inscripción de la finca afectada en el Registro de la Propiedad de Sabadell, en cuanto a la parte del fallo referente a la reconvencción.

Librado el oportuno mandamiento el 2 de febrero de 1970 y presentado en el Registro de la Propiedad de Sabadell, fue devuelto con nota denegatoria redactada en los siguientes términos: «No admitida la anotación preventiva interesada en el precedente mandamiento—acompañado de otro aclaratorio, fecha 3 de junio último—por los siguientes defectos: 1) Estar la finca inscrita a nombre de Víctor de Felipe Martínez, persona distinta de aquella contra quien se procede en autos y que precisamente es la parte

demandante. 2) No expresarse con claridad la clase de anotación preventiva que se pretende, si bien parece que se trata de un embargo. 3) En este último caso, no se expresa el importe del principal y accesorios del mismo. Estimando el primer defecto de carácter insubsanable, no procede la anotación preventiva de suspensión, que tampoco ha sido solicitada por el presentante. Sabadell, 3 de agosto de 1971.»

En vista de ello, a petición del recurrente, el Juez de Primera Instancia de San Sebastián dictó nueva providencia el 26 de enero de 1972, en cuyo subsiguiente mandamiento para el Registro se puntualiza: «1.º Que si se ordena la anotación preventiva contra la finca inscrita a nombre de don Víctor de Felipe Martínez, que es el demandante en autos, es debido a que por el demandado, don Luis Echeveste Gabarain se formuló reconvencción contra dicho don Víctor de Felipe Martínez, dando lugar a uno de los pronunciamientos de la sentencia, estimando la reconvencción y condenando a don Víctor de Felipe Martínez, pronunciamiento que es el que motiva la presente anotación preventiva. 2.º Que la anotación preventiva que se pretende es la del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, por la identidad de reglas entre la liquidación de sociedad y la partición de las herencias, establecida en el artículo 1.708 del Código civil, habiéndose dado cumplimiento a lo prevenido en el artículo 46 de la misma Ley Hipotecaria, puesto que la anotación se ordena practicar mediante providencia judicial obtenida por los trámites del artículo 57, con la circunstancia de mayor valor para nuestro caso de que el juicio verbal previsto en este último artículo ha sido un juicio declarativo de mayor cuantía. 3.º Que por no tratarse de anotación por motivo de embargo, no procede hacer expresión del importe del principal y accesorio del mismo.»

Presentado este mandamiento el 21 de marzo, después el 7 de junio y luego el 22 de agosto de 1972, recayó sobre el mismo la siguiente nota: «Denegada la anotación a que hace referencia el mandamiento que antecede, por observarse el defecto insubsanable de no encajar la misma en ninguno de los apartados del artículo 42 de la Ley Hipotecaria y no determinarse concretamente el objeto de la reconvencción. Queda un ejemplar del mandamiento archivado bajo el número 98. Sabadell, 19 de octubre de 1972.»

El Abogado don Manuel Pérez Buendía, en la representación que ostentaba de don Lucas Echeveste Gabarain, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: «Que cuando se pidió la anotación preventiva del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria no se opuso a la misma don Víctor de Felipe; que, en cambio, el Registrador de Sabadell rechazó el primer mandamiento, alarmado por la venta masiva de terrenos de la finca 'Castell Arnau' realizada por don Víctor de Felipe, por lo que se solicitó del Juzgado requerir a dicho señor para que se abstuviese de enajenar; que apeló don Víctor y la Audiencia Territorial de Pamplona dictó auto el 21 de enero de 1972, en el que se manifestaba no haber tenido cumplimiento la anotación acordada con referencia a la liquidación de la sociedad particular existente entre los litigantes, 'para lo que no se ven impedimentos que la dificulten si toma la permanente iniciativa'; que siguiendo la línea anteriormente marcada, la misma Audiencia de Pamplona, en auto de 23 de septiembre de 1972, declara que 'debe procederse a la ejecución de la sentencia en cuanto a la liquidación de la sociedad civil relativa a la finca 'Castell Arnau', de Sabadell, a cuyo efecto habrá de citarse a las partes para la formación de inventario del patrimonio social existente, al tiempo que la ejecutoria señala como de disolución de la referida sociedad, y una vez formalizado el mismo habrá también de convocarse a la junta de socios, a los efectos prevenidos por el artículo 1.068 de la Ley Rituaria en relación al 1.708 del Código civil, practicándose los demás trámites a que haya lugar hasta liquidar la so-

ciudad y hacer pago a don Lucas Echeveste del haber que como socio industrial le pertenece'; que es de destacar la actitud de la Sala de Pamplona ante esta anotación preventiva del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que aunque no discutida en el recurso resuelto por auto de 21 de enero, fue criticada sistemáticamente por la contraparte; que la Sala no se pronuncia en contra de la anotación, sino que la mantiene, y si decreta la nueva medida aseguratoria de prohibición de enajenar no es por vía de sustitución de algo que no procede, sino como refuerzo o complemento de lo que está resultando insuficiente, que es la anotación antes referida, 'que si bien fue acordada, no ha obtenido cumplimiento hasta la fecha', y que como fundamentos de derecho señalaba los artículos 42, 6, de la Ley Hipotecaria; 99 del Reglamento dictado para su ejecución; 406, 1.669 y 1.708 del Código civil, y 359, 921, 924, 926, 1.030 y 1.097 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

El Registrador informó: Que ante la perspectiva de tener que denegar la práctica de la anotación preventiva ordenada, solicitó el parecer de sus dos compañeros cotitulares de la oficina, que actualmente funciona en régimen de división personal, y ambos le manifestaron su conformidad con el criterio mantenido; que el problema planteado se reduce a determinar si es posible practicar una anotación preventiva no establecida en ninguna ley, por analogía con alguna de las previstas en el artículo 42, concretamente la de su apartado 6; que la respuesta debe ser negativa, de conformidad con los términos del citado precepto legal, así como de la doctrina científica y jurisprudencial, señalando al efecto las Resoluciones de 13 y 14 de diciembre de 1960; que, en consecuencia, no puede admitirse la práctica de anotaciones preventivas por analogía, pues ello supondría quebrantar el sistema de *numerus clausus* establecido en esta materia por nuestro ordenamiento jurídico; que, por otra parte, no aprecia la analogía que encuentra el recurrente entre la anotación que pretende y la del derecho hereditario previa a la partición de herencia, que según resulta de la Exposición de Motivos de la ley que la estableció está pensada exclusivamente para el citado derecho, mientras que en el caso presente se trata de una sociedad privada en trámites de disolución; que el recurrente presenta, juntamente con su escrito de interposición del recurso gubernativo, dos testimonios de autos de la Audiencia Territorial de Pamplona, en el primero de los cuales se decreta una prohibición de enajenar, pero este auto no fue recogido ni siquiera mencionado en el mandamiento judicial, cuya anotación fue denegada, por lo que no pudo ser tenido en cuenta en la calificación correspondiente; que, como reconoce el recurrente en su cita de fundamentos de derecho, el Registrador puede calificar la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiese tomado, precepto corroborado por abundante jurisprudencia, que es ocioso reproducir; que el recurrente dice que presentó tres veces el documento calificado, a lo que contesta como aclaración que los dos primeros asientos de presentación fueron oportunamente cancelados por haber sido retirado dicho documento para subsanar defectos sin volverlo a presentar hasta después de transcurrido el tiempo de duración de los mencionados asientos, y que, en resumen, de acuerdo con lo precedentemente expuesto, es imposible la práctica de la anotación que se pretende.

El Magistrado-Juez que intervino en el procedimiento informó: Que dados los argumentos del Registrador estima improcedente la anotación, que fue ordenada en trámite de ejecución de sentencia, al amparo del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

Y la Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve la

apelación del recurrente (1) acordando confirmar el auto apelado y la nota del Registrador, en base a los siguientes considerandos:

Doctrina de la Dirección General.—La cuestión planteada en este recurso consiste en resolver si puede practicarse, al amparo del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, una anotación preventiva ordenada en un mandamiento judicial y que tendría por objeto garantizar en trámite de ejecución de sentencia la efectividad del fallo, que establece la liquidación de una sociedad privada entre el titular del inmueble y su socio.

La pretendida anotación no aparece justificada, en base al número 6 del referido artículo 42 de la ley, ya que ésta se refiere a la constancia en el Registro del derecho hereditario en abstracto antes de realizarse la partición o adjudicación concreta de bienes, sin que quepa ampliar su contenido—por una razón de analogía, en este caso más que discutible—por la remisión que el artículo 1.708 del Código civil hace en la liquidación de la sociedad a las reglas de la partición de la herencia, pues aparte de que, como ya se ha indicado, la anotación de derecho hereditario se refiere precisamente al supuesto en que no ha habido partición—y para evitar el confusionismo que se derivaba antes de la reforma de la Ley de 1944, es por lo que ésta transformó el sistema y ordenó que en vez de inscripción se practicara un asiento de anotación preventiva—, es lo cierto, además, que poco tiene que ver con este tipo de asiento el caso del socio industrial que acredita determinados derechos económicos frente a la sociedad para que pueda anotarse en el Registro la correspondiente declaración judicial de condena que reconoce la existencia de un crédito en forma indeterminada.

Tampoco cabe practicar la anotación sobre la base de otro de los apartados del artículo 42, dado que, de una parte, claramente se expresa en el mandamiento que no se trata de la de embargo y que por este motivo se omite toda «referencia al importe del principal y accesorios», y de otra, sólo pueden practicarse aquellas anotaciones que concretamente se encuentran establecidas o tengan su fundamento en un dispositivo legal, como reiteradamente ha declarado este Centro directivo.

Las fotocopias de los dos autos de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona en los que se decretan unas prohibiciones de enajenar de los bienes del titular registral, y que podrían dar lugar a la práctica de la anotación preventiva del artículo 42, número 4, aparte de no ser documentos, tal como se han presentado, que reúnan los requisitos necesarios que la legislación hipotecaria exige para ser tenidos en cuenta en la calificación, por otro lado, su contenido no aparece recogido en el mandamiento discutido.

El funcionario calificador actuó dentro de los límites del principio de legalidad, ya que establece el artículo 99 del Reglamento Hipotecario que para los documentos judiciales está facultado a examinar la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiese dictado, y al no poderse anotar el mandamiento por todo lo anteriormente indicado, existe la incongruencia, que el auto presidencial reconoce expresamente y que obliga a mantener la nota denegatoria.

COMENTARIO.—La Dirección tenía que resolver esta apelación como lo ha hecho, máxime después que el Magistrado Juez que intervino en el procedimiento y el Presidente de la Audiencia habían dado la razón al Registrador.

Efectivamente, la anotación preventiva del número 6 del artículo 42 de la ley difícilmente puede ser objeto de extensión analógica por su ámbito, por su esencia y por su historia. Pero aunque algún día la jurisprudencia

(1) VISTOS: Los artículos 1.708 del Código civil; 42, 46 y 57 de la Ley Hipotecaria, 99 y 145 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 3 y 14 de diciembre de 1960

se decidiera a aplicarla por analogía transportándola del campo del derecho hereditario *in abstracto* y de la comunidad hereditaria a cualquier otro tipo de comunidad, siempre habría de partirse de la idea de que el anotante tuviera o pretendiese un derecho real de condeño sobre la finca. Por ello no se explica la necesidad de acudir a la aplicación analógica de esta anotación cuando su cometido está perfectamente cubierto por la anotación de demanda en que se ejerce la *actio communis dividundo*.

Si se trataba de garantizar solamente un crédito pecuniario sobre la finca del socio capitalista, la procedente era la anotación de embargo, pero el segundo mandamiento cerraba este camino al explicar que la falta de cantidad a garantizar en el primero era precisamente porque no se trataba de una anotación de embargo.

En realidad, el problema que debieron plantearse el señor Echeveste y su Letrado era si procedía la anotación de la demanda de reconvencción o la inscripción de la sentencia en ejecución, y al no dirigirse directamente por ninguno de estos dos caminos nos hace pensar que había en el desarrollo del procedimiento, en el contenido de la demanda de reconvencción y en la sentencia, confirmada en apelación y en casación, algo que dificultaba la anotación de la demanda o la inscripción de la sentencia, o la insuficiencia de ambas para restringir la plena facultad dispositiva del socio capitalista como dueño y titular registral de la finca «Castell Arnau». Basta leer el resultado que contiene el escrito de recurso del señor Pérez Buendía, las referencias que en él, en el informe del Registrador y en el considerando cuarto se hacen a dos autos decretando prohibiciones de enajenar que, al parecer, nunca se intentaron anotar, para comprender que existió en todo momento poca seguridad sobre lo que se pretendía.

Por el resultando primero sólo sabemos que la sentencia declaró la existencia de una sociedad «privada» entre don Víctor (socio capitalista) y don Lucas (socio industrial) para la compra y urbanización de la finca «Castell Arnau», y que la participación del segundo es del 25 por 100 de los beneficios líquidos, una vez deducido el capital aportado por don Víctor para la compra de la finca y la ejecución de las obras, y el 6 por 100 de interés anual sobre dicho capital; declarando también disuelta dicha sociedad y ordenando su liquidación en ejecución de sentencia, haciendo pago a don Lucas del haber social que resulte según la participación referida.

Esto es insuficiente para saber si la demanda de reconvencción por su contenido era anotable, al amparo del número 1 del artículo 42 de la ley; para saber la posición de los litigantes y de la sentencia en relación con los artículos 1.667, 1.668, 1.669, 1.687 y 1.708 del Código civil (2) (pues entendemos la expresión *sociedad privada* en el sentido de civil particular) y, en general, para saber todo cuanto se refiere a la personalidad jurídica de la sociedad declarada existente, a la titularidad dominical de la finca durante la sociedad y al disolverse la misma y a si en alguna forma o momento el socio industrial o la sociedad ostentaron dominio o condominio en la misma.

El Vistos de la Resolución cita las dos Resoluciones siguientes:

La Resolución de 3 de diciembre de 1960, que vino a determinar que no cabe basar en el número 10 del artículo 42 de la ley, ni tampoco en el número 1 del mismo, la anotación ordenada por un mandamiento de un Juez Instructor en causa seguida, conforme al Código de Justicia Militar, sobre el vuelo de una finca inscrito a favor de persona distinta del encausado, para garantizar los derechos del Estado, adjudicatario de la finca, en tanto la Dirección de lo Contencioso entable la demanda ante los Tribunales civiles.

(2) Especialmente de este último que prohíbe aplicar al socio industrial el todo o parte de los bienes aportados, salvo pacto

La de 14 de diciembre del mismo año, que confirmó la nota del Registrador, que rechazaba la inscripción y la anotación de un mandamiento y auto, por el que, en procedimiento ejecutivo seguido por un padre, fiduciario, contra su hijo, fideicomisario, se adjudicaba al primero los derechos que pudieran corresponderle al segundo por el testamento de su abuelo. Se basó en la falta de claridad del mandamiento (el Juez del procedimiento entendió que la anotación solicitada era de derecho hereditario, mientras el recurrente parecía pretender que se practicase sobre la titularidad del fiduciario ejecutante, como advertencia a los terceros de la adjudicación a su favor de los eventuales derechos del fideicomisario); en que la anotación de derecho hereditario no procedía por haber partición entre los fiduciarios; en que no hay inscripción a favor de los fideicomisarios por no ser conocidos, y en que la garantía que se pretende (advertir que el fideicomisario no puede especular con sus eventuales derechos adjudicados a su padre) no es tampoco viable por anotación de embargo, por haber ya adjudicación de la finca, ni puede fundarse en ninguno de los restantes números del artículo 42.

No se cita en el vistos la Resolución de 30 de junio de 1967, una de las más restrictivas en torno al problema de la anotación preventiva del número 3 del artículo 42 de la ley. Se trataba de una ejecución de sentencia condenando a los demandados a cumplir en todas sus partes un contrato de venta en documento privado y a otorgar escritura pública para solemnizarlo, en ejecución de la cual se dictó mandamiento de anotación de la ejecutoria. Hubo anotación de la demanda, pero se había dejado caducar, y la Dirección establece que no procede la anotación del número 3 del artículo 42, porque en el mandamiento no se ha decretado el embargo a que hace referencia el artículo 923 de la Ley de Enjuiciamiento y 141 del Reglamento Hipotecario; porque la sentencia o bien contiene la condena de hacer o entregar una cosa, y entonces se procederá a darle cumplimiento mediante su inscripción, o bien le obliga al condenado a entregar una cantidad, y entonces podrá decretarse el embargo, que es el supuesto del artículo 42, 3, y que no corresponde al caso planteado.

Tal doctrina parece la correcta, está reglamentariamente consagrada por el artículo 141 del Reglamento y es la mantenida por ROCA SASTRE, que incluye toda la anotación del número 3 del artículo 42 dentro de las anotaciones de embargo. Y parece también la correcta, porque es difícil imaginar procesos en que la sentencia y su ejecución no queden perfectamente garantizadas con la anotación de la demanda hasta el momento de la inscripción de la sentencia y de las diligencias o resoluciones judiciales de su ejecución.

Pero demanda, sentencia y ejecución de la sentencia no son siempre tres piezas que ajustan perfectamente. En mi comentario a la Resolución de 25 de septiembre de 1972 (3) destacaba que las múltiples atenuaciones del principio de congruencia dificultan la concepción de la inscripción de la sentencia como una mera conversión de la anotación de demanda, en cuanto ésta puede ser desbordada o alterada por aquélla. Ahora tenemos que observar cuántas veces una ejecución de sentencia puede conducir a pronunciamientos judiciales referentes a alteraciones reales resultantes de la sentencia, pero no inmediatamente expresadas en ella. Y ante los frecuentes recursos referentes a anotaciones ordenadas en ejecución de sentencia en que no se acierta con el número del artículo 42 a través del cual pueden ingresar en el Registro, cabe preguntarse si no tendrá razón CAMY cuando trata de dar aplicación extensiva al apartado 3.º de este artículo para cubrir todos aquellos casos en que la ejecución de la sentencia requiere una actuación del condenado (o del Juez, en su nombre), que es indispensable para reflejar en el Registro los derechos reconocidos

(3) Esta Revista, núm. 494, enero-febrero 1973, pág. 185

por ella (4). Acaso no sea muy forzada esta opinión de CAMY, a la vista del artículo 926 de la Ley de Enjuiciamiento: la anotación de la sentencia sería una de las diligencias conducentes al fin de poner en posesión del inmueble al que ganó el pleito.

No podemos profundizar en este problema, que nos llevaría a graves cuestiones relacionadas con la evolución jurisprudencial en torno a las demandas que pueden ser objeto de anotación, al cumplimiento forzoso en forma específica de la obligación de hacer que envuelve la emisión de una declaración de voluntad y, en definitiva, a la trascendencia de la forma y de la tradición en las transmisiones y derechos reales inmobiliarios. Sólo diremos que en el orden natural de las cosas (demanda correctamente formulada a la vista de la situación registral y mantenimiento de idénticos criterios sobre el Derecho positivo vigente a todo lo largo del pleito) será difícil que una correcta y completa anotación de demanda no garantice totalmente al demandado (igual en nuestro caso de reconvencción); pero si pensamos en las excepciones al principio de congruencia entre demanda y sentencia y en los imprevisibles giros que a la *quaestio juris* puede ir dando el proceso, no es absurdo pensar que sean convenientes cautelas registrales posteriores a la sentencia encaminadas a garantizarla más directamente.

De todas maneras, en la Resolución comentada, lo que se pretendía garantizar quedaba en todo caso con tal confusionismo, que chocaba abiertamente con el principio de determinación de los derechos inscritos o anotados. Si se confesaba que no se pretendía anotación de embargo ni de prohibición de enajenar, y la sentencia ni concedía una cuota indivisa de la finca al socio industrial ni le condenaba al socio capitalista a entregársela, ¿qué se pretendía anotar? Como dijimos, creo que la Dirección no podía resolver de otra manera.

Pero también creo que la amplia expresión del número 3 del artículo 42 de la ley, a pesar del 141 del Reglamento, puede amparar alguna anotación razonable en ejecución de sentencia mejor que forzadas analogías con la anotación de derecho hereditario, y mejor que imprecisas alegaciones del cajón de sastre del número 10 del mismo artículo.

T. C. G.

(4) BUENAVENTURA CAMY *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. V, págs. 376 a 378.

REGISTRO MERCANTIL

1. ESTATUTOS SOCIALES.—CONTRADICCIÓN ENTRE LOS PRECEPTOS ESTATUTARIOS QUE REGULAN LA ASISTENCIA Y VOTO Y EL DERECHO DE VOTO.

EL REGISTRADOR, SOBERANO EN SU CRITERIO, PUEDE INSCRIBIR LOS ESTATUTOS Y CONFORMAR SU LECTURA CON LA VOLUNTAD REAL QUE LOS ACORDÓ, Y SIN NECESIDAD DE SOMETERSE A LA DECISIÓN DE UNA NUEVA JUNTA GENERAL.

Resolución de 13 de octubre de 1973 (B. O. del E. de 6 de noviembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura otorgada en Burgos, ante el Notario don José María Mur, el 24 de diciembre de 1964, se constituyó la Compañía Mercantil «Sociedad de Comercialización de Productos Agrícolas Ganaderos y Forestales, S. A.», que se inscribió en el Registro. Su capital social fue de 75.000.000 de pesetas, representado por 15.000 acciones ordinarias de 5.000 pesetas nominales cada una, que fueron suscritas por los accionistas y enteramente desembolsadas. Por otra escritura, autorizada por el mismo Notario el 2 de octubre de 1969, se amplió el capital social modificándose, en consecuencia, el artículo 5 de los Estatutos. Inscribita esta escritura en el Registro, el texto entonces vigente de los artículos 5, 12 y 23 de los Estatutos era el siguiente:

«Artículo 5. Capital social.—El capital social se fija en 150.000.000 de pesetas, representado por 30.000 acciones ordinarias de 5.000 pesetas nominales cada una, que confieren a sus titulares la condición de socio y le da derecho a la parte proporcional del capital social y de las ganancias que la Sociedad obtenga, así como del patrimonio resultante en caso de liquidación. Estas acciones serán nominativas y sus títulos estarán numerados correlativamente del 1 al 30.000, firmadas por el Presidente y el Secretario del Consejo de Administración, quienes firmarán también las matrices del libro-talónario del que aquéllas han de desprenderse.»

«Artículo 12. Los accionistas que ostenten participación superior a 50.000 pesetas desembolsadas tienen derecho a asistir con voz y voto a las Juntas generales de la Sociedad y a elegir y ser elegidos para el desempeño de cualquiera de los cargos del Consejo de Administración a Junta. Quienes no reúnan la cifra de capital antes fijada podrán agruparse a los fines antes citados.»

«Artículo 23. Cada diez acciones dan derecho a un voto, y los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos. Mas cuando se trate de alguno de

los asuntos enumerados en el segundo párrafo del artículo anterior, la válida adopción del acuerdo requerirá el *quorum* de dos tercios de los votos presentes o representados en la Junta.» En cumplimiento de acuerdos adoptados en Junta general extraordinaria de la citada Sociedad, celebrada en segunda convocatoria el 3 de agosto de 1972, se otorgó escritura el 29 de diciembre del mismo año, ante el Notario de Burgos don Germán Cabrero Gallego, en la que, como consecuencia de pérdidas, se redujo el capital social en 147.000.000 de pesetas, fijándolo en 3.000.000 de pesetas, mediante la disminución del valor nominal de cada una de las 30.000 acciones en 4.900 pesetas, quedando, en su consecuencia, el nominal de cada acción en 100 pesetas, modificándose el texto de los artículos 5, 12 y 23 de los Estatutos, que quedaron con la siguiente redacción:

«Artículo 5. El capital social se fija en 3.000.000 de pesetas, representado por 30.000 acciones ordinarias de 100 pesetas nominales cada una completamente desembolsadas. Las acciones serán al portador y los títulos estarán numerados correlativamente, siendo firmados por el Presidente y Secretario del Consejo de Administración, quienes firmarán también las matrices del libro-talonario del que aquéllos han de desprenderse.»

«Artículo 12. Tienen derecho a asistir con voz y voto a las Juntas generales de la Sociedad los accionistas tenedores de diez o más acciones de la Sociedad, cualquiera que fuere el nominal de las mismas; quienes no reúnan el número de acciones antes citado podrán agruparse a los fines expresados.»

«Artículo 23. Los acuerdos se tomarán por mayoría de votos, correspondiendo un voto por cada 50.000 pesetas nominales.»

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentado este documento en unión de testimonio de los anuncios indicados para convocatoria de la Junta general, expedido el día 8 del corriente mes por el mismo Notario autorizante de esta escritura, se deniega su inscripción por existir contradicción en cuanto al derecho de voto en la nueva redacción dada a los artículos 12 y 23 de los Estatutos; de ello resulta no consta con exactitud el número mínimo de acciones que es necesario poseer para tener derecho a votar en las Juntas generales, como para estos casos exige el artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas. El defecto se estima insubsanable.»

Don Antonio de Santiago Díaz Güenes, en representación de la citada Sociedad, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que realmente no existe contradicción entre los artículos 12 y 23 de los Estatutos, sino que más bien se complementan al regular el ejercicio de dos diferentes derechos del accionista, cuales son el de asistencia a las Juntas y el voto en la misma, siendo claro que quien carece del primero, carece asimismo del derecho de votar; que según el artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas cada acción por sí sola concede a su legítimo tenedor una serie de derechos mínimos y necesarios de carácter abstracto, entre ellos el de votar en las Juntas generales «cuando se posean el número de acciones que los Estatutos exigen para el ejercicio de este derecho»; que, por tanto, si bien la acción no puede ser privada del derecho de voto que lleva inherente, sí pueden los Estatutos limitar el ejercicio de dicho derecho exigiendo un mínimo de acciones para poder votar; que haciendo uso de tal facultad, la nueva redacción del artículo 23 estatutario establece que corresponde un voto a cada 50.000 pesetas nominales; que puesto que la ley no distingue, da igual establecer la señalada limitación en la relación al número de acciones poseídas o a un nominal mínimo de dichos títulos; que es antecedente necesario del derecho al voto el de la asistencia a las Juntas, que puede revestir dos modalidades, asistencia con voz y voto, y asistencia con

voz, pero sin voto, frecuente en los Administradores que no son accionistas; que la asistencia con voz y voto es la que corresponde a todos los accionistas, pero puede ser limitada en su ejercicio al poder exigirse por los Estatutos un mínimo de acciones para poder emitirlo, como reconoce el artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas; que haciendo uso de dicha facultad, el artículo 12 de los Estatutos dispuso en su actual redacción que «tienen derecho a asistir con voz y voto a las Juntas generales de la Sociedad los accionistas tenedores de diez o más acciones de la Sociedad, cualquiera que fuese el nominal de las mismas .»; que de lo expuesto resulta claro que no hay contradicción alguna entre ambos preceptos, pues mientras el artículo 12 exige un mínimo de diez acciones para poder asistir a las Juntas, el 23 establece la cantidad de 50.000 pesetas nominales para tener derecho a voto; que la citada dualidad de limitaciones al derecho de asistencia y al de voto es perfectamente válida, puesto que lo permite la vigente Ley de Sociedades Anónimas en sus artículos 38 y 39; que no existe inexactitud en el número de acciones que es necesario poseer para tener derecho al voto, al estar determinados el valor nominal de cada acción, en función del cual puede deducirse el número de títulos precisos para componer el importe señalado; que si ahora hay contradicción, igual existiría antes, pues lo mismo da referirse a acciones por un determinado valor o a un valor sabiendo el que cada acción representa; que la modificación de Estatutos en este punto vino impuesta por la reducción del capital social y la nueva valoración de las acciones en 100 pesetas, lo que exigiría la posesión de 500 acciones para poder asistir a las Juntas, siendo así que la mayoría de los accionistas no eran propietarios de tal cantidad; que con la actual redacción todo accionista que antes tenía derecho a asistir a las Juntas lo conserva ahora, con la sola diferencia de que deberá agruparse con otros si no alcanza por sí solo el mínimo de 50.000 pesetas exigido para poder votar, y que como fundamentos de derecho señalaba los artículos 38 y 39 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que del texto de los artículos 38 y 39 de la Ley de Sociedades Anónimas resulta incuestionable que para que la limitación del derecho de voto surta efecto debe constar en los Estatutos el número de títulos que el accionista debe poseer para poder ejercitarlo personalmente en las Juntas generales, sin que haya inconveniente en que en vez de expresar el número de acciones se haga constar el mínimo de capital social que se precisa poseer, fórmula quizá más apropiada para Sociedades con acciones de distinto valor nominal según las series de las mismas; que las limitaciones a los derechos de asistencia y voto que permiten las disposiciones legales es normal establecerla como se ha hecho en el presente caso; que la contradicción existe al decir el artículo 12 de los Estatutos que «tienen derecho a asistir con voz y voto a las Juntas generales de la Sociedad los tenedores de diez o más acciones cualquiera que fuere el nominal de las mismas», y el 23, que se tendrá un derecho de voto por cada 50.000 pesetas nominales», es decir, que según el artículo 12 se tiene derecho de asistencia y voto con diez acciones, o sea, 1.000 pesetas nominales de capital, y según el artículo 23, con 50.000, y que la anterior contradicción no puede armonizarse con la documentación presentada, por lo que para rectificar el defecto señalado se precisa un nuevo acuerdo de la Junta general de la Sociedad y otorgamiento de la correspondiente escritura.

La Dirección General confirma el acuerdo y nota del Registrador mercantil con la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.*—Vistos los artículos 38 y 39 de la Ley de Sociedades Anónimas, considerando que reconocido por el Registrador, aunque con cierta reserva inoperante, que para dar cumplimiento a los artículos 38 y 39 y establecer estatutariamente limitaciones al artículo 23 de los Estatutos, no hay inconveniente en que, en vez de expresar el número de acciones que el accionista debe poseer para poder ejercitar su derecho en las Juntas generales, pueda esto hacerse a través del número de capital social que se precise poseer, sin embargo, queda en pie no una cuestión doctrinal, sino la contradicción textual entre los artículos 12 y 23 de los Estatutos en su nueva redacción, cuya simple lectura lo evidencia, una vez que el primero asegura el derecho de «asistencia y voto» con un mínimo de diez acciones, o sea, 1.000 pesetas nominales de capital, mientras que el segundo declara que se tendrá «un derecho de voto por cada 50.000 pesetas nominales».

Considerando, no obstante, que si es cierta la contradicción incurrida en la redacción castellana de los artículos estatutarios indicados, también resulta evidente, por su contexto, que en el primero se quiere establecer el requisito para la mera asistencia a las Juntas, sobrando, por tanto, la referencia al voto, en tanto que en el segundo se establece específicamente el requisito para la emisión de voto, más exigente que el anterior, pero no incompatible con él.

Considerando que si el funcionario calificador así lo entendiera—cuestión en la que este Centro no puede entrar, por ser el Registrador soberano en su criterio—, podría inscribir los Estatutos al conformar su lectura con la voluntad real que los acordó y sin necesidad de someterse a la decisión de una nueva Junta general.

C) *COMENTARIO.*—Vamos a considerar dos de las diversas cuestiones que plantea el presente recurso. La previa, de si existe o no contradicción entre los preceptos estatutarios que regulan los derechos de asistencia y voto en las Juntas generales, y la cuestión de fondo, relativa al ámbito de la calificación registral y sus relaciones con la interpretación.

En el supuesto que se examina, el Registrador mercantil deniega la inscripción de la escritura de reducción de capital social y modificación de estatutos, por estimar que existe contradicción en cuanto al ejercicio del derecho de voto en los artículos 12 y 23 de aquéllos, que literalmente dicen: Artículo 12: «Tienen derecho a asistir con voz y voto los tenedores de diez o más acciones.» Artículo 23: «Los acuerdos se tomarán por mayoría de votos, correspondiendo un voto por cada 50.000 pesetas nominales» —hacemos la salvedad de que el nominal de cada acción es de 100 pesetas—. En base a estos preceptos estatutarios, el Registrador denuncia en su nota que «no consta con exactitud el número mínimo de acciones que es necesario poseer para tener derecho a votar en las Juntas generales», y que, por tanto, se ha infringido lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Del examen de este precepto, puesto en relación con el 39 de la misma ley, resulta que ambos artículos conceden una doble autorización a los Estatutos: privar del derecho de asistencia a las Juntas al accionista que no posea un determinado número de acciones y privar del derecho de emisión de voto al accionista asistente a las Juntas que no posea un determinado número de títulos, el cual tendrá «voz», es decir, podrá intervenir en las deliberaciones, conforme a lo dispuesto en los artículos 11 y 65 de la ley, pero que precisará para el ejercicio del derecho de voto de una previa agrupación de acciones con otro u otros accionistas hasta completar el mínimo estatutario exigido. En consecuencia, los derechos de asistencia y de voto, aunque normalmente van unidos, no pueden ni deben confundirse, ya que obedecen a supuestos que difieren esencialmente. Así,

AGUSTÍN VICENTE GELLA (1) dice que el derecho de concurrir a la Junta general de accionistas se determina sin tener en cuenta los acuerdos que pueden adoptarse en la misma. Por el contrario, el derecho de voto sólo puede concretarse en relación precisamente con cada una de las resoluciones que deban ser objeto de la decisión de la Asamblea. Por ello, una persona puede ostentar la facultad de concurrir a la reunión sin posibilidad, no obstante, de votar en la misma.

Traemos a colación estas breves consideraciones, porque es precisamente el recurrente quien se esfuerza en explicar la contradicción entre ambos preceptos estatutarios, partiendo de la distinción entre los derechos de asistencia y voto, con olvido de que ésa no es la cuestión primordial del recurso, sino la que se deriva de la disparidad expresada, con la que no tiene más remedio que enfrentarse dando la razón al buen criterio del Registrador, al decir «que de lo expuesto resulta claro que no hay contradicción alguna entre ambos preceptos estatutarios, pues mientras el artículo 12 exige un mínimo de diez acciones para poder asistir a las Juntas, el 23 establece la cantidad de 50.000 pesetas nominales para tener derecho a voto», y decimos que confirma la nota del Registrador, ya que deliberadamente omite que el artículo 12 expresa algo más: que tienen derecho a *asistir con voz y voto*. No nos detendremos, por tanto, en la evidente disparidad entre ambos preceptos, ya que cualquiera que sea la interpretación que se les dé, inexcusablemente conduce al resultado denunciado, ni en la cuestión marginal de si para el ejercicio del derecho de voto debe constar en los estatutos el número de acciones o el mínimo de capital social que el accionista debe poseer, ya que estimamos que es decir lo mismo con diferentes palabras, aparte de que sobre tal cuestión están plenamente de acuerdo, tanto el recurrente como el Registrador y la Dirección General en su primer considerando. Pero sí queremos analizar más detalladamente el contenido de los dos restantes considerando por la innovación que pueden suponer respecto del principio de legalidad.

El ámbito de la facultad de calificación se recoge por los artículos 5 y 44 del Reglamento del Registro Mercantil, el primero de los cuales establece la regla general de que «la calificación se basará en lo que resulte de los títulos presentados y en los correspondientes asientos del Registro», al tiempo que el artículo 44 dice que «el Registrador apreciará la no expresión o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que necesariamente deba contener la inscripción», entre las cuales exige el artículo 102, i), la forma de constituir la Junta general y la forma de tomar acuerdos. Como hemos visto, en el presente caso resulta del título presentado una patente contradicción entre dos preceptos estatutarios, pero la Dirección estima que en el primero de ellos se quiso establecer el requisito para la mera asistencia a las Juntas, sobrando, por tanto, la referencia al voto, y en el segundo, el requisito para la emisión de voto, pese a que reconoce que es cierta la contradicción incurrida en la redacción castellana de dichos artículos. En consecuencia, el tercero de los considerandos de la Resolución que se comenta plantea la duda de si puede el Registrador por su propia iniciativa proceder a interpretar la evidente contradicción que pueda resultar de un título, y proceder a su despacho sin contar con los interesados mediante la exigencia de un nuevo otorgamiento. Es indudable que el Registrador es soberano en su criterio, pero no lo es menos que sobre su calificación pesa el límite impuesto por el artículo 5 del Reglamento, antes citado, con la exigencia de que se atenga a lo que resulte del título presentado. Como queda expuesto, en el presente caso se produce una disparidad en el contenido del título, y la

(1) *Las Resoluciones de la Asamblea General de una Sociedad Anónima*, Zaragoza, 1932, página 62

propia Dirección en reiteradas Resoluciones ha mantenido la doctrina de que en tales supuestos se rechacen los documentos que por la ambigüedad de sus términos puedan engendrar situaciones de dudosa legitimidad, y que la falta de claridad en los documentos sujetos a Registro constituye defecto que impide su inscripción. Por ello, aunque a primera vista pueda resultar halagador este nuevo criterio de la Dirección, del que no hemos encontrado precedente, parece que la solución contraria es la que debe prevalecer, sobre todo si se tiene en cuenta que la Dirección y el Registrador se desenvuelven en distintos campos de actividad, pues si bien aquélla tiene la facultad interpretadora y correctora inherente a la función judicial, el segundo se ve constreñido en su actuación por lo que resulte del título y de los asientos del Registro.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y
JOSÉ QUESADA SEGURA

II. DERECHOS REALES

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL EN RELACION CON LA LEY DEL SUELO (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1972).

Hechos.—José López A. y Angel Gómez P. habían comprado dos pisos en la planta cuarta de un edificio cuya fachada posterior miraba hacia un solar que antes formaba una sola finca con el edificio, pero que al venderse los pisos fue segregado para construir sobre él un cine. Los citados pisos de la planta cuarta tenían tres balcones sobre el solar, siendo totalmente ciego el resto de la fachada posterior de dicho edificio en sus plantas primera y segunda, y con una ventana en la planta tercera. Los titulares del solar constituyeron una Sociedad Anónima, la cual realizó la construcción del edificio-cine adosado a la fachada posterior del edificio colindante hasta cerca de la ventana del piso tercero, quedando construida una terraza en el techo del cine, muy próxima, dado lo que se acaba de decir, a los balcones de la planta cuarta.

En vista de ello, José López y Angel Gómez deducen demanda contra la Sociedad propietaria del cine, alegando que existe a favor de ellos servidumbre de luces y vistas, conforme al artículo 541 del Código civil, que llevaba consigo la imposibilidad de construir a menos de tres metros de distancia de la línea de los balcones, por lo que debe demolerse la parte del edificio-cine adosada a la fachada posterior de su edificio a partir del suelo de la planta baja, ya que los actores argumentan que ellos compraron unos pisos de planta cuarta, y resultaba que con la edificación del cine y terraza sobre el mismo los pisos quedaban como si fueran de entresuelo, con escasa luz y con el peligro del fácil acceso a sus balcones a través de la terraza tan próxima.

La Sociedad demandada contesta diciendo que todo el conjunto de edificaciones y cine respondía a un Plan parcial de Ordenación realizado conforme a la Ley del Suelo debidamente aprobado, por lo que no procedía

rectificación alguna, máxime teniendo en cuenta que los actores ya sabían el destino para cine del solar colindante cuando compraron los pisos, como se podía desprender fácilmente del aspecto exterior de la fachada del edificio, al carecer de huecos en sus plantas baja, primera y segunda, lo que revelaba su destino de servir para recibir otra construcción adosada a él.

El Juzgado de Primera Instancia de Vergara dictó sentencia estimando totalmente la demanda y condenando a la entidad demandada a demoler el salón-cine en lo necesario para que entre dicha construcción y la pared del edificio del que formaban parte los pisos de los actores quedara una distancia de tres metros sin edificación.

Apelada dicha sentencia por la parte demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona dictó sentencia declarando la existencia de servidumbre a favor de los actores, pero estimó, en parte, el recurso, ya que declara que dicha servidumbre no nace desde el suelo, sino desde que el primitivo paramento en su misma fachada dejaba de ser ciego, es decir, desde la rasante del suelo del tercer piso, y como el edificio-cine rebasaba en 90 centímetros dicha rasante, debía demolerse tal exceso, añadiendo que antes de proceder a la ejecución de la sentencia se daría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley del Suelo.

La entidad demandada no se conforma con esta rectificación que hace a su favor la Audiencia e interpone recurso de casación alegando infracción de la Ley del Suelo, ya que existiendo un Plan de Ordenación aprobado no puede rectificarse la construcción realizada con arreglo al mismo sin que tenga aplicación en este caso el artículo 541 del Código civil, pues debe relacionarse con los condicionamientos y limitaciones derivadas de la Ley del Suelo, señalando, además, contradicción por parte de la sentencia apelada al aludir a la rasante en que el paramento dejaba de ser ciego, y luego considerar como tal rasante el suelo del piso tercero en lugar de la ventana de dicho piso, y error en la apreciación de la prueba aportando el ejemplar del Plan de Ordenación Urbana.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso por no existir contradicción en el fallo apelado y, en cualquier caso, porque «la contradicción ha de resultar de los términos mismos del fallo en sí y no entre éste y los hechos aceptados por la sentencia». Y también por lo que indica el tercer considerando:

«Considerando que igualmente hay que rechazar el motivo primero, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la ley procesal citada, consistente en infracción por violación de los artículos 44 y 45 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, en relación con el 541 del Código civil, por lo que la argumentación de la recurrente se refiere principalmente a la apreciación de la prueba, con la finalidad de que prevalezca su criterio, valorativo de la fundamentación de la sentencia recurrida, que ha de ser aceptado, al no haber sido combatida eficazmente, creando por sí supuestos distintos, todo lo cual integra causa de inadmisión, conforme con lo que se dispone en el número noveno del artículo 1.729 de igual ley procesal, y ahora de desestimación; pero es que, además, los preceptos alegados como infringidos, de notoria generalidad y matiz administrativo, no fueron desconocidos por la Sala de Instancia, según se deduce de la fundamentación de hecho, en la que, con base en el proyecto de ensanche de la villa de Vergara, aprobado por la Comisión Provincial de Arquitectura y Urbanismo y por la Corporación Municipal, se llega a la conclusión de que por parte de la recurrente hubo extralimitación en la construcción del cine «por haberse rebasado en 90 centímetros la rasante del muro desde que ya no era ciego».

COMENTARIO.—El problema fundamental que se plantea en este caso es el de la relación que pueda existir entre el artículo 541 del Código civil (que regula la llamada «servidumbre por destinación del padre de familia») y un Plan parcial de Ordenación Urbana regulador de las edificaciones del sector. ¿En qué medida un Plan de Ordenación Urbana puede impedir el nacimiento de la servidumbre del artículo 541 del Código o puede afectar a su contenido o provocar incluso su extinción?

En esta cuestión, el recurrente entiende que «no es válido interpretar y aplicar el artículo 541 del Código civil prescindiendo de los condicionamientos que impone la Ley del Suelo. Porque es ese Ordenamiento Urbanístico el que configura y regula las edificaciones del polígono, entre ellas el bloque primero (que es el predio dominante en el caso) y el salón-cine (que es el predio sirviente). Si la servidumbre no nace antes del Plan de Ordenación, sino como consecuencia del mismo; si el Plan se ajusta a la ley porque está aprobado sin contradicción, y si el bloque primero y el salón-cine se ha ajustado al Plan de Ordenación, la sentencia que declara una servidumbre en pugna con dicho Plan y ordena la demolición, siquiera parcial, del salón-cine infringe la ley», concretamente, los artículos 44 y 45 de la ley.

Pero el Tribunal Supremo desestima el recurso a base de estas declaraciones:

1.ª Que los artículos 44 y 45 de la Ley del Suelo son de notoria generalidad y matiz administrativo (1).

2.ª Que dichos artículos no fueron desconocidos por la Audiencia, pues con base al proyecto declaró que hubo extralimitación en 90 centímetros en la construcción del cine.

La primera declaración apuntada más bien ha de considerarse un *obiter dictum*, pues está recogida entre comas y a modo de paréntesis de la otra declaración. Esta constituye la *ratio decidendi*, pero se limita a destacar que el asunto no es como lo plantea el recurrente, ya que la Audiencia no desconoció la Ley del Suelo. Parece, pues, como si el Tribunal Supremo diera a entender que, en el fondo, la sentencia apelada aplicó la idea de compatibilidad del Plan de Ordenación con la existencia de servidumbre del artículo 541.

No obstante, en esta sentencia, el Tribunal Supremo no tiene ocasión de concretar el problema de la relación entre el artículo del Código y la Ley del Suelo.

Nosotros queremos apuntar unas meras orientaciones en este grave problema, distinguiendo la influencia de la Ley del Suelo en el nacimiento de la citada servidumbre, la influencia en la extensión o contenido de la misma y la influencia respecto a la extinción de tal servidumbre.

1.º En cuanto al nacimiento de la servidumbre del artículo 541 del Código civil puede suceder que el Plan de Ordenación le afecte impidiendo dicho nacimiento o constitución, como, por ejemplo, si prevé la construcción de los edificios de tal modo que impida la eficacia del signo externo del artículo 541 del Código. Ahora bien, creo que no será fácil que el Plan impida de una forma concreta y directa el nacimiento de la servidumbre, sino que lo que normalmente podría decirse que obstaculiza la eficacia del signo externo del artículo 541 del Código civil es la construcción de un edificio y su aprobación administrativa por no vulnerar las directrices

(1) El artículo 44 dice que "los planes, proyectos, normas, ordenanzas y catálogos serán inmediatamente ejecutivos una vez publicada su aprobación definitiva, y si se otorgase a reserva de la subsanación de deficiencias, mientras no se efectuare, carecerán de ejecutoriedad en cuanto al sector a que se refieran". Y el número 1 del artículo 45 dice "Los particulares, al igual que la Administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la presente Ley y en los planes, proyectos, normas y ordenanzas aprobados con arreglo a la misma".

del Plan. En tal caso, ya no se trata del Plan como causa directa impeditiva del nacimiento de la servidumbre, sino de la aprobación del edificio en concreto. Centrados en este sentido, no tenemos más remedio que citar la importante sentencia de 30 de junio de 1969 (resumida en esta Revista, número 476, pág. 172), en la que se lee que no se pueden involucrar dos cuestiones distintas: «a) la de la indudable virtualidad de la licencia concedida, en observancia de los proyectos plasmados conforme a la Ley del Suelo y a los que, indiscutiblemente, se ha de sujetar la urbanización de la zona (cuestión administrativa), y b) la de la eficacia del hecho de haber incluido el demandado en los proyectos presentados a la aprobación de la Autoridad Municipal los voladizos objeto de debate, cuestión de indudable naturaleza civil que no puede darse por resuelta con esa mera inclusión y aun aprobación, que, a lo sumo, y como con acierto razona la Sala de Instancia, sólo significa la ausencia de obstáculo alguno de carácter administrativo, pero no la imposición al dueño del predio contiguo de una carga que haya de soportar contra su voluntad y sin apoyo en precepto legal alguno de carácter civil». Trasladando estas ideas al presente caso, ¿no podría decirse que la aprobación de la edificación del cine lo único que revela es la ausencia de obstáculos de carácter administrativo, pero que no puede implicar una derogación de la cuestión civil del nacimiento de una servidumbre conforme al artículo 541 del Código? Es más, podríamos preguntarnos: ¿acaso rebajando la altura del edificio-cine en 90 centímetros podrá concluirse que ya no se adapta al Plan parcial de Ordenación? La compatibilidad entre la servidumbre del artículo 541 y el Plan parcial parece desprenderse de la sentencia de la Audiencia, a pesar de ordenar la modificación de la construcción.

2.º En cuanto a la influencia de los preceptos de la Ley del Suelo sobre el contenido o extensión de la servidumbre del artículo 541 del Código, es cuestión que puede tener mayor viabilidad en la práctica. Quizá a esto se refiere la sentencia de la Audiencia cuando dice que no puede nacer al amparo del artículo 541 del Código civil una servidumbre cuya extensión vulnera la Ley del Suelo: no que no pueda nacer la servidumbre del artículo 541, sino que, aun admitiendo su nacimiento, el contenido de la misma ha de entenderse de forma que no vulnere los preceptos de la Ley del Suelo ni los Planes de Ordenación. Tomando como ejemplo el caso de la presente sentencia, frente a la postura del Juzgado de Primera Instancia, que dio a la servidumbre una extensión desmedida con eficacia vertical absoluta (hasta el punto de que ordenó la demolición de la parte correspondiente del edificio-cine para que quedara un espacio de tres metros entre predio dominante y sirviente), la Audiencia limita la extensión de la servidumbre, ya que sólo declara la demolición en cuanto a 90 centímetros, pues el signo externo sólo podría tener eficacia desde que la pared dejaba de ser ciega, no en la parte inferior del edificio, dado que no había ventanas nada más que a partir del piso tercero.

Claro que a esta conclusión de limitar el contenido de la servidumbre también podría llegarse en el campo del Derecho civil, a base de entender que el signo externo no sólo es un elemento fundamental en el nacimiento de la servidumbre del artículo 541, sino que determina su contenido. Y en el presente caso, como el paramento presentaba una parte importante en que el muro era ciego («signo externo de ceguera», podríamos decir) y otra parte en que existían ventanas y balcones («signo externo de luces»), la extensión de la servidumbre sólo podía referirse a la parte en que el muro no era ciego, con la consecuencia de que la demolición del edificio-cine sólo deberá tener lugar respecto a la parte extralimitada.

3.º Lo que es más evidente es que la Ley del Suelo pueda influir en la extinción de una servidumbre ya nacida conforme al artículo citado del Código civil. Por de pronto, el número 2 del artículo 55 de dicha ley dice

que «cuando hubieren de modificarse o suprimirse servidumbres privadas por estar en contradicción con las disposiciones del Plan, podrán expropiarse con arreglo al procedimiento de la citada ley». Cabe, pues, suprimir la servidumbre que se constituyó civilmente. Pero también es cierto que se exige expropiación forzosa y, consiguientemente, la indemnización oportuna. Además (y es lo que ocurrirá en este caso antes de ejecutarse la sentencia), cabe aplicar lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley del Suelo, que dice: «1. Si en virtud de sentencia se hubiere de desistir de la construcción o destruir alguna obra de urbanización, el Juzgado o Tribunal al que compete ejecutar el fallo lo comunicará a la Comisión Provincial de Urbanismo para que en el plazo de dos meses notifique al órgano jurisdiccional si, por motivos de interés público, se impone seguir o conservar la obra, y si no lo hiciere, se entenderá que nada obsta a la ejecución. 2. Si dispusiere la prosecución o conservación de la obra, el Juzgado o Tribunal fijará la indemnización que el condenado deba abonar al perjudicado, en la forma dispuesta por los artículos 924 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil o 92 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, según que el fallo hubiere sido dictado por la jurisdicción ordinaria o la contencioso-administrativa.» Es decir, a través de este artículo puede producirse la supresión de la servidumbre reconocida por la sentencia, pero ello sería también a base de la correspondiente indemnización.

TERCERIA DE MEJOR DERECHO Y DE DOMINIO (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1972).

Hechos.—«Industrias V., S. A.», interpone demanda sobre tercera de dominio y de mejor derecho contra embargante y embargado en juicio ejecutivo, suplicando se dicte sentencia declarando: 1.º) Ser de propiedad de la actora 5.655 pollos que habían sido embargados por el ejecutante el 10 de octubre de 1970, dado que «Industrias V., S. A.», no había perdido la propiedad de aquéllos al entregárselos al ejecutado con el fin de que los custodiara y engordara y se los restituyera al cabo de cincuenta y cinco días o setenta, según justificaba con documento privado fechado el 18 de agosto de 1970, presentado a liquidación el 1 de octubre siguiente. 2.º) Subsidiariamente, la preferencia del crédito de «Industrias V., S. A.», por importe de 337.738 pesetas, sobre el crédito del ejecutante.

El Juzgado de Primera Instancia de Benavente desestima totalmente la demanda. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid confirma dicha sentencia en cuanto desestima la tercera de dominio, pero la revoca en cuanto a la tercera de mejor derecho, pues admite la preferencia del crédito del actor respecto a 293.863 pesetas, mandando que el importe que se obtenga en la subasta de los pollos embargados se destine a pagar a la Sociedad actora en lo que alcanzare el crédito de ésta.

El ejecutante demandado interpone recurso de casación por violación, por falta de aplicación del artículo 1.125 del Código civil, pues el contrato privado en que basaba la sentencia la preferencia del crédito de la parte actora contenía una obligación de reventa de los pollos cuya naturaleza es la de una obligación a plazo y, además, porque en la fecha de la demanda de tercera interpuesta por la parte actora (10 de octubre de 1970) todavía no era exigible dicha obligación, ya que tenían que pasar cincuenta y cinco días desde la fecha del contrato suscrito el 18 de agosto de 1970, por lo que la exigibilidad sólo se producía a partir del día 12 de octubre, habiéndose redactado la demanda cuando la obligación no era exigible, todo lo cual hacía ver que no era procedente reconocer preferencia al crédito de la parte actora.

Doctrina del Tribunal Supremo.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente-Tutor y Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso con este único considerando:

«Considerando que el motivo único del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación por falta de aplicación de la sentencia recurrida del párrafo primero del artículo 1.125 del Código civil, basándose para ello en que como el contrato de referencia, fechado el 18 de agosto de 1970, fue presentado a la liquidación del impuesto de transmisión de bienes el 1 de octubre de dicho año, ésta es su fecha auténtica para terceros, y como quiera que la demanda está fechada el día de octubre siguiente, no había transcurrido el plazo de cincuenta y cinco a setenta y cinco días señalados en el contrato para el vencimiento de la obligación y ésta no era exigible conforme al precepto invocado, y habida cuenta de que la Resolución impugnada da como probado que el contrato se perfeccionó con la entrega de las aves en el citado mes de agosto, sin que tal declaración haya sido impugnada por el único cauce adecuado para ello, el del número séptimo de dicho 1.692, es evidente que cuando se presentó la demanda el día 18 de noviembre siguiente conforme a la diligencia de presentación, que es la fehaciente, había transcurrido con exceso el plazo de cincuenta y cinco días pactado y estaba vencida y era exigible la obligación, por lo que no se ha cometido la infracción denunciada y perece el motivo.»

DESLINDE DE FINCA SEGREGADA Y DE RESTO DE LA FINCA MATRIZ. VALOR DE LAS DECLARACIONES FACTICAS DE LA ESCRITURA PUBLICA. APLICACION PREFERENTE DEL ARTICULO 385 DEL CODIGO CIVIL SOBRE EL 387 DEL MISMO (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—Doña Teresa M. B. había segregado de una finca dos parcelas, donando una de ellas a su hijo Jaime y la otra a su hija Pilar. Posteriormente, en otra escritura pública, la misma señora había donado el resto de la finca matriz a su hija Coloma. Al fallecimiento de la donante surge el pleito entre sus hijas Coloma y Pilar por una cuestión de deslinde y medición de la parcela de Pilar y de la finca resto donada a Coloma. Esta última deduce demanda contra aquélla, entendiendo que el deslinde debe hacerse teniendo en cuenta que la superficie de la parcela de Pilar es la escriturada de 583 metros cuadrados con 50 centímetros, estableciéndose los hitos correspondientes conforme a los linderos de las escrituras. Pilar se opone a la demanda alegando que la finca matriz había recibido un aumento de superficie como consecuencia de haber quedado sin uso un camino que antes atravesaba la finca, aumento que no figuraba en las respectivas escrituras de donación, que por ello debería distribuirse proporcionalmente entre las interesadas, en lugar de quedar asignado a Coloma como titular del resto de finca matriz.

El Juzgado de Primera Instancia de Vich dictó sentencia distribuyendo el aumento de superficie proporcionalmente entre las dos parcelas, señalando a la de Pilar la superficie total de 700 metros cuadrados con 62 centímetros, y a la de Coloma 630 metros cuadrados con 38 centímetros.

Apelada la anterior resolución por Coloma, fue confirmada la sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la actora, alegando error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba y aplicación indebida del artículo 387 del Código civil y no aplicación del

artículo 385 del mismo, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declaró haber lugar al recurso por los siguientes considerandos de su primera sentencia:

«Considerando que la sentencia recurrida sienta como hechos que la madre de los hoy litigantes era propietaria de una finca solar inscrita en el Registro de la Propiedad, cuya finca había formado por la agrupación de otras fincas registradas, y de la cual procedió a realizar tres segregaciones, que donó a sus hijos, los hoy contendientes, y a otro que no es parte en el pleito, las cuales causaron las correspondientes inscripciones registrales con expresión y determinación de sus respectivas superficies, y fundamentalmente, que las fincas de los litigantes, colindantes entre sí, tienen un exceso de cabida en relación a los títulos escriturados, premisas fácticas que conducen al juzgador a que, por afirmar que ni los artículos ni la posesión son suficientes para trazar la línea divisoria entre las fincas, aplique al efecto el artículo 387 del Código civil, distribuyendo proporcionalmente entre las fincas de los litigantes la superficie que entiende que excede de la consignada en los títulos aportados.»

«Considerando que a fin de combatir los hechos afirmados en la sentencia se formulan los motivos primero y segundo, amparados ambos en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basado el primero de éstos en la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, y el segundo, en el de error de derecho en dicha apreciación probatoria, y si bien es el inicialmente formulado desestimable, por cuanto la escritura pública de fecha 20 de mayo de 1958, en que se apoya el alegado error, al constituir uno de los documentos esenciales del pleito y haber sido apreciado por el Tribunal sentenciador, ello le desposee del carácter de auténtico a los fines del recurso; mas en cuanto afecta al segundo de los motivos, que funda en la violación de los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil, el primero de los cuales, definidor de los documentos públicos, no contiene norma valorativa de la prueba, cuya infracción requiere la viabilidad del denunciado vicio, si tiene el referido carácter el segundo precepto que se invoca, que establece que los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, y según tiene declarado la doctrina de esta Sala, entre otras, en sentencias de 8 de noviembre de 1919 y 23 de mayo de 1935, la presunción de certeza de una escritura pública alcanza plena validez mientras de falsedad no se impugne, y que mientras esta falsedad no se demuestre, el documento público debe prevalecer, y sentada esta doctrina debe destacarse que la antes calendada escritura de donación otorgada a favor de la hoy recurrida expresa, sin perjuicio de atribuir a la finca donada determinada extensión superficial, que no tiene trascendencia, que dicha finca es el resto a que se encuentra reducida después de dos segregaciones la siguiente totalidad, esto es, la finca matriz, objeto de dichas segregaciones donadas a otros hijos de la donante, y ello revela patentemente que al desconocer el Tribunal sentenciador el valor fáctico de tales declaraciones ha incurrido en el error de derecho que se denuncia y debe, consiguientemente, ser estimado el segundo de los motivos que se examina.»

«Considerando que al alcanzar el éxito pretendido el motivo antes examinado, ello conduce a que deba correr igual suerte estimatoria el formulado con el número cuarto, seguido por el cauce procesal del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el cual denuncia como vicios de la sentencia la aplicación indebida del artículo 387 del Código civil, violando al mismo tiempo por inaplicación el artículo 385 (primer inciso) y los artículos 633 y 1.261, 2.º, del mismo texto legal, pues al apreciarse como hecho que la donación otorgada a la demandante y hoy recurrente comprendía todo el resto de la finca matriz, a que había que-

dado reducida después de las dos segregaciones efectuadas, es patente que el pretendido deslinde y amojonamiento entre las fincas de ambas partes litigantes ha de efectuarse conforme previene el invocado artículo 385 del Código civil, de conformidad a los títulos de cada propietario, y sólo en el supuesto de ser éstos insuficientes habrán de llevarse a efecto atendiendo a lo que resultase de la posesión, y en el caso de no determinar los títulos el límite o área, la cuestión no pudiera resolverse por la posesión, debería decidirse la cuestión aplicando el artículo 386, y, en último término, cuando los títulos de los colindantes indicasen un espacio mayor o menor del que comprende la totalidad del terreno, el aumento o la falta se distribuirá proporcionalmente, habiendo declarado esta Sala, en sentencia de 16 de diciembre de 1904, que este último artículo se halla relacionado con el 385, siendo realmente un complemento de éste, y ello conduce a declarar, tanto que se da el vicio de aplicación indebida del artículo 387 del Código civil cuanto el de violación, en el sentido de no aplicación del artículo 385 invocado, y procede por ello la estimación del motivo, y con ella, la del recurso, casando y anulando la sentencia recurrida sin imposición de costas y con devolución del depósito constituido.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo resuelve estimando la demanda.

COMENTARIO.—La doctrina legal de esta sentencia puede resumirse así:

1.º La declaración fáctica de una escritura referente a que el objeto donado es el resto de la finca matriz después de dos segregaciones da lugar a una presunción de certeza, que alcanza plena validez mientras no se impugne por falsedad. Confirma la doctrina de las sentencias de 8 de noviembre de 1919 y 23 de mayo de 1935, entre otras muchas.

2.º El artículo 387 del Código civil es complementario del artículo 385, como ya señaló la sentencia de 16 de diciembre de 1904, no pudiendo ser aplicado aquél (el 387) cuando puede resolverse la cuestión a través del artículo 385, conforme a los títulos de cada propietario.

Respecto a la primera declaración resulta muy interesante el valor que puede llegar a tener la descripción de una finca como resto, en lugar de como parcela segregada o formada por división. Por ejemplo, si existe un exceso de cabida y se discute acerca de a qué finca corresponde el aumento, el hecho de describirse una finca como «resto» tiene fuerza suficiente para atraer hacia sí el exceso de cabida, evitando la aplicación del sistema de proporcionalidad del artículo 387 del Código. Ello siempre que no resulte de las pruebas practicadas que el aumento de superficie correspondía en la realidad a las parcelas segregadas.

De aquí se desprende una importante diferencia práctica entre la operación de segregación (con determinación de resto de finca matriz) y la operación de división (en que desaparece la finca matriz como tal). Y también se advierte la diferencia entre la parcela segregada y la parcela resto de finca matriz. Si en lugar de producirse segregación se realiza notarialmente la operación de división, entonces no podría aplicarse lo que dice esta sentencia, ya que todas las fincas formadas por división están en pie de igualdad respecto a los excesos de cabida no localizados físicamente en concreto (es decir, respecto a las rectificaciones de medida superficial), sin que, en principio, pueda aplicarse el aumento a una de ellas, dado que las tres derivan de la finca matriz. En cambio, en la operación de segregación con determinación de resto, la parcela que se describe con este último carácter continúa siendo finca matriz (registralmente se inscribe en su mismo folio, bajo el mismo número), a diferencia de la parcela segregada, que pasa a formar finca independiente. En el presente caso, el Tribunal Supremo atribuye el exceso de cabida exclusivamente a la finca-resto, no a las parcelas segregadas. Lo cual parece lógico, por lo

menos interpretándolo como presunción, pues cuando se segregan parcelas, normalmente se miden éstas, y, en cambio, el resto se obtiene por deducción o simple diferencia numérica, por lo que si luego resulta que la finca matriz mide más, el exceso ha de atribuirse a la parte que no se segregó. Además, la expresión misma de «resto de finca matriz» induce a interpretar que comprende todo lo que no se había segregado.

Claro que conviene tener en cuenta que en todo esto entra de lleno la teoría de la interpretación de los contratos, de modo que si se llega a probar, a través de los diferentes elementos de interpretación, que la intención de los contratantes fue otra (por ejemplo, asignar superficie idéntica a la parcela segregada y al resto), la intención debe prevalecer sobre las palabras.

Pero en términos generales se desprende de esta sentencia esa importante diferencia entre la parcela que es resto y la parcela segregada y entre la operación de división y de segregación, según hemos dicho. Por eso creemos que, desde el punto de vista registral, lo lógico será practicar las operaciones que mejor se acomoden a ese específico tratamiento que merecen las parcelas segregadas y el resto, y no entender que cuando se solicita la inscripción del resto de finca matriz antes de haberse inscrito las segregaciones, hay que equiparar la inscripción de segregación y de resto de finca. Mi compañero BUENAVENTURA CAMY mantiene en tal caso dicha equiparación diciendo que «la actuación registral en ambos casos será la de una segregación (pág. 288 del volumen IV de sus *Comentarios a la legislación hipotecaria*). Nosotros creemos que una cosa es la inscripción de la segregación (en folio independiente), y otra, la inscripción del resto, que necesariamente ha de realizarse en el mismo folio de la finca matriz. En el presente caso bien claramente se aprecia la diferencia con el problema de los excesos de cabida. En cuanto a los obstáculos que señala CAMY en las páginas 287 y 288 (*ob. cit.*), se podrían solucionar, aun manteniendo la tesis de la inscripción del resto siempre en el folio de la finca matriz, con el sistema que propone GABRIEL HORTAL SÁNCHEZ (en su estudio *Segregaciones y determinación de resto*, núm. 51 del «Boletín del Colegio de Registradores», octubre de 1970), el cual critica la equiparación de CAMY por ir en contra de los preceptos reglamentarios, que distinguen claramente entre segregación y división, y por ir en contra de la voluntad de los interesados, que «solicitan» la operación de segregación, no división (principio de autonomía de la voluntad del art. 50 del Reglamento Hipotecario). Por tanto, nosotros reforzamos la opinión de GABRIEL HORTAL exponiendo el presente supuesto revelador de la diferenciación entre dichas operaciones y manteniendo que la inscripción del resto en el folio de la finca matriz es un requisito de carácter registral, que responde a la preferencia o fuerza atrayente, por presunción, de los excesos de cabida de la citada finca matriz.

En cuanto a la segunda declaración del Tribunal Supremo, que hemos resumido al principio de este comentario, hace referencia a la complementariedad del artículo 387 en relación con el artículo 385 del Código civil. Este último dice que «el deslinde se hará en conformidad con los títulos de cada propietario, y a falta de títulos suficientes, por lo que resultare de la posesión en que estuvieren los colindantes». Y el artículo 387 añade que «si los títulos de los colindantes indicasen un espacio mayor o menor del que comprende la totalidad del terreno, el aumento o la falta se distribuirá proporcionalmente». Pues bien, la presente sentencia dice que el artículo 387 es complementario del artículo 385, como ya indicó la sentencia de 16 de diciembre de 1904, y, por tanto, no es aplicable el sistema de distribución proporcional que indica cuando «los títulos de cada propietario», a que hace referencia el artículo 385, son suficientes para resolver el problema, como ocurre en este caso por las expresiones «parcela segregada»

y «resto de finca», según hemos visto. Pero lo que ahora nos interesa precisar es la relación de esta sentencia con la de 16 de diciembre de 1904, pues ofrecen alguna diferencia de matiz, a pesar de que el Tribunal Supremo cita esta última.

En el supuesto de la sentencia de 16 de diciembre de 1904 (que podríamos titular como la del «caso de los propietarios de la finca 'Sierra' contra los de la finca 'Saúco'», pues en tema de «derechos reales» suele ser más expresivo el nombre de las fincas que el nombre de las personas) puede hablarse propiamente de «complementariedad» del artículo 387 respecto al 385, ya que la sentencia lo que defiende es la aplicación del artículo 387, como «complementario» de aquél, frente al recurrente, «desde el momento que la sentencia (apelada) estima que entre las fincas colindantes no existen puntos determinados que puedan servir de base fija e invariable para trazar la línea de separación de ambos predios, y se hace preciso, consiguientemente, sin prescindir de la orientación señalada en los títulos, marcar dicha línea con relación a la cabida que de los mismos resulte, por lo que no ha incurrido la Sala sentenciadora en la infracción que se supone en el tercer motivo del recurso al hacer aplicación de dichos artículos, para el caso de que en la medición que han de practicar los peritos cuando se ejecute la sentencia resulte que la totalidad de la cabida de las expresadas fincas sea mayor o menor de la que los títulos presentados indiquen».

En cambio, en el supuesto de la sentencia que comentamos no hay complementariedad, ya que se declara inaplicable el artículo 387 por ser suficientes los títulos de los colindantes para resolver el problema. Más gráfico sería hablar de «subsidiariedad» en el presente caso.

Claro que tanto la complementariedad como la subsidiariedad responden, en definitiva, a la misma idea de accesoriedad del artículo 387 respecto al 385; pero mientras en esta sentencia se recalca la segunda nota (con la consecuencia de no ser aplicable el 387), en la de 1904 se recalca la primera nota (con la consecuencia de ser aplicable dicho artículo, además del 385).

TERCERIA DE DOMINIO: EL REQUISITO DEL JUSTO TITULO. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—La Sociedad Anónima «Elaboración de P. E.» interpone demanda de tercera de dominio contra don Juan Antonio R. y don Angel P., exponiendo que los dos pisos que aquélla había comprado en documentos privados a don Angel P. habían sido embargados por don Juan Antonio R., por figurar inscritos en el Registro todavía a nombre del vendedor. Al no tener fecha fehaciente los documentos privados, el actor acompaña como prueba las letras de cambio acreditativas del pago del precio, practicándose una serie de pruebas, como la adveración y reconocimiento de las cambiales por los Bancos que intervinieron en su negociación y la confesión judicial del vendedor, don Angel P., que reconoció haber vendido los pisos a través de los documentos privados.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda de tercera de dominio, siendo confirmada dicha sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que entendió que los documentos privados no constitúan prueba suficiente para contrarrestar la presunción del artículo 38 de la

Ley Hipotecaria de pertenecer la propiedad de los pisos a don Angel P., a quien le habían sido embargados.

La Sociedad tercerista interpone recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, dado que entiende que no se había tenido en cuenta ni la confesión judicial del vendedor ni los recibos de las 110 letras de cambio unidas a la demanda de tercería, adveradas y reconocidas por los Bancos que intervinieron en su negociación, aparte de otra serie de razones.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, estima el recurso:

«Considerando (segundo) que al no haber la sentencia recurrida aceptado los hechos propugnados por el actor sobre la realidad de la venta y pago del precio de los dos pisos objeto de la acción de tercería de dominio, ya que sus fundamentos discurren sobre el valor frente al demandado ejecutante; de los documentos en que se plasmaron las compraventas de los mismos, y la presunción *iuris tantum* establecida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y a sustentar los referidos hechos se dirige el primero de los motivos del recurso, amparado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el cual denuncia la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, que resulta, en primer término, de los documentos que cita como auténticos, consistentes en los recibos suscritos por el vendedor ejecutado, referidos a entrega de cantidades, como parte de precio de los pisos cuestionados, y 110 cambiales libradas por el vendedor, como parte de los plazos restantes de dicho precio, las cuales fueron negociadas por Bancos, y que, según certificación de éstos, han sido satisfechas por el librado, siendo los mencionados recibos reconocidos por el vendedor en confesión judicial, como igualmente las cambiales, y ha de declararse que tales documentos tienen la naturaleza de auténticos y acreditan por sí, sin necesidad de razonamientos, hipótesis o conjeturas, tanto el hecho del negocio jurídico de compraventa cuanto el pago del precio de las mismas, y ello conduce, sin necesidad de examinar los demás documentos que el motivo alega, a estimar que la sentencia ha incurrido en el vicio que se denuncia y debe, consiguientemente, ser estimado.»

«Considerando (tercero) que al quedar sentados los hechos a que el anterior motivo se refiere ha de prosperar igualmente el articulado con el ordinal cuarto, conforme al número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, que denuncia la violación de los artículos 348, 349 y 448 del Código civil, pues el primero de éstos, aplicable en este caso, otorga al propietario acción reivindicatoria frente al tenedor o poseedor, y equiparada a la misma, de acuerdo a la doctrina de esta Sala, la de tercería de dominio que se ejercita; el único de los requisitos de la misma que se discute es el de la concurrencia de justo título, a favor del actor, que al aparecer de los hechos antes sentados determina que al no aceptarlo así el Tribunal sentenciador debe ser estimada la existencia del vicio que el motivo denuncia sin que proceda examinar los restantes articulados.»

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—Don Juan G. A. obtuvo la inmatriculación en el Registro de una finca que lindaba con el monte de San Antón, siendo el medio inmatriculador un auto dictado en expediente de dominio. Posteriormente, y dado que el Ayuntamiento de I. desconocía la propiedad de don Juan,

y que la finca figuraba a nombre del Ayuntamiento en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, dicho señor ejercita la acción declarativa de dominio contra el Estado y contra el Ayuntamiento de I. Es de hacer notar que la demanda no fue dirigida contra el Patrimonio Forestal del Estado, a quien el Ayuntamiento había cedido el vuelo de la finca por consorcio forestal a efectos de repoblación, aunque la reclamación administrativa previa al ejercicio de la vía judicial ordinaria fue formulada ante el Patrimonio Forestal. En base a ello, el Abogado del Estado y el Ayuntamiento contestan a la demanda diciendo que el actor no había cumplido el requisito del litis consorcio pasivo necesario, al no haber demandado al Patrimonio Forestal del Estado, a pesar de su interés en la cuestión litigiosa. Además, el Ayuntamiento de I. formula reconvencción, en el sentido de que se declare ser de propiedad del mismo la finca discutida y que se cancele la inscripción que figuraba en el Registro de la Propiedad a favor del actor.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de La Coruña dictó sentencia estimando la excepción de litis consorcio pasivo necesario alegada por el Estado y por el Ayuntamiento de I. sin entrar a conocer del fondo de la demanda, y desestimando la reconvencción formulada por el Ayuntamiento, absuelve a éste de dicha demanda.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revoca la sentencia del Juzgado y, estimando la demanda, declara que la finca es propiedad del demandante.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandada (el Estado y el Ayuntamiento), el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, estima el recurso por lo siguiente:

«Considerando (único) que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene una completa regulación de los defectos que puedan implicar irregularidad en la constitución de la relación procesal ni tampoco una construcción sistemática del llamado 'litis consorcio necesario', existiendo con motivo de la relación jurídico material entre todas las personas que estén vinculadas de forma inseparable con los actos o negocios jurídicos en que se apoyen sus pretensiones o que pudieran quedar afectadas por los pronunciamientos que debe contener la decisión judicial con que finalice el litigio, por lo que, según han proclamado diversas sentencias de esta Sala, sobre todo a partir de la de 27 de junio de 1944, el actor, para lograr el éxito de sus pretensiones, ha de dirigir la acción contra todos y cada uno de los que tengan evidente y legítimo interés en impugnarla y puedan resultar claramente afectados por las declaraciones de la sentencia dictada, como precisa la de 18 de febrero de 1962, ya que de no proceder así quedaría defectuosamente constituida la relación jurídico procesal y se produciría la falta de litis consorcio pasivo necesario, que de no ser alegada habría que apreciar de oficio, doctrina que en el caso presente ha sido alegada en el motivo primero del recurso como violada y que provoca su estimación, al no haberse dirigido la demanda contra el Patrimonio Forestal del Estado, Organismo directamente interesado y afectado por la resolución que recaiga en el pleito, dada su condición de titular de un derecho real de vuelo sobre la finca litigiosa, en virtud de haberle sido entregada en régimen de consorcio para su repoblación arbórea, como el propio actor ha reconocido al formular ante él la reclamación administrativa previa al ejercicio de la vía judicial ordinaria, estimación que origina la del recurso en su totalidad dada la subsidiariedad del motivo segundo.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

BIENES DEMANIALES MUNICIPALES: NO CABE PRESCRIPCION A FAVOR DEL ESTADO (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—El Abogado del Estado, en representación del Ministerio del Ejército, interpone demanda contra el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, alegando que el Estado es dueño del «Cuartel de Ingenieros» que existe en Palma, consistente en un edificio levantado por el Estado en el año 1937 sobre una parcela de forma trapezoidal, que figuraba todavía inscrita a nombre del Ayuntamiento, como parte de otra finca mayor, y aunque no constaba la segregación, ni la obra nueva, ni la inscripción de la titularidad estatal, sin embargo, en cualquier caso, el Estado había adquirido la propiedad por prescripción. El Ayuntamiento contesta negando se den los requisitos de la prescripción, porque como el solar tenía el carácter de bien demanial municipal era imprescriptible.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma desestima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha ciudad, partiendo del expresado carácter demanial municipal del solar.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando (primero) que discurriendo sobre la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 1.936 del Código civil, esto es, sobre si la parcela en litigio era o no susceptible de prescripción adquisitiva por estar o no en el comercio de los hombres, la sentencia de primer grado llega a la conclusión de que dicha parcela tenía en el año 1937 el carácter de bien demanial municipal y, por tanto, insusceptible de la prescripción aludida, conclusión ratificada por la sentencia recurrida al aceptar todos los considerandos de la apelada y reafirmada en el séptimo de los de la impugnada, si bien la Audiencia se extiende, a mayor abundamiento, en otras reflexiones acerca de la improsperabilidad de la demanda.»

«Considerando (segundo) que el motivo primero alega la infracción por violación de los artículos 1.930, 1.940 y 1.959 del citado Código, referentes, respectivamente, al ámbito de la usucapión y a los requisitos de la ordinaria y de la extraordinaria; motivo que no merece ser acogido, porque solamente haciendo supuesto de la cuestión, es decir, partiendo de la base de que la repetida parcela era en el año de 1937 un bien patrimonial del Ayuntamiento, podría estimarse la existencia de aquellas infracciones legales, vicio en el que incurre el motivo expresado, que para nada alude a la posible infracción del artículo 1.936 del referido Código.»

«Considerando (tercero) que igual suerte adversa ha de correr el motivo segundo, en primer lugar, porque es doctrina reiterada de esta Sala que las Reales Ordenes no constituyen documento auténtico a efectos de casación y, en segundo término, porque tanto la Real Orden de 18 de junio de 1904 como la escritura pública de 12 de marzo de 1909, invocadas en este motivo, no muestran de manera patente e inequívoca un hecho auténtico que esté en contradicción manifiesta con los fijados normalmente por la Audiencia sentenciadora, puesto que lo que hace el recurrente es interpretar la Real Orden mencionada y la escritura aludida, para tratar de deducir determinada conclusión respecto de la naturaleza jurídica de todas las fincas cedidas por el Estado al Ayuntamiento de Palma de Mallorca, interpretación y deducción que no se concilian con el carácter de documentos auténticos que el impugnante les atribuye, dado que únicamente pueden

tener esta condición los que por sí solos, sin valoraciones ni interpretaciones de índole jurídica, acrediten la equivocación evidente del juzgador.»

«Considerando (cuarto) que en el defecto lógico apuntado en el considerando segundo de esta sentencia inciden los tres últimos motivos, los que, en contra de lo estimado probado en las resoluciones de instancia, parten del supuesto de que la parcela de autos tenía en el año 1937 el carácter de bien patrimonial del municipio referido (art. 344 del Código civil), que pasó a integrar el dominio público estatal (art. 339, núm. 2.º, del mismo Código), en virtud de la usucapión prevista en el artículo 12 de la Ley de Mostrencos de 9-16 de mayo de 1835 y en el artículo 19 de la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, razón por la cual han de ser desestimados también esos motivos, y con ellos, el recurso en su totalidad, con el efecto, en cuanto a costas, de lo prevenido en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

TERCERIA DE DOMINIO: TIEMPO EN QUE HA DE INTERPONERSE. ACTOS DE ADQUISICION POR SOCIEDAD ANONIMA ANTES DE SU INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL: PLAZO DE RATIFICACION. ARTICULO 4 DEL CODIGO CIVIL. NO BASTA LA CITA DE UNA SOLA SENTENCIA COMO DOCTRINA LEGAL (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Por escritura otorgada en el año 1961, el señor Mercader vendió a la Sociedad Anónima «S.» dos fincas rústicas, cuando todavía la Sociedad no estaba inscrita en el Registro Mercantil. En el año 1964 fueron embargadas dichas fincas por don Alfonso García, en juicio ejecutivo seguido por éste contra el señor Mercader, en reclamación de 2.092.431,77 pesetas. La Sociedad Anónima «S.» interpuso demanda de tercera, que en su día fue desestimada sin entrar en el fondo del asunto, por el defecto formal de no estar inscrita la tercerista en el Registro Mercantil. Continuó el procedimiento ejecutivo, siendo sacadas a pública subasta las dos fincas, aprobándose el remate. En ese momento, una vez obtenida la inscripción en el Registro de la escritura de constitución de Sociedad Anónima (que no pudo conseguirse antes por haberse producido una serie de reclamaciones contra el Fisco, y una vez ratificada al día siguiente de la inscripción la adquisición realizada en 1961, interpone nueva demanda de tercería de dominio, antes que se escriturara la adjudicación y entrega de las fincas al mejor postor de la subasta.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Madrid desestimó la demanda de tercería, pero esta sentencia fue revocada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que dictó sentencia declarando haber lugar a la tercería, alzando los embargos y dejando sin efecto las subsiguientes actuaciones de remate y adjudicación de fincas.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, alegando fundamentalmente que la demanda de tercería no fue interpuesta en tiempo oportuno ni ratificada por la Sociedad la adquisición de 1961 dentro de los plazos de los artículos 7 y 26 de la Ley de Sociedades Anónimas, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, destacando los considerandos segundo, cuarto, quinto y sexto:

«Considerando que a la luz de las mencionadas afirmaciones fácticas hay que desestimar el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aparte de por su deficiente formulación, y que se invoca en él la 'viola-

ción' nada menos que de 11 artículos heterogéneos, unos del Código civil y otros de la Ley de Sociedades Anónimas, lo que tacha su formulación de la falta de claridad prescrita en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque ni el plazo de inscripción en el Registro Mercantil de las Sociedades Anónimas, mencionado en el artículo 26 de la Ley por la que se rigen, es preceptivo, con sanción de anulación de la escritura por la que se constituyen, como se aduce en el motivo, puesto que en el artículo siguiente se concretan las consecuencias del retraso, ni el plazo de tres meses para ratificar la Sociedad, una vez inscrita, los actos anteriores de sus gestores ha de contarse desde la fecha del acto o contrato realizado por éstos, sino desde la fecha de la inscripción en el Registro Mercantil de la Sociedad, y en el caso de autos, la Sociedad, aunque con retraso, fue inscrita en el Registro Mercantil, y sólo la propia Sociedad podría haber reclamado, según el artículo 27, a los propios gestores los daños y perjuicios sufridos por el retraso; pero, lejos de ello, lo que hizo fue ratificar, al día siguiente de la inscripción, los actos realizados por ellos en el concreto asunto a que se refiere el recurso, razonamiento que igualmente conduce a la desestimación de los motivos tercero y quinto, aparte de que la cuestión propuesta en este último de considerar el contrato entre el señor Mercader y el tercerista sujeto a condición es totalmente nueva.»

«Considerando que el artículo 4 del Código civil dispone que son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, precepto en blanco que al ser invocado en casación ha de haberse mencionado cuál es la ley cuya prohibición, en relación con el hecho concreto, acarrea su nulidad (sentencias de 16 de diciembre de 1953, 19 de octubre de 1944 y 5 de junio de 1945), invocación que no se hace en el presente, motivo por lo cual tiene que decaer.»

«Considerando que en los motivos sexto y séptimo, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley del Código civil, no se invoca infracción de ley, sino de la doctrina legal contenida en las sentencias que cita bajo el concepto de violación, y son también desestimables, el primero de ellos, porque cita como violada la doctrina de una sola sentencia, y en cuanto a ambos, porque las sentencias que se citan no sólo no contradicen la tesis de la instancia, sino que la confirman; en efecto: la primera, que es la de 31 de enero de 1959, alude al plazo fijado en el artículo 1.533 para ejercer la terceraía, plazo que, según los hechos probados, fue cumplido, como lo prueba el que aún no se ha otorgado la escritura de adjudicación, que marca el momento final de las posibilidades, aunque se presentara después de la aprobación del remate (sentencias de 5 de enero de 1899, 26 de junio de 1946, 11 y 20 de octubre de 1961), y en cuanto a las otras dos sentencias citadas en el segundo de los motivos, tampoco contradicen la tesis de la instancia (se refiere a las sentencias de 6 de febrero de 1964 y 28 de enero de 1969), pues se refieren a hipótesis totalmente diferentes; a casos de terceros titulados, que aquí no lo estaban, aun cuando se interpuso la terceraía, y con referencia a actos de los gestores que difieren de los aquí juzgados, porque no fueron ratificados por la Sociedad en el plazo perentorio prescrito en el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, después de inscrita la escritura de su constitución en el Registro Mercantil.»

«Considerando que el octavo y último motivo del recurso carece de consistencia, porque aun en el supuesto de que los documentos invocados, acta de la subasta, contradijeran la afirmación de la instancia de que la terceraía 'fue presentada dos días antes de la subasta', quedaría subsistente la segunda parte de la afirmación de la misma, no combatida por cauce adecuado, cual es la de que la terceraía se presentó 'antes de la adjudicación en pago y entrega de los bienes', hecho que hace viable la terceraía,

conforme a lo prescrito en el artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque se presentara después de celebrada la subasta.»

TERCERÍA DE DOMINIO: NO PROSPERA CUANDO EL TERCERISTA NO PRUEBA EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO ALEGADO (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Hechos.—La entidad mercantil «Piezas F., S. A.», formula demanda de tercería de dominio contra la entidad «L. O., S. A.», y contra los obreros de ésta don Francisco J. I. y 36 más, suplicando se dicte sentencia declarando ser de propiedad de «Piezas F., S. A.», las cubiertas (de fácil desmontaje) que la misma proporcionó y colocó sobre unas naves industriales que pertenecían a «L. O., S. A.», dado que existía pacto de reserva de dominio de las cubiertas mientras «L. O., S. A.», no hubiera pagado totalmente el precio de las mismas, y suplicando también que se alce el embargo que los obreros de dicha entidad habían obtenido a su favor sobre las naves y cubiertas en juicio seguido ante la Magistratura de Trabajo en reclamación de sus salarios contra la repetida empresa «L. O., S. A.».

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pamplona desestimó la demanda por no considerar acreditado el pacto de reserva de dominio, siendo confirmada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad demandante, siendo de destacar, aparte de sus declaraciones sobre falta de precisión de los motivos del recurso y sobre la prueba de presunciones, el considerando séptimo:

«Considerando que este motivo se asienta igualmente sobre una base falsa, ya que no es cierto que la sentencia se apoye fundamentalísimamente en el carácter de terceros de los ejecutantes, sino que el soporte principal de la desestimación de la tercería estriba en el no acreditamiento por la actora del invocado pacto de reserva de dominio, ya que, según razona dicha sentencia, el documento en que se dice estar consignado carece de fecha y no fue reconocido por quien lo suscribe, ni de él se deduce que haya sido aceptado por 'Lur-Ona, S. A.', ni fue objeto de prueba alguna en el proceso; por eso, y para que no quedara duda ninguna respecto a cuál era la base de dicha desestimación, tuvo buen cuidado de puntualizar el Juez de Primera Instancia, como ya queda consignado, que aunque ello no fuera bastante para desestimar la demanda, 'puesto que no consta acreditado que hubiese mediado ese pacto de reserva de dominio'; a *mayor abundamiento* se destacan otros extremos, que conducirían a igual solución desestimatoria, entre los cuales señala el carácter de terceros de los demandados ejecutantes, que deberían quedar al margen de tal pacto si éste hubiera llegado a existir.»

PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS COMUNES, ANEJOS, ACTIVIDADES MOLESTAS. INTERPRETACION DE CONTRATOS (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Don José G. B., como presidente de la comunidad de propietarios de la casa en la plaza del Ferial, número 1, de Rentería, dedujo demanda contra doña Carmen A. T. sobre acción reivindicatoria y otros extremos, suplicando se dicte sentencia declarando que el llamado «jardín-

antepuerta» o espacio delantero de la casa, así como la faja de terreno lateral cubierta por un tejadillo y su prolongación por la parte trasera, eran elementos comunes de la copropiedad y no privativos de la demandada, anulando cualquier clase de título que ésta pudiera exhibir de contrario, así como los asientos de los mismos que se hubieran tomado en el Registro de la Propiedad, y declarando, además, que la demandada (propietaria de los locales de planta baja de dicha casa), con la ampliación que había llevado a cabo de su industria de panadería, desrrollaba una actividad molesta, insalubre y peligrosa y causante de daños a la masa de copropietarios y a sus moradores, debiéndosele prohibir el ejercicio de dicha actividad a través de los elementos de la ampliación de la industria.

Doña Carmen A. T. contesta a la demanda alegando que la faja de terreno cubierta de tejadillo, a que se refiere la parte demandante, no es elemento común ni privativo de la casa de la plaza del Ferial, número 1, sino que ella la compró en escritura posterior a la parcelación horizontal de dicho edificio (no habiéndose mencionado en la escritura de parcelación de tal terreno), al mismo señor a quien se había comprado anteriormente todo el edificio, habiéndose inscrito aquel terreno como finca independiente, por lo que argumenta que si hubiera sido parte del edificio «el mismo Registrador hubiera rechazado la inscripción» (1), y que no era cierto que la nueva instalación funcionara tal como la demandada dice.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de San Sebastián dictó sentencia estimando la demanda, que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso, siendo de destacar lo siguiente:

«Considerando (segundo) que igual suerte desestimatoria debe correr el motivo tercero, que acusa la violación de los artículos 1 y 3, apartado a), de la Ley de 21 de julio de 1960, y del artículo 396 del Código civil, respecto a la calificación por la sentencia impugnada de la faja de terreno discutida como elemento común del edificio, cuando en el final del citado apartado a) sólo se estiman de propiedad privativa los anexos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados en el espacio limitado, no figurando con este carácter en la escritura de agrupación de fincas y configuración de propiedad horizontal y no tener carácter taxativo la enumeración realizada en el artículo 1 de dicha ley y 396 del Código civil de los elementos comunes.»

«Considerando (tercero) que tampoco puede prosperar el motivo segundo, que denuncia la violación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil, por ser inadmisibles desde el punto de vista formal, como opuesto a la claridad exigida por el artículo 1.720 de la Ley Procesal, al no fijar el párrafo del artículo 1.281 del Código civil a que se refiere, máxime cuando los dos son contradictorios, contradicción que trasciende al precepto del artículo siguiente, si se refiere al párrafo primero del anterior, como parece inducirse de su contenido, y a mayor abundamiento, la interpretación del contenido clausular de los negocios jurídicos es privativa del Tribunal de Instancia y debe, por ende, ser respetada en casación, mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado con exégesis atentatorias a la letra y espíritu del mismo, según nutrida jurisprudencia de esta Sala, hipótesis desarrollada en el caso de autos, pues en las normas reguladoras del condominio, y sobre los elementos comunes de la casa número 1 de la

(1) Observación decisiva si el Registro de la Propiedad español contara con elementos precisos de identificación de fincas, índices y planos de ellas, e incluso personal a su servicio encargado específicamente de identificar las fincas sobre el terreno. Pero no es así todavía.

plaza del Ferial, se relacionan como elementos comunes cualesquiera otros que no tengan carácter privativo de alguna vivienda.»

«Considerando (cuarto) que el motivo cuarto también es inadmisibles, al hacer supuesto de la cuestión dando por probado lo contrario de lo afirmado por el Tribunal *a quo*, que ha quedado firme en casación al no haber sido impugnado por el cauce adecuado, y que pone de relieve la anómala e irregular actividad industrial desarrollada por la demandada, hoy recurrente, en su local de la casa de litis, que cae dentro de la prohibición establecida en el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, que ha sido acertadamente interpretado, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.»

PROPIEDAD DE AGUAS A FAVOR DE TITULAR QUE NO ES PROPIETARIO DE LA FINCA EN QUE NACEN Y DISCURREN. LA BUENA FE DEL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA ES CUESTION DE HECHO (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—El titular de la finca «Villa de Casas Viejas», inscrita en el Registro de la Propiedad con la indicación (a mi entender, mención) de que «en esta parte se halla la cañería y venero de agua de que se surte la población (en inscripción anterior se añadía: «teniendo a su favor esta servidumbre dicha finca»), según resultaba de certificación registral (1), deduce demanda contra el Ayuntamiento de Portezuelo, suplicando se dicte sentencia declarando que dicho Ayuntamiento carece de todo derecho al disfrute de las aguas mientras discurren por el predio del actor, teniendo, a lo sumo, un derecho de aprovechamiento de las aguas sobrantes y sólo para surtir de agua al pueblo, no a otros huertos adyacentes al mismo.

El Ayuntamiento se opone a la demanda y formula reconvencción suplicando se declare su derecho de propiedad sobre las aguas, pues cuando transmitió la finca en su día, conforme a las leyes desamortizadoras, dichas aguas quedaron reservadas a favor del Ayuntamiento en escritura otorgada en el año 1860, no inscrita en el Registro, y, además, han sido disfrutadas por el mismo desde tiempo inmemorial, debiendo rectificarse la indicación registral de forma que quede recogido el derecho del Ayuntamiento o, en otro caso, debe cancelarse.

El Juzgado de Primera Instancia de Cáceres desestima la demanda, siendo confirmada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso, siendo de destacar lo siguiente:

(1) Nosotros creemos que esta indicación registral, que es una de las causas motivadoras de la confusión y discusión entre las partes litigantes (entre otras muchas), debería haber desaparecido del Registro antes de la resolución del litigio al expedir el Registrador la certificación, pues el artículo 355 del Reglamento Hipotecario prevé la cancelación de tales menciones que ya no se comprenderán en la certificación. Claro que si los interesados hubieran solicitado certificación de todos los extremos de la inscripción literalmente, entonces necesariamente se hubiera comprendido la mención, pero también se habría certificado de la nota marginal cancelatoria, conforme al artículo 344 del Reglamento. En todo caso, habría llegado ante el Juez ya cancelada la mención con lo que se hubieran evitado algunas confusiones de las partes litigantes. Quizá no procediese el Registrador en ese sentido cancelatorio ante la duda de si aquella indicación era o no verdadera mención, dejando el problema para que fuera resuelto en el pleito. No obstante, nosotros defendemos la autonomía del Registrador en cuanto a la interpretación de los datos registrales (véase nota 4 en la pág. 979 del número 497 de esta Revista), sin perjuicio de que si en el litigio prevalece otra interpretación ésta se haga efectiva a través de la cancelación de la nota marginal cancelatoria, con lo que reviviría dicha indicación. En el presente caso tuvo que ser el Juez quien ordenara la cancelación de tal expresión registral.

«Considerando (primero) que el hoy recurrente, en el séptimo de los fundamentos de derecho de su demanda, manifiesta que acciona en su propio nombre en lo que respecta a las declaraciones de condena que postulara en el suplico de la misma, y como comunero y en beneficio de la comunidad constituida con su hermano, don Laureano Simón Martín, en lo que se refiere a las aguas del arroyo de Valdecoco, por lo que no cabe duda que, en cuanto respecta a dichas aguas, fue reconvenido con el mismo carácter que él demandó, estando, por tanto, debidamente constituida la relación jurídica procesal, procediendo, en su consecuencia, desestimar el primer motivo del recurso.»

«Considerando (segundo) que... según los cuales (los fundamentos de la sentencia apelada) el Ayuntamiento de Portezuelo ha adquirido el derecho al aprovechamiento de esas aguas por prescripción de veinte años, conforme a los artículos 409 y 1.960 del Código civil, y es lo cierto que ninguno de los tres preceptos legales que aplica la sentencia recurrida se citan como infringidos, a todo lo cual cabe añadir que, por lo demás, en modo alguno se puede compartir la tesis que en el motivo se sustenta, en orden a que el aprovechamiento de las aguas públicas sólo puede adquirirse, a virtud de prescripción, por los dueños de los predios por los que discurran las aguas y, en su caso, por los colindantes, ya que, a tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 409, el derecho al aprovechamiento de tales aguas se adquiere por prescripción de veinte años, de suerte que quienquiera que sea el que esté en la posesión continuada durante ese período de tiempo en el disfrute de las aguas públicas, adquiere por prescripción el derecho para seguir disfrutándolas en el modo y forma en que durante ese lapso de tiempo haya venido utilizándolas.»

«Considerando (tercero) que... si bien es cierto que, conforme a lo dispuesto en los preceptos legales que se citan en el motivo noveno, el propietario del predio en que nace un manantial o arroyo es dueño de sus aguas y tiene derecho a aprovecharlas mientras discurran por él, también lo es que el dominio y aprovechamiento de esas aguas puede ser independiente del dominio del predio en que nacen y discurren, y este último supuesto es precisamente el que aquí se da, ya que cuando la finca en que están situados el manantial de Valdecoco y el de Castañito, y por la cual discurren sus aguas, era propiedad del Ayuntamiento de Portezuelo, por la escritura de 7 de agosto de 1860 se vendió la finca a predio, pero quedaron fuera de la enajenación las aguas de los dos manantiales.»

«Considerando (cuarto) que la sentencia recurrida no reconoce la condición de tercero al demandante, a efectos de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y le niega la buena fe por estimar que conocía la realidad jurídica extrarregistral, apreciación que el recurrente estima errónea, sin tener en cuenta que, dejando a salvo la presunción *iuris tantum* que establece el mentado precepto legal, la buena o mala fe es cuestión de hecho, de la apreciación del Tribunal *a quo*, cuyo criterio sólo cabe combatir en casación por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no utilizado a este respecto en el recurso, por todo lo cual decae el motivo octavo.»

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION CONTRA SENTENCIA
RESOLVIENDO SOBRE EXTINCION DE COMUNIDAD (SENTENCIA DE
26 DE DICIEMBRE DE 1972).**

Hechos.—Doña Enriqueta interpuso recurso de revisión contra sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia de La Orotava, alegando haber existido maquinación fraudulenta por los demandantes, demostrado por

el emplazamiento por edictos a los desconocidos herederos de doña Angela, entre los que se encontraba la recurrente, sobradamente conocida entre aquéllos como para no necesitar el empleo de tal citación por edictos, habiendo tenido conocimiento de la sentencia desde hace menos de tres meses, por lo que el recurso de revisión estaba, en su opinión, interpuesto en tiempo y forma.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre Bernardo, declara no haber lugar al recurso de revisión, pues siendo éste extraordinario, según reiterada que no cabe señalar la existencia de una prueba directa que ponga de manifiesto que el conocimiento del supuesto fraude lo fuera con anterioridad a la fecha que señala la recurrente, sí permite desvirtuar aquella mera manifestación de la misma, la prueba de una serie de hechos fundamentales a tales efectos, que revelan el conocimiento por parte de la recurrente de la sentencia firme, conocimiento previo de su existencia, que bien puede hacerse coincidir, cuando menos, con la fecha de presentación en una Oficina Liquidadora del Impuesto (anterior a los tres meses precedentes a la iniciación del recurso de revisión) de una serie de documentos privados de fecha antiquísima, que no podía tener otra finalidad que la de posibilitar, mediante la correspondiente nota de liquidación, su presentación y eficacia en el proceso de revisión.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

PROPIEDAD HORIZONTAL: LA CREACION DE UN FONDO DE RESERVA POR LA JUNTA DE COPROPIETARIOS NO PRECISA UNANIMIDAD (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—La Junta de Propietarios de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal demanda al dueño de varios pisos y locales, que no satisfacía sus cuotas. Condenado éste en la Instancia, el Tribunal Supremo no acoge su recurso.

Doctrina de la sentencia.—La profusa cita de artículos, sin conexión entre sí, haciendo referencia a materias tan distintas como lo son, por una parte, determinados aspectos del régimen de Propiedad Horizontal y, por otra, nulidad de actos y renuncia de derechos, quebranta el principio de claridad y precisión en la formulación de cada motivo.

No intenta el recurrente sino combatir el acuerdo tomado en Junta de Propietarios respecto a la creación de un fondo de reserva, y como tal acuerdo no desfasa la competencia de la Junta y se tomó cumpliéndose cuantos requisitos exigibles para su efectividad señala dicha ley, no siendo de los que precisan unanimidad, sino que es bastante se tome por mayoría (art. 16, 2.º, de la Ley de Propiedad Horizontal), ni se violaron los artículos citados ni se aplicó indebidamente el párrafo 2.º del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal.

EL EJERCICIO DE UN DERECHO, AUNQUE ENCIERRA UNA SITUACION POSESORIA, NO RESPONDE AL CONCEPTO TECNICO DE LA POSESION (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Los concesionarios de una Compañía de Seguros de Enterramiento fueron privados unilateralmente por dicha Compañía del ejercicio y explotación del negocio. Demandaron a la Aseguradora, que fue condenada.

Doctrina de la sentencia.—No viene a demostrar el recurrente sino un desafortunado empeño en situar la cuestión litigiosa como si del *ius possessionis* se tratara, cuando toda la argumentación de la sentencia que se recurre gira en orden a una relación contractual, y si bien no dudó el juzgador en hablar de cierta situación posesoria nacida a su virtud, de la que fue inquietado o desposeído, no se fundamenta la necesaria reintegración de la misma en las acciones posesorias protectoras de aquel *ius possessionis*, sino en la derivada del incumplimiento contractual que emana del artículo 1.124 del Código civil, no siendo de olvidar que el ejercicio de un derecho *per se* encierra una situación posesoria, si bien no responde al concepto técnico de la misma, sino al amplio en el que estas situaciones deben entenderse; confusionismo o intencionado deseo, al que hay que atribuir la formulación del cuarto de los motivos, en el que bajo la acusación de una indebida aplicación del artículo 348 del Código civil en su segundo párrafo, intenta hacer ver que la acción que se ejercita, si bien, en principio, pudiera entenderse ser la reivindicatoria, es la publiciana, dadas las pretensiones de la demanda, cuando no se trata sino del ejercicio de una acción personal emanada del artículo 1.124 de dicho Cuerpo legal.

LA EXISTENCIA DE ERROR EN EL CONSENTIMIENTO ES DE NATURALEZA FACTICA (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—En accidente de tráfico perdieron la vida el joven conductor de un vehículo y tres amigos que le acompañaban. Los padres de los acompañantes renunciaron a las acciones que se les ofrecieron, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero posteriormente demandaron a la Compañía Aseguradora, quien se defiende esgrimiendo las renunciaciones citadas. A pesar de ello es condenada a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—El recurrente denuncia como vicio de la sentencia la aplicación indebida del artículo 1.266 del Código civil, alegación que debe ser desestimada por las siguientes razones: a) porque afirmada por el Tribunal sentenciador la existencia de error en el consentimiento en los actos jurídicos, consistentes en las manifestaciones de los demandantes contenidas en las aludidas declaraciones, es este precepto legal el adecuado para resolver la cuestión controvertida; b) porque el juicio del Tribunal acerca de la existencia del error en el consentimiento es acertado y patente, y c) porque la afirmación de la existencia de error en el consentimiento, que el Tribunal basa en distintos hechos, es de naturaleza fáctica, y ni esta afirmación ni los hechos en que se funda han sido atacados por el obligado cauce del número 7 del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil.

EN EL RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA ES IMPRESCINDIBLE LA CITA DEL PRECEPTO LEGAL ADJETIVO QUE PUEDA DECIRSE VULNERADO (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—De acuerdo con la reiterada y uniforme doctrina de este Tribunal Supremo, para la prosperabilidad de los recursos de casación por quebrantamiento de forma, cual el que en este caso se interpone, es indispensable no sólo la cita precisa del número pertinente del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se apoya, sino también la del precepto legal de orden adjetivo que pueda decirse vulnerado, con el fin de poder valorar el alcance de la infracción que se denuncia en concreto, lo que en el presente supuesto no se hace en el único motivo que se formula, pues se limita a decir que se ampara en el ordinal sexto del indicado artículo.

NULIDAD DE VENTA (SENTENCIA DE 6 DE ENERO DE 1973).

Hechos.—Doña Carmen, de avanzada edad, abandonó el domicilio que compartía con sus hijas y se fue a vivir al de una familia conocida, a la que posteriormente vendió a bajo precio tres fincas que poseía, ventas que se inscribieron en el Registro. Una vez fallecida doña Carmen, sus hijas demandan la nulidad de la venta por defecto del consentimiento debido a demencia de la vendedora o, subsidiariamente, la rescisión por lesión *ultra dimidium*, pues tales hechos ocurrieron en Cataluña. La Audiencia estimó la demanda, fallo que fue confirmado por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El recurrente dedica el motivo a llevar a cabo por su propia cuenta una apreciación de la prueba según su particular e interesado criterio, sobre la base de algunos documentos y declaraciones testificales que obran en los autos, en sentido contrario a la hecha por la Sala sentenciadora, y todo ello sin haber desvirtuado ésta previamente por la vía adecuada del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, por lo que, amparado el motivo en el número primero de dicho precepto procesal, ello es de todo punto inadmisibile en la técnica formal y rigorista del recurso de casación, por lo que firmes los hechos y no demostrado el error evidente, el perezimiento del motivo es obligado.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA: PARA QUE SEA EXIGIBLE EL CREDITO ES NECESARIO QUE SE FIJE DE MODO CIERTO LA SUMA ADEUDADA (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1973).

Hechos.—Don Julián y don Manuel, los dos únicos socios de una Sociedad Anónima, firmaron un documento privado, en el cual don Julián reconocía que el otro había adelantado 800.000 pesetas para la Sociedad, dejando abierta la posibilidad de que el saldo a favor de don Manuel sufriera variaciones en más o en menos según la contabilidad de la Sociedad. Falleció posteriormente el socio don Julián, y desaparecidos los libros de la Sociedad, don Manuel demanda a los herederos de su consocio. No prosperaron sus pretensiones y los herederos fueron absueltos.

Doctrina de la sentencia.—Al haber estimado el Tribunal *a quo*, a la vista del documento mencionado, que en el proceso no concurrieron los presupuestos contractuales necesarios para la exigibilidad del crédito re-

clamado, no incide en las infracciones denunciadas por el recurrente: Primero, porque del simple examen de tal convenio se desprende que quienes lo suscribieron no fijaron de un modo cierto y absoluto la suma de cuyo pago se hacía responsable el causante de los demandados, sobre todo si se tiene en cuenta que en el expresado documento se hizo constar que el obligado al pago podía optar, en su caso, «por la entrega del efectivo metálico de que *resulte* deudor», tiempo de verbo el subrayado que a todas luces proclama la iliquidez de la deuda. Segundo, porque la facultad de reclamar el reintegro de la cantidad convenida la supeditó el actor «al momento en que por desaparición e insolvencia de la Sociedad deudora se hiciese legalmente imposible su cobro a la misma», es decir, a que ésta no la abonase, a pesar de ser ella y no el otro contratante la obligada a su pago, y como tal desaparición o insolvencia no ha sido justificada por el recurrente en la instancia, queda vedado a esta Sala estimarla en casación.

DAÑOS MORALES POR PUBLICACIONES INEXACTAS (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1973).

Hechos.—La marquesa de M. falleció en su domicilio en circunstancias misteriosas, los que motivó un tratamiento un tanto sensacionalista de los hechos por parte de algunos periódicos. El yerno y la hija de la fallecida demandan al diario *Pueblo* y a la *Hoja del Lunes* de L. por daños morales. No prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Las diligencias sumariales, según reiterada jurisprudencia, no tienen la condición de documentos auténticos.

Sentada la premisa básica de naturaleza fáctica de no contener los artículos periodísticos denunciados acción ni omisión culposa, es evidente que ha existido aplicación correcta del artículo 1.902 del Código civil y no inaplicación.

La violación de disposiciones de carácter administrativo no se puede sustentar en casación.

PARA LA SUCESION EN EL ARRENDAMIENTO PROVÉE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS UN ORDEN QUE ESTA POR ENCIMA DE LA LIBRE DISPOSICION DEL TESTADOR (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Don Luis tuvo dos hijos de su primer matrimonio y abrió durante él un negocio de peluquería. Tras enviudar pasó a nuevas nupcias, de las que tuvo otro hijo. Falleció don Luis bajo testamento, en el cual se disponía, entre otras cosas, que el establecimiento de peluquería se adjudicara al hijo del segundo matrimonio. Demandados éste y la viuda del causante por los hijos del primer matrimonio del mismo, se reconoció a los actores por los juzgadores de instancia como copartícipes en el establecimiento. El recurso de la viuda no prosperó.

Doctrina de la sentencia.—Se invoca por la recurrente la inaplicación del artículo 1.056 del Código civil, alegando el derecho del testador a disponer de un bien, «el negocio de peluquería», que le pertenecía y del que libremente podía disponer en su última voluntad en favor de uno solo de sus herederos, con tal que éste indemnice a los demás herederos; pero al argumentar de dicha forma se olvida, en primer lugar, que para la suce-

sión en el arrendamiento provee la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 60, un orden que está por encima de la libre disposición del testador, y de otra parte, que es a la muerte del padre común cuando se liquidan las dos sociedades de gananciales en las que estuvo implicado su único patrimonio, objeto de esta litis, al no haberse practicado a la muerte de la primera esposa la pertinente liquidación y entrega de bienes, pues al no poderse determinar los pertinentes valores relativos en función de aquel deber incumplido, no queda otro remedio que aplicar el sistema subsidiario prescrito por el artículo 1.431 del Código civil, sin necesidad de que esta solución subsidiaria haya sido pedida expresamente por las partes en el pleito.

COMENTARIO.—Complejo caso éste, casi propio para el ejercicio de informe de unas oposiciones. Se involucran los conceptos de legado de cosa ajena, legado de cosa ganancial, liquidación de varias sociedades de gananciales, nulidad de disposición testamentaria, con cuestiones sobre traspaso y sucesión en el arrendamiento de local de negocios y sobre establecimiento mercantil. Desilusiona un tanto la sentencia, que no aclara muchas de estas complicadas materias, sino que se preocupa sólo de ir rechazando, tal vez demasiado escuetamente, los motivos del recurso.

Por otra parte, no creo que esté muy acertada al admitir que el negocio de la peluquería es «el único bien ganancial entre ambas sociedades». Siendo ganancial del primer matrimonio, al disolverse éste y cesar, por tanto, dicha sociedad, el bien ya no puede reputarse ganancial no existiendo en nuestro Derecho la sociedad continuada aragonesa, y menos aún lo será de un segundo matrimonio, pues en todo caso dicho negocio de peluquería constituiría capital del marido y sólo sus rendimientos o beneficios podrían estimarse como gananciales del segundo matrimonio.

En cuanto a la nulidad de la disposición testamentaria en sí, ya declaraba el Supremo, en sentencia de 9 de mayo de 1968, que el testador no puede disponer de bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales no liquidada.

RESCISION POR LESION «ULTRA DIMIDIUM»: LA EXISTENCIA DE LIBERALIDAD ES UNA EXCEPCION A LA PROCEDENCIA DE LA ACCION, Y PARA QUE SEA ESTIMADA TIENE QUE SER ADUCIDA POR LA PARTE DEMANDADA (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Se desarrollan en Cataluña. Don Jaime vendió a su hija, doña Isabel, un «hostal» en 50.000 pesetas. Disgustado posteriormente con ella, la demanda solicitando la rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio, pues tal finca valía, al menos, 250.000 pesetas. La demandada se defiende arguyendo la existencia de un documento privado en que se declaraban entregadas 200.000 pesetas en concepto de complemento de precio. Tanto en el Juzgado como en la Audiencia se desestimó la demanda por interpretar que concurrió ánimo de liberalidad por parte del vendedor. Pero el Supremo casa esta sentencia absolutoria por adolecer del vicio de incongruencia.

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida incide en incongruencia porque, como acertadamente sostiene el recurrente, a) la parte actora interpuso la acción rescisoria por lesión, por entender que en la compraventa en cuestión se había producido la lesión en el precio; b) la parte demandada fundó su oposición única y exclusivamente en el *quantum* o importe de esa lesión o, lo que es lo mismo, en alegar que no existía daño

en la mitad del precio, pues había sido complementado, pero ni una sola vez en su oposición aparece la palabra «liberalidad» ni se contiene la menor alusión a esa circunstancia obstativa; c) la existencia de liberalidad es una excepción a la procedencia de la acción, y para que sea estimada tiene que ser aducida por la parte demandada, pues, en otro caso, la sentencia no puede entrar a conocer de ella sin incurrir en la incongruencia que da base a la casación; d) sin embargo, se estima la existencia de una liberalidad que no había sido aducida ni opuesta por la parte demandada y que, por tanto, no se había ventilado en el procedimiento, ni sobre ella se había practicado prueba alguna en el período correspondiente, por lo que, en realidad, vino a decidir un punto litigioso que no había sido objeto de debate.

COMENTARIO.—Resulta curioso comprobar cómo siendo el desarrollo de los hechos de tal naturaleza que llevara al ánimo de los sentenciadores de instancia el convencimiento de la existencia de liberalidad por parte del vendedor, no fuera argumentada tal circunstancia por la demandada. Error éste que la condujo, a la postre, a la pérdida del pleito.

Por otra parte, es de destacar que ni en la demanda, contestación, ni en ninguna de las sentencias se hiciese alusión al último párrafo del artículo 325 de la Compilación de Cataluña, que permite al comprador demandado que evite la rescisión pagando el complemento del precio lesivo y los intereses.

RESOLUCION DE VENTA POR FALTA DE PAGO (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Como en la sentencia anterior, ocurren también en Cataluña, concretamente en Barcelona. Doña Asunción vendió a doña Dolores diez participaciones indivisas que poseía de otras tantas fincas. Don José ejerció el retracto legal de comuneros y consignó el precio en el Juzgado. Doña Asunción demanda a doña Dolores y a don José alegando falta de pago del precio en el plazo fijado y, subsidiariamente, la rescisión por lesión *ultra dimidium*. La demanda prosperó en el Juzgado, pero no así en la Audiencia, que absuelve a los demandados por estimar que la demandante no había acreditado la vecindad catalana. El Supremo casa tal sentencia absolutoria.

Doctrina de la sentencia.—Como tiene reiteradamente declarado la doctrina de esta Sala, en los escritos de demanda y contestación y, en su caso, en los de réplica y dúplica es donde las partes han de fijar las cuestiones de hecho y de derecho, a los que los Tribunales deben sujetarse en su resolución, sin que les sea lícito, sin incurrir en incongruencia, apreciar más pretensiones y excepciones que las planteadas en dichos escritos; al resolver el Tribunal *a quo* que la actora no acreditó su vecindad catalana, y no sin reconocer que la parte contraria ni la acusó ni la excepcionó, y con ello revocar la sentencia de primer grado, en cuanto acogió la pretensión subsidiariamente alegada, al amparo de la meritada Compilación, y absolver a los demandados de las pretensiones contra los mismos formuladas, se extralimitó en lo que era objeto de debate, resolviendo sobre una excepción que ni estaba comprendida ni fue discutida en el mismo, y al fundamentar su fallo absolutorio precisamente en dicha excepción incurre en el vicio de incongruencia.

CONTRATO VERBAL PARA LA EXPLOTACION DE UNA ADMINISTRACION DE LOTERIAS (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—Se celebró entre doña Benita, titular de una Administración de Loterías en Salamanca; su hija, doña Angela, y doña Pilar un contrato verbal, por el que las últimas ponían su trabajo y un pequeño capital, y la primera, la titularidad de la Administración, y se repartirían los beneficios. Doña Pilar estuvo trabajando unos veinticinco años hasta que falleció. Y ahora su hermana y heredera, doña María, demanda a doña Benita solicitando rendición de cuentas y la entrega del saldo resultante. Las pretensiones prosperaron y el recurso de la parte demandada no es estimado.

Doctrina de la sentencia.—Los documentos con que los recurrentes pretenden demostrar el error de hecho en la apreciación de la prueba, que atribuyen al Juzgador de Instancia, carecen de virtualidad por sí solos para lograr la casación pretendida, porque consistiendo los mismos en sendas certificaciones de la Delegación de Hacienda, Servicio Nacional de Loterías y Ayuntamiento de Salamanca, únicamente acreditan que la titularidad de la Administración en torno a la cual gira el litigio fue de doña Benita García Gómez y no su hija ni la causante de la actora, coincidiendo en ello exactamente con lo afirmado por la sentencia recurrida y no oponiéndose en absoluto a las demás declaraciones fácticas de ésta, relativas a la existencia de un pacto verbal contraído por dicha señora para la explotación del referido negocio, por lo cual tal vicio *in iudicando* no se ha justificado.

EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL, AUN CONSTITUIDA LA JUNTA DE VECINOS, CADA CONDUEÑO TIENE ACCION PARA OBLIGAR A LOS OTROS A PARTICIPAR EN LAS REPARACIONES DE LOS ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1972).

Doctrina de la sentencia.—Tanto si se estima la comunidad, de los artículos 392 y siguientes del Código, por lo mandado en el artículo 395, que faculta al copropietario para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común, como si se aprecia la existencia de hecho de la propiedad horizontal, comunidad *sui generis* que participa de la propiedad particular y común simultáneamente, no se puede dejar de resolver la situación de hecho creada, y por ello se impone obligar al demandado a participar en las reparaciones de los elementos comunes, que se fijarán en ejecución de sentencia, toda vez que el pronunciamiento primero de la sentencia ha quedado firme, y en él se manda que se fije la cuota que en la propiedad total pertenece al actor, es obligado condenar al demandado en los términos que resultan de dicho pronunciamiento, de ser comunidad ordinaria, por lo mandado en el artículo 395, y de ser propiedad horizontal, porque no constituida Junta de Vecinos, no puede negarse al condueño acción para pedirlo, y aun constituida, tiene tal acción, según reiterada doctrina de esta Sala.

ANULABILIDAD: EL NEGOCIO DEFECTUOSO SOLO PUEDE SER IMPUGNADO POR LOS OBLIGADOS EN EL, NUNCA POR UN TERCERO (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—Doña Margarita vendió una casa en documento privado al Consejo Superior de Misiones, organismo dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores. Posteriormente se otorgó la escritura pública, pero a nombre de la asociación «España Misionera», de carácter no estatal. El Abogado del Estado demanda la nulidad de la venta hecha a favor de «España Misionera» y que se declare que la casa pertenece al Estado. Fue acogida la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El primero de los contratos discutidos es válido a todos los efectos legales, sin que a ello pueda ser obstáculo su constancia en documento privado, con las repercusiones patrimoniales consiguientes de carácter de órgano dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores, carente de personalidad propia la entidad que figura como compradora, y si bien es cierto que aunque el referido Departamento Ministerial aprobó y ratificó la compra llevada a cabo, no se cumplieron todos los trámites de orden administrativo legalmente exigidos; este defecto podría haber dado lugar a la anulabilidad, que con terminología incorrecta contempla el artículo 1.300 del Código civil, que podría haber privado de eficacia el acto realizado si hubiese sido impugnado en el plazo de cuatro años, establecido en el artículo 1.301, por quienes, según el 1.302, podían estar en condiciones de hacerlo, es decir, los obligados principal o subsidiariamente, pero nunca por un tercero con personalidad autónoma o independiente, como es la asociación que ahora recurre, extraña en cuanto tal al acto cuestionado.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida apoya la desestimación de la demanda no en la inexistencia de la cláusula contractual, que remite a un tercero—el arquitecto—la aprobación de la obra, sino en la insuficiencia probatoria del visado y conforme estampado por aquél en los documentos acompañados a la demanda y en que se apoya ésta para acreditar de modo suficiente su alcance, y cualquiera que fuera la opinión de esta Sala sobre el particular, la apreciación fáctica del Tribunal *a quo* no ha sido combatida por el cauce adecuado del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que es obligado respetar los hechos e interpretación establecida por el Tribunal de Instancia.

RECLAMACION DE HONORARIOS PROFESIONALES (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—Un abogado demanda a sus antiguos clientes solicitándoles 1.700.000 pesetas en concepto de honorarios. Unas pruebas que propuso no fueron admitidas en la instancia. Los honorarios fueron notablemente reducidos, y el recurso del Letrado ante el Supremo no es acogido.

Doctrina de la sentencia.—La denegación de la práctica de la prueba en la Primera Instancia puede ser subsanada mediante la petición de la prác-

tica de la misma en la Segunda, ya que sólo la denegación en la Segunda Instancia produce el resultado omisivo que el recurso de casación trata de enmendar, a cuyo respecto cabe señalar que nunca hubiera cometido la Sala el quebrantamiento de forma que se le atribuye fundamentado en no haberse recibido los autos a prueba en Segunda Instancia, porque conforme a reiterada jurisprudencia, y a ella sigue la doctrina científica, no se incurre en la infracción prevista en el número 3 del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando la prueba propuesta, como acontece en el presente caso, es la misma ya rechazada en Primera Instancia, esto es, que contra la denegación de la Sala en supuestos como el contemplado, queda a la parte el recurso de casación por quebrantamiento de forma, según el número 5 de dicho artículo 1.603, pero no lo ha de ser por el número 3.

J. Q. S.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA APROBACION DE LOS PLANES DE URBANISMO POR SILENCIO ADMINISTRATIVO (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1974).

I. INTRODUCCIÓN

En la aplicación de la normativa que regula el silencio administrativo han surgido interpretaciones que desvirtúan la conquista que supuso para el administrado la consagración de la institución. De aquí la extraordinaria importancia de las decisiones jurisprudenciales, que vayan configurando en sus justos términos el silencio administrativo positivo, en especial en cuanto se aplica al procedimiento de aprobación de los Planes de Urbanismo. Sólo una jurisprudencia concreta, que vaya superando las desviaciones interpretativas que se han ido produciendo en la práctica administrativa, podrá evitar que se dé al traste con una institución que tanto ha supuesto en las garantías del administrado frente a la inactividad, pasividad y arbitrariedad de la Administración pública.

Una de las sentencias que nos permiten ver esperanzadoramente el porvenir de nuestro régimen jurídico-administrativo es esta de que hoy damos noticia: la sentencia de 16 de enero de 1974, de que ha sido ponente don Paulino Martín Martín.

II. LA SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1974

En sus considerandos segundo a cuarto se enfrenta con los principales problemas que ha planteado el silencio administrativo positivo, y los resuelve correctamente, sentando una doctrina que puede citarse como ejemplo. Los expresados considerandos dicen:

«Segundo considerando: Que el artículo 32, 2, de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana configura una modalidad de silencio administrativo de carácter positivo en la aprobación definitiva de los Planes de Ordenación Urbana; la ley es congruente en este punto con lo establecido con carácter general por el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo para aquellos actos que tengan el carácter de autorizaciones o aprobaciones nacidas en ejercicio de funciones de fiscalización o tutela; no obstante lo cual, al establecerse el régimen jurídico de este supuesto específico de silencio se dispone que el plazo de seis meses se contará desde el ingreso del expediente en el registro de entrada del órgano en cada caso competente para otorgar la aprobación definitiva, si bien se presupone como requisito-presupuesto esencial la existencia de la aprobación provisional del plan previo cumplimiento de trámite de información pública, entendiéndose, en su caso, como fecha final o día *ad quem* la fecha de la comunicación de la resolución adoptada, pues abundando en la doctrina de la sentencia de 29 de mayo de 1970, la de 16 de mayo de 1973, después de entender que los plazos han de computarse conforme al criterio 'de fecha a fecha', previsto en el artículo 60 de la

Ley de Procedimiento Administrativo, sostiene que no puede, en realidad, entenderse que el vocablo 'comunicar', que emplea el artículo 32 de la ley, y que según el Diccionario de la Real Academia significa 'descubrir, manifestar o hacer saber a alguno alguna cosa', deje incompleta la acción del verbo con referencia a la eficacia terminal que tal acción supone, pues sólo se comunica aquello que establece la relación completa entre el comunicante y comunicado, y en tal sentido es imposible forzar el sentido de la acción atribuyéndoselo al inicio de la misma, sino que es preciso entender que la comunicación supone el conocimiento por el comunicado y equivale procesalmente, en cuanto a su efecto, a la notificación misma.»

«Tercer considerando: Que el examen del expediente administrativo muestra que el plazo de los seis meses ya había transcurrido cuando se produjo la comunicación del acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo, ahora impugnada, del Ayuntamiento de Santa Perpetua de Moguda, puesto que, en efecto, la Corporación elevó por primera vez el expediente para su aprobación definitiva el 31 de mayo de 1969 (entrada, 2 de junio), y la resolución de la Comisión Provincial señalando deficiencias técnicas fue comunicada al Ayuntamiento el 3 de septiembre (recibida el 20) del mismo año, entrando de nuevo el expediente en las oficinas de la Comisión el 24 de marzo de 1970, al que fueron puestos igualmente reparos por el acuerdo de 27 de julio, cuya comunicación o notificación a la Corporación interesada resulta efectuada el 19 de agosto de 1970, fecha esta última fuera del plazo de los seis meses previsto en el artículo 32, 2, de la Ley del Suelo, dado que este plazo es de caducidad y no de prescripción, tal como ha sido calificado por la doctrina de la Sala (sentencias de 16 de marzo de 1966; 27 de enero, 12 y 16 de marzo y 19 de octubre de 1968, etc.), al atribuirle constituir un hecho jurídico administrativo y no un acto, cuya eficacia no está relacionada con la voluntad, sino con el transcurso del plazo legalmente fijado; condición o característica que acentúa su fundamento en el carácter público del procedimiento y en la necesidad de evitar su duración excesiva cuando se trata de las excepcionales aplicaciones del silencio positivo, que el Ordenamiento administrativo admite con significada mutación del principio general del silencio administrativo.»

«Cuarto considerando: Que al movernos en el campo de tal figura jurídica, la interrupción del silencio producida por el primer acuerdo de la Comisión Provincial de 28 de julio de 1969 (salida el 26 de agosto siguiente) no supone o produce el efecto de tener que iniciar nuevamente el cómputo de la totalidad del plazo, pues tan sólo supone la paralización del plazo durante el tiempo en que el expediente se encuentre fuera del ámbito de intervención del órgano resolutorio, volviendo a correr el plazo por el tiempo que reste una vez ingresado de nuevo el expediente en la Comisión Provincial; criterio el expuesto enteramente coincidente con el régimen jurídico de las caducidades (v. gr., art. 70 de la Ley Jurisdiccional), y que en la materia específica de silencio positivo precisa la regla 6.ª del artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales como único congruente con la figura jurídica del silencio positivo, puesto que cuando la ley sanciona la inactividad de la Administración con la declaración de derechos que supone el silencio positivo, sería contrario a la propia institución que la Administración dispusiese de facultades de producir sucesivos actos de interrupción del plazo del silencio, para comenzar a computar el taxativo plazo fijado por la norma legal una y otra vez hasta el infinito.»

III. COMENTARIO

1. *La regulación del silencio administrativo positivo aplicable al procedimiento de aprobación de los planes de urbanismo*

La regulación del silencio administrativo positivo ha planteado no pocos problemas, en general, y, por supuesto, al aplicarse en el procedimiento de aprobación de los Planes de Urbanismo (1).

El régimen general del silencio administrativo positivo, aplicado a los Planes de Urbanismo viene regulado en el artículo 32, párrafo 2, de la Ley del Suelo. Pero al lado de este régimen general existen otros especiales (v. gr., art. 12, párrafo 3, de la Ley del Area Metropolitana de Madrid; art. 40, párrafo 5, del Reglamento del Area Metropolitana de Madrid, aprobado por Decreto 3088/1963, de 28 de septiembre). De aquí la necesidad de hacer referencia a uno y otros.

El artículo 32, párrafo 2, de la Ley del Suelo, dispone: «La Corporación u Organismo que hubiere redactado el Plan o proyecto, en vista del resultado de la información, lo aprobará provisionalmente, con las modificaciones que procedieren, y lo someterá al Consejo Nacional o a la Comisión de Urbanismo competente para otorgar la aprobación definitiva, a fin de que lo examinen en todos sus aspectos y decidan en seis meses desde el ingreso del expediente en el Registro, transcurrido el cual sin comunicar la resolución se entenderá aprobado por silencio administrativo.»

Por tanto, el silencio administrativo positivo que se regula en la Ley del Suelo está previsto para uno de los supuestos de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores, juega en aquellos casos en que el órgano que ejerce la fiscalización o tutela no dicta el acto en que se concretan estas potestades dentro del plazo legal. Lo que presupone la existencia de un acto que es objeto de la fiscalización. Concretamente, un Plan de Ordenación Urbana que ha merecido la aprobación provisional por parte del órgano inferior.

Por tanto, para que pueda operar el silencio positivo del artículo 32, párrafo 2, de la Ley del Suelo, es absolutamente necesario que producida aquella aprobación provisional se remita el Plan al órgano que ejerza la fiscalización. Naturalmente, este régimen general difícilmente puede aplicarse al procedimiento de aprobación de planes de iniciativa particular. Por lo que, en estos supuestos, ha de arbitrarse régimen distinto (2).

2. *Los requisitos para que se produzca la aprobación presunta por silencio administrativo*

Para que se produzca la aprobación presunta por silencio administrativo es necesaria una actitud de inactividad de la Administración durante el plazo establecido por la ley. El plazo general que señala el artículo 32, párrafo 2, es de seis meses, computados de fecha a fecha, según el artículo 60 de la Ley de Procedimiento Administrativo, tal como ha sancionado la jurisprudencia, que reitera la ahora comentada. En el Area Metropolitana de Madrid, de dos meses.

Si dentro de este plazo no se ha producido la notificación de la reso-

(1) Sobre el problema en general, me remito a mi trabajo "La aprobación de los Planes de urbanismo por silencio administrativo", que aparecerá en el número 1 de *Civitas, Revista Española de Derecho administrativo*.

(2) Ya en la imprenta este trabajo se ha dictado una interesante sentencia de la Sala 4.^a (de que ha sido ponente ENRIQUE MEDINA BALMASEDA) sobre silencio positivo en el procedimiento de aprobación de planes de iniciativa particular, que comentaremos con la extensión que se merece en el próximo número: sentencia de 16 de febrero de 1974.

lución expresa que hubiere podido adoptarse por el órgano competente, el Plan queda automáticamente aprobado por silencio administrativo. El artículo 32, párrafo 2, de la Ley del Suelo, al regular el silencio administrativo positivo, establece inequívocamente que se producirá cuando transcurra el plazo previsto *sin comunicar la resolución*.

El precepto recoge fielmente lo que ha sido siempre principio general del silencio administrativo, para el que es indiferente el hecho de que se hubiera producido o no la resolución. No opera para nada que el órgano administrativo competente haya dictado o no resolución. El acto resolutorio que se hubiese podido dictar es ineficaz en orden al silencio administrativo (3). Lo único relevante es la notificación, la comunicación al órgano que dictó el acto objeto de fiscalización, es decir, el órgano que aprobó provisionalmente el plan de que se trata (4). Otra cosa sería quedar a merced del órgano administrativo, que podría fácilmente vulnerar todo el régimen de garantías que supone el procedimiento, mediante el cómodo procedimiento de fechar anticipadamente el acto resolutorio.

Por tanto, si transurre el plazo de seis meses sin que se hubiese notificado la resolución—aunque ésta hubiere existido—, se entenderá producida la aprobación definitiva. Y así lo ha entendido el Tribunal Supremo (5), superando la doctrina de alguna decisión anterior que, refiriéndose al silencio administrativo en general, había afirmado que no llega a producirse cuando la Administración, «con anterioridad o el mismo día de la finalización del plazo o término, se hubiera pronunciado expresamente, aunque no se notificase hasta más tarde» (sentencias de 21 de mayo y 15 de octubre de 1966 (6)). En el procedimiento de aprobación de los Planes de Urbanismo parece no ofrecer duda que lo único relevante es la *notificación*, no la *resolución*. Si la notificación no se ha producido dentro del plazo de seis meses, se entenderá aprobado definitivamente el Plan por silencio administrativo.

En el Area Metropolitana de Madrid no rige el régimen general del artículo 32 de la Ley del Suelo. La Ley del Area de 2 de diciembre de 1963 (art. 12, párrafo 3) y su Reglamento (art. 40, párrafo 5) no sólo se apartan de aquél al reducir a dos meses el plazo de seis meses, sino al establecer la actividad administrativa, que determina la no producción del silencio administrativo. Con arreglo a estos preceptos, se considerará otorgada la aprobación definitiva «por el transcurso de dos meses desde la fecha en que fuesen remitidos *sin que adoptara acuerdo*».

Ante precepto de tan clara redacción no ofrece duda que se ha producido, por norma de suficiente jerarquía (*ley* es la reguladora del Area Metropolitana, y *ley*, la del Suelo), una derogación del precepto general, si bien con vigencia territorial limitada al Area Metropolitana.

De este modo se compensa, en cierto modo, lo reducido del plazo de dos meses que rige en esta Area, plazo notoriamente insuficiente, que plantea no pocos problemas prácticos.

(3) GONZÁLEZ PÉREZ. *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, pág. 509.

(4) En contra, HERRERO LOZANO "Aspectos jurídicos de los planes de ordenación urbana", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 32 (1973), pág. 69.

(5) En sentencia de 29 de mayo de 1970 (Ponente, ROJERES) se sentó la siguiente doctrina: "Que en cuanto a la fecha final del citado artículo 32 de la Ley del Suelo, que regula este supuesto especial de silencio administrativo positivo, alude a que recoge la aprobación tácita transcurridos seis meses sin comunicar la resolución; es decir, que el mismo texto legal no precisa otra interpretación alguna más que la literal para que se deduzca con toda claridad que el plazo de seis meses ha de tener como tope final no la fecha en que aparece firmada la resolución sino aquella en que fue comunicada, expresión con la cual el legislador no hizo más que seguir la norma general de atribuir a la fecha de notificación de las resoluciones la cualidad determinante de su efectividad y vigencia."

(6) GONZÁLEZ PÉREZ. *Los recursos administrativos*, 2.ª ed., Madrid, 1969, pág. 117.

3. La interrupción del plazo

Si dentro del plazo legal la Administración pública no notifica la resolución ni siquiera dicta ésta, ¿puede adoptar algún acuerdo que suponga una paralización o interrupción de aquél?

En principio, ha de establecerse como norma esencial que, por la naturaleza del plazo, no puede suspenderse ni siquiera por la petición de informes o cualquier elemento de juicio que hubiese exigido la Administración. «Permitir la suspensión *sine die*—ha dicho S. ROYO VILLANOVA—sería colocar la aplicación de la doctrina del silencio en manos de la Administración, que podría, a su antojo, aplicarla o no, valiéndose para desvirtuarla del medio de pedir informes o documentos, aplazando así definitivamente la resolución» (7). Y así se ha sentado en alguna decisión jurisprudencial proclamando la doctrina correcta (v. gr., sentencias de 16 de marzo de 1966 y 19 de octubre de 1968 (8)). Pero en otros fallos se contiene una doctrina sumamente peligrosa, al admitir la paralización o interrupción de los plazos (v. gr., sentencias de 6 de marzo y 27 de noviembre de 1965 y 5 de marzo de 1966) (9).

La sentencia que comentamos contiene una doctrina interesante, al señalar las consecuencias que para la aplicación del silencio administrativo tiene el acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo, indicando al Ayuntamiento que elaboró el Plan las deficiencias técnicas de que adolece.

En efecto, el supuesto que contempla la sentencia es el siguiente: que la Comisión Provincial de Urbanismo competente para decidir acerca de la aprobación definitiva del Plan dictó acuerdo, por el que estimaba la existencia de deficiencias técnicas. Lo que es perfectamente lícito, en ejercicio de las potestades previstas en el artículo 32, párrafo 3, de la Ley del Suelo, al decir: «Si los aludidos Consejo o Comisión no aprobaran el Plan o Proyecto, señalarán las deficiencias de orden técnico y subsiguientes modificaciones que procediere introducir para que, subsanadas por la Corporación u Organismo redactor, lo eleve de nuevo a la aprobación definitiva del órgano competente, salvo que hubiere sido relevado de hacerlo por la escasa importancia de las rectificaciones.»

Ahora bien, cuando esto ocurre y el Ayuntamiento, después de subsanar

(7) ROYO-VILLANOVA (S) "El procedimiento administrativo como garantía jurídica", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, pág. 48. En el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ *El procedimiento administrativo*, cit., pág. 509.

(8) En la primera de estas sentencias se dice "Sin que puedan los efectos del silencio suspenderse mediante pretexto alguno, ya que como dice un notable tratadista "permitir la suspensión *sine die* sería colocar la aplicación de la doctrina del silencio en manos de la Administración, que podría, a su antojo, aplicarla o no, valiéndose para desvirtuarla del medio de pedir informes o documentos, aplazando así definitivamente la resolución".

(9) Por mí criticadas en *Comentario a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, pág. 243. A favor de la misma, MARTÍN BLANCO *Dictámenes y estudios de Derecho urbanístico*, Madrid, 1970, páginas 169-170; HERRERO "Aspectos jurídicos de los planes de ordenación urbana", *Revista de Derecho urbanístico*, núm. 32 (1973), págs. 69-70. En estas sentencias se establece

— Sentencia de 6 de marzo de 1965 "El plazo de seis meses señalado en el número 2 del artículo 32 de la Ley del Suelo supone, como en general, todas las hipótesis de aplicación del silencio administrativo positivo, la inactividad de la Administración encargada de resolver, por lo que tal plazo se corta o se interrumpe cuando ésta requiere a la persona o entidad iniciadora de la tramitación para que aporte o complete datos o documentos, o repare deficiencias subsanables, porque estima que ello es necesario para la resolución del asunto".

— Sentencia de 27 de noviembre de 1965. "Considera interrumpido el plazo, y, por tanto, que no se produce la aprobación presunta, cuando el Presidente del Organismo remite a la Corporación un dictamen del Arquitecto Jefe técnico en el que señala algunos defectos que deben ser subsanados".

— Sentencia de 5 de marzo de 1966: "No se ha dado una paralización por parte de la Administración dependiente de su voluntad, que es el supuesto indispensable para que pueda operar el silencio administrativo como decisión presunta, pues la propia Corporación interesada es la que pudo impulsar el curso de las diligencias de aprobación, no habiendo sucedido así, hay que estimar que la actividad administrativa suspendida en beneficio del Ayuntamiento hubo de tener su reanudación por solicitud de éste."

las deficiencias, eleva de nuevo el Plan a la Comisión Provincial de Urbanismo para su aprobación, ¿cómo deberá computarse el plazo para que se produzca el silencio administrativo? El cuarto considerando de la sentencia comentada es terminante. Estimando acertadamente que el acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo señalando deficiencias supone una *interrupción* del plazo para que se produzca el silencio, declara que cuando se subsanan las deficiencias y se remite el Plan para la aprobación no se inicia de nuevo el plazo, sino que *vuelve a correr el plazo por el tiempo que resta*.

Manejando irrecprochablemente los principios y normas reguladoras de la interrupción de los plazos y de la caducidad, el cuarto considerando de la sentencia interpreta el artículo 32 de la Ley del Suelo de tal modo, que en lo sucesivo no podrá manejarse la potestad que reconoce al órgano competente para aprobar definitivamente el Plan, de modo que se demore indefinidamente ésta y resulte prácticamente imposible la aplicación del silencio positivo.

Estamos, por tanto, ante otra de las sentencias que constituyen jalones decisivos en este lento proceso de estructuración del régimen de garantías del administrado.

4. *Efectos del silencio administrativo positivo*

Por último, la sentencia comentada, en su quinto considerando, reitera la doctrina anterior de la propia Sala, que reconoce la imposibilidad de alterar «la situación jurídica consolidada al amparo del silencio positivo, por haberse producido un acto declarativo de derechos a favor del actor que no puede ser revocado sino a través de los procedimientos legalmente establecidos (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo y sentencias de 16 de marzo de 1966, 12 de marzo de 1968, 29 de mayo de 1970 y 16 de mayo de 1973, etc.)».

J. G. P.

LIBROS

AVILA ALVAREZ, PEDRO: *Estudios de Derecho notarial*. Editorial Montecorvo, S. A., cuarta edición, 1973.

Consideraciones previas.—En el año que acaba de terminar se ha publicado la cuarta edición de la obra de PEDRO AVILA ALVAREZ *Estudios del Derecho notarial*. Esta primera consideración lleva implícito el reconocimiento general al autor de esta obra, al exigirle una cuarta edición de la misma, que, naturalmente, supone el éxito que siempre ha tenido como obra de consulta y, sobre todo, como obra de ayuda al opositor.

No vamos a descubrir a estas alturas lo que ha supuesto esta obra para el opositor, pero sí conviene recordar que fue PEDRO AVILA ALVAREZ, Notario de rancio abolengo en su cuerpo (como justifica la dedicatoria a su familia en esta edición), quien supo aportar al sufrido campo de la oposición un excelente elemento de trabajo. Cuando en su primera época tan sólo existían ciertas notas, escuetas, simples y apresuradas, que suministraban las distintas academias como remedio de urgencia, PEDRO AVILA sintetizó una larga serie de trabajos que se habían llevado a cabo hasta entonces por autores de reconocido prestigio, como, por ejemplo, la *Teoría sobre el documento público*, de su compañero NÚÑEZ LAGOS; como los *Estudios sobre la función notarial*, de GONZÁLEZ PALOMINO, etc....

Por otra parte, hay que tener en cuenta que fue en el año de 1945 cuando aparece el nuevo, entonces, programa de Notarías, y hasta el año de 1952 no apareció la primera edición de esta obra, que por tan esperada y efectivos frutos se hizo prontamente imprescindible para el opositor.

Las diferentes obras que existían entonces resultaban francamente incompletas, y así tenemos, por ejemplo, el trabajo de GONZÁLEZ PALOMINO *Instituciones de Derecho notarial*, auténtica maravilla en el campo del arte del Derecho, y que se le puede parangonar con la octava sinfonía de Schubert, la incompleta, queremos decir.

La obra que aquí reseñamos, como toda obra de arte, ha salido ganando con el paso del tiempo, ha ganado en extensión y en profundidad, y además de suponer, como decíamos anteriormente, una valiosa ayuda para el opositor, es una magnífica obra de consulta puesta al día. Esta edición, por otra parte, era necesaria por la última reforma del Reglamento Notarial de julio del año 1967, pues, como bien dice el autor de esta reforma, al dar nueva redacción a 26 artículos del Reglamento, puede calificarse de trascendental por la cantidad y por la calidad de los diferentes artículos reformados.

Esta cuarta edición conserva las buenas cualidades de las anteriores en presentación, construcción tipográfica y demás detalles técnicos, que todo cuenta en cualquier obra que tengamos que utilizar. Abundando en esta pauta, la Editorial Montecorvo ha sabido ponerse a la altura de la obra empleando excelentes medios técnicos, y el resultado obtenido es francamente agradable. Por otra parte, el autor, evidentemente, siempre ha tenido presente al opositor, adaptándose a su especial mentalidad, y para ello cuida perfectamente la estructura de su obra, con su serie de

apartados, subapartados, etc. Igualmente mantiene la serie de notas complementarias de bibliografía, pero en este punto observamos un detalle muy de agradecer en la mecánica constante de referencias; así, en esta cuarta edición que tenemos delante, dichas notas bibliográficas se consignan a pie de página, en lugar de al final, lo cual supone una aportación más para la cómoda utilización de esta obra.

No obstante lo dicho anteriormente sería muy conveniente, y pensamos que el autor podría hacerlo en próximas ediciones, complementarlo con un índice alfabético de materias, que permita localizar directamente cualquier asunto concreto. Esto, que podría parecer superfluo, es altamente interesante para todos aquellos opositores que en sus comienzos apenas si conocen el programa, y teniendo en cuenta el gran número de ellos que utilizan esta obra, pensamos que esta salvedad podría ser considerada por el autor.

La obra.—Entrando ya en detalles, observamos que la estructura que sirve de soporte a esta obra sigue las líneas clásicas racionales, por lo que su desarrollo es totalmente correcto desde un punto de vista tradicional.

Así, primeramente distinguimos los conceptos fundamentales para pasar al instrumento público, el protocolo, la Notaría y su organización, y acaba con pormenores, como aranceles, mutualidad y personal auxiliar.

Dentro de la función notarial destaca el autor, como base para alcanzar su concepto, una serie de teorías doctrinales e igualmente hace de la fe y la forma pública.

Analiza, dentro de los conceptos fundamentales, al Notario como funcionario y como jurista. Nos prepara para el conocimiento de la institución notarial, dándonos una visión panorámica de esta figura a través de la historia, sus orígenes en España; ya ha trabajado el autor en esta materia y publicó sus frutos no hace muchos años en la *Revista Internacional del Notariado*. Por otra parte, y tras un estudio comparativo con otras naciones, desarrolla el autor la Ley Orgánica del Notariado, destacando la dignificación que alcanzó el Notariado con ella. A continuación examina los precedentes y la estructura del Reglamento vigente.

Tras examinar la competencia por razón de la materia y del territorio, entra el autor en el estudio del instrumento público y acierta a dar un concepto exhaustivo del mismo. Distingue al instrumento público de los demás documentos públicos, y tras ver sus fines distingue entre escrituras y actas, dándonos una versión original de la distinción de los dos géneros instrumentales, según la relación genética entre continente y contenido. Completa el estudio del instrumento público examinando sus requisitos internos y formales. Analiza la relación existente entre el artículo 1.219 del Código civil y el artículo 178 del Reglamento Notarial, así como la conexión del primero de los artículos citados con el Registro de la Propiedad. Se detiene en el estudio del instrumento público en los negocios jurídicos formales a través del brocardo *forma dat esse rei*. Asimismo, este instrumento en los negocios jurídicos consensuales, las escrituras con valor constitutivo, siguiendo el camino trazado por NÚÑEZ LAGOS y GONZÁLEZ PALOMINO.

En un carrusel ordenado pasan ante el lector pormenores y detalles del instrumento público, su nulidad, redacción, la comparecencia, la intervención, disposición y el otorgamiento. Todo ello en cuanto se refiere a las escrituras, tras ellas pasa a las actas y culmina con los testigos, las copias y los testimonios.

Clásica, dentro de lo visto anteriormente, es la diáfana partición que PEDRO AVILA realiza en el instrumento público, llegando a la fórmula notarial con su distinción «topográfica» de las cinco partes, encabezando las

tres primeras con los verbos que hacen referencia a su objeto—comparecen, exponen y estipulan—, y las dos últimas, con las palabras otorgamiento y autorización. A veces, lo más difícil es aclarar en pocas palabras todo un mundo de conceptos.

En el protocolo, museo catedralicio de la fe pública, completa el concepto que la Ley del Notariado da en el artículo 17; el desarrollo que el autor hace en esta sección es, con su esquemático planteamiento, tan claro y ameno, que resulta verdaderamente ingrátido para el lector.

Dedica el autor un cariñoso estudio a esta parte especial que es el protocolo; haciendo un poco de historia sobre su origen, destaca y analiza el carácter secreto del protocolo, puntualizando temas tan delicados como la investigación en el protocolo por razones fiscales. Nos explica cómo se forma el protocolo, su conservación y los responsables de su custodia. Y finaliza el examen exhaustivo del protocolo con sus índices y su reconstitución, para terminar explicándonos el valor jurídico del documento reconstruido, que según el Reglamento tiene la misma eficacia que el original, pero que plantea alguna duda en instrumentos *ad substantiam*, como el testamento, sacando como conclusión que en dichos negocios solemnes la forma ciertamente es elemento esencial, pero se puede probar por cualquier medio que dicha forma existió alguna vez, lo que precisamente se consigue con el documento reconstruido.

Finaliza su obra analizando la parte orgánica, y lo hace desde la selección del Notario, los diferentes sistemas de selección, sus ventajas e inconvenientes, pasando por los requisitos previos para la investidura notarial, honores y prerrogativas, para acabar destacando el carácter de autoridad que todo Notario tiene en su función.

Podrán parecer pormenores carentes de importancia teórica asuntos como el funcionamiento de la Notaría como oficina, domicilio, ausencias y licencias, excusión de la intervención, vacantes, concursos, etc.... Sin embargo, la exposición detallada de estas materias facilitan la consulta práctica de cualquiera de estos puntos, por lo que la última parte de la obra, dedicada al desarrollo orgánico de estas cuestiones, expuesta de forma amena, es un digno colofón y ligero broche que completa la visión de estos *Estudios de Derecho notarial*.

Conclusiones críticas.—El balance es, como hemos visto, altamente positivo: obra cuidadosamente elaborada, puesta al día, objetiva y sin barroquismos trasnochados, precisa y diáfana. Este autor, a su gran experiencia en el campo notarial, ha unido no hace muchos años el paso al campo registral. Su visión, por tanto, del entorno legal donde se desenvuelve es completa, y ello, naturalmente, servirá de perfecto complemento para llevar a buen puerto esta obra.

JAVIER GARCÍA-VALDECASAS DE LA CRUZ
Registrador de la Propiedad.
Seminario de Extremadura,
enero de 1974

ESCRIBANO COLLADO, PEDRO: *Las vías urbanas. Concepto y régimen de uso*. Editorial Montecorvo, 1973, 555 págs.

A pesar de ser la calle un tema henchido de vitalidad e interés para el político, para el urbanista, para el sociólogo, para el jurista y para la gente en general, hay que reconocer, confiesa en su prólogo CLAVERO ARÉ-

VALO, la desproporción manifiesta entre la importancia de la materia y los trabajos dedicados a la misma.

Por ello, el plantearse rigurosamente ESCRIBANO COLLADO la problemática de las vías urbanas evidencia la renovada y perenne actualidad de un tema cuyo tratamiento se hace hoy extremadamente complejo no sólo por la diversidad de conceptos, de difícil definición jurídica y que es preciso ordenar, sino porque el autor, en su árido recorrido por diversas parcelas del saber jurídico, incide en cuestiones competenciales, tratando de perfilar constantemente los límites de una actuación no ya legal, sino, sobre todo, legítima de los diferentes entes públicos.

El trabajo se articula en dos partes: una, de definición y delimitación de la vialidad urbana, y otra, que hace referencia al régimen de utilización y aprovechamiento de las vías en cuanto bienes afectados al uso público.

Después de definir la vía urbana, como una vía de comunicación destinada específicamente a servir de comunicación en el interior de las ciudades, ESCRIBANO hace un intento de delimitar el concepto, en el primer apartado del capítulo primero de su obra, en base a tres criterios: Primero, atendiendo al PERIMETRO URBANO, en cuanto implica un núcleo de población asentado en un marco geográfico determinado. Segundo, considerando la vía urbana como núcleo de SERVICIOS PUBLICOS ESENCIALES. Tercero, por su susceptibilidad de recibir EDIFICACIONES como consecuencia del asentamiento de población en su trazado.

Al analizar las relaciones Municipio-Estado, en lo referente a VARJANTES y TRAVESIAS, resalta el problema de orden formal, consistente en encontrar los instrumentos jurídicos y técnicos necesarios que hagan posible hallar una solución respetuosa con el problema y justa en sus consideraciones, y que estructure dichas relaciones jurídicas sobre un plano de igualdad.

Concretamente, en lo tocante a la travesía—tramo de carretera nacional a su paso por el interior de un núcleo urbano sin pérdida de su continuidad—, sienta las siguientes bases. 1.º) El conflicto de competencia entre Estado y Municipio que respecto a la misma se presenta ha de superarse acudiendo a la técnica del Plan Urbanístico que coordine ambas esferas de actuación. 2.º) La elaboración de este Plan se encargaría a un órgano interadministrativo en el que estuvieran representados los intereses urbanísticos que concurren sobre un mismo territorio. 3.º) Es totalmente imprescindible la elaboración de una Ley de Travesías, que regule de forma expresa el régimen de coafectación que recibe.

En el capítulo segundo, ESCRIBANO estudia las vías públicas urbanas en cuanto bienes de dominio público. A través de un minucioso análisis histórico de la figura en cuestión observa cómo, a través del tiempo, su estatuto jurídico, a pesar de su transformación y perfeccionamiento, ha tenido una constante: la de la protección exorbitante de la función o utilidad pública que prestaba. En un primer epígrafe se detiene a examinar los distintos modos por los que la Administración municipal puede adquirir la titularidad de una vía urbana: a) La vía del párrafo 4.º del artículo 8 del RBEL, que consagra una prescripción adquisitiva de dominio de carácter especialísimo, en favor de la Administración, sobre aquellos bienes que vinieren estando destinados, de hecho, a un uso público. b) Los Planes de Ordenación Urbana, cuyo papel definidor inicial de las vías urbanas que habrán de crearse, modificarse o mantenerse, no forma parte de un mecanismo de adquisición ni, por tanto, necesariamente, de una actividad que califique como pública a la vía en cuestión.

El autor estudia dentro de este apartado el proceso de adquisición de la titularidad administrativa, distinguiendo según se trate de VIAS URBANAS YA EXISTENTES o de VIAS URBANAS DE NUEVA CREACION. En el

primer supuesto matiza la diferencia, caso de que el Plan de Ordenación les afecte o no. En aquella hipótesis, el Plan de Ordenación puede calificar las vías como públicas, arbitrándose para ello el oportuno mecanismo de transmisión: cesión gratuita a instancia del interesado, cesión gratuita como carga urbanística o expropiación del vial. La calificación de una vía urbana como privada plantea doctrinalmente, como cuestión previa, la de su misma posibilidad, que viene enjuiciada por el autor del libro tomando como punto de referencia un factor temporal: su existencia jurídica con posterioridad a la Ley del Suelo, y un factor geográfico: su existencia posible en el interior de las ciudades.

En el supuesto de vías urbanas de nueva creación, la técnica a utilizar consiste en la aprobación de un plan especial o en la ejecución de un plan parcial a través de alguno de los sistemas arbitrados en la Ley del Suelo.

ESCRIBANO finaliza su estudio del régimen del dominio público aplicable a las vías urbanas refiriéndose a la **INALIENABILIDAD**, que en cuanto dirigida a la Administración titular de las mismas equivale a una declaración de incompetencia absoluta, esto es, carencia de capacidad para efectuar enajenaciones válidamente, y a la **IMPRESCRIPTIBILIDAD**, que garantiza, en tanto dure la afectación del bien (porque no se haya producido una desafectación formal por la propia Administración o una desafectación fáctica a través de una usurpación con cambio de destino), la imposibilidad de que se consagren jurídicamente sobre las dependencias del dominio público cualquier clase de derecho que limite o dificulte la afectación recibida, y que no sea el de la titularidad de la Administración que gestiona o tiene a su cargo la necesidad pública a la que aquél está destinado.

Hemos leído con especial interés el capítulo III, dedicado a las vías urbanas privadas. El derecho de propiedad privada sobre estas vías, más que un derecho sometido al conglomerado de técnicas jurídicas de intervención que el Derecho administrativo ofrece: limitaciones administrativas, servidumbres administrativas o derechos reales públicos, es un derecho planificado y hasta cierto punto estatutario y que entra dentro del concepto de propiedad urbana, cuyo uso está positivamente disciplinado. Así, partiendo de la distinción entre titularidad de uso y titularidad del bien—distinción que en el campo de las cosas extrapatrimoniales tuvo su nacimiento y primera aplicación práctica en el Derecho canónico y en relación con las *res sacrae*—, afirma que, independientemente de la atribución patrimonial a un ente público o privado de la vía urbana, ésta se encuentra sometida a un régimen de afectación unitario, al quedar legalmente destinada a una determinada función. De ahí que al referirse a las urbanizaciones particulares ponga de manifiesto un aspecto oculto de las mismas: la sustracción del interés público de zonas amplísimas en virtud de una desnaturalización abusiva y desmedida del principio «superficie solo *caedit*».

El último capítulo de la primera parte está dedicado a la **ALINEACION** de las vías urbanas cuyo régimen jurídico—afirma—no puede examinarse en nuestro Derecho fuera del ámbito del planeamiento urbanístico. Refiriendo el concepto a una situación material (de hecho o de derecho) o bien a un sistema de actuación, contempla el autor las diversas operaciones previstas en los planes de alineación: alineación que fija los límites actuales de la vía y aquella que presupone la transformación de vías urbanas existentes, ya sea como consecuencia del ensanchamiento de las mismas o del estrechamiento de éstas.

ESCRIBANO se detiene a estudiar con especial minuciosidad los efectos de la aprobación de un Plan de ensanchamiento, destacando: 1.º) Que sus normas son automáticamente **EJECUTIVAS** en el ámbito territorial al que afecta. 2.º) **OBLIGATORIEDAD**, esto es, efectividad improrrogable de los

vínculos que nacen a su amparo, lo que lleva consigo si el Plan se refiere a las construcciones existentes, la imposibilidad de realizar trabajos de consolidación o modernización del inmueble y la de una utilización contraria al destino previsto. 3.º) La LEGITIMACION de las EXPROPIACIONES.

En lo que atañe a la operación de estrechamiento de las vías urbanas, señala que es una figura un tanto extraña para los Planes de Ordenación actuales, y cuya realización se encuentra condicionada por la existencia de propiedades colindantes, que establecen limitaciones a la enajenación de los terrenos sobrantes a terceros.

La segunda parte de la obra que comentamos contiene dos secciones perfectamente diferenciadas. En la primera, el autor trata del régimen jurídico de las vías urbanas, reconociendo tres tipos de uso, todos ellos de una verdadera dimensión colectiva: a) Un derecho de circulación. b) Un derecho de estacionamiento de vehículos. c) Los derechos de los colindantes.

La CIRCULACION como ejercicio del derecho de libre desplazamiento implica: 1.º) Un conjunto anónimo e indeterminado de usuarios que obran *iure proprio* en virtud de un poder legal conferido. 2.º) Una actividad ordenadora de la Administración pública titular de la afectación. 3.º) Una vía afectada al uso público. Señala cómo en el ejercicio del derecho de circulación convergen dos órdenes de normas, que constituyen el conjunto normativo total de la policía de circulación. De un lado, las normas que regulan la circulación y que entran de lleno en la policía del orden público y, de otro, las normas que regulan la utilización del dominio público y que integran lo que se denomina la policía demanial. Estas son de la exclusiva competencia municipal.

En lo que se refiere al ESTACIONAMIENTO, afirma que éste forma parte de las llamadas utilizaciones de carácter privativo, en cuanto implican la ocupación de una porción del dominio público de modo que limite y excluya la utilización por los demás interesados. ESCRIBANO alude al error en que, a su juicio, ha incurrido el Código de la Circulación, al considerar el estacionamiento como una manifestación del derecho de circular despojándosele de su autonomía normativa. Al examinar a continuación su formulación, indica que puede formar objeto de una AFECTACION, de una REGLAMENTACION o de una simple TOLERANCIA, lo que constituye el régimen jurídico variopinto de la libertad de estacionamiento. Finalmente, considera antijurídica y condenable cualquier quiebra a los principios de generalidad, gratuidad e igualdad que deben informar estos usos, a menos que encuentre su justificación y legalidad en razón del orden público del propio uso.

Al matizar las relaciones entre la vía urbana y los inmuebles COLINDANTES, señala la existencia de un conjunto de limitaciones *lato sensu* sobre la propiedad privada (relativas al derecho de edificar y, en general, al ejercicio del derecho de propiedad mismo) y de un conjunto de facultades dominicales: 1.º) Un derecho de acceso, de forma que el propietario pueda a través del mismo desembocar en la vía pública. 2.º) Un derecho de luces y vistas sobre esta vía. 3.º) Un derecho de desagüe de aguas residuales. Entiende que es excesivamente simplista encuadrar al primero de los derechos mencionados dentro de las servidumbres por causa de utilidad privada, y en el caso de desafectación de la vía rechaza la teoría de la conversión formal de los derechos de los colindantes en base a la continuidad de la situación objetiva de los lugares y la posibilidad de imponer un vínculo real al adquirente de los terrenos desafectados, basándose en las utilidades que obtenía el colindante de la vía.

La última parte (segunda de las secciones, antes mencionada) de la obra de ESCRIBANO se refiere a las UTILIZACIONES de las vías urbanas

por los SERVICIOS PUBLICOS DE ENERGIA ELECTRICA Y TELEFONOS.

Si bien el régimen de otorgamiento de concesiones vincula a la Administración a otorgar las autorizaciones pertinentes y se reconoce en favor del concesionario un derecho de preferencia frente a otros usuarios privilegiados, se manifiesta el carácter subordinado de estas utilidades respecto de los usos comunes que motivan la afectación pública del bien.

Finalmente, al referirse a la ocupación de las vías por los servicios públicos de transportes, alude a la práctica *contra legem* de ciertos Ayuntamientos, en cuanto que aprovechamientos de acusado carácter privativo se articulan a través de una autorización o un permiso de estacionamiento, en vez de la técnica legal de la concesión administrativa.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

RODRÍGUEZ CARRETERO, JOSÉ ALBERTO: *La persona adoptada* (examen de su condición jurídica después de la Ley de 4 de julio de 1970). Editorial Montecorvo. Madrid, 1973.

La obra que se reseña constituye la tesis doctoral de su autor, habiendo obtenido la calificación de sobresaliente *cum laude*. Precedida de un prólogo, firmado por el catedrático de Derecho civil don IGNACIO SERRANO, y tras ofrecernos una introducción previa y consiguiente examen de la adopción como título de atribución del estado civil, trata ampliamente del contenido del estado civil de la persona adoptada, con una serie de apartados que se irán reflejando a medida que vayamos entrando en la lectura de la obra. Todo ello hace un total de 545 páginas, completadas al final con la abundante bibliografía tenida en cuenta por el autor.

En el prólogo, el profesor SERRANO señala que el presente trabajo, del doctor y profesor adjunto don JOSÉ ALBERTO RODRÍGUEZ CARRETERO, representa una de las aportaciones más logradas al estudio de la adopción, que, como tema de moda, ha dado y da lugar a incesantes publicaciones.

En cuanto a la metodología seguida, pone de relieve el autor que se ha centrado el trabajo en el terreno del Derecho civil común español, aun cuando las conclusiones a las que se llega se hayan visto amparadas por el estudio de los sistemas legislativos del Derecho comparado y por las doctrinas más representativas de estos derechos.

Al estudiar la adopción como título de atribución del estado civil indica que en el régimen actualmente vigente supone, en cuanto a negocio jurídico, una modificación del estado civil que tengan las personas en atención a su incorporación al grupo u organización de la familia antes de su perfección, y al mismo tiempo, en cuanto relación negocial constituida, un nuevo y particular estado civil, de contenido diferenciado y privativo: el estado civil de persona adoptante y el estado civil de persona adoptada.

Centrado en el estudio del contenido del estado civil de la persona adoptada, pone de relieve que dicho contenido vendrá integrado por el conjunto de derechos y deberes que le corresponden, por ser parte en la relación de filiación civil particular y *sui generis* que surge a consecuencia del negocio adoptivo, y aquellos otros que traigan su causa de la relación parental limitada, igualmente específica de la adopción.

Bajo la rúbrica de examen de la relación jurídica de filiación adoptiva

son varios los conceptos de que trata. Parte de una idea general de la filiación, para tratar después del concepto de estado de hijo adoptivo y su equiparación a los hijos legítimos. Así, tras una idea previa y examen del Derecho comparado, considera la significación en la regulación primitiva de la adopción en el Código civil y posterior reforma de 24 de abril de 1958, llegando al régimen vigente con el estudio del alcance de la reforma del año 1970.

Señala el contenido natural del estado de hijo legítimo, concretado en la protección del estado civil, apellidos, patria potestad, licencia para contraer matrimonio, nacionalidad y dote obligatoria en favor de las hijas, cuya exposición le sirve de pauta para contrastar hasta qué punto este típico contenido puede llegar a integrar el propio del hijo adoptivo, tras la recepción legal en nuestro Derecho del principio equiparador entre ambos.

En cuanto a la protección del estado civil, dice que si bien la posición que el adoptado tiene ante el Derecho no llega a alcanzar la cualidad que corresponde al *statu familiae* propio de los hijos legítimos y sí, en cambio, supera en su contenido a la estricta de estado de hijo adoptivo, no supone obstáculo para pensar que los efectos de la filiación adoptiva en sí mismo tengan alcance suficiente para conformar su propio estado civil de hijo adoptivo y, por consiguiente, para la atribución a su titular de las medidas y remedios protectores del mismo.

Pasa a continuación al examen de los apellidos, reflejando el criterio seguido sobre este tema en la primitiva regulación del Código civil; en la reforma de 1958, que lo disciplina, atendiendo a estos dos principios fundamentales: 1.º) al adoptando en forma plena le corresponden *ex lege* los apellidos del adoptante o adoptante; 2.º) podrán atribuirse al adoptado en forma menos plena los apellidos del adoptante o adoptantes si así se pacta en la escritura de adopción, y en el orden que se establezca en la misma, y, finalmente, en la reforma de 1970, que alcanzó también al tema de los apellidos del adoptado, cuyas líneas fundamentales siguen siendo las anteriormente empleadas en los sistemas reguladores de la adopción en el Código civil. Nos ofrece a este respecto una breve síntesis del Derecho comparado, examinando más detenidamente las particularidades que en este punto presenta nuestro sistema hoy vigente, sobre la base de distinguir entre la adopción plena y simple.

Por otra parte, el negocio jurídico de adopción, en cuanto creador de una relación jurídica de filiación civil, que por su naturaleza y contenido se integra en el Derecho de familia, mantiene una íntima conexión con el Derecho subjetivo, Derecho función o Derecho deber que es la patria potestad, provocando su atribución o transferencia al adoptante o adoptantes.

Sobre el tema de la patria potestad, tras una ligera referencia histórica y después de destacar la admisión con carácter de generalidad del principio según el cual la adopción lleva consigo una transferencia del Derecho de patria potestad sobre los hijos menores no emancipados que se adopten, considera necesario examinar las diversas manifestaciones de tal principio, atendiendo tanto a la cualidad de las personas que puedan ser adoptantes como a la de quienes pueden ser adoptados y a la existencia de dos clases de adopción. Igualmente expone las formas en que este traspaso de la patria potestad se realiza, así como las excepciones a dicho principio, ocupándose también del significado y contenido jurídico de la transferencia del Derecho de patria potestad por causa de adopción.

Vistos algunos de los principales efectos que la adopción ocasiona, en cuanto es causa de pérdida de la patria potestad para el padre o madre por naturaleza que consientan en la misma tratándose del hijo suyo menor no emancipado, estima interesante indagar cuál sea el contenido de la patria potestad que se atribuye al adoptante o adoptantes, según los

casos, cobrando especial importancia el deseo del legislador de equiparar el hijo adoptivo al hijo legítimo, en los términos del párrafo 1.º, artículo 176, del Código civil, aunque, bien es verdad, que el régimen no es absolutamente idéntico al propio de los hijos legítimos, poniendo de manifiesto, a estos efectos, ciertas particularidades importantes.

Otro punto recogido por el autor es el concerniente a la licencia familiar en el matrimonio del adoptando, en torno a lo cual hace una detenida exposición de los antecedentes históricos, examinando también con cierta minuciosidad el régimen vigente.

Otro apartado lo dedica el autor a tratar del tema relativo a la obligación de dotar a la hija adoptiva, ofreciéndonos tanto lo concerniente a antecedentes como al régimen vigente, con los caracteres con que se manifiesta en nuestro primer texto legal la dote obligatoria. Por cierto que, según señala el autor, la especialidad de las relaciones jurídicas que nacen por causa de la adopción suponen, en su opinión, varias alteraciones al esquema legal típico de la dote obligatoria.

La incidencia de la adopción en el régimen de la nacionalidad y regionalidad y su significación como causa de atribución de las mismas para el adoptado ha merecido también la consideración del autor.

Concretamente, los puntos abordados dentro de este epígrafe son: 1.º) La nacionalidad como estado civil e importancia de la misma. 2.º) Principios que informan la nacionalidad en nuestro Derecho. 3.º) La nacionalidad del adoptado extranjero, reflejando aquí las posturas formuladas por los profesores DE CASTRO y TRÍAS GIRÓ. 4.º) La situación del tema atendiendo al régimen actualmente vigente. 5.º) Incidencia de la adopción en la regionalidad o vecindad civil, con el examen de las causas originarias, opción y causas derivativas.

Una vez contrastado el contenido de la relación jurídica de filiación legítima en punto a su extensión y aplicación a la persona adoptada, RODRÍGUEZ CARRETERO considera necesario iniciar el estudio de la relación parental creada por la adopción.

El estudio de la relación jurídica de parentesco adoptivo—dice el autor—conlleva la necesidad de precisar, en primer lugar, su alcance o extensión para, una vez conocido éste, hacer jugar dentro del mismo el principio de equiparación al hijo legítimo, o mejor aún, los derechos y deberes propios de cada grupo del parentesco legítimo, determinando los que pueden ser de aplicación al adoptado y, consiguientemente, integran el contenido del parentesco adoptivo.

RODRÍGUEZ CARRETERO desarrolla esta parte de su trabajo con el examen inicial y genérico del concepto, fuentes de creación y trascendencia jurídica del parentesco, para luego referir tales conocimientos al supuesto específico del parentesco adoptivo.

El parentesco adoptivo es estudiado, en sus manifestaciones históricas y precedentes legislativos inmediatos al régimen actual, con referencia al estado del tema en la doctrina y legislación del Derecho comparado, pasando después al examen, por lo que a su contenido se refiere, de la eficacia de naturaleza personal (impedimento para contraer matrimonio, llamamiento a representaciones legales y otros cargos familiares, licencia para contraer matrimonio), y posteriormente, los efectos de entidad patrimonial que le son propios. Concretamente, dentro de este último aspecto se desarrollan sucesivamente los temas de la prestación alimenticia, derechos sucesorios del adoptado y régimen jurídico de los mismos y derechos en las sucesiones especiales de títulos nobiliarios, arrendamientos urbanos y arrendamientos rústicos, así como la trascendencia que el estado civil de la persona adoptada tiene en otras ramas del Derecho público y privado.

Al tratar de la eficacia patrimonial recoge, en primer término, la prestación de alimentos, reflejando con cierto detenimiento sus antecedentes

históricos y Derecho comparado, para llegar al régimen vigente, con las particularidades que la prestación alimenticia en el caso de la adopción presenta.

Lo mismo que en el supuesto anterior, cuando habla del trascendental tema concerniente a los derechos sucesorios del hijo adoptivo, recoge los antecedentes históricos, comenzando por el Derecho romano, dentro de lo cual habla de la *bonorum possessio contra tabulas* y de la *querella inofficiosi testamenti*; continúa con el Derecho germánico; Derecho histórico español hasta la época de la codificación; el sistema de los derechos sucesorios en el Código civil de 1889, epígrafe en el cual, después de ofrecernos una introducción y exponer las opiniones de la doctrina sobre los derechos del adoptado en la herencia de su adoptante, señala la posición de la jurisprudencia y hace una valoración crítica. Siguiendo el hilo cronológico, nos encontramos con el sistema de los derechos sucesorios del adoptado a raíz de la reforma del Código civil de 1958, que alcanzó a la institución adoptiva—como dice RODRÍGUEZ CARRETERO—y alteró fundamentalmente los principios que informaron la primitiva regulación de dicha institución en nuestro Código civil, no sólo por crear una dualidad de formas adoptacionales de significado, ámbito y trascendencia distinta, sino por la novedad de las ideas rectoras, que pretendieron acomodar la figura a los ejemplos que ofrecían los sistemas jurídicos del Derecho comparado y a las exigencias de nuestra doctrina, que insistentemente demandó con anterioridad a la reforma el recibimiento legislativo de una mayor eficacia del vínculo adoptional, pretendiendo aproximar su contenido al propio del hijo legítimo o, cuanto menos, al del hijo natural reconocido.

Esta potenciación de la adopción en general—continúa diciendo—afectará e incidirá lógicamente en el tema de los derechos sucesorios que por causa de la adopción se le reconozcan al adoptado.

Ahora bien, el régimen de los derechos sucesorios del adoptado en forma plena difiere notablemente del propio de quien sólo lo fue en forma menos plena. En atención a las diferencias y semejanzas existentes considera preciso diferenciar el tratamiento de uno y otro supuesto, siendo precedido del estudio del pacto sucesorio en sus rasgos más destacados. Por otra parte, también estima conveniente tratar en forma independiente los derechos sucesorios del adoptado en las herencias de sus parientes por naturaleza, de forma que la consideración general de este punto: derechos sucesorios del adoptado en el régimen del año 1958, se acomoda en su desarrollo al siguiente esquema:

- A) La sucesión contractual.
- B) Los derechos sucesorios del adoptado plenamente:
 - a) En la herencia de su adoptante.
 - b) En las herencias de los miembros de la familia de procedencia.
- C) Los derechos sucesorios del adoptado en forma menos plena:
 - a) En la herencia de su adoptante.
 - b) En las herencias de los miembros de la familia de procedencia.

Sin embargo, pese a la indudable mejora que supuso la reforma de 1958 para el régimen de los derechos sucesorios del adoptado, la doctrina se encargó de hacer ver con su crítica defectos e imperfecciones al régimen legal establecido, llevándonos de esta forma al nuevo régimen legal en vigor.

Tras destacar las posiciones mantenidas por la doctrina con ocasión de la discusión parlamentaria del proyecto de ley, señala las características esenciales del sistema vigente, advirtiendo que a efectos sistemáticos y en atención a las particularidades que presenta cada figura adoptional, se individualiza y separa el régimen sucesorio derivado de la adopción plena de aquel que corresponde a la simple.

Al tratar del régimen particular de los derechos sucesorios del adoptado en forma plena distingue o separa los que le corresponden en la sucesión del adoptante u adoptantes, con el reflejo de la doctrina y su particular posición sobre el tema, de los que le corresponden frente a sus parientes por naturaleza o viceversa.

Igual criterio sigue cuando trata de los derechos sucesorios del adoptado simplemente.

Completando el tema de los derechos sucesorios del adoptado, examina la posición de la persona adoptada en el régimen de la «sucesión *mortis causa*» del derecho arrendaticio rústico y urbano del adoptante y en los títulos nobiliarios.

La cualidad de heredero forzoso, que por el principio de equiparación al hijo legítimo o al natural reconocido se recibe en la última reforma de 1970, alcanzando, respectivamente, al adoptado plenamente y a quien sólo lo fue en forma simple, afecta básicamente al régimen sucesorio ordinario dispuesto en nuestro Código civil, pero más dudosamente a las sucesiones «especiales» en los arrendamientos rústicos y urbanos y en los títulos nobiliarios.

De aquí que el autor considere preciso establecer cuál sea la posición que la persona adoptada, en general, ocupa en dichos regímenes: si se particulariza su condición valorándola excepcionalmente o si, por el contrario, al no existir una atención especial a este supuesto, debe desempeñar en plenitud el principio general equiparador del adoptado al hijo legítimo, tal como queda formulado en el párrafo 1.º del artículo 176 del Código vigente.

La última cuestión a examinar es la posibilidad de que el hijo adoptivo, en atención a su equiparación al hijo legítimo, establecida tras la última reforma, quede admitido a la sucesión de los títulos nobiliarios que tuviere el adoptante.

El tema, abordado ampliamente por GAMBÓN ALIX, fue resuelto en sentido negativo, siendo ésta la doctrina reiteradamente mantenida por el Consejo de Estado, aunque, pese al criterio negativo sustentado, según RODRÍGUEZ CARRETERO, no debe olvidarse que al deferirse la sucesión de los títulos nobiliarios con arreglo a las circunstancias y condiciones establecidas en el título de la concesión, es posible que en la concesión de títulos nobiliarios en el futuro pueda quedar prevista la circunstancia de que la sucesión en los mismos alcance a los hijos adoptivos, en defecto de descendientes legítimos o legitimados del causante.

Finalmente, nos dice que la nueva conformación del contenido del estado civil de la persona adoptada y, consiguientemente, de su propio concepto, ocasionada por la reforma de 1970, no queda restringida en su trascendencia al puro terreno de las instituciones típicamente civiles, sino que la categoría jurídico-civil de persona adoptada se manifiesta imbuida de la *vis expansiva* propia de los conceptos elaborados en el seno del Derecho privado común, expandiéndose a lo largo de todo nuestro Ordenamiento jurídico vigente.

Por todo ello estudia la posición de la persona adoptada en otras ramas del Derecho, prestando atención preferente a la posición del adoptado en el Derecho del trabajo, en el Derecho fiscal y en el Derecho penal.

Por último, considerando que el estudio que ha realizado en torno al contenido del estado civil de la persona adoptada resultaría incompleto si no se atendiera al análisis de las particularidades que en el régimen ordinario legal de la tutela pueda causarse por ser sometido a dicha institución protectora un adoptado, señala aquellos aspectos en que de algún modo el hecho de tratarse de una persona adoptada repercute modificando o alterando parcialmente dicho régimen ordinario. Desde este punto de

vista, atiende tanto a las especialidades que la adopción ocasiona en la constitución del régimen tutelar como a aquellas otras que afectan a la designación de personas llamadas al desempeño de los cargos tutelares o al funcionamiento de esta institución.

En suma, la tesis doctoral de RODRÍGUEZ CARRETERO, adornada de una abundante bibliografía y de contenido sustancioso y profundo, constituye un magnífico estudio sobre esta institución de evidente actualidad, digna de toda clase de elogios y muy útil para el profesional del Derecho.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ