

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLVI * Septiembre-Octubre 1970 * Núm. 480

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisoló.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.

Excmo. Sr. D. José Poveda Murcia.

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz; y

Sr. D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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

Depósito legal: M. 988.—1958

SUMARIO

	Págs.
ESTUDIOS:	
«Forma y voluntad en el negocio de apoderamiento», por LUIS DIEZ PICAZO	1117
«Liquidación de anotaciones preventivas», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	1147
«Reflexiones sobre el nuevo artículo 179 del Código civil», por RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA	1189
NOTAS:	
«Algunas consideraciones sobre el registro de las aeronaves», por JOSÉ VELLOSO JIMÉNEZ	1203
DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES:	
«Dos dictámenes». por VICENTE L. SIMÓ SANTONJA	1217
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	1241
II.—Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BE- NÍTEZ, JOSÉ GARCÍA GARCÍA, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	1263
2. Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS	1287
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	1288

	<u>Págs.</u>
LIBROS:	
«Significado de la publicación en el Derecho de propiedad intelectual», de CARLOS JESÚS ALVAREZ ROMERO, por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	1297
«La mujer casada y el derecho de sociedades», de M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	1301
«Estudio de Derecho civil en honor del Prof. Castán To- beñas», de Ediciones de la Universidad de Navarra, por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	1304
«Lecciones de Derecho civil», de LUIS DIEZ PICAZO, por E. FO- SAR BENLLOCH	1315
«Manual de Derecho civil español», de DIEGO ESPÍN por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO	1321
REVISTAS:	1337

ESTUDIOS

Forma y voluntad en el negocio de apoderamiento

1. *La forma del apoderamiento: indicaciones generales.*—En nuestro Derecho Positivo no existe una norma general que haga referencia a la forma que debe revestir el negocio jurídico de concesión de un poder de representación. Nuestro Código civil, acorde con la tradición romanista en la que se inspira, contiene un precepto, que es el artículo 1.710, relativo a las formas de celebración del contrato de mandato, que la doctrina y la jurisprudencia, entienden aplicable por lo general a la concesión del poder de representación. Este artículo dice que el mandato puede ser expreso o tácito y que el mandato expreso puede darse por instrumento público, por documento privado o simplemente de palabra.

2. *La regla general de libertad de forma del apoderamiento.*—La regla general es, por consiguiente, la libertad de forma en cuanto a la declaración de voluntad del principal en que encarna el otorgamiento del poder de representación. Esta regla concuerda perfectamente con el principio espiritualista, que para toda clase de contratos—y, en general, de negocios jurídicos—enuncia el artículo 1.278 del Código civil y que corresponde a la tradición de nuestro Derecho Histórico desde la conocida Ley del Ordenamiento de Alcalá. El problema del negocio de apoderamiento no es, por consiguiente, en línea de principio, un problema de prueba. La forma no es constitutiva del negocio y el poder puede decirse que nace con independencia de ella.

La regla de libertad de forma del negocio de concesión del poder

aparece ligada en la doctrina tradicional con la idea de la independencia del negocio de apoderamiento, tanto respecto de los negocios causales que le sirven de fundamento, como con respecto al negocio de ejecución del mismo. Esta idea es la que cristaliza en el parágrafo 167 del Código civil alemán.

3. *Forma del negocio de apoderamiento y forma del negocio representativo.*—En la doctrina se ha cuestionado, sin embargo, si es exigible para el negocio de otorgamiento del poder la misma forma que se requiere para la celebración del negocio en el cual el poder va a ser utilizado por el representante. El Código alemán se inclina por la respuesta negativa, fundándose en la idea de la «independencia» del apoderamiento. El parágrafo 167, B. G. B., dice que «la declaración de apoderamiento no necesita la forma establecida para el negocio a que el poder se reflere». En cambio, el Código civil italiano llega a la conclusión cabalmente contraria, pues dispone en su artículo 1.392 que el poder no produce efecto si no se confiere con la forma prescrita para el contrato que el representante debe concluir.

Los autores italianos justifican esta exigencia recordando las palabras contenidas en la Exposición de Motivos, donde se dice que, estando los efectos del negocio representativo destinados a producirse en la esfera del representado, la manifestación de éste, que está ya enderezada a la consecución de tal resultado, no puede menos de revestirse de idéntica forma que la prescrita por la Ley para el asunto principal. La idea es que el *dominus* manifiesta una voluntad, aunque sea eventual, de obtener los efectos jurídicos del negocio, en el momento en que otorga el poder, es decir, en este momento el *dominus* manifiesta ya una voluntad negocial. En el momento en que el poder es otorgado—se dice—el mandante se ha vinculado ya, y en ese momento deben cumplirse los presupuestos de eficacia de esa voluntad negocial. Las mismas razones de orden público que militan en favor de la forma solemne del negocio principal deben aplicarse al apoderamiento.

La idea anterior no me parece admisible para el Derecho español. Para sostenerla sería menester que la voluntad del principal, en cuanto voluntad negocial de los efectos jurídicos, tuviese validez únicamente incorporada a una determinada forma, de tal

manera que la forma fuese el único vehículo de manifestación de esa voluntad, como ocurre, por ejemplo, con la voluntad testamentaria. En nuestro Derecho, la forma no siempre cumple esa función, sino que puede ser un medio de publicidad o un medio privilegiado de constatación de la existencia del negocio. Por otra parte, la voluntad del *dominus* puede ser ciertamente entendida como una voluntad de asunción de los efectos jurídicos que produzca el negocio de su apoderado y, si quiere, como una voluntad implícita de tales efectos, en cuanto eventuales o futuros. Pero no es, rigurosamente hablando, una «voluntad negocial». El negocio, que es lo que en la hipótesis que analizamos tiene que adoptar una forma determinada, es la regla de conducta, el precepto o la regulación de intereses nacidos del comportamiento de los otorgantes. La voluntad del *dominus* es, si se quiere así, el punto de sutura del negocio con la esfera jurídica del *dominus*, pero no es el negocio en sí mismo considerado. Cuando la Ley exige una forma para el negocio, lo hace tutelando un interés concreto, que consiste en que reciba un cierto tipo de documentación no tanto la voluntad, cuanto el conjunto de reglas o de preceptos en que el negocio consiste.

4. *Los poderes documentados: la exigencia del otorgamiento de documento público.*—Un poder es documentado cuando la declaración de voluntad del *dominus* o *poderdante* se incorpora a un documento. La documentación del poder puede hacerse por simple voluntad de las partes o para cumplir con ello un precepto legal. En nuestro Derecho Positivo una exigencia de documentación de los poderes de representación puede encontrarse en dos tipos de normas: las que imponen el otorgamiento de un documento público y las que imponen simplemente que el poder o la representación consten por escrito.

Dentro del primer tipo de normas la más importante es, sin duda, el apartado 5.º del artículo 1.280 del Código civil. Conforme a él, «deberán constar en documento público: el poder para contraer matrimonio; el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a tercero».

La delimitación de esta norma del artículo 1.280 del Código civil, en cuanto establece los poderes de representación cuyo otorgamiento debe constar en escritura pública, posee un evidente interés para nuestro estudio. Conviene, por ello, que detengamos durante unos momentos nuestro análisis en este punto.

1.º El poder para contraer matrimonio.—Se refieren a él, como sabemos, los artículos 87 y 100 del Código civil. El acto de celebración de un matrimonio puede ser realizado por la persona a quien uno de los contrayentes, o los dos, hayan «otorgado poder especial para representarles». Como sabemos, ha sido doctrinalmente discutido si en el supuesto examinado existe genuina concesión de un poder de representación o se trata más bien de un runcio-portador de la voluntad de otro, de tal manera que la declaración de voluntad negocial la realiza siempre el contrayente. Lo que está fuera de toda duda es que el Código impone a este negocio—de apoderamiento especial o de encargo al nuncio—un requisito de forma. La razón de ser de la exigencia formal puede encontrarse en el hecho de que el poder debe surtir sus efectos en un documento que es a su vez público también, como son el expediente matrimonial y las actas del Registro civil. Igualmente, cabe señalar la idea de que el estado civil—para cuya constitución el poder se otorga—supone una cuestión de orden público, que hace necesaria una evidente dosis de seguridad y de fehaciencia.

2.º Los poderes judiciales o poderes causídicos.—Según el artículo 1.280-5.º deben constar en documento público los poderes generales para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio. El «poder general para pleitos» es el conferido por un litigante a un procurador de los tribunales o, excepcionalmente, a un abogado o a un lego en derecho, a fin de que lo represente en actuaciones procesales de naturaleza contenciosa. A primera vista, el requisito del documento público parece ligado a la generalidad del poder («poder general»). Sin embargo, el resto del inciso denota con claridad que la forma es impuesta para todo poder que deba ser utilizado ante un órgano jurisdiccional. Por tanto, cualquiera que sea su alcance—general o especial—, la naturaleza de la actuación—proceso contencioso o acto de jurisdicción voluntaria—y el

carácter o cualidad con que se deba intervenir—litigante, parte en sentido procesal, etc.

La razón de ser de la exigencia legal radica en la naturaleza pública de la actividad jurisdiccional que impone la necesidad de fehicencia de las actuaciones.

Normalmente, el poder deberá constar en escritura pública. Excepcionalmente, cabe también que la representación sea conferida a través de otro cauce formal (v. gr., *apud acta* o ante el propio órgano jurisdiccional) lo que, sin embargo, no priva al documento de su carácter público.

En materia administrativa, la L. P. A. admite que la representación de un interesado en un expediente pueda acreditarse mediante documento privado con firma legalmente reconocida, mediante documento público o ser conferido *apud acta*.

3.º Los poderes generales de administración.—El apartado 5.º del artículo 1.280 del Código civil exige también la constancia en documento público de los «poderes para administrar bienes». A pesar de la dicción literal del precepto, un tanto equívoca, creemos que debe entenderse referida sólo a los poderes generales para administrar toda clase de bienes del *poderdante*, es decir, a la clásica *procuratio omnium honorum*. La imposición del requisito formal no parece encontrar su fundamento en exigencias de orden institucional, sino simplemente en razones de pura conveniencia práctica.

4.º El poder para comparecer en una escritura pública.—Alude también el artículo 1.280-5.º, comprendiéndolo en el requisito formal del documento público, a los poderes que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública. Si el acto o negocio del representante ha de documentarse, bien por voluntad de las partes o bien por imperativo legal, en escritura pública, la representación debe constar fehacientemente. Lo impone así la fehicencia y la estructura misma del documento notarial.

El artículo 1.280-5.º se refiere sólo a las «escrituras públicas» con lo cual deja fuera los demás documentos notariales que no revistan aquel carácter y en particular los que puedan otorgarse como «actas».

5.º Los poderes de representación y el «perjuicio a tercero» — El inciso final del apartado 5.º del artículo 1.280—o haya de «perjudicar a tercero»—es de difícil inteligencia. La construcción gramatical de la frase permite entender que el perjuicio de tercero deriva del acto de otorgamiento del poder—poder que haya de perjudicar a terceros—o del acto cumplido por el apoderado en el ejercicio del poder—poder que tenga por objeto un acto que haya de perjudicar a tercero—. Entre las dos variantes esta última parece la más razonable. El mero otorgamiento del poder no es nunca un acto capaz de repercutir en la esfera del tercero, si no se interpone, *a priori* o *a posteriori*, un acto del representante. Para el tercero, el poder en sí mismo, aisladamente, es *res inter alios acta*, que ni le beneficia, ni le perjudica. Es, pues, el acto del representante utilizando el poder lo que debe «perjudicar a tercero».

Ahora bien, ¿en qué consiste este perjuicio de tercero y quién es éste tercero a quien el acto ha de perjudicar? Ante todo, debe reconocerse que para que pueda hablarse de «perjuicio de tercero» será menester un acto del que dicho tercero no sea coautor o participe y cuyo efecto determine en su esfera jurídica o bien la necesidad de soportar una pretensión dirigida contra él o bien la subsistencia o la conservación de un derecho del que él sea sujeto pasivo o bien la extinción de un derecho del que él sea titular. Se comprende en seguida que este tercero a quien «perjudica» el acto del representante no es un tercero que contrata con el apoderado, pues, si contrata, el contrato en cuanto libremente aceptado no le perjudica. El tercero perjudicado es el destinatario de una declaración del apoderado o una persona en cuya esfera influye el contrato que el apoderado con otra persona celebra. Por ejemplo, si venta quita renta, tercero perjudicado no sería el comprador a quien el apoderado vende, sino el arrendatario.

5. *Los poderes de representación formalmente defectuosos.*— Un estudio de los requisitos formales del negocio de apoderamiento no puede detenerse en el análisis aunque sea pormenorizado de aquellas hipótesis en que legalmente se exige una documentación especial. Para comprender el alcance que posee el requisito formal, se hace preciso preguntar cuáles son las consecuencias que producen o que pueden determinar los poderes de

representación formalmente defectuosos. Se trata, obviamente, de casos en los cuales la voluntad del representado en punto a la concesión del poder ha existido, aunque no haya encarnado en un documento del tipo exigido por la Ley. Por ejemplo, la Ley exige un documento público y existe un simple documento privado; la Ley exige un documento escrito y el poder ha sido concedido verbalmente.

La forma no parece que sea constitutiva o *ad substantiam*. Ante todo, la incardinación de la exigencia de forma en materia de poderes de representación en la órbita del artículo 1.280, parece que debe llevar a la consecuencia de que el alcance del requisito forma no es otro que el que con carácter general predicen los artículos 1.278 y 1.279. La eficacia de la forma se produce, ante todo, *ad probationem*, lo que quiere decir que el representante no podrá acreditar su condición de tal, ante los terceros o ante los funcionarios que por razón de su cargo deban intervenir o ser destinatarios de la acción representativa. Tales terceros o tales funcionarios podrán justamente alegar, al menos en vía de principio, que no les consta la existencia del poder y que, por consiguiente, no pueden admitir la eficacia del acto como acto del representado. Esta consecuencia es importante si el acto del apoderado es una intimación, una pretensión o un requerimiento. La negativa a admitir la eficacia del acto a causa del defecto formal del poder no aparece, sin embargo, justificada, si con anterioridad el tercero había admitido la existencia de la representación. En tales casos existe o bien una confesión o bien un *factum proprium* con el cual no es posible ponerse en contradicción.

La incardinación de la exigencia de documentación de los poderes en la órbita del artículo 1.280 conduce, además, a la aplicación del artículo 1.279. Si para la plena eficacia de un acto es necesaria la forma, las partes pueden recíprocamente compelerse a llenarla. ¿Quiénes son en nuestro caso los titulares de esta pretensión dirigida a que el *dominus* eleve el negocio de apoderamiento a la forma imperativamente exigida por la Ley? Parece, desde luego, que lo será el tercero que ha contratado con el apoderado, puesto que la plena eficacia del contrato hace necesaria la forma. A mi juicio, puede reclamarlo el representante, si en otro caso se derivase para él algún tipo de responsabilidad. Tal

responsabilidad no se producirá en sus relaciones con el *dominus*, pues frente a él no ha existido extralimitación. Pero puede existir responsabilidad por culpa *in contrahendo* en la relación representante-tercero.

El estudio del alcance del requisito de forma del poder y de los poderes formalmente defectuosos exige todavía contemplar algunos otros aspectos del problema. Podemos admitir que un poder formalmente defectuoso no es idóneo para desplegar toda la eficacia que en otro caso le correspondería. Ahora bien, ¿cómo funciona esta merma de eficacia que deriva del poder informal? Esta merma de eficacia, ¿toca a la relación representativa entre *dominus* y representante o toca al acto representativo cumplido por el representante con el tercero?

A mi juicio, es claro que un defecto de forma en el negocio de apoderamiento no afecta para nada a la relación representativa entre principal y representante. Esta relación representativa no sólo nace, sino que surte todos sus efectos. Esta solución se deduce claramente del artículo 1.710. La relación de mandato se constituye cualquiera que sea la forma en que se ha manifestado la voluntad del mandante. Lo mismo cabe decir en los casos en que la relación representativa adopte un esquema normativo diferente. Ello significa que ninguna de las dos partes puede negar ni discutir la existencia del vínculo representativo, ni los derechos y deberes derivados de él.

Los defectos formales del apoderamiento afectan sólo al acto representativo en la medida en que aquel es un presupuesto de la eficacia de éste. Por supuesto, el acto cumplido por el representante no es plenamente eficaz si su poder no consta en la forma exigida por la Ley. Ahora bien, ¿cuál es el tipo de ineficacia a que queda sometido? Me parece claro que no hay una nulidad radical y absoluta. No se trata de un acto nulo. Tampoco es un acto anulable. No puede atacarlo o desconocerlo el *dominus* con base en la insuficiencia formal del poder. Si el *dominus* puede *a posteriori* ratificar la actuación del apoderado y para que haya ratificación basta una voluntad simplemente tácita, no se ve cómo puede el *dominus* desconocer lo actuado por su representante, cuando ha existido previamente la voluntad de apoderarlo. Tampoco puede impugnar el acto el tercero que ha contratado con el apoderado,

porque este tercero por hipótesis le ha admitido como tal apoderado al contratar con él. El tercero puede únicamente reclamar la elevación del apoderamiento a la forma legal a fin de que el negocio surta todos sus efectos.

El negocio representativo llevado a cabo por un apoderado con poder formalmente defectuoso no es un acto auténticamente inválido, sino un negocio incompleto. Es un negocio ineficaz porque no se ha acabado el *iter* de los elementos de la *species facti* negocial. Ahora bien, si ello es así, es claro que en cualquier momento puede completarse la *species* y el negocio surtir todos sus efectos. Propiamente no se trataría de una subsanación, sino de una integración. Llámesele subsanación del defecto formal del poder o integración de la *species facti* del acto o negocio representativo, su consecuencia obvia es atribuir a este último plena eficacia *inter partes*—llamando aquí parte al tercero que contrató con el representante—con alcance retroactivo.

Las cosas ocurren de diferente manera cuando el acto unilateral del representante o el negocio celebrado por el representante perjudican a un tercero en el sentido que más arriba dimos a esta expresión: dirige una pretensión, conserva un derecho del que el tercero es sujeto pasivo (v. gr., interrupción de una prescripción) o extingue un derecho del que el tercero es titular. En todo caso, mientras el poder no aparezca formalizado regularmente, el acto no es eficaz contra el tercero. La regularización del apoderamiento subsana la ineficacia del acto, pero el alcance de la subsanación no es entonces retroactivo.

6. *La publicación de la existencia del poder: la inscripción de los poderes en los registros.*—Cuando el poder de representación, por ser general, está destinado a permitir la celebración de una amplia gama de actos y contratos, con personas diversas, es conveniente que tanto la existencia como, en su caso, las eventuales modificaciones e incluso la revocación lleguen a conocimiento del público en general, en la medida en que en él se encuentran los posibles destinatarios.

Nuestro Derecho Positivo no establece, sin embargo, una carga o una obligación de dotar de publicidad a los poderes de representación más que en algunos casos concretos. Se trata casi siempre

de supuestos de inscripción de la representación en los registros públicos. Los más notables son los siguientes:

1.º La inscripción de las «representaciones legales» en el Registro civil.

2.º La inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos y resoluciones de los que resulte una modificación de la capacidad del titular registral (art. 2, 4.º L. H.) que supondrá necesariamente la inscripción de la representación legal correspondiente.

3.º La inscripción de los poderes mercantiles en el Registro del mismo nombre.

7. *La inscripción registral de los poderes mercantiles.*—El artículo 21 del Código de comercio establece que en la hoja de inscripción de cada comerciante o sociedad se anotarán «los poderes generales y la revocación de los mismos, si la hubiere, dados a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios».

El Reglamento del Registro Mercantil transcribe casi literalmente la norma del Código, en materia de comerciantes individuales (art. 76. 1.º), añadiendo «que la inscripción se practicará en vista de las respectivas escrituras públicas» y que se transcribirán en ella las facultades conferidas. En cambio, en materia de sociedades, el Reglamento del Registro desarrolla con algún detalle la norma codificada.

a) Con carácter general para todo tipo de sociedades, considera obligatoria la inscripción de «el nombramiento y cese de administradores y liquidadores» y de «los poderes, así como su modificación revocación y sustitución». No es, sin embargo, obligatoria la inscripción de las escrituras de poderes generales para pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos, que no estén sujetos a inscripción (art. 96, 5.º y 6.º R. R. M.).

b) Para las sociedades colectivas y comanditarias, la inscripción debe contener la designación de los «socios a quienes se encomienda la administración y representación de la sociedad (artículos 98, 8.º y 99).

c) En materia de sociedades anónimas es contenido de la inscripción, como mención estatutaria, la designación de los órganos

a quienes se confía la administración, determinando si se confiere a uno o varios administradores solidarios o a un Consejo de Administración. Los estatutos deberán contener «la expresión de quien o quienes ostenten la representación de la sociedad, si no existiera Consejo de Administración» (art. 102).

Por su parte, el artículo 110 añade que «el nombramiento de comisión ejecutiva o de consejero delegado y en general, la delegación permanente de facultades del Consejo de Administración, así como los poderes generales que, en su caso, acordare conceder la Junta General y la modificación o revocación de todos estos actos, constarán en escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Mercantil».

8. *Los efectos de la inscripción registral de los poderes mercantiles.*—Para calibrar debidamente el alcance de las normas anteriormente aludidas que prescriben la inscripción de poderes en el Registro Mercantil, es preciso preguntarse cuál es el alcance y las consecuencias de dicha inscripción. En el Código de Comercio contempla el problema el artículo 29. Los poderes no registrados —dice este artículo— producirán acción entre el mandante y el mandatario; pero no podrán utilizarse en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto le fueran favorables. En el Reglamento del Registro no existe ninguna norma que contemple de una manera especial la eficacia de la inscripción respecto de los poderes, pero debe entenderse que les son aplicables las reglas generales en punto a la eficacia de las inscripciones. Estas reglas, contemplan dos aspectos: uno positivo y otro negativo. De acuerdo con el primero, «se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos y no podrá invocarse su ignorancia» (art. 2, párr. 2.º). Se presume también que el contenido de los libros del Registro es exacto y válido (art. 3). Desde el segundo punto de vista, se establece que «los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efecto respecto de terceros», pero que «no podrá invocarse la falta de inscripción por quien incurrió en su omisión» (art. 2.º, párr. 3.º). Examinemos, separadamente, uno y otro aspecto.

En el orden de la «eficacia positiva de la inscripción» parece claro el funcionamiento de la llamada «presunción de exactitud».

Si el poder está inscrito, la inscripción es el módulo de las facultades representativas del apoderado. El *dominus* está vinculado por el contenido registral y éste vale frente a él. El tercero tiene derecho a considerar que frente a él el Registro expresa la realidad jurídica. Las modificaciones, limitaciones o revocaciones no inscritas no afectan al tercero. La presunción en todo caso es relativa y exige que el tercero sea de buena fe. La buena fe, sin embargo, se presume también, en virtud de la prerrogativa general de probidad.

Mayores dificultades suscita puntualizar cómo juega, en materia de poderes, la «presunción de conocimiento» del Registro. El Registro se presume conocido *por todos*. Que la presunción de conocimiento afecte al *dominus* y a su representante no me parece difícil de admitir. En cambio, necesita matizarse la presunción de conocimiento de los terceros. Presumir conocido el Registro, significa presumir conocido el hecho mismo de que el representante ostenta un poder y el alcance de éste. De ello derivaría que el tercero sabe siempre presuntivamente que contrata con un representante y que hay, por consiguiente, una actuación representativa. Sin embargo, el Registro no suple, merced al juego de la presunción de conocimiento, la *contemplatio domini* y la revelación del carácter representativo de la actuación de una persona. Una y otra circunstancia deben ser siempre extrarregistrales. La única consecuencia de la «presunción de conocimiento» es que, producida por virtud de hechos extrarregistrales, una actuación representativa, el tercero conoce—o debe conocer y, por consiguiente, se presume que conoce—el alcance del poder. El tercero no puede, en tal caso, alegar la inexistencia de representación.

Vengamos ahora a lo que antes habíamos llamado eficacia negativa del Registro. El artículo 29 del Código de Comercio es claro en punto a la relación interna o relación representativa. Esta es, por completo, independiente de la inscripción o de la falta de inscripción. Entre representante y representado se dan todas las acciones, derechos y deberes, lo mismo si está inscrito el poder que si no lo está. La cuestión surge, pues, en la relación externa o relación del representante o del representado con los terceros. En este punto el texto del artículo 29 del Código de Comercio diverge un tanto de la regla general del artículo 2 R. R. M. Según el ar-

título 29 del Código de Comercio el poder no inscrito no puede utilizarse en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, puede fundarse en él en cuanto le fuere favorable. Según el artículo 2 R. R. M. el poder no inscrito no produce ningún efecto *respecto* de terceros, pero la falta de inscripción no puede ser alegada por quien sea culpable de ella. La divergencia, por lo menos textual, es clara. De acuerdo con el Código, la única eficacia de que el negocio queda desprovisto es aquella que resulta perjudicial para el tercero. De acuerdo con el Reglamento no se produce ninguna eficacia respecto de terceros, aunque la imposibilidad de alegar la falta de inscripción por el culpable limita un tanto el alcance de la regla.

El último inciso del precepto reglamentario citado señala que el que hubiera incurrido en la omisión no puede alegar la falta de inscripción. ¿Quién ha incurrido en la omisión en el caso que a nosotros ahora nos ocupa? El interrogante anterior se dirige a descubrir si la obligación de procurar la inscripción del poder o, en caso de que no pueda hablarse de una genuina obligación, la carga, pesa sobre el empresario poderdante o sobre el apoderado. Nuestro Derecho Positivo no esclarece este punto de una manera frontal. Sin embargo, de modo general, la obligación o la carga pesan jurídicamente sobre el poderdante. Aunque la inscripción pueda ser demandada por el propio apoderado, éste actuará siempre como tal apoderado. El problema, sin embargo, no termina ahí. Para decidir si se ha incurrido o no en omisión y, por consiguiente, si existe o no en este sentido «culpa», parece necesario examinar el carácter obligatorio o voluntario de la inscripción. Si la inscripción es obligatoria—como ocurre en materia de sociedades—no cabe duda que la «culpa»—incumplimiento de un deber—existe y que recae en el empresario. Si la inscripción es voluntaria—como ocurre respecto del comerciante individual—en un sentido riguroso no puede hablarse de «culpa», pero la eficacia negativa de la inscripción funciona también. Para que los poderes generales mercantiles alcancen la plenitud de sus efectos han de inscribirse, de manera que la inscripción constituye una auténtica «carga» y ésta pese sobre el empresario. La carga existe tanto si se ha practicado la inscripción del comerciante y se ha omitido la del poder como si por no haberse practicado aquella no ha sido posible ninguna otra anotación. La conclusión es, por tanto, clara.

Pesa siempre sobre el poderdante la obligación o carga de inscribir. La omisión de inscripción le es imputable siempre a él. En consecuencia, el representado no puede nunca invocar la falta de inscripción para desvirtuar la eficacia representativa frente a él del acto de su apoderado.

9. *El apoderamiento tácito o derivado de hechos concluyentes.* En nuestro Derecho Positivo la admisibilidad de un apoderamiento tácito o derivado de hechos concluyentes es indiscutible y no ha sido puesta en duda ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. Como regla general puede ser citado el artículo 1.710 que admite sin restricción alguna la figura del «mandato tácito». La justificación y la naturaleza de la misma, aun siendo, como decíamos, su admisibilidad indiscutible, pueden suscitar alguna perplejidad en la que se debate su misma significación y su alcance.

LUGI Mosco, que ha estudiado el tema con detenimiento, señala cómo las posiciones doctrinales al respecto, pueden sistematizarse en tres grupos diferentes: según una primera corriente doctrinal el apoderamiento tácito no es otra cosa que un negocio jurídico realizado *per facta concludentia*; de acuerdo con la segunda, la especie de apoderamiento, que aquí se examina, se conduce a la teoría del acto ilícito y de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*; por último, el poder tácito ha sido considerado como un caso de protección de la confianza en la apariencia jurídica.

Para un importante sector doctrinal, el apoderamiento tácito es un caso particular de aplicación de las llamadas declaraciones tácitas de voluntad o negocio realizado *per facta concludentia*. Toda declaración de voluntad constitutiva de un negocio jurídico puede exteriorizarse mediante palabras o mediante signos o instrumentos idóneos en un proceso de comunicación. Los *facta concludentia*, según esto, no son otra cosa que un vehículo de manifestación de la voluntad del poderdante. Su valor jurídico radica en que permiten inducir inequívocamente la voluntad del representado. Pero todo el fundamento y la significación del efecto jurídico representativo radica en dicha voluntad. El representante queda apoderado porque el principal lo ha querido así. La tarea del intér-

prete consistirá en una búsqueda e investigación de la voluntad real del representante.

Los sostenedores de la llamada teoría negocial del apoderamiento tácito no llegan a un subjetivismo tan categórico. Se hacen entrar en juego los principios de la autorresponsabilidad y de la diligencia, para sostener que, en virtud del primero, la declaración tácita encarnada en los actos concluyentes debe valer como tal, cualquiera que sea la voluntad interna del declarante, si, de acuerdo con el segundo de los mencionados principios, el destinatario diligentemente debió interpretar los actos como constitutivos de una declaración.

Los partidarios de la tesis que funda la eficacia del llamado poder tácito en la responsabilidad por hecho ilícito o por culpa *in contrahendo* piensan que en el caso que analizamos existe una conducta dolosa o culposa del *dominus* que permite al tercero creer en la existencia del poder. Aunque se mueve en el fondo alrededor de unos puntos de vista similares a los que se expresan a través de los llamados principios de la autorresponsabilidad y diligencia, esta tesis llega a unas conclusiones que no parecen admisibles. Para que pueda hablarse de poder tácito no es necesario dolo o culpa, entendidos como juicios de reproche de un comportamiento o como elementos de cualificación de un comportamiento que se presupone antijurídico. Por otra parte, la consecuencia que de los *facta concludentia* se deduce no es propiamente una «responsabilidad», que tendría que conducir a un resarcimiento del daño a la confianza—interés negativo—experimentado por el tercero, sino que conduce a que la gestión representativa reciba el mismo trato que si estuviera asentada sobre un apoderamiento expreso.

Por último, la figura de apoderamiento tácito se ha explicado como una forma de protección de la apariencia jurídica. Quien crea una situación de apariencia idónea para suscitar en los terceros la confianza o la representación mental de que dicha apariencia corresponde a la realidad, está vinculado por ella y tiene que dejar que sea hecha valer contra sí mismo. Esta llamada teoría de la apariencia guarda un parentesco muy estrecho con la institución anglosajona del «estoppel» y con la regla romanista que prohíbe venir contra los propios actos. Si alguien con sus

palabras o con su conducta ha permitido que en los demás se cree la representación de que un estado de cosas es existente, tiene que permitir que este estado de cosas le vincule y no puede alegar o invocar nada contra él. Precisamente, una de las más características aplicaciones que en el Derecho anglosajón se hace de esta idea es la *agency by estoppel*. El principal está impedido (*estoppel*) para alegar que el agente carece de un poder suficiente (*authority*) si él le ha colocado en una situación tal que hacía razonablemente suponer que tal poder existía o éste era exigido según las circunstancias.

En el fondo, toda la polémica entre la llamada teoría negocial y la llamada teoría de la apariencia se reduce a un debate entre una interpretación predominantemente subjetiva o predominantemente objetiva de los *facta concludentia*. Si es lo primero, los actos valen sólo en cuanto índice de una voluntad que revelan o que manifiestan. La pregunta que los terceros deben diligentemente hacerse es si existe o no la voluntad concreta del concreto autor de esos actos. Y el juez o el intérprete tendrán que investigar esa voluntad, que, en sentido positivo o negativo, podrá ser probada por todos los medios de prueba. El *effectum juris* es, en todo caso, un efecto *ex voluntate*.

En cambio, si es lo segundo, la posible o hipotética voluntad pierde todo relieve. Lo fundamental va a ser sentido que razonablemente puedan atribuir a esos actos los terceros que los contemplan o que los conocen y su valoración debe llevarse a cabo de acuerdo con unos criterios abstractos y generales. La opción entre uno y otro punto de vista conduce a una diferente protección de los intereses en juego. Una teoría acentuadamente voluntarista protege mejor los intereses del poderdante, mientras que una teoría objetiva es un mejor cauce de defensa de los intereses de los terceros.

A mi juicio, la solución objetiva debe ser acogida, en la medida en que es más conforme con los intereses generales de la dinámica jurídica y con los principios generales de buena fe y de seguridad del tráfico jurídico. Ahora bien, desde el punto de vista dogmático o lógico-conceptual, el problema es el mismo que plantean todos los negocios jurídicos que resultan de las llamadas declaraciones tácitas de voluntad. En ellas, el negocio, en cuanto sistema de re-

gulación o de organización de intereses no resulta tanto de una voluntad que encuentra en los *facta concludentia* un vehículo de comunicación, cuanto del significado objetivo del comportamiento adoptado. Desde este punto de vista y con esta matización no veo ninguna dificultad especial para admitir que el apoderamiento tácito es un negocio jurídico manifestado por medio de hechos concluyentes.

10. *Los actos concluyentes constitutivos del apoderamiento tácito: comportamiento del dominus y comportamiento del representante.*—Un análisis de la figura del «apoderamiento tácito» no puede detenerse en la simple afirmación de que el poder nace de un comportamiento concluyente. Es preciso continuar la investigación y preguntarse qué actos son éstos que pueden ser considerados como concluyentes desde el punto de vista de la concesión o del otorgamiento de un poder de representación.

Ante todo, parece claro que el centro de gravedad y el punto de partida de tales actos debe ser el *dominus negotii*. Puesto que todo poder de representación debe proceder del principal, a él deben ser imputables en primera línea los *facta concludentia*. No cabe hablar de apoderamiento tácito si el *dominus*, por acción o por omisión, no resulta participe en el fenómeno. Los actos concluyentes constitutivos del apoderamiento tácito suponen siempre una situación en cuya creación o en cuyo mantenimiento el *dominus* ha tenido participación. Se trata de una situación que el *dominus* ha creado o ha contribuido a crear o, por lo menos, ha consentido o permitido. Se distingue así, nitidamente, el apoderamiento tácito de la tácita *contemplatio domini*. En esta última, el punto decisivo está constituido por el comportamiento del gestor y el comportamiento del tercero. En el apoderamiento tácito, en cambio, el centro de gravedad, como hemos dicho, es la actuación del *dominus*. Ahora bien es necesario preguntarse si este comportamiento del *dominus* debe ir acompañado o no de un correspondiente y paralelo comportamiento del representante y, además, quién tiene que ser, desde el punto de vista jurídico, el «destinatario» del sentido objetivo que de tales actos dimana.

Cuando nos preguntamos si en el apoderamiento tácito debe existir un comportamiento concluyente del representante corres-

pondiente y paralelo al comportamiento del *dominus*, no hacemos referencia a los actos estrictos en que se concreta la gestión representativa. Es obvio que una gestión representativa ante o frente al tercero tiene que existir para que llegue a plantearse la cuestión de la existencia o inexistencia del apoderamiento tácito.

Para clarificar la cuestión conviene todavía deslindarla de otra muy próxima o afín, pero rigurosamente hablando diferente, que es el comportamiento concluyente en cuanto módulo o criterio de medida de la suficiencia de un poder. Ambas cuestiones—tácito nacimiento del poder y determinación tácita del ámbito del mismo—pueden coincidir y normalmente coincidirán. Sin embargo, pueden aparecer separadas. Si el *dominus* ha manifestado al tercero, verbigracia, verbalmente, que su dependiente le representa, el poder será expreso y lo único que quedará para ser integrado de un modo tácito es la amplitud de tal poder. Con ello quiero decir que el tema del comportamiento del representante—del comportamiento gestorio anterior del representante—es decisivo para medir la amplitud de su poder de representación. En cambio, para hacer nacer un apoderamiento lo decisivo es la conducta del *dominus*. Esta conducta del *dominus* irá normalmente acompañada de una conducta del representante, pero ello no me parece absolutamente necesario. Únicamente debe ser señalado que, en la medida en que, como hemos dicho, el apoderamiento tácito deriva de una situación del representante creada o consentida por el *dominus*, será menester que el representante haya ingresado o se encuentre colocado en tal «situación». En la medida en que el ingreso o la colocación en una situación supone unos actos de la persona situada, puede hablarse de un comportamiento del representante como elemento del apoderamiento tácito.

El comportamiento del *dominus* puede ser un comportamiento positivo. Existe un comportamiento positivo cuando el *dominus* es el creador de la situación cuestionada (v. gr., ha puesto al frente del establecimiento a un factor o a un dependiente). Un comportamiento positivo existe también, se dice, cuando con anterioridad y repetidamente el *dominus* había autorizado a la misma persona para llevar a cabo negocios de la misma especie frente a la misma contraparte. Sin embargo, una hipótesis como la descrita posee sólo el valor de una directiva y no el de una regla de alcance abso-

luto. Si los actos anteriores fueron realizados sin un poder expreso y, no obstante ello, fueron aceptados y cumplidos por el *dóminus*, no cabe duda de que ello puede comportar apoderamiento tácito para los actos subsiguientes de la misma naturaleza. Por ejemplo: se envía a un criado a efectuar las compras para el consumo ordinario de la familia. En cambio, la cuestión es mucho más dudosa si los actos anteriores habían sido llevados a cabo en virtud de autorizaciones expresas y en un momento dado se omite expedir y exigir la autorización por entenderse presumida. La cuestión debe aquí decidirse según las circunstancias.

El comportamiento del *dominus* puede ser también puramente negativo. Existe un comportamiento negativo en todos aquellos casos en que la situación del representante deriva de una tolerancia del principal. Si el representante viene llevando a cabo de manera repetida gestiones representativas, que el principal conociéndolas ha tolerado, la existencia de un tácito apoderamiento parece clara. Lo mismo debe decirse si, aunque no las haya conocido, hubiera debido diligentemente conocerlas, de manera que en los terceros se suscite la idea de que las conoce y les da su aquiescencia.

Ahora bien, para que pueda rigurosamente decirse que un poder de representación ha nacido de actos concluyentes, es menester que tales actos hayan llegado a un «destinatario». ¿Quién puede decirse que es el «destinatario» de los hechos concluyentes en que enearna el apoderamiento tácito? Si bien se mira, en este punto vuelven a contraponerse la tesis voluntarista o subjetivista y la tesis objetiva. Si se trata de encontrar una voluntad interna del *dóminus* y un vehículo o un medio de manifestación o de exteriorización, es preciso confesar que destinatarios de tal declaración tácita pueden ser tanto el apoderado como el tercero. En cambio, si la existencia de un tácito poder de representación se va a medir decidiendo en qué términos se ha podido suscitar la confianza o la creencia, luego inatacable, de la existencia del poder, parece también claro que sólo el tercero de buena fe posee un interés protegible y que, por consiguiente, sólo aquellos actos idóneos para despertar la confianza del tercero deben ser tenidos en cuenta.

Una concepción rígidamente objetiva debería llevarnos a esta

última conclusión, la cual, sin embargo, en términos absolutos, no está exenta de dificultades. No cabe duda de que una concepción rigidamente objetiva desnaturaliza un poco la figura del poder de representación entendido como situación que faculta al representante para llevar a cabo una gestión representativa. Lejos de un genuino *poder* encomendado al agente, lo que habría en tal caso sería pura y simplemente una privación del poder del *dominus* de impugnar la gestión representativa por inexistencia de autorización. Dicho más claramente, la situación concluyente que el principal ha creado o ha tolerado no determina un poder, sino un *ersatz* del poder: aún no existiendo poder, el *dominus* no puede impugnar el negocio del representante y debe dejarlo valer contra sí *como si* el poder hubiera existido.

No dudo que en algunos casos las cosas ocurran de esta manera, pero creo también que el mecanismo del apoderamiento tácito no es siempre éste. Cabe admitir, me parece, la doble hipótesis, cargando en un caso el acento sobre la voluntad interna tácitamente revelada y en otro sobre el alcance objetivo del comportamiento. De este modo existe: a) Un apoderamiento tácito manifestado por actos concluyentes del *dominus* exclusivamente frente al representante. El representante queda apoderado en la medida en que tales actos revelan una voluntad de apoderamiento. El tercero no tiene necesariamente que conocer de manera directa tales actos para que surja frente a él el efecto representativo, pero la producción de este último pende de la existencia razonablemente inducida de aquella voluntad, b) Un apoderamiento tácito por virtud de un comportamiento del *dominus* ante el tercero. En tal caso, más que decir que el agente ha quedado apoderado, una contemplación realista del fenómeno lleva a pensar que el *dominus* ha quedado como consecuencia de sus actos—*factum suum*—privado de la posibilidad de impugnar la gestión representativa por la inexistencia del poder. La situación es entonces valorada objetivamente y con independencia de la voluntad que pueda haberla guiado.

¿Es exigible para que pueda hablarse de apoderamiento tácito la existencia de buena fe del tercero? La idea de buena fe puede recibir aquí la doble carga de contenido—psicológico y ético—que admite la teoría general. Bajo el primer aspecto, la buena fe del

tercero es la razonable creencia en la existencia del poder. Bajo el segundo aspecto, la buena fe es una actuación diligente. Me parece que es claro que si todo el fundamento de la figura del apoderamiento tácito se colocaba en la necesaria protección del interés de los terceros, este interés sólo es legítimo y por ende tutelable cuando el tercero es de buena fe. Esto quiere decir que la situación concluyente o situación base debe ser, de acuerdo con las circunstancias y con los usos de tráfico, no un estado de *dubia conscientia*, sino una razonable confianza en la existencia del poder. Quiere decir además que el tercero, para prevalerse de la existencia de un poder tácito y, por consiguiente, de la producción de un efecto representativo, debe haber actuado diligentemente. En este orden de cosas, no cabe olvidarse que el tercero tiene la carga de comprobar los poderes de un representante. Por consiguiente, no podrá alegar un poder tácito en aquellos casos en que los usos imponen una autorización escrita y deberá, además, cuando no exista para él un directo conocimiento de los *facta concludentia*, investigar la existencia de la tácita declaración de voluntad del *dominus* y de su alcance.

11. *El apoderamiento tácito y el apoderamiento presunto: la presunción de apoderamiento.*—Del apoderamiento tácito debe distinguirse el apoderamiento presunto, que existirá en todos aquellos casos en que el juego de una presunción determine la consideración del poder como jurídicamente existente.

La presunción puede ser, ante todo, una presunción legal o presunción *juris*: una norma jurídica entiende el poder de representación como existente. La Ley General Tributaria manda que al presentante de un documento se le considere como mandatario del deudor tributario. En el mismo sentido, según el Reglamento Hipotecario, el que presenta un documento en el Registro para obtener una inscripción o una anotación, se presume que es representante de la persona favorecida con el asiento que debe practicarse. Normalmente, la presunción es *juris tantum* y admite prueba en contrario. El *dominus* podrá impugnar la gestión representativa, demostrando la inexistencia de poder. Excepcionalmente, la presunción será *juris et de jure* cuando el Ordenamiento jurídico así lo establezca.

De un «apoderamiento presunto» cabe hablar también cuando la existencia del poder derive lógicamente de presunciones *facti*. Un hecho discutido—la existencia del poder—es deducido en virtud de un vínculo lógico y necesario partiendo de otros hechos conocidos y demostrados. Así entendido, el apoderamiento presunto coincide en muchos aspectos con el apoderamiento tácito, hasta el punto de que no es descaminado decir que las hipótesis de poderes tácitos son, en muchos casos, presunciones tipificadas. Sin embargo, apoderamiento tácito y apoderamiento presunto no deben confundirse. La presunción es un medio de prueba de una declaración de voluntad de apoderar que ha tenido que ser expresa, mientras que en el apoderamiento tácito toda declaración expresa ha faltado por hipótesis. En la práctica, ambas ideas pueden coincidir. La colocación de un encargado al frente de un establecimiento o de una hacienda—v. gr. agrícola, industrial—puede ser tomada como apoderamiento tácito o como medio de prueba de la existencia de un apoderamiento expreso—v. gr. verbal, si el poderdante no lo admite en confesión y no existen testigos—. Sin embargo, en los casos de comportamiento puramente negativo, el enlace lógico entre el hecho conocido y el que se trata de demostrar no existe. No hay un apoderamiento presunto, sino tácito.

12. *Los vicios de la voluntad en el negocio de concesión del poder.*—La posible existencia o concurrencia de los llamados vicios de la voluntad en el negocio de concesión del poder es evidente. El poderdante consiente en conferir su representación al apoderado porque ha sido coaccionado a ello en virtud de una fuerza irresistible, porque ha sufrido una amenaza de un mal inminente y grave, porque ha sido víctima de un engaño o de una maquinación fraudulenta o porque ha experimentado un error. El problema que los llamados «vicios de la voluntad» plantean en el negocio de apoderamiento es el relativo a su régimen jurídico. ¿A qué obedece la especialidad que este último reclama? Parece claro que esta especialidad se presenta como un producto de dos factores. Ante todo, la unilateralidad, que se ha predicado del negocio de apoderamiento, impide una aplicación global e indiscriminada de la normativa sobre anulación de los contratos. En segundo lugar, conviene deslindar claramente si lo que se quiere impugnar como

consecuencia del vicio del consentimiento es el negocio de concesión del poder en sí mismo considerado o es el negocio celebrado por el representante sirviéndose del poder viciosamente concedido.

Lo primero—la impugnación del apoderamiento en sí mismo considerado—parece que no ofrece especiales dificultades, supuesto que el poderdante puede revocar el poder. Revocación e impugnación son, sin duda, remedios diferentes, pero dirigidos a una misma finalidad. Cuando por especiales razones—especial interés en dejar constancia de la agresión sufrida, pretensión de obtener resarcimiento del daño o, si ello es posible, absoluta irrevocabilidad del poder—el poderdante opta no por la pura revocación, sino por la impugnación, el efecto de esta última deberá asimilarse al de aquella, con tal que el impugnante haya cumplido la carga de dar a su impugnación la publicidad que en cada caso sea necesaria.

El problema grave no es, pues, la impugnación del apoderamiento en sí mismo considerado, sino la impugnación del negocio del representante con fundamento en la existencia de un poder viciosamente concedido. Situados ya sobre este terreno, las dificultades que de inmediato surgen son de dos especies. En primer lugar, se encuentra el hecho de que el tercero que contrata con el representante es ajeno al negocio de apoderamiento que adolece del vicio. Si el tercero es de buena fe—no conocía, ni tenía por qué conocer el vicio sufrido por el poderdante al conferir el poder—, esta buena fe merece una evidente protección. Ello quiere decir que en principio el vicio del consentimiento del poderdante sólo afecta al tercero autor del negocio si ha colaborado en su producción o lo ha conocido o lo ha debido conocer. Ello se entiende, naturalmente, sin perjuicio del derecho del poderdante para reclamar el resarcimiento de los daños sufridos frente al autor de la agresión ilícita en que el vicio consiste o, en su caso, contra el representante, si aun no siendo coautor, se hubiera servido del poder con consciencia de su carácter vicioso.

La impugnación del negocio del representante con base en la existencia de un vicio de voluntad en el negocio de concesión del poder tropieza todavía con otra dificultad: la escisión o relación entre ambos negocios. Es claro que si se trata de dos negocios tan íntimamente relacionados que constituyen ambos una *species facti* negocial compleja de formación sucesiva, la impugnación no tro-

pieza con otros obstáculos que los antes esbozados. En cambio, si hay una total autonomía y una total independencia entre ambos negocios, es decir, una completa escisión, el panorama se torna más difícil, pues la impugnación exige *propagar* la ineficacia del negocio que adolece del vicio a otro negocio distinto. La cuestión además debe ser resuelta sin perder de vista el tipo de ineficacia a que queda sometido el negocio viciado. Los vicios de la voluntad en nuestro Derecho Positivo dan lugar a una impugnabilidad. Es decir, el negocio viciado, como se ha repetido, nace eficaz, si bien su eficacia sea claudicante, lo que quiere decir que el negocio del representante se lleva a cabo en un momento en que el negocio de concesión del poder es *todavía* eficaz por no haber sido aún impugnado. Es cierto que la anulación comporta un efecto retroactivo, pero esta retroactividad que es clara respecto de la situación creada por el mismo negocio que se anula, no puede extenderse a los demás negocios que en aquél tuvieron su fundamento. Por otra parte, si el negocio del representante se celebra después de haber cesado la causa determinante de la anulación, parece claro que es una cierta falta de diligencia del poderdante lo que ha permitido el efecto jurídico frente a él.

Como consecuencia de todo este análisis puede reafirmarse la regla que líneas arriba habíamos deducido. Los vicios de la voluntad de que adolece el negocio de concesión del poder sólo son oponibles al tercero que contrata con el representante y permiten la impugnación de este negocio cuando el tercero ha participado en su producción o los ha conocido o hubiera debido conocerlos. El poderdante puede, sin embargo, reclamar el resarcimiento del daño al autor de la agresión constitutiva del vicio o al representante que conociéndolo o debiendo conocerlo se hubiese servido del poder.

Una vez llegados a estas conclusiones no parece necesario analizar particularmente la aplicación de tal regla con referencia a cada uno de los posibles vicios—error, dolo, violencia—, pues, aunque pueden suscitarse subcuestiones especiales, no alteran la solución general.

13. *La simulación del apoderamiento.*—La aplicación de la teoría del negocio simulado al negocio de concesión del poder de representación ha originado en la doctrina vivos debates, en los

cuales no siempre se ha llegado a unos resultados armónicos. El fenómeno general de la simulación supone la celebración de un negocio jurídico al que las partes atribuyen un carácter puramente aparente, destinándolo a encubrir una situación jurídica que no experimenta ninguna modificación o un negocio distinto que así se disimula. Es claro que así definido, el negocio simulado presupone una dualidad o una pluralidad de partes entre las que media un «acuerdo simulatorio». En los negocios jurídicos unilaterales y recepticios, se dice, la simulación es posible si el acuerdo simulatorio existe entre el autor del negocio y el destinatario de su declaración. Este planteamiento lleva directamente al tema del destinatario de la declaración de voluntad de apoderamiento. En el Derecho alemán, se admite que la declaración de apoderamiento puede hacerse frente al representante o frente al tercero. Cabe así, según que el caso sea uno u otro, simulación por acuerdo con el representante o por acuerdo con el tercero. Mayores dificultades plantea la cuestión en aquellos sistemas jurídicos en que no aparece legislativamente determinado quién es el destinatario del apoderamiento.

Si se entiende que destinatario del apoderamiento es no sólo el apoderado, sino también el tercero, la cuestión se soluciona considerando nulo por simulación el apoderamiento cuando hay acuerdo simulatorio con el tercero e inoponible al tercero un acuerdo simulatorio entre poderdante y apoderado en el que aquél no haya participado o del que no haya tenido conocimiento.

Tal vez quepa alterar el punto de partida del razonamiento. En lugar de preguntarse primero, dogmáticamente, quién es el destinatario del apoderamiento y resolver después, con base en una respuesta también dogmática, el problema de la simulación, parece preferible analizar empíricamente los casos de lo que llamamos «acuerdo simulatorio», según que se produzcan sólo con el tercero, sólo con el apoderado o bien con ambos a la vez.

Sin embargo, antes de penetrar en el análisis empírico de los casos es necesario matizar todavía lo que entendemos y lo que debemos entender por un «acuerdo simulatorio». No hay ningún inconveniente en incluir dentro de esta rúbrica no sólo los casos en que se produce una concorde voluntad de las partes al respecto, sino también aquellos en que el emitente de la declaración —esto

es, el poderdante—ha dado a conocer su intención simulatoria y esta intención simulatoria ha sido admitida o por lo menos no contradicha por la otra parte.

a) El llamado acuerdo simulatorio puede intervenir entre el *dominus* y el representante, siendo ajeno a él el tercero o los terceros frente o ante los cuales el representante debe llevar a cabo la actuación representativa. En tal caso, hay hablando rigurosamente un apoderamiento simulado, pues el negocio de apoderamiento encubre una situación jurídica que según la voluntad de las partes no se ha modificado o cuya modificación se ha producido en un sentido diferente. En este último caso existe una simulación relativa. Por ejemplo: entre D y R existe un traspaso de local de negocio que se encubre haciendo aparecer al adquirente como apoderado del transmitente.

¿Qué consecuencias comporta un apoderamiento simulado cuando el acuerdo simulatorio ha intervenido sólo entre el *dominus* y el representante? Hablar simplemente de nulidad o de no-nulidad es demasiado sencillo. Las consecuencias son diferentes según la diferente postura que frente al supuesto adopte cada uno de los eventuales interesados.

Por lo pronto es claro que en la llamada relación interna, es decir, entre *dominus* y apoderado, no hay verdadera representación. Ninguno de ellos puede justamente reclamar los efectos—derechos, deberes—que derivarían de una relación representativa y si cualquiera de ellos lo intenta, el otro puede oponerse alegando el carácter simulado del apoderamiento. Tanto el *dominus* como el representante pueden demandar que se declare judicialmente que el apoderamiento es simulado y que se constate la situación real que el negocio aparente encubría.

Y, frente a terceros, ¿qué suerte debe correr el apoderamiento simulado? No puede decirse sin más que es válido, como tampoco puede decirse que sea nulo absolutamente. Si el tercero es un tercero de buena fe, que ha contratado con el apoderado creyendo que efectivamente era un representante del *dominus*, el carácter simulado del apoderamiento es inoponible frente a él. Esto quiere decir que el *dominus* no puede alegar frente al tercero el carácter simulado del poder para hacer caer el negocio representativo o

para conseguir que tenga una diferente eficacia—v. gr. negocio sólo eficaz para el representante, que habría contratado en su propio nombre y en su propio interés—. Ahora bien, la inoponibilidad no comporta una absoluta eficacia del apoderamiento. Es sólo una privación (*estoppel*) de los medios de defensa de los autores de la simulación. Si la pregunta la hacemos en sentido contrario, la solución debe ser también la contraria. El tercero, legítimamente interesado en ello, puede atacar el apoderamiento por simulación y pretender su ineficacia. Volviendo a nuestro ejemplo del traspaso encubierto con apoderamiento a favor del adquirente, no cabe duda racional en el sentido de que el arrendador-propietario del local traspasado puede impugnar por simulación el apoderamiento y demandar que se declare y salga a la luz la situación encubierta. Su interés es para ello plenamente legítimo.

A la misma solución creo que hay que llegar respecto de los terceros que, contratando como el apoderado como representante aparente del *dominus*, descubren después el carácter simulado de dicha representación. Pueden reclamar frente al *dominus*, que, según antes veíamos, ha quedado vinculado en virtud de la inoponibilidad de la situación, pero pueden también justamente demandar que frente a ellos valga el negocio real si tienen en ello interés legítimo—por ejemplo, el *dominus* aparente es un insolvente o ha devenido insolvente—.

b) La segunda hipótesis es mucho más delicada que la anterior. En ella, el acuerdo simulatorio interviene entre el *dominus* y el tercero ante quién o frente a quién el representante ha de actuar. El representante es, sin embargo, ajeno a la intención simulatoria. No hace falta decir si el poder es general, siendo el apoderado ajeno al intento simulatorio, frente a todos los demás posibles terceros que no participen en el acuerdo, no cabe siquiera hablar de simulación.

Vengamos, pues, a la hipótesis estricta: acuerdo simulatorio con el tercero o intención simulatoria admitida por éste, a la que es, sin embargo, ajeno el representante. En tal supuesto, me inclino por pensar que hablando rigurosamente no hay «apoderamiento simulado», sino un fenómeno de otra especie. Ante todo, nadie discutirá que la declaración de voluntad del *dominus* crea

una relación representativa con plenos efectos *inter partes*. Si el apoderado reclama frente al *dominus* las obligaciones que a éste le impone el hecho representativo o ejercita sus derechos—v. gr. a ser retribuido, a quedar indemne de los gastos o daños que la representación le haya producido, etc.—, el *dominus* no puede oponer el carácter simulado de la representación.

Un aspecto distinto presenta la actuación representativa del apoderado ante o frente al tercero. Si dicha actuación representativa se concreta en un negocio, cabe admitir que dicho negocio entre *dominus* y el tercero es simulado, a virtud de acuerdo entre ellos existente. Lo simulado en tal caso es sin embargo el negocio nacido de la actuación representativa, pero no el apoderamiento. Que el apoderamiento es real, aun en el caso de que fuera especialísimo, es decir, sólo para un negocio, lo prueba con evidencia el que al actuar en nombre de su principal o por cuenta de éste, el apoderado ha producido la heteroeficacia propia de una actuación representativa, que puede subyacentemente quedar desvirtuada por una contra-declaración, pero que no deja por ello de ser auténtica eficacia representativa.

Si el acto que el representante lleva a cabo con el tercero no es un negocio jurídico, sino un acto de ejercicio de un derecho de que el tercero es sujeto pasivo (v. gr., el apoderado requiere el pago de una deuda), el tercero puede sin duda oponer a la pretensión del apoderado el carácter simulado del poder representante. Si, por el contrario, lo acepta como tal representante, violando el interno acuerdo simulatorio, deberá responder de los daños que como consecuencia de ello se sigan. El problema no se plantea si el representante actúa en interés del *dominus*, sino si actúa en su propio interés. Sin embargo, debe entenderse que la llamada representación en interés del representante no es nunca verdadera representación, sino un negocio autorizativo de signo diferente. En tal caso, es claro que siendo plenamente eficaz el negocio autorizativo—v. gr., el llamado representante es un acreedor del *dominus*—, el tercero no puede nunca oponerse al ejercicio de la autorización oponiendo el carácter simulado de la intención del autorizante.

c) La simulación del apoderamiento no plantea especiales problemas si en ella participan—o les resulta conocida—, tanto el

apoderado aparente como a tercero. Debe valer para todos la situación real encubierta. Habrá nulidad si se trata de simulación absoluta. Si la simulación es relativa o existe interposición de persona, deberá descartarse la situación aparente y constatarse la situación real. Por ejemplo, si A ha cedido a B un bien o un derecho por medio de una cesión que según la voluntad de las partes debe permanecer oculta, y A confiere poder a C para que ejercite el derecho o gestione el interés, es claro que conociendo todos la situación subyacente y el acuerdo simulativo, C es un apoderado de B.

LUIS DíEZ-PICAZO

Catedrático de Derecho civil.

Liquidación de anotaciones preventivas

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Hecho imponible*: 1. Regulación. 2. Teorías. 3. Teoría monista del título.—4. Teoría monista del asiento registral.—5. Teoría dualista del hecho imponible.—6. Argumentos de la teoría dualista respecto a la necesidad del elemento asiento registral.—7. Argumentos de la teoría dualista respecto al elemento acto o título base del asiento.—8. Consecuencias prácticas de la teoría dualista.—III. *Supuestos de no sujeción*: 1. Primer supuesto de no sujeción.—2. Segundo supuesto de no sujeción.—3. Tercer supuesto de no sujeción.—4. Cuarto supuesto de no sujeción.—5. Quinto supuesto: cancelación de la anotación.—IV. *Supuestos de exención*: 1. Anotaciones exentas por el sujeto.—2. Anotaciones exentas atendiendo al objeto de la anotación.—3. Anotaciones exentas atendiendo al origen.—4. Caso de exención del número 13 del apartado 2 del artículo 101.—V. *Anotaciones preventivas sujetas que no gozan de exención*.

I

INTRODUCCIÓN

La Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964 ha creado el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, formando una unidad y a modo de complemento del de Transmisiones Patrimoniales, tomando sus diferentes conceptos impositivos de la legislación del Impuesto de Derechos Reales, de Timbre y Emisión de Valores Mobiliarios. Según la Exposición de Motivos de la citada norma, «incorpora la Ley a este impuesto el gravamen de determinados actos jurídicos que, por razón de su solemnidad o de su reflejo en la vida patrimonial, no debe quedar al margen de la tributación, y que, por el contrario, pueden completar el área de este impuesto».

Pues bien, entre los conceptos del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, que completan el «área del impuesto de Transmisiones», figuran ahora las anotaciones preventivas, concepto ex-

traído del apartado 1.º del artículo 17 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959 (1), produciéndose en muchos aspectos, una nueva regulación de la liquidación de dichas anotaciones, que vamos a exponer desde nuestro punto de vista.

Las fuentes de aplicación a este concepto impositivo son los artículos correspondientes del texto refundido promulgado por Decreto de 6 de abril de 1967 (2), que sustituyen a los equivalentes de la Ley de Reforma de 1964 (3). En materia de presentación de documentos, plazo de presentación, Oficina competente, comprobación de valores, investigación, etc., se producen una serie de lagunas, al faltar una regulación directa de la cuestión. En su caso, y con las correspondientes adaptaciones, serán de aplicación los artículos del Reglamento de 15 de enero de 1959 (4).

II

HECHO IMPONIBLE

1. *Regulación.*—El texto refundido delimita el hecho imponible en su artículo 100, núms. 1 y 2.

El número 1 del artículo 100, en el apartado f), delimita *positivamente* el hecho imponible, al decir: «Están sujetas: ... Las anotaciones preventivas que se practiquen en los Registros públicos».

(1) El apartado 1 del artículo 17 del Reglamento decía así: «Las anotaciones de embargo, secuestro y prohibición de enajenar, cuando unas y otras deban practicarse en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil, en virtud de mandamientos judiciales dictados en asuntos civiles o criminales o por consecuencia de pactos o contratos, satisfarán el 0,75 por 100 del importe de la obligación que garanticen. No estarán sujetas al impuesto las anotaciones referentes a bienes especialmente hipotecados o dados en prenda a favor de la misma persona que solicita la anotación».

Para una evolución de la materia en los anteriores Reglamentos, ver el resumen que hace CHINCHILLA RUEDA en *Revista de Derecho Privado*, 1951 en «El concepto fiscal de anotación preventiva de embargo y la reforma tributaria de 1947», pág. 126.

(2) Artículos 100 y siguientes, aparte de las disposiciones generales.

(3) La Ley de Reforma de 11 de junio de 1964 declaró la sujeción de las anotaciones preventivas en el artículo 164, número 1, apartado f).

(4) Quisiera tratar en una segunda parte de este estudio toda esta cuestión procedimental o adjetiva, siempre que esta primera parte, que se refiere al aspecto de fondo de la liquidación, tenga un mínimo de aceptación, pues, en otro caso, sobra la segunda parte.

El número 2 del citado artículo completa la delimitación del hecho imponible en el aspecto *negativo*, pues dice: «No estarán sujetos al impuesto por este título los actos a que se refiere el número anterior cuando lo estén por los impuestos generales sobre las sucesiones, sobre el Tráfico de las Empresas o por los títulos primero y segundo de este libro, aunque gocen de exención».

2. *Teorías*.—Por vía de hipótesis, independientemente de su mayor o menor fundamento, expondremos tres teorías sobre la delimitación del hecho imponible de este concepto de anotaciones preventivas, que vamos a denominar así:

- a) Teoría monista del elemento *título*.
- b) Teoría monista del elemento *asiento registral*.
- c) Teoría dualista de los elementos *título y asiento*.

3. *Teoría monista del "título"*.—Es aquella teoría que delimita el hecho imponible atendiendo exclusivamente al acto que sirve de título o base a la futura anotación preventiva. Esta teoría prescinde del elemento asiento registral y se centra sólo en el elemento *título* o documento en que se ordena o solicita una anotación preventiva. Ejemplo: en vez de centrarse en la anotación preventiva de embargo, atiende al mandamiento por el que se ordena la anotación de embargo.

A la vista de la regulación del hecho imponible en el texto refundido, conviene preguntarse si en el caso que estudiamos el hecho imponible es, más que la anotación preventiva, el acto que sirve de título a una futura anotación preventiva. Antes de la reforma tributaria, lo había entendido así la antigua resolución del T. E. A. C. de 6 de diciembre de 1932, que dijo que «el mandamiento de embargo debe ser objeto de liquidación del impuesto de Derechos Reales». Apareciendo una clara consecuencia práctica de esta postura en la resolución del mismo Tribunal Económico de 1 de diciembre de 1942, en la que se lee: «el impuesto es exigible aunque las anotaciones de embargo no lleguen a practicarse». Con base en estas resoluciones, la práctica jurídica interpretaba el artículo 17 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, en el

sentido de que se debía liquidar el mandamiento aún antes de que se practicara la anotación preventiva (5).

Ya José MENÉNDEZ consideró que se trataba de una práctica viciosa (6). A mí también me lo parece. Y más ahora, con la creación del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Y es que lo lógico es considerar el mandamiento y la resolución judicial que ordenan una anotación de embargo como concepto del impuesto de Actos Jurídicos Documentados por el concepto de *resolución judicial* [art. 100, 1, apartado a), texto refundido, y núm. 29 de la Tarifa, con el consiguiente pago del impuesto por empleo de efecto timbrado], pero no por anotación preventiva del núm. 36 de la Tarifa, cuando dicha anotación todavía no se ha practicado (7). La razón de ser el impuesto de Actos Jurídicos Documentados y la letra terminante del texto refundido, que veremos en las teorías siguientes, imponen la necesidad de reaccionar de nuevo contra esta teoría y práctica incorrecta.

(5) Aparte de las declaraciones de las resoluciones del T. E. A. C. citadas, todas, en general, al resolver problemas concretos de las anotaciones, parten de liquidaciones que se practicaron en relación con el mandamiento, en vez de sobre la anotación preventiva. Así, por ejemplo, resoluciones de 17 de abril de 1956 y de 17 de noviembre de 1959.

(6) En su estudio «Las anotaciones preventivas de embargo y el Impuesto de Derechos Reales, Convendría modificar el artículo 17, 1.º, del Reglamento del Impuesto», publicado en esta Revista, año 1956, págs. 381 y sigs., José MENÉNDEZ considera irregular la «práctica de las Oficinas Liquidadoras que, en presencia de un mandamiento judicial o administrativo, ordenando la extensión de una anotación preventiva de embargo, proceden a liquidar el documento, haciéndolo pasar después por el Registro para obtener la correspondiente operación tabular. Nos parece inadmisibles—continúa—esta forma de proceder, porque a la vista del mandamiento, el Liquidador carece de base para hacer aplicación del párrafo 1.º del artículo 17 del Reglamento. Y ello es así porque del mandamiento sólo puede extraerse la certeza del embargo, pero nunca la de la anotación preventiva... Tal como están redactados los artículos 5 y 17 del Reglamento, aludiendo siempre como acto tributable a la anotación preventiva, contradice a los conceptos jurídicos y fiscales la liquidación que en estos casos se practica» (pág. 382).

De lege ferenda era partidario de que tributasen los embargos, proceda o no anotación; pero su opinión sobre la legislación entonces vigente era que se debería exigir el impuesto por las anotaciones preventivas de embargo, y no por el embargo en sí (pág. 384).

(7) Actualmente, rechaza también esta tesis monista FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, pues es partidario de no liquidar el impuesto cuando el Registrador deniega el asiento. En la página 775 de su estudio «El Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados», en el volumen II de la obra «Sistema Tributario Español 1966» editada por la Revista de Derecho Financiero.

4. *Teoría monista del "asiento registral".*—Es aquella teoría que delimita el hecho imponible atendiendo exclusivamente al asiento registral denominado anotación preventiva, prescindiendo por completo del acto o título que sirve de base a la anotación preventiva. Pero, ¿cabe sostener que el hecho imponible lo constituye simplemente la anotación preventiva, sin más? Podría sostenerse si sólo se tuviera en cuenta el sentido literal del artículo 100, apartado f), núm. 1.º, que alude a las «anotaciones preventivas que se practiquen», prescindiendo del título de la anotación. Sin embargo, al exponer la tercera teoría, ya veremos que esto no es admisible en una interpretación sistemática del texto refundido.

La aceptación de esta tesis monista podría dar pie a estas consecuencias prácticas:

1.ª Como se dice que el hecho imponible es el asiento registral (la anotación preventiva), desde este punto de vista, sólo se liquidará el impuesto cuando se llegue a practicar la anotación preventiva y sólo en el caso de que pueda llegar a practicarse (8). Lo cual estimo que es acertado.

2.ª Pero como se olvida la existencia, a efectos fiscales, del título que sirve de base a la anotación, puede llevar a lo siguiente:

a) A considerar que está sujeta al impuesto cualquier clase de anotación que se practique en un Registro público (9). Es decir, no se aplicaría nunca a las anotaciones preventivas, el antes citado

(8) Así, el ya citado FRANCISCO JOSÉ FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, pág. 775, ob. cit.

(9) A esta conclusión llega JUAN ROVIRA TARAZONA en sus notas al texto refundido del Impuesto, publicado por el Ministerio de Hacienda, Madrid, 1968. En la nota 389 (pág. 474), correspondiente al apartado f) del artículo 100, dice ROVIRA TARAZONA lo siguiente: «La Ley de Reforma Tributaria desglosa este concepto de las Transmisiones Patrimoniales, incluyéndolo entre los Actos Jurídicos Documentados, extendiendo su tributación a todas las anotaciones preventivas (el subrayado es mío) que se hicieren en los Registros Públicos. El artículo 42 de la Ley Hipotecaria enumera las anotaciones preventivas que se pueden practicar en el Registro de la Propiedad».

A la misma conclusión había llegado también FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (página 775, ob. cit.), pues dice: «El antecedente se encuentra en la legislación de Timbre del Estado y Derechos Reales, donde se gravaban las anotaciones de embargo, secuestro y prohibición de enajenar, ya se verificaran por mandamiento judicial, ya en virtud de contrato. Ahora el presupuesto se elabora con mucha mayor amplitud: en este caso la Ley fiscal emite una norma en blanco, que habrá de ser completada con la legislación registral vigente en el momento del devengo: la simple extensión de un asiento reconocido en ésta como anotación preventiva de cualquier clase constituye el hecho imponible» (el subrayado es mío).

número 2 del artículo 100 del texto refundido, pues si se entiende que el hecho imponible es la anotación preventiva sin más, resultará lógicamente, que el «acto» que se cita en ese número 2.º como referido a los actos del número 1 precedente, tendrá que ser la anotación preventiva (no el título o acto base de la anotación). Consecuencia: como la anotación preventiva en ningún caso es un concepto sujeto al impuesto de Transmisiones Patrimoniales, o al de Sucesiones o al de Tráfico de Empresas, siempre estará sujeta al impuesto de Actos Jurídicos Documentados, y no se aplicará el número 2 del artículo 100, que considera no sujetos al impuesto de actos documentados «los actos a que se refiere el número anterior cuando lo estén por los impuestos generales sobre las Sucesiones, sobre el Tráfico de Empresas o por los títulos primero y segundo de este libro, aunque gocen de exención». En definitiva, llevaría a la consecuencia de no admitir supuestos de no sujeción en materia de anotaciones preventivas, sin perjuicio de los casos de exención, previstos en la Ley.

b) Puede llevar también esta tesis monista a considerar que en el futuro, el legislador debería gravar todas las clases de asientos registrales. Sería otra consecuencia lógica de admitir el postulado de esta tesis, pues si se entiende que la simple extensión del asiento llamado anotación preventiva produce el hecho imponible, no habría ninguna razón, desde este punto de vista, para no extender la imposición, en una futura reforma, a los demás asientos registrales, sobre todo a aquél grupo de asientos que producen efectos mucho más fuertes que la anotación preventiva, como es el asiento de inscripción.

Desde luego, de momento, como el legislador no ha admitido la imposición de otros asientos de efectos más fuertes, podría alegarse frente a esta tesis monista que ve la razón de la imposición exclusivamente en la simple extensión o práctica de la anotación, que, si fuera ésta la verdadera razón de ser, el legislador habría admitido la liquidación de otros asientos, y, sin embargo, no lo ha hecho así.

5. *Teoría dualista del hecho imponible.*—Entiendo que en la legislación vigente, la delimitación del hecho imponible procede

realizarla a través de dos elementos: el título (en el sentido material, de acto jurídico) y el asiento. Cada uno de estos elementos influye en la delimitación, pero con una función muy distinta uno del otro. Así:

a) Hay que atender al asiento registral, es decir, a la formalización de un acto en un libro del Registro por medio de la anotación preventiva (10). La función de este elemento es delimitar *positivamente* el hecho imponible, y así lo hace el texto refundido en el número 1 del artículo 100, según hemos indicado antes.

b) Pero hay que atender también al *acto jurídico* que sirvió de base a la anotación practicada, es decir, al elemento título material. Lo que interesa fiscalmente no es determinar su existencia o validez, porque ello ya resulta del elemento asiento (por el principio de legitimación registral enunciado en los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria), sino saber la clase de *acto* en que consiste, para así contribuir a la delimitación del hecho imponible *negativamente*. Obsérvese que el artículo 29 de la Ley General Tributaria dice que «la Ley, en su caso, completará la determinación concreta del hecho imponible mediante la mención de los supuestos de no sujeción». Pues bien, en este concepto impositivo, esta función corresponde al acto jurídico, base de la anotación. Hasta el punto de que, al hacer intervenir a este elemento, resultará la declaración de no sujeción de ciertas anotaciones preventivas que por el elemento asiento, serían iguales que otras, pero que por el elemento título o clase de acto jurídico base del asiento, hay que considerar no sujetas. Porque, en mi opinión, dicho acto jurídico es el acto a que se refiere el número 2 del artículo 100 antes citado (que señala casos de no sujeción), y va implícito en la expresión «anotación preventiva» del número 1.º (como si este número dijera: «Están sujetas las anotaciones preventivas que, *en base a determinados actos jurídicos*, se practiquen en los Registros públicos»). De modo que si este acto es uno de los que están sujetos al impuesto de Sucesiones o Transmisiones o Tráfico de Empresas, entonces no se produce el hecho imponible del impuesto de Actos

(10) Sobre el concepto, clases y efectos de las anotaciones preventivas, ver cualquier libro de Derecho Hipotecario, pues en este estudio no se pretende exponer dichas cuestiones. Por ejemplo, LACRUZ, en *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, págs. 261 y sigs. O el tratado de ROCA SASTRE.

Jurídicos Documentados por este concepto de anotación preventiva.

Pero todo esto requiere una argumentación.

6. *Argumentos de la teoría dualista respecto a la necesidad del elemento asiento registral.*—Uno de los dos postulados de la tesis dualista es que para que surja el hecho imponible es necesario que se practique en el Registro público correspondiente la anotación preventiva. En esta idea, la tesis dualista coincide con la tesis monista del elemento asiento.

Para demostrar dicha afirmación existen los siguientes argumentos:

1.º La razón de ser y finalidad del impuesto de Actos Jurídicos Documentados, en el que está encuadrado el concepto impositivo de la anotación preventiva, es la solemnidad que se da a un acto mediante una determinada formalización (11). Esta formalización es, en el presente caso, la formalización registral mediante un asiento, ya que la formalización judicial o notarial aparece gravada en otros apartados del número 1 del artículo 100. Así, cuando no procede la formalización registral (ejemplo, embargo de bienes muebles, no anotable) no se liquida nunca el impuesto en la práctica, lo cual es tanto como reconocer que la simple formalización judicial del embargo no es suficiente.

2.º El artículo 106, 1, del texto refundido dice que «el impuesto se devengará en el momento en que se formalice el acto sujeto a gravamen». Partiendo de lo dicho anteriormente, este artículo pone de relieve la necesidad de formalización (registral, en nuestro caso) para que se devengue el impuesto. El devengo surge cuando aparece el hecho imponible. Por tanto, la formalización registral es un presupuesto del hecho imponible.

3.º Puede ser también un argumento la expresión utilizada en el apartado f) del número 1 del artículo 100, pues se habla de «anotaciones que se practiquen». Precisamente, FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ utiliza este argumento en la forma siguiente: «El legislador sustituye la fórmula del impuesto de Derechos Reales 'Las anotaciones que

(11) Recuérdense las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de 1964, citadas al principio.

hayan de practicarse' con 'las que se practiquen', con lo que resulta claro que no se devenga el impuesto si el Registrador deniega el asiento». Creo que para confirmar este argumento puede añadirse el apartado e), número 1.º del artículo 104 del texto refundido, que dice: «Estarán obligados al pago... en las anotaciones, la persona a cuyo favor *se practiquen*» (12).

Expuestos los citados argumentos, conviene completarlos contestando a dos posibles objeciones, con las que se trataría de demostrar que el elemento asiento no es necesario para que se produzca el hecho imponible y consiguiente liquidación del impuesto.

Primera objeción.—Podría oponerse frente a la necesidad del elemento asiento, la analogía que existe entre la anotación preventiva y la hipoteca (si bien, la analogía tendría que limitarse sólo a las anotaciones de afección), para concluir que si la hipoteca se liquida antes de inscribirse, en base sólo a la escritura pública, no habría razón para esperar a que se produzca el asiento en el caso de las anotaciones preventivas (13).

No vale esta comparación (14). Sin tratar de exponer mi opi-

(12) Sin embargo, el Decreto-Ley de 24 de julio de 1969, delimitador de las jurisdicciones de Navarra y territorio común, en materia fiscal, sigue aludiendo en su artículo 11, B, 4.º a las anotaciones preventivas que «hayan de practicarse». Creo que esta expresión revela inercia legislativa, y no es obstáculo a la tesis dualista, porque la finalidad de este Decreto-Ley es delimitar jurisdicciones, no delimitar la esencia del acto sujeto, por lo cual, ante las distintas expresiones del Derecho-Ley y del texto refundido respecto al hecho imponible, habrá que atender a este último, que es el que determina la esencia interna, no simplemente espacial, del hecho imponible.

Por tanto, estimo incorrecta la expresión utilizada por el citado Decreto-Ley, debiendo interpretarse en el sentido que se desprende del artículo 100 y concordantes del texto refundido. Aparte de esto, quiero destacar otras imprecisiones del Decreto-Ley, manifestadas en el párrafo 2.º del mismo número 4.º del artículo 11, B, que dice: «si una misma anotación comprende bienes sitos en Navarra y territorio común, se atiende al lugar de la jurisdicción de la autoridad que la ordene». La imprecisión existe: 1.º Porque habla de una anotación que comprende varios bienes, y esto no es posible, ya que según la legislación hipotecaria, cada bien da lugar a una anotación preventiva. Claro que lo que quiere contemplar el Decreto-Ley es el caso de un mismo documento que dé lugar a varias anotaciones. 2.º Porque alude a la autoridad que *ordena* la anotación, como si no hubiera también anotaciones sujetas al impuesto que se practican a instancia de los particulares, sin que lo ordene ninguna autoridad. Ejemplo: anotación de legados de género o cantidad, o de créditos refaccionarios. Claro que este supuesto no es frecuente, y menos que la solicitud comprende bienes sitos en Navarra y territorio común, pero esto no es suficiente para olvidarlo.

(13) Se plantea este problema José MENÉNDEZ (pág. 385, ob. cit.).

(14) José MENÉNDEZ también rechaza la comparación, y añade: «El legislador cambió los papeles y consideró sujetas las anotaciones preventivas de

nión sobre la liquidación de la hipoteca, todavía en estudio, diré que *fiscalmente*, no hay analogía entre la anotación y la hipoteca, pues ésta se ha incluido en el impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y aquélla en el impuesto de Actos Jurídicos Documentados, y, aunque forman una unidad, en el último es esencial la formalización registral o de otro tipo, formalización que no interesa en los supuestos gravados por el impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Además, también podría utilizarse la analogía en sentido contrario, haciendo reversible el argumento: como la hipoteca, aunque es un concepto de Transmisiones Patrimoniales, tiene como elemento constitutivo esencial la formalización registral, quizá se pudiera señalar fiscalmente la analogía con las anotaciones para liquidar la hipoteca sólo en el caso de que se inscriba. Pero creo que esta analogía tampoco vale.

Segunda objeción.—Se podría también decir, frente a la idea de que es necesario que se practique la anotación para que surja el hecho imponible, que la anotación preventiva no se puede practicar si no hay una previa liquidación del impuesto, ya que tanto el texto refundido como el Reglamento Hipotecario se preocupan de que no se practique ningún asiento en el Registro sin que se haya producido previamente la liquidación del impuesto (15). A primera vista puede impresionar esta alegación. Pero examinán-

embargo, cuando, como hemos visto, hubiese bastado con afectar fiscalmente los embargos, y, por el contrario, obliga a tributar a las hipotecas, cuando lo verdaderamente jurídico sería sujetar al impuesto las inscripciones de hipoteca» (pág. 386, ob. cit.).

(15) Con referencia al antiguo artículo 179 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, de 1947 se había planteado este problema José MENÉNDEZ en la forma siguiente: «El artículo 179, párrafo 1.º, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, que exige que todo documento que haya de causar una operación registral lleve una nota extendida previamente por la Oficina Liquidadora del Impuesto, en la que conste el pago o exención del tributo, reiterado por diversos preceptos hipotecarios, plantea un problema de difícil solución, cuando se trata de hacerse efectivo en el supuesto de las anotaciones preventivas de embargo» (pág. 381, ob. cit.).

La solución dada por este autor consistía en «aplazar la liquidación hasta que, devuelto el mandamiento por el Registrador se tenga la certeza de existir el acto sujeto al impuesto, debido a la circunstancia de haberse extendido la oportuna anotación preventiva. Es decir, obrar como si se tratase de un acto sujeto a condición suspensiva, supuesto para el cual, el artículo 57 del Reglamento establece un aplazamiento de la liquidación hasta que la condición se cumpla, poniendo la oportuna nota al ple del documento» (pág. 388, ob. cit.). Yo creo que no existe aquí acto condicional en sentido estricto, no pudiéndose aplicar la analogía en cuestiones referentes al hecho imponible.

dola detenidamente, en unión de los artículos correspondientes, se observa que es el resultado de una confusión de conceptos. Se confunden y aplican las normas de liquidación de los actos que van a servir de base a asientos registrales, con la liquidación de aquellos conceptos que sólo se producen al practicarse un asiento. Trataré de demostrar que el texto refundido y el Reglamento hipotecario sólo exigen la liquidación previa (o declaración de exención o de no sujeción) de los actos que van a servir de base a un asiento, pero no se refieren a ninguna liquidación del impuesto por un asiento de anotación preventiva, en el sentido de que se realice antes de practicar el asiento. Entre otras cosas, porque sería un absurdo círculo vicioso. Para ello, vamos a examinar el párrafo 1.º del artículo 114 del texto refundido y el número 12 del artículo 51 del Reglamento hipotecario:

a) *Examen del párrafo 1.º del artículo 114 del T. R.*—Dice así: «Con excepción de los documentos a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, no se admitirán ni surtirán efecto en las oficinas o Tribunales de cualquier clase que sean, *ni podrán inscribirse* en los Registros públicos los documentos en los que se haga constar acto alguno sujeto a los impuestos regulados en esta Ley, sin que conste en tales documentos la nota firmada por el liquidador, de haber satisfecho el precedente, o la de no sujeción, exención o aplazamiento de la liquidación, en su caso».

Si se acepta, por la argumentación dada antes, que el hecho imponible surge con el elemento asiento registral, este artículo no es ningún obstáculo a dicha opinión, pues es evidente que el documento en que se solicita u ordena una anotación. Por tanto, como el artículo 114, párrafo 1.º exige la nota de no sujeción como requisito previo a la anotación, lo que resultará es que el documento en que se solicita u ordena la misma ha de llevar la nota firmada por el liquidador en la que conste la no sujeción del acto por el concepto de anotación preventiva, sin perjuicio de que esté sujeto el documento, si es mandamiento judicial, por el concepto de resolución judicial (núm. 29 de la Tarifa). Ahora bien, respecto a este último concepto no hace falta la nota de liquidación, pues ésta es automática a través del efecto timbrado, no siendo ni siquiera necesaria la presentación en la oficina liquidadora, según

el número 2, apartado c) del artículo 113. En cambio, sí es necesaria dicha presentación previa, para la declaración de no sujeción del embargo u otra afección por el concepto de anotación preventiva (16).

Por tanto, el artículo 114 no es obstáculo a la tesis dualista. Y no demuestra nada, ya que no se refiere a la determinación del hecho imponible, como los artículos más arriba citados. Por lo que no hay inconveniente en aceptar la tesis dualista y cumplir el párrafo 1.º del artículo 114. Bastará la nota de no sujeción del mandamiento o del embargo, por ejemplo, para considerar cumplido el citado artículo 114.

b) *Examen del número 12 del artículo 51 del Reglamento Hipotecario.*—Dice así: «Cuando los actos o contratos sujetos a inscripción hayan devengado derechos a favor del Estado, se expresará esta circunstancia y que la carta de pago ha quedado archivada en el legajo. Si estuvieren exentos del pago o hubiere prescrito la acción administrativa, se consignará dicha circunstancia»

Según el artículo 166 principio, del Reglamento Hipotecario ese artículo es aplicable a las anotaciones preventivas. Pues bien, tampoco supone el mismo un obstáculo para la tesis dualista que aquí se defiende, pues sólo se refiere a los actos que sirven de título a la anotación preventiva, no al asiento mismo (17). Por tanto, se

(16) A propósito de esta nota previa que debe poner el Liquidador, estimo que para evitar confusiones, sería conveniente expresar en ella que el documento no está sujeto de momento al impuesto por el concepto de anotación preventiva, mientras no se practique la misma. Esto tiene cierto parecido con la tesis de la condición suspensiva que mantiene José MENÉNDEZ, según se ha expuesto en la nota 15 precedente, pero no llega al mismo resultado, por lo que, el parecido será meramente externo o aparente, ya que no procederá ninguna liquidación previa, caucional o de afección de los bienes, como es la prevista para el caso de condiciones suspensivas en el artículo 7, 2.º del texto refundido y 15, 2.º del mismo. La citada nota de no sujeción podría tener el siguiente modelo: «No sujeto el precedente mandamiento al impuesto por el concepto de anotación preventiva, número 36 de la Tarifa, por no haber surgido el hecho imponible al no haberse practicado la misma, conforme al artículo 100, 1.º, f), sin perjuicio de la liquidación que proceda, en su caso, cuando conste que se ha practicado la anotación preventiva».

(17) Por cierto que este número 12 del artículo 51 del Reglamento Hipotecario no se refiere expresamente al caso de no sujeción al impuesto del acto «sujeto a inscripción», pero se le debe aplicar la misma idea que en el caso de exención, por analogía y, porque es lo más conforme con la interpretación sistemática de la legislación vigente, poniendo en relación el citado número 12 del artículo 51 del Reglamento Hipotecario con el artículo 114 del texto refundido.

puede cumplir dicho artículo del Reglamento, sin cambiar para nada la tesis dualista. Para cumplirlo, bastará consignar en el asiento de anotación que el acto o título material no está sujeto al impuesto, en virtud de la nota de no sujeción que debe extender el Liquidador, conforme a la interpretación del texto refundido que se ha expuesto antes.

7. *Argumentos de la teoría dualista respecto al elemento acto o título base del asiento.*—La teoría dualista no sólo mantiene la necesidad del elemento asiento registral, sino que afirma la necesidad de atender también al acto base de la anotación preventiva. También la teoría monista del elemento acto, expuesta al principio, atiende a éste, pero la teoría dualista se diferencia de ella no sólo por atender también al elemento asiento, cosa que no hace aquella tesis monista, sino por la manera de entender el elemento acto o título. La tesis monista configuraba el acto o título de la anotación como delimitador del hecho imponible *positivamente*. La tesis dualista, en cambio, deja para esta delimitación *positiva* el campo libre al elemento asiento, y configura el elemento acto como delimitador del hecho imponible *negativamente*. Es decir, el acto o base de la anotación sirve fiscalmente para declarar la no sujeción (aspecto negativo) de ciertas anotaciones preventivas, en las que los actos que sirven de título están sujetos al impuesto de Transmisiones o Sucesiones.

Antes de exponer los argumentos de la teoría dualista en este sentido, conviene rechazar una posible objeción.

La objeción que trataría de negar la relevancia fiscal del elemento acto, podría plantearse así: como por el principio de legitimación registral, que se recoge en el artículo 1, párrafo 3.º y artículo 38, párrafo 1.º de la Ley Hipotecaria (18), hay que presumir la existencia y validez de los actos que han servido de título a la anotación, hay que deducir que bastaría *fiscalmente* el ele-

(18) El párrafo 3.º del artículo 1 de la Ley Hipotecaria dice: «Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley». Y el párrafo 1.º del artículo 38 de la misma Ley establece que «a todos los efectos legales, se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo».

mento *asiento*, pues en él va incluido, con toda garantía, el elemento acto. Incluso, podría añadirse que el Liquidador no puede fiscalizar la existencia y validez de dicho acto, dado el artículo 7 del texto refundido (19).

Pero esto sería un fuerte obstáculo a la tesis dualista si la función fiscal que asignara ésta al *acto* o *título*, fuera una función de *delimitación positiva del hecho imponible*. Pero hemos dicho que este aspecto positivo corresponde exclusivamente al elemento asiento. Si existe la anotación (y sólo cuando exista) surge el hecho imponible. En esto consiste la función delimitadora positiva. Aquí no interesa la cuestión de la existencia del acto, entre otras cosas porque se presume al existir el asiento, precisamente.

De lo que se trata, en relación con el elemento acto, es de ver la clase de acto o título que se anota. Si se quiere, se trata de ver esa clase de título a través de la anotación, pero verlo, para no centrarse en una anotación vacía de contenido. Ese acto podrá ser un embargo, una transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, etc. Si se trata de un embargo, como es un acto no incluido en la lista de actos sujetos de Transmisiones o Sucesiones, ello hará que la anotación preventiva tribute por el concepto de actos jurídicos documentados. En cambio, si se trata de una transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, como están sujetas ya al impuesto de Transmisiones o Sucesiones, dichos actos son la base para declarar que la anotación preventiva no está sujeta al impuesto de Actos Jurídicos Documentados. He aquí un ejemplo de la función delimitadora negativa del hecho imponible por el elemento acto.

Luego, a estos efectos delimitadores del hecho imponible, el asiento, más que hacer innecesaria la referencia al acto, lo que hace es recordar que contiene un acto del que no se puede prescindir, si no se quiere dejar vacío el asiento.

Solucionado el obstáculo apuntado, pasamos a exponer los argumentos de la teoría dualista en relación al elemento *acto base del asiento*:

(19) Según el número 1.º del artículo 7 del texto refundido «los impuestos que regula esta Ley se exigirán con arreglo a la verdadera naturaleza del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia».

1.º Un argumento indiciario se obtiene de la lectura de diferentes artículos del texto refundido. Así, el número 1.º del artículo 106, incluido en el mismo título III del texto refundido, dice: «El impuesto se devengará en el momento en que se *formalice* el *acto sujeto a gravamen*». Aquí se ven claramente los dos elementos: «el acto sujeto a gravamen», que es el acto que sirve de título a la anotación preventiva; y «la formalización de dicho acto a través de la anotación preventiva. Al tratar, pues, del devengo del impuesto, el artículo 106 número 1.º hace salir a la superficie lo que estaba oculto en el apartado f) del artículo 100 número 1.º. Claro, que se me podría decir que la expresión «acto sujeto a gravamen», del número 1.º del artículo 106 puede referirse, de modo exclusivo, al concepto mismo de anotación preventiva (elemento asiento), entendiendo que el asiento es también un acto jurídico y teniendo en cuenta, además, que según el número 1.º del artículo 100, lo que está sujeto a gravamen es la anotación preventiva. Pero creo que es mejor la otra interpretación de la palabra «acto», como se desprende también de otros artículos del texto. Así, del número 18 del artículo 101, que dice: «los demás actos y contratos reflejados documentalmente», lo que da pie para entender que hay una referencia al acto y a la documentación del mismo; del número 2 del artículo 104, que dice: «cuando en un mismo acto intervengan dos o más personas», y si se refiriera a «asiento» no tendría sentido la palabra «intervengan»; en fin, de la denominación del impuesto de *Actos Jurídicos Documentados*, a que se refiere el epígrafe del título III, en la que se vuelven a ver los dos elementos del hecho imponible citados antes.

2.º Pero el argumento decisivo está en el ya citado número 2 del artículo 100, que es conveniente repetir una vez más, porque alude a los «actos» a que se refiere el número anterior. Y éstos «actos» no pueden ser las anotaciones preventivas, sino los actos que se anotan, a pesar de que el número anterior literalmente se refiere sólo a las anotaciones preventivas, ya que a éstas, el citado número 2 no puede referirse por imposibilidad lógica, pues trata de excluir del impuesto los actos del número 1 que estén sujetos a otros impuestos, y las anotaciones nunca están sujetas a otros impuestos (de Sucesiones o Transmisiones). El número 2 nunca

tendría aplicación. Y a esta conclusión no es lógico llegar, aunque el número 1.º, al que se remite el número 2, haya exteriorizado sólo el continente y no el contenido. Obsérvese que en el número 1.º se habla también de «escrituras, actas y testimonios», y el número 2, al referirse a «actos», está claro que no hace referencia a las escrituras, sino a los actos contenidos en ellas, a pesar de que el número 1.º no dice nada de éstos. Precisamente, el número 4 del mismo artículo 100, al aclarar, respecto a las copias de las escrituras, la idea del número 2, saca a relucir la frase clave que va implícita en el mismo número 2 y en los apartados del número 1, ya que dice: «las primeras copias de las escrituras que *contengan actos o contratos no sujetos...*». Este número 4 es una interpretación auténtica del número 2 del artículo 100, y de paso, de los diferentes apartados del número 1.º, y demuestra que en la delimitación del hecho imponible se debe atender también al elemento acto base de la anotación preventiva.

8. *Consecuencias prácticas de la teoría dualista.*—De nada serviría todo lo dicho hasta aquí, si no existieran consecuencias prácticas importantes.

Dichas consecuencias de admitir la tesis dualista son:

A) Las derivadas de atender al elemento asiento registral son las que hemos expuesto al tratar de la tesis monista del asiento, en este aspecto idéntica a la tesis dualista: que sólo procede la liquidación del impuesto cuando se haya llegado a practicar la anotación preventiva. Al tratar de los supuestos de no sujeción, completaremos esta cuestión.

B) Las consecuencias derivadas de tomar en consideración la clase de acto anotable son:

a) En cuanto al Derecho positivo vigente, las que resultan de la interpretación del citado número 2 del artículo 100, que da lugar a supuestos de *no sujeción*, que luego se detallarán (20).

b) En cuanto al Derecho positivo futuro, esta teoría dualista supone una reacción frente a quienes quieran ver en el impuesto

(20) Recuérdense las opiniones de FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ y ROVIRA TARAZONA expuestas en la nota 9, en las que no se tiene en cuenta el elemento acto de la tesis dualista.

de anotaciones preventivas simplemente un impuesto de Registro (21), al estilo de la legislación italiana, y no un complemento e integración del impuesto de Transmisiones (22), y supone igualmente una reacción frente a posibles ampliaciones del hecho imponible a otros asientos registrales en una futura reforma (ejemplo, asiento de inscripción), pues en estos asientos, al tenerse en cuenta también elemento acto base del asiento, resultará su no sujeción por estar sujeta ya la transmisión que se inscribe a los impuestos de Sucesiones o Transmisiones. Es que un gravamen de asientos sería absurdo en el actual sistema hipotecario español, pues ello afectaría a la frecuencia de la inscripción, que es todavía voluntaria, en general. Sería absurdo que, por un lado, el legislador estableciera medidas para fomentar la inscripción, y, al mismo tiempo, por otro lado, gravara con un impuesto nuevo los asientos del Registro. En ese caso, el documento privado se extendería mucho más, pues el recargo del 20 por 100 sobre la cuota, que se prevé en dichos documentos, se vería compensado por esa hipotética especie de recargo sobre las inscripciones.

(21) Ya dijo BAS y RIVAS (en su libro *Impuestos de Derechos Reales y sobre transmisiones de bienes*, Comentarios, primer tomo, pág. 402) que «algunos comentaristas justifican la exacción del impuesto en las anotaciones preventivas, alegando la inexistencia en nuestra patria del impuesto de 'registro' regulado en otros países». Y el mismo autor contestaba así (ob. cit., pág. 403): «si fuera verdad eso del impuesto de 'registro', sería impropio que invadiera el impuesto de Derechos reales un terreno que no es suyo, y, además, sería injusto que sólo tributasen las anotaciones de embargo, secuestro y prohibición de enajenar y no se sujetasen al tributo todas las demás situaciones jurídicas que también provocan anotaciones». Creo que estas consideraciones de BAS y RIVAS siguen teniendo valor actualmente, a pesar de que se ha ampliado algo más el hecho imponible. Sin embargo, actualmente, FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ dice (pág. 775, ob. cit.): «Creemos que se trata de un hecho imponible propio de los llamados Impuestos de Registro».

(22) Respecto a esta cuestión, tiene, ciertamente, parte de razón FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ cuando dice (pág. 758, ob. cit.) que «la simple consideración del objeto general del impuesto contenida en este artículo (se refiere al 142 de la Ley de Reforma Tributaria que alude a las transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y al aumento real de valor de las fincas rústicas y urbanas) hace evidente que el propósito enunciado en el memorándum de lograr 'un tributo unitario' no se ha logrado en el texto legal. Se trata—continúa—sensiblemente de una mera yuxtaposición de tributos de distinta naturaleza agrupados bajo el mismo rótulo». Pero no estoy totalmente de acuerdo con lo que este autor dice a continuación: «la carencia de unidad mínima entre ellos, exige un estudio independiente», pues, en mi opinión, el artículo 100, número 2.º es un claro exponente de unidad y complementariedad del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y el de Actos Jurídicos Documentados.

III

SUPUESTOS DE NO SUJECCIÓN

1. *Primer supuesto de no sujeción.*—Por faltar el elemento asiento, se debe declarar la no sujeción al impuesto por el número 36 de la Tarifa (anotaciones preventivas) de los *mandamientos o documentos* en que se ordena o solicita extender una anotación preventiva, *cuando todavía no se haya practicado dicha anotación preventiva.*

Esto ha de entenderse, claro está, sin perjuicio de que, si se trata de resolución judicial, tenga aplicación el número 29 de la Tarifa, pagándose el impuesto mediante el consiguiente efecto timbrado. Pero lo que no procede, desde nuestro punto de vista dualista (ni desde el punto de vista de la teoría monista del asiento), es liquidar el mandamiento por el concepto de anotación preventiva (!). Procede declarar la no sujeción, sin perjuicio de hacer constar en una nota, que, cuando se practique la anotación, será exigible el impuesto (23).

No resulta convincente decir que se debe liquidar el mandamiento antes de que se practique la anotación, porque ya obtendrá luego el contribuyente la devolución de lo ingresado, si la anotación no llegara a practicarse. No convence esto porque la devolución no podría basarse en el artículo 17 del texto refundido (24), porque en este caso no se trataría de nulidad o resolución del acto sujeto al impuesto (25), sino de que no había surgido aún el hecho

(23) Ver lo dicho en la nota 16.

(24) El artículo 17, 1.º del texto refundido, recogiendo ideas del artículo 58 del Reglamento de 1959, dice: «Cuando se declare o reconozca judicial o administrativamente, por resolución firme, haber tenido lugar la nulidad, rescisión o resolución de un acto o contrato, el contribuyente tendrá derecho a la devolución de lo que satisfizo por cuotas del Tesoro, de no haberse hecho el pago mediante efectos timbrados, siempre que no le hubiere producido efectos lucrativos y que reclame la devolución en el plazo de cinco años, a contar desde que la resolución quede firme».

(25) Sin embargo, BAS Y RIVAS (pág. 403, ob. cit.) reconoce el derecho a la devolución en el supuesto de que el Registrador de la Propiedad deniegue el asiento solicitado, porque dice que esa denegación equivale a una resolución administrativa que encaja en los preceptos del artículo 58 del Reglamento. Yo no soy partidario de esta opinión por la razón que se dice en el texto.

imponible por faltar un presupuesto básico del mismo, a pesar de lo cual se liquidó el impuesto. Pero si no había surgido el hecho imponible no procedía liquidar, ni siquiera a reserva de devolución, en su caso. Sería una liquidación contra Ley, por error de concepto. Y no cabe practicar una liquidación reconociendo *a priori* que si la anotación no llegara a practicarse, se habría cometido un error de concepto, devolviéndose al contribuyente lo que éste satisfizo a causa del error. Porque, como ya dijo JOSÉ MENÉNDEZ: «sin olvidar que esto origina gastos y molestias, hay que reconocer que, aunque prosperase el expediente de devolución, ello significaría consagrar de antemano una solución viciosa (la de haber de iniciar los expedientes de devolución por errónea declaración de sujeción de un acto al impuesto en todos los mandamientos ordenando anotaciones preventivas de embargo, considerado este supuesto como error de concepto por la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 16 de diciembre de 1918), que en un sistema de pureza legislativa, debe repudiarse categóricamente, aunque ello perjudique al Fisco (26) y (27).

(26) Pág. 387, ob. cit.

(27) En el supuesto de la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 9 de febrero de 1960 (ver Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, núm. 1.004, del año 1969), la no sujeción es clara, pero tal como argumenta esta resolución, parece dar a entender que la no sujeción se produce porque el *convenio* objeto del caso no era susceptible de dar lugar a una anotación preventiva conforme a la legislación hipotecaria. Pero este razonamiento implica que el liquidador hace una calificación hipotecaria, cosa que excede de sus funciones, pues debe centrarse en la cuestión de si se ha producido o no el asiento de anotación preventiva. De todas formas, dicha resolución no debe producir extrañeza, pues está dada en el ambiente propio de la teoría monista del elemento título, que, como hemos dicho, ha influido en el T.E.A.C. hasta ahora, conforme a la práctica existente.

El caso de la resolución es el siguiente: existía un convenio en escritura pública, en virtud del cual, dos cónyuges, después de la celebración del matrimonio, y, previa autorización concedida por el marido a la mujer, acuerdan separarse voluntariamente y distribuir entre ambos en una proporción determinada, las rentas de sus bienes propios y las de los gananciales en la forma que estiman conveniente, añadiendo los otorgantes que el marido no podrá vender sus bienes propios ni los de la sociedad conyugal sin el consentimiento de la mujer hasta que se cumplan determinadas condiciones, siendo voluntad de ambos que esta especie de prohibición se inscriba en el Registro de la Propiedad. Pues bien, el T.E.A.C. dice que la interpretación del artículo 17 del Reglamento de 1959, igual que toda norma fiscal, no puede hacerse en forma extensiva, ni a favor ni en contra del sujeto contribuyente, sino que ha de aplicarse con estricto rigor, conforme a la naturaleza del acto, y, por tanto, debe concluirse que sólo se encuentran sujetas al pago las anotaciones que por aplicación de las disposiciones legales vigentes puedan tener entrada en el Registro, circunstancia que no es de apreciar que concurra en un convenio

2. *Segundo supuesto de no sujeción.*—También por faltar el elemento asiento, la tesis dualista considera no sujetos los *mandamientos* o *documentos* en que se ordene o solicite extender una anotación preventiva, cuando, por existir defectos, se haya producido la *suspensión* o *denegación de la anotación preventiva*.

Sin embargo, la ya citada resolución del T. E. A. C. de 1 de diciembre de 1942, en un caso en que la anotación no pudo practicarse porque las fincas estaban inscritas a nombre de persona distinta del embargado, consideró que el impuesto era exigible de todas maneras, aunque la anotación no llegara a practicarse.

Actualmente, esta resolución, que responde a la tesis monista del acto, es insostenible, sirviendo para rechazarla los argumentos sobre la necesidad del elemento asiento, expuestos al tratar de la teoría dualista.

Y no cabe oponer a nuestra tesis, en este caso concreto, el artículo 7, párrafo 1 del texto refundido, que dice que el Liquidador debe prescindir de los defectos tanto de forma como intrínsecos que puedan afectar a su validez y eficacia. Pues a esto hay que contestar que quien tuvo en cuenta los defectos del acto fue el Registrador de la Propiedad, que suspendió o denegó la anotación. El Liquidador no debe tener en cuenta tales defectos, sino que solamente atenderá al hecho de no haberse practicado la anotación, declarando la no sujeción por no haberse producido el hecho imponible.

Si se opone el citado artículo 7, creo que se incurre en la confusión de identificar dos supuestos diferentes: el supuesto de vicios internos o externos de un acto sujeto al impuesto, no calificables por el Liquidador; y el supuesto de no existir acto sujeto por no haber surgido el hecho imponible debido a que existían obstáculos calificados previamente por persona distinta del Liquidador.

El artículo 7 sólo se refiere al primer supuesto, no al segundo.

de separación de un matrimonio, modificativo del régimen de bienes, otorgado entre marido y mujer con posterioridad a la celebración del matrimonio, por lo que va contra lo establecido en los artículos 56, 1.320 y 1.321 del Código civil, sin que tales estipulaciones puedan, por sí solas, determinar la práctica de la anotación preventiva de prohibición de enajenar bienes, por impedirlo los artículos 25, 27, 42 y 44 de la vigente Ley Hipotecaria y preceptos concordantes de su Reglamento.

Se refiere a los defectos de un acto sujeto al impuesto, pero no es aplicable al caso de no haber surgido el hecho imponible porque un funcionario público (el Registrador de la Propiedad), entendió que no debía practicarse la anotación. Sin que empañe esta idea el hecho de que en las Oficinas Liquidadoras de Partido, el Liquidador sea el mismo Registrador, pues se trata de dos funciones diferentes en una misma persona.

De modo que el Liquidador no tiene posibilidad de ver o no ver defectos en el acto sujeto, que es la anotación, mientras ésta no se haya practicado. Antes no ve defectos, sino un acto no sujeto, conforme al artículo 100 del texto refundido. Una vez practicada la anotación, en su caso, entra en acción el Liquidador para declarar la sujeción de la misma, y entonces si que se aplica el artículo 7 del texto refundido, debiendo liquidarse la anotación preventiva, aunque el Liquidador entendiese *a posteriori* que la anotación estaba mal extendida y era nula por defectos del título o del propio asiento. Y es que entonces, no sólo se aplica el artículo 7 del texto refundido, sino el principio de legitimación registral, antes expuesto.

3. *Tercer supuesto de no sujeción.*—Atendiendo al acto o título base de la anotación preventiva, la teoría dualista considera no sujetas al impuesto, las *anotaciones preventivas, ya practicadas*, cuando tales anotaciones se refieran a actos ya sujetos al impuesto de Transmisiones Patrimoniales o al de Sucesiones. Esto resulta del número 2 del artículo 100, según la interpretación de la teoría dualista, que no se trata de repetir aquí otra vez, sino sólo de señalar algunos casos de anotaciones preventivas comprendidas en este supuesto:

a) *Anotaciones de aprovechamientos de aguas públicas adquiridos* por prescripción, a que se refiere el artículo 70 del Reglamento Hipotecario. No están sujetas al impuesto, pues el acto al que se refieren (la adquisición de un aprovechamiento de aguas acreditada por notoriedad: art. 55, núm. 6, texto ref.) está sujeto al impuesto de Transmisiones Patrimoniales, lo que determina, conforme al número 2 del artículo 100, que no esté sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados la anotación preventiva.

Obsérvese que la no sujeción al impuesto de actos jurídicos documentados se señala, aunque el acto, estando *sujeto* al impuesto de Transmisiones, «goce de *exención*». Puede suceder, y precisamente sucedía en estos aprovechamientos de aguas, que se trate de *actos sujetos al impuesto de Transmisiones*, pero que gocen temporal o indefinidamente (en este caso, temporalmente) de una *exención* (28). Porque «sujeción» y «exención» no son dos conceptos inconciliables. Los conceptos antagónicos son los de «acto sujeto» y «acto no sujeto». Pero dentro de los actos sujetos (los incluidos en la lista de los actos que por concepto deben tributar), están los actos exentos, que aunque están incluidos en el hecho imponible propio del impuesto, han merecido exención por razones especiales (29).

Pues bien, el número 2 del artículo 100 no ha olvidado esta posibilidad de acto sujeto exento. La no sujeción de la anotación preventiva del artículo 70 del Reglamento Hipotecario, resulta evidente. Dicho número 2 sirve también, por cierto, para fundamentar la no sujeción al impuesto de actos jurídicos documentados de las *actas* de agua referentes a tales aprovechamientos, que en otro caso, estarían sujetas conforme al apartado g) del artículo 100.

b) *Otros casos de no sujeción dentro de este grupo*, son las *anotaciones de Derecho hereditario*, pues el concepto de herencia está sujeto al impuesto de Sucesiones. Las anotaciones preventivas de

(28) Según el artículo 65, 2.º, 2.º del texto refundido, «también gozarán de exención...: Las actas de notoriedad que se autoricen para la inscripción de los aprovechamientos de las aguas, tanto en el Registro de la Propiedad como en los Administrativos. Esta exención se concede únicamente para los actos que se inicien durante un plazo de cinco años a contar desde el 1 de julio de 1964».

(29) A pesar de que LUCAS BELTRÁN FLÓREZ (en *Lecciones de Derecho Fiscal*, 4.ª edición, págs. 19 y sigs.) se muestra escéptico ante la distinción entre acto no sujeto y acto exento, creo que tal como está concebido el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (como complemento del de Transmisiones), es imprescindible tal distinción. De modo que la declaración de aquél autor de que la distinción entre acto no sujeto y exento no es útil porque «los textos legales españoles no dicen nada sobre el distinto tratamiento que ha de darse a unos y otros actos» (pág. 27, ob. cit.), no es convincente, porque en el artículo 100, núm. 2 del texto refundido se observan las distintas consecuencias del acto no sujeto y del acto exento. Así, un acto no sujeto al impuesto de Transmisiones Patrimoniales o Sucesiones puede estar, en cambio, sujeto al impuesto de Actos Jurídicos Documentados. En cambio, un acto exento del impuesto de Transmisiones o Sucesiones no está sujeto al complementario impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

cesión del Derecho hereditario quedan igualmente no sujetas al número 36 de la Tarifa, pues la cesión está ya sujeta al impuesto de Transmisiones Patrimoniales. En cambio, las anotaciones de embargo del Derecho hereditario están sujetas al impuesto por el concepto de anotación preventiva, pues el embargo no está sujeto ni al impuesto de Transmisiones ni al de Sucesiones.

c) Por el mismo fundamento, no están sujetas al número 36 de la Tarifa, las anotaciones de legados de cosa específica inmueble propia del testador, pues el concepto de legado está sujeto ya al impuesto de Sucesiones.

4. *Cuarto supuesto de no sujeción.*—Se incluyen en este supuesto las anotaciones preventivas de naturaleza equivalente a los asientos de inscripción o a otros asientos no sujetos al impuesto.

Me refiero, dentro de este grupo, a las anotaciones preventivas por defectos subsanables. Aunque no existe una norma terminante, entiendo que esta clase de anotaciones debe considerarse no sujeta al impuesto, por los siguientes argumentos:

1.º Argumento lógico: si estas anotaciones tienen la misma naturaleza y efectos que el asiento frustrado (salvo la limitación temporal de las mismas), y si ese asiento, en el cual podrían convertirse en su día, es de inscripción o de cancelación, la anotación de suspensión del mismo no debe tributar, porque tampoco hubiera tributado el asiento de inscripción o de cancelación que se habría practicado de no mediar los defectos subsanables.

Incluso se puede decir, teniendo en cuenta esta misma idea, que la expresión «anotación preventiva» del apartado f) del artículo 100 debe referirse a aquellas anotaciones que no sean equivalentes a otros asientos no sujetos al impuesto, pues, en otro caso, el legislador habría incurrido en la inconsecuencia de gravar un asiento y no gravar otro, siendo los dos de la misma naturaleza y efectos, con la agravación de que el asiento que se liquidaría sería de efectos temporales, y, en cambio, el asiento que no se liquidaría (el de inscripción, por ejemplo), de efectos indefinidos.

2.º Si no convenciera el argumento precedente, se podría utilizar otro más para declarar la no sujeción de estas anotaciones:

el que se desprende del tan manejado artículo 100 en su número 2.º, ya que el acto base de estas anotaciones, que es el mismo que el del asiento de inscripción, sería un título traslativo o constitutivo de un Derecho real, y éstos ya están sujetos al impuesto de Transmisiones o Sucesiones, por lo cual la anotación estaría no sujeta.

Pero este segundo argumento no sirve para cubrir todos los supuestos de títulos inscribibles. Por ejemplo, una escritura de declaración de obra nueva. Así, si por mediar defectos subsanables, se obtiene una anotación preventiva de dicha declaración de obra nueva, no puede decirse que la anotación es de las no sujetas conforme al número 2 del artículo 100, pues frente a esto se diría, con razón, que este número 2 se refiere a los actos ya gravados por el impuesto de Sucesiones o Transmisiones, y la declaración de obra nueva no está gravada por esos impuestos, lo que justificaría entonces que se liquidase la anotación por actos jurídicos documentados.

Claro que, aun en estos casos, cabría una última salida, y es entender que, como la declaración de obra nueva (y lo mismo las divisiones, segregaciones, etc.) está sujeta a actos jurídicos documentados por el hecho de haberse realizado en escritura pública, no va a estar sometida otra vez a ese mismo impuesto cuando se practique una anotación por defectos subsanables del título. Pero frente a esto quizá se pudiera alegar que no hay doble imposición, pues una cosa es la formalización notarial y otra la formalización registral, y que el número 2 del artículo 100 sólo se refiere a los impuestos de Sucesiones, Transmisiones (y también al de Tráfico de Empresas), no a los restantes conceptos del impuesto de actos jurídicos documentados. Esto sería discutible.

Por todo ello, creo que es mejor basarse en el primer argumento para declarar la no sujeción. Pero cabría también el segundo para los supuestos cubiertos por el mismo.

5. *Quinto supuesto: cancelación de la anotación.*—La cancelación de una anotación preventiva es un concepto no sujeto al impuesto de actos jurídicos documentados, pues no está incluida en la lista de actos sujetos del artículo 100. Ciertamente, existe una teoría entre los hipotecaristas, que defiende la naturaleza *acceso-*

ría de las cancelaciones, en relación con el asiento que tratan de extinguir (30), lo cual podría decirse que da base para pensar que la cancelación de una anotación es otra anotación preventiva. Pero, aparte de que esto es discutible (31), no se puede aceptar fiscalmente en ningún caso, pues sería ampliar los términos estrictos del hecho imponible, ya que con la cancelación no se trata de practicar una anotación preventiva, sino, todo lo contrario, de extinguirla (32).

IV

SUPUESTOS DE EXENCIÓN

Vamos a distinguir cuatro grupos: anotaciones exentas por el sujeto, anotaciones exentas por su objeto, anotaciones exentas atendiendo a su origen y caso de exención del número 13 del apartado segundo del artículo 101 del texto refundido.

1. *Anotaciones exentas por el "sujeto".*—Dice el apartado 1 del artículo 101 del texto refundido que «están exentos del impuesto los actos jurídicos documentados cuando el sujeto obligado al pago sea cualquiera de las personas a que se refiere el número primero del apartado 1 del artículo 65 de esta Ley».

Los diferentes subapartados del número 1.º del apartado 1 del artículo 65 no ofrecen dificultad de aplicación a las anotaciones preventivas, si la exención que establecen es exclusivamente subjetiva (así, Estado, Organismos autónomos, Establecimientos de Beneficencia, etc.), pues bastará que cualquiera de los sujetos mencionados sea titular de una anotación preventiva para que se declare la exención, conforme al artículo 101 (33).

(30) Defiende la naturaleza accesoria del asiento de cancelación, Roca SASTRE, tomo III, pág. 236, ob. cit.

(31) En contra del carácter accesorio de la cancelación se pronuncia ZUMALACÁRREGI (En esta REVISTA, mayo-junio de 1967).

(32) También BAS y RIVAS dice: «La cancelación de anotaciones de embargo es acto no sujeto» (pág. 405, ob. cit.).

(33) Actualmente, también están exentas las anotaciones de embargo que provoquen los mandamientos de carácter administrativo, y que se practiquen a

En cambio, los subapartados que aluden a exenciones objetivo-subjetivas, es decir, a exenciones referidas no a todas las actividades del sujeto, sino sólo a determinadas actividades del mismo, pueden ofrecer alguna duda respecto a la manera de aplicarse al impuesto de actos jurídicos documentados, y, concretamente, al concepto de la anotación preventiva.

El problema se plantea especialmente respecto al caso del subapartado p) que considera exentos a «los Positos, cuando la transmisión y demás contratos tengan por objeto directo el cumplimiento de los fines encomendados en sus respectivos reglamentos». El problema es el siguiente: ¿hay que declarar la exención de los Pósitos siempre que sean titulares de una anotación preventiva? ¿O sólo procederá la exención cuando la anotación preventiva se refiera a una materia directamente relacionada con los fines encomendados reglamentariamente a los Pósitos? Y en ese caso, ¿cuándo hay que entender que la anotación se relaciona con los fines de aquéllos?

Planteado así el problema, creo que, aunque el artículo 101 sólo toma aparentemente en consideración, a las *personas* a que se refieren los apartados citados del artículo 65, debe entenderse que se refiere también al aspecto objetivo, consistente en las actividades de esas personas, cuando ese aspecto objetivo lo tome en consideración el remitido artículo 65, que es lo que ocurre en el caso de los Pósitos. Es la interpretación que exige la unidad de los impuestos de Transmisiones y actos jurídicos documentados y la finalidad objetivo-subjetiva de la exención de los Pósitos.

En consecuencia, no toda anotación preventiva a favor de los Pósitos debe considerarse exenta, sino sólo las anotaciones relativas a materias que tengan que ver con los fines de esas Entidades. Pero el citado apartado p) alude a «*contratos* que tengan por objeto

favor de las Corporaciones Locales, dada la redacción del artículo 65, 1, apartado q).

Antes de la reforma del 64, BAS Y RIVAS mantenía la opinión de que tales anotaciones no estaban *exentas*, según se desprendía del número 2, del apartado C del artículo 6 del Reglamento de 1959, pero decía que podía argumentarse en favor de la *no sujeción* de dichos actos, ya que el número 4 de la Tarifa no cita los mandamientos administrativos (ob. cit., pág. 404).

Creo que esta opinión no puede ya tenerse en cuenta en la legislación vigente, pues tales anotaciones están *sujetas*, pues no quedan excluidas en la delimitación del hecho imponible por el artículo 100, núms. 1.º y 2.º, pero están *exentas*, conforme a los artículos 101, 1.º y 65, 1, 1.º q), del texto refundido.

directo el cumplimiento de los fines encomendados en sus respectivos Reglamentos? ¿Cómo puede adaptarse esta idea a las anotaciones preventivas, en las cuales no hay contrato normalmente? A mi parecer, entendiendo que se produce la exención cuando las anotaciones aseguran o publican situaciones relacionadas con dichos fines. Por ejemplo, una anotación de embargo para hacer efectivo un préstamo concedido por los Pósitos en cumplimiento de sus fines.

Respecto al apartado o) del artículo 65, que contiene otra delimitación objetiva a la exención que señala, no es problema en el caso de las anotaciones preventivas, pues dicho apartado, referido subjetivamente a la Organización Sindical, sólo delimita la exención cuando se trata de adquisiciones de bienes raíces (limitando en este caso la exención a las adquisiciones que se efectúen para instalar los servicios u oficinas de dicha Entidad). Por tanto, cuando no se trate de adquisiciones de bienes raíces, la exención es exclusivamente subjetiva, concediéndose este beneficio a la Organización Sindical, aunque la actividad no tenga nada que ver con la instalación de sus oficinas. Y como la anotación preventiva no supone adquisición de bienes raíces, la exención se entiende concedida ampliamente, siempre que sea titular de una anotación preventiva la Organización Sindical.

2. *Anotaciones exentas atendiendo al "objeto" de la anotación.* El número 12 del artículo 101 apartado 2, declara la exención de las anotaciones preventivas «cuando no tengan por objeto un derecho o interés valuable susceptible de ser determinado».

Estudiaremos primero dos cuestiones previas, y luego se señalarán los casos de exención.

A) CUESTIONES PREVIAS.—Para entender y aplicar debidamente esta exención, hay que contestar a dos preguntas: 1.ª ¿Cuál es el objeto de las anotaciones preventivas? 2.ª ¿Cuándo se entiende que tal objeto no es valuable?

a) *Objeto de las anotaciones.*—El artículo 23, número 2 de la Ley General Tributaria dice: «En tanto no se definan por el Ordenamiento tributario los términos empleados en sus normas, se entenderán conforme al sentido jurídico, técnico o usual, según

proceda». Pues bien, ¿define el Ordenamiento jurídico tributario el término «objeto» expresado en el número 12 del artículo 101 del texto refundido? No totalmente, por lo cual, habrá que completarlo con el sentido *jurídico* del término, conforme a la legislación hipotecaria. En primer lugar, ha de entenderse que el texto refundido hace una descripción del *objeto* de las anotaciones al determinar en el artículo 105, número 1, c), la base liquidable de las mismas, pues en general (así en el impuesto de Transmisiones) la base liquidable la constituye el objeto del acto, y además el propio número 1 c), del artículo 105 utiliza los términos «derecho o interés» del artículo 101, apartado 12, lo que da pie para pensar que completa a este último. Por tanto, hay base para entender que el número 1, c) del artículo 105 describe *fiscalmente* el objeto de las anotaciones preventivas, cuando habla del «derecho o interés que se *garantice, publique o constituya*». Pero no basta esta descripción, pues queda sin precisar cuál es el derecho o interés, en cada caso, que se garantiza, publica o constituye. Pero a ello contesta el Derecho hipotecario, que es, por tanto, el que tiene la última palabra sobre la cuestión. Y los tratadistas de Derecho hipotecario vienen distinguiendo dos clases de anotaciones: anotaciones de simple publicidad y anotaciones constitutivas o de garantía (34).

Las anotaciones preventivas de simple publicidad tienen por *objeto publicar* una determinada situación jurídica. *No constituyen* ningún derecho ni interés, ni crean *garantía* alguna especial distinta de la que proporciona en general todo asiento registral. En este sentido, garantizan el mismo derecho que publican. Por tanto, en este grupo de anotaciones, de los tres verbos que utiliza el artículo 105, número 1, c) hay que aplicarles el verbo *publicar*, siendo su objeto el derecho o interés que se publica, sin que interese el verbo *constituir*, pues no se constituye nada, ni el verbo *garantizar*, pues no se crea ninguna garantía especial.

Las anotaciones preventivas constitutivas, en cambio, tienen por objeto la *constitución* de una *garantía especial*, distinta de la garantía que proporciona todo asiento registral, ya que crean una garantía de un derecho de crédito. Luego en estas anotaciones se

(34) Ver ROCA SASTRE, tomo II, pág. 841.

constituye una garantía de efectos reales, y al mismo tiempo, *se garantiza* un derecho personal y *se publica* dicha garantía. Aquí coinciden los tres verbos del número 1, c) del artículo 105 del texto refundido.

b) *Susceptibilidad de determinación del valor del objeto.*—Por lo que se refiere a esta segunda cuestión, hay que tener en cuenta que el número 2 del artículo 105 dice que «se entenderá que el acto es de objeto no valuable, cuando durante toda su vigencia, incluso en el momento de su extinción, no pueda determinarse la cuantía de la base. Si ésta no pudiese fijarse al celebrarse el acto, se exigirá el impuesto, como si se tratara de objeto no valuable, sin perjuicio de que la liquidación se complete cuando la cuantía quede determinada». En materia de anotaciones, hay que aclarar que «exigir el impuesto como si se tratara de objeto no valuable» es «no exigirlo», pues las anotaciones de objeto no valuable están exentas, según el citado número 12 del artículo 101. Por tanto, no se exigirá el impuesto de momento, sin perjuicio de girar la oportuna liquidación en su día.

Una vez tratadas estas dos cuestiones previas, puede hacer aplicación de las mismas señalando los casos concretos de exención.

B) CASOS DE EXENCIÓN POR EL OBJETO.

1.º Anotaciones de demanda.—Son anotaciones de simple publicidad. A efectos de exención del impuesto, hay que distinguir dos tipos de anotaciones de demanda:

a') Anotaciones de demanda de incapacidad o prodigalidad. Estas anotaciones están exentas conforme al número 12 del artículo 101. La exención es clara, pues no sólo no es valuable el objeto de la anotación (que es la acción contenida en la demanda), sino que tampoco puede determinarse el valor del objeto de la acción, que es obtener la incapacidad o limitación de las facultades dispositivas de una persona.

b') Anotaciones de demanda del número 1.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria (35). Creo que estas anotaciones no están

(35) El número 1.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria dice: «Podrán pedir anotación preventiva...: 1.º El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real».

exentas por el objeto. Ciertamente, el objeto de estas anotaciones es la acción contenida en la demanda, no el bien inmueble que se persigue con la demanda (36). Y se podría decir que el hecho de que la acción tenga por objeto un bien inmueble, no permite considerar que éste es el objeto de la anotación, pues según el apartado c), número 1.º del artículo 105 del texto refundido, la base es «el valor del derecho o interés que se *publique*» (la anotación de demanda es de simple publicidad) y no es lo mismo el valor que tiene la demanda sobre una finca (que puede suponer un derecho ilusorio) y el valor de la finca, y lo único que se publica con la anotación es la demanda no la propiedad o Derecho real sobre la finca. De todo lo cual se podría concluir que lo que habría que valorar era la acción contenida en la demanda, y como no hay ningún medio para determinar el valor de algo tan subjetivo y peculiar como es una acción judicial, habría que declarar la exención de estas anotaciones conforme al número 12 del artículo 101.

A primera vista, estas consideraciones en favor de la exención serían atendibles. Pero a segunda vista no, pues todo aquello es así durante el curso del pleito, pero al conocerse el resultado del mismo, hay base para pronunciarse sobre cuál ha sido el valor de la acción. Si la acción no ha prosperado, su valor ha sido nulo, por lo que estaría exenta. Pero si la acción prosperó, puede decirse que el valor fiscal de la acción es el valor del objeto perseguido con la acción, es decir, el valor de la finca o derecho real correspondiente. No lo digo yo, lo dice, en un caso similar, el artículo 40 del Reglamento del Impuesto de Derechos de 15 de enero de 1959, como ahora veremos. Esta determinación de valor se produciría durante la vigencia de la anotación antes de la conversión en inscripción, en su caso, por lo cual podría aplicarse el artículo 105, número 2, antes visto, al tratar de las cuestiones previas. Incluso este artículo da base para aplicar la idea que sigue el citado artículo 40 del Reglamento de 1959 en el caso de liquidación de transmisión de acciones, pues, aunque esta transmisión, como su nombre indica,

(36) LACRUZ (pág. 269, ob. cit.) dice: «Lo que se anota a través de una demanda es la existencia de una litis». Y ROCA SASTRE (pág. 840, tomo II de su Tratado) dice que estas anotaciones tienen como «objetivo anotar la existencia de una instancia judicial».

y el artículo 88 del texto refundido confirma (37) es un concepto del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, cabe la equiparación a efectos de determinación de valor, dado lo dispuesto en el artículo 105, número 2, del texto refundido y dada la unidad y complementariedad del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados con el de Transmisiones Patrimoniales.

El artículo 40 del Reglamento, en sus apartados 2.º y 3.º, dice así: «2. Cuando el valor de las acciones no conste, se practicará una liquidación con carácter provisional sobre el que, a requerimiento de la Administración, declaren los interesados, en el plazo de cinco días, y sin perjuicio de ampliarla al exceso, si lo hubiese, del verdadero valor de los Derechos transmitidos, cuando, por hacerse efectivo, sea conocido el de los bienes que mediante aquéllos se obtengan, practicándose entonces la liquidación definitiva. 3. Si en el plazo indicado los interesados no hicieran declaración del valor, lo fijará la Administración, si fuere posible; y previa notificación a los interesados por un término igual, se practicará la liquidación, sin perjuicio de las reclamaciones que procedan. Si no fuere posible a la Administración, por ningún concepto, fijar el valor de los derechos y acciones transmitidos, se aplazará la liquidación, haciéndolo constar así por medio de nota extendida al pie del documento.»

Aplicando esta idea a las anotaciones, se aplazará la liquidación si no consta el valor de la acción (y no constará casi nunca), hasta que se conozca el resultado del pleito, y entonces se girará la liquidación sobre el valor del derecho que perseguía la acción, si el resultado del pleito ha sido favorable, y en otro caso, se declarará la exención.

2.º Anotaciones preventivas en los casos de concurso, quiebra y suspensión de pagos.—En este caso se pueden producir dudas a propósito de su exención, pues en el fondo de una quiebra, concurso o suspensión de pagos, hay intereses económicos valiables. Pero estos intereses no son objeto de estas anotaciones. La anotación tiene aquí por objeto hacer constar la existencia de un pro-

(37) Dice el artículo 88 que «en la transmisión de créditos o derechos mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación se exigirá el impuesto por iguales conceptos y tipos que las que se efectúen de los mismos bienes y derechos».

cedimiento o situación especial, que puede afectar a los bienes del deudor. Tal objeto no es valuable. Y es que conviene tener en cuenta que una cosa es que el concurso, quiebra o suspensión de pagos se inicie por deudas claramente valuables en dinero, y otra muy distinta es que el objeto de la anotación sea hacer constar la existencia de dichos procedimientos especiales. Porque las deudas no se anotan, ya que son el lado pasivo de un Derecho de crédito. Y además, estas anotaciones, tal como están reguladas en la legislación hipotecaria, son análogas a las anotaciones de demanda de incapacidad, y en estas últimas hemos visto que no hay duda sobre la declaración de exención (38).

3.º Anotaciones que publican simplemente una prohibición de disponer.—Quiero referirme aquí a un grupo de anotaciones preventivas dentro de las anotaciones de prohibición de disponer, que no constituyen ninguna garantía especial, sino que se limitan a publicar una situación de inalienabilidad, es decir, una prohibición de disponer. Este grupo de anotaciones de prohibición de disponer cabe dentro de los términos amplios del artículo 26, 2.º de la Ley Hipotecaria (39). Como ejemplo de esta clase de anotaciones está la que admite la jurisprudencia registral en base al artículo 1.030 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en juicios de testamentaria o abintestato: resoluciones de la Dirección General de los Registros de 27 de agosto de 1896 y de 26 de febrero de 1909). Su objeto es simplemente publicar la existencia de la prohibición de disponer. Ahora bien, como una prohibición de disponer no es susceptible de valoración, deben declararse exentas estas anotaciones conforme al artículo 101, número 12.

Sin embargo, conviene tener en cuenta que dentro de las anotaciones preventivas de prohibición de disponer, el supuesto normal no es, en realidad el que se acaba de exponer, sino que el que contempla generalmente el legislador es otro. Así, en el artículo 42,

(38) ASÍ LACRUZ (pág. 276, ob. cit.) dice: «Conforme al artículo 42, 5.º se admite la anotación preventiva de las demandas afectantes a la capacidad, enumeradas en el artículo 2, 5.º, extendiéndola el artículo 142 del Reglamento Hipotecario a los casos de suspensión de pagos, concurso o quiebra, previos los trámites establecidos en las Leyes».

(39) El artículo 26, 2.º se refiere a las prohibiciones «que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa», diciendo que «serán objeto de anotación preventiva».

número 4, de la Ley Hipotecaria (40) se contemplan unas anotaciones de prohibición de disponer cuyo objeto es crear una garantía especial de una obligación determinada. Estas otras anotaciones son constitutivas, y a ellas no se les debe aplicar la exención, pues el interés que garantizan está claramente determinado, al ser una deuda. Este otro grupo se mencionará a continuación entre los casos de anotaciones sujetas al impuesto, que no gozan de exención (41).

(40) El número 4.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria dice: «Podrá pedir anotación preventiva: ... 4.º El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligación, obtuviere, con arreglo a las Leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles.

(41) Los tratadistas de Derecho hipotecario no hacen esta distinción dentro de las anotaciones de prohibición de disponer, que en mi opinión se obtiene del propio Derecho positivo y del estudio de casos concretos de anotaciones de prohibición de disponer. Así Lacruz considera que las anotaciones de prohibición de disponer se limitan a publicar una inalienabilidad, diciendo que son asientos de contenido negativo (ob. citada, pág. 278). Yo creo que no se tiene en cuenta el aspecto positivo de garantía de una obligación, que pueden implicar algunas anotaciones de prohibición de disponer, pues en el número 4.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria aparece la expresión «cumplimiento de una obligación», que implica que hay anotaciones de prohibición de disponer que garantizan el cumplimiento de una obligación.

Por otro lado, ROCA SASTRE, que incluye las anotaciones de prohibición de enajenar entre las de mera publicidad (tomo II, ob. cit., pág. 841) llega a la conclusión (pág. 796) de que el artículo 42, núm. 4.º dice lo mismo que el artículo 26, núm. 2.º de la Ley Hipotecaria, y que si se suprimiera el artículo 26, número 2.º, quedaría todo igual. Tengo que decir que, aparte del supuesto de anotaciones ordenadas por autoridades administrativas, que no se contemplan en el artículo 42 y sí en el 26, se olvida que el artículo 26, número 2.º es un artículo de fórmula amplia, en la que caben anotaciones de prohibición de disponer con función de simple publicidad y con función constitutiva. En cambio, el artículo 42, núm. 4.º es un artículo que se refiere sólo a aquellas anotaciones preventivas de prohibición de disponer de *efecto constitutivo*, pues garantizan el cumplimiento de una obligación en un juicio.

Acertadamente había dicho BAS Y RIVAS, haciendo la distinción arriba apuntada, olvidada por los demás autores que «lo que ha querido el legislador al gravar las anotaciones a que se refiere el artículo 17 del Reglamento ha sido sujetar a tributación la garantía que prestan los embargos, secuestros y prohibiciones de enajenar, cuando en forma específica de anotación, trascienden al Registro de la Propiedad y surten efecto contra tercero; pero las prohibiciones de enajenar satisfacen otras funciones distintas de las de mera garantía. Por consiguiente, la línea divisoria que tratamos de hacer ver, hay que apreciarla precisamente en esa función de garantía, como hemos dicho antes con referencia a las anotaciones de embargo, equiparadas a las de secuestro y prohibición de enajenar a los efectos fiscales que analizamos» (ob. cit., página 408).

En la legislación vigente, la línea divisoria de los dos grupos de anotaciones de prohibición de disponer, la sigue dando la idea de *garantía*, que apuntaba BAS Y RIVAS, pero se trata de una línea divisoria entre las exentas y las no exentas, no entre las sujetas y las no sujetas. Efectivamente, ahora

3. *Anotaciones exentas atendiendo al "origen".*—El número 12 del apartado 2 del artículo 101 del texto refundido considera también exentas las anotaciones preventivas «que se practiquen de oficio en virtud de precepto legal expreso que así lo ordene».

Conviene distinguir las anotaciones *que se practican de oficio* por el Registrador en virtud de precepto legal expreso, y aquellas otras anotaciones que el Registrador practica *a instancia* de otro funcionario público que solicitó *de oficio* dichas anotaciones. En el primer caso, la anotación *se practica de oficio*. En el segundo caso, la anotación *se solicita de oficio*, pero se practica *a instancia* de otro funcionario.

Creo que sólo están exentas las anotaciones del primer grupo, conforme a este número 12, pues bien claramente dice que han de *practicarse de oficio en virtud de precepto legal expreso*, sin perjuicio, claro está, de que una anotación decretada de oficio pueda estar exenta por otra causa distinta de la del número 12 del artículo 101, 2. Esto ocurre precisamente en el supuesto del artículo 17, 2, 4.º del Reglamento de 15 de enero de 1959, actualmente sin vigor (42), que alude a las anotaciones que *se decreten de oficio* en las causas criminales. La norma que hay que aplicar actualmente a estas anotaciones es que están exentas conforme al número 1 del artículo 101, en relación con el apartado a), 1 del artículo 65 del texto refundido, pero no están exentas conforme al número 12 del apartado 2 del artículo 101, pues no *se practican* de oficio, aunque *se decreten* de oficio.

La lista de anotaciones *practicadas de oficio por el Registrador* en virtud de precepto legal expreso, a las que se aplica esta exención, es la siguiente:

las anotaciones de prohibición de disponer están sujetas, en todo caso, pero las que no garantizan el cumplimiento de una obligación determinada, entiendo que están exentas por aplicación del número 12 del artículo 102 del texto refundido.

(42) Decimos que el supuesto del número 4.º, del artículo 17, 2, del Reglamento del Impuesto, está sin vigor actualmente, porque tales anotaciones decretadas de oficio están exentas por ser a favor del Estado (art. 65, 1, a texto refundido). Por tanto, si están exentas, sobra dicho precepto. Antes cabían dudas, pero ahora, dada la legislación actual y lo dispuesto en la disposición transitoria 6.ª del texto refundido no cabe duda de que el citado número 4.º no tiene aplicación, pues sobra la idea de aplazamiento de la liquidación en un supuesto en que existe exención desde el principio.

1.º Las practicadas por falta de índices del Registro (art. 161 del Reglamento Hipotecario).

2.º Las extendidas cuando el Registrador consulta a la Dirección General de los Registros alguna duda que impide realizar la inscripción solicitada (art. 481 del Reglamento Hipotecario).

3.º Las efectuadas cuando se presenten en un mismo instante títulos contradictorios referentes a una misma finca (art. 426 del Reglamento Hipotecario).

4.º Las tomadas por suspensión de anotaciones de embargo en causa criminal o en que tenga interés el Estado (art. 164 del Reglamento Hipotecario).

5.º Las extendidas cuando se pretenden inscribir bienes dotales estimados, sin que sea posible practicar simultáneamente la inscripción de la correspondiente hipoteca dotal (art. 171 de la Ley Hipotecaria).

6.º La anotación que prevé el artículo 21 número 2 del Reglamento de parcelaciones publicado por Decreto de 7 de abril de 1966.

4. *Caso de exención del número 13 del apartado 2 del artículo 101.*—El número 13 considera exentas «las anotaciones de embargo y secuestro cuando se verifiquen en favor del acreedor hipotecario o prendario sobre los mismos bienes objeto de tales derechos».

Dice FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ que se señala esta exención, «sin duda, para evitar la superposición de impuestos por haber pagado ya la hipoteca el impuesto de Transmisiones Patrimoniales» (43).

Un caso de este grupo es, según BAS Y RIVAS, el de las anotaciones preventivas de secuestro y posesión interina a favor del Banco Hipotecario de España, permitidas por el artículo 91 de sus Estatutos de 3 de noviembre de 1928 (44).

Naturalmente, esta exención sólo se producirá en la medida en que la anotación no garantice más de lo que la hipoteca garantizaba. En otro caso se liquidará la diferencia. Estimo acertado tal criterio, pues, aunque el artículo 101, número 13, no distingue, hay

(43) Obra citada, pág. 776.

(44) Ob. cit., pág. 406, nota 603.

que entender que la expresión que utiliza «los mismos bienes objeto de tales derechos», se refiere no sólo a la identidad física de los bienes, sino también a la identidad de cantidad garantizada con esos bienes, pues éstos son objeto de la hipoteca o de la prenda, para servir de garantía a una determinada cantidad (45).

Por último, creo que no ofrece duda que en la expresión «acreedor hipotecario» caben también los cesionarios del crédito hipotecario y las personas que se subroguen en los derechos del acreedor hipotecario. Y ello porque tales titulares se convierten en ambos casos en acreedores hipotecarios (46).

V

ANOTACIONES PREVENTIVAS SUJETAS QUE NO GOZAN DE EXENCIÓN

Una vez delimitados los casos de no sujeción y de exención, se observa que, en definitiva, salvo el caso de anotaciones de demanda del número 1.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, las únicas anotaciones que, por exclusión, son objeto de liquidación, son las llamadas anotaciones de garantía o constitutivas. Por tanto, respecto a la delimitación de las anotaciones que pagan impuesto, no hay una gran diferencia entre la legislación precedente (art. 17 del Reglamento, que aludía a las anotaciones de embargo, secuestro y prohibición de enajenar) y la actual, en este punto, salvo que ahora hay que añadir las demás anotaciones de garantía y la ya citada anotación de demanda.

La lista de anotaciones sujetas no exentas es la siguiente:

1.º *Anotaciones de demanda del número 1 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria.*—Al tratar de las exenciones, ha sido ya estu-

(45) En este sentido de que se liquide por la diferencia, se pronunciaba BAS Y RIVAS, basándose en el artículo 2, apartado IV de la Ley de 21 de marzo de 1958, pues se decretaba la exención de tales anotaciones sólo en cuanto a las cantidades aseguradas ya con hipoteca, «con lo cual hay que sobreentender que las anotaciones derivan de los procedimientos ejecutivos instados para el cobro de los créditos garantizados con hipoteca o prenda» (ob. cit., págs. 404 y 405).

(46) Así lo entendía BAS Y RIVAS, basándose en que «de lo contrario, el Reglamento habría modificado el último inciso del apartado IV del artículo 2.º de la Ley» (ob. cit., pág. 405).

diado este tipo de anotaciones, como contrapuesto a las demás anotaciones de demanda que están exentas. Me remito a lo dicho anteriormente sobre el artículo 40 del Reglamento de 15 de enero de 1959.

2.º *Anotaciones preventivas de embargo.*—Estas anotaciones no se limitan a publicar un derecho de crédito, sino que constituyen una garantía del mismo crédito. Y como esta garantía no está sujeta al impuesto de Transmisiones Patrimoniales, se produce la sujeción al impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Es el supuesto más frecuente de anotaciones sujetas al impuesto. Sin embargo, algunas anotaciones de este grupo, como son las anotaciones de embargo en causas criminales, pueden producir algunas dudas, e incluso había algún autor que con base a la reforma de 1947 se pronunciaba en favor de la no sujeción (47). Yo creo que actualmente las anotaciones de embargo en causa criminal están *sujetas*, sin perjuicio de que se produzcan *exenciones*. Hay que distinguir tres grupos:

a) Anotaciones de embargo en causa criminal, a favor del Estado (en garantía de multas, etc.), decretadas de oficio por el Juez, en base al artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estas anotaciones están exentas, por tratarse de anotaciones cuyo sujeto es el Estado [art. 101, 1.º, en relación con el art. 65, 1.º, apartado a), del texto refundido].

b) Anotaciones de suspensión de anotaciones de embargo en causa criminal a favor del Estado, cuando se practican por no poder practicarse las anotaciones del apartado anterior, al mediar defectos. Estas anotaciones de suspensión están exentas por dos razones: en primer lugar, porque son anotaciones a favor del Estado, y en segundo lugar, porque el Registrador las *practica de oficio* (art. 165 del Reglamento Hipotecario), aplicándose también, por tanto, la exención del número 12 del artículo 101, 2.º del texto.

c) Anotaciones de embargo en causa criminal a favor del acto civil (en garantía de la responsabilidad civil del procesado). Estas anotaciones se decretan por el Juez a instancia de parte, sin

(47) Ver CHINCHILLA RUEDA, trabajo citado en la nota 1.

que el Registrador actúe tampoco de oficio, al practicarlas, por lo cual, se deben liquidar conforme a las normas generales.

3.º *Anotaciones preventivas de secuestro.*—En el secuestro, a diferencia del embargo, no se trata de asegurar una cantidad dineraria, sino la cosa misma objeto de litigio. Por tanto, estas anotaciones constituyen una garantía respecto a la misma finca objeto de litigio, estando también sujetas al impuesto de Actos Jurídicos Documentados (48).

4.º *Anotaciones preventivas de prohibición de disponer con efectos constitutivos.*—Antes hemos hablado de las anotaciones de prohibición de disponer que no tienen efecto constitutivo, y las hemos considerado exentas, dado que no es posible determinar el valor de una prohibición de disponer, que es su objeto. Pero también habíamos dicho entonces, que las anotaciones de prohibición de disponer podían tener un efecto de garantía específica, y entonces estaban sujetas. Nos referimos ahora concretamente a este caso. Aquí las anotaciones no se limitan a publicar una prohibición de disponer, una situación negativa de inalienabilidad, no valuable, sino que con la prohibición de disponer que publican, garantizan un interés valuable determinado. El artículo 42, número 4.º, de la Ley Hipotecaria se refiere directamente a estas anotaciones (49). Y, como en tal caso, la base liquidable, según el artículo 105, 1.º, c), es el interés garantizado, y éste es claramente valuable, no se puede aplicar la exención del número 12 del artículo 101 del texto refundido. Ejemplo de estas anotaciones de prohibición de disponer que no están exentas, es el de las anotaciones que se practican por decretarlo el Juez como una de las varias medidas que discrecionalmente puede adoptar para asegurar la efectividad de la sentencia que recayere en el juicio, de conformidad con el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(48) BAS Y RIVAS dice: «No es clara nuestra legislación en lo que a secuestros se refiere; pero fiscalmente, hay que considerar como casos de secuestro todos los supuestos en que se aseguran bienes litigiosos de acuerdo con lo que se dispone en los artículos 1.419 a 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento, en cuanto deban trascender al Registro de la Propiedad» (ob. cit., pág. 406). Respecto a las anotaciones preventivas de secuestro y posesión interina a favor del Banco Hipotecario de España, obsérvese que están exentas, según se dice más arriba.

(49) Ver lo dicho en la nota 41.

5.º *Anotaciones preventivas de legado de género o cantidad.*—Aquí también se constituye una garantía sobre bienes inmuebles para asegurar el valor del legado. Por tanto, no se anota el legado (concepto no anotable al ser de género o cantidad), sino la garantía del mismo, garantía que, al no estar gravada por el impuesto de Sucesiones o Transmisiones, determina el gravamen por el impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

6.º *Anotaciones preventivas de créditos refaccionarios.*—Estas anotaciones deben considerarse sujetas al impuesto en la legislación vigente (50), pues tienen por objeto la creación de la llamada garantía refaccionaria, en seguridad de la devolución de un préstamo de este tipo. Ciertamente, estas anotaciones se refieren a un préstamo, que ya está sujeto al impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Pero, a pesar de todo, no cabe defender la no sujeción de la anotación al impuesto de Actos Jurídicos Documentados, alegando el número 2.º del artículo 100 del texto refundido, pues a ello se podría contestar diciendo que lo que se anota no es el préstamo, sino la constitución de una garantía similar a la hipoteca, para asegurar la devolución del préstamo. Ahora bien ¿se podría decir que tal garantía, al ser similar a la hipoteca, debe considerarse sujeta al impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y, por tanto, no sujeta la anotación al impuesto de Actos Jurídicos Documentados? Creo que no, pues, aunque el artículo 59 de la Ley Hipotecaria identifica los efectos de esta anotación con los de la hipoteca, fiscalmente no cabe ampliar el concepto *hipoteca* a otros conceptos de distinta naturaleza no consignados expresamente en la Tarifa, aunque produzcan los mismos efectos que aquella. Tal ampliación la impide el artículo 13, número 1 del texto refundido que dice: «Los actos y contratos no consignados expresamente

(50) En el artículo 17 del Reglamento de 1959 no se mencionaba esta anotación preventiva. BAS Y RIVAS opinaba que «debiera haber estado comprendida en el apartado 1 del artículo 17 del Reglamento y tributar por ese concepto, sin perjuicio de que, si llegara a convertirse en hipoteca, tributara también por la diferencia de tipo». Y decía, frente a un acuerdo, citado por SILVÁN, del Tribunal Gubernativo de 28 de marzo de 1923 declarando que los créditos refaccionarios debían considerarse como hipotecarios, que «mientras no hay hipoteca no debe tributar como tal, y no hay hipotecas sin escritura y sin inscripción en sentido estricto» y que hay que «aceptar fiscalmente, lo que jurídicamente es y no lo que pueda llegar a ser» (ob. cit., pág. 410).

en las Tarifas se considerarán no sujetos a los impuestos regulados en esta Ley» (51).

Por tanto, al producirse la no sujeción al impuesto de Transmisiones, se produce la sujeción de estas anotaciones al impuesto de Actos Jurídicos Documentados, debiendo tributar por el número 36 de la Tarifa, al 1 por 100. Esto dará lugar, aparte de liquidar el préstamo al 1,10 por 100, a que se liquide después la anotación en garantía del préstamo al 1 por 100, con lo cual resulta un total de un 2,10 por 100, es decir, mayor tipo que cuando se constituye una hipoteca en garantía de un préstamo, en que el tipo es el 1,90 por 100. Incluso, en el supuesto de esta anotación la cuestión se agrava más, pues en su día, la anotación puede convertirse en hipoteca (52), y, entonces, procedería, la liquidación por constitución de hipoteca al 1,90 por 100.

Esto podrá considerarse exagerado y tenerlo en cuenta en una futura reforma por si procede rebajar el tipo impositivo, (53), pero, con la legislación vigente a la vista, no es ningún contrasentido, pues en tal caso se trata de tres actos liquidables diferenciados. Obsérvese que en la hipoteca también podría producirse el supuesto de superposición de imposición en el siguiente caso: se constituye un préstamo sin garantía; se liquida al 1,10 por 100; al cabo de unos meses, lo piensan mejor los interesados y constituyen hipoteca en garantía de aquel préstamo; entonces se liquida también la hipoteca al 1,90 por 100; llegado el momento de la extinción de la hipoteca, deciden prorrogar su vigencia; esta prórroga se liquida también al 1,90 por 100.

Compárese ahora este caso con las liquidaciones sucesivas que hemos señalado en el caso de anotación de créditos refaccionarios, y se verá que tal interpretación no es ilógica, pues son tres actos diferentes en esencia y en el tiempo (constitución del préstamo,

(51) Cosa distinta sucede con las condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado, que se consideran fiscalmente como hipotecas, según el artículo 56. 1.º del texto refundido.

(52) Así se desprende del artículo 93 de la Ley Hipotecaria, que en su párrafo 1.º dice que «el acreedor refaccionario podrá pedir la conversión de su anotación preventiva en inscripción de hipoteca, si al expirar el término señalado en el artículo anterior no estuviere aún pagado por completo su crédito por no haber vencido el plazo estipulado en el contrato»

(53) Según se ha dicho en la nota 49, BAS Y RIVAS era partidario, en caso de conversión en hipoteca, de liquidar por la diferencia de tipo entre la anotación y la hipoteca

anotación y conversión en hipoteca). También debe tenerse en cuenta, que la anotación de créditos refaccionarios representa para el acreedor un gran beneficio, pues puede obtener una garantía similar a la hipoteca (aunque provisional), sin contar siquiera con el consentimiento del deudor. En cambio, el acreedor que prestó, sin pactar la hipoteca, si luego quiere constituirla, necesita el consentimiento del deudor, pues no tiene tal beneficio por disposición de la Ley. Y lo mismo cabe decir de la posibilidad de convertir la anotación de créditos refaccionarios en inscripción de hipoteca.

Nájera, 3 de marzo de 1970.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA.

Registrador de la Propiedad

Reflexiones sobre el nuevo artículo 179 del Código civil

La Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código civil sobre adopción, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, del 7 de julio de 1970, y que entró en vigor el 27 de julio del mismo mes (por aplicación del artículo 1.º del C. c.), establece en su nuevo artículo 179 del Código lo siguiente:

«El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, con las siguientes particularidades:

1.ª Concurriendo sólo con hijos legítimos, y tratándose de sucesión testamentaria, no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido.

2.ª Si concurriere con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo.

Los adoptantes ocuparán en la sucesión del hijo adoptivo la posición de padres legítimos.

Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812 del Código civil.»

Se suma nuestro Código a las modernas corrientes en torno a la adopción, como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley, haciendo referencia a las legislaciones francesa, de 1966 y 1967, portuguesa de 1966, a la italiana de 1967 y a la belga de 1969.

Efectivamente, el Código civil portugués aprobado por Decreto-Ley núm. 47.344 de 25 de noviembre de 1966, en el primer artículo que dedica a la adopción plena, el 1979 dice que «por la adopción plena el adoptado adquiere la situación de hijo legítimo y como tal es considerado para todos los efectos legales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.984». Este último artículo establece que «el adoptado o sus descendientes, y los parientes de los adoptantes no son herederos legítimos o legitimarios unos de otros, ni quedan recíprocamente vinculados a la prestación de alimentos. Concurriendo en la sucesión del adoptante descendientes ilegítimos de éste y el adoptado o sus descendientes, no es aplicable lo dispuesto en el número 2.º del artículo 2.139 y en el número 2.º del artículo 2.140, salvo si concurren también a la sucesión descendientes legítimos del adoptante».

Estos preceptos del Código portugués, que a primera vista pueden parecer similares, e inspiradores de nuestro artículo 179 del Código civil, son técnicamente más perfectos por las siguientes razones:

En la sucesión legitimaria corresponde a los hijos la mitad de la herencia si sólo existiera uno y dos tercios si existieren dos o más (art. 2.158). Por consiguiente, la equiparación que el artículo 1.979 hace de los hijos adoptivos a los legítimos posibilita que en el caso de existir sólo un hijo adoptivo tenga derecho a la mitad de la herencia en concepto de legítima y si existen dos o más hijos adoptivos plenos o concurren hijos adoptivos plenos e hijos legítimos tendrán derecho a las dos terceras partes del patrimonio líquido relicto. Este sistema, como luego veremos, es similar al italiano de 1967.

Concurriendo hijos legítimos o legitimados e hijos ilegítimos, el reparto entre ellos se hace en los términos declarados en el número 2.º del artículo 2.139, esto es, cada uno de los hijos ilegítimos tiene derecho a una cuota igual a la mitad de la que corresponda a cada uno de los legítimos (precepto similar al del artículo 840 del Código civil español). Sin embargo, y como hemos visto, este precepto se declara no aplicable al caso de concurrencia de hijos ilegítimos y adoptivos plenos, y, por tanto, cada uno de los primeros tendrá derecho a una porción similar a la que perciba cada uno de los segundos; disposición ésta, análoga a la del párra-

fo 3.º del nuevo artículo 179 del Código civil español, pero con una diferencia esencial, que expresamente se establece en el Código portugués que este precepto es aplicable en el caso de concurrencia compleja de descendientes legítimos, hijos adoptivos plenos y naturales, por lo que en este supuesto sí se equiparan los hijos adoptivos a los legítimos, pero no los naturales a los adoptivos. Ya veremos luego cómo la omisión de un precepto similar en nuestro Código civil provoca serios problemas.

La sucesión legítima se refiere en primer lugar a los descendientes (2.133), dividiéndose por cabezas (2.139) y estos descendientes son tanto los legítimos como los legitimados, como los adoptivos (1.979), como, por último, los naturales reconocidos (2.139-2.º) con plena aplicación de las reglas antes indicadas, y sin que podamos entrar en el interesantísimo estudio del derecho de representación en estos casos (párrafo 2.º del 2.140) por exceder con mucho de nuestro propósito, así como la atribución del derecho del viudo.

La sucesión testamentaria tiene como límite simplemente las legítimas (2.156) y al no existir tercio de mejora ni posibilidad de mejorar no se contiene limitación equivalente al párrafo 2.º de nuestro artículo 179 reformado.

El Código civil belga (1969) establece en su artículo 365 que el adoptado y sus descendientes legítimos conservan sus derechos hereditarios en su familia de origen. No adquieren ningún derecho de sucesión sobre los bienes de los parientes del adoptante; pero tienen en la sucesión de éste los mismos derechos que los que tendría un hijo legítimo o sus descendientes legítimos. El artículo 366 se refiere a la sucesión del adoptado y tan sólo interesa destacar que recoge el derecho de recobro tanto en favor de los ascendientes por naturaleza como en favor de los adoptantes al igual que el párrafo último del artículo 179 del Código civil español reformado.

En la legislación italiana, la Ley de 5 de junio de 1967 modificó el título VIII del libro I del Código civil de 1942 e insertó un nuevo capítulo (el tercero) sobre la adopción especial.

El artículo 304 de dicho Código señala que la adopción no atribuye al adoptante ningún derecho de sucesión. El derecho del adoptado en la sucesión del adoptante es regulado en las normas

contenidas en el libro II. Y efectivamente, en la sucesión legítima, el artículo 536 C. C. I., establece que los hijos legítimos son legitimarios y pone de manifiesto en su párrafo 2.º que al hijo legítimo se equipara el legitimado y el adoptivo. La legítima de éstos es de la mitad del patrimonio si se deja un solo hijo y de dos tercios si se deja más de uno (537). Si concurren hijos legítimos e hijos naturales, la legítima es de dos terceras partes del caudal, pero percibiendo cada uno de estos últimos la mitad de la cuota que corresponde a cada uno de los legítimos. Precepto éste que es plenamente aplicable al supuesto de concurrencia de hijos adoptivos con naturales, separándose, por tanto, de la corriente de nuestro Código civil y del portugués de 1966.

En la sucesión legítima se equipara a los hijos legítimos (567) y se consideran como extraños en la sucesión de los parientes del adoptante. En el caso de concurrencia con hijos naturales se procede de la forma prevista para la sucesión legítima.

Por último, señalar que en el Derecho francés el artículo 358 del Código modificado por la Ley n.º 66-500 de 11 de julio de 1966 establece que el adoptado pleno tiene en la familia del adoptante, los mismos derechos y las mismas obligaciones que un hijo legítimo. Y al no hacer salvedad expresa y referirse a la «familia del adoptante», parece quererle reconocer derechos sucesorios respecto tanto de los ascendientes, como de los hermanos por adopción.

Hecho este breve estudio del derecho comparado siempre útil, y entrando en la consideración de nuestro texto positivo vigente podemos señalar de momento lo siguiente:

a) Que el artículo 179, párrafo 1.º reformado del Código civil español por lo que a los efectos sucesorios de la adopción plena se refiere, única que a este breve estudio interesa, sigue la posición más avanzada de equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos, pero hay que hacer la salvedad de que, a diferencia del texto anterior del Código, en que se hacía constante referencia a los descendientes legítimos del adoptado, en el nuevo texto no se hace mención de ellos, sin embargo, es nuestra opinión que determinando el Código la exclusión, a efectos de derechos sucesorios, del adoptado respecto a los ascendientes que no sean los padres, por la adopción, y equiparando a los padres—primer grado de la línea

ascendente—a los legítimos, parece que en principio siempre que se hable de hijos adoptivos habrá que entender igualmente «y sus descendientes legítimos». Así se deduce también del artículo 176 reformado.

b) Que la particularidad primera del mismo artículo tiene una evidente finalidad, puesta de manifiesto por la propia Exposición de Motivos cuando dice que «el no poder recibir, por vía de testamento, el hijo adoptivo más que el legítimo menos favorecido, no es un límite propiamente dicho, sino más bien la consecuencia de la estricta equiparación que de lo contrario resultaría desbordada».

c) Que la particularidad segunda como luego veremos, plantea un grave problema que únicamente es posible delucidar teniendo en cuenta que la finalidad evidente del precepto parece ser la de no hacer posible que una persona, que pudiendo adoptar a un hijo natural suyo, adoptare a un extraño, pueda favorecer más al adoptivo que al natural al que está ligado por la poderosa fuerza de la sangre, vínculo preferente, sin duda, sobre todos a fin de cuentas.

d) Que el reconocimiento a los padres adoptivos de la posición de padres legítimos no es sino una loable consecuencia de la equiparación de la filiación adoptiva a la legítima.

e) Que el párrafo último parece inspirado en las legislaciones belga y francesa y plantea un interesantísimo problema a que luego haremos referencia.

Y sin más pasemos al estudio del precepto en concreto.

Legítima de los hijos adoptivos: el artículo 179, párrafo 1.º equipara, en principio a los hijos adoptivos con los legítimos. Ello produce como consecuencia el que el artículo 807 deba ser completado además de que con los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio (122) con los hijos adoptivos plenos, que excluyen, por tanto, a los ascendientes legítimos y a los padres adoptantes. El párrafo 2.º del mismo precepto deberá ser completado con los padres adoptantes. Ello sin perjuicio de la equiparación de los hijos adoptivos por adopción simple (180) a los naturales reconocidos en el 807-3.º del Código civil.

Veamos ahora los problemas que plantea la determinación de la legítima del hijo adoptivo:

a) Hijos adoptivos, por equiparación a los legítimos, se aplicará el artículo 808 del Código civil.

b) Concurrencia de hijos adoptivos con hijos legítimos: La equiparación produce como efecto, el que en principio tengan derecho entre todos ellos a los dos tercios que señala el artículo 808. Pero conviene distinguir dos supuestos:

1. Que el padre no haya hecho uso de la facultad de mejorar que le atribuye el 808 en relación con el 823 del Código civil, se aplicará íntegramente el 179 párrafo 1.º y, por tanto, dos tercias partes serán legítima y una tercera parte será de libre disposición.

2. Que el padre quiera hacer uso de la facultad de mejorar: el artículo 179, párrafo 1.º, particularidad primera establece que «Concurriendo sólo con hijos legítimos y tratándose sólo de sucesión testamentaria, no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido.

c) Concurrencia de hijos adoptivos con naturales reconocidos: el artículo 179, párrafo 1.º, particularidad segunda dice que «si concurriere con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo». En todo caso para determinar la legítima de los hijos naturales hay que proceder previamente al cálculo de la del hijo adoptivo y como quiera que éste tiene derecho a los dos tercios de la herencia (808), nos encontramos con que si la legítima del primero se fija en dos tercios, lógicamente el precepto queda incumplido ya que sólo restaría un tercio para el hijo natural, el cual aún se verá disminuido al detracer los gastos de entierro y funeral (840). La solución que parece deducirse en este caso del artículo 179 es que, teniendo en cuenta que lo que se pretende con esta equiparación del adoptivo al natural reconocido es lograr un mayor número de adopciones de hijos naturales que de extraños, porque moralmente tienen mayores derechos, habrá que proceder de la siguiente manera: deducir las deudas y gastos de la herencia incluidos entierro y funeral y el remanente dividirlo por iguales partes. Con lo que resulte que no hay bienes de libre disposición, por lo que si el testador instituyó heredero no adquirirá sino el pasivo de la herencia. Por ello se afirmaba, no sin buena parte de razón, en una Circular que como consecuencia de la aparición de la nueva Ley remitió el Colegio

Notarial de Valencia, que un padre que careciendo de descendencia y ascendencia legítima tenga un hijo natural reconocido y pretenda adoptar a otra persona debe saber que, si lo adopta plenamente no podrá dejarle en testamento más que la mitad de la herencia, y si no lo hace o lo hace en adopción simple podrá dejarle hasta dos tercios ya que como es sabido cuando sólo hay hijos naturales reconocidos (o adoptivos simples) el artículo 842 fija su legítima en un tercio de la herencia.

d) Concurrencia de hijos legítimos, adoptivos y naturales reconocidos. Hay que distinguir varios aspectos:

1. Que el padre quiera hacer uso de la facultad de mejorar. El problema consiste en dilucidar si el precepto del artículo 179, primero, particularidad primera debe interpretarse como aplicable a todo supuesto de concurrencia, o por el contrario, solamente se aplica cuando concurren hijos legítimos y adoptivos. Esta solución parece ser la que sanciona el precepto ya que dice «concurriendo sólo», pero veamos ambas posibilidades:

— Que se aplique a todo supuesto de concurrencia: el hijo adoptivo no podrá recibir por mejora más parte que la del hijo legítimo menos favorecido.

— Que se aplique solamente al supuesto de concurrencia de hijos legítimos y adoptivos, en este caso si concurre además un hijo natural resulta que el padre adoptante podrá dejar incluso todo el tercio de mejora al hijo adoptivo.

¿Cómo debe interpretarse el párrafo 1.º, particularidad segunda, en estos supuestos de concurrencia compleja?

Si lo aplicamos en sentido amplio y, por tanto, aún cuando concurren, además de hijos adoptivos y naturales reconocidos, hijos legítimos, tenemos que el hijo legítimo recibirá su legítima y la parte que el padre le haya atribuido como mejora. El resto de la herencia se dividirá por partes iguales entre el hijo adoptivo y el natural.

Si lo aplicamos en sentido estricto, al supuesto de concurrencia simple de adoptivo y naturales, cuando intervenga el hijo legítimo se aplicará el artículo 840 del Código civil solución ésta que recoge el Código portugués.

2. Que el padre no haga uso de la facultad de mejorar: Los hijos legítimos en concurrencia con los naturales reconocidos (840) siguen teniendo derecho a los dos tercios que les asigna el artículo 808. Estos dos tercios los comparten y, por tanto, se dividirán en tantas partes cuantos hijos legítimos y adoptivos haya. Conforme a este precepto del artículo 840 cada uno de los hijos naturales en concurrencia con legítimos sólo tienen derecho a la porción que en el se indican y cuando concurren con adoptivos el artículo 179 los iguala a éstos.

Pero al intentar armonizar los dos preceptos surge la dificultad: Si el 179 se aplica exclusivamente a caso de concurrencia de adoptivos y naturales reconocidos en el caso de concurrencia compleja que examinamos se aplicará íntegramente el 840, pero si por el contrario, se aplica a todo supuesto de concurrencia de hijos adoptivos con naturales reconocidos y aunque además exista descendencia legítima del adoptante resultará que habrá que proceder del siguiente modo: dividir dos terceras partes en tantas cuantas sumen los legítimos y los adoptivos. Cada uno de los legítimos recibirá la parte que le corresponde. A cada uno de los adoptivos se les entregará una parte parte igual a la de los legítimos, siempre que del tercio libre pueda extraerse una cuota, una vez deducidos los gastos a que se refiere el 840, igual a la que corresponda a cada uno de los adoptivos (por aplicación del 179). No siendo posible ello, habrá que proceder para lograr igualarlos de esta forma: después de satisfechos los legítimos que nunca tienen porque verse perjudicados, del remanente de la herencia se deducirá los gastos a que se refiere el 840 y se dividirá en tantas partes iguales como adoptivos y naturales reconocidos haya.

Por último, sólo indicar que cuando el artículo. 179 se refiere a hijos naturales son éstos los del 119 del Código civil, sin que por aplicación del 180 reformado se puedan equiparar en este caso a ellos los adoptivos simples ya que se produciría el paradójico efecto de que concurriendo hijos adoptivos plenos y menos plenos tendrían todos los mismos derechos sucesorios.

Vistas las soluciones o mejor las diferentes combinaciones que ofrece la interpretación de tan oscuro precepto, nuestra opinión al respecto es la siguiente:

En los casos a), b) y c) ya examinados no existe ningún problema porque la Ley lo resuelve.

En el supuesto d) de concurrencia de hijos legítimos, adoptivos y naturales reconocidos consideramos que el precepto del párrafo 1.º, particularidad primera, del artículo 179 del Código civil, reformado es defectuoso en su redacción, o lo que es lo mismo, que la intención acertadísima del legislador de evitar, que la equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos quedara desvirtuada por el posible trato de favor que pudieran recibir los primeros respecto de los segundos, en cuanto al tercio segundo de la herencia, ha quedado frustrada con la redacción del precepto en los términos en que ha resultado hecha.

Lo más acertado sería interpretar el precepto entendiendo que es de aplicación a todo supuesto de concurrencia de hijos legítimos y adoptivos, aunque además existan otros legitimarios, porque parece ser el espíritu de la Ley y porque la mejora históricamente y en la actualidad venía siendo una institución reservada a la descendencia legítima, mejor diríamos el tercio de mejora, y sería excesivo admitir la posibilidad de que se les prive de ella en favor de una persona que es considerada como descendiente legítimo por equiparación, descompensando la balanza en contra de ellos.

El artículo 179 primero, particularidad segunda, creemos que también debe interpretarse en sentido amplio al igual que el primero, por dos razones fundamentalmente, la primera, porque en él no se menciona la palabra «solo» como en el primero, la segunda, porque este precepto que parece estar inspirado en el Código portugués de 1966, ha suprimido la expresa referencia que contiene este último Código de que dicho precepto no se aplique en el caso de concurrencia con hijos legítimos, y además podría añadirse aún una tercera razón más social o moral que jurídica, el hecho de no querer el legislador que el hijo adoptado, extraño, sea más favorecido que el hijo natural propio.

Ello hace, en definitiva, por tanto, que a todo este párrafo se aplique un criterio extensivo de interpretación, y no se interprete extensivamente una particularidad y restrictivamente otra cuando ambas forman una unidad de excepción a un principio general de equiparación.

La solución, por tanto, para que de alguna manera la nueva Ley pueda conseguir su finalidad es la siguiente en este caso debatido:

1. Que se quiera hacer uso de la facultad de mejorar:

— El hijo adoptivo no podrá percibir más que el menos favorecido de los hijos legítimos.

— Al hijo natural se le otorgará o le corresponderá una cuota igual a la del hijo adoptivo siempre que pueda deducirse del tercio libre y si no es posible habrá que igualarlos aumentando la del primero, mediante la reducción de la del segundo hasta lograrlo.

2. Si no se usa de la facultad de mejorar no se aplica el 840 como hace respecto de su precepto similar el Código portugués, sino que se dividen dos terceras partes en tantas cuantas sumen los hijos legítimos y los adoptivos. A los hijos legítimos se les entrega la que les corresponda y a cada uno de los adoptivos igualmente siempre que del tercio libre pueda extraerse una cuota igual a la que corresponda a cada uno de los adoptivos. Si no es posible ello habrá que proceder a satisfacer a los legítimos y del remanente de la herencia se detraerán los gastos de entierro y funeral y el resto se dividirá por iguales partes asignando a cada uno de los adoptivos y de los naturales la suya.

En la sucesión legítima la equiparación sancionada por la Ley hará que tengan que completarse los preceptos relativos a la misma con el nuevo artículo 179 y donde diga legítimos añadir los adoptivos plenos, y a donde naturales los adoptivos menos plenos, pero si plantea mayor dificultad determinar quiénes suceden *ab intestato* a un hijo adoptivo, si bien creemos que son los órdenes determinados en el Código civil, pero con la particularidad de que en la línea ascendente suceden sólo los adoptantes y no hay línea colateral por cuanto que la familia por naturaleza no tiene derechos sucesorios ni tampoco la familia por adopción, fuera de los adoptantes.

Respecto del penúltimo párrafo de este precepto podría señalarse que hay que reducir su ámbito siempre a los padres adoptantes, por lo que el artículo 811 particularmente verá muy disminuido su campo de aplicación.

Por último, señalar que del texto del párrafo último se deduce claramente que los parientes por naturaleza no ostentan derechos sucesorios por ministerio de la Ley, fuera del artículo 812 del Código civil, pero nada dice si los adoptados conservan los suyos respecto de la familia por naturaleza. En principio, nuestra opinión es que no, ya que expresamente no se le otorgan, a la inversa no se conceden, y además parece que esa plena incorporación del adoptado respecto de la familia legítima del adoptante hace que desaparezcan estos vínculos patrimoniales respecto de la familia por naturaleza.

En espera de otras más doctas y fundadas opiniones quedamos.

RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA.

NOTAS

Algunas consideraciones sobre el registro de las aeronaves

SUMARIO: I. Introducción.—II. Clases de Registros y legislación aplicable a cada uno de ellos en nuestro país.—III. Carácter obligatorio o voluntario de la inscripción de la aeronave en los diferentes Registros.—IV. Estudio comparativo del Reglamento del Registro de matrícula de aeronaves.—V. Conclusión.

I

INTRODUCCIÓN

A primera vista pudiera extrañar que a la aeronave, cosa mueble por naturaleza ya que está destinada a su desplazamiento de un lugar a otro, se le apliquen instituciones que como el registro son propias de las cosas inmuebles.

Digamos que la aeronave es una cosa mueble, en efecto, pero una cosa mueble *sui generis* o como dice nuestra Ley de navegación aérea un bien mueble de naturaleza especial. Este carácter particularísimo se manifiesta en un régimen jurídico cercano al de las cosas inmuebles. Así, pues, tenemos que las aeronaves son objeto de inscripción en los diferentes registros que luego veremos, y son objeto también del Derecho real de garantía propio de los inmuebles como es la hipoteca. Esto, hoy día ya no tiene trascendencia al haberse admitido la figura peculiar de la hipoteca mobiliaria en virtud de la Ley de 16 de diciembre de 1954 y Reglamento de 17 de junio de 1955, pero hasta entonces las normas legales recogidas en el Código civil preceptuaban que la hipoteca se aplicara a los inmuebles y la prenda a los muebles. Ahora bien, esta

distinción tradicional, al llegar al buque y a la aeronave tropezaban con el siguiente problema: como bienes muebles requerían el Derecho de prenda, pero la naturaleza de la aeronave igual que la del buque, no se adaptaba bien al desplazamiento de la cosa de manos del deudor, pues tanto una como otra, llevaban consigo una empresa unitaria, tanto de material como de personal, que exigía unos conocimientos especiales para su explotación, conocimientos que no se daban en la persona a la cual fuera a parar en virtud del desplazamiento el buque o la aeronave. Consecuencia de todo ello, es que la situación del deudor, de admitirse la desposesión, era crítica, al no poder resarcirse con la explotación del buque o de la aeronave, de la deuda causa del derecho de garantía establecido.

Por eso, el Código de comercio, en su artículo 585, después de señalar la condición de bien mueble del buque, exceptúa de la misma todos los efectos del derecho sobre los que se hiciere modificación o restricción por los preceptos del mismo Código.

Dichas modificaciones o restricciones que prevé el artículo 585 del Código de comercio, afectan a la adquisición y gravamen de los buques. Las primeras, están recogidas en el Código de comercio y en el Reglamento del Registro mercantil, y se refiere a la exigencia de forma escrita, a la inscripción en el Registro y a la usucapión. Las segundas están recogidas tanto en el Código de comercio (créditos privilegiados sobre el buque) como en la Ley de hipoteca naval de 21 de agosto de 1893, ya que el artículo 1.º, párrafo 2.º, de esta Ley preceptúa: que para el solo efecto de la hipoteca sobre el buque se considerará éste como bien inmueble, entendiéndose modificado en este sentido el artículo 585 del vigente Código de comercio.

Hoy día, todo esto está superado como dijimos al principio, pero es interesante señalar esta evolución.

En lo referente al Registro, se desprende la importancia de la constatación registral de las aeronaves y de los derechos referentes a las mismas, tanto a los efectos puramente administrativos como a los jurídicos.

En efecto, pensemos en la trascendencia que tiene la publicidad registral de la aeronave, de sus características técnicas, de su legítimo titular, de las cargas y gravámenes que pesan sobre ella, etc.

II

CLASES DE REGISTROS Y LEGISLACIÓN APLICABLE A CADA UNO DE ELLOS
EN NUESTRO PAÍS

Sobre la aeronave inciden estos tres Registros: 1.º Registro de matrícula de aeronaves del Ministerio del Aire.

Este Registro fue establecido por la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, en su artículo 28 y el capítulo V de esta Ley se denomina del Registro de matrícula de aeronaves.

La disposición final IV de esta Ley preveía la necesidad de dictar las disposiciones pertinentes para la ejecución de la Ley, y en vista de ello se ha aprobado recientemente el Reglamento del Registro de matrícula de aeronaves por Decreto de 13 de marzo de 1969.

La disposición adicional primera del Reglamento señala: «en lo no regulado expresamente por este Reglamento se aplicarán como supletorias y por este orden las disposiciones de carácter general y sobre organización y funcionamiento del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, del Reglamento hipotecario de 14 de febrero de 1947 y, finalmente, del Reglamento de Registro de hipoteca mobiliaria y prendas y sin desplazamiento de 17 de junio de 1955.

2.º Registro Mercantil. Se rige por su reglamento aprobado en 14 de diciembre de 1956. Subsidiariamente por las normas del mismo Reglamento aplicable a los buques, en cuanto su naturaleza lo permita, y, finalmente, por el Reglamento hipotecario con carácter general. El artículo 190 del Reglamento del Registro Mercantil señala otro orden, pero el indicado es el lógico y procedente. Sin perjuicio, claro está de aplicar, con carácter subsidiario, el Reglamento de la Ley de Hipoteca Mobiliaria en el caso de que así proceda, según preceptúa el propio artículo 190.

3.º Registro de hipoteca mobiliaria y prendas sin desplazamiento.

Se rige por su legislación especial, constituida por la Ley de 16 de diciembre de 1954 y Reglamento de 17 de junio de 1955. En

su defecto y, con carácter subsidiario, por la Legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles (disposición final del Reglamento de 1955).

III

CARÁCTER OBLIGATORIO O VOLUNTARIO DE LA INSCRIPCIÓN DE LA AERONAVE EN LOS DIFERENTES REGISTROS

Punto importantísimo es el que antes hemos enunciado, y por ello lo hacemos objeto de una consideración aparte y especial.

El Reglamento del Registro del Ministerio del Aire, considera dicha inscripción obligatoria (art. 4.º). También el artículo 29 de la Ley de Navegación aérea le da este mismo carácter.

El Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 179 señala lo siguiente en este punto: «se inscribirán obligatoriamente en el Registro Mercantil las aeronaves de nacionalidad española y de propiedad privada que se destinen o puedan destinarse a fines industriales o mercantiles».

Es decir, preceptúa la inscripción obligatoria para las aeronaves que reúnan ciertos requisitos. Por su parte, el artículo 187 del Reglamento del Registro Mercantil, señala que sólo podrán ser objeto de hipoteca mobiliaria las aeronaves inscritas en el Registro Mercantil.

Pero el artículo 33 de la Ley de Navegación Aérea señala: «en los Registros Mercantiles donde exista sección destinada a la inscripción de las aeronaves y de los actos jurídicos referentes a las mismas, la inscripción será voluntaria, salvo en los casos en que las leyes dispongan expresamente lo contrario». Sobre esta cuestión volveremos en el último punto de este trabajo.

Registro de Hipoteca mobiliaria. El artículo 38 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, preceptúa que: «podrán ser hipotecadas las aeronaves de nacionalidad española siempre que se hallaren inscritas en la sección correspondiente del Registro Mercantil de la provincia donde estén matriculadas».

Y cabe preguntarse ¿es necesaria la inscripción de la hipoteca mobiliaria de la aeronave en este Registro especial? El artículo 3.º, párrafo 4.º, de la Ley de 16 de diciembre de 1954, señala: «que la falta de inscripción de la hipoteca en el Registro privará al acreedor hipotecario de los derechos que le concede esta Ley». Este artículo ha sido interpretado de distinta forma por la doctrina, así VALLET DE GOYTISOLO estima que es una simple *conditio iuris* para la efectividad de la garantía. Nosotros en cambio creemos que la inscripción en este caso es constitutiva, esto es, que el derecho nace por su inscripción en el Registro. Este carácter resulta de los párrafos 3.º y 4.º, de este artículo 3.º, que preceptúan que la escritura o póliza de constitución de la hipoteca deberán ser inscritas, y que la falta de inscripción priva al acreedor hipotecario de los derechos concedidos por la Ley.

IV

ESTUDIO COMPARATIVO DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO DE MATRÍCULA DE AERONAVES

Vamos a ir examinando el contenido de este Reglamento, comparándolo con el Reglamento del Registro Mercantil en sus puntos fundamentales.

Digamos en primer lugar, que su estructura es la siguiente: consta de 42 artículos divididos en cinco títulos o capítulos con los siguientes epígrafes: disposiciones generales, de la matrícula de aeronaves, de los libros, asientos y documentos, del modo de llevar el Registro y de los efectos de la inscripción. Se completa este Reglamento con dos disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y una disposición final.

Este Registro es único en España, reside en el Ministerio del Aire y tiene un carácter administrativo, de aquí sus efectos más simples y la menor complejidad de su funcionamiento. Se prevén, si hiciere falta, secciones en las demarcaciones aéreas. El Registro está a cargo del personal del Cuerpo jurídico del aire; decisión justa y digna de alabanza.

Según el artículo 1.º tiene este Registro por objeto, la matrícula de las aeronaves y cuantos actos, contratos y vicisitudes afecten a las mismas.

¿Qué aeronaves comprende este Registro?, todas excepto las militares. Admite las aeronaves en construcción. La definición de la aeronave está copiada de la Ley de Navegación Aérea. Para que se inscriban las aeronaves tienen que pertenecer a personas naturales o jurídicas españolas, en propiedad o en arrendamiento.

Por su parte, el Reglamento del Registro Mercantil en estos puntos establece la inscripción del dominio y demás actos y contratos de trascendencia real. Para que se inscriban las aeronaves en este Registro han de ser privadas y españolas y dedicarse a fines industriales o mercantiles.

Pasemos ahora a examinar los libros, asientos y documentos del Registro del Ministerio del Aire.

Se llevarán los siguientes libros: presentación de documentos, de matrícula, de tasas, y de estadística y los libros auxiliares necesarios para el servicio.

Se establecen los siguientes asientos: asiento de presentación, inscripciones, cancelaciones y notas de referencia. Es decir, asientos que constatan: la recepción de un documento en el Registro, inscripción, comienzo de la vida registral, cancelación, extinción de dicha vida y notas de referencia que facilitan la mecánica y manejo del Registro al relacionar unos asientos con otros. El asiento de presentación y el de inscripción contiene toda clase de detalles.

Prevé también, el Reglamento el certificado de matrícula.

En cuanto a las causas de cancelación el Reglamento prevé la destrucción o pérdida, esto último no lo señala el Reglamento Mercantil.

El cumplimiento fiscal del pago del impuesto también queda a salvo al preceptuar el artículo 24 que no se practicará inscripción alguna, mientras no se haga constar el pago, exención o prescripción del impuesto correspondiente. Pudiendo solamente extenderse el asiento de presentación. También se refiere el Reglamento a la forma material de redactar los asientos.

El artículo 27 admite el documento público o privado para la inscripción correspondiente: para que el documento privado sea admisible es necesario que no se exija por la Ley el documento

público y que además sean ratificados por los otorgantes ante el jefe del Registro o sus firmas estuvieren legitimadas.

El Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 182 señala: que la inscripción en el Registro Mercantil de la transmisión de las aeronaves y de los demás actos y contratos de trascendencia real relativos a las mismas, se practicarán en virtud de escritura pública o documento auténtico. De aquí vemos que no coinciden en este punto ambos Reglamentos. Es lógico por otra parte, que el Registro Mercantil que es esencialmente jurídico, exija, como el de la propiedad, el título auténtico, que junto con la calificación registral forman los dos pilares en los que se apoya el principio de legalidad, base de nuestro sistema registral.

Pasemos ahora a examinar los efectos de la inscripción en el Registro de matrícula de aeronaves: 1.º La inscripción determina la nacionalidad de la aeronave. 2.º Los asientos son documentos públicos y producirán entre las partes y frente a terceros los efectos prevenidos en las Leyes. 3.º La certificación del Registro sustituye al título de propiedad en caso de extravío o destrucción del mismo. 4.º Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán todos sus efectos mientras no se inscriban la declaración judicial de su inexactitud o nulidad (principio de legalidad). 5.º El Registro será público para quienes acrediten un interés legítimo (principio de publicidad formal). Vemos, pues, varios principios de la legislación hipotecaria general concordes con el carácter administrativo de publicidad de este Registro. Se establece también en el Reglamento la posibilidad de recurrir en vía administrativa con arreglo al procedimiento administrativo general en el Ministerio del Aire.

Digamos, finalmente, que, consecuencia de su carácter obligatorio, el artículo 20 del Reglamento señala: que los encargados de cualquier otro Registro público en el que se inscriban un acto o contrato referente a la aeronave, darán traslado circunstanciado del mismo al Registro de matrícula para su constancia en éste. En relación con este punto, el artículo 76 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954 preceptúa idéntica obligación.

V

CONCLUSIÓN

Vamos aquí a señalar la evolución de esta materia en España.

Así tenemos un primer Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919, que en atención a la época en que se dictó, no contenía ninguna referencia, como es lógico, a la aeronave.

En el año 1954 se dicta la Ley Hipotecaria mobiliaria y en 1955 el Reglamento. Ambos recogen ya, una parcela jurídica referente a la aeronave: la hipoteca mobiliaria de la misma, creándose el Registro de este nombre.

Llegamos así al Reglamento del R. M. vigente de 1956, que incluye una nueva sección dedicada a la aeronave, y que en su artículo 179 preceptúa la inscripción obligatoria de las aeronaves que reúnan ciertos requisitos.

Viene después la Ley de navegación aérea de 1960, con dos puntos fundamentales en esta cuestión: 1.º Crea el Registro administrativo del Ministerio del Aire con carácter obligatorio, y 2.º Señala en su artículo 33 la inscripción voluntaria de las aeronaves en los R. M., salvo en casos excepcionales expresamente establecidos en las Leyes.

Después se dicta el Reglamento del Registro del Ministerio del Aire, que lleva fecha de 13 de marzo de 1969, y que ya hemos estudiado en este trabajo.

Vemos, pues, que la Ley de Navegación aérea en su artículo 33 deja sin efecto lo establecido en el artículo 179 del Reglamento del R. M.

Por tanto, en el intervalo comprendido entre 1956 y 1960, la inscripción en el Registro Mercantil era obligatoria, a partir de esta Ley de 1960 es voluntaria con carácter general en virtud de la disposición ya citada. ¿Qué razones tendrían los promulgadores de la Ley de 1960 para adoptar esta decisión? Quizá el crear esta Ley un nuevo Registro de aeronaves con carácter obligatorio.

No obstante, creemos aconsejable que se llegue a la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Mercantil por las siguientes razones:

1.ª El artículo 179 del Reglamento del Registro Mercantil debe seguir subsistiendo, pues al ser registros diferentes el administrativo del Ministerio del Aire no puede suplir al Mercantil.

2.ª La disposición adicional segunda del nuevo Reglamento de 1969, que preceptúa que mientras no se disponga la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Mercantil..., para confirmar esta tendencia.

3.ª Creemos que unificar en este punto ambos registros evitaría toda clase de confusiones.

4.ª Al ser voluntaria la inscripción en el Registro Mercantil no se producen los efectos y principios del mismo, de carácter mucho más trascendental que el registro administrativo.

5.ª La semejanza con la inscripción del buque que es obligatoria.

6.ª Importancia de la aeronave que aconseja que todos sus cambios y su vida jurídica consten en el Registro Mercantil.

7.ª Al ser obligatorio el Registro Mercantil se cumpliría mejor la inscripción en el registro administrativo.

Consecuencia, pues, de la tendencia a unificar el carácter obligatorio en ambos registros, es la reciente Ley de 30 de diciembre de 1969, que da nueva redacción a los artículos 33 y 130 de la Ley de Navegación aérea. Culminando, por otra parte, la evolución señalada en esta materia.

Esta Ley consta de un único artículo y una disposición adicional, y como motivo de la misma se señalan textualmente: «que el artículo 28 de la Ley de 21 de julio de 1960 sobre Navegación aérea estableció, bajo la jurisdicción del Ministerio del Aire, un Registro de matrícula de aeronaves, el cual tendrá carácter administrativo.

No es misión de dicho Registro de matrícula la constitución y señalamiento de efectos en cuanto a terceros de los actos o contratos de carácter jurídico privado, sino la de reflejar su exis-

tencia, una vez constituidos válidamente en su esfera propia, y por ello, es aconsejable modificar aquellos artículos de la Ley que ponen de manifiesto aparentes contradicciones de nuestra Legislación, a la vez que se ordena la concordancia que debe existir entre el Registro Mercantil y el de Matrícula.

A continuación da nueva redacción a los artículos 33 y 130 de la Ley de Navegación aérea en la siguiente forma: artículo 33: «La inscripción en el Registro Mercantil de los actos y contratos que afecten a la aeronave se regirán por las Leyes y Reglamentos vigentes en la materia.

Para el otorgamiento, calificación e inscripción en el Registro Mercantil, los Notarios y los Registradores, podrán, bajo su responsabilidad, prescindir de la traducción oficial, cuando conociere el idioma en que estén redactados los documentos.»

Artículo 130: «En su condición de bienes muebles de naturaleza especial, las aeronaves pueden ser objeto de hipoteca, usufructo, arrendamiento y demás derechos que las Leyes autoricen.

Para la plena eficacia administrativa de la transferencia de propiedad de la aeronave, así como de los actos a que se refiere el párrafo anterior, será necesario que se haga asiento de los mismos en el Registro de matrícula, lo que se efectuará mediante certificado o comunicación del Registro Mercantil correspondiente».

Hasta aquí textualmente la Ley, luego expondremos la disposición adicional de la misma. Comentemos ahora lo expuesto anteriormente.

En cuanto a los motivos que originan esta disposición legal, bien claro son expuestos y sobra cualquier comentario.

En lo referente a los artículos modificados, el primitivo artículo 33 de la Ley de Navegación aérea, ya sabemos que se refería al carácter voluntario de la inscripción en el Registro Mercantil, salvo excepciones.

Ahora se le da nueva redacción y se señala que la inscripción en el Registro Mercantil se regulará por las Leyes y Reglamentos vigentes en la materia, luego el artículo 179 del Reglamento del Registro Mercantil recobra su primitivo significado, es decir, inscripción obligatoria.

Después se señala una precisión respecto a los documentos redactados en idioma extranjero.

Por su parte el primitivo artículo 130 de la Ley de Navegación aérea, señalaba que las aeronaves podrán ser objeto de los derechos de usufructo, arrendamiento, hipoteca y demás derechos autorizados por las Leyes. Y precisaba a continuación que para la validez de dichos actos será necesario que se haga constar en el Registro de Matriculas de aeronaves, y que además se inscriban en el Registro Mercantil pero sólo cuando lo exijan la Ley reguladora del acto de que se trate.

Comparando este texto del artículo 130 con el nuevo que da la Ley de 1969, se advierte que ahora no se habla de «validez de dichos actos», sino de «plena eficacia administrativa». Consecuencia obligada del cambio operado por esta Ley.

En efecto, al ser la inscripción en el Registro Mercantil voluntaria, tales actos para ser válidos habrían de inscribirse en el Registro de Matricula de aeronaves, único obligatorio. En cambio, al establecerse con carácter obligatorio la inscripción en el R. M., basta con unir a la inscripción en el Registro de Matricula de aeronaves la plena eficacia administrativa y dejar la validez de tales actos unida a la inscripción en el R. M. Al mismo tiempo, se señala, con esta terminología los efectos y el valor de la inscripción en uno u otro Registro.

Por otra parte se presupone el carácter obligatorio de la inscripción en el Registro Mercantil al señalar este nuevo artículo 130, que el asiento en el Registro de Matriculas de aeronaves se efectuará mediante certificado o comunicación del Registro Mercantil correspondiente.

Pasemos ahora a examinar la disposición adicional de esta Ley que dice así: «El Gobierno en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, modificará el título VI del Reglamento del Registro Mercantil, y en su caso, el Reglamento del Registro de Matricula de aeronaves, a los efectos de su coordinación con lo establecido en la presente Ley».

Precepto muy conveniente ya que habrán de armonizarse ambos Registros en sus relaciones recíprocas que serán frecuentes en la

práctica. Dicha armonía y concordancia entre ambos, evitará, sin duda alguna, muchos problemas.

Esperemos, pues, a que el Gobierno cumpla lo establecido en esta Ley para poner punto final, por ahora, al tema del Registro de las Aeronaves en España.

JOSÉ VELLOSO JIMÉNEZ

Registrador de la Propiedad.

DICTAMENES
Y
CUESTIONES ACTUALES

Dos Dictámenes

PRIMER DICTAMEN: DIVORCIO

Hechos:

1.º Don Abel, español y católico, y doña Lorene, alemana y protestante, contrajeron matrimonio en Colonia el 26 de febrero de 1965, ante el Registro civil de dicha población y también, previas las dispensas canónicas necesarias, en la Iglesia Católica de San Pedro.

2.º En noviembre de 1965 se trasladaron a España, habiéndose producido graves disensiones matrimoniales, a consecuencia de las cuales la esposa, con su hijo nacido en 29 de mayo de 1965, se marcharon a Colonia.

3.º Ante la Cámara civil del Juzgado de Colonia la esposa formuló demanda de divorcio contra su marido, por malos tratos. Por sentencia de 10 de octubre de 1969 se dio lugar al divorcio, condenando al marido al pago de las costas.

Se solicita dictamen sobre los extremos siguientes:

A) Habida cuenta de que la esposa, al contraer matrimonio con un español adquirió la nacionalidad de éste, quedando sujeta a las leyes españolas, ¿es válida la sentencia pronunciada por un Tribunal extranjero?

B) Eficacia que pueda tener respecto del marido la sentencia de divorcio dictada por un Tribunal alemán, tanto respecto de su

persona como respecto de sus bienes, como consecuencia del pronunciamiento sobre el pago de costas.

C) Valor y eficacia de dicha sentencia respecto al hijo del matrimonio, que es español según nuestro derecho.

D) En el supuesto de que el marido instara la separación ante los Tribunales Eclesiásticos y obtuviera sentencia favorable—lo cual es muy posible, pues dispone de pruebas sólidas—, la cual a su vez tendría eficacia civil, ¿cómo podría resolverse el posible conflicto entre dos sentencias contradictorias?

A) *Nacionalidad de doña Lorene.*

1. *Planteamiento general.*

El sentido patriarcal de la familia, herencia del Derecho Romano, pasó al Código napoleónico, a los por él influidos directa o indirectamente, y al Código alemán, manteniendo como regla general que la mujer siguiese la nacionalidad del marido. Regla que llegó a ser admitida por los países anglosajones, a pesar de su inicial resistencia a reconocer que una nacional suya dejase de serlo por casar con un extranjero.

Con la primera guerra mundial aparece una idea contraria. Se ataca la unidad familiar, a merced de presiones feministas y de la idea de igualdad de sexos, tendiéndose a la nacionalidad independiente de la mujer.

La doctrina ha mantenido también estas dos posiciones contrarias:

a) La teoría que defiende la unidad de nacionalidad en el matrimonio se apoya en diversas razones: la hegemonía doméstica que se reconoce al marido; la necesidad de que la familia tenga una sola Ley y de que no se enfrenten las Leyes del marido y de la mujer; la mejor solución de posibles conflictos de Leyes; el favor que la familia como conjunto merece, impidiendo medidas contra el extranjero (Vid. SAUSER HALL: *La nationalité de la femme mariée*, 1933; AUDINET: *La nationalité de la femme mariée*, 1925;

LOZANO SERRALTA: *La nacionalidad de la mujer casada*, en «Información Jurídica», 1953, pág. 577).

b) La teoría que aboga por mantener la nacionalidad de la mujer, que no cambia el matrimonio, alega: que debe admitirse la igualdad de sexos y no la servidumbre femenina; que es más sencillo no adquirir nueva nacionalidad; y que se justifica sobre todo en países de inmigración masculina.

2. *Legislación española.*

Nuestra legislación tradicional ha sido siempre favorable al sistema de la comunicación a la mujer casada de la nacionalidad de su cónyuge. Así: *Las Partidas*, los artículos 1º y 5º del Real Decreto de extranjería de 1852, y la primitiva redacción del Código civil (art. 22).

El nuevo artículo 21 del Código civil, después de la reforma de 1954 dispone que

«La extranjera que contraiga matrimonio con un español adquiere la nacionalidad de su marido».

3. *Legislación alemana.*

El Código civil alemán hace de la nacionalidad el factor decisivo para las disposiciones personales de colisión (artículos 7, 9, 10, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la Ley de Introducción)

En caso de nacionalidad múltiple opina ENNECCERUS (Derecho civil, parte general, I-1.º, Bosch, 1934, pág. 273), que debe ser preferente aquella a la cual se añada para robustecerla el domicilio y a falta de éste la residencia (en igual sentido, KAHN, LEWALD y SCHNURRE); aunque no faltan autores que opinan que en caso de concurrencia de la nacionalidad alemana con la extranjera, sea decisiva la alemana (ZITELMANN, NIEMEYER, NIEDNER).

La nacionalidad alemana se *adquiere* por el origen, legitimación, matrimonio, adopción, naturalización y renacionalización. Y se *pierde* por matrimonio, legitimación, adquisición de una nacionalidad extranjera y privación. Esto es la regla general.

A partir de la segunda guerra mundial, se destacan algunas excepciones, para proteger a la mujer alemana. La ocupación del territorio alemán por potencias extranjeras trajo la inevitable consecuencia de un elevado número de matrimonios entre alemanas y nacionales extranjeros ocupantes, con la consiguiente pérdida de nacionalidad y adquisición de otra nueva. Para remediar sus consecuencias el artículo 16 de la Ley fundamental de 23 de mayo de 1949 dispone que no se puede quitar la nacionalidad alemana a ningún subdito alemán, a no ser mediante una ley alemana; así, la mujer alemana que casa con extranjero conserva su nacionalidad mientras no la renuncie expresamente, y aunque adquiera la del marido.

4. *Doble nacionalidad de doña Lorene. Su domicilio.*

Celebrado el matrimonio en su doble vertiente civil y canónica (lo que supone respecto de las Leyes alemanas hacia la condición católica del marido español), resulta que doña Lorene tiene *doble nacionalidad*.

a) Conforme al artículo 21 del Código civil español, en España se la considera española, por el simple hecho de haberse casado con un español, siendo el matrimonio plenamente válido, sin posibilidad de juego del artículo 69 (matrimonio putativo).

b) Conforme a la ley alemana, no ha perdido su nacionalidad alemana. Sigue siendo alemana.

Estamos ante un caso de *doble nacionalidad, como anomalía*. ¿Qué Ley nacional debe ser preferente? ¿Para qué efectos y consecuencias?

En casi todos los supuestos de doble nacionalidad anómala, una sola nacionalidad es efectiva: la del país de residencia, que es donde el individuo binacional cumple sus obligaciones y ejercita sus derechos. Y con más valor que la simple residencia, el domicilio efectivo.

¿Qué domicilio tiene doña Lorene?

a) En Derecho español, que la considera española, no cabe duda: el domicilio de la mujer casada, es a todos los efectos, el

domicilio del marido (art. 58 C. c.: La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia...).

b) En Derecho alemán, que considera que la esposa sigue siendo alemana, conviene algunas puntualizaciones.

Se entiende por domicilio el lugar que el Derecho considera como centro de las relaciones de una persona. No es un concepto de mero hecho, sino que tiene naturaleza jurídica. Casi siempre coincide con la residencia permanente de hecho, con el lugar en que se habita (pero no es necesario que así sea).

El *domicilio legal* puede radicar en lugar distinto de la residencia. El artículo 10 del Código civil alemán dispone: «La mujer casada comparte el domicilio del marido. No comparte este domicilio si el marido establece el suyo en el extranjero en un lugar al cual la mujer no le sigue y no está obligada a seguirle. Mientras el marido no tenga domicilio o la mujer no comparta el de su esposo la mujer puede tener un domicilio independientemente». No tiene que seguirle cuando la decisión del marido aparezca como un mal uso de su derecho. Lo que no sucede aquí por cuanto el marido español fija su domicilio en su patria (*).

El domicilio legal de la mujer casada dura en tanto existan los supuestos de matrimonio y domicilio del marido, y no es susceptible de supresión voluntaria, ya que el citado artículo 10 regula un

(*) La Ley alemana de equiparación jurídica de 18 de junio de 1957, no establece modificación alguna ni sienta disposiciones en el Derecho internacional alemán y no se opone a la invariada aplicación de las normas de Derecho internacional privado, en especial a la aplicación de la Ley de Introducción al Código civil. Tampoco afecta al Derecho internacional de la familia. En las deliberaciones de la Subcomisión parlamentaria de «Leyes de familia» no fueron admitidas las propuestas de reforma del Derecho privado internacional alemán ni del Derecho procesal, por lo imprevisible de esas reformas y sus efectos en el tráfico jurídico internacional (acta de la sesión de 12 de noviembre de 1956).

En el proyecto del Gobierno sobre la Ley de Equiparación Jurídica se prescindió de propuestas sobre Derecho internacional privado, toda vez que dicha Ley de 1957 solamente tendía a la adaptación del Derecho civil interno al principio de equiparación jurídica de varón y mujer.

De igual forma fueron excluidos de la comisión parlamentaria sobre Derecho y protección constitucional los problemas jurídicos internacionales, y se hizo especial referencia a la resolución del Tribunal Supremo federal de 18 de enero de 1954, según la cual la aplicación unilateral de la Ley nacional del marido no implica infracción del principio de equiparación jurídica de varón y mujer.

Interesa destacar esta sentencia a los efectos de considerar que el domicilio legal de la esposa, en el caso debatido, debe ser el que determina la Ley nacional del marido, o sea, la española.

supuesto de existencia y no solo de constitución. Por tanto el domicilio legal de la mujer casada se extingue por la muerte del marido o por divorcio. Solo entonces puede la mujer fundar un domicilio voluntario en cualquier lugar (HOLDER, OERTMANN, PLANCE).

Dos principios suele admitir el Derecho internacional privado en éste tipo de diferencias (reconocidos por la comisión de conciliación y arbitraje italo-americana, instituida por el Tratado de Paz de 10 de febrero de 1947):

1.º El derivado de la igualdad soberana de los Estados, que exceptúa de la protección diplomática ejercida por un Estado sobre nacional el supuesto de que éste también ostenta la nacionalidad del Estado contra el que se formula la reclamación.

2.º La prevalencia de la nacionalidad efectiva sobre otra que pudiera poseer el mismo interesado. Entiende la Comisión que ambos principios no son contradictorios, sino que pueden completarse recíprocamente, determinando el ámbito de vigencia de cada uno de ellos. El que excluye de la protección diplomática los casos de doble nacionalidad debe ceder ante el principio de nacionalidad efectiva, en el caso de que ésta sea la del Estado reclamante, pero no en caso contrario.

No obstante cuando la cuestión de binacionalidad se plantea ante Tribunal o autoridad de uno de los Estados interesados, es claro que éste Tribunal o autoridad tiene que atenerse a la atribución de nacionalidad hecha por su propia legislación.

A falta de normas en la legislación interna que resuelvan el problema, los autores propugnan varios criterios o sistemas:

- Atender a la voluntad del sujeto.
- Dar preferencia a la primera nacionalidad, por respeto a los derechos adquiridos.
- Dar preferencia a la última nacionalidad adquirida, que en la mayoría de los casos será la efectiva.

Ordinariamente el problema de la nacionalidad aparece como previo a la aplicación del estatuto personal del individuo, y es lógico que el juez, supuesta su competencia, no se abstenga de decidir, lo que tendrá que hacer conforme a una fuente supletoria de su legislación (En España, los principios Generales del Derecho).

Cuando una persona tiene dos nacionalidades, el medio más lógico de tener una sola es renunciar a la otra. ¿Cabe que las alemanas que casan con españoles, renuncien a la nacionalidad española, para conservar como única la suya propia de origen?. La respuesta debe ser negativa, por el sentido imperativo que tiene el artículo 21 de nuestro Código civil.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de julio de 1949 condicionó la posibilidad de la renuncia a la española en caso de doble nacionalidad, a los siguientes requisitos:

1.º Que se acredite que el interesado ha adquirido originariamente y que conserva una nacionalidad extranjera con arreglo a las Leyes del país.

2.º Que ha residido habitualmente en el extranjero, o que por su arraigo patrimonial o familiar en el país de nacimiento, debe considerarse ligado al mismo.

3.º Que no ha realizado actos posesorios de la nacionalidad española en utilidad propia. Se añade que la renuncia deberá hacerse en un Registro consular del país de residencia, excepto si se trata de personas que están accidentalmente en España.

En definitiva:

Dña Lorene, es española, para la Ley española; y alemana, para la Ley alemana.

Su domicilio legal, es el del marido, aunque accidentalmente, por abandono del hogar haya vuelto a su anterior en Alemania.

La posibilidad de choque entre las legislaciones española y alemana, se producirá inexorablemente cuando una u otra dicten sentencias o realicen actos que la otra considere afectados por el *orden público* (art. 11 C. c. español; art. 30 Ley de Introducción alemana). Supuesto que juega, como veremos, en el caso planteado.

B) *Divorcio de doña Lorene.*

1. *Planteamiento general.*

Los problemas que plantea el divorcio vincular son de gran intensidad.

a) Si echamos una ojeada al Derecho Comparado, advertimos una gran diversidad respecto a la autoridad competente para pronunciarlo. La mayor parte de los países confían ésta misión a sus Tribunales eclesiásticos, civiles o administrativos.

b) En cuanto al derecho aplicado, la mayor parte de los países europeos aplican la Ley personal del marido, o de los cónyuges, tanto respecto a la admisibilidad de la disolución del vínculo, como de la causa alegada para solicitarla.

No obstante, los países que admiten el divorcio, suelen dar facilidades a sus mujeres que se casaron con nacionales de Estados hostiles al divorcio, de recuperar su nacionalidad prenupcial y de divorciarse en su patria. Alemania dio a este fin una Ley el 24 de enero de 1935, que se suele denominar «Ley del divorcio de la mujer» (*Frauenscheidungsgesetz*).

El Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902, está en vigor para Italia, Luxemburgo, Holanda, Polonia, Portugal, Rumania y Hungría, aplica al divorcio y a la separación la última Ley nacional común de los conyuges, contando desde el momento de entablar la demanda de divorcio hacia atrás (art. 1, 8). La causa que se alega como causa de separación o de divorcio debe serlo, también, según el Derecho nacional de los conyuges en el momento en que se realizó (art. 4). Los tribunales competentes son, o los competentes según la Ley nacional o los que resultan competentes con arreglo a la Ley del domicilio (art. 5). Los tribunales del domicilio son siempre competentes para decretar medidas provisionales (artículo 6). Este convenio fue denunciado por Suiza en 1929 y por Alemania en 1934. España lo firmó, pero no lo ratificó (Aunque es citado por la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1933, vid. *Revista de Derecho Privado*, tomo XX, núm. 236, pág. 131).

2. *Ante la Ley española.*

La indisolubilidad del matrimonio se respetó incluso en el primer paréntesis laico que supuso la vigencia de la Ley de matrimonio civil de 1870.

Todo lo que afecta al divorcio, cae de lleno:

- En lo que afecta a españoles, dentro de la competencia de la Ley nacional.
- Y en lo que atañe a extranjeros, dentro de la excepción de orden público.

Es decir:

- No es posible el divorcio vincular de doña Lorene en España, ya se la considere española, ya alemana.
- No puede concederse eficacia a los divorcios vinculares obtenidos por españoles o por extranjeros en el extranjero (con mayor rigor para los primeros).

Hay que distinguir entre matrimonios canónicos y matrimonios civiles.

Los matrimonios canónicos de cualquier nacionalidad se regulan por el Derecho canónico y son enjuiciados por las autoridades canónicas (arts. 80 a 82 del Código civil español).

Los matrimonios civiles se rigen acumulativamente por la Ley nacional del marido en el momento de la litispendencia y la *lex fori*. Esta acumulación no se refiere a las causas de la separación o del divorcio, sino sólo al efecto de la suspensión o de la cesación del matrimonio: el matrimonio es separable o divorciable, si lo es con arreglo a las dos Leyes acumuladas, aunque lo fuese en cada una de ellas por causa distinta. Esta reglamentación se puede deducir del artículo 9 de nuestro Código civil en lo que a la nacionalidad como punto de conexión se refiere, de las reglas de colisión sobre efectos personales del matrimonio en lo que hace a la primacía y a la mutabilidad de la Ley del marido, y del principio del favor matrimonial en lo que a la acumulación concierne (canon 1.014).

Ahora bien, el divorcio, en cuanto disuelve el vínculo, infringe, como dijimos, el orden público español. Por ello ningún tribunal es-

pañol pronunciará el divorcio vincular; ni se reconocerá en España una sentencia extranjera de divorcio vincular.

El orden público español actúa en esta materia con tal energía que no sólo se opone a sentencias extranjeras de divorcio respecto a matrimonios católicos de cualquier nacionalidad (en cuyo caso no haría falta hacer uso del concepto de orden público, puesto que los tribunales civiles son incompetentes con arreglo al Derecho español. T. S. 12 de marzo de 1942), sino que refuta asimismo sentencias extranjeras de divorcio referentes a matrimonios civiles, tanto españoles como extranjeros (Auto del T. S. de 31 de marzo de 1911, y Real Orden de 16 de febrero de 1917). Tampoco España prestaría auxilio judicial a un tribunal extranjero en un pleito de divorcio vincular, por lo menos en la que atañe a la práctica de pruebas propuesta por la parte actora.

3. *Ante la Ley alemana.*

Doña Lorene, alemana, conforme a su Ley, ha obtenido sentencia a su favor, en Alemania, de la que cabe destacar como rasgos fundamentales:

a) Que el Tribunal alemán, estima la demanda de divorcio, en base al artículo 17 párrafo tercero de la Ley de Introducción al Código civil alemán, redactado (éste párrafo) conforme a la Ordenanza de 25 de octubre de 1941:

«Para la acción de divorcio de la mujer son competentes las Leyes alemanas, incluso si en el momento en que recae la decisión sólo la mujer posee la nacionalidad alemana; si en este caso es divorciado el matrimonio, la mujer ha de ser declarada culpable a petición del marido, si la petición fuese fundada según el derecho alemán».

b) Que, por tanto, el Tribunal, ni se plantea el hecho de que la mujer ostenta doble nacionalidad por su matrimonio con un español; ni atiende al domicilio legal de la misma, que también es español.

c) Que el Tribunal acepta como causas del divorcio, las que propone la demandante al amparo del artículo 46 de la Ley de Matrimonio de 20 de febrero de 1946 (faltas a las obligaciones que dimanaban del matrimonio, tales como la conducta indigna o inmoral, que hayan causado la desunión del hogar de manera tan grave, que no pueda esperarse la continuación de la vida común que corresponde al matrimonio).

d) Que para dicho Tribunal no tiene ninguna trascendencia, que la mujer haya abandonado el hogar familiar, para trasladarse a Alemania y ejercitar el divorcio, no inmediatamente, sino después de cierto plazo.

e) Que el demandado se opuso a la demanda proponiendo como prueba de ayuda, que fuese también declarada culpable la demandante, por haber mantenido ciertos contactos con un hombre en un hotel. Prueba que no fue admitida, al no presentar testigos y ser negada por la demandante.

f) Que el acusado fue declarado culpable (siendo decisivo el testimonio de la madre de la demandante) y condenado a pagar las costas del proceso.

g) Que la sentencia no menciona ni alude a la suerte del hijo del matrimonio.

Doña Lorene, ya decretado el divorcio, podrá casarse nuevamente en Alemania. Tal matrimonio no sería reconocido en España.

4. Efectos en España de la sentencia alemana.

a) Respecto de la persona del marido.

No produce ningún efecto. la sentencia de divorcio no puede obtener *exequatur* por ser contraria al orden público español. conforme al artículo 11 de nuestro Código civil.

«...Las Leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por Leyes o sentencias dictadas, ni por disposición o convenciones acordadas en país extranjero.»

Esta opinión parece refrendada por el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Los únicos efectos que se podrían reconocer al divorcio decretado por un Tribunal extranjero serían los que nuestra ley civil atribuye al divorcio en el sentido de simple separación de personas y bienes. Pero tal caso no es el del supuesto planteado en que por haber mediado matrimonio canónico, es competente la jurisdicción eclesiástica, y sólo después de su sentencia, caben los efectos de separación civil (salvo medidas provisionales).

Don Abel continúa siendo «casado». Y casado bajo el régimen legal de gananciales (por no haber mediado capitulaciones matrimoniales). Lo que puede plantear los problemas a que aludiremos en el punto D) de este dictámen.

b) *Respecto de los bienes del marido,*

Y como consecuencia del pronunciamiento sobre el pago de costas, tampoco produce ningún efecto, puesto que no cabe admitir una condena en costas por una sentencia que no reconocemos.

Podría objetarse que la sentencia contiene dos fallos: el de divorcio vincular, propiamente dicho, y la condena en costas, y que si se obtiene un título ejecutivo sobre las costas sin aludir a sus causas, podría tratar de obtenerse el *exequatur*. Pero tampoco podría conseguirse tal, ya que cuando se pretende un *exequatur* con una motivación en pleito más o menos abstracto, nuestra legislación procesal exige aclaraciones a fin de que no verse sobre materia ilícita; y en cuanto se diga o aclare que las costas son consecuencia de un divorcio vincular, la negativa al *exequatur* será rotunda.

c) *Respecto de los bienes gananciales*

Continúan teniendo tal carácter, los ya adquiridos, y los que se adquieran en lo futuro bajo concepto, porque el matrimonio no se considera disuelto en nuestra legislación.

En definitiva:

La sentencia alemana tan solo ha dado lugar a un *divorcio vincular claudicante*, y en consecuencia a una situación matrimonial y familiar confusa y contradictoria.

C) *Situación del hijo del matrimonio.*

1. *Planteamiento general.*

Todo lo referente a la regulación jurídica de la filiación es materia que está comprendida dentro del estatuto personal. De ahí lo intrincado de los problemas en que los sujetos de la relación paterno filial están investidos de diferente nacionalidad o domicilio. Los conflictos de leyes nacionales, el juego abundante de la excepción de orden público y la frecuencia de cuestiones previas, convierten los conflictos de Leyes sobre filiación en un difícil laberinto para el que muchas veces son insuficientes las escasas reglas de conflicto existentes sobre estos problemas (RAAPE: «Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé» en Recueil des Cours de la Academia de la Haya, 1934, IV, pág. 403).

2. *Derecho alemán.*

Conforme al artículo 18 de la Ley de Introducción: «La filiación legítima de un hijo se regula según las Leyes alemanas si el marido de la madre es alemán al tiempo del nacimiento del hijo, o lo había sido últimamente en caso de que haya muerto antes del nacimiento del hijo». Por la Ley de 12 de abril de 1938 el citado artículo fue incrementado con un párrafo segundo, del que nos interesa su proposición final: «Si el hijo está bajo patria potestad o bajo la tutela de la madre, ha de designársele un curador siempre que esto sea necesario para el cuidado de sus derechos».

No importa, pues, la nacionalidad de la madre del hijo en el caso de que sea distinta de la del marido de la madre. Si el matrimonio se disuelve por divorcio, serán decisivas las Leyes alemanas para juzgar el origen legítimo del hijo si el marido era alemán al disolverse el matrimonio (KIPP, WOLFF).

Según el artículo 19 de la misma Ley de Introducción: «La relación jurídica entre los padres y un hijo legítimo se regula según las Leyes alemanas si el padre, y en caso de que el padre haya muerto, la madre, posee la nacionalidad alemana. Lo mismo vale si, extinguida la nacionalidad alemana del padre o de la madre, ha subsistido, sin embargo, la nacionalidad alemana del hijo».

Aunque este artículo sólo determina la aplicabilidad del derecho alemán, se ha de aceptar correlativamente el principio que lo inspira, que también, respecto a los extranjeros, la relación jurídica entre los padres y los hijos se regula por la nacionalidad del padre y en su caso por la de la madre.

El derecho que regula la relación entre los padres y los hijos, es también decisivo para el derecho a cuidar de la persona del hijo y el derecho al trato con el mismo después del divorcio. El Tribunal alemán de tutelas puede dictar medidas para regular el cuidado de la persona y el trato con los hijos después del divorcio. Desde el punto de vista material decide también respecto a esas medidas el derecho que en general sea aplicable a la relación paterno filial (KIPP, WOLFF).

El Tribunal de tutelas alemán puede tomar también contra los padres extranjeros las medidas del artículo 1.666 del Código civil, si el hijo reside en Alemania, pero habrá de aplicar también el derecho material del Estado de que son súbditos los padres, siempre que esta aplicación no frustre la finalidad del citado artículo por consecuencia del orden público (Art. 1.666: «Si el bienestar espiritual o corporal del hijo corre peligro por la circunstancia de que el padre abuse del derecho de cuidar de la persona del hijo, porque abandone al hijo o porque se haga culpable de una conducta deshonesta o inmoral, el Tribunal de tutelas ha de adoptar las medidas necesarias para el apartamiento del peligro. El Tribunal de tutelas puede en especial ordenar que el hijo con la finalidad de educación, sea introducido en una familia adecuada para ello o en

un establecimiento de educación o en un establecimiento de corrección. Si el padre ha lesionado el derecho del hijo a la prestación del sustento y es de temer para el futuro un notable peligro de dicho sustento, puede ser sustraída al padre tanto la administración patrimonial como el aprovechamiento»).

Por lo que respecta al domicilio: un hijo legítimo comparte el domicilio del padre, y lo mantiene hasta que válidamente le sea suprimido (art. 11 C. c. alemán).

3. *Derecho español.*

También en nuestro Derecho la relación jurídica entre los padres y el hijo legítimo, condensado en la patria potestad, se regula por la Ley española si el padre tiene la nacionalidad española, aunque el hijo no la tenga. Así se infiere, sin género de duda, del sistema reflejado en la norma general del artículo 9.º Código civil, que somete los derechos y deberes de familia al imperio de la Ley nacional del jefe de ella, a la vez que de la consideración de que la patria potestad, según declaró la Resolución de la Dirección General de los Registros de 27 de noviembre de 1922, no se establece directamente en beneficio de los hijos, sino en interés general de la familia.

Los hijos legítimos comparten el domicilio del padre.

4. *Situación del hijo.*

De lo anterior resulta que el hijo nacido del matrimonio de doña Lorene y don Abel, es español, y tiene el domicilio legal de su padre.

La sentencia que comentamos en este dictamen, nada dice sobre la persona del hijo, quizá porque la demanda no se refiere a él, quizá porque dada su edad, fuese o no culpable uno o los dos esposos, conforme al derecho alemán y al derecho español, corresponde su guarda y custodia a la madre.

Si don Abel inicia en España la separación canónica y la obtiene, cuando se ejecute la separación, solo podrá obtener la po-

testad y protección del hijo si es declarado inocente (art. 73 de nuestro C. c.). Si se declara la culpabilidad de ambos, el Juez discrecionalmente podrá proveer de tutor. Y si otra cosa no se dispone la madre tendrá el cuidado del hijo hasta los siete años.

El mayor problema se plantearía, si la madre, declarada inocente en Alemania, y a quién compete hoy el cuidado del niño, pretendiera en Alemania, y lo consiguiese, ejercitar la opción del niño a nacionalidad alemana. Tal cambio de nacionalidad no sería reconocido en España (orden público), pero plantearía grave problema práctico si el padre obtiene la custodia y patria potestad del hijo en España, pues posiblemente nuestra sentencia no obtendría *exequatur* en Alemania.

D) *El marido debe instar la separación ante los Tribunales eclesiásticos.*

El dictamen se propone en cuanto a la posible contradicción o conflicto entre dos sentencias contradictorias; pero creo conveniente justificar la conveniencia de que se obtenga dicha sentencia.

Ha quedado ya admitido que don Abel, que tiene en Alemania la condición de «divorciado», tiene en España la de «casado». Y casado bajo régimen legal de gananciales, lo que significa que cuantos inmuebles adquiriera tendrán dicho carácter, y que necesitará el consentimiento de doña Lorene para enajenarlos en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.413. Por otra parte, mientras no haya sentencia en España, doña Lorene conservará sus derechos a la cuota viudal.

Hay que convertir el sistema de gananciales en sistema de separación, consiguiendo la separación canónica y sus consecuentes efectos civiles (En Alemania, el sistema de comunidad se convierte en separación desde la presentación de la demanda de divorcio).

En España, para los casados canónicamente, son competentes en causa de separación los tribunales eclesiásticos, que aplican el Derecho canónico, con lo que quedan excluidos los conflictos de leyes.

Tan solo es competente la jurisdicción civil para las medidas cautelares que previene el artículo 68 del Código civil en relación a las personas y bienes de la mujer y de los hijos (que no jugarán en éste caso), y para ejecutar las sentencias canónicas en lo que afecte a sus efectos civiles.

Obtenida sentencia del Tribunal eclesiástico no creo sea ejecutable en Alemania, porque ya es cosa juzgada el divorcio (en toda su amplitud, y por tanto en su vertiente de separación de personas y bienes), y porque no se reconoce a la Religión ningún efecto jurídico.

El valor de las sentencias extranjeras de divorcio o separación, está en cuanto a reconocimiento en Alemania, sujeto en general a las prevenciones de su Ley procesal civil. En principio el derecho alemán tiende a reconocer tales sentencias, y a que produzcan los mismos efectos que produce en el Estado extranjero que la haya dictado. Pero se excluye el reconocimiento de sentencias extranjeras en los siguientes casos:

- Cuando según el derecho alemán, no sea competente ningún Tribunal del Estado en que se ha dictado la sentencia.
- Cuando se condena a un acusado alemán que no se haya presentado en el proceso por falta de citación personal o a través del amparo jurídico alemán.
- Cuando en asuntos referentes al matrimonio o derecho de familia, una parte alemana sea objeto de un trato menos favorable del que le correspondería, según las normas del Derecho internacional privado alemán.
- Cuando la sentencia extranjera resulte contraria al orden público alemán.
- Cuando no esté garantizada la reciprocidad, o sea, cuando ésta no resulte de Tratados internacionales o de las Leyes o del derecho consuetudinario o de la práctica constante.

¿Podría obtener don Abel, en España, sentencia absolutamente favorable a él, declarándole inocente y sólo culpable a doña Lorene?

La respuesta es dudosa. Puede ser afirmativa si doña Lorene, demandada, no contesta las acusaciones y es condenada en rebel-

día. Pero si contesta y alega la postura de don Abel en el pleito alemán, veo difícil la afirmativa, porque en tal pleito el marido español, pretendía más que su inocencia, la culpabilidad común; o sea, se reconocía culpable, y nadie puede ir contra sus propios actos, como reiteradamente ha reconocido nuestra jurisprudencia.

De todos modos, sea cuál fuere el resultado de la sentencia en España, culpabilidad común de la esposa, produciría los necesarios efectos de separación de bienes.

Creo que no se plantearía problema de alimentos, ya que doña Lorene necesitaría ir a otro pleito en Alemania (porque la sentencia de divorcio no dice nada), y siempre podría oponerse el marido (como admite el Derecho alemán), alegando que la esposa trabajaba antes de casarse y puede seguir trabajando después.

CONCLUSIONES

Primera: Doña Lorene ostenta una doble nacionalidad anómala, que conforme a los principios que inspiran un Derecho internacional privado universal correcto debería resolverse a favor de la Ley del domicilio legal efectivo, español en éste caso.

Segunda: Que ello no obstante, haciendo caso omiso de estos principios, la legislación alemana quiere a todo trance facilitar el divorcio en sus nacionales, manteniendo a la mujer su primitiva nacionalidad, para poder obtenerlo en cualquier momento. Y por tanto, aunque la sentencia sea válida conforme a las Leyes alemanas, nunca podrá obtener *exequatur* en España por ser contraria al orden público español, y no producirá efectos ni en cuanto a la persona, ni en cuanto a los bienes del marido.

Tercera: Que tampoco tiene ningún valor ni eficacia en cuanto al hijo del matrimonio, que tanto según el derecho español, como el alemán, es español y tiene el domicilio legal del padre (aunque transitoriamente por su edad esté al cuidado de la madre).

Cuarta: El marido debe instar la separación canónica y sus consecuentes efectos civiles, para resolver los problemas que de otro modo le plantearía el régimen económico matrimonial de ga-

nanciales, y aunque tal sentencia no llegue a ejecutarse en Alemania, produciría efectos en España respecto de la persona y bienes de doña Lorene, a la que nuestra legislación considera española.

Tal es mi dictamen, que someto a cualquier otro mejor fundado.
Valencia, 9 de diciembre de 1969.

SEGUNDO DICTAMEN: DERECHO DE VISITA

Supuesto:

1.º Un alemán casó con una española; de esta unión hay un hijo (que ostenta la nacionalidad alemana paterna).

2.º Los abuelos maternos (de nacionalidad española), pretenden *visitar* a su nieto, a lo que se opone el padre.

Pregunta: ¿Tienen los abuelos derecho de visita?

Dictamen:

Convengamos en primer lugar que siendo el padre alemán, como igualmente el hijo, por virtud de la legislación española ante cuyo Juez Tutelar se plantea el problema, remite a la Ley nacional (por tratarse de una relación de tipo familiar) (art. 9 del Código civil español).

No hay duda de la aplicabilidad de la Ley alemana, que tiene un punto de conexión idéntico al español.

¿Qué dice la Ley alemana?

Ningún precepto que sepamos. regula el derecho de visita de los abuelos a los nietos.

¿Quiere ésto decir, que puede el padre a su libre arbitrio prohibir que los abuelos visiten a los nietos?

Entendemos, que no.

Nuestros argumentos son:

1º. Que es evidente que las relaciones entre personas unidas por el parentesco (por descendencia o matrimonio) son usuales actualmente dentro de un círculo restringido de cónyuges, padres e hijos; más allá se han ido debilitando las relaciones, ya que el mundo moderno, de raíz individualista, ha perdido el sentido de la importancia de un círculo familiar cerrado, que sólo reaparece cuando entra en juego el problema de la herencia.

Ahora bien, sin olvidar, con cuanto acabamos de decir, que el parentesco ha perdido paulatinamente importancia en orden a las consecuencias jurídicas que de él derivan, queremos destacar, que *actualmente* en Alemania la *importancia del parentesco*, se pone principalmente de manifiesto:

a) En el derecho hereditario, mediante el reconocimiento de la sucesión legítima, para la que es decisivo el orden de parentesco.

Concretamente el artículo 1.926 del BGB dice: «Herederos legítimos de tercer orden son los abuelos del causante y los descendientes de éstos».

Y a la inversa, el 1.924 dice: «Herederos legítimos de primer orden son los descendientes del causante. Un descendiente que viva al tiempo de la muerte del causante excluye de la sucesión a los descendientes emparentados con el causante a través de él»...

Es decir, que coinciden en este caso las normas alemanas y españolas, en cuanto a considerar que los abuelos y nieto del caso propuesto, pueden llegar a ser herederos legítimos entre sí (en Derecho español, tal nieto tiene derecho de legítima, por premoriencia de su madre).

Y ello implica que la Ley no desconoce cierta *relación* entre ambos.

b) En el deber de alimentos, el artículo 1.601 del BGB establece una obligación recíproca entre parientes de línea recta.

c) También se reconoce cierta intervención de los abuelos en materia de *tutela*.

Concretamente el artículo 1.776 dice: «Como tutores están llamados por orden sucesivo...: 4º. *El abuelo del pupilo por parte materna*; y el 1.778: «Quién está llamado como tutor según el

parágrafo 1.776, solo puede ser preterido sin su asentimiento si según los párrafos 1.780 a 1.784 no puede o no debe ser designado como tutor, o si está impedido para la asunción de la tutela, o si retrasa la asunción de la misma, o si su designación pudiese en peligro el interés del pupilo... [los citados artículos 1.780 y siguientes prohíben ser tutores a los menores, sujetos a curatela, concursados, privados de derechos civiles, excluidos por el padre, mujer casada (precepto derogado por la Ley alemana de Protección a la Juventud de 9 de julio de 1922), funcionarios o religiosos que necesiten permiso especial].

d) Determinados artículos 1.673, 1.847 y 1.862, reconocen el derecho de los abuelos (comprendidos dentro de la determinación genérica de «parientes y afines»), a ser oídos en determinados problemas tutelares: para decidir la subtracción o limitación de la facultad del padre de cuidar a los hijos; asuntos importantes de la tutela que supervisa el Tribunal competente; nombramiento de vocales del Consejo de familia.

2º. El principio de analogía. Ya que al cónyuge a quién no compete el cuidado de la persona del hijo no se le impide por ello trato personal con el hijo. El derecho al trato personal es una consecuencia del cuidado de la persona, el resto que se conserva de la patria potestad (Tribunal del Reich). El Tribunal de tutelas puede regular el trato con más detalle, incluso suprimirlo por cierto tiempo si es aconsejable para el bien del hijo.

3º. Este mismo principio de analogía llevado al campo del Derecho comparado: En derecho español, no se regula el derecho de visita, pero lo reconoce la Jurisprudencia.

CONCLUSIONES

Entendemos, que el derecho alemán no ignora, sino que reconoce:

— Determinadas relaciones entre parientes, y entre abuelos y nietos.

- La necesidad de proteger a los menores: se habla del interés del niño...
- Un derecho de visita del cónyuge que no tiene la guarda de los menores.

En definitiva, creemos posible, que se determine un derecho de los abuelos españoles a visitar a su nieto alemán (que vive en España), sin que el padre pueda oponerse. Para ello sería conveniente que el Tribunal fijase el modo y periodicidad de las visitas.

Cabe, sin embargo:

1. Que el padre traslade su domicilio a Alemania, en cuyo caso los abuelos deberían plantear nuevamente el caso ante tribunales alemanes, que creo fallarían a su favor.

2. Que sea el padre quien plantee la negativa:

a) Ante Tribunales españoles, pretendiendo que el derecho alemán no regula este derecho de visita. Lo que considero de difícil viabilidad y prueba.

b) Ante tribunales alemanes, que creo no podrían basarse en violación de orden público, ya que no es contrario a los principios básicos del derecho alemán, el mantener la relación moral de abuelos a nietos que el propio BGB reconoce en todos los preceptos que hemos transcrito.

Tal es mi dictamen que someto a cualquier otro mejor fundado, en Sagunto, a 10 de abril de 1970.

VICENTE L. SIMÓ SANTONJA

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

15. PROPIEDAD HORIZONTAL.—VENTA A EXTRAÑOS DE ELEMENTOS COMUNES. DESPUÉS DE ACUERDO UNÁNIME EN JUNTA DE PROPIETARIOS DE DESVINCULAR LA VIVIENDA-PORTERÍA COMO ELEMENTO COMÚN Y DE USO FUNCIONAL COMPARTIDO, SEÑALÁNDOLA UN PORCENTAJE COMO PISO INDEPENDIENTE (REDISTRIBUYÉNDOSE LAS CUOTAS DE LOS RESTANTES), PERO SIN INSCRIBIRSE COMO PRIVATIVO A NOMBRE DE TODOS LOS PROPIETARIOS EN PROPORCIÓN A SUS RESPECTIVAS CUOTAS, ES SUFICIENTE NUEVO ACUERDO, TAMBIÉN UNÁNIME DE LA JUNTA, EN LA FORMA ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 16, PARA CONCERTAR LA VENTA DE DICHA VIVIENDA Y AUTORIZAR AL PRESIDENTE PARA QUE EN NOMBRE DE LA COMUNIDAD FORMALICE LA ESCRITURA, SIN NECESIDAD DE QUE TODOS LOS COPROPIETARIOS PRESTEN EL CONSENTIMIENTO DE VENTA EN FORMA INDIVIDUAL EN ELLA, PORQUE LA VERDADERA NATURALEZA DEL ACTO CALIFICADO ES LA DE ENAJENACIÓN DE UN ELEMENTO COMÚN DESAFECTADO QUE NO PASA EN NINGÚN MOMENTO A SER LOCAL PRIVATIVO Y HAN DE APLICARSE LAS NORMAS DE LOS ARTÍCULOS 12, 13 Y 16 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

Resolución de 5 de mayo de 1970 («B. O.» de 4 de junio)

Antecedentes de hecho.—Vendida por pisos, antes de la Ley vigente de Propiedad horizontal, la casa de la calle Oviedo núm. 32, de Madrid, en la escritura de adaptación de los Estatutos de la Comunidad a dicha Ley, otorgada el 9 de octubre de 1965, en base al acuerdo de la Junta se procedió a desvincular como elemento común la vivienda que estaba destinada a portería (bajo núm. 3) al cual se le atribuye un porcentaje del 6,6 por 100 en los elementos comunes, a la vez que se redistribuirían las cuotas (1) correspondientes a los otros pisos; la nueva vivienda seguiría perteneciendo a la comunidad, si bien por no formar ya parte de los elementos comunes inseparables de la propiedad horizontal, no se incluye en la relación que de esos elementos hace el nuevo artículo 1.º de los Estatutos, ni por otra parte se verifica su descripción física ni se solicita su inscripción como finca independiente; la escritura se inscribió en la forma indicada.

En sesión de 6 de febrero de 1966, la Junta de propietarios acordó «vender el piso que fue de la portería, a don Moisés Bausela Martín, en la cantidad de 125.000 pesetas, al contado; se autoriza al Presidente para que, en nombre de la comunidad, firme cuantos documentos públicos o privados sean necesarios hasta la total inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad». Como en la sesión estuvieron ausentes tres de los propietarios de piso, se acordó notificarles el acuerdo y firmaron después, en el libro de actas, su conformidad con la enajenación, haciéndolo por los herederos de uno de ellos que había fallecido, una de sus hijas, notificándose también el acuerdo a otros posibles herederos mediante acta notarial remitida por correo certificado al titular del piso o sus herederos en la propia finca a que se refiere el recurso. En cumplimiento de lo acordado el Presidente otorgó ante el Notario de Madrid don Santiago Pelayo Hore escritura de venta de la vivienda con la descripción correspondiente a favor del señor Bausela (2).

Presentada esta escritura en el Registro núm. 6, de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción de segregación y venta del piso que fue vivienda-portería a que se refiere el precedente documento, por los defectos siguientes: 1.º No corresponder a la Junta de copropietarios la facultad de enajenación del referido piso, que se atribuye al Presidente en representación de aquellos asistentes al acuerdo y de la ratificación que se dice de los no asistentes, facultad no comprendida dentro de los distintos apartados del artículo 13 de la Ley de 21 de julio de 1960 sobre propiedad horizontal; y 2.º No constar la ratificación en escritura pública por los demás copropietarios de la enajenación realizada en su nombre por su Presidente. Y siendo, al parecer subsanable este último defecto, no se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado».

El Notario autorizando interpuso recurso gubernativo y sus principales alegaciones pueden resumirse así: Que el condominio en el cual la relación de adscripción de una cosa al interés de varios hombres se establece individualmente entre cada interesado y la cosa, sin surgir

(1) Aunque el Resultando dice en el *Boletín Oficial*: «a la vez que se redistribuirían las cuotas» del conjunto de la resolución parece que éstas se redistribuían efectivamente en la escritura de 9 de octubre de 1965.

(2) Aunque el Resultando expresa cantidad distinta a la del acuerdo (120.000 pesetas y no 125.000) debe tratarse de error de imprenta en alguno de los dos pasajes, por cuanto tal discordancia no juega en el recurso.

un ente colectivo, es figura inestable y anómala mirada con recelo por el legislador que procura su terminación (arts. 400, 404 y 1.522 del Código; que cuando los interesados no son extraños entre sí, sino que resulta un interés conjunto diferente de la suma de los individuales dispersos, el derecho acude a configurar una persona jurídica y al surgir ésta con contornos más o menos perfilados desaparece aquella multiplicidad de intereses inconexos y el legislador dicta disposiciones especiales para regular esas situaciones, una de las cuales es la propiedad horizontal; que la Ley vigente sobre la materia, afortunadamente pragmática ha procurado resolver, huyendo de rigideces doctrinales, los numerosos problemas que plantea la propiedad de pisos; que la propiedad horizontal es una institución *sui generis*, que algún autor y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1956 han llamado propiedad colectiva y cuyas características ponen de manifiesto la Sentencia de 18 de mayo de 1960 y la exposición de motivos de la Ley que confiesa alejarse del sistema de la comunidad de bienes; que por la nota no se sabe si el Registrador cree que la Junta de Propietarios no tiene subjetivamente facultad para enajenar elementos comunes o cree que la cosa vendida no es elemento común; que el sistema establecido por la Ley de Propiedad es totalmente distinto al de la comunidad de bienes del Código; en ésta la unanimidad o mayoría, sin acuerdo previo, sin resultado de hecho de una serie de comportamientos individuales, mientras en aquella delibera y decide colectivamente los asuntos que interesan a la comunidad, haciendo a continuación referencia y transcripción del artículo 13, 5.º y 12 apartado 1.º de la Ley; que dada la claridad de estos preceptos, seguramente el Registrador no ha querido decir que la Junta no tenga facultades para la enajenación si el piso fuese elemento común, sino que éste, desde que se tomó el acuerdo de no dedicarlo a portería, dejó de ser elemento común transformándose instantáneamente en un *pro indiviso* romano regido por el Código; que para calificar de común o privativo algún elemento no se puede prescindir del criterio voluntarista decisivo en muchos casos, como acontece en la práctica cuando construido un edificio, la comunidad de propietarios acuerde no vender los locales comerciales y considerándolos elemento común destinarlos a ser arrendados para con el alquiler atender a gastos de la comunidad o en aquellos supuestos en que la Empresa urbanizadora construye calles, paseos, jardines, escuelas, etc., que pertenecen proporcionalmente a los titulares de las viviendas, en los que el *pro indiviso* romano resulta inconveniente; que en los citados casos y otros similares el concepto amplio y flexible de la propiedad por pisos de la Ley de 1960 es mucho más útil; que señalada la eficacia de la voluntad de los propietarios manifestada a través de sus acuerdos en orden a determinar el carácter común o privativo de un elemento del edificio y conseguida la unanimidad en la forma prevista en el artículo 16 de la Ley, el escrúpulo registral dimanó probablemente de que la voluntad de la Junta se manifestó a través de dos acuerdos sucesivos; pero ambos acuerdos constituyen un solo proceso y responden al mismo propósito de vender el piso que por ello se elimina de la relación de elementos comunes y se le señala un porcentaje; que el Registrador entiende que siempre que la Junta se pronuncie sobre la venta de una cosa común, esta se convierte en un *pro indiviso* ordinario que requiere que los propietarios vayan desfilando uno tras otro en presencia del Notario para consentir individualmente la venta de su respectiva participación indivisa, lo cual no fue la voluntad de los propietarios según resulta de sus acuerdos; que el propio Registrador se deja arrastrar por la evidencia de los hechos hablando de la ratificación de los copropietarios de la enajenación realizada en su nombre por su Presidente, del que no cabe hablar

en el *pro indiviso* romano y que su riguroso criterio se apoya únicamente en la inercia de la tradición y no en la Ley de 1960.

El Registrador informó: que no desconoce esta Ley, pero estima que en el caso existe un exceso de atribuciones concedidas al Presidente; que la citada Ley no va más allá del objeto de la misma por lo que rigen los preceptos de la Legislación civil para aquellos actos o contratos que han de tener su acceso al Registro de la Propiedad; que el defecto 2.º sólo se expone como medio de subsanar el primero; que a la inscripción del documento se opone la legislación civil vigente, en cuanto al derecho de representación que se atribuye al Presidente de la comunidad con una simple autorización de una parte de ellos y la posterior conformidad de los no comparecientes en la sesión celebrada, por lo cual el Registrador desconoce la capacidad de los copropietarios en cuanto a la libre disposición de sus bienes, así como sus circunstancias personales, requisitos imprescindibles para la inscripción; que también se opone el artículo 20 de la Ley, pues aunque en la reunión de 1965 se acordó desafectar la vivienda del portero de tal destino en el Registro sólo consta la variación de destino pero no su segregación, ni los titulares de tal elemento común, ni la participación que a cada uno corresponde en el mismo; que la propiedad por pisos engendra una copropiedad especial, regida por una Ley especial; que no existe dificultad en que se desvincule de su fin si no se precisa la vivienda del portero y se decida su enajenación; que los actos de enajenación de elementos comunes susceptibles de cambiar de destino exigen como reconoce el recurrente la concurrencia de todos los partícipes y exige que tales actos sean ejecutados por todos, lo que supone el acuerdo unánime de los mismos y que ningún copropietario, incluido el Presidente de la Junta, que sólo representa a la comunidad en los asuntos que afectan a la misma, puede ejecutar por sí solo acuerdos de tal naturaleza; que la Ley no ha dotado a la Junta de propietarios de personalidad jurídica por lo que la representación de su Presidente sólo puede extenderse a los asuntos que no trasciendan a las esferas de la legislación civil e hipotecaria; que la nota no es opuesta al cambio de destino de la vivienda-portería y que la modificación de los Estatutos fue inscrita como una exigencia de la Ley; pero la segregación de la portería para constituir vivienda independiente y su venta exigen para su inscripción registral la comparecencia ante el Notario de todos los partícipes sin que sea admisible la representación de los mismos por la Comunidad.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por éste; el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos con puntualizaciones y ampliaciones referentes al Auto del Presidente de la Audiencia, y la Dirección General acuerda revocar el Auto apelado y la nota del Registrador (3) en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección General.—Después de acuerdo unánime en Junta de propietarios de desvincular de vivienda-portería como elemento común y de uso funcional compartido a la que se señala, como piso independiente, un determinado porcentaje a la vez que se redistribuyen las cuotas de los restantes, la cuestión que plantea este expediente consistente en resolver si basta nuevo acuerdo de la Junta de propietarios, logrado por unanimidad en la forma establecida en el artículo 16 de la Ley, para concretar su venta y autorizar al Presidente para que en

(3) Vistos los artículos 396 del Código civil, 8 de la Ley Hipotecaria y la Ley de Propiedad horizontal de 21 de julio de 1960.

nombre de la comunidad formalice escritura e inscripción, o sí, por el contrario, se necesita que todos los copropietarios, en forma individual, presten consentimiento en escritura pública.

La constitución de un edificio—destinado a viviendas o locales de negocio—en régimen de propiedad horizontal sustrae aquél a la comunidad ordinaria de bienes ordenada en título III del libro II del Código civil, y crea una figura jurídica original que trata de delimitar el artículo 3.º de la Ley de 21 de julio de 1960, señalando un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente y una copropiedad compartida con los demás propietarios, en todos los restantes elementos, pertenencias y servicios, sin duda alguna comunes y, en principio, utilizados por todos.

Ese derecho de propiedad singular—creación intelectual inspiradora de la Ley—se cifra y materializa en la cuota de participación con relación al total valor del inmueble y referido a centésimas del mismo, con la posibilidad de disponer de tal derecho *inter vivos* y *mortis causa* y de percibir, en su día, si se extinguiere el régimen de propiedad horizontal, en los casos señalados por la Ley, una cuota de liquidación en consonancia con la de participación fijada.

Tal cuota de participación no queda, en principio, afectada por la desvinculación como elemento común de uso compartido de un piso originariamente destinado a portería, el cual puede continuar siendo explotado como elemento común del inmueble que ya no es usado por todos funcionalmente, sino que su uso y aprovechamiento se cede en forma onerosa, como ocurre con frecuencia con ciertos locales de negocio, cuya renta se aplica a pago de gastos comunes y que, incluso, como sucede en el caso cuestionado, puede venderse a un extraño, en cuyo supuesto es ya obligatorio el reajuste de coeficientes de todos los copropietarios, cuyo número aumenta en una unidad.

Si el piso destinado originariamente a portería y posteriormente desafectado de su carácter de elemento común de uso funcional compartido, se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad como local privativo a nombre de todos los copropietarios y en proporción a sus respectivas cuotas, la enajenación debería hacerse en forma ordinaria y mediante el consentimiento prestado en escritura pública, de todos los copropietarios, cuya voluntad no podría ser sustituida por un acuerdo de la Junta, toda vez que no son equivalentes la suma de los consentimientos de los copropietarios, individualmente prestados, y el acuerdo de la Junta, aunque se adopte por unanimidad, ya que la competencia de ésta es siempre limitada y su forma de actuación especial.

Al no aparecer inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de todos los copropietarios y como local privativo el piso destinado originariamente a portería, a pesar de su previa desafectación como elemento común, la verdadera naturaleza del acto calificado es la de enajenación de un elemento común que se desafecta previamente con tal finalidad, sin pasar en ningún momento intermedio, a la categoría de local privativo, razón por la cual han de aplicarse en este caso las normas sobre modificación del título constitutivo y funcionamiento de la comunidad en régimen de propiedad horizontal y, especialmente el artículo 12, en cuanto determina que el Presidente «representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten»; así como el artículo 13, en cuanto establece que corresponde a aquélla «conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común»; y el artículo 16, en cuanto exige para los acuerdos de la Junta, «la unanimidad para la validez de los que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título

constitutivo de la propiedad o en los estatutos», con lo que hay que concluir que corresponde a la competencia de la Junta, si bien sometida al régimen de unanimidad, el acuerdo modificativo del título constitutivo, de desafectar el piso destinado a portería y enajenarlo en interés colectivo.

En el presente supuesto es de observar que la unanimidad necesaria para la validez del acuerdo se halla reflejada en la correspondiente acta de la Junta, ya que se notificó su contenido a los propietarios que no asistieron, dos de los cuales manifestaron con posterioridad, su conformidad en diligencias en la misma acta, y en cuanto al otro no asistente, dejó transcurrir, sin oposición, el plazo de un mes que a partir de la notificación señala el artículo 16 de la Ley como necesario para que el acuerdo sea vinculante, por lo que hay que concluir que, cumplidos los requisitos legales establecidos, puede el Presidente, en nombre de la Junta de condueños, otorgar la correspondiente escritura de venta.

Se hace innecesario entrar en el estudio del segundo defecto, al no resultar necesaria la ratificación en escritura pública de los demás copropietarios si se considera válida y eficaz la enajenación hecha en su nombre por el Presidente de la Comunidad.

Comentario.—Cuando el 5 de mayo último la Dirección General de los Registros falló a favor del Notario recurrente, el recurso objeto de este comentario, dio un decidido paso hacia el reconocimiento de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios sometidas a la Ley de Propiedad Horizontal. Acaso este camino sea acertado y aceptable en vista del derecho comparado y de la realidad jurídico-social, pero no está exento de peligros, por cuanto siempre se producen distorsiones al introducir un principio nuevo en tanto no se cambian las normas instrumentales que constituyen el sostén del anterior contrario.

Haremos primero un análisis crítico de las alegaciones del Notario recurrente, desarrollaremos luego los argumentos del Registrador, y trataremos por último de encontrar una explicación razonable al fallo que en nuestra modesta opinión no es exactamente la derivada de la argumentación de sus considerandos.

A) La primera parte del escrito de recurso es una hábil insinuación de que en las comunidades de propietarios en propiedad horizontal surge un ente colectivo y nace una persona jurídica, sin llegar a hacer una concreta afirmación en este sentido. El recurrente sabía que nuestra Ley vigente rechaza tal personalidad jurídica, pero al socaire de ciertas alabanzas a su pragmatismo y a cuanto ha huido de rigideces doctrinales, va el escrito cultivando aquella insinuación.

La segunda honesta artimaña del recurrente consiste en hacer conjeturas sobre la opinión del Registrador, sobre lo que éste, ha querido decir y sobre los motivos últimos de la calificación negativa. La mayor parte del escrito del recurso está dedicado a estas conjeturas, apoyadas en peticiones de principio, pues lo que se trata de probar es precisamente que la Junta tiene facultades para enajenar el elemento común desafectado que es lo que el Registrador negaba y el Notario da por supuesto. Con la alegación de dos prácticas que el recurrente estima usuales (reserva como elementos comunes de locales comerciales para alquilar, y viales y escuelas comunales de las urbanizaciones) y la de que la voluntad de los propietarios fue contraria a la exigencia del Registrador y del Código de hacerlos desfilar uno tras otro en presencia del Notario queda casi agotada la argumentación de éste, indudablemente hábil, pues al

final el lector queda casi convencido, sin argumento ninguno, de que la Junta tiene facultades para la enajenación a extraños de los elementos comunes, conforme a los artículos 12, 13 y 16 de la Ley, y de que el derecho común del Código no tiene aplicación.

B) *El informe del Registrador, aunque claro y suficiente para justificar su razonable denegación, simplifica en exceso el problema y peca un tanto de inocente. Concede alegremente una total prevalencia a la legislación común civil e hipotecaria sobre la Ley de propiedad horizontal cuyo ámbito, limita a priori a su objeto propio, sin determinar éste, exigiendo la aplicación de los preceptos de aquella para los actos y contratos que han de tener su acceso al Registro. La alegación del artículo 20 de la Ley hipotecaria es oportunísima; incluso debió insistirse más en ella, ya que en el caso jugaba una interrupción del tracto (propietario fallecido); pero aquí, como en la totalidad de las alegaciones, se deja sin explicar el juego combinado de la legislación común y la Ley especial, de cuya combinación tiene que obtenerse la norma aplicable al caso. A pesar de todo, los argumentos que daremos a continuación, en favor de la nota denegatoria se encuentran suficientemente reflejados en el informe del Registrador.*

C) *Argumentando en favor de la nota denegatoria destacaremos los siguientes puntos.*

1. *Todos los autores parecen conformes en que la Ley vigente ha rechazado la personalidad jurídica de las comunidades de propietarios. La exposición de motivos es clara en este punto cuando hace referencia a la evolución de la propiedad horizontal: hace ésta su irrupción en los ordenamientos como una modalidad de la comunidad de bienes, después se subrayan los perfiles que la independizan de la comunidad y así la Ley de 1939 reconoció la propiedad privativa y singular del piso o local, quedando la comunidad como accesorio, circunscrita a los elementos comunes; y la Ley vigente, dando un paso más, lleva al máximo posible la individualización de la propiedad desde el punto de vista del objeto, incorporando a éste (o sea, al piso o local), el propio inmueble, sus pertenencias y sus servicios. Sobre el piso, el uso y disfrute son privativos; sobre el inmueble, edificación, pertenencias y servicios, el uso y disfrute han de ser compartidos; pero unos y otros derechos, aunque distintos en su alcance, se reputan inseparablemente unidos, unidad que también se mantiene respecto de la facultad de disposición. El coeficiente o cuota no es ya la participación en los elementos comunes, sino que expresa (activa y pasivamente) el valor proporcional del piso (y de cuanto a él se considera unido) en el conjunto del inmueble que se divide así, física y jurídicamente en pisos y económicamente en fracciones o cuotas.*

De este apartado de la exposición de motivos, que hemos sintetizado, aparece claro que la evolución no fue dotar de personalidad jurídica a lo que antes era simple comunidad de bienes (condominio sobre el edificio) sino, por el contrario, reforzar la importancia y trascendencia de la propiedad singular del piso, a la que se incorpora, como accesorio, el uso y disfrute compartido de los elementos comunes. De esta manera la Ley vigente se aleja más de la idea de ente colectivo dotado de personalidad jurídica que el régimen anterior, en el que, más destacada la idea de comunidad sobre el edificio en conjunto, era más fácil dar a tal comunidad la vestidura de la personalidad jurídica.

La Ley centra la relación jurídica fundamental en el derecho de propiedad singular y exclusiva del propietario sobre su piso [apartado a) del artículo 3.º], dejando en el segundo plano [apartado b)], la copro-

riedad con los demás dueños de los otros pisos, sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes. No encontramos en ella ningún indicio de un derecho de propiedad de la comunidad de propietarios sobre el inmueble, sobre el edificio en su conjunto, ni sobre sus elementos comunes. Y esto precisamente porque se ha querido que la participación en los elementos comunes sea nada más que un anejo, un accesorio del derecho de propiedad exclusiva sobre el piso.

El artículo 12 no es ningún argumento en favor de la personalidad jurídica de la comunidad. El Presidente representa en juicio y fuera de él a la comunidad; pero sólo en los asuntos que la afecten. Las siguientes frases de la exposición de motivos son concluyentes: «La concurrencia de una colectividad de personas en la titularidad de derechos que, sin perjuicio de su sustancial individualización, recaen sobre fracciones de un mismo edificio y dan lugar a relaciones de interdependencia que afectan a los respectivos titulares, ha hecho indispensable en la práctica la creación de órganos de gestión y administración». La lectura del apartado completo de la exposición de motivos dedicado a estos órganos y de los artículos 12 a 18 de la Ley nos lleva a la conclusión de que no hay ninguna persona jurídica titular de ningún dominio y de que ni el Presidente ni la Junta tienen la menor facultad dispositiva del único derecho de dominio que aparece en la Ley: el de cada propietario sobre su piso, del cual forma parte integrante la participación del mismo en la copropiedad sobre los elementos comunes.

Damos por conocidas las múltiples posiciones doctrinales en orden a la naturaleza del condominio en general. Esta multiplicidad resulta en gran parte de la variedad legislativa sobre la copropiedad y también de la existencia de varias modalidades de copropiedad en una misma legislación. La variedad de normas en la regulación de cada tipo y cada legislación afecta a su naturaleza, y por eso es desacertado decidirse por determinada opinión en abstracto (4).

También son múltiples las posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal. También aquí, y con mayor razón (5) es desacertado buscar una postura mejor haciendo abstracción de la normativa concreta de cada legislación (6). Desde el punto de vista práctico, lo mejor es separar la tesis de la persona jurídica frente a todas las que niegan que exista una persona jurídica formada por el conjunto de los propietarios. Pero hay que evitar exagerar esta separación. Entre ambas tesis no puede existir un tajo insalvable porque precisamente nos enseña el derecho comparado que los tanteos legislativos en esta materia parecen encaminarse a buscar la confluencia entre ambas opuestas tesis. Así la Ley francesa de 1965, al hacer obligatoria la constitución de un sindicato con personalidad civil, se pasa aparentemente a las soluciones anglosajonas. Por el contrario, si hemos de creer a AGUIRRE (7), los Estados Unidos encaminan sus pasos a sustituir su sistema de «Cooperative apartment plan of ownership» por la legislación de Puerto Rico que no difiere sustancialmente de la nuestra y así en el Estado de Massachusetts se ha pasado al sistema europeo de primacía de la propiedad exclusiva e individualizada del piso o apartamento con creación de un «trust» de los propietarios para la administración.

(4) Puede verse esta materia en la monografía de BELTRÁN DE HEREDIA: *La comunidad de bienes en el Derecho español*.

(5) Con mayor razón porque al tratarse de una figura jurídica sin sedimentar, constantemente batida por hechos y circunstancias nuevas, su formulación legal está sometida a frecuentes y recientes cambios.

(6) Ver el resumen de *Teorías en FUENTES LOJO*, I, págs. 61 a 75.

(7) A AGUIRRE, en los núms 420-421 de esta REVISTA, págs. 305 y sigs.

Lo que consideramos acertado en la exposición del Notario recurrente es calificar de pragmática la Ley vigente. Es verdad que ha huido de rigideces doctrinales y también es verdad que la Ley puede conceder a la Junta facultades para enajenar elementos comunes, tanto concediendo como negando personalidad jurídica a la comunidad como norma de principio. Lo que mantenemos es que una Ley que ha negado, como norma de principio, tal personalidad jurídica, está negando, también en principio, facultades dispositivas a la Comunidad y a la Junta. Y la prueba de que ha querido conceder estas facultades debe ser convincente, ya que ha de presumirse lo contrario.

No vemos inconveniente grave en decir que las comunidades de propietarios gozan de una cierta personalidad jurídica determinada por el principio de especialidad de su fin. El Presidente, al cumplir acuerdos de la Junta, actúa como representante orgánico—legal más que voluntario; pero el ámbito de su representación, como las mismas facultades de la Junta, no puede exceder de los límites de gestión de los asuntos comunes y de la administración del edificio como conjunto y nunca puede llegar a afectar a los derechos de dominio exclusivo de los propietarios. El problema estriba por tanto en determinar los límites de las facultades de la Junta de Propietarios.

Es verdad que el apartado 4.º del artículo 13 autoriza a la Junta para aprobar y reformar los Estatutos y que la regla 1.ª del artículo 16 hace referencia a los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos. Pero, deducir de estos preceptos, apoyándose en el principio ubi lex non distinguit..., que la Junta tiene facultades para todo tipo de alteraciones en el título constitutivo y en los Estatutos, no parece razonable, porque a través de sencillas alteraciones en cláusulas del título o de los Estatutos pueden resultar menguados e incluso extinguidos los derechos dominicales de los propietarios de los pisos. El argumento ad absurdum debe prevalecer aquí sobre el ubi lex non distinguit... Los actos dispositivos del piso, todo cuanto afecte a su extensión, a su sustancia y a su porcentaje debe estar reservado al consentimiento individualizado y notarialmente controlado del propietario del piso. Esto es lo que quería decir el Registrador cuando invocaba la legislación civil e hipotecaria en ayuda de su calificación. Pero incurrió en el descuido de creer que en la Ley de Propiedad horizontal no había elementos suficientes para restringir a sus justos términos el ámbito del apartado 4.º de su artículo 13 y la regla 1.ª del artículo 16.

2. La Ley vigente agota totalmente el edificio en propiedad horizontal con los pisos, locales o departamentos en propiedad singular y exclusiva, de un lado; y los elementos comunes, accesorios y necesarios para el uso y disfrute de aquellos, de otro. La Ley, en abstracto y el título constitutivo en concreto describen y separan unos de otros. El elemento común es en la Ley, por definición, algo accesorio que está al servicio de los pisos (de todos o de algunos). Y no hay nada más en el edificio. Además de los pisos independientes y de los elementos comunes no hay ningún tertius genus que no sea ni elemento común ni piso independiente. La Ley en ningún momento ha pensado en parte alguna de la casa, susceptible de aprovechamiento independiente, que no sea ni una cosa ni otra y esté atribuido en propiedad a la Comunidad como ente social representada por su Junta y en definitiva por su Presidente. La Ley ha rechazado tal cosa claramente con su silencio.

En mi modesta opinión la escritura de 9 de octubre de 1965, en la que se desvincula la vivienda-portería, se le asigna un porcentaje del 6,6 por 100, y se atribuye a la comunidad, si bien no como elemento

común, sin describirse ni solicitarse su inscripción como finca independiente, adolecía de defecto que no fue acusado por el Registro.

El piso portería quedaba en una situación anómala, en una especie de limbo hipotecario, reflejo de la condición de cosa nullius con la que civil y notarialmente había quedado. Esta anómala situación que de ninguna manera encajaba en la Ley de Propiedad horizontal, no podía tener después salida fácil. Por un lado el desdoblamiento de la operación de venta a un extraño de la vivienda-portería en dos fases o momentos añadía la garantía de aportar dos acuerdos de la Junta; por otro lado, al complicar el asunto daba más amplio margen a las sutilezas doctrinales y, por último, si ingresaba en el Registro la primera fase se tenía ya medio camino recorrido. Con esto no insinuamos que ambas escrituras derivasen de un cuidadoso plan previo, porque la búsqueda de comprador del piso pudo ser la razonable operación intermedia. Lo que queremos dejar sentado es que con dos fases o con una sola, la solución del problema básico, consistente en averiguar a quién corresponden las facultades dispositivas de un elemento común, debe ser la misma.

3. La imposibilidad de enajenar los elementos comunes resulta del texto literal del artículo 396, 2.º Este precepto no es una mera repetición del último párrafo del artículo 3 de la Ley. La prohibición de enajenación, gravamen y embargo inmediatamente puesta a continuación de la prohibición de división nos demuestra que es una prohibición dirigida al conjunto de los propietarios. La redacción es, sin duda, imprecisa, pero su lectura más imparcial conduce a que las partes o elementos comunes no pueden dividirse, enajenarse, gravarse ni embargarse ni siquiera con unanimidad de los copropietarios. Sólo cabe la enajenación, gravamen y embargo de la participación que corresponde en ellos a cada piso y juntamente con éste, del que es anejo inseparable.

Ni esta interpretación es absurda ni es absurdo el artículo 396 interpretado así. Lo que ocurre es que la Ley no pensó en el supuesto de que resulte conveniente desafectar un elemento común. Es que el concepto de elemento común de la Ley (necesario para el adecuado uso y disfrute del edificio) peca de simplista y elemental. Situado lo necesario entre lo conveniente y lo imprescindible; siendo relativa y subjetiva la cualidad de necesario y siendo posible la variación de circunstancias influyentes en tal cualidad, la Ley debió prever el caso de desafectación de un elemento común y regular los requisitos de las enajenaciones, etcétera, de los elementos desafectados.

4. La Ley de propiedad horizontal contempla en su artículo 4.º la propiedad colectiva de todos los propietarios sobre un piso o local determinado. Este artículo sólo admite dos posibilidades o situaciones. La copropiedad romana pro indiviso, que puede corresponder a la totalidad de los propietarios de pisos, incluso con participaciones respectivamente iguales a sus cuotas de participación en el edificio; y la situación de propiedad colectiva de fin cuando la cotitularidad resulte establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios. Esta segunda situación de dominio colectivo, indivisible e inseparable de la propiedad de los pisos puede, por ello, recaer también sobre un piso o local o un elemento del edificio que no sea elemento común típico o por naturaleza, pero convierte el piso en elemento común por destino. No parece posible una tercera alternativa. Para el pensamiento de la Ley cuando una parte de edificio se desafecta, cuando un piso colectivo común deja de estar destinado al servicio o utilidad común debe pasar a la situación primera.

5. Si consideramos demostrado que la Ley vigente no contempla más dominio que el exclusivo sobre el piso del que es anejo la partici-

pación de condominio sobre los elementos comunes; que para ella no hay más que pisos privativos y elementos comunes destinados al común y que cuando un elemento deje de ser común por su destino ha de pasar a privativo, no debe extrañarnos que no haya previsto la enajenación de elementos comunes como una de las facultades de la Junta. Si la Ley hubiera querido conceder a la Junta facultades de disposición de los elementos comunes lo hubiera hecho en el lugar más destacado del artículo 13. Incluir tales facultades en el "et cetera" de su apartado 5.º, cuando las primeras y principales de la enumeración del artículo son de mera administración, no parece interpretación correcta. La Ley ha estimado que estos actos de disposición deben realizarse individualmente por el total de los propietarios por ser algo que afecta a su derecho primordial de propiedad ordinaria, singular y exclusiva sobre su piso de la que es accesoria la titularidad compartida sobre los elementos comunes. Igual tiene que darse sentido restrictivo y limitado al apartado 4.º. De la misma manera que los llamados derechos individuales del accionista están sustraídos de la competencia de la Junta general de la S. A., así la actividad que desarrolla la Junta de propietarios se encuentra "limitada por los preconstituídos e invariables derechos subjetivos de los condueños" (PERETTI GRIVA).

6. Es ya antigua la duda en nuestra doctrina sobre la posibilidad de enajenación de elementos comunes. Don JERÓNIMO la admite partiendo de la distinción germánica entre partes integrantes (esenciales y no esenciales) y accesorios. La literatura sobre propiedad horizontal es tan abundante que no estimamos conveniente entrar en detalles sobre el particular. Las discusiones sobre si la prohibición del apartado 2.º del artículo 396 del Código tiene por destinatario el propietario individual y por ello igual contenido que la regla final del artículo 3.º de la Ley o si va dirigida incluso al conjunto de los copropietarios son, en cierto sentido, totalmente estériles, pues no puede negarse que todos los propietarios juntos y de acuerdo pueden hacer lo que estimen conveniente con los elementos comunes y con la totalidad del edificio.

Lo que si es verdaderamente interesante es si estos actos de enajenación de los elementos comunes están dentro de las facultades de la Junta o requieren consentimiento individual. Y en esta cuestión los autores o no entran o dan por supuesta una total soberanía de la Junta (con unanimidad). Así, por ejemplo, FUENTES LOJO (8) precisamente refiriéndose a la venta de la portería una vez dividido el inmueble por pisos, dice que, en este caso, sólo se requiere la constitución de los propietarios en Junta, previa, convocada al efecto, en la que se tome por unanimidad el acuerdo de venta. Pero debe tenerse en cuenta que el autor está enumerando los distintos supuestos de ventas del local previsto para portería para clasificarlas en posibles o nulas, etc., y no se plantea directamente la duda o problema básico de este recurso.

Estimamos que el problema no puede resolverse menospreciando la diferencia que la Dirección ha dejado tan claramente sentada en el 5.º Considerando. Pero tampoco debe tergiversarse con el distinguo de que la operación se consume en una fase o en dos. La enajenación a extraños de un elemento común es un negocio único y unitario; desafectación y enajenación son operaciones sucesivas, pero totalmente conectadas. En nuestro caso, el precio que el señor Bausela estuviese dispuesto a pagar por la vivienda-portería era decisivo para el acuerdo de desvinculación. En cuanto se piense en otra cosa estamos transformando la comunidad de propietarios en algo totalmente alejado de

(8) JUAN V. FUENTES LOJO, *Suma de la Propiedad por apartamentos*. 2.ª edición, tomo I, págs. 118 y sigs.

su fin. En cuanto estemos dispuestos a admitir que la Junta tiene una titularidad duradera de elementos pseudo-comunes para traficar con ellos y disponer de los mismos en régimen de persona jurídica, estamos saliéndonos claramente de la Ley de Propiedad horizontal y entrando en un peligrosísimo terreno de competencia desleal con la sociedad mercantil.

7. A primera vista no parece que exista diferencia entre el consentimiento individualizado de todos y cada uno de los propietarios de los pisos y el consentimiento del Presidente dado en cumplimiento y ejecución de un acuerdo de la Junta tomado por unanimidad. Posiblemente por esto los autores no suelen dedicar excesiva atención al ámbito y límites de las facultades de la Junta de Propietarios en orden a actos dispositivos y de alteración de título constitutivo y estatutos. Pero, tanto en el orden práctico como en el formal, estimamos la cuestión trascendental y probablemente la más delicada que encuentra la interpretación evolutiva de la Ley de Propiedad horizontal. El Notario recurrente la presenta en toda su crudeza cuando rechaza la exigencia de que los propietarios vayan desfilando uno tras otro en presencia del Notario al otorgamiento de la escritura de venta. Ignoramos cuántos serían los propietarios de la casa de Oviedo, 32, pero si pensamos en la posibilidad de que el número de propietarios podría ser en otro caso diez y cien veces mayor y el porcentaje de valor del elemento común a enajenar, diez o cien veces menor, el argumento clave del señor Pelayo cobra una relevancia indudable y el llevar las enajenaciones de elementos comunes al régimen de los artículos 12, 13 y 16, 1.º de la Ley especial resulta imprescindible y perentorio.

Pero esta solución por práctica y evolutiva que nos parezca acaso no sea la correcta para el ordenamiento vigente por todo lo que anteriormente hemos dicho y, desde luego, no puede aceptarse alegremente, porque aquella equiparación, entre consentimiento individualizado ante Notario y acuerdo de la Junta tomado por unanimidad conforme al artículo 16 de la Ley, representa una gravísima fisura en el régimen general de titulación pública de las transferencias inmobiliarias.

No negamos que los artículos 15 y 16 han procurado dar seriedad y garantías a las reuniones y acuerdos de las Juntas de propietarios; tampoco negamos que la exigencia de notificación fehaciente a los propietarios no asistentes puede ser rigurosamente interpretada ni que la convivencia, conocimiento personal y trato diario entre los propietarios puede dar, de hecho, a los asientos del libro de actas un carácter y un valor que el artículo 17 por sí solo no les concede. Pero el sistema de garantías que el artículo 1280, 1.º del Código impone para las transmisiones inmobiliarias, y que las legislaciones notarial e hipotecaria concretan, corre por cauces muy distintos y a nivel superior. El régimen de los acuerdos, en la Ley de 1960, resulta idóneo para todo lo referente a la administración y gestión ordinaria y extraordinaria de los elementos comunes, pero acaso sea insuficiente para actos de disposición del dominio de inmuebles (9).

¿Puede considerarse suficiente la comparecencia del Presidente con un acuerdo unánime de la Junta para la venta a un extraño de la totalidad del inmueble con extinción simultánea de la propiedad hor-

(9) Si tratamos de supervalorar las actas de las reuniones y acuerdos de las Juntas, por el conocimiento directo, de máximo vigor identificativo, de las personas asistentes, estamos dando otro rudo golpe al dominio titulado al dar indebida beligerancia a la posesión real. La publicidad posesoria de los usuarios puede prevalecer sobre los títulos de dominio. No es raro encontrar inquilinos extrañados de carecer de derecho de asistencia a las Juntas.

zontal al amparo del artículo 21, 2.º de la Ley? No hay duda que este negocio es un asunto de interés general para la comunidad encajable en el núm. 5.º del artículo 13 y de hecho se opera modificando el título constitutivo (16, 1.º); pero creemos que nadie contestaría afirmativamente a la pregunta. ¿Porqué solución distinta para la enajenación de un elemento común, cuando la diferencia de los supuestos es, en definitiva, meramente cuantitativa? (10).

Estamos seguros de que los autores de la Ley de 1960 no quisieron introducir ninguna excepción al régimen de los actos de transmisión de inmuebles con autenticación notarial, y acto de transmisión de derechos inmobiliarios reales es el caso contemplado por el recurso (11).

8. El recurrente ve tan claros, o al menos quiere ver tan claros los artículos 12 y 13, apartado 5.º, en relación con el caso, que rechaza la idea de que el Registrador haya querido decir que la Junta no tuviese facultades para la enajenación de un elemento común. Lo que no encontramos en el correspondiente resultando es la alegación de que la enajenación a extraños de elementos comunes con mera comparecencia del Presidente con acuerdo de la Junta sea práctica notarial usual basada en una "communis opinio". La falta de esta alegación es extraña cuando se hace la de otras dos prácticas que se estiman similares.

Una de ellas consiste en que las comunidades de propietarios acuerdan no vender los locales comerciales, sino, considerándoles elementos comunes, arrendarlos para pago de gastos de la comunidad. La práctica se describe en el resultando de manera confusa por no aclararse la situación jurídica de esos locales comerciales, del edificio total y de los restantes pisos cuando se toma ese acuerdo de no vender aquellos. Por otra parte al tratarse de mero arrendamiento es claro que la práctica no afecta a nuestro problema. El considerando cuarto se hace eco de esta práctica y la extiende al caso cuestionado de venderse a un extraño el elemento común. Este es el paso adelante peligroso.

La otra práctica deriva de la construcción por las empresas urbanizadoras de calles, paseos, jardines, escuelas..., que se consideran

(10) Sin duda, la constitución de una hipoteca, de cuantía relativamente pequeña, en la forma que determina el artículo 218 del Reglamento hipotecario afecta menos al derecho de los propietarios que la desafectación y venta a un extraño de un gran garaje que pasará a locales comerciales (acaso su precio sea superior al valor de las viviendas). Sin embargo, no creo que nadie haya interpretado las palabras «podrán acordar los dueños» en el sentido de estar refiriéndose a un acuerdo en Junta, base de una comparecencia del Presidente sin poderes notariales de todos los propietarios.

(11) Ya apuntamos nuestra opinión de que el Registrador debió insistir más en la vulneración del artículo 20 de la Ley Hipotecaria por la escritura calificada. No sólo por el salto en el vacío que la vivienda-portería da desde elemento común, inscrito, por tanto, a favor de todos y cada uno de los propietarios en la misma inscripción del piso como titularidad subietivamente real, hasta encontrárnosla inscrita como piso privativo a favor del comprador, sin que haya existido previa inscripción a favor de ese ente fantasma cuya representación se arroga el Presidente. Pero es que además en el caso estaba bien manifiesto que había otra interrupción del tracto, porque aunque el Considerando primero no aclara la fecha de fallecimiento de uno de los propietarios, en todo caso la inscripción a favor de su heredero o herederos se elude y la determinación de éstos queda, al parecer, a la libre apreciación del Presidente de la Comunidad al que se reviste así de facultades que la Fiscalía del Tribunal Supremo niega a los Notarios. Por el fallecido firma una de sus hijas en el Libro de actas y el acuerdo se notifica a los demás posibles herederos por acta notarial remitida por correo al titular del piso o sus herederos en la propia finca del recurso. Todo ello, sin duda, muy idóneo para un acuerdo de mera administración; pero muy lejos de los requisitos legales para la inscripción de transmisiones inmobiliarias en el Registro.

pertenecer proporcionalmente a los titulares de pisos o viviendas de la colonia en propiedad colectiva que no puede regirse por el pro indiviso romano. Ya hace muchos años que el señor Pelayo Hore demostró, en magistral trabajo, que estos supuestos de *comunidad social* gozaban de indivisión perpetua y que por virtud del artículo 401 del Código han de separarse del régimen general del pro indiviso romano. Las nuevas urbanizaciones únicamente han hecho más acuciante el viejo problema de las calles, patios, ejidos y pozos comunales, complicado con la insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad horizontal que desconoce las modernas estructuras urbanísticas, en las que se escalonan el piso, la casa, el bloque, el grupo y la colonia o barriada, con elementos que son a la par privativos de cada escalón y comunes de los anteriores. La reforma legal y en tanto llega ésta, la Jurisprudencia, han de encontrar soluciones intermedias entre el pro indiviso romano y la persona jurídica formada por todos los propietarios del barrio o colonia apartándose lo menos posible del espíritu de la Ley vigente. Porque nadie niega que para la desafectación y venta de un pequeño trozo de jardín comunal el desfile ante Notario de todos los propietarios (acaso cientos) es excesivo rigor. La necesaria evolución creo que debe llegar a través de una interpretación amplia del acto de administración, mejor que de una extensión de las facultades de la Junta de propietarios que incluya las de disposición.

9. En el Derecho comparado vemos cómo la Ley alemana centra todas las facultades de la comunidad de propietarios en la idea de administración. Es la administración de la propiedad común la que corresponde al Consejo de administración (si se nombra) o a los propietarios en común (arts. 20 y sigs. de la Ley de 1951). La misma idea de gestión restringida a la administración encontramos en otras muchas legislaciones (Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, etc.).

También resulta clarísimo que en el Código civil italiano ni dentro de las atribuciones del Administrador (art. 1.130), ni dentro de las atribuciones de la Asamblea (art. 1.135) se encuentran facultades positivas de los elementos comunes. Las facultades de uno y otra se agotan en los actos de conservación de los derechos inherentes a las partes comunes del edificio y a las obras de conservación que se distribuyen partiendo de la distinción entre obras de reparación ordinarias, extraordinarias urgentes y simplemente extraordinarias.

Tenemos que llegar a la Ley francesa de 1965 para encontrar desbordada la idea de administración. Según ella, la colectividad de los copropietarios se constituirá en un Sindicato (que puede revestir forma de cooperativa) que tendrá personalidad civil y por objeto la conservación del inmueble y la administración de las partes comunes. Excepcionalmente encontramos desbordados los límites de la mera administración cuando expresamente dice el artículo 16 que el Sindicato podrá realizar válidamente, por sí mismo, toda clase de actos de adquisición y enajenación de las partes comunes o de constitución de derechos reales inmobiliarios a favor o a cargo de ellas, siempre que el acuerdo se haya tomado con los especiales requisitos de los artículos 6, 25 y 26. De ellos resulta que basta la mayoría de votos cuando el acto de disposición resulta obligado por la Ley o los Reglamentos, que se requiere la mayoría de 3/4 de los miembros del Sindicato en los demás casos y que hace falta acuerdo unánime de los copropietarios para enajenar las partes comunes cuya conservación sea necesaria atendido el destino del inmueble.

El paso está dado. La personalidad jurídica del Sindicato aunque restringida por el principio de especialidad del fin se extiende a los actos de disposición de los elementos comunes. Pero la lectura completa

de la Ley francesa y de su Reglamento de 1967 nos demuestra que, no sólo la consagración de la personalidad jurídica del Sindicato, sino una serie de garantías derivadas de la regulación de los órganos de la comunidad y concretamente de la figura del Síndico, han sido previas a la concesión de tan amplias facultades al Sindicato. Por ello decíamos que no deja de ser peligroso introducir criterios tomados de legislaciones en las que el cambio de criterio sobre la naturaleza jurídica de las comunidades de propietarios de pisos ha sido acompañado de suficientes medidas instrumentales para la adecuada actuación de los nuevos principios.

D) En el apartado C) precedente hemos intentado demostrar que dentro del sistema de la Ley de Propiedad horizontal encaja mejor la tesis del Registrador que la del recurrente. La primera se condensa en las siguientes afirmaciones sucesivas: los elementos comunes en tanto y en cuanto son tales no pueden enajenarse con independencia de los pisos; cuando dejan de ser elementos comunes han de transformarse en privativos de la totalidad de los propietarios, y de todas maneras, el acto de enajenación de un inmueble o de parte de él tiene que someterse a los principios generales de tracto notarial y registral, en los que la Ley no ha introducido alteración ninguna, pues la Junta de propietarios tiene sólo unos cometidos específicos mucho más subalternos.

La tesis del Notario se condensa así: resultan tan perturbadores en la práctica los referidos principios de tracto que debe entenderse que, haya o no persona jurídica, la Junta de propietarios tiene facultades actuando por unanimidad, para actos dispositivos de los elementos comunes con la aplicación pura y simple de las normas de representación orgánica de la Ley especial.

El dilema era grave para la Dirección General. De un lado la doctrina y la Jurisprudencia habían allanado el camino, con la distinción entre elementos comunes por naturaleza y elementos comunes por destino, para no extender a éstos la norma imperativa del artículo 396, párrafo 2.º, del Código; la escasa importancia que la doctrina venía dando a la diferencia (que hemos estimado fundamental) entre acuerdo unánime de la Junta y consentimiento individualizado de todos los propietarios, también la incitaba a aceptar sin inconveniente ni reserva la tesis del recurrente. Pero, de otro lado, el convencimiento de que no existe una persona jurídica y el de que la expresada diferencia es fundamental en el orden notarial, la han hecho proceder con cautela y la lectura de los considerandos nos demuestra que el fallo favorable al recurrente no se ha querido acompañar de una doctrina tajante, indudable y definitiva que concediese, en todo caso, libertad plena a la Junta para la enajenación de elementos comunes con la mera comparecencia del Presidente. Esta cautela y reserva queda conectada con las especiales circunstancias del caso en el que a través de dos momentos o fases en la operación se dejaba en una situación registralmente imprecisa el elemento común a enajenar.

El razonamiento de la Dirección General, prescindiendo de cuanto hace referencia a esta separación del supuesto de hecho en dos fases es, en síntesis el siguiente: El derecho de propiedad singular se cifra y materializa en la cuota de participación; ésta no queda, en principio, afectada por la desvinculación de la portería, que puede continuar siendo explotada como elemento común no funcional que puede darse en arriendo e incluso venderse, supuesto éste que obliga al reajuste de coeficientes; para la venta y reajuste de coeficientes, previa desvinculación, sin pasar en ningún momento intermedio la vivienda-portería a la categoría de local privativo, son aplicables los artícu-

los 12, 13 y 16 de la Ley sin que se requiera el consentimiento solemne e individual de todos y cada uno de los propietarios.

En esta línea de argumentación de los considerandos hay un ligero fallo lógico: si bien el derecho de propiedad singular no queda afectado por la mera desvinculación, sin duda, queda directamente afectado por la enajenación al extraño que obliga al reajuste de coeficientes. La disminución de las centésimas de cada propietario que ocasiona ese reajuste es la traducción en cifras del fenómeno que en realidad ha ocurrido: ha sido enajenada una parte de los derechos singulares de propiedad de todos y cada uno de los propietarios. Esto no ofrece duda, porque el condominio sobre los elementos comunes no es sino un anejo inseparable del dominio exclusivo sobre el piso (art. 396, ap. 2.º), y porque la cuota o coeficiente no es la participación en los elementos comunes, sino que expresa el valor proporcional del piso (y cuanto a él se considera unido) en el conjunto del inmueble (Exp. de Motivos).

Cuando en el 4.º Considerando se afirma que el antiguo elemento común funcional puede "incluso venderse a un extraño" sin notar que ya entonces si queda afectada la cuota de participación, todo el razonamiento de los considerandos anteriores se quiebra y dando un salto en el vacío queda la doctrina del 6.º sin base en los anteriores y sin más apoyo que un criterio intuitivo de mera adhesión a la tesis del recurrente.

La explicación de este giro en la línea de argumentación de los considerandos está en que, si bien la Dirección no cae en la primera trampa del escrito de recurso (insinuaciones sobre la personalidad jurídica de la comunidad), sí se deja confundir un tanto por la segunda (conjeturas sobre criterio del Registrador si la operación no se hubiese desdoblado en dos fases).

El considerando 5.º reconoce que no son equivalentes la suma de los consentimientos de los copropietarios individualmente prestados y el acuerdo de la Junta aunque sea unánime. Y sienta la doctrina de que es imprescindible aquella suma cuando el piso desafectado se ha inscrito en el Registro como local privativo a nombre de todos los copropietarios pro indiviso. Por estas dos afirmaciones el considerando debe ser alabado, aunque sea precisamente en él donde se inicia el distinguo que permita prescindir del consentimiento individual de los propietarios para la enajenación del elemento común.

El distinguo se centra al parecer en el momento de la inscripción registral. La Dirección General, posiblemente por descuido de redacción, parece hacer constitutiva la inscripción en este punto de la transformación de un elemento común en privativo. Innecesario insistir en contra de esto, porque aquí la inscripción registral no tiene porqué exceder de su cometido normal de publicar la verdadera situación jurídica conformada por la escritura y es a nivel de escritura donde hay que plantearse el problema de si es posible sustraer un piso de la relación de elementos comunes, desafectarlo como elemento común; pero dejándolo en una situación de elemento común especial o sui generis (tertium genus) no atribuirlo ni adjudicarlo a nadie; ni a los copropietarios, porque entonces habrían de señalarse la participación pro indivisa de cada uno ni a la Comunidad que carece de personalidad jurídica. Ya nos hemos referido al análisis de la escritura, en mi opinión defectuosa, de 9 de octubre de 1965.

Sería excesivamente sencillo interpretar la Resolución que comentamos de la siguiente manera: La escritura de 9 de octubre de 1965 era incorrecta, no debió inscribirse porque la desafectación de elemento común le hace privativo ipso iure, y hay que adjudicarlo pro indiviso a los condueños y la enajenación sigue las reglas notariales ordinarias. Solamente por una vez y sin crear precedente, para ser con-

gruentes con una anómala situación, se admite la inscripción de la venta efectuada como acuerdo unánime de la Junta de propietarios.

Con esta sencilla interpretación el problema acuciente que está en la realidad vivida quedaría sin resolver. Además, el considerando 6.º ve tan normal la enajenación de un elemento común que se desafecta para ello sin pasar en ningún momento intermedio a la categoría de local privativo, que tal interpretación de la Resolución acaso sea pueril.

La Resolución, parece que sienta la doctrina de que cuando un elemento común no ha sido expresamente adjudicado en pro indiviso como privativo a favor de todos o algunos de los propietarios a raíz de su desafectación como elemento común, es posible transmitirlo a un extraño como privativo a través de los trámites que resultan de los artículos 12, 13 y 16 de la Ley.

En definitiva, esto es pura y simplemente conceder a la Junta de propietarios, facultades para disponer libremente de los elementos comunes, pudiendo desafectarlos, manteniéndolos en régimen de disfrute común por la comunidad representada por su Presidente, después de la desafectación y, si lo estima conveniente, venderlos; momento hasta el cual no pierden el carácter de comunes desafectados pertenecientes a la comunidad.

Este comentario, acaso con exceso, ha puesto de relieve los obstáculos para considerar indiscutible esta doctrina. También hemos encontrado la falta de asiento del considerando fundamental (el sexto), sobre los cuatro primeros. Pero con todo, como estamos muy lejos de estimar injusto el fallo de la Resolución, tenemos que llevar este comentario más allá intentando encontrar el principio que la hace justa y razonable, a pesar de lo poco que nos han convencido las argumentaciones de sus considerandos.

El camino para encontrar la verdadera razón justificativa de la justicia intrínseca de la Resolución, no obstante, las aparentes vulneraciones de la regulación legal de la propiedad horizontal es el siguiente:

La Ley de 1960 inclinó la balanza en exceso hacia la propiedad individual, singular y exclusiva sobre el piso, con grave detrimento de la propiedad colectiva sobre el edificio como un todo. Con excesivo optimismo sobre la divisibilidad de un edificio en pisos como cosas independientes susceptibles de dominio separado, desprecia demasiado el conjunto del edificio y sus elementos comunes que es donde, en definitiva, y a largo plazo, reside la esencia permanente de la cosa objeto de derecho.

Por ello la interpretación evolutiva de la Ley tiene que dar la relevancia debida a la propiedad colectiva del conjunto de propietarios sobre el conjunto del edificio y sus elementos comunes, propiedad colectiva que por su permanencia y fin tiene que superar el marco del condominio romano acercándose al régimen de una persona jurídica con capacidad limitada por ese fin.

De esta manera, sin derogar el principio de que los actos o negocios jurídicos de disposición, tanto de los pisos, como del total edificio o de sus elementos comunes, deben quedar reservados al consentimiento de los propietarios y fuera de la competencia de la Junta, es posible conceder a ésta, incluidas en las amplias facultades de gestión y administración del edificio como un todo, ciertas facultades que, aun siendo externamente de disposición de inmuebles, en el fondo, vistas desde el ángulo de la propiedad colectiva sobre el edificio, son de mera administración por no afectar a la sustancia de esa propiedad colectiva y, desde luego, no rozar el dominio privativo de ningún piso. Aquí estaría incluido el supuesto de la desafectación y venta de la vivienda-portería de la casa núm. 32 de la calle de Oviedo.

Quedaría, en cambio, fuera de la competencia de la Junta todos los negocios inmobiliarios inscribibles que operasen con partes del edificio

colocadas de intento en situación de comunitarias, aún no siendo de servicio común. La especialidad del fin y objeto de la Junta de propietarios es suficiente para demostrar que sus facultades no pueden llegar a nada que se parezca a la actuación de una persona jurídica mercantil con plena capacidad jurídica. En evitación de ello, nada mejor que negar a las Juntas de propietarios facultades para todo negocio dispositivo de elementos comunes.

La clasificación de los negocios jurídicos en negocios de disposición y negocios obligatorios y su parcial coincidencia con la de negocios de disposición y de mera administración no es nada pacífica; pero creemos que es a través de ellas, con las matizaciones que sean precisas, cómo se puede encontrar la línea divisoria entre negocios atribuidos a la Junta con mera mayoría, con unanimidad y sustraídos a la competencia de la Junta por estar reservados al consentimiento directo ante Notario de todos los propietarios o de los propietarios cuyo derecho exclusivo de dominio resulte afectado.

Ni todos los actos de disposición de elementos comunes, ni todas las modificaciones de reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos ni todos los asuntos de interés general para la comunidad, entran dentro de las facultades de la Junta de propietarios, aun aplicando la regla primera del artículo 16.

En cambio, determinados actos de disposición de elementos comunes, previa desafectación, podrán ser acordados por la Junta y otorgados por su Presidente cuando la entidad del elemento común sea tal, con relación a la propiedad colectiva sobre el edificio, que no resulte afectada sustancialmente ésta (12).

Ahora bien, como esta es, por ahora, una interpretación extra iurem bueno será interpretar en tal caso, los artículos 15 y 16 de la Ley con la máxima rigurosidad, exigiendo fehaciencia de la convocatoria, de las asistencias y de las notificaciones a los propietarios no asistentes (13).

T. C. G.

(12) Suele causar indignación la introducción de criterios cuantitativos y relativistas en las calificaciones jurídicas. Ello nos asombra cuando toda la Ley de Enjuiciamiento Civil está montada sobre clasificaciones del procedimiento por razón de la cuantía. Alguien se indignará también si insinuamos que la asignación de un porcentaje del 6,6 por 100 a la vivienda-portería en cuestión puede haber influido para considerar excesivamente rigurosa la calificación del Registrador. Pero, el deslinde entre las modificaciones de los Estatutos y los actos de disposición incluidos en la competencia de la Junta y los que requieren el otorgamiento notarial con consentimiento individualizado de la totalidad de los propietarios, habrá de realizarse con criterios entre los cuales no podrá faltar el de la cuantía de la operación o negocio en relación al total valor de la finca. Se conceda o no personalidad jurídica a las Juntas de propietarios, y cualquiera que sea la construcción conceptual de la propiedad por pisos, tan excesivo será exigir el consentimiento individualizado de los propietarios para desprenderse de una antena de TV anticuada, como inadecuado que sea el Presidente, previo acuerdo de la Junta, quien otorgue la escritura de venta o hipoteca de la totalidad del edificio.

(13) BUENAVENTURA CAMY comentando esta misma Resolución («Rev. de Derecho Privado», septiembre 1970, págs. 829 y sigs.) se adhiere totalmente a la tesis del Registrador; no admite ese elemento ni común ni privativo, sin titular determinado, que «crea» el considerando 6.º y distinguiendo en la propiedad horizontal actuaciones individualizadas, comunitarias y societarias afirma que para las comunitarias se requiere la unanimidad general conforme al Código sin que sea suficiente la unanimidad especial del artículo 13 de la Ley.

4. REGISTRO MERCANTIL.—SOCIEDAD ANÓNIMA: LOS REQUISITOS DE CONVOCATORIA DE LAS JUNTAS, EXIGIDOS POR LOS ARTÍCULOS 48, 49 Y 53 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS REFERIDOS LITERALMENTE A LAS ORDINARIAS, SON DE APLICACIÓN A LA JUNTA GENERAL EXTRAORDINARIA DADA LA ASIMILACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 57-2 ENTRE AMBOS TIPOS DE JUNTAS PARA LAS CONVOCATORIAS JUDICIALES.

Resolución de 23 de abril de 1970 («B. O.» de 3 de junio).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura autorizada por el Notario recurrente el 11 de noviembre de 1969 se constituyó la Entidad «Catalia, S. A.», en cuyos estatutos se encuentra el siguiente precepto: Artículo 29: «La convocatoria para la Junta general extraordinaria no necesitará de los requisitos formales exigidos para la ordinaria, y se hará mediante notificación personal a cada accionista por carta certificada y con acuse de recibo». Presentada en el Registro Mercantil primera copia del anterior documento fue calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento, por cuanto el artículo 29 de los Estatutos de la Sociedad, en el mismo constituida, infringe lo que respecto a requisitos de publicidad para la convocatoria de las Juntas estatuye el artículo 53 en relación con el 54, 55 y concordantes de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de Sociedades Anónimas; todo ello teniendo en cuenta la interpretación que de los citados preceptos hace la exposición de motivos de la propia Ley, la doctrina de los autores y las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1963 y 27 de octubre de 1964. El citado defecto se califica de insubsanable, por lo que no procede tomar anotación preventiva».

Interpuesto recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo por el Notario autorizante de la escritura, contra la anterior calificación, en base sustancialmente a que en la Ley de Anónimas no hay precepto específico que obligue a que la publicidad de la convocatoria de Junta general extraordinaria tenga que hacerse mediante anuncio inserto en el *Boletín Oficial del Estado* y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, pues tales requisitos sólo se exigen, según claramente se expresa en el artículo 53 de la Ley citada para la Junta general ordinaria, el Registrador dictó acuerdo manteniéndola, y la Dirección General confirma el acuerdo y nota del Registrador, si bien asigna al defecto advertido el carácter de subsanable, en virtud de la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 48, 49, 53, 54, 55, 56 y 57 de la Ley de 17 de julio de 1951 y las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1963 y 30 de octubre de 1964.

Considerando que este expediente plantea la cuestión de si los requisitos formales establecidos por la Ley de Sociedades Anónimas para la convocatoria de Junta general son de aplicación tanto para la ordi-

nares como para las extraordinarias, y, en consecuencia, si es increíble la cláusula estatutaria que establece que la convocatoria de la Junta general extraordinaria se haga sólo mediante notificación personal a cada accionista con acuse de recibo;

Considerando que en la vigente legislación sobre Sociedades Anónimas se mantiene un Ordenamiento jurídico unitario tanto para la gran Sociedad que cotiza sus títulos en Bolsa y acude al ahorro público para su financiación—para la que indudablemente está pensada la Ley—como a la pequeña Sociedad de carácter familiar o cuasi familiar, basada en el *intuitus personae* con pactos que limitan la libre transmisión de las acciones, para impedir la libre entrada y salida de sus miembros, y esta unidad de ordenamiento para ambas situaciones no deja de producir en ocasiones, sobre todo para las últimas, tensiones difíciles de solucionar, máxime frente a la rigidez de algunas normas legales, por lo que *iure condendo* se ha afirmado la conveniencia de una regulación diferente para los dos tipos de Sociedad, como ha ocurrido ya en algunas legislaciones y en otras se está en vías de proyecto para realizarlo;

Considerando que aun cuando a estas Sociedades familiares se pretendió encuadrarlas dentro del marco de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, no siempre resulta adecuado este tipo de Sociedad—pese a su mayor flexibilidad y a que, desde la Ley de 5 de diciembre de 1968, se aumentó el tope de la cifra de capital—, y por eso continúa acudiéndose a la forma de Sociedad Anónima con el consiguiente obstáculo de una mayor exigencia de formalidades, cuyo incumplimiento comporta graves consecuencias para la Sociedad—normalmente la nulidad del acto—y que una jurisprudencia progresiva ha de tratar de salvar, en la medida de lo posible, y siempre con el debido acatamiento a las disposiciones legales de tipo imperativo que no cabe desconocer;

Considerando que en el presente caso la validez de la cláusula discutida podría fundarse en que la Ley de Sociedades Anónimas, al establecer los requisitos de convocatoria de las Juntas en los artículos 48, 49 y 53, se refiere literalmente a las ordinarias, en tanto que en los artículos 54 y 55 emplea tan sólo los términos «Junta general» y «Junta», respectivamente, para aludir en el artículo 56 a la convocatoria de la Junta general extraordinaria sin indicar en este último si se precisan también los requisitos establecidos en el artículo 53 para las ordinarias, pero es lo cierto que al emplear la Ley estos términos en forma poco precisa y al asimilar el artículo 57-2 ambos tipos de Juntas en las convocatorias judiciales, hay que deducir que para la convocatoria de unas y otras deben cumplirse los mismos requisitos, lo que no podría ser de otro modo, pues los motivos tenidos en cuenta por el legislador para establecer las formalidades de convocatoria tienen todavía una mayor razón de ser cuando se trata de Juntas extraordinarias, dada su peculiar naturaleza, ya que no tienen una época determinada de celebración, lo que obliga a extremar más el cuidado, a fin de que todos los interesados tengan el debido conocimiento de la reunión;

Considerando que idéntica solución manifiesta el Tribunal Supremo en las sentencias de 30 de noviembre de 1963 y 27 de octubre de 1964, sobre todo en la primera, en donde una Junta extraordinaria de una Sociedad Anónima convocada de acuerdo con el artículo 13 de sus Estatutos—inscrita, por cierto, la cláusula en el Registro Mercantil—, que permitía que se omitiese el anuncio de su celebración en el *Boletín Oficial del Estado* sin dar cumplimiento, por tanto, a lo ordenado en el artículo 53 de la Ley, declaró que carecía de validez, porque cualquiera que sea el carácter de la Junta si no se ha cumplido con toda exactitud cuanto la Ley exige. «se imprime tacha a la Junta que con tan insalvables defectos iniciales haya podido celebrarse».

C) Comentario.—Son dos los problemas que surgen en el presente recurso: 1. La asimilación o no asimilación a efectos de cumplimiento de requisitos de convocatoria, entre las Juntas ordinarias y extraordinarias; y 2. Si la consignación en los Estatutos de un pacto sustitutivo de los textos legales, imposibilita la constitución de la Sociedad o da lugar, tan sólo, a la impugnación de los acuerdos adoptados.

Respecto de la primera cuestión, asimilación o no asimilación, a efectos de cumplimiento de requisitos de convocatoria, entre las Juntas ordinarias y extraordinarias, la Ley de Sociedades Anónimas no denota en absoluto claridad. Exige, en primer lugar, que las Juntas generales estén debidamente convocadas—arts. 48 y 54—, y que tal convocatoria emane de los Administradores de la Sociedad.

El artículo 49 de dicha Ley diferencia dos clases de Juntas generales: las ordinarias y las extraordinarias, cuya distinción resulta de la norma del artículo 52, "toda Junta que no sea la prevista en el artículo 50 tendrá la consideración de Junta general extraordinaria". Del contenido de este último precepto se desprende que la Junta que no tenga por contenido mínimo, censurar la gestión social, aprobar en su caso las cuentas y balances del ejercicio anterior, y resolver sobre la distribución de beneficios, será una Junta general extraordinaria.

Contempla la L. S. A.—art. 53—la convocatoria de la Junta general ordinaria, para la que exige: anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, fecha de la reunión en primera convocatoria y todos los asuntos que han de tratarse, al tiempo que permite en el artículo 51-2 que "los estatutos puedan establecer y fijar los requisitos especiales de convocatoria".

Llegados a este punto, se plantea el dilema resultante de la "laguna legal" relativa a los requisitos de convocatoria de las Juntas generales extraordinarias, cuya solución podría buscarse por dos vertientes: aplicar por analogía los requisitos exigidos para la Junta general ordinaria, o basarse, en vista del silencio legal, en la norma permisiva del artículo 51-2 y estar a lo que dispongan los Estatutos.

El criterio análogo es el que se mantiene de manera reiterada por la doctrina, ya que la norma del artículo 51-2 al utilizar el término de "requisitos especiales" es indudable que deja a salvo los requisitos generales exigidos por la Ley, y no tiene, por tanto, otra finalidad que la de permitir que los Estatutos puedan desarrollar dicha publicidad mínima.

Este criterio doctrinal se basa en los siguientes argumentos:

1. No existen diferencias sustanciales entre ambas clases de Juntas que gozan de la misma competencia, salvo la materia reservada según el artículo 53 al conocimiento de la Junta general ordinaria.

2. La Exposición de Motivos de la L. S. A. habla del régimen de formalidades para la constitución y funcionamiento de las Juntas, sin establecer distinciones.

3. El epígrafe del capítulo IV de la L. S. A. "Organos de la Sociedad", Sección 1.ª, se refiere exclusivamente a la Junta general.

4. Los artículos 54 y 55 relativos a la convocatoria de la Junta para su celebración en segunda reunión, emplean el término de Junta general.

5. El artículo 57 respecto de la convocatoria judicial, aplica los requisitos exigidos para la Junta ordinaria a la Junta extraordinaria.

En vista de los anteriores argumentos, parece lógico suponer que la laguna legal haya de suplirse aplicando por analogía a las Juntas

extraordinarias, los requisitos de convocatoria y publicidad exigidos por la Ley para la Junta general ordinaria, pero, y entramos en la segunda cuestión, ¿qué consecuencias provoca la omisión de dicha exigencia legal? ¿Afecta ésta a la constitución de la Sociedad o solamente a los acuerdos adoptados? Parece que la cuestión es clara, el pacto estatutario sustitutivo de los textos legales no es admisible, aunque el sistema que establezca ofrezca más garantías de eficacia que el impuesto con carácter mínimo por la Ley (1), pero esto no debe llevarnos a la conclusión de que tal pacto imposibilite la constitución de la Sociedad, y si únicamente a la de que la Junta general extraordinaria habrá de tenerse por no celebrada. La escritura de constitución social adolece de un defecto que provoca la nulidad de la Junta extraordinaria, y sin cuya previa subsanación ésta no podrá tener lugar.

E. F. C.

(1) Señalan J. GARRIGUES y R. URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, 2.^a edición, pág. 527, que entre las formas privadas (carta o comunicación dirigida individualmente a los accionistas), y pública, de convocar las Juntas, la Ley se decidió lógicamente por la segunda. La primera sólo podría funcionar prácticamente en las sociedades de muy reducido número de socios y cuyo capital estuviese representado íntegramente por acciones nominativas. En cambio, el anuncio público, aunque acaso carezca de la eficacia de la comunicación directa, vale en toda clase de sociedades y protege suficientemente el derecho de los accionistas a intervenir en las Juntas y a conocer previamente los asuntos que en ellas han de tratarse.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ CERDÁ GIMENO Y
FRANCISCO CASTRO LUCINI.

I. PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES EN RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PROPIEDAD HORIZONTAL. Los acuerdos que impliquen modificación de las reglas contenidas en la Ley de P. Horizontal o en los estatutos, requieren unanimidad de los copropietarios todos, no unanimidad de los asistentes a la Junta de la Comunidad. El abuso del derecho requiere que falte la inmoralidad o antisocialidad de daño producido y la inexistencia de un fin serio y legítimo en la parte a la cual se le atribuya (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1970).

El procurador de la actora expuso en la demanda:

1.º Que su mandante es propietaria del piso bajo interior letra D, de la casa número 72 de la calle de Don Ramón de la Cruz. 2.º El demandado señor R., es propietario del bajo izquierda de la expresada casa, donde tiene establecido el Bar Rodil, y se permitió construir en el patio común contiguo al dicho piso, una amplia escalera para lo cual se apropió de la mitad aproximadamente de dicho patio que pertenece a la Comunidad y obstruye completamente la visibilidad tan necesaria para el ejercicio de la profesión de su representada que es modista, al igual que la ventilación del piso de aquella. 3.º Pese a que en ausencia de la actora la Comunidad había acordado nombrar una comisión que estudiara la procedencia de las obras que pretendía realizar el señor R., con posterioridad anuló tal acuerdo por ser contrarias las obras a la Ley y a los Estatutos. 4.º El señor R. recabó de la Comisión de Urbanismo y Obras, el permiso para efectuarlas, cuyas obras, en sí, fueron aprobadas, sin tener en cuenta, naturalmente, el perjuicio que ocasionaba al

piso de su mandante. 5.º De este permiso concedido por el Ayuntamiento de Madrid, recurrió su representada. Dichas gestiones fueron negativas ya que han resuelto sobre la forma en que se realizó la obra en sí, sin entrar sobre los perjuicios ocasionados a la actora, por ser esta una cuestión meramente privada, propia de la jurisdicción civil. Suplicó se dictara sentencia por la que se acordara que las obras realizadas por el demandado, por hallarse en un elemento común de la casa expresada, sin haberse aprobado unánimemente por todos los propietarios, son ilegales, además de altamente perjudiciales para su mandante; condenando a dicho demandado a su demolición, restableciendo el expresado patio común al estado en que se encontraba antes de realizarse tales obras; condenando así bien a la Comunidad de Propietarios de la finca a que cumplan su obligación legal contra el autor de las referidas obras, a fin de obtener el expresado restablecimiento de la situación del patio al referido estado, así mismo a los demandados, que por acción del primero y omisión el segundo, causaron a su mandante los daños y perjuicios que de las repetidas obras se derivan, a resarcirla de los mismos, que se fijarán en ejecución de sentencia, extendiendo su validación hasta el momento en que la tan repetida construcción ilegal, sea demolida, y al pago de las costas.

La Comunidad de Propietarios se opuso a la demanda; pidió la absolución con condena en costas para la actora.

El demandado señor R. también se opuso y alegó, en resumen:

Que cuando adquirió el local pudo observar que el patio de la finca se encontraba en malas condiciones, careciendo de desagüe, almacenándose, por consiguiente, las aguas de la lluvia, aparte de una gran suciedad y numerosos roedores. Con el fin de beneficiarse y de beneficiar a la Comunidad de Propietarios también, hubo de solicitar autorización para ejecutar las obras llevadas a efecto, e instalar una escalera fija, cubierta por el patio de la casa, aparte de otras obras, que también fueron puestas en conocimiento con el mayor detalle, de la Comunidad referida. Esta celebró Junta General del día 30 de abril de 1963, y se tomó el acuerdo, por unanimidad, de conceder a don J. R. la autorización que solicitó para hacer la escalera indicada, con la condición del servicio de paso al patio de la casa señalado en la solicitud, de donde se colegía que, sea cual fuere en el día de hoy la actitud que adopte la Comunidad, confabulada o temerosa ante los derechos que se atribuye la actora, es lo cierto que las obras realizadas se efectuaron con el consentimiento y autorización plena y expresa, dotada de todos los requisitos para su validez, por la Junta General de Copropietarios del inmueble. Afirma la representación de la Comunidad demandada, en este proceso, que de todos los acuerdos adoptados en Juntas Generales, se dio conocimiento a la accionante sin que conste que dicha señora prestara disconformidad alguna. Las obras se ejecutaron y durante el transcurso de las mismas, ningún copropietario, ni siquiera la actora, formuló la menor protesta, pese a que dichas obras, dada su importancia fueron de larga ejecución. Si como ahora se afirma por la actora o por la Comunidad, las obras no hubiesen sido autorizadas, lo lógico habría sido que, tanto la persona física citada, como la Comunidad aludida, ejecutaran acciones tendentes a impedir las con mayor diligencia que hasta la fecha, dado que han dejado transcurrir cuatro anualidades sin verificarlo. Como resumen, mantenía en primer término que las obras ejecutadas lo fueron con autorización de la Comunidad de Propietarios y mediante acuerdo unánime adoptado en Junta General, que dichas obras no originan perturbación alguna en los derechos e intereses de la actora y que a cambio de la autorización otorgada

al señor R., éste ha desembolsado de su peculio particular y en beneficio de la Comunidad, 160.000 pesetas en números redondos.

El señor Juez de 1.ª Instancia absolvió de la demanda a los demandados y condenó en costas a la parte actora. Interpuesto Recurso de Apelación, la Audiencia dictó sentencia por la que revocó la apelada y declaró que las obras realizadas por el demandado por hallarse en un elemento común de la casa número 72 de la calle de Don Ramón de la Cruz, sin haberse aprobado unánimemente por todos los propietarios, son ilegales, condenando a dicho demandado a su demolición, restableciendo el expresado patio común al estado en que se encontraba antes de realizarse tales obras, condenando a la Comunidad de Propietarios a que cumpla su obligación legal contra el autor de las referidas obras, a fin de obtener el expresado restablecimiento de la situación del patio, y condenando a ambos demandados al resarcimiento de los daños causados a la demandante que se fijarán en ejecución de sentencia, extendiéndose su valoración desde que se iniciaron las obras, hasta que quede demolida la indebidamente realizada; sin hacer expresa condena de las costas en ambas instancias.

El recurso de casación no prosperó.

Considerando: Que a efectos resolutorios de recurso interpuesto y para mayor claridad en la exposición proceda la agrupación para su estudio de aquellos que tienen una base común, aun contemplando las infracciones denunciadas desde ángulos distintos.

Considerando: Que en los tres primeros motivos, en que por la vía del ordinal séptimo del artículo 1.692 se denuncia en el primero, error de hecho en la apreciación de la prueba y en los dos últimos, error de derecho con violación de normas de valoración de pruebas contenidas en los artículos 1.225 y 1.218, el segundo y 1.232, el tercero, todos ellos del Código civil, con sustentación en el documento obrante al folio 50 de los autos los dos primeros, y en la confesión judicial de la actora el último, se parte de una equivocada premisa, pues el documento examinado por la Sala de Instancia no es apto para basar en él un error de hecho según constante doctrina de este Alto Tribunal, y de estimar que una certificación librada por el Presidente y Secretario de una comunidad de propietarios, en que se hace constar cosa distinta del acuerdo tomado en la Junta y reflejado en la correspondiente acta, puede vincular a los condueños afectados por las obras, sin que por otra parte el recurrente, pueda alegar condición de tercero, único evento en que sería efectiva jurídicamente su alegación de buena fe, puesto que indicada por él mismo la unanimidad del acuerdo, tuvo necesariamente que estar presente por su condición de condueño y conocer, por tanto, con todo detalle el alcance de lo acordado, y al no estar firmado por el actor el citado documento no tiene para él los efectos establecidos en los artículos 1.225 y 1.218 del Código civil, sin que por otra parte, como también tiene esta Sala declarado con reiteración, la confesión judicial no tiene valor probatorio superior a los demás medios empleados para acreditar los hechos y debe apreciarse en combinación con aquellos, por lo que han de decaer los tres motivos estudiados.

Considerando: Que acreditada la no existencia de acuerdo sobre permiso de obras y no tratándose de un contrato, sino de una mera certificación, inexacta como ya se ha establecido en el anterior, el documento obrante al folio 50 resultan desestimables el motivo 4.º y el 5.º en que por el cauce del número 1.º se denuncian respectivamente violación del número 1.º del ar-

titulo 1.281 y del 1.282 del Código civil y violación del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, puesto que la inexistencia de contrato hace imposible su interpretación y la de acuerdo impugnabile la acción impugnatoria, debiendo correr la misma suerte el sexto en que se denuncia la infracción de la misma norma legal, que en el anterior se dice violada, por interpretación errónea y violación del artículo 1.281 del Código civil, no sólo por los razonamientos ya expuestos, sino porque al citar infracciones distintas y sin relación se falta a la debida claridad y precisión, incidiendo en defecto de inadmisión que en este trámite se convierte en causa de desestimación.

Considerando: Que el motivo 7.º también amparado en el número 1.º del artículo 1.692, el denunciar la violación del número 1.º del artículo 1.281 del Código civil por interpretación errónea de la cláusula de autorización obrante al folio 50, ha de ser igualmente rechazado, no sólo por las razones que motivaron la desestimación del 4.º, sino porque la claridad del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal al exigir la unanimidad de todos los copropietarios para los acuerdos que impliquen modificación de reglas contenidas en el artículo constitutivo de la propiedad o en los estatutos, aplicable según el 11 a la modificación de elementos comunes evidencia la equivocación del recurrente al estimar que solamente exige la unanimidad de los asistentes.

Considerando: Que los 8, 9 y 10 en que por el mismo cauce que los anteriores se denuncia respectivamente violación del principio de derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos y jurisprudencia que lo desarrolla, interpretación errónea del artículo 4.º del Código civil y violación de la doctrina legal que lo desarrolla y violación del artículo 1.902 del Código civil y doctrina legal que establece el abuso de derecho han de correr la misma suerte desestimatoria ya que los dos primeros parten del erróneo supuesto de la existencia de un acuerdo de permiso de obras que no tuvo realidad, pues el adoptado se limitó a nombrar una comisión que, previo estudio de la cuestión podía concederlo, más no llego a hacerlo y aún esta decisión fue dejada sin efecto ni validez en Junta celebrada dos meses después y el último pretende que sea calificada la acción ejercitada por la parte demandante como un claro acto de abuso de derecho, mas al razonar así olvida que las obras efectuadas afectan al piso propiedad de la actora privándole de parte de luz y que la clientela del bar al circular por la escalera produce ruidos en horas avanzadas causando a aquélla molestias y perjuicios. Por ello, la falta de inmoralidad o antisocialidad del daño producido y la inexistencia de un fin serio y legítimo en la actuación de aquella, requisitos ambos necesarios para que pueda darse el abuso de derecho, no se dan en este caso.

Considerando: Que la desestimación de los motivos lleva consigo la del recurso con el resto de pronunciamiento exigidos por el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

B. M. B.

II. DERECHOS REALES

SERVIDUMBRE DE PASTOS: SU EXTINCIÓN POR NO USO. CARGA DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1970).

Antecedentes.—Caso Junta Vecinal de Andarraso contra Junta Vecinal de Ponjos y otras.

Se deduce demanda por la Junta Vecinal de Andarraso y otro Ayuntamiento sobre reconocimiento de «servidumbre o comunidad de pastos» (1) sobre unas zonas o parajes de un monte que figura en el Catálogo de Utilidad Pública a nombre de otros pueblos distintos de la entidad demandante, que son, junto con el Estado, los ahora demandados. Se alega como título constitutivo de la servidumbre una sentencia dictada el día 2 de junio de 1536 por don Francisco de Mayorga, Justicia Mayor en tierra de Cepeda, ratificada por otra sentencia de 9 de marzo de 1670.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de León desestimó la demanda por no acreditar la entidad demandante el uso sin interrupción de la servidumbre desde la fecha de 1536, en que se constituyó, considerando extinguida la servidumbre de pastos por no uso.

La Audiencia Territorial de Valladolid confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Doctrina del Tribunal Supremo.—La Junta Vecinal de Andarraso interpone recurso de casación por infracción de Ley, estimando infringido fundamentalmente el artículo 1.214 del Código civil sobre la carga de la prueba, pues a quien correspondía probar la extinción de la servidumbre por el no uso era a las Entidades demandadas, una vez que la demandante había probado el título constitutivo de la servidumbre. También consideró infringidos otros artículos del Código civil, como el 546, 2.º y el 430, entre otros.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, fundamentalmente por lo que se dice en el Considerando segundo:

«Considerando: Que si la apreciación de la Sala sentenciadora, a cuyo tenor, correspondía a la actora, la prueba del ejercicio continuado del Derecho de servidumbre, objeto de la acción confesoria ejercitada en la demanda, constituyese el único fundamento del fallo recurrido, podría ponerse en entredicho la recta aplicación del artículo 1.214 del Código civil y discutir si incumbía a la demandante esa carga, además de la de probar la existencia del respectivo derecho, pero como, según el Considerando segundo de la resolución combatida, el verdadero fundamento de la parte dispositiva de la misma reside en que, después de adquirir la actora el derecho limitativo de la propiedad y de ejercitarlo sobre el fundo sirviente, 'ha pasado tiempo con mucho suficiente para que operase en su contra la prescripción', y como este hecho, lo considera cual 'realidad más cierta a la vista de la prueba practicada', no existen términos hábiles para estimar el motivo segundo, toda vez que es doctrina

(1) Con esta fórmula alternativa se expresa la demanda, según el primer resultando de la sentencia. Ello justifica el comentario que se hará después sobre la distinción entre comunidad y servidumbre de pastos.

constante de esta Sala que si los hechos determinantes del fallo han sido probados, no importa ya discriminar sobre quién pesaba el *onus probandi* de los datos constitutivos o extintivos de la pretensión.»

Aparte de ello, el Considerando primero recuerda que el párrafo primero del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que se cite con precisión y claridad cuál es el concepto infringido por el Tribunal de instancia.

Comentario: Ideas sobre comunidad y servidumbre de pastos.—Ya que esta sentencia no plantea problemas sustantivos sobre la servidumbre, merecerá la pena detenerse un poco en el estudio del supuesto de hecho que dio lugar a la misma, pues ofrece el atractivo de recoger conjuntamente las discutidas figuras de la comunidad y la servidumbre de pastos.

El Código civil regula esta cuestión en los artículos 600 a 603 inclusive, utilizando en los artículos 600 y 602 los términos de comunidad y servidumbre, al parecer indistintamente; en el artículo 601, el término de comunidad; y en el artículo 603 el concepto de servidumbre.

Para dejar lo más claro posible este tema convendrá, primero delimitar los conceptos de comunidad y servidumbre de pastos y luego delimitar qué artículos se aplican a una y otra figura.

a) *Delimitación de conceptos.*—La comunidad de pastos supone titularidades cualitativamente iguales sobre los mismos (2). Ejemplos: varios propietarios de terrenos (titularidades, por tanto, cualitativamente iguales) ponen en común los pastos para el uso de sus ganados. Se puede hablar entonces de comunidad sobre la propiedad de los pastos, pero también, en otros casos, de comunidad sobre un derecho distinto de la propiedad sobre los pastos. Lo que no creo que se pueda hacer es hablar de comunidad entre el propietario de los pastos y el que, sin ser propietario, usa los pastos ajenos, pues se trata de titularidades cualitativamente desiguales (3) y (4).

(2) Esta idea la tomó de GARCÍA GRANERO en *Cotitularidad y Comunidad*, en esta REVISTA, 1946, págs. 52 y sigs.

(3) La sentencia de 5 de junio de 1929 y la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de diciembre de 1934 no admiten la comunidad entre usufructuario y nudo propietario, por la misma razón que se indica en el texto.

(4) A pesar de lo dicho arriba, hay algunos autores que pretenden hablar en todo caso, de comunidad. Así, BELTRÁN DE HEREDIA, si bien advierte que es condición absolutamente indispensable para que exista la comunidad, que ésta se ejerza sobre derechos de idéntica naturaleza, reduce siempre el supuesto a una comunidad de disfrute, diciendo que «los titulares no son propietarios, ni tienen en común un derecho de propiedad, sino exclusivamente el derecho de disfrute», y que «si el propietario concurre con ellos en el aprovechamiento de los pastos, es indudable que él estará también en comunidad, en cuanto a ese derecho de disfrute». («La Comunidad de Bienes en el Derecho español», pág. 108).

Mi opinión es diferente, pues así no quedan deslindadas las figuras de la comunidad de propietarios, la comunidad de otros titulares y la servidumbre de pastos, que se rigen por preceptos distintos. Y técnicamente creo que es forzado imaginar una comunidad entre el titular de una simple facultad de disfrute (facultad dependiente e integrada en el Derecho real de propiedad) y el titular de un Derecho real de disfrute distinto e independiente de la propiedad, pues ello supone en realidad titularidades cualitativamente diferentes.

Al parecer, DÍEZ PICAZO se mueve también en esta línea de no preocuparle la distinción entre servidumbre y comunidad, pues, después de enunciar tres opiniones sobre el asunto, dice: «A mi juicio, en estas formas de aprovechamiento existe siempre comunidad. Puede ser una propiedad colectiva del común de los vecinos y puede ser también comunidad de un derecho de disfrute sobre una cosa ajena (derecho de pastos, de leñas, de hierbas, etc.), caso en el cual el dominio pertenecerá a otra persona o constituirá un dominio público». (Lecciones de Derecho civil, III. Derecho de cosas, Universidad de Valencia, 1967, página 18). Por mi parte, insisto en que a los casos de comunidad hay que añadir el de servidumbre de pastos, que se refiere a la relación entre propietario y no propietario.

La servidumbre de pastos supone un gravamen que soporta pasivamente un predio en beneficio de personas o Entidades que no ostentan la propiedad de los pastos (5).

Ambas figuras pueden concurrir en un determinado supuesto, pero nunca deberán confundirse ni mezclarse. Así, en el presente supuesto de hecho que estamos comentando se puede distinguir una comunidad de propietarios de los terrenos (los pueblos que figuran en el Catálogo), una comunidad de pastos de los vecinos de dichos pueblos y una supuesta servidumbre de pastos a favor de los vecinos de otro pueblo no propietario, respecto a la que el Tribunal Supremo confirma su extinción por no uso (6).

b) *Delimitación de preceptos.*—La importancia práctica de la distinción entre comunidad y servidumbre de pastos se observa cuando se trata de averiguar qué artículos se aplican a una y a otra figura. La doctrina se lo ha planteado especialmente con motivo de los artículos 600 a 603 del Código civil, pero creo que esto supone una visión estrecha del problema, pues tales artículos contienen una pequeña normativa y, además, algunos, como ahora se verá, pueden tener aplicación a las dos figuras. Lo interesante es destacar que a la servidumbre de pastos le serán de aplicación las normas generales de las servidumbres, en principio, y, en cambio dichas normas no serán aplicables, en principio también, a la comunidad de pastos, para la cual hay que tener en cuenta las ideas sobre comunidad germánica apuntadas por la jurisprudencia y por los autores.

Precisamente en el supuesto de esta sentencia, se planteaba la extinción de la servidumbre por no uso, es decir, la aplicación del artículo 546, 2.º del Código civil, norma que no se puede referir a la comunidad de pastos.

En relación con los artículos 600 a 603, se ha pensado que los tres primeros se refieren y aplican a la comunidad de pastos, y, en cambio, el artículo 603 a la servidumbre de pastos (7).

Desde luego, lo lógico sería pensar que tales artículos son todos ellos aplicables a las servidumbres de pastos, sin perjuicio de reconocer que alguno de ellos puede aplicarse también a la comunidad de pastos. La colocación sistemática de los mismos predispone en este sentido. Y así creo que hay que entenderlos, con las precisiones siguientes:

Artículo 600. A pesar de que este artículo comienza diciendo «la comunidad de pastos», hay base para pensar que se refiere directamente a la servidumbre de pastos: 1.º Porque emplea el término «concesión expresa de los propietarios», término éste de concesión más apropiado para la servidumbre, pues tratándose de comunidad, hubiera sido más adecuado hablar de «convenio o acuerdo entre los propietarios» 2.º Porque emplea la expresión «no a favor

(5) Así distinguió la servidumbre de la comunidad de pastos, acertadamente, OSSORIO MORALES, en *Las servidumbres personales*, págs. 93 y siga.

(6) Incluso puede verse una cotitularidad de servidumbre entre los vecinos de ese pueblo no propietario, pero esto es independiente de la relación de servidumbre entre propietario y no propietario.

(7) Así, SÁNCHEZ ROMÁN y MUCIUS SCAEVOLA (citados por BELTRÁN DE HEREDIA, ob. citada, pág. 103). También, ALBALADEJO, que dice: «En los artículos 600, 601 y 602 se habla de una comunidad o servidumbre de pastos. Pero realmente este término está usado inexactamente pues no se trata de un derecho a que nuestro ganado pascie en predio ajeno, sino de que los propietarios de varias fincas rústicas hayan puesto en común los pastos de las mismas para que los utilicen sus ganados. Tales artículos están, pues, defectuosamente incluidos al tratar de las servidumbres». (Instituciones de Derecho civil. Derecho de cosas, 1964, pág. 392, nota 197).

de una universalidad», y si se hubiera querido referir a la comunidad, hubiera dicho: «no entre una universalidad». 3.º Porque está dentro de la sección de las servidumbres voluntarias. 4.º Porque en el párrafo 2.º deja totalmente aclarada la cuestión al decir: «la servidumbre establecida conforme a este artículo...».

Consecuencia práctica: que no pueden establecerse servidumbres de pastos en lo sucesivo en terrenos de dominio particular a favor de individuos indeterminados.

Ello sin perjuicio de opinar que dicho artículo 600 puede también aplicarse a la comunidad de pastos, por analogía, pues al ser tan general la materia que regula no hay inconveniente ni incompatibilidad de aplicación a ambas figuras.

Artículo 601. Se refiere a los terrenos públicos, remitiéndose a las Leyes administrativas. Si la propiedad de los terrenos corresponde al Ayuntamiento y el uso es de los ganados de los vecinos del mismo, estaremos ante un caso de bienes comunales, por aplicación del artículo 187 de la Ley de Régimen Local. Pero, además, este artículo, dada su colocación sistemática, da pie para pensar que quiere decir algo respecto a la servidumbre de pastos, y ello puede ser que se apliquen las normas administrativas cuando los titulares de la servidumbre sobre un terreno público son varios, constituyendo una titularidad del derecho de servidumbre.

Artículo 602. Aquí el legislador comienza refiriéndose claramente a la comunidad de pastos, al contemplar un supuesto de extinción parcial de dicha comunidad, por el hecho de cercar el propietario con seto o tapia una finca. Pero se refiere a continuación a la servidumbre de pastos, precisamente para indicar que en ese supuesto las servidumbres quedaran subsistentes.

Artículo 603. Se reconoce unánimemente que este artículo se refiere exclusivamente a la servidumbre de pastos. Ello es así no sólo por los términos empleados, sino porque alude a un supuesto de extinción (la redención) que no resulta aplicable a la comunidad de bienes (en que todos los titulares son de igual rango). Lo que sí hay que decir, con ALBALADEJO, es que este artículo contiene una norma excepcional en materia de servidumbres, ya que la regla general exige para que pueda darse la redención el acuerdo de ambas partes (artículo 546, 6.º, C. c.), y en el caso del artículo 603 se establece la redimibilidad a voluntad exclusivamente del dueño de los terrenos.

SERVIDUMBRE VOLUNTARIA DE PASO: INVARIABILIDAD EN CASO DE AGRUPACION DEL PREDIO DOMINANTE CON OTRAS FINCAS (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1970).

Antecedentes.—Caso F. D. contra D. M.

Se constituyó en escritura pública una servidumbre de paso en beneficio de una determinada finca. Esta, es decir, el predio dominante, se agrupó con otras fincas, y sobre la resultante se construyó un edificio, que dio lugar a la formación de dieciséis fincas independientes. El titular del predio sirviente demanda la extinción de la servidumbre, pues, al producirse la agrupación y la división de casas por pisos, si subsistiera la servidumbre, se alteraría la establecida originariamente. El Juzgado de Primera Instancia número 2. de Oviedo,

estimó en parte la demanda en el sentido de que la servidumbre de paso sólo beneficia al predio dominante, tal como se describe en la primitiva escritura de constitución de servidumbre, antes de las agrupaciones, ordenando la consiguiente rectificación registral de las ampliaciones de la servidumbre. La Audiencia Territorial de Oviedo confirma esta sentencia, que no satisface a los primitivos demandantes, por lo que recurren en casación por infracción de Ley, pretendiendo que se declare la extinción de la servidumbre, basándose fundamentalmente en los artículos 359, 543, párrafo 1.º y 568 del Código civil, este último alegando que con la agrupación el predio dominante había obtenido la posibilidad de paso por otro sitio, al dejar de estar enclavado entre otras fincas.

Doctrina del Tribunal Supremo.—Siendo ponente el magistrado don Antonio Cantos Guerrero, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso por las siguientes razones:

1.ª Por no precisarse el concepto de la infracción del artículo 359 del Código civil.

2.ª Por no haber sido aplicado por la Audiencia el artículo 543 del Código civil, por lo que mal puede haber sido infringido, aparte de que ese artículo se refiere «a obras que el dueño del predio dominante haga, no en su propio predio, sino en el sirviente, caso distinto del aquí tratado».

3.ª Porque, según el artículo 535 del Código civil, si el predio dominante, suelo y vuelo, se divide, «cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre».

4.ª Por no ser aplicable el artículo 568 del Código civil, ya que se refiere a la servidumbre forzosa de paso, no a las servidumbres voluntarias, aparte de que, cuando se constituyó la servidumbre de paso, el predio dominante tenía ya acceso por otro linde con calle, por lo que no estaba enclavado, lo cual demuestra que no se constituyó la servidumbre por causa de esa necesidad ineludible.

Comentario.—El problema consiste en determinar si la servidumbre de paso, constituida voluntariamente, queda extinguida, modificada o invariable, al producirse una agrupación del predio dominante con otras fincas, con edificación sobre la nueva finca formada por la agrupación.

El problema es muy discutible y caben estas tres soluciones:

1.ª *Tesis:* Ampliación de la servidumbre de paso en favor de las fincas agrupadas y de la total finca resultante.—Esta es la postura de los demandados, y, al parecer también la que se plasmó en la inscripción registral correspondiente.

Creo que con esta solución podría llegarse demasiado lejos, como puede verse a través de las consecuencias prácticas que se indican al tratar de la tercera tesis. Por otro lado, no existe ninguna norma que apoye tal solución, y, además, va contra los principios aplicables en materia de agrupación (mantenimiento de la situación jurídica de las fincas agrupadas respecto a los gravámenes) y contra el título constitutivo de la servidumbre, que no consideró esta ampliación.

2.ª *Tesis:* Extinción de la servidumbre de paso debido a las modificaciones producidas en el predio dominante.—Esta es la postura del demandante recurrente, basándose en el párrafo 1.º del artículo 543 del Código civil y en el 568. Pero nos acaba de decir el Tribunal Supremo, con razón, que el artículo 543 se refiere a obras realizadas en el predio sirviente, no en el dominante (a lo que puede añadirse, además, que aun en el caso que contempla, no

señala la extinción de la servidumbre), y que el artículo 568 se refiere a la servidumbre «forzosa» de paso (1), no a las servidumbres voluntarias.

Creo que debe rechazarse esta tesis que va contra los principios que inspiran la agrupación de fincas, pues, en cualquier caso, sería añadir una causa de extinción de la servidumbre no prevista por el legislador, ya que es evidente que el artículo 546 del Código civil no la recoge, ni siquiera en el número 3.º, que se refiere a distinto supuesto.

3.ª Tesis: Invariabilidad de la servidumbre de paso. Esta es la postura mantenida por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia, confirmada, a través de la inadmisión del recurso, y, por tanto, sin doctrina positiva, por el Tribunal Supremo.

Considero que esta es la solución que compagina perfectamente los principios de la agrupación de fincas, la permanencia del título constitutivo regulador de la servidumbre y los caracteres de indivisibilidad e inseparabilidad, típicos de la servidumbre. Convendrá desarrollar los argumentos y consecuencias prácticas de esta tesis, que es la que, en mi opinión, debe prevalecer.

a) Argumentos:

1. Efecto de la agrupación de fincas.—Si las fincas agrupadas están gravadas unas y otras no, se expresarán en la inscripción de agrupación los gravámenes a que están afectas las fincas, los cuales continuarán subsistentes. No lo dice expresamente el artículo 45 del Reglamento Hipotecario, pero así lo afirman los artículos 46 y 47 del mismo, que se ocupan de la división y segregación, y ante la laguna creada en materia de agrupación por el silencio del legislador, puede extenderse esa misma idea por analogía. Por otro lado, esta es la solución dada por La RICA, SANZ FERNÁNDEZ y ROCA SASTRE. Pues bien, si esto se dice respecto de los gravámenes, debe aplicarse también al correlativo lado activo de los gravámenes, es decir, en nuestro caso, a los derechos que existen a favor del predio dominante.

2. Necesidad de atender al título constitutivo.—El artículo 536 del Código civil dice que las servidumbres se establecen por la Ley o por la voluntad de los propietarios. Pues bien, esta voluntad plasmada en el título, que refiere objetivamente la servidumbre a fincas concretas, ha de ser mantenida, mientras no se produzcan las causas de extinción o modificación previstas en los artículos 546 y 547 del Código civil. Así lo impone también el principio contractual del artículo 1.091 del Código civil.

3. Indivisibilidad de la servidumbre.—Viene recogido este carácter por el artículo 535 del Código civil, y quiere decir, no que la finca dominante o sirviente sean invariables o no se puedan dividir, sino que la servidumbre es invariable a pesar de la división de las fincas.

(1) Es acertada esta terminología de la sentencia, que contraponen servidumbre «forzosa» (en vez de «legal») a las voluntarias. Cierto que no se debe dar demasiada importancia a las cuestiones terminológicas, pero en este caso hay que decir que la expresión «servidumbres legales» del Código civil no responde a un concepto unitario, pues abarca numerosas figuras, y lo que interesa contraponer al concepto de servidumbre voluntaria no es el de servidumbre establecida directamente por la Ley (que técnicamente no se considera servidumbre, sino límite del dominio), sino el de servidumbre que la Ley da derecho a exigir que se constituya, sin derivar directamente de la Ley (que, por sus efectos encaja mejor en el concepto de Derecho real de servidumbre y que es la servidumbre forzosa). En este sentido se pronuncia ALBALADEJO, que también delimita los conceptos de *límites* y *limitaciones* del dominio, siendo todas estas distinciones del autor muy útiles desde el punto de vista pedagógico y de la claridad de ideas (Derecho de cosas, 1964).

Este artículo 535 sirve, desde luego, de argumento para mantener la servidumbre a pesar de la construcción de pisos sobre el terreno que fue predio dominante. Así lo entiende el Supremo. Pero nos interesa más insistir en el problema creado por la agrupación, por ser más discutible y problemática la extensión horizontal de la finca, que la extensión vertical.

El artículo 535 del Código civil aplica la indivisibilidad de la servidumbre al supuesto de división de fincas, pero no dice nada en el supuesto de agrupación. Sin embargo, dada la analogía existente en el fondo de estas dos figuras, si bien su resultado es de signo contrario, puede aplicarse la misma idea de invariabilidad de la servidumbre. Esta invariabilidad se traduce, en caso de agrupación, en la concreción de la servidumbre a la finca que antes de agruparse era predio dominante.

No se puede silenciar que la indivisibilidad puede ser aquí un arma de dos filos. Es que se ha deducido de dicho carácter la idea de que la servidumbre no puede ser constituida en beneficio de *parte* de una finca. Esta idea es acertada y debe mantenerse, civilmente por la citada indivisibilidad de la servidumbre, e hipotecariamente por el principio de especialidad que se centra en la finca, no en partes de ella.

A pesar de esto, creo que no es lo mismo constituir una servidumbre en beneficio de parte de una finca (lo que es inadmisibles) que constituir una servidumbre en beneficio de una finca registral (lo cual debe admitirse), que después, se agrupa con otras fincas. Ciertamente que el resultado final en ambos casos es parecido: la servidumbre no la tiene a su favor toda la finca. Pero la diferencia de casos es esencial, pues, en el primer supuesto, no hay finca dominante, sino una parte de ella; y en el segundo supuesto, en cambio, la finca registral dominante agrupada no se extingue totalmente, sino que, como ahora vamos a ver, su folio registral subsiste en parte. Y esto es decisivo en la cuestión que estudiamos. Por ello, no admitimos la analogía de ese caso, y nos mantenemos en la tesis de la invariabilidad de la servidumbre, idea que fomenta más bien el artículo 535 del Código civil.

4. Inseparabilidad de la servidumbre.—El artículo 534 del Código civil dice que «las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen». Por tanto, subsistirá la servidumbre aunque la finca cambie de propietario, y aunque la finca cambie en sí mientras no se produzca la extinción de dicha finca (aparte de otros casos de extinción). En este caso, la finca dominante subsiste, pues, aunque los hipotecaristas incluyen la agrupación registral entre los casos de extinción de fincas, añaden a continuación una precisión que es fundamental aquí. Así, por ejemplo, ROCA SASTRE dice: «Claro que no se da aquí una extinción absoluta, pues las antiguas y cerradas hojas registrales continúan constituyendo los antecedentes de la nueva finca, incluso con pleno vigor respecto de los gravámenes inscritos (tomo II, pág. 456, año 1968). Esto es conforme con la idea de los artículos 46 y 47 del Reglamento Hipotecario, y no hay razón alguna para no extenderlo al lado activo de los gravámenes, según se dijo antes.

b) *Consecuencias prácticas de la tesis de la invariabilidad.*—Las diferentes consecuencias prácticas se aprecian claramente respecto a la tesis 2.ª, que no mantiene la servidumbre.

Más difícil es ver la distinción de consecuencias prácticas en relación con la primera tesis de la ampliación de la servidumbre. Porque hay que precisar que la tesis de la invariabilidad de la servidumbre refiere la inmutabilidad

al elemento objetivo (finca), pero en cambio admite la ampliación en cuanto al elemento subjetivo (propietarios del predio dominante). Así, si el predio dominante se vende a varios propietarios, hay que admitir que la servidumbre no se extingue por ello, ni tampoco que continúa refiriéndose a un solo propietario. Por tanto, la tesis de la invariabilidad admite la ampliación subjetiva, aunque ello suponga agravación para el predio sirviente, pues es una consecuencia de toda servidumbre, que se cataloga como derecho subjetivamente real, es decir, que no tiene sujeto determinado, siéndolo los que en cada momento sean propietarios del predio dominante, sean muchos o pocos.

Pero cabe entonces preguntar, puesto que se admite esta ampliación subjetiva, dentro de la tesis de la invariabilidad, cuál es la diferencia práctica con la tesis de la ampliación. Las diferencias serán las derivadas de no admitir la ampliación del elemento objetivo de la servidumbre, es decir, de la finca dominante.

Así, señalaremos un ejemplo: supongamos que las fincas agrupadas lindan no sólo con el predio dominante, sino también con el predio sirviente. En ese caso, la tesis de la ampliación permitiría dar paso directo desde el predio sirviente a esas fincas; en cambio, la tesis de la invariabilidad sólo permitiría el paso, en los términos pactados, a través del primitivo predio dominante.

Otro ejemplo: supongamos que la finca agrupada y edificada se convierte otra vez en solar y se divide en parcelas, vendiéndose la parte que fue predio dominante al titular del predio sirviente. Según la tercera tesis (invariabilidad) se produciría un caso de extinción total de la servidumbre, por reunirse el predio dominante y sirviente en una misma persona (art. 546, 1.º C. c.). En cambio, si se admitiera la primera tesis (ampliación), no sería forzado mantener en esa eventualidad, la servidumbre en favor de las otras parcelas no vendidas al titular del predio sirviente.

Desde el punto de vista de la inscripción registral, caso de aceptar la tesis de la invariabilidad, y con objeto de prevenir esos posibles eventos que se acaban de indicar, habrá necesidad de reflejar en la inscripción de agrupación, que una de las parcelas que se agrupan tiene a su favor servidumbre de paso en los términos que constan en su respectiva inscripción. Incluso, puede tenerse en cuenta lo que dice Roca refiriéndose al caso de gravámenes: «Es conveniente que además las fincas agrupadas sujetas a gravámenes continúen describiéndose en lo sucesivo como parcelas de las mismas, para evitar confusiones». (Tomo II, pág. 429, 1968.)

J. M. G. G.

IV. FAMILIA

RECONOCIMIENTO DE FILIACION NATURAL: *La interpretación del artículo 135 del Código civil: los elementos constitutivos de la POSESION DEL ESTADO y los medios de acreditarlos. La apreciación jurídica de la suficiencia o deficiencia de tales elementos para declarar la existencia de la posesión de estado. Lucas c. Alonso y el Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1969).*

Doctrina de la sentencia.—La posesión de estado de hijo natural se deriva de un conjunto o serie de actos reiterados que, por su naturaleza y circunstancias, determinan una situación de hecho de carácter permanente. Sus elementos constitutivos pueden resumirse, según la doctrina clásica, en los conceptos «nomen, tractatus, fama o reputatio». La posesión de estado es una cuestión de hecho sometida a la apreciación judicial... si bien sus elementos constitutivos deben acreditarse por prueba directa y no por meras y simples presunciones. La fijación por la Sala de que los hechos probados son suficientes para declarar la existencia de esa posesión de estado... evidencia una recta y certera interpretación de tales hechos y sigue, con ello, la línea jurisprudencial iniciada y mantenida por esta Sala.

Antecedentes.—1 Desde antes de 1961 la actora y el demandado sostenían relaciones (según ella «amorosas formales», y según él «nunca con sentimentalismo o amor, sino enteramente de tipo sexual y deleitoso»—sic—), acompañando él a su novia al lugar de residencia de la familia de ésta y sosteniendo las relaciones en forma continuada e ininterrumpida hasta finales de 1964. 2 En 1961 los dos interesados marcharon a la capital (de común acuerdo, según ella, y según él por motivos profesionales y perseguido por ella), donde continuaron sus relaciones: a la normalidad expuesta por la actora, argüía el demandado que durante tal estancia ella era visitada en su residencia por otro hombre. 3 Como consecuencia de las relaciones amorosas con el demandado la actora se encontró encinta, con molestias que le obligaron a pasar en cama mucho tiempo, siendo atendida por él, haciéndole la comida, etc. Ante tal situación, consultado un Religioso, proyectaron el matrimonio y se publicaron las pertinentes «amonestaciones» en dos parroquias del 10 al 20 de abril de 1964; sin embargo, el matrimonio no llegó a celebrarse, al sufrir otra hemorragia la actora, que fue llevada a una maternidad por el demandado y otra señora, pasando él la mayor parte de las tardes en compañía de ella en la clínica (las correspondientes negativas de él de tales hechos no se acreditaron, aludiendo a no haber nunca él firmado el expediente matrimonial). 4. Fruto de tales relaciones nació un niño, en mayo de 19..., siendo visitados niño y madre todos los días en la clínica por el demandado, quien prometió abonar todos los gastos de la clínica, lo que luego no cumplió. 5. El padre del demandado trató de separarle de la actora e hijo, no consiguiéndolo de momento, al trasladarse a otro lugar el demandado y ella a localidad cercana; él la visitaba todos los días, haciéndose pasar por matrimonio y llevando él al hijo en brazos en forma ostensible; todo finalizó con la llegada del padre del demandado, que provocó un incidente, con intervención de la policía. Ella regresó a la capital, recibiendo algunos giros postales de él, quien le aseguró

que «cumpliría sus obligaciones». 6. No reanudadas las relaciones, ella le dirigió algunas cartas, de forma más bien coactiva y cuyo fondo tendía al reconocimiento del hijo, a principios de 1965. También aparecía la generosa mediación de la esposa del Jefe del Estado, a través de su Secretaría particular, en carta dirigida al demandado, que éste no contestó. 7. La actora litigaba previo el expediente de pobreza.

La demanda finaliza con la súplica de que se dicte sentencia en la que: se declare que el niño... hijo natural de la actora, es igualmente hijo natural del demandado, por haber estado en la posesión *continua* de hijo, y se condene al demandado a reconocer expresamente dicha filiación natural, con todos los derechos y consecuencias jurídicas inherentes al citado reconocimiento, así como a estar y pasar por la mencionada declaración y a que realice cuantos actos sean necesarios para la efectividad jurídica, material y registral, del reconocimiento indicado.

En su *contestación* el demandado termina con la súplica de que se dicte sentencia desestimando la demanda y absolviendo al demandado.

Dado traslado al Ministerio Fiscal, la contestó con base a los siguientes hechos: 1. Se acepta únicamente la declaración de pobreza solicitada por la actora. 2. Tratándose de un caso de reconocimiento de hijo natural fundado en la posesión constante de dicho estado, el Ministerio Fiscal no puede aceptar tal hecho sin que ello conste debidamente acreditado... suplicando se dicte sentencia de acuerdo a lo que resulte probado.

El *Juzgado* de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve de ella al demandado.

La *Audiencia*, revocando la sentencia del Juzgado y estimando la demanda, declara que el niño es igualmente hijo natural del demandado, al que condena a reconocer dicha filiación con las consecuencias y deberes inherentes a ello.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, con apoyo en los dos motivos siguientes: 1. Infracción, por aplicación indebida, del artículo 135-2.º del Código civil y doctrina legal que lo interpreta (SS. 2-3-29, 25-6-46, 26-4-51, 8-2-65 y 24-2-66). 2. Por error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos auténticos (las cartas de la actora y la de la Secretaría particular de la esposa del Jefe del Estado), los que evidencian el no reconocimiento por el demandado.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, sentando la doctrina que sigue:

Visto siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González.

Primer Considerando: Que, para enmarcar debidamente las cuestiones a resolver en el presente recurso, se ha de tener, ante todo, en cuenta: A) *Que, conforme expresa la sentencia de esta Sala de 24 de febrero de 1966, el precepto contenido en el artículo 135 del Código civil, si bien «venía aplicándose, anteriormente, con un carácter riguroso y restrictivo, tanto en el caso de escrito indubitado, como en el de posesión de estado, la doctrina jurisprudencial, acompañada a la científica, ha evolucionado y a partir de las sentencias de esta Sala de 25 de mayo y 3 de julio de 1945 viene propugnando la interpretación declarativa del mencionado precepto, siendo de citar, a tal respecto, las sentencias de 24 de mayo de 1956 y 16 de mayo de 1963, cambio de dirección inspirada en una humana y racional reacción contra la interpretación dada a las llamadas en otros tiempos «disposiciones odiosas» y en una más generosa concepción de los deberes de la paternidad en favor de los hijos, según las ideas sociales imperantes, siendo en suma la posesión de estado una cuestión*

de hecho sometida a la apreciación judicial, de acuerdo con muy reiterada y conocida jurisprudencia de este Tribunal, si bien se requiere que los elementos constitutivos de esa posesión, se acrediten por prueba directa y no por meras y simples presunciones, de modo que «la posesión de estado de hijo natural se deriva de un conjunto o serie de actos reiterados que, por su naturaleza y circunstancias, determinan una situación de hecho de carácter permanente», en principio de la libre apreciación de los Tribunales de Instancia, aunque los elementos probatorios sean combatibles, en casación, por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, elementos que pueden resumirse, según la doctrina clásica, en los conceptos "nomen, tractatus, fama o reputatio". B) Que, sobre tales elementos, de índole exclusivamente fáctica, ha de hacerse la apreciación jurídica de su suficiencia o deficiencia al fin de integrar o no esa posesión continua de estado, a que el número 2.º del artículo 135 del Código civil se refiere, y aun cuando ello—cómo bien reconoce la propia sentencia recurrida—«implique un concepto jurídico», el mismo ha de ser elaborado en la instancia, a la vista de los hechos que se declaren probados y cuyo respeto en casación se impone, salvo que aparezca de modo claro que, al elaborarlo, incurrió el Tribunal sentenciador, en notorio error, equivocación, arbitrariedad o falta de justificación que implique infracción legal de lo dispuesto en el artículo 135 del Código civil. C) Que, en consecuencia, cabe la posibilidad de combatir la apreciación probatoria, hecha en la instancia, de los hechos reveladores de la posesión de estado, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal o su integración en tal concepto, sin atacarlos, empleando el cauce del número 1.º del referido artículo de la misma Ley.

Segundo Considerando: Que, dentro de tales directrices, el recurso, en su motivo segundo, intenta combatir la apreciación de la prueba, realizada en la instancia, alegando error de "hecho" cometido al estimar la misma, denunciándolo por el cauce legal correspondiente; antes de analizar la eficacia del motivo, conviene señalar que la Sala sentenciadora concreta tales hechos en las afirmaciones siguientes: 1.ª El demandado antes del año 1961, mantuvo relaciones amorosas con la actora, en Salamanca, primero, y en Madrid, después, conviviendo en esta última capital, donde la demandante quedó encinta, proyectaron su matrimonio y aquella dio a luz un niño, el día 20 de mayo de 19... 2.ª Que, el demandado, obligado por su padre, dejó la capital y se estableció como médico en un pueblo de la provincia y continuó relacionándose con la madre y el niño, que se trasladaron a donde les visitaba en la casa que ocupaban, permaneciendo allí reunido con ellos, aunque sin pernoctar; que los atendía, pagando el importe del hospedaje y apareciendo en público acompañándoles y llevando al niño en sus brazos, frecuentemente. 3.ª Que también hicieron lo mismo algunas veces, acompañados del padre del demandado y en buena armonía, hasta comienzos del año 1965, en que ésta se rompió y se iniciaron algunos incidentes en la calle, que acabaron rompiendo totalmente las relaciones entre ellos, que no se han vuelto a reanudar. Y respecto a tales hechos, que la Sala, declara acreditados, se opone para combatirlos el texto de ciertas cartas que el demandado acompaña a su escrito de contestación a la demanda, y sobre los que procede hacer las observaciones siguientes: A) Que tales documentos aparecen suscritos con fecha posterior a la ruptura de relaciones amorosas entre los hoy litigantes, por lo que no pueden servir para desvirtuar las afirmaciones del Tribunal sobre lo ocurrido antes de esa ruptura, máxime teniendo en cuenta la rigidez que se exige al documento, para estimarlo auténtico, a efectos de casación, ya que por sí mismos no dicen, en ningún

sentido, lo contrario de lo que el Tribunal de Instancia afirmó. B) Que esos documentos, son en su mayoría, cartas de la madre dirigidas al ahora demandado, en que protesta del abandono en que éste tiene al niño y ello en unos términos, explicables en cuanto al fondo, pero absolutamente reprobables por lo que afecta a su forma; aparte de ellos, existen otras dos cartas, dirigidas al señor Cura Párroco del pueblo de la residencia, entonces, del ahora demandado, solicitando su mediación en el asunto y un anónimo escrito a máquina; ninguno de tales documentos, contradice las apreciaciones de la Sala, como tampoco el documento señalado con el número 10, al que, especialmente, se refiere el motivo pues sólo acredita el laudable deseo de mediar en el asunto, con un fin moral y cristiano, por lo que, en realidad, nada prueba al respecto y aun pudiera considerarse adverso a la postura mantenida por el recurrente, que ni siquiera manifiesta haber contestado a la carta recibida, que era lo lógico y procedente, de ser falsos los hechos que la motivaban y como aconsejaba la atención debida a la destacada personalidad, a cuyo nombre se intentaba la mediación.

Tercer Considerando: Que *inalterados los hechos que probados* declaró el Tribunal de Instancia, al no poder estimarse la procedencia del segundo motivo del recurso, sólo resta, a través del examen del motivo primero, en que se denuncia la aplicación indebida del artículo 135 del Código civil, en su segundo párrafo, *fixar si tales hechos pueden o no considerarse suficientes para declarar la existencia de la "posesión de estado" a que se refiere aquél; ya queda dicho que, en principio, ha de respetarse la apreciación de la Sala, al respecto, salvo que la misma se revele como antijurídica y vulneradora de lo dispuesto en la Ley; y lejos de ello, en el caso de autos, el Tribunal acredita una fina, pero recta y certera interpretación de los hechos que estimó probados, al respecto, y, atendiendo a la época en que se manifestaron y a su reiteración, mientras no se modificara, por la ruptura de relaciones, las tan elocuentemente expresivas habidas entre las partes y los actos públicos y reiterados con los que el demandado sancionó la realidad de los hechos, en que la demanda se apoya, declara la existencia de esa "posesión de estado", en gracia a la conducta de aquél, sobre todo a raíz del nacimiento del niño en que habría sido inexplicable, de no ser ciertos aquellos hechos, procediendo a estimar la demanda y siguiendo, con ello, la línea jurisprudencial, iniciada y mantenida por esta Sala, en los últimos tiempos, según se recoge en la referida sentencia de 24 de febrero de 1966 y demás que, en la misma, se relacionan.*

Cuarto Considerando: Que, *al no resultar viables ninguno de los motivos articulados en el recurso, se impone la desestimación del mismo, con los pronunciamientos accesorios pertinentes, según preceptúa el artículo 1.748 de la Ley Procesal Civil.*

Comentario: I. Reconocimiento voluntario tácito de filiación natural.— Define ROYO MARTÍNEZ (1) el reconocimiento como «una manifestación de paternidad o maternidad formulada a través de la palabra o de la conducta (reconocimiento expreso o tácito)».

Parece, por tanto, conveniente aludir aquí a los distintos criterios que pueden servir para diferenciar las declaraciones expresas de las no expresas; así, ALBALADEJO (2) en su interesante exposición, se inclina por el criterio *objetivo*,

(1) *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, pág. 261.

(2) *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954, págs. 61 y sigs.

que es el usualmente seguido por los autores modernos e incluso por sentencias de estos últimos años del Tribunal Supremo, y conforme al cual las declaraciones *expresas* son las realizadas por el declarante con medios que por su naturaleza están destinados a exteriorizar lo que resulta exteriorizado, y declaraciones *no expresas* las que consisten en un comportamiento que, sin ser medio destinado por su naturaleza a exteriorizar lo interno, lo exterioriza sin embargo. Después de manifestarse este autor en favor de este criterio *objetivo*, afirma que basta *para que haya reconocimiento* (3) la existencia de una libre voluntad de declarar la paternidad (voluntad en sentido de *conocimiento* de verificar una declaración de paternidad) y la existencia de una declaración de paternidad *explicita* aunque no vaya encaminada precisa y exclusivamente a poner de manifiesto tal paternidad.

Así las cosas, parece que en principio las posiciones de ambos autores son perfectamente idénticas. Sin embargo, no es así, como se pone de manifiesto respecto de la admisión o no del reconocimiento *no solemne* (4): ROYO es decidido partidario de tal admisión, en base a los supuestos del artículo 135-1.º y 2.º, pues en tales casos la sentencia judicial declarará que existe *no* una paternidad hasta entonces desconocida, sino un reconocimiento *anterior*, por lo que éste será un reconocimiento *tácito* o *presunto*. Para ALBALADEJO el reconocimiento es solemne en todo caso, ya que el Código sólo admite la declaración judicial de paternidad cuando ésta *aparece* sin necesidad de investigarla, como en los casos del 135, pero tal exteriorización es tan solo una *prueba*, prueba limitada, que deducida en juicio servirá para basar la declaración judicial de paternidad, que es la que atribuye el estado: de acuerdo con ROYO, cree que tales casos del artículo 135 llamados por él de reconocimiento «no solemne» «*encierran un contenido* como el de un verdadero reconocimiento. La diferencia sería cualitativa, de una supervaloración o de una infravaloración de los supuestos 1.º y 2.º del 135, conclusión a la que llega LACRUZ (5) buscando la relación de tales supuestos con el reconocimiento *formal* en el terreno del resultado, o sea, en el del *status* del hijo, que es el mismo constitutivo del reconocimiento formal, de la sentencia basada en el aformal y de la imposición judicial consecuente a la excepcionalmente admitida investigación de la paternidad.

Estas puntualizaciones casi insoslayables, a la vista del caso de autos, no pueden menos de llevarnos a la calificación como *tácito* del reconocimiento que fue base a la declaración judicial y de acuerdo con una posesión de estado continua, según veremos.

Lo que parece bastante claro es que, en el supuesto de hecho comentado, no se trata de una investigación judicial de la paternidad como hecho biológico, sino que se trataba de la comprobación o valoración del acto humano y social consistente en la *conducta* del varón respecto del presunto hijo o en las manifestaciones *no solemnes* de tenerlo por tal (6). Y es que se trata de una importante diferencia, como apunta el mismo ROYO, pues tan sólo quien tenga clara noción respecto a lo que pueda ser discutido según la Ley, sabrá también qué ha de alegar, qué ha de probar y de qué medios de prueba podrá valerse; así, en el supuesto de alegarse la *exceptio plurium concubentium* de la madre durante el tiempo de la posible concepción podrá ser decisiva si lo

(3) Op. cit., págs. 64 y sigs.

(4) Op. cit., págs. 85 y sigs.

(5) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, Bosch, 1966, pág. 405.

(6) Así, en ROYO, Op. cit., págs. 262 y sigs.

que se trata de acreditar es el hecho biológico de la paternidad, pero será totalmente ineficaz si lo que se trata de averiguar es si existe un reconocimiento *no solemne* del padre. Precisamente por esta última razón las débiles argumentaciones del demandado en su Escrito de Contestación a la demanda no podían ser acogidas de ninguna manera.

Finalmente, antes de dejar este primer epígrafe, quiero aludir aquí a un curioso argumento del demandado en el Escrito de Contestación sobre el que ya no volvió después en el pleito: que nunca firmó las amonestaciones o proclamas. Parece claro que el expediente canónico previo al matrimonio consta de varios elementos (7): la investigación del párroco, el examen de los novios (si hay o no libertad de consentimiento, etc.) y las proclamas o amonestaciones. De dichos tres elementos parece que el fundamental es el que exista libertad de consentimiento, por lo que en habiendo tal libertad se pasa a las amonestaciones, sin más. No parece un argumento sustancial el de no firmarse tales proclamas, ya que canónicamente (civilmente sería lo mismo) la firma importante en dichos edictos es la del párroco.

Podemos, por tanto, concluir que a la vista de los *antecedentes* del pleito que el Magistrado Ponente recoge en la parte primera del Considerando segundo parece claro que la determinación del tipo de Reconocimiento no puede ser más que la de *tácito*, en base a una conducta o manifestaciones no solemnes por parte del padre hacia el hijo.

II. *La interpretación del artículo 135 del Código civil.*—Sabida es la zigzagueante marcha de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo acerca de cómo interpretar el debatido precepto del 135 del Código civil. Alude a ello el Ponente en la exposición inicial del *primer* Considerando, cuyo significado y valor adecuados creo no deben exceder de las meras consideraciones *obiter dicta* a modo de punto de partida del razonamiento del juzgador. Sin embargo, sería deseable que en lo futuro nuestro más Alto Tribunal tuviera siempre presente este principio que recoge el Ponente del «favor de los hijos», principio directriz que debiera señalar la trayectoria futura de nuestro Derecho de familia, cual ha señalado Díez PICAZO (8).

Para una mejor comprensión panorámica de conjunto del estado de la materia, pueden verse las exposiciones del mismo Díez PICAZO, PUIG BRUTAU (9), LACRUZ-SANCHO (10) y CASTÁN (11).

III. *Los elementos constitutivos de la posesión de estado.*—Aparecen descritos con notable claridad en el *primer* Considerando por el Ponente, que se remite a la doctrina clásica y a consideraciones de otras Sentencias anteriores de la misma Sala del Tribunal Supremo.

Es evidente, como ha dicho ROYO (12), que el número 2.º del 135 del Código civil consagra la eficacia del Reconocimiento *tácito*, es decir, de aquel en el que la voluntad de tener al hijo como tal no se manifiesta con palabras

(7) LACRUZ-SANCHO, Op. cit., pág. 85.

(8) Véase: *Reclamación de filiación natural*, Comentario a S. 29-XI-58, ADC., XII-4, página 1.413; *La filiación en el Derecho civil de Cataluña*, ADC., XV-1, pág. 81, y *De nuevo sobre reclamación de la filiación natural*, Comentario a tres sentencias del Tribunal Supremo, ADC., XV-1, pág. 205.

(9) *Fundamentos de Derecho civil, Derecho de familia*, IV-2.º, págs. 111 y 112 y sigs.

(10) Op. cit., págs. 406 y 408.

(11) *Derecho civil, común y foral*, V-2.º, págs. 74 y 80 (ed. 7.ª, 1958).

(12) Op. cit., pág. 277.

escritas, sino con una conducta permanente, reveladora de que tal fue el designio del padre. La posesión de estado—a diferencia de la filiación legítima—en la filiación natural viene a ser una *manifestación* de reconocimiento. Sin embargo, como ya puso de relieve el maestro CASTÁN (13), no es preciso que estos actos del padre sean tan ostentosos como los exigibles respecto de la filiación legítima.

Los elementos constitutivos de tal posesión de estado suelen ser recogidos por todos los autores de forma casi similar; así, CASTÁN (14), LACRUZ-SANCHE (15), PUIG BRUTAU (16) y MELÓN INFANTE (17).

Podemos concluir, con este último, que, aunque el Código español *no define* la posesión de estado, late en su espíritu un concepto todavía más amplio y flexible que el de ciertas legislaciones extranjeras (cual el art. 270 del Código italiano de 1942) que expresamente lo definen.

IV. *La valoración jurídica de dichos elementos*—Ya puso de relieve Díez Picazo (18), en su Comentario a la Sentencia de 7 de noviembre de 1961, que la valoración y calificación jurídica de los hechos constitutivos de la posesión de estado *no era* una pura *quaestio facti*, sino una *quaestio iuris* cuyo cauce procesal en casación debe ser el número 1.º del artículo 1.692 LEC.

Y lo que es verdaderamente trascendente de la Sentencia que comentamos es que el Ponente señor Aguado recoge esta importante aportación del profesor Díez Picazo en el apartado C) del Considerando *primero*, como base de la decisión ulterior. No puede menos de elogiarse esta digna postura del Ponente, cuyo fino análisis le lleva a resolver el litigio en base a la justicia y a la equidad. Tras la ponderación cuidadosa de tales hechos efectuada en el Considerando *segundo* y su valoración, llega en el *tercero* a la determinación de su suficiencia para declarar la *existencia* de la *posesión* de estado cuestionada.

Resumen.—Una decisión justa en su fondo y en su forma, en la que cristalizan las elaboraciones jurisprudenciales y las aportaciones doctrinales precentes, atendiendo al principio del «favor de los hijos».

J. C. G.

V. SUCESIONES

PARTICION.—LEGITIMA: SU NATURALEZA.—PRESCRIPCION.—Artículos 1.057, 1.061, 1.068, 1.069, 1.073, 1.074, 1.077 y 1.079 del Código civil (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1970).

Entre las «más amplias facultades» concedidas por el testador a los contadores partidores se entiende incluida la interpretación del testamento, y en ejercicio de ellas pueden atribuir bienes concretos a un legitimario en pago de

(13) Op. cit., pág. 74.

(14) Op. et loc. cit. últimamente.

(15) Op. cit., pág. 408.

(16) Op. cit., págs. 120 y sigs.

(17) *Reconocimiento de paternidad natural*, Comentario a S. 8-X-51, ADC., 1952, pág. 377.

(18) Op. cit. en ADC., XV-1, pág. 230.

su legítima estricta adjudicando el resto de los bienes relictos en *pro indiviso* a los demás legitimarios.

La legítima es *pars valoris* y ha de ser abonada con bienes de la herencia.

La prescripción consumada o lograda constante matrimonio atribuye carácter ganancial a los bienes usucapidos.

Hechos.—Don V. H. H. murió bajo testamento notarial abierto en el que, entre otras cosas, legaba a su hija M. H. O.—actora, apelante y recurrente—su legítima estricta, y a su esposa el usufructo universal vitalicio, instituyendo herederos por partes iguales a sus otros ocho hijos y designó albacea a su esposa y contadores-partidores a tres personas, confiéndoles «las más amplias facultades, incluidas las de hacer la partición y, además, la de realizar cualquier acto o negocio de disposición de bienes de todas clases». La viuda y los contadores realizaron las correspondientes operaciones, cuyo resultado fue la adjudicación de bienes determinados a la actora en pago de su legítima estricta y la atribución a los restantes hijos en *pro indivisión* el resto del caudal hereditario.

El Juzgado de Primera Instancia de Castro-Urdiales estimó parcialmente la demanda de la hija a la que se le atribuyeron bienes concretos en pago de su legítima estricta y declaró que había sufrido lesión en ésta, condenando a los herederos demandados a que la indemnizasen en 46.033,60 pesetas. La Audiencia Territorial de Burgos, a través de su Sala de lo Civil, desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante, como lo hace la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto al recurso de casación, siendo Ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, conforme a los siguientes razonamientos.

Considerando: Que los motivos del recurso quedan reducidos a cuatro, porque el Letrado de la parte recurrente renunció al número cuatro de ellos en el acto de la vista y que, por la similitud de los conceptos de las infracciones alegadas en los motivos segundo y quinto, se procede agruparles en cuanto al examen de los mismos evitándose así incurrir en repeticiones inútiles, de razonamientos, que, también, innecesariamente, harían más extensa resolución.

Considerando: Que el primero de los motivos, formulado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, consiste en infracción, por inaplicación, de los artículos 1.071 y 1.078 en relación con el 1.057, todos del Código civil y concordante doctrina de esta Sala, infracciones basadas en que los contadores-partidores de los bienes del causante «aislaron a la recurrente del vínculo de la herencia, ni involucrando su adjudicación con la de los demás coherederos y limitándose a adjudicarles con abstracción de los demás, unos bienes, que entendían constituían el valor de la legítima estricta, perjudicándola en cerca del 80 por 100, manteniendo el resto *pro indiviso* entre sus otros hermanos, lo que lejos de constituir una partición, no es más que una operación tendente a excluirla de la Comunidad hereditaria, pero no a hacer cesar el estado de indivisión mediante la adjudicación de bienes concretos a todos y cada uno de los herederos supervivientes supervaloraron los contadores los bienes que la adjudicaron y devaluaron los restantes».

Considerando: Que no puede ser acogido el motivo por lo siguiente: A) Según la cláusula del testamento del padre de la recurrente a los contadores-partidores designados les confirió «las más amplias facultades, incluidas las de hacer la partición y, además, la de realizar cualquier acto o negocio de disposición de bienes de todas clases», y así pues, es evidente que en esa

amplitud de facultades esté incluida la interpretativa de las cláusulas testamentarias, de la que siempre está investido el Comisario, en sentido estricto, en lo que sea necesario para el desempeño de su cometido. B) La adjudicación de bienes concretos a la recurrente y en *pro indivisión* a sus coherederos fue originada por la interpelación de la voluntad del testador expresada en las cláusulas 2.ª y 4.ª, según se razona en la Base 7.ª del Cuaderno particional. C) A la recurrente le fueron adjudicados los inmuebles números 5 y 6 del inventario y una cantidad, en metálico, compensatoria de los valores, por lo que fue respetada la intangibilidad cualitativa de su legítima, ya que nuestro Ordenamiento jurídico, por tener, dicha institución la consideración de *para hereditaris* y no de *para valoris*, es causa herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia. Porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales—artículos 829, 838, 840 y párrafo 2.º del 1.056 del Código civil—que no se dan en curso de autos y respecto a la intangibilidad cuantitativa, precisamente por no haber sido observada en la partición, porque lo adjudicado a la recurrente fue inferior a la cuantía de su cuenta legitimaria, es por lo que fue estimada precisamente la demanda con declaración de lesividad en la legítima. D) Es cierto que la adjudicación de bienes en *pro indivisión* a los coherederos de la recurrente, no está basada en las excepciones a la división de la herencia, establecidas en los artículos 1.051 y 1.072 de la Ley substantiva, igualmente lo es, que en los derechos de los coherederos de la recurrente, en los bienes que les fueron adjudicados *pro indiviso*, no se ha producido la modificación o sustitución del contenido de su objeto, porque el concurrir el derecho de cada uno de los adjudicatarios de esos bienes, con los que, de los demás, es decir, el recaer sobre la totalidad de cada una de las cosas adjudicadas en *pro indivisión*, conjuntamente con los derechos sobre esos bienes pertenecientes a los otros coherederos, no se han podido verificar los efectos de la división en orden a esos bienes, reflejados en la reducción de la extensión de esos derechos y en el aumento de la intensidad de ellos, no obstante, lo cual es indudable que la cuestión relativa a la adjudicación en *pro indivisión* de bienes no afecte absolutamente en nada a la recurrente, al adjudicarles bienes concretos y por lo que respecte a sus coherederos no existiendo excepciones a la división de los bienes que les fueron adjudicados, podrán hacer cesar la *indivisión*.

Considerando: Que tampoco pueden prevalecer los motivos segundo y quinto por idéntica vía procesal, por violación, por aplicación indebida de uno y otro del párrafo 2.º del artículo 1.401 del Código civil aquél, o de los artículos 1.077, en relación con los 1.073 y 1.074, de igual cuerpo legal; el otro, porque son conceptos distintos y excluyentes que no pueden ser invocados conjuntamente, ya que ello se opone a la concisión y claridad de los argumentos para combatir la sentencia recurrida esa defectuosidad formal en la formulación de los motivos mencionados ha de originar, en este trámite, a desestimación de ellos, de conformidad con lo que se establece en los artículos 1.720 y número 4 del 1.729 de la Ley Procesal Civil.

Considerando: Que el motivo 3.º, alegado por idéntico cauce procesal consiste en violación, por inaplicación, del número 2.º del artículo 396 en relación con el 1.079 del Código civil basado en que los bienes inventariados con los números 7 y 8 del Cuaderno particional no son gananciales como se expresa en la sentencia recurrida, sino propios del causante, porque «los adquirió a título lucrativo, en virtud de prescripción lograda en concepto de dueño, por título

hereditario», motivo que igualmente hay que rechazar porque si bien es obvio que en la demanda fue alegada como uno de los hechos básicos de que la partición se practicó con perjuicio de la legítima de la hoy recurrente el de que «fue cambiado de carácter de determinados bienes considerados, como gananciales algunos que son privativos del causante» y que figure en el elemento objetivo de la pretensión procesal, el de que «declarada la nulidad de la partición se practique, nuevas operaciones divisorias en las que se incluya todos los bienes, cuya existencia se acredita en juicio, con el carácter y conceptualización legal que se justifique», es también evidente que, según se afirma en la sentencia recurrida «no se ha acreditado error en la calificación jurídica de otros bienes, que se integran al Cuaderno particional, de los reducidos por la otra parte actora, y si por el contrario, la valoración excesiva de algunos bienes y la muy corta practicada con relación a otros, lo que ha de concluir el Juzgado de primer grado, con toda lógica y justeza jurídica en la *leuté* causada a la actora, en cuantía normada en la Ley lo que conlleva en principio, a la rescisión postulada y que por haber ejercitado los herederos demandados la facultad del artículo 1.077 del Código civil, se transforman en la indemnización concedida en la sentencia del Juzgado», que fue confirmada, así pues, según lo expresado anteriormente y el contenido de la parte dispositiva del fallo recurrido, lo que, combate en el motivo mencionado no es propiamente el fallo, sino los razonamientos consignados en el Considerando décimotercero de la sentencia del Juzgado, relativos a la conceptualización de los bienes referidos como gananciales, razonamientos, que no son la base esencial de la declaración de lesividad en la legítima del recurrente, sino el haberse adjudicado bienes insuficientes para el pago de ello.

Considerando: Que de conformidad con reiterada doctrina de esta Sala, que sería prolijo enumerar, establecido respecto al número 1 del artículo 1.691 de la Ley Procesal citada, en el recurso de casación por infracción de Ley se ha de combatir la parte dispositiva del fallo y no sus fundamentos, salvo que se dé la excepción mencionada inexistente, por lo expresado en el caso presente, pero es que además, hay que tener en cuenta, por lo que se refiere a la prescripción alegada por la recurrente, como título de adquisición, por el causante, de los bienes sancionados, que en la sentencia recurrida se afirma como probado que el causante de la recurrente cesó aunque fuera brevemente en la posesión de esos bienes en concepto de dueño, en virtud del reconocimiento efectuado en 1929, vigente ya su matrimonio, iniciándose nuevamente la prescripción a partir de esa fecha, afirmaciones intangibles, por no haber sido combatibles eficazmente, por tanto, la prescripción lograda durante el matrimonio, fue el título de adquisición de dichos bienes y no el de herencia.

PARTICION: Alcance del artículo 1.061 del Código civil (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1970).

El artículo 1.061 del Código civil tiene más bien un carácter facultativo que imperativo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante y apelante, contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, confirmatoria

de la del Juzgado de Primera Instancia de Chantada, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando: Que sustentado este recurso extraordinario en dos diferentes motivos, se estima adecuado conceder prioridad para su estudio y decisión al segundo motivo, porque, encauzado por el ordinal séptimo del artículo 1.792 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose en él error de hecho en la apreciación de las pruebas, tiene como objeto combatir las premisas de orden fáctico en las que se asientan la sentencia recurrida, las cuales vienen a constituir la base del derecho aplicable en relación con las cuestiones de este recurso planteadas, debiendo significarse, además, a fin de delimitar su ámbito, que impugnadas las operaciones particionales realizadas por el Contador dirimente en el juicio voluntario de testamentaria del cual dimana el ordinario, en la demanda inicial se sostenía la improcedencia de aprobar el Cuaderno Particional presentado por el aludido Contador, con base esencial en lo dispuesto en el artículo 1.061 del Código civil, pero también se invocaba, expresamente, el artículo 1.074 y demás concordantes del mismo Código, porque, a tenor de la súplica, se lesionaban en más de la cuarta parte los derechos hereditarios del acto, como único heredero de su fallecido padre don J. S. S. en las herencias de don J. S. V. y doña C. S. T.; mas el tema de la rescisión por lesión aparece abandonado en el recurso en el que, en su aspecto jurídico y doctrinal, sólo se acusa la violación de los artículos 1.061 del Código civil y 1.068 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la doctrina legal contenida en las dos sentencias de esta Sala que se mencionan, pero sin sostener formalmente la infracción del artículo 1.064 del precitado Código, ni tampoco la de los demás preceptos que rigen la resolución por lesión, sin desenvolver la tesis respectiva en ese aspecto rescisorio, por lo que este problema planteado en la instancia y decidido en sentido negativo, queda fuera del presente recurso de casación.

Considerando: Que en el motivo segundo, encauzado cual ya queda dicho por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se alega la existencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas, el cual resulta, en tesis del recurrente, del propio proyecto particional del Contador dirimente y del informe rendido en autos por el perito agrícola señor Vázquez Rivas, sosteniéndose al respecto que el heredero mejorado, de quien es hijo el impugnante, no se le habían adjudicado en su hijuela los terrenos de labradío que, según su apreciación, debían corresponderle, arguyendo en suma que las irregularidades y desigualdades del proyecto habían quedado demostradas, a su juicio, en el aludido informe del perito agrícola mencionado, al cual el recurrente concede relieve excepcional; mas, en primer lugar, debe advertirse que el documento básico con el que se pretende contrastar el supuesto error, es el mismo proyecto que, razonadamente entendió y tuvo en cuenta el Tribunal *a quo*, especialmente en los fundamentos de la sentencia de primer grado aceptados en la recurrida, debiendo señalarse que, en el aspecto cuantitativo, las valoraciones de los inmuebles no sólo han dejado de ser combatidas, adecuada y eficazmente, sino que, según la sentencia que se impugna, han sido aceptadas, debiendo resaltarse, en el cualitativo, que la casa de labor, con a era de majar, estrada en piedra, resío, corral y era, además del pajar de piedra y el hórreo han sido adjudicados en el cupo del padre del recurrente, como heredero mejorado, con acertado criterio, según detalladamente se razona en la sentencia de primera instancia, y las tierras o labradío tenían

que ser repartidas entre todos los herederos, sin que, por otra parte, el informe pericial de referencia pueda estimarse como un documento apto para acreditar, por sí mismo, el error de hecho que se alega, por no tener el carácter de un documento auténtico ni tampoco (máxime habida cuenta de las dificultades que la operación presentaba) el valor decisivo que quiere atribuírsele en relación con otras pruebas y elementos de juicio contemplados por el Juzgador, no siendo admisible que el recurrente trate de sustituir con su personal criterio el autorizado e imparcial del Tribunal sentenciador, razones todas por las que el motivo segundo no puede prosperar.

Considerando: Que en el primero, acogido a igual número del artículo 1.692 de la citada Ley Procesal, se acusa la infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.061 del Código civil y del 1.068 de la Ley de Enjuiciamiento y también de la doctrina legal de las sentencias de esta Sala de 30 de enero de 1951 y 16 de noviembre de 1955, aunque lo cierto es que esa doctrina ha sido acatada e interpretada acertadamente por el Tribunal *a quo*, a tenor de los razonamientos de la sentencia recurrida y los que aceptó de la dictada en primera instancia, en cuyo fundamento primero se hace mención expresa y detallada de la sentencia de 16 de noviembre de 1955, sustancialmente coincidente con la de 30 de enero de 1951, cuya doctrina también transcribe el impugnante al desarrollar el primero de los motivos; más tampoco se demuestra, dados los razonamientos de la sentencia de primer grado, que el Contador dirimente haya infringido con su actuación el artículo 1.078 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni que haya procedido con arbitrio meramente discrecional, pues en cuanto a las valoraciones de los inmuebles y puntos en que los otros dos Contadores estaban conformes respetó esa conformidad, aunque sí efectuó aquellas operaciones adjudicatorias en las que existía entre ellos notorio desacuerdo y discrepancia, procurando evitar, en lo posible, la indivisión así como la excesiva división; y en cuanto concierne a la interpretación del artículo 1.061 del Código civil, hay que partir, como así viene a reconocerlo el propio recurrente, y como lo propugnaba la sentencia de esta Sala de 16 de junio de 1932 que el precepto examinado tiene más bien un carácter facultativo que imperativo, puesto que depende la formación de lotes de las circunstancias de cada caso, naturaleza, calidad, valor de los bienes, su posible división, número de partícipes, y otras que faciliten o impidan su realización práctica; y así también la antes citada sentencia de 30 de enero de 1951 aclara que la posible igualdad a que se refiere el artículo 1.061 no significa que en la partición se imponga una igualdad matemática o absoluta, por asignación a cada heredero de todos los bienes de la herencia, doctrina que aplica el Tribunal sentenciador de instancia, y en el caso presente habida cuenta de todo lo expuesto al razonar la desestimación del motivo segundo, debe sostenerse, consecuentemente, que no se ha incurrido en interpretación errónea de los preceptos invocados y que, habida cuenta también de las dificultades prácticas que se presentaban en la división y adjudicación de los bienes relictos, el Cuaderno Particional del Contador Dirimente debe ser respetado y mantenido como válido, y, por tanto, decae también el motivo primero del recurso y al no prosperar ninguno de los alegados, procede declarar no haber lugar a la casación interesada, con los demás pronunciamientos a tal declaración inherentes.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

POR RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.

II. SOCIEDADES

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES POR LA VIA DEL ARTICULO 70 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. El procedimiento especial del artículo 70 de la Ley de sociedades anónimas no es el hábil para decidir cuestiones de interpretación testamentaria conectadas a la posible titularidad preventiva de los nudos propietarios de unas acciones, designados "sub conditione", sino, en su caso, en juicio declarativo ordinario, en el que, como proclamó la sentencia de 20 de noviembre de 1967, solamente dilucidado aquel problema civil en el procedimiento ordinario, podrá repercutir en el resultado del juicio especial aludido, o hacerse valer lo resuelto frente a la sociedad (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1969).

IV. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

AFIANZAMIENTO MERCANTIL NO PROCEDE EL BENEFICIO DE EXCUSION. La Jurisprudencia de esta Sala, contenida no sólo en la sentencia de 4 de diciembre de 1950, sino en otras, y como más reciente en la de 7 de diciembre de 1968, tienen declarado que tratándose de un afianzamiento mercantil no pueden ampararse los fiadores, aunque sean mancomunados, en el beneficio de excusión que establece el Código civil, por no ser de aplicación a este caso el artículo 50 del Código de comercio (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1969).

R. G. S. DE F.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ,

EL CONCEPTO DE SOLAR A EFECTOS DEL ARBITRIO DE PLUSVALIA

(SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1970)

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Distintos conceptos de solar.*—III. *Interpretación del artículo 499 de la Ley de Régimen Local:* 1. Interpretación gramatical, 2. Interpretación lógica, 3. Interpretación sistemática.—IV. *La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1970:* 1. Sentencia de la Audiencia de Valencia de 14 de octubre de 1969, 2. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1970.—V. *Apreciación crítica.*

I

INTRODUCCIÓN

El artículo 510 de la Ley de Régimen Local, en su párrafo 1.º, dispone: «Constituye el objeto de este arbitrio el incremento que, en un período determinado de tiempo, experimente el valor de los terrenos sitos en el término municipal del Ayuntamiento de la imposición, estén o no edificados, con excepción de aquellos afectos a las explotaciones agrícolas, forestales, ganaderas o mineras, y que no tengan, además, la consideración legal de solares, a tenor de lo dispuesto en el artículo 499».

Por tanto, todos los terrenos situados en el término municipal quedan sujetos al arbitrio, en cuanto experimenten un incremento de valor. Para que un terreno quede exceptuado es necesario que concurren las dos circunstancias siguientes:

- a) Que esté afecto a una explotación agrícola, forestal, ganadera o minera;
- b) Y, además, que no tenga la consideración legal de solar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 499.

En otra ocasión nos hemos ocupado desde las páginas de esta REVISTA de la primera de estas circunstancias para que se dé la exención del arbitrio. Hoy vamos a ocuparnos de la segunda circunstancia: el concepto de solar a estos efectos.

II

DISTINTOS CONCEPTOS DE SOLAR

Legalmente, existen distintos conceptos de solar, según el sector del Ordenamiento a que se refiera. E incluso dentro de un mismo sector, rigen nociones distintas.

Así, en el Derecho urbanístico, el concepto de solar que rige en general —y, por supuesto, a efectos de expropiación— es sumamente restringido. Para que un terreno tenga la consideración de solar—y pueda ser expropiado según el valor comercial—han de darse los requisitos que exige el artículo 63 de la Ley del Suelo. Esto es, que sean «superficies de suelo urbano aptas para la edificación y urbanizadas con arreglo a las normas mínimas establecidas en cada caso por el Plan, y si éste no las concretare, se precisará que la vía a que la parcela dé frente tenga pavimentada la calzada, encintado de aceras y disponga de los servicios de suministro de agua, desagües y alumbrado público» (párrafo 3). Si un terreno no cuenta con todos estos servicios, no es solar.

Pero en Derecho fiscal, el concepto de solar es más amplio. Para que un terreno sea calificado de solar a efectos impositivos—contribución territorial urbana, arbitrio de solares, arbitrio sobre incremento de valor de los terrenos—, sólo se exige ni mucho menos aquellos requisitos que, tan rígidamente, exige el artículo 63 de la Ley del Suelo.

A efectos del arbitrio de plusvalía, para que un terreno tenga la condición de solar, bastará que reúna las condiciones del artículo 499 de la Ley de Régimen Local, que es el concepto que rige también a efectos del arbitrio sobre solares sin edificar.

Por tanto, el problema planteado se concretará en la interpretación de este precepto legal, según el cual serán solares a estos efectos:

«1.º Los terrenos edificables, cualquiera que sea su destino y aprovechamiento, enclavados dentro de la línea perimetral del casco de las poblaciones según el plano levantado por el Instituto Geográfico, que ha de servir de base a los trabajos de avance catastral, siempre que tengan uno o más de sus lados formando línea de fachadas a una o más vías públicas o particulares o trozos de las mismas que estén urbanizadas, considerándose como tales aquellos que tengan todos los servicios municipales o, por lo menos, los de alumbrado, encintado de aceras o afirmado.

2.º Los terrenos enclavados en la zona de ensanche de las poblaciones y que estén en las circunstancias del número anterior. En las manzanas cuyas calles circundantes no estén todas abiertas y urbanizadas, sólo tributará como solar una faja de terreno cuya línea será de la fachada a la vía, o trozo de vía, que esté urbanizada con un fondo igual al del fondo de la manzana en proyecto.

3.º Los terrenos que, en la misma situación que los anteriores, estén dedicados a parques, jardines, huertos, talleres de cantería, encierro y pastos de ganado o cualquier otro aprovechamiento análogo».

Por tanto, en definitiva, lo que se exige es que se trate de terrenos que estén *urbanizados*. Ahora bien, para que, a estos efectos, un terreno se considere «urbanizado» no hace falta que lo esté en el grado que lo exige el artículo 63 de la Ley del Suelo, sino que se consideran urbanizados «aquellos que tengan todos los servicios municipales, o, por lo menos, los de alumbrado, encintado de aceras o afirmado».

Aquí se centra la cuestión. ¿Qué servicios ha de tener el terreno para considerarse urbanizado? ¿Ha de tener como mínimo, conjuntamente, los tres que se enumeran? ¿O bastará que tenga uno de ellos?

El problema es de una trascendencia práctica extraordinaria. Porque en

muchos Municipios—y Municipios importantes—resulta difícil encontrar terrenos que tengan los tres servicios citados. Existe alguno o algunos de ellos; pero no los tres.

En estos supuestos de que no se cuente con los tres, ¿será suficiente para que el terreno no pueda considerarse solar?

III

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 499 DE LA LEY DE RÉGIMEN LOCAL

Parece no ofrecer duda, a tenor del texto de este precepto, que no es necesario que se den los tres servicios de alumbrado, encintado de aceras o afirmado para que un terreno tenga la condición de solar a estos efectos. De la redacción del precepto se desprende que bastará con que cuente con uno—uno solo—de estos servicios para que pueda considerarse solar y, por tanto, para que no quepa la excepción del arbitrio de plusvalía.

A esta conclusión se llega cualquiera que sea el criterio de interpretación que se utilice.

1. Interpretación gramatical.

Es incuestionable que, gramaticalmente, no es necesario, para que pueda otorgarse la calificación de solar, que la vía a que tenga fachada la finca tenga los tres servicios que enumera el precepto. Basta uno solo.

Para que se hubieran exigido los tres servicios, debería haber dicho: «los de alumbrado encintado de aceras y afirmado».

Pero no emplea la conjunción copulativa—y—, sino la disyuntiva: o.

Y nos dice el Diccionario de la Academia de la Lengua, edición de 1970: «o = conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas».

Luego si en la enumeración legal del servicio se habla de alumbrado, encintado de aceras o afirmado, quiere decir que, gramaticalmente, el legislador admite la *alternativa*. Bastará uno u otro de los servicios enumerados para que el terreno pueda tener la calificación de solar.

Concepto amplísimo, desde luego. Pues es solar *casi todo* a estos efectos. Pero esta noción tan amplia es perfectamente lógica.

2 Interpretación lógica.

Decimos que esa interpretación gramatical es lógica, porque responde a la finalidad y razón de ser del precepto.

Si el arbitrio lo que persigue es que el Municipio participe en las plusvalías que experimente un terreno, que no se deban al esfuerzo del propietario, sino a razones objetivas de expansión de la ciudad, debe aplicarse allí donde existan tales plusvalías.

Por eso el artículo 499, antes que nada, establece que los terrenos estén:

- En el casco urbano.
- O zona de ensanche.

Dentro de esto, la máxima amplitud. Allí donde exista plusvalía, allí donde haya habido un incremento de valor debido a la evolución de la ciudad, debe aplicarse. Y es obvio que desde el momento mismo que un Ayuntamiento lleva a cabo la instalación de uno solo de los servicios, se produce un incremento de valor de los terrenos con fachada a la vía en que se ha verificado la instalación.

3. Interpretación sistemática.

De acuerdo con la interpretación lógica, está la sistemática. Los preceptos de nuestro Ordenamiento tributario recientes ni siquiera exigen que el terreno dé a la vía pública, ni siquiera que exista uno de aquellos servicios. Así:

— Ley especial del Municipio de Madrid y su Reglamento de Hacienda. El artículo 99 de la Ley se fija únicamente en que el valor corriente en venta exceda en cuatro veces el que resulte de capitalizar la riqueza imponible de contribución rústica.

— Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964. Al regular el impuesto sobre aumento de valor de fincas rústicas y urbanas, en el artículo 156, extiende el impuesto a fincas rústicas cuyo valor exceda del doble del valor de los de mejor calidad con finalidad agrícola.

Estos preceptos revelan cuál es el criterio de nuestro Ordenamiento jurídico tributario.

Lo esencial para ello es que el valor de la finca no sea el que corresponda al que tendría como finca agrícola.

Cuando en el precio de enajenación no juega el valor intrínseco agrícola o ganadero, rústico. Cuando el valor es superior, es porque juegan otros elementos: expectativas urbanísticas, aproximación a la zona de edificación, mayor proximidad de los servicios.

En una palabra: elementos debidos al esfuerzo municipal y al dinero del *contribuyente*.

No es justo que esa plusvalía vaya al propietario. Por eso se ha censurado la referencia del precepto legal a los servicios municipales (1).

IV

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE OCTUBRE DE 1970

1. Sentencia de la Audiencia de Valencia de 14 de octubre de 1969.

Esta Sentencia se enfrentó concretamente con el problema del concepto de solar a efectos del arbitrio de plusvalía. Y lo resuelve así en sus considerandos:

«Considerando: Que adquirida por los recurrentes en partes indivisas, una parcela, consistente en un huerto de naranjos en plena explotación, hecho acreditado en el expediente administrativo y que la Administración tampoco

(1) Así, RODRÍGUEZ MORO, *Impuesto municipal de plusvalía*, Madrid, 1965, págs. 32-34.

discute en autos, lindante con un camino público, pavimentado de riego asfáltico, pero carente de otro servicio público, como expresa el Tribunal económico-administrativo, en la diligencia de inspección ocular practicada en el expediente de reclamación, la primera cuestión suscitada, de la que depende la conformidad a Derecho de la liquidación practicada por arbitrio sobre incremento de valor de los terrenos de dicha operación y confirmada por el Tribunal económico-administrativo, versa sobre la calificación como terreno del solar, a los efectos del artículo 499 de la Ley de Régimen Local, ya que de no reunirla, estaría exenta la compraventa, puesto que el destino del mismo a explotación agrícola, se da en el caso de autos.

Considerando: Que para la Administración, el artículo 499 citado, debe interpretarse en el sentido, de que no basta que un terreno forme línea de fachada a vía pública, que se halle pavimentada, o sea, que disponga de uno solo de los servicios públicos a que dicho artículo se refiere, para que sea calificado como solar, pero esta hermenéutica, no se deduce, ni del contexto literal del artículo discutido, ni del sentido finalista que la jurisprudencia adopta en ese punto, ya que el artículo 499, considera solares, a los efectos del arbitrio, a los terrenos edificables, que tengan uno de sus lados formando línea de fachada a vía pública urbanizada, considerándose como tales, a los trozos de ellas, que estén dotados de todos los servicios públicos municipales, o por lo menos el de alumbrado, encintado de aceras o afirmado, lo que indica, que la redacción gramatical del precepto, no dice que será solar el terreno dotado de un servicio público urbanístico, sino de todos ellos, o por lo menos de algunos de ellos y además ese es el criterio seguido por la jurisprudencia, sobre todo en las sentencias de 27 de abril de 1963 y 29 de junio de 1967, que han negado, la consideración de solar a terrenos dotados de afirmado, pero no de aceras, pues el hecho imponible de este arbitrio local, es el incremento de valor que experimentan los terrenos, debido precisamente a la mejora urbana de la zona, por el incremento de dotación de servicios públicos en ella, que la convierten en un suelo apto para ser urbanizado y aprovechado por la edificación, o por un destino no agrícola, circunstancia que no concurre, simplemente por la existencia de un solo servicio público en los terrenos de la misma como sucede en este caso.

2. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1970.

En esta sentencia, de que fue ponente don Dionisio Bombín Nieto, se sienta la siguiente doctrina:

«Considerando: Que reconocido por las partes y acreditado en el expediente administrativo que la finca vendida es un huerto de naranjas y, por consiguiente, está afecta a una explotación agrícola, el único problema a resolver en el presente procedimiento es el de determinar si tal huerto tiene además la consideración legal de solar, de conformidad con lo establecido en el artículo 499 de la Ley de Reglamento Local y en su consecuencia, si debe ser gravado o no con el arbitrio municipal sobre solares sin edificar que dicho artículo regula.

Considerando: Que la primera norma interpretativa, es la gramatical y sólo cuando las palabras del texto sean confusas, o se preste a diversas inter-

pretaciones el sentido que el legislador quiso darles, es cuando procede la interpretación lógica o sintética del precepto, pero no cuando aquellas palabras sean claras, como ocurre en el presente caso.

Considerando: Que ese arbitrio grava en principio, a todos los terrenos edificables enclavados dentro de la línea perimetral del casco de la población, siempre que tenga uno o más de sus lados, formando línea de fachada a una o más vías que estén urbanizadas, considerándose como tales, aquellas que tengan todos los servicios municipales o por lo menos, los—en plural—de alumbrado, encintado de aceras o afirmado, de donde gramaticalmente se desprende, que no basta la existencia de un solo servicio municipal de los indicados en el precepto comentado para adquirir la finca la condición legal de solar a efectos del arbitrio, sino que es preciso que tenga por lo menos dos de ellos, porque de exigirse solo uno como se pretende en el recurso, el precepto comentado no hubiese señalado el artículo en plural sino en singular y hubiese expresado que tendría la condición de solar, el que la vía a la que la parcela dé frente, tuviese cualquiera de los servicios municipales de alumbrado, encintado de aceras o afirmado y al no decirlo, es porque el legislador no quiso que fuera así y buena prueba de ello es que cuando redacta el número 3, del artículo 63 de la Ley del Suelo, señalando la calificación de solar, precisa que la vía a que la parcela dé frente, tenga pavimentada la calzada, encintado de aceras y disponga de los servicios de suministro de agua, desagüe y alumbrado público, es decir, que a medida que la legislación avanza, exige mayor número de servicios para la calificación de solar».

V

APRECIACIÓN CRÍTICA

Con anterioridad a la sentencia comentada, la Sala Tercera del Tribunal Supremo se había enfrentado ya con el concepto de solar a efectos del arbitrio de plusvalía. Y ya había seguido la orientación de exigir la concurrencia, como mínimo, de los tres servicios que enumera el artículo 499 de la Ley de Régimen Local para poder considerar a un terreno solar.

Así, por ejemplo, la sentencia de 3 de abril de 1970, que aceptó un considerando de la apelada, en que se decía: «Queda totalmente acreditado que el terreno de autos, que el Ayuntamiento de Córdoba pretendió sujetar al arbitrio de plusvalía, formaba parte en 1962; fecha de su transmisión, de una explotación agrícola y ganadera, y no podía tener tampoco la consideración legal de solar, porque carecía de servicio municipal de alumbrado, encintado de aceras y afirmado, ya que tenía acceso a través de un camino pecuario que discurre entre la finca y la carretera estatal que va a Palma del Río (artículo 499 de la Ley de Régimen Local, única norma aplicable, conforme a lo dispuesto en el art 510 de la misma); de lo cual se desprende—sin ningún género de dudas—que la transmisión aludida no estaba sujeta a dicho arbitrio».

Es cierto que alguna sentencia anterior, como la de 16 de mayo de 1961, parecía haber mantenido el criterio amplio, al referirse al servicio «mínimo de afirmado». Pero la corriente dominante era la señalada.

Por tanto, la sentencia ahora comentada viene a seguir la línea dominante. Y lo hace enfrentándose directa y concretamente con el tema del concepto de solar, único que se planteaba, desde el momento que no se había discutido

por las partes la concurrencia de la otra circunstancia para que se diera la excepción del arbitrio.

Al seguir este criterio, interpreta el artículo 499 de la Ley de Régimen Local en sentido netamente favorable al contribuyente de la Hacienda Local, criterio muy distinto al que suele seguir la propia Sala Tercera cuando se trata de interpretar normas fiscales del Estado.

J. G. P.

LIBROS

ALVAREZ ROMERO, CARLOS JESÚS: *Significado de la publicación en el Derecho de Propiedad Intelectual*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1969.

Una de las materias que podríamos llamar «Cenicienta» en el campo de la preparación a oposiciones a Notarías y a Registros es el de la Propiedad Intelectual. Recuerdo, y mi recuerdo es aún ciertamente muy reciente, las grandes dificultades con las que los opositores tropezábamos para confeccionar un tema que reunía entonces bajo el epígrafe general de «propiedades especiales» los de la propiedad de las aguas y la propiedad intelectual. Luego, eso también es verdad, el tema en sus partes podía servir para contestar en Derecho administrativo la materia de aguas por un lado y la materia de propiedad intelectual por otro. Aquí se mataban, por reiteración que lindaba con la tartamudez, tres pájaros de un tiro.

El momento actual ha cambiado un poco. En Notarías se han destinado dentro de la materia del Derecho civil dos temas especiales para las aguas y para la propiedad intelectual, sin que en Derecho administrativo se repitan los temas. La picaresca intelectual sufrió un duro golpe con esta *disminución de oportunidades*. En Registros, desde el año 1949 se suprimió el posible «doblete» relegando a la materia de Derecho administrativo esas formas especiales de propiedad.

He utilizado el término *Cenicienta* para calificar la materia de la que nos vamos a ocupar, porque en esos tiempos de que hablo era o constituía una gran dificultad confeccionar un «buen» tema de propiedad intelectual. Los autores, esos autores a nuestro alcance, apenas si se ocupaban del mismo. Hubo, eso sí, un gran trabajo que daba rango, y elevaba el nivel del tema. Me estoy refiriendo al que publicó PÉREZ SERRANO (N) en el *Anuario de Derecho civil*, en el año 1949 y que llevaba por título «El derecho moral de los autores». Al principio salvó a muchos opositores del gesto negativo del Tribunal, pero luego al ser reiterado solo admitía oraciones a diversos santos para evitar que saliese en «mala» suerte... y salía el *condenado*.

Si en aquella época hubiera ALVAREZ ROMERO madurado la monografía que ahora nos ofrece, es muy posible que la «blanca mano» de la fe pública la estuviésemos administrando en cualquier lugar de la dura geografía hispana. ALVAREZ ROMERO, doctor en Derecho y registrador de la Propiedad, aporta una monografía imprescindible en ese difícil campo de la propiedad intelectual y su aportación no solo sirve para la confección del «tema», sino que da luz, rango y sistemática a esa difícil materia de la propiedad intelectual. Su trabajo va precisado con las notas de obras y autores consultados lo cual dan seriedad a la publicación. Lleva un índice sumarial al final de la obra. Considero que debía haberse añadido un índice de autores y otro de materias.

La obra se divide, fundamentalmente, en cinco partes. La primera es

histórica. La segunda se refiere a la problemática de la publicación. La tercera reúne el estudio del derecho moral del autor. La cuarta es el alcance del derecho que al autor le corresponde respecto de la publicación y la quinta es lo que Roca Sastre llamaría la «constatación registral» del derecho de autor. Debemos respetar estas partes en esta especie de resumen del contenido de la obra que es la finalidad de toda recensión.

Puede sonar en forma discordante el que diga que a pesar de ser compañero del autor el que firma esta recensión, pretendo ser objetivo, pero quiero proclamarlo, aunque, quizá a lo largo de estas líneas no lo pueda demostrar, pero ello será debido únicamente a mi capacidad de asombro ante esta materia en la que siempre me consideré lego. El autor explica los motivos de este trabajo en una nota de introducción y la limitación de estudios con que ha contado en el Derecho español, adoptando la técnica de ORTEGA en su cita de la conquista de Jericó por los hebreos: «circulando en torno lentamente, apretando la curva cada vez más».

A) PLANEAMIENTO HISTÓRICO.

Prevía la afirmación de que en el año 1450, cuando Guttenberg inventa la imprenta, debe situarse el punto de arranque para el reconocimiento en el orden positivo legal del Derecho de propiedad intelectual, retrotrae su estudio a la antigüedad clásica, Roma y Era del cristianismo, donde no encuentra razones que apoyen un antecedente. Partiendo del siglo xv estudia la etapa o momento histórico de los privilegios donde el derecho del autor no se reconoce como preexistente sino que es objeto de una especie de «concesión» de un derecho especial con la secuela de su explotación en exclusiva. Cita históricamente a los Reyes Católicos en España como iniciadores de disposiciones en este sentido.

Frente a la idea de privilegio o monopolio la doctrina inglesa, alemana y francesa (LOCKE, KANT y VOLTAIRE) preparan el camino para el reconocimiento legal del Derecho de propiedad intelectual. España, Inglaterra y Francia son los tres países que con sus legislaciones recoge el autor. De abanderado hace Inglaterra con el estatuto del octavo año del reinado de la reina de Inglaterra. La Revolución Francesa provoca el milagro en el país vecino a través del Decreto de 19-24 de julio de 1793. Aparte de otros antecedentes en España es preciso volver la vista a la Ley de 10 de julio de 1847 primera disposición legal que regula la propiedad intelectual y que da paso a la vigente.

B) SIGNIFICADO Y PROBLEMÁTICA DE LA PUBLICACIÓN.

Respecto del significado el autor utiliza una doble vertiente o un doble sentido: el lato y el restringido. El sentido lato queda resumido en la idea de que la publicación es equivalente a hacer accesible la obra al público, la cual, una vez publicada, pertenece menos a su autor, adquiriendo la sociedad una serie de derechos sobre ella que limitan el disfrute exclusivo que antes de su publicación le correspondía. Dos notas matizan este significado: el medio de publicación ha de ser congruente con la naturaleza de la obra y lo que los autores franceses denominan condición de publicidad. Estudia esta última nota referida al hecho de la publicación y su existencia. En sentido restringido la

publicación se identifica con la «edición». Así nos lleva de la mano al contrato de edición del que se deriva imperiosamente la obligación que incumbe el editor de publicar la obra. La variedad de medios de difusión y de multiplicación de ejemplares también constituyen su publicación habiéndose llegado a distinguir por SAVATIER entre contrato de edición en sentido estricto cuando se refiere al libro y en sentido amplio cuando se utilizan esos otros medios.

La problemática de la publicación la centra el autor en tres puntos muy decisivos: si la publicación requiere un elemento intencional (siguiendo a STOLFI el autor considera que solo mediante un acto de voluntad cabrá la publicación de la obra); si es necesaria la efectiva comunicación al público (no hay publicación si no hay efectiva comunicación de la obra al público, pues publicar supone trascender, implicando a otros, o asociándolos, como afirmaba LE CHAPELIER, a la propia creación) y si cabe la publicación en contra de un precepto legal (existirá publicación aunque se vulnere un precepto de otro tipo, lo que sucede es que en España la Orden de 29 de julio de 1939 establecía la nulidad de las inscripciones cuya difusión estuviera prohibida por la censura).

C) LA PUBLICACIÓN COMO DERECHO MORAL DEL AUTOR.

Realmente el autor enfoca el problema que estudia en este apartado situando históricamente, a través de diversas citas, la garantía del contenido moral del derecho de propiedad intelectual y el ataque doctrinal que al mismo se hizo en su denominación por PÉREZ SERRANO. Señala que este autor consideró que la denominación de derecho moral era inexpressiva, ambigua y hasta desorientadora e implica una redundancia, ya que todo derecho debe ser moral, o de lo contrario, entraña una proposición herética, cual sería admitir en la propiedad intelectual la existencia de derechos inmORALES. Precisamente, dice ALVAREZ ROMERO, el derecho del autor transfunde una normativa específica del derecho natural a través de los contenidos del llamado derecho moral y, concretamente, del derecho a la publicación, que constituye una de las más altas manifestaciones de esa trilogía de libertades de la persona, que son la de pensamiento, de conciencia y de opinión.

Para completar la exposición expone la situación legislativa en un doble plano: el de los convenios internacionales y en de las leyes nacionales. En el primero estudia la Convención de Berna y la revisión de Roma de 28 de junio de 1928, en que se reconoce por vez primera el «derecho moral», dejando reducido su contenido al derecho de reivindicación de la paternidad y la integridad de la obra, pero no el derecho a la publicación. También expone la Conferencia intergubernamental de derechos de autor de Ginebra de agosto y septiembre de 1952.

Trata esquemáticamente de las legislaciones de Italia, Francia, Portugal y República Federal Alemana, para terminar con la exposición de la legislación vigente en España, cuya Ley de 10 de enero de 1879 recoge no la denominación de derecho moral, pero sí un contenido decisivo del mismo a través del derecho a la publicación, derecho a la paternidad y el respeto a la integridad. Concluye con una referencia a la Ley de 31 de mayo de 1966 sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, que admite sin reservas el derecho moral de los autores, siendo el primer texto legal que utiliza la expresión dicha.

D) ALCANCE DEL DERECHO DE PUBLICACIÓN.

Reducir el derecho de publicación al hecho simple de la comunicación al público es ofrecer una visión parcial del problema. Por ello, el autor observa el fenómeno jurídico en tres momentos cruciales: el del monólogo gestatorio en el que la protección se realiza a través del derecho de inédito; el del diálogo con el mundo, que se protege por el derecho de publicación y, por fin, el momento más delicado y posterior que se protege por el derecho al arrepentimiento.

Fundamenta el derecho de inédito (o derecho de retención) con VAN ISACKER considerando que el derecho a la libre expresión de pensamiento constituye, a *contrario sensu*, la garantía del derecho que nos ocupa. Este derecho que supone la facultad discrecional y exclusiva que corresponde al autor de que su obra no sea publicada sin su consentimiento, es estudiado a través de su protección, sus caracteres (no tienen término de duración, inalienable, no expropiable, no sujeto a ejecución forzosa, no tiene las limitaciones o restricciones de obras publicadas, es de goce absoluto y la protección de la obra afecta a la facultad de revelar su contenido), la distinción entre inédito y obra inédita y el problema de su extinción.

Respecto del derecho de publicación, que supone la extinción del derecho de inédito, el autor considera, frente a otras opiniones, que es un derecho moral, su contenido es espiritual y que el aprovechamiento económico tiene siempre carácter subsiguiente. Por él se decide si la obra ha de ser comunicada al público y el modo y las condiciones en que ha de tener lugar. El estudio de esta materia se realiza a través del examen del contenido objetivo de este derecho, de los derechos que los terceros adquieren sobre las obras publicadas (derecho de cita, discursos parlamentarios, disposiciones legales, publicaciones periódicas, uso privado y las parodias), que son examinados no sólo a través del Derecho español vigente, sino bajo la normativa internacional constituida por el Convenio de Berna y la revisión de Estocolmo.

El más delicado y difícil de los derechos es el del arrepentimiento que exige la previa publicación de la obra y cuya vivencia debe plantearse en función del posible perjuicio para los terceros. Utilizando textos de Derecho comparado, como la ley alemana, dice el autor que el derecho de arrepentimiento, expresión del poder discrecional y casi absoluto que tiene el autor sobre la divulgación de su obra, no puede ejercerse en forma que se desconozcan y perjudiquen los derechos de explotación de terceros, igualmente respetables, aunque estén desprovistos de contenido moral. Realmente cabe decir que la ley atribuye al autor una facultad expropiatoria del derecho de divulgación enajenado, y, por consiguiente, su recuperación le impone la contrapartida de indemnizar al «titular expropiado».

En orden a este derecho se estudia el problema de la publicación posterior al ejercicio del derecho de arrepentimiento y la problemática que plantea este derecho en la legislación española (art. 44).

E) LA PUBLICACIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN ESPAÑA

Los que hemos pasado por los trámites de una laboriosa publicación hemos percibido la sensación del poco dominio que sobre la materia teníamos. Una cosa es el depósito previo a la publicación, depósito que la legislación actual impone no sólo en la Biblioteca Nacional, sino

en el Ministerio de Información y Turismo, y otro es la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, cuyo efecto fundamental es evitar que la obra ingrese en el dominio público caducando el derecho del autor.

ALVAREZ ROMERO ya había esquematizado la materia en un folleto muy práctico que la dirección de Archivos y Bibliotecas publicó en Madrid en el año 1967. El haber leído ese folleto hace que ahora no me sienta muy conforme con la sistemática que el autor adopta para explicar la institución registral. Hubiese sido, a mi juicio, más claro y, sobre todo, más ordenado seguir aquella distribución. Ello no obsta, sin embargo, a que la materia quede muy completa y con la legislación vigente y puesta prácticamente al día.

De todo lo dicho se desprende que esta monografía debe ser «parada y partidista», en los sucesivos estudios que sobre la materia se hagan. Para mis exigencias exhaustivas me hubiera gustado que el autor afrontase la proyección especulativa de la propiedad intelectual, pero ello desvirtuaría quizá la finalidad de la publicación.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.

DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.: *La mujer casada y el Derecho de Sociedades*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», septiembre-octubre de 1969, Separata, Reus, S. A.

En el curso 1968-69 y el día 15 de abril del pasado año en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Manuel de la Cámara, Doctor en Derecho y Notario, pronunciaba una conferencia sobre el tema objeto de esta recensión. Era preciso esperar, sin embargo, a que la misma se publicase para intentar ofrecer al lector un esquema recensionado de la misma. En forma de separata llega hasta nosotros la citada conferencia, que a su vez fue publicada en la «Revista de Legislación y Jurisprudencia».

El autor ha demostrado suficientemente que domina el tema de la mujer casada. Todos recordamos su trabajo monográfico en el «Anuario de Derecho Civil» al poco tiempo de ser reformado el artículo 1.413 del Código civil, y que difícilmente podrá ser superado. Igual y recientemente publica en la misma Revista su trabajo sobre la separación de hecho. En el que vamos a recensionar aborda otro problema íntimamente relacionado con la mujer casada y con su discutida capacidad. En el planteamiento del tema el autor resume la idea central del mismo. El caso es el de una mujer casada a quien le corresponde la cualidad de socio en una sociedad mercantil. Y el autor se pregunta: ¿Necesita la mujer licencia de su marido para ejercitar los derechos que como socio le corresponden?

Realmente el trabajo solamente tiene dos partes. La primera, donde se examina la posición jurídica del socio referido a las sociedades personalistas y a las capitalistas. La segunda, en la que se afronta el problema de la titularidad y el ejercicio de los derechos sociales que corresponden a la mujer casada. Esta última parte se encuentra subdividida en dos apartados, que estudian el problema de la capacidad de la mujer casada en el derecho de sociedades y el juego de la sociedad de gananciales dentro de este mismo derecho. Respetando estas partes y apartados, distinguimos:

I. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL SOCIO. SOCIEDADES PERSONALISTAS Y CAPITALISTAS.

Partiendo de las conocidas teorías que explican la posición jurídica del socio a través de la idea del *status*, el autor considera que lo importante y revelador es que todos los derechos (o facultades) del socio dimanen de una relación jurídica, básica y fundamental, que es la que se crea al celebrar el contrato de sociedad. Esta relación une y vincula a todos los socios, y de ella nace la sociedad misma. Para caracterizar esa relación el autor utiliza la expresión jurídica de *relación jurídica de cooperación*.

Los intereses de los socios no son contrapuestos y todas las potestades inherentes a la cualidad de socio se ejercitan *dentro* de la sociedad y no fuera y contra la misma. De ahí que no puede ser indiferente para cada socio quienes sean las personas que con él colaboran en la puesta en marcha y en el desarrollo de las actividades y tareas comunes.

Mientras en las sociedades personalistas (sociedad civil, sociedad colectiva y sociedad comanditaria), la cualidad de socio es personalísima, en las sociedades capitalistas la articulación jurídica se realiza al margen del *intuitus personae*. No obstante, junto a las sociedades anónimas multitudinarias, existe la llamada sociedad anónima «cerrada» en donde el *intuitus personae* vuelve por sus fueros y pasa a ser de nuevo ingrediente fundamental. El logro de ello se verifica a través de la *clausula estatutaria* de limitación a la transmisión libre de las acciones. La personalidad concreta de cada socio adquiere, pues, relieve jurídico dentro de la sociedad.

Junto a estas ideas expuestas con la maestría habitual a que el autor nos tiene acostumbrados, afronta el problema de las sociedades anónimas *químicamente puras*, donde la cualidad de socio se incorpora a un título-valor, y con ello queda legitimado para el ejercicio de los derechos que le corresponden en la sociedad. Examina el autor una serie de problemas relacionados con el título valor y concretamente el de las acciones al portador, la simple exhibición del título para el ejercicio de los derechos y la aplicación, o no, a estos títulos del artículo 464 del Código civil y 545 del Código de comercio y la Ley de 23 de febrero de 1940, que recogió lo dispuesto en el Decreto de 19 de septiembre de 1936 sobre la necesaria intervención de Agente de cambio, Corredor de comercio, Interprete de buque o Notario. El autor llega a la conclusión de que cuando la transmisión se realiza sin los requisitos del artículo 545,3 del Código de comercio el adquirente de buena fe queda amparado y, consecuentemente, adquiere en firme las acciones, aunque con posterioridad se declare nulo (por razones de fondo o forma) el título del transferente, cuando los poderes dispositivos del transferente estén limitados y cuando el enajenante disponga de las acciones que por cualquier concepto le hayan sido confiadas, abusando de la confianza del dueño. Pero el adquirente quedará indefenso cuando no pueda invocar el 545,3 del Código de comercio frente a la acción reivindicatoria del dueño que perdió los títulos o que fue víctima del robo o hurto de los mismos.

Por lo que se refiere a las acciones nominativas, la fuerza legitimadora de la posesión se traspasa a la inscripción de el libro-registro que debe llevar la entidad emisora. En relación con estas acciones estudia muy someramente los casos de robo, hurto y abuso de confianza, así como el problema de la doble venta de acciones.

Termina esta primera parte volviendo al tema de las sociedades personalistas y concretamente a la calificación o encuadre jurídico de las

sociedades de responsabilidad limitada, que para el autor es de carácter personalista teniendo en cuenta el *intuitus personae*, que trasciende en la mayor parte de los preceptos legales que la regulan. Sin embargo, la preocupación del autor se centra en las llamadas sociedades anónimas personalistas, ejemplo de las cuáles podría ser la sociedad familiar, que no suelen tener de sociedades más que el nombre y que se constituyen exclusivamente con fines de evasión fiscal. La falta de normativa de dichas sociedades únicamente tiene el cauce de las cláusulas estatutarias limitativas de la libre transmisión de las acciones.

II. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS SOCIALES OSTENTADOS POR MUJER CASADA

Hemos apuntado al comienzo cómo esta parte segunda del trabajo se subdivide en dos problemas que seguidamente ofrecemos.

- A) *La capacidad de la mujer casada y el derecho de sociedad.* El problema que plantea el autor se centra en saber si la mujer casada tiene o no aptitud para ejercitar por sí misma es decir, sin necesidad de someterse al control y veto del marido los derechos que le corresponden dentro de la sociedad de que forma parte.

La respuesta del autor es que la mujer no precisa la licencia de su marido para ejercitar ninguno de los derechos incorporados a su participación social, siempre que se trate de una sociedad capitalista o personalista en la que la mujer no se ha comprometido a prestar su colaboración personal. En suma, no necesita licencia para concurrir a Asambleas, solicitar informes, percibir dividendos, aprobar o censurar cuentas y ejercitar el derecho de suscripción preferente. Necesita, sin embargo, licencia para demandar judicialmente a la sociedad y entablar la acción de impugnación del artículo 67 de la L. S. A. Su tesis se basa en la teoría de la administración de los bienes parafernales del artículo 1.384 del Código civil. Plantea el problema de si será o no aplicable el artículo 10 del Código de comercio cuando se trate de una sociedad colectiva, considerándolo de muy difícil aplicación.

- B) *El derecho de sociedades y la sociedad legal de gananciales.* El problema se complica cuando en vez de ser privativos los derechos que ostenta la mujer en la sociedad, la aportación que a la misma realice, lo sea, en bienes gananciales (bien por fundación, por adquisición posterior o por aumento del capital). Conforme al artículo 1.412 del Código civil el marido puede, cuando quiera, recabar la administración, desplazar a su mujer y sustituirla dentro de la sociedad. El autor desarrolla estos puntos refiriéndolos a dos casos distintos: las sociedades personalistas y las capitalistas.

— En las sociedades personalistas la aplicación de los artículos 1.401 y 1.412 del Código civil chocan violentamente con las bases en que descansa el funcionamiento de las sociedades personalistas. Es insólito que si la mujer es la reconocida como socio, de la noche a la mañana el que aparezca, como tal sea el marido. Algunos han propuesto la distinción entre el valor de la participación, y la participación en sí misma, pero el autor rechaza esta construcción y se acoge, con

todas las reservas, a la famosa teoría que trata de explicar el fenómeno fiduciario: titularidad formal y titularidad material. Esta teoría la proyecta a base de soluciones concretas en las distintas clases de sociedades (colectiva, responsabilidad limitada y sociedades anónimas cerradas), sobre todo el problema de la disolución de la sociedad de gananciales y la muerte del cónyuge socio con pacto de sobrevivencia o de continuidad con los herederos.

— En las sociedades capitalistas no se plantean, a la hora de liquidar y repartir el patrimonio común, ninguno de los problemas de los casos anteriores. Ni el marido ni la mujer pueden escudarse en la titularidad formal de las acciones para excusar su inclusión en la liquidación de la sociedad de gananciales, ni tampoco la sociedad emisora o los restantes socios pueden inmiscuirse en su adjudicación. No obstante, como problema crucial se plantea el de cuál de los dos cónyuges está legitimado para el ejercicio de los derechos inherentes al accionista.

Suponiendo que las acciones sean gananciales y que la mujer sea la accionista, el autor sostiene que la sociedad que reconoce a la mujer poseedora de las acciones o inscrita en el libro-registro la cualidad de accionista, actúa correctamente y, por consiguiente, queda a salvo de cualquier reclamación o impugnación que pudiera plantear el marido. No se puede ni se debe exagerar el alcance de la presunción que formula el artículo 1.407 del Código civil. Partiendo de dicha postura considera válidas las enajenaciones otorgadas por la mujer y que tengan por objeto acciones al portador de que sea poseedora y los artículos 545, 3 del Código de comercio y 464 del Código civil deben y pueden ser invocados para proteger al adquirente de buena fe, aunque entre en juego el artículo 65 del Código civil en los casos de falta de licencia. Examina, por último, el artículo 1.388 del Código civil en relación con el 62 del mismo cuerpo legal y el 65 dicho.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTÍZ

Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas.

Tomo II, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

Publicada ya la recesión correspondiente al Tomo I de esta obra que se anuncia con una composición de seis volúmenes y habiendo hecho también el comentario general, las directrices que pretendía seguir y las apostillas a los prolegómenos de la misma, queda aquí reducida la labor del recensionista a exponer el contenido del segundo Tomo que, como el anterior, está presentado con gran cuidado, en tamaño de cuarto mayor y con seiscientas y pico de páginas llenas de literatura jurídica.

Colaboran en este segundo Tomo un grupo de juristas de diferentes nacionalidades, predominando, como era lógico, los españoles. En total son veinte las plumas que prestan su estilo. No se hace difícil perfilar una estructuración de las materias para ofrecérselas al lector, ya que en general predominan los trabajos sobre Derecho civil en el cuál,

y en sus clásicos cinco encajes, pueden incluirse los trabajos a él referidos. Existe una aportación especial del Derecho agrario que firma el Notario de Madrid, Ballarín, pero tanto ésta, como otras sobre otros puntos no encuadrables dentro del Derecho civil, las agrupo en una especie de cajón de sastre que llamo «Derechos varios». El lector comprenderá que esta forzada clasificación se debe solamente a razones de claridad expositiva y no a técnicas metodológicas.

En el Derecho civil respetamos la clasificación de SAVIGNY y distinguimos la Parte General en la que incluimos: «Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces» (CONDE-PUMPIDO FERREIRO); «El Derecho natural en la jurisprudencia civil de nuestro Tribunal Supremo» (MARÍN PÉREZ); «Hacia un nuevo Derecho civil» (MARSÁ VALCELLS); «Derecho especial de Baleares. La Compilación. Antecedentes. Ambito de vigencia. Interpretación» (PASCUAL Y GONZÁLEZ); «Il principio di effettività come fondamento della norma di Diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica». (MASSIMO BIANCA). En materia de Derechos Reales, aunque existe un trabajo sobre los vicios del suelo, hemos creído mejor agruparlos en la materia de Obligaciones y contratos. Precisamente en Obligaciones y contratos tenemos: «Resolución e indemnización en las obligaciones reciprocas» (ESPINAR LAFUENTE); «La función negocial de la promesa de venta» (LALAGUNA DOMÍNGUEZ); «La responsabilidad del fabricante frente a terceros en el Derecho moderno» (SANTOS BRIZ); «Los vicios del suelo: Reflexiones sobre el artículo 1.591 del Código civil»; (TORRALBA SORIANO); «La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés» (YUNG). En el Derecho de Familia incluimos: «A proposed New Matrimonial Regime for a Common Law Jurisdiction» (F. G. BAXTER). En materia del Derecho sucesorio los trabajos son los siguientes: «La obligación del sucesor de denunciar la muerte violenta del causante» (HERNÁNDEZ GIL); «La defensa de la legítima material de la Compilación aragonesa» (LACRUZ BERDEJO); «La sucesión en las deudas a título singular» (GARCÍA VALDECASAS); «Testamento en peligro de muerte» (SIMÓ SANTONJA).

En materia de Derechos varios me tomo la libertad de ofrecer: «La reforma agraria en Iberoamérica» (BALLARÍN MARCIAL); «Iberoamérica ante el proceso de reforma de las Facultades de Derecho» (FUELLO LANERI); «El orden sindical institucional» (LÓPEZ MEDEL); «El Derecho en California» (SANTA PINTER); «Das Problem der Gleichheit im Binner Grundgesetz» (VON HIPPEL).

Siguiendo este orden expondremos la materia para que el lector pueda tener una idea general sobre el contenido de esta publicación.

A. DERECHO CIVIL.

a) *Parte General.*

La primera monografía o el primer trabajo es el que firma CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Fiscal de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sobre el tema ya anunciado de los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces. El solo enunciado de la materia tratada revela el interés actual de la misma, sobre todo, si pensamos en esa tremenda tendencia de «superar» el viejo principio de la «responsabilidad por culpa» admitiendo en el campo civil la llamada teoría de la responsabilidad objetiva y en el campo penal el salto jurídico sobre la imprudencia punible. El trabajo abarca una serie de problemas que el sumario va marcando: a) La responsabilidad civil de los incapaces se soluciona por el autor afirmando que los civilmente

incapaces responderán civilmente de las consecuencias dañosas de sus actos ilícitos, sobre la base de los artículos 32 y 1.902 del Código civil, pero tal responsabilidad solo actúa en defecto de la de otra persona capaz que por razón de su posición de guardador del incapaz civil, deba responder por la norma especial del artículo 1.903 del Código civil. b) La transferencia de la responsabilidad al titular del deber de guarda y cuidado. Examina el artículo 1.903 y acierta al calificar esta responsabilidad no por el hecho de otro, sino por hecho propio o por omisión del ejercicio de los deberes de vigilancia. c) Consecuencias del divergente criterio entre el Código civil y el penal. Mientras el Código penal declara penalmente imputable al mayor de dieciséis años, el civil exige el cumplimiento de los veintiuno. Las conclusiones se hacen sobre la base del 1.903 del Código civil y los 19 y 20 del Código penal. d) Los tres apartados siguientes concretan la responsabilidad de los menores de dieciséis años y de los menores de edad civil y mayores de dieciséis años, así como la de los incapaces psíquicos. e) Los últimos problemas que se afrontan en el trabajo son los del alcance de la responsabilidad de los guardadores y el guardador de hecho, así como la responsabilidad surgida del tráfico rodado. De esta última se deduce la existencia de una responsabilidad objetiva en los daños referidos a las personas, pues en los daños de cosas se vuelve al sistema tradicional de la responsabilidad por culpa (Ley de 24 de diciembre de 1962). Esta responsabilidad recae sobre el asegurador (o el Fondo Nacional de garantía) dentro de los límites del seguro y cuantías señaladas, pues fuera de las mismas intervendrán las otras fuentes de la responsabilidad por el acto ilícito.

PASCUAL MARÍN PÉREZ, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid y prestigioso jurista de todos conocido, afronta el problema del Derecho natural en la jurisprudencia civil de nuestro Tribunal Supremo. El trabajo ofrece tres partes de las cuales la primera hace de introducción para perfilar no solo el concepto del Derecho natural, sino su inclusión dentro de la jerarquía de las Fuentes de Derecho. Ello le sirve al autor para destacar la importancia de este Derecho y su influencia en el positivo, haciendo unas citas muy oportunas de juristas ilustres como DE CASTRO, CASTÁN, ALVARO D' ORS, etc. La segunda parte está dedicada a la precisión—a través del examen de diversas sentencias—de cuál es la postura del Tribunal Supremo en orden al Derecho Natural. Un triple significado extrae PASCUAL MARÍN de las sentencias que maneja: 1) La posición que califica al Derecho Natural como principio de Derecho o axioma jurídico. 2) La que lo considera como eternos principios de justicia y 3) La que lo identifica con la equidad en el sentido aristotélico de la palabra. La última parte está destinada al estudio del juego del Derecho Natural en la función judicial citando al profesor HELMUT COING que destaca cómo lo típico de la función judicial es que el Juez se propone juzgar siempre justa y equitativamente, racionalmente. El autor mantiene la tesis de que va siendo ya hora de plantearse el problema de la aplicación del Derecho Natural, más que por la vía de los axiomas incontrovertibles, como simple norma de conducta judicial para la aproximación a la Justicia.

A la cita del homenaje a CASTÁN no podía faltar en este segundo Tomo un Registrador de la Propiedad, representado en esta ocasión por PLUTARCO MARSÁ VANCELLS que aborda un problema de sumo interés: hacia un nuevo Derecho civil. Ya se comprende, como el mismo autor precisa, que el trabajo es una especie de recensión crítica, y por supuesto elogiosa, del famoso que en su día dió a la luz el profesor CASTÁN en cuyo honor el autor de ahora escribe. Por ello, estructuralmente se ciñe a las partes que en aquel había: dos sobre puntos generales del Derecho y las cinco correspondientes al Derecho civil. En las

dos generales se tocan los problemas de la crisis y evolución del Derecho civil y la constante influencia del Derecho público en aquél. Coincide con el profesor CASTÁN al afirmar que el Derecho subsistirá siempre, aunque esté transitoriamente ignorado por la Ley; esta rama jurídica no desaparece, solo se transforma con el transcurso de los siglos, como todo en la vida. El movimiento de la progresiva influencia del Derecho público en el Derecho civil por el constante intervencionismo del Estado y la tendencia socializadora, es objeto de crítica ya que pone en peligro la sagrada libertad del individuo, destruyendo la personalidad humana y suprimiendo cada día más la autonomía de la voluntad. En el examen de la parte general se tocan puntos tan interesantes como los del dogma de la autonomía de la voluntad, la unificación y la codificación civil, la creación de una Cátedra de Derecho comparado, el problema de la mayoría de edad y la discriminación de sexos, la incapacidad, etc. En la parte correspondiente a Derechos Reales el problema central es el de la propiedad, su concepto individualista y sus reformas. En el Derecho de Obligaciones se vuelve a tocar el punto de la intervención estatal y se proponen ciertas reformas en orden a la obligación natural, responsabilidad contractual, cuasi-contratos, transmisión de derechos y deudas, etc. En la materia del Derecho de Familia se recogen las modificaciones introducidas por el nuevo Estado español que no son ni con mucho esos grandes deseos de CASTÁN manifestados hace un cuarto de siglo: elevación de edad para casarse, ampliación del número de impedimentos, el régimen de comunidad continuada, modificación del régimen dotal, la supresión de la legitimación por concesión real y la transformación de la patria potestad. En materia de Sucesiones se propusieron una serie de reformas de las que sólo cristalizó la de mejorar la participación hereditaria del cónyuge viudo.

El Derecho Foral era preciso que tuviera una pluma que se ocupara del mismo, aunque fuera parcialmente, y así ha sido, pues, el Derecho civil especial de Baleares queda reflejado en el estudio que del mismo hace LUIS PASCUAL GONZÁLEZ, abogado ilustre de Palma de Mallorca. Después de unas consideraciones genéricas sobre el sistema del Código civil frente a la legislación foral, precisa la idea central del trabajo sobre la importancia de los antecedentes legislativos, las costumbres y la doctrina como medios de interpretación de la Compilación balear. Se apoya en el artículo 2 de la Compilación que así lo viene a disponer. Por ello el trabajo tiene una parte dedicada a las etapas más importantes del desenvolvimiento del Derecho Balear (época primitiva, de carácter consuetudinario; época romana, con aplicación del Derecho Romano; periodos vándalo y bizantino, con aplicación de los textos legales de Justiniano; dominación musulmana; periodo cristiano con la Carta Puebla o Carta de Franqueza; Privilegio de San Feliú de Guixols; Privilegio de Gaeta; Decreto de Nueva Planta; Informe sobre la compilación; Proyecto de Compilación, etc.), otra parte destinada al ámbito de aplicación del Derecho Balear, después del Código y antes y después de la Compilación y los problemas que presenta en la interpretación y posible aplicación al artículo 2 de la misma Compilación, verdadero reto a los eruditos y juristas baleares.

Cierra esta parte general un autor italiano. C. MASSINO BIANCA, profesor de Derecho civil de la Universidad de Catania, escribiendo sobre el principio de efectividad como fundamento de la norma de derecho positivo. Se parte de la confusión entre derecho positivo y norma escrita estatal que provoca una separación entre los doctrinarios y los que ejercen prácticamente el derecho. La interpretación del derecho debe estar regida por exigencias económico-sociales y el problema preliminar de la ciencia del derecho es precisar ante todo el conoci-

nimiento de su objeto. Para resolver este problema no debe acudir-se a la teoría general ni al principio de efectividad, sino que la ciencia jurídica debe imponerse un postulado: proceder de acuerdo con las indicaciones de la experiencia, apoyada en las orientaciones de la jurisprudencia.

b) *Derecho de obligaciones*

FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, es el primer autor que abre camino en esta sección de las obligaciones. Su trabajo sobre la resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas va acompañado de una lista bibliográfica de autores que avalan la seriedad del estudio y la variedad de fuentes utilizadas. La razón del tema elegido reside, según su autor, en que falta en él un esclarecimiento suficiente, aunque las soluciones adoptadas por la doctrina y jurisprudencia suelen ser equitativas. El examen central del trabajo está, como era lógico, reunido alrededor del artículo 1.124 del Código civil, que prácticamente coincide con el francés y el italiano antiguo, ya que el nuevo contiene una regulación más completa. Después de exponer sintéticamente las teorías que explican o tratan de explicar la naturaleza de la acción surgida del artículo (resolutoria, pacto comisorio, *condictio*, equidad. Ley y sanción), considera que el fundamento de la institución reside en la condicionalidad interna representada por la existencia de una causa bilateral, que da lugar o puede dar lugar a una «reposición causal» o rehacer el curso de las cosas para que se mantenga la garantía constitutiva del contrato. Termina de perilar la institución manejando el concepto del desplazamiento del área negativa, del riesgo y una anticipación práctica en la fijación de la forma de cumplimiento. El trabajo se completa con tres puntos cruciales: el no cumplimiento (con los correspondientes conceptos de mora, omisión, imposibilidad, defecto de garantías, ejecución irregular, etcétera), la resolución del artículo 1.124 y las consideraciones finales sobre la triple solución que ofrece el artículo: la resolución propia, la impropia y la conclusiva.

La función negocial de la promesa de venta es el tema que el Profesor de Derecho civil de la Universidad de Navarra, ENRIQUE LALAGUNA, aporta al libro-homenaje que estamos comentando. Las grandes dificultades que el contrato de promesa de venta ha tenido para ser configurado doctrinalmente se pueden reducir a dos: la equiparación que el legislador francés hizo entre contrato de promesa y la simple compraventa y los trabajos monográficos en torno a la figura del precontrato. Partiendo de esta idea el autor va desarrollando su tesis rechazando incluso la postura de DE CASTRO, pues entiende que el contrato de promesa es un contrato con causa propia, con estructura y función diferentes al de simple compraventa, aunque con idéntica finalidad traslativa. Termina identificando la promesa de venta con el contrato de opción. No se agota con ello la postura del autor, pues su idea matriz es la de considerar existente una semejanza notable entre la situación jurídica creada por el contrato de promesa de venta y la derivada del negocio condicional: la incidencia de la voluntad de uno de los contratantes en el ámbito de la relación contractual cumple una función similar a la del evento de una verdadera *condictio facti*. En la última parte del trabajo se distingue plenamente y se estudian, por supuesto, las situaciones de eficacia del contrato dependientes de un «hecho jurídico» (término inicial y condición

suspensiva, así como las condiciones potestativas) y las dependientes de un «acto jurídico» (el pacto de arras, la promesa de venta y el derecho de opción, así como el negocio de retroventa).

JAIME SANTOS BRIZ, Doctor en Derecho y Magistrado, nos lleva en su trabajo a un problema de auténtica actualidad huérfano, por así decirlo, de regulación específica en nuestro Derecho: la responsabilidad del fabricante frente a terceros en el Derecho moderno. Toda la problemática que el tema encierra se resume en la idea de un perjuicio sufrido por el consumidor o usuario de una mercancía que fue vendida no por el fabricante directamente, sino por un intermediario sin alteración alguna. La doctrina se pregunta quién responde de esos perjuicios. Con arreglo a la tesis de los vicios materiales (art. 1.461 y 1.474) responderá el vendedor, pero la tesis moderna avalada por la opinión científica y la práctica, trata de hacer responder al fabricante como cabeza de la serie contractual en la que el vendedor último no es más que un eslabón. Después de explicar, el autor, una serie de circunstancias que pueden conducir en los tiempos modernos a dicha tesis, examina los tres elementos de la responsabilidad (acto, culpa y daño) en su momento actual: el fallo de la máquina, la responsabilidad por riesgo distinta de la objetiva y el llamado daño social. Estudia las ideas de la buena fe en la contratación (art. 1.258, C. c.), el problema de la relatividad de los contratos (art. 1.257, C. c) y la estructura conceptual del contrato de compraventa (art. 1.445, C. c.).

Luego, ofrece al lector las principales soluciones que al respecto se han producido en el campo del Derecho comparado (doctrina y jurisprudencia alemana, Derecho inglés, derecho norteamericano, Derecho italiano y Derecho francés). Los estrechos límites de esta recensión no nos permiten una mayor precisión de esas soluciones de Derecho comparado y ello es lástima, pues es ahí donde puede estar la fuente de soluciones para esos casos. Sólo diremos que se va reconociendo la responsabilidad del fabricante y lo discutido es la acción para exigir esa responsabilidad: en forma directa, o a través de una acción de regreso. Remata el trabajo con unas aplicaciones para el Derecho español y sus posibles soluciones en espera de una regulación específica.

O. VICENTE TORRALBA SORIANO, Profesor de Derecho civil de la Facultad de Derecho, de Valencia, ofrece otro trabajo en la línea del principio de responsabilidad: los vicios del suelo y las reflexiones que el artículo 1.591 del Código civil provoca. Después de una breve introducción histórica que sitúa el origen del precepto (inspirado en el 1792, del Código francés), aborda el problema de la responsabilidad exigida por dicho artículo precisando dos ideas fundamentales: la del fundamento de la responsabilidad por los vicios del suelo y la distinción de éstos frente a los vicios de construcción y dirección. La razón del fundamento de la responsabilidad hay que verla en la formación técnica que todo arquitecto tiene o debe tener y en las funciones desempeñadas en el caso concreto planteado. No resulta fácil, sin embargo, la distinción entre vicios del suelo, dirección y construcción. Siguiendo las opiniones más autorizadas debe entenderse por vicios del suelo aquellos que se derivan de la falta de resistencia apropiada para el edificio que se va a construir. Los vicios de la construcción surgen por la mala calidad de los materiales o de la mano de obra empleada. Por vicios de la dirección es preciso entender los que provengan de una defectuosa aplicación de las reglas de la construcción y que indiquen la ignorancia en que se halla el arquitecto de la técnica de su ciencia. El autor redondea su trabajo afrontando los problemas de la distri-

bución de responsabilidad en los casos en que exista más de un arquitecto (el arquitecto director y el proyectista), así como los casos de vicios del suelo y vicios específicos que se ponen de manifiesto durante la ejecución de la obra. También examina el artículo 1591 en relación con el 1596 y la posible modificación de responsabilidad por la del contratista en virtud del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra, es decir, el arquitecto directamente contratado y el empleado del constructor o empresa constructora.

El Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova, WALTER YUNG contribuye con un problema también de responsabilidad: el perjuicio del tercero. Si bien en las obligaciones contractuales la violación de las mismas no suele causar más perjuicios que al acreedor cuando el deudor es el culpable, puede también suceder que la violación del contrato, por separación de personas, produzca un perjuicio a un tercero que no es parte en la relación contractual. Ello genera una situación difícil, pues, el acreedor sólo puede reclamar los perjuicios propios y el tercero no puede fundamentar su derecho en un contrato que constituye *res inter alios acta*. Se examinan por el autor a través del derecho alemán y suizo una serie de supuestos en los cuales el deudor queda obligado a responder y reparar el perjuicio sufrido por el tercero debiendo ser admitido el tercero como legítimado para actuar en justicia por sí mismo contra el deudor.

c) *Derecho de familia*

Sólo un trabajo milita en esta parte del homenaje. Lo escribe IAN F. G. BAXTER, Profesor de la Universidad de Toronto. Versa sobre el régimen económico matrimonial y sus posibles soluciones. El autor propone una serie de soluciones, directrices u orientaciones: 1. El régimen de separación de bienes con respecto a terceros. 2. Un esquema de *suerte común*, compartida, para dividir sus propiedades netas en el momento de la disolución del vínculo. En suma, es una combinación entre régimen externo frente a terceros y régimen interno entre los cónyuges.

d) *Derecho de sucesiones.*

La clasificación inicial de los trabajos está hecha sobre una lectura sonera de los mismos, de ahí que al comenzar esta sección de sucesiones con el que GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada, sobre la sucesión en las deudas a título singular, tenga que reconocer que él mismo también pudo estar incluido en el campo de las obligaciones. El problema que gira como centro del trabajo es el de la transmisión de deudas, o como el autor llama, sucesión en las mismas. Un esbozo histórico con la postura romana abre el mismo. La trayectoria histórica se sigue fielmente hasta llegar al Código alemán y al italiano. La última parte del estudio está destinada al Derecho español y a las dificultades que la construcción del concepto representan.

FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, Fiscal y Doctor en Derecho, trata con su maestría habitual de un tema intimamente ligado con la desheredación: la obligación del sucesor de denunciar la muerte violenta del causante. Después de precisar brevemente los antecedentes romanos de la cuestión, pasa al Derecho español, en el que su exposición se divide en requisitos personales del presunto indigno, de la muerte del

causante y de la conducta procesal impuesta *ex lege* al sucesor. En los primeros examina los dos fundamentales: la condición de heredero y la mayoría de edad del mismo. Como conclusiones, precisa que no debe entenderse la palabra heredero en su sentido estricto, sino en el de sucesor. Respecto a la mayoría de edad exigida por el artículo 756, 4 del Código civil destaca su desarmonía con el artículo 260 de la Ley E. Cr., que libera solamente al impúber o irresponsable por razón de edad (art. 8, 2 del Código penal). En relación con este mismo punto estudia el problema del cumplimiento de edad posterior y transcurso de plazo sin promover la correspondiente denuncia. En los requisitos o presupuestos relacionados con la muerte del causante, examina lo que debe entenderse por muerte violenta (no natural y realizada voluntariamente por otro hombre que no sea ni el sucesor ni sus parientes más próximos, conforme al artículo 756, 2 del Código civil y 261 de la L. E. Cr.) y el conocimiento de la muerte violenta. Por lo que se refiere a los requisitos derivados de la conducta procesal impuesta *ex lege* al sucesor se estructuran: 1) La obligación de denunciar, no de acusar ni de constituirse en parte. 2) El plazo y su cómputo, considerándose que es aquél en que existió la posibilidad de denunciar, y 3) Excepciones a la obligación de denunciar procedimiento de oficio y casos previstos en la Ley: incapacidad natural o adquirida y vínculos familiares).

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza y prestigioso hipotecarista, colabora en la publicación-homenaje con un problema de Derecho foral: la defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa. Para la debida situación del lector el autor comienza por enumerar las acciones que al legitimario corresponden en la nueva Compilación: la que protege la legítima formal; la que en el supuesto de lesión cuantitativa llámase acción de reducción; la del artículo 119 para salvaguardar la intangibilidad cualitativa de la legítima; la que se dirige a la eliminación de gravámenes que puedan imponerse sobre los bienes legitimarios; las de nulidad o simulación. Falta, en cambio, dice al autor, una acción de suplemento de legítima. El examen se concreta a la acción de lesión de la legítima colectiva, la de la intangibilidad y la de los gravámenes. La primera se establece en el artículo 124 de la Compilación y respecto de la misma se estudia el problema de quiénes son los que tienen derecho a la reducción (planteándose el problema de si en el caso de preterición o desheredación les corresponde a los preteridos o desheredados), los límites de la acción que vienen señalados por la parte de legítima que le corresponde percibir a cada legitimario y la forma y efectos de la reducción. Como secuela del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima surge la prohibición de gravar la misma. Así lo dispone el artículo 119 de la Compilación limitándose a los dos tercios del caudal computable.

Caso de incumplirse dicha norma, el artículo 125 sanciona la violación, considerando *no puestos* los gravámenes. Examina luego la posibilidad de aplicación de los artículos 821, 822 y 830, 3º del Código civil y concluye con la exégesis del artículo 125 de la Compilación y las excepciones que el mismo establece a favor de ciertos gravámenes. Al no establecer la Compilación un plazo de prescripción (omitiendo lo que el artículo 33 del Apéndice establecía), es preciso aplicar el plazo de quince años del artículo 1.964 del Código civil. Remata el artículo con el examen de las posibles garantías, de legítima y estima inaplicables al derecho a instar el juicio de testamentaria y el ser considerados como acreedores del heredero a efectos del artículo 1.038 de la L. E. C.: tampoco cabe aplicar a los mismos las normas del artículo 15 de la

Ley hipotecaria, pero el legitimario tiene una posición superior a los legitimarios que regulan dicho artículo: cuando no entra en juego la legítima global, su posición es la de todo heredero o legatario y si entra en juego, como protección se le concede la del artículo 47 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 147 y siguientes del Reglamento.

VICENTE LUIS SIMO SANTONJA, Doctor en Derecho y Notario, cierra la parte referente a sucesiones ofreciendo un tema interesante: el testamento en peligro de muerte. La razón del estudio que este autor hace, se basa en la torcida interpretación que, tanto la doctrina, como la jurisprudencia han hecho de los preceptos del Código civil, haciendo decir al Código cosas que no dice, aun reconociendo que no las dice, exigiendo que se cumpla determinado requisito. Concretamente el punto clave que soluciona airosamente el autor es el de la innecesidad de probar que no haya podido utilizarse la forma notarial ordinaria. El trabajo comienza con la exposición de los textos legales y unos antecedentes históricos que van seguidos de tres referencias a los Derechos alemán, italiano y suizo. Pasa luego a examen concreto de los requisitos que nuestro Derecho exige para esta forma de testar: el peligro eminente de muerte, cosa difícil de apreciar aunque, a juicio del autor basta, un grave peligro que aparezca fundado y creído de buena fe. Presencia de cinco testigos domiciliados y que conozcan al testador y a los que se les aplican las incapacidades de los artículos 681 y 682, salvo la del número 7 del 681 del Código civil. La forma puede ser oral y escrita. Plazo de caducidad con su problemática. Por último estudia esa exigencia doctrinal y jurisprudencial que impone demostrar «que no sea racionalmente posible la intervención del Notario», que el autor demuestra incorrecto. Junto a esto se plantea el problema del testamento abierto hecho en presencia de Notario, pero que no puede ser terminado por falta de lectura, aprobación y firma a consecuencia del fallecimiento del testador. A su juicio puede valer como testamento con inminente peligro de muerte, siendo el Notario uno de los testigos. El estudio se remata, como no podía ser menos en un especialista de Derecho internacional, con la referencia a los conflictos internacionales e intranacionales o forales. Considera aplicable el artículo 11.1 del Código civil y en materia foral estima aplicable el testamento a Baleares y Galicia, respetando las disposiciones especiales de Aragón, Cataluña y Vizcaya. Espero que los navarros digan algo al verse «preteridos».

B. DERECHOS VARIOS.

Aunque, los trabajos que restan del tomo que comentamos permitirían una ulterior clasificación, he preferido agruparlos en el concepto de «VARIOS» aunque ello no quiere decir que carezcan de importancia o que no estén en la misma línea de los anteriores. La razón de esta agrupación es únicamente la de facilitar al lector una sistemática más sencilla. Sentado esto, distinguimos:

a) *La reforma agraria en Iberoamérica.*—Es ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, Notario de Madrid y Profesor de la Cátedra de Derecho agrario de la Universidad de Madrid, el que en sus constantes inquietudes por el Derecho Agrario nos brinda un estudio claro y general del problema agrario en el mundo y concretamente en Iberoamérica. Era inevitable situar históricamente el problema y, para ello, se retrotrae a Grecia y a Roma con las figuras de Solón y Los Tarquino primeros reformadores agrarios. Es, sin embargo, el siglo xx el siglo de la reforma agraria.

Abanderará la misma los irlandeses y le sigue la revolución rusa. Al grito de «tierra para los héroes de la guerra europea», se llevaron a cabo las reformas agrarias más importantes desde Finlandia a los Balcanes. Italia con su régimen fascista carece de reforma. España se incorpora tardíamente a la corriente. Remata la evolución con los países árabes.

Respecto a Latinoamérica hace un estudio especial del fenómeno mejicano iniciándolo con Emilio Zapata y su famoso grito de «Tierra y Libertad». Un nuevo y original tipo de propiedad aparece en Méjico: la llamada «propiedad ejidal» o propiedad comunal con explotación colectiva. Hoy día se habla ya de «reformular la reforma». Este tipo de reforma se extendió a Bolivia en 1952. En Cuba, Fidel Castro, pudo seguir esos mismos pasos, pero en vez de un régimen comunista, lo que introdujo en Cuba es el sistema marxista. Sin embargo, la onda expansiva de las reformas agrarias europeas llega necesariamente a América en virtud de infinidad de factores (doctrina social católica, la política de Kennedy llamada «Alianza para el progreso», la función social de la propiedad, etc.) y cuyas líneas generales son las de respeto a la propiedad, pero sometida a la función social, patrimonios a familiares, explotaciones colectivas y cooperativismo y asociativismo en general. Termina el trabajo con una llamada de atención ya que España parece que está quedándose rezagada y fuera del proceso de reforma agraria integral.

b) *Iberoamérica ante el proceso de reforma de las Facultades de Derecho*.—FERNANDO FUEYO LANERI. Profesor de Derecho civil, Director del Seminario de la Universidad de Chile, ofrece un estudio de mucha actualidad en orden a la enseñanza. La Universidad ha sido en los últimos tiempos problema y urge un sistema que la reforme y vitalice. El viejo tríptico de qué ha de enseñarse, cómo ha de enseñarse y con qué ha de enseñarse sigue siendo el centro de la reflexión frente a la Universidad. El trabajo tiene tres partes diferenciadas: la primera referida a unas nociones claves sobre la Universidad; la segunda una exposición sobre el estado actual de la Universidad en Iberoamérica y la tercera un esquema de estructura metodológica.

En la primera parte define la Universidad y recuerda la frase de ORTEGA: «La Universidad es el intelecto—y, por tanto, la ciencia—como institución». Señala los fines (investigación, preparación, educación, etc.) y estudia los problemas de la investigación, los planes de estudio, el principio de autonomía y la llamada «democratización de la enseñanza». En la segunda parte perfila la situación de la mayor parte de las Universidades de Iberoamérica aún sometidas al modelo «napoleónico-profesionalizante» destinadas a la preparación de profesionales. Señala la existencia de estudios rígidos, de materias básicas para la formación, la clase magistral y otra serie de problemas que van desde la falta de carrera de investigador, remuneraciones bajas hasta la falta de institutos especializados. También señala la escasa o nula influencia que la Universidad española tiene en la iberoamericana, por lo que respecta a la rama del Derecho. En el ensayo de estructura metodológica de una Facultad de Derecho toca tres puntos fundamentales: en cuanto a la enseñanza, en cuanto a la investigación científica y en cuanto a la biblioteca y servicio informativo bibliográfico.

c) *«Das problem der Gleichheit im Bonner Grundgesetz»*.—ERNEST von HIPPEL, Profesor de la Universidad de Köln, nos trae un estudio sobre la «igualdad ante la Ley» comparando este principio establecido en la Constitución de Weimar y su interpretación con la que se hace

del mismo actualmente. En el momento de su publicación el principio era interpretado no como una obligación del legislador, sino como una prohibición de arbitrariedad impuesta a la administración pública y a la de justicia. Actualmente la idea que se extrae del principio es que esa arbitrariedad también se prohíbe al poder legislativo.

d) *El orden institucional sindical*.—JESÚS LÓPEZ MEDFL, que sólo utiliza como aval profesional de su trabajo el de ser Ayudante de la Universidad de Madrid, escribe con su inimitable estilo un trabajo sobre esta materia tan dominada por él. El estudio es, en el fondo, el esquema de la conferencia que el mismo autor pronunciara en la Escuela Judicial en junio de 1967. Se divide en varias partes que intentaremos sintetizar para ofrecérselas al lector. En la filosofía del hombre que trabaja el autor dice que el orden sindical, concebido como orden jurídico, yace dentro de la problemática y de los temas de la Filosofía Institucional y supone la afirmación de que lo sindical sea institución sujeta a Derecho. Para ubicar el sindicalismo en el orden jurídico-constitucional dice que para que los Sindicatos sean sociedad y Estado, y no constituyan una mera instalación en el poder, es preciso instrumentar, reciprocamente, un orden jurídico para los fines generales y los medios concretos de la acción del Estado como tal y de los Sindicatos. El trabajo tiene otras partes sobre ordenación de la acción teleológica del Estado y del Sindicato, el orden jurídico intersindical, orden jurídico interpersonal y orden jurídico instrumental.

e) *El Derecho en California*.—J. J. SANTA-PINTER, Profesor de la Universidad del Neuquen, Argentina y ex-profesor de la Universidad de San Diego en California, nos ofrece el estudio conceptual del Derecho en California. El artículo 22 del Código civil de California define el derecho diciendo que: «el derecho es la expresión solemne de la voluntad del poder supremo del Estado». Sobre esta base el autor va desarrollando la materia y distinguiendo entre el «Common law» y la Ley, así como la norma y la ordenanza. Otro problema de interés estudia el autor y es el de cuándo debe entenderse aplicable el «Common law inglés» al cual se remite el artículo 22,2 en cuanto no sea repugnante o inconsistente con la Constitución de los Estados Unidos, siendo norma de decisión en defecto de Ley positiva. Los dos últimos problemas que se examinan en el trabajo son los de la interpretación (prevaleciendo la literal en caso de claridad y la intención del legislador, así como una interpretación liberal y bajo el principio de la continuidad) y los de aceptación de las sentencias extranjeras en California (aceptadas y ejecutadas por un procedimiento especial si vienen de los demás estados miembros de los unidos y aceptadas con el mismo efecto si vienen de un país extranjero).

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.

DÍEZ PICAZO, LUIS: *Lecciones de Derecho civil*. I. Parte general (Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1967 380 páginas).

Las «Lecciones de Derecho civil», del profesor DÍEZ PICAZO, constituyen una valiosa aportación al estudio sistemático del Derecho civil. Haremos aquí una apretada síntesis de su Parte General, para en notas sucesivas reflejar la extraordinaria riqueza conceptual y práctica de las restantes partes de la obra, a saber: El Derecho Patrimonial dividido en dos partes: Las relaciones obligatorias y el Derecho de Cosas; y el Derecho de Sucesiones, último que sepamos ha publicado hasta la fecha.

Lo que llamamos Derecho civil—dice el autor—, no es otra cosa que una manera o una forma históricamente condicionada de estudiar una parte o un sector del Ordenamiento jurídico, de tal manera que, tanto el criterio lógico para aislar dentro de la totalidad del Ordenamiento jurídico el Derecho civil como el criterio para exponerlo científicamente, están en función de la línea de la evolución histórica del pensamiento jurídico de nuestra civilización.

Como precipitado de la evolución histórica que expone el autor, deduce que el Derecho civil es un sistema de normas e instituciones situadas en el punto central del Ordenamiento jurídico. Frente al Derecho civil los demás sistemas normativos aparecen claramente como Derechos periféricos. El Derecho civil es el núcleo originario del Ordenamiento jurídico. Toda la evolución jurídica consiste en una penetración o en una superposición de los sistemas normativos periféricos en el núcleo central del Derecho civil y en una expulsión de las reglas caducas.

La situación central del Derecho civil dentro del Ordenamiento jurídico le viene de ser el sistema que contiene los principios básicos y cardinales de la organización de la comunidad, sobre todo los principios jurídicos tradicionales. Es por ello, el Derecho Común, el Derecho de los principios generales del sistema. A este hecho obedecen la endósmosis y la exósmosis apuntadas. Un sistema normativo especial se crea en la periferia del Derecho Común para dar albergue a nuevas normas, a un *novum ius*, que aparece todavía *contra tenorem rationis* de la organización tradicional, pero que es exigido por nuevas necesidades y nuevas realidades. El sistema especial penetra en el Derecho Común y se confunde con él cuando las nuevas reglas han devenido principios generales.

Hay una única razón de unidad de las instituciones civiles, que es, al mismo tiempo, la razón de este puesto central. El Derecho civil es el Derecho de la Persona, el Derecho de la vida jurídica de la persona. A esta idea se le podría llamar una concepción personalista del Derecho civil que podría definirse diciendo que el Derecho civil es el sistema de normas y de instituciones destinadas a la protección y defensa de la persona y de la realización de sus fines dentro de la comunidad.

Se pregunta el autor: ¿cómo es nuestro tiempo? ¿Cómo es el Derecho civil de nuestro tiempo? Y también: ¿cómo tiene que aspirar a ser?

El tiempo presente es tiempo de crisis. La afirmación parece incontestable. El Derecho civil decimonómico que hemos heredado, es acaso una de las realizaciones más perfectas de toda nuestra civilización, pero es desgraciadamente arcaico. La evolución del Derecho civil es discontinua: tiene momentos de rezagamiento y momentos de avance. El De-

recho civil en la actualidad ha quedado rezagado, no está a la altura de los tiempos.

Está excesivamente patrimonializado, se ha convertido para algunos en el Derecho Patrimonial, en Derecho Mercantil de la economía capitalista, y por tanto, ha desaparecido como tal Derecho civil.

Está excesivamente administrativizado, corre el riesgo de convertirse en un Derecho de la Economía. La mayor parte de las relaciones de orden económico y patrimonial se convierten así en materia de Derecho Administrativo.

Por otra parte, nuestra época contempla la multiplicación de las segregaciones del Derecho civil. Se habla así de un Derecho del Trabajo, de un Derecho Económico, de un Derecho Agrario, Derecho Hipotecario, Derecho Notarial, Derecho Registral, Derecho Aeronáutico, Derecho Bancario, Derecho de Arrendamientos, Derecho Industrial, etc.

Sin embargo, el Derecho civil continúa poseyendo todavía una vigorosa propensión a ser aquel sector del Ordenamiento jurídico que tiene por objeto la protección y defensa de la persona y la ordenación de sus fines dentro de la comunidad. Su problema primordial es un problema de reajuste.

Dicho reajuste exige la reacción vigorosa contra las tendencias contrarias a su esencial finalidad de protección y defensa de los fines de la persona.

Pero es preciso además actualizar el Derecho civil. Es preciso revisar los principios jurídicos civiles, lo cual exige dilucidar cuáles de entre los principios clásicos de nuestra ciencia conservan vigencia actual y cuáles de las nuevas reglas han alcanzado aquel valor primario.

El Derecho civil no puede ser ya el Derecho de las antiguas formas de vida de las instituciones tradicionales.

Tiene que ser el Derecho de las formas de vida de la persona del tiempo presente.

Tal reajuste y actualización del Derecho civil tienen que llevar necesariamente a la recuperación de la unidad perdida, superando la atomización de los Derechos especiales.

Apuntamos nosotros que el Derecho civil, como el Ordenamiento jurídico en general no es sino una parte de la cultura de la sociedad postcristiana occidental. El desfase que Díez Picazo apunta entre el Derecho civil y el resto de la cultura y la técnica de la sociedad que lo ha originado puede ser salvado si los juristas ponemos manos a la obra con decisión y adecuada organización. No de otro modo en pareja coyuntura de expansión económica, plenitud cultural, y libertad política—como la que ahora señorea en general nuestra sociedad occidental—hicieron los postglosadores en el siglo XIII, los clásicos españoles y europeos en el XVI, y los pandectistas en el XIX.

Pero tal labor de actualización del Derecho de la persona no puede limitarse al trabajo de un grupo de especialistas aislados del pueblo. Este, orgánicamente constituido, por medio de sus órganos de expresión debe colaborar en tal tarea. Noblemente política será tal empresa: a los ciudadanos todos compete su ejecución.

Pasa el autor a criticar el plan pandectista de exposición del Derecho civil. Sustituye la complicada Parte General por una Introducción al Derecho civil, reservando a la primera parte institucional el Derecho de la Persona, por ser la persona la primera realidad institucional del Derecho civil.

La dimensión familiar del hombre obliga a convertir el Derecho de Familia en la segunda parte institucional del Derecho civil, aunque por razones didácticas pospone su estudio al del Derecho de Bienes.

Rechaza la contraposición tajante de Derecho de cosas y Derecho de Obligaciones, unificando ambos en un único Derecho patrimonial o Derecho de Bienes, cuya unidad esencial es innegable. Ello no es negar la distinción entre Derecho real y Derecho de obligación sino darle un exacto valor de pieza instrumental, para una mejor exposición del Derecho de Bienes.

Por último el Derecho de Sucesiones está en conexión con cada una de las ramas antes establecidas.

En la formación histórica del Derecho civil español, apunta un hecho político de gran importancia, que ha influido decisivamente en su evolución: la fragmentación de la Península en una serie de reinos diversos, cada uno de los cuales poseerá a lo largo de su historia y hasta nuestros días autonomía e independencia en materia jurídica. Más que hablar de un Derecho civil español se debe hablar de una serie de Derechos civiles españoles o peninsulares, entre los cuales existen evidentes analogías, por poseer todos ellos unas mismas raíces, pero entre los cuales existen también algunas diferencias.

La sistemática del Código civil es defectuosa. Falta en él un tratamiento especial del Derecho de Familia y del Derecho Sucesorio.

Subraya el autor el carácter del Derecho común que el Código civil posee según refleja su artículo 16.

Examinado el Código civil desde el punto de vista político, aparece como una obra inspirada en las ideas o ideologías predominantes en la época en que se llevó a cabo.

Es obra de los partidos turnantes y tiene por ello la tónica de un liberalismo conservador y de un individualismo templado.

No puede encontrarse en el Código civil una preocupación social extraña a su época.

No es el Código una obra renovadora. Se limita o conserva el Derecho Nacional dándole la forma doctrinal correspondiente a su época. Es en gran medida un Código tradicional en cuanto recoge la tradición jurídica española.

En materia de matrimonio sigue también una línea muy conservadora, en su artículo 42.

El afrancesamiento de nuestro Código en cuanto a su forma es evidente. Sin embargo, en materia de Derecho de Familia y de Sucesiones, el afrancesamiento es casi inexistente. Y también en materia de Derecho Patrimonial es el Código más fiel a la tradición española que a la inspiración francesa.

Es cierto que no llega a la perfección técnica del Código alemán. No es un Código técnico, pues ha sido hecho por abogados y juristas prácticos. Es por tanto, un Código de carácter popular que lo hizo en cambio asequible al pueblo cuya vida ha de regir. Con FEDERICO DE CASTRO, afirma que «es una buena obra española».

Apunta un tanto un antiforalismo larvado cuando afirma el autor que a partir del fracaso del proyecto de Código civil de 1851, la cuestión foral se encona y se convierte en cuestión de signo político. Regionalismo, autonomismo, separatismo, tradicionalismo y defensa de los fueros serán temas que, extrañamente entremezclados obstaculizarán la unidad jurídica nacional. Todos los ensayos de solución fracasan hasta el punto de que nuestro Código civil es la más clara prueba de este fracaso, según la fórmula que emplea en su artículo 12.

Creemos que la cuestión foral no fue apolítica antes de 1851, y politizada artificialmente después por los representantes en la Comisión General de Códigos de las regiones forales. La cuestión foral nace cuando resurgen en diversas regiones de la periferia de España movimientos de «renacimiento» de las culturas vernáculas—«Renaixença»

catalana, balear y valenciana, «Resurdimiento» gallego— La cuestión foral no es artificial, sino planteada como un fenómeno más de unas culturas que no se resignan a morir, y que por el contrario, resurgen esplendorosas al amparo de una innegable expansión económica, en general—salvo el caso de Galicia—, más acusada en estas regiones que en el resto de la península. El intento de derogación de los Derechos forales por el Proyecto del Código de 1851, provocó su fracaso, al faltarle el apoyo de las pujantes burguesías regionales. En este punto, el criterio uniformista de los legisladores de las Cortes de Cádiz—en lo sustancial acogido por el proyecto de 1851— no puede estimarse afortunado.

El Código civil no fracasó al establecer una transacción entre la tendencia uniformista y la foralista en sus artículos 12 y 13. Por el contrario sentó las bases de una solución más perfecta al problema foral, solución en parte lograda a través de las Compilaciones de Derechos civiles especiales, promulgadas en los últimos decenios.

Afirma el autor que la persona es la primera realidad técnica e institucional para el Derecho civil. La teoría *ius-naturalista* y cristiana parte de dos postulados frente a la noción positiva de la persona: todo hombre es persona. La personalidad es una exigencia de la naturaleza y de la dignidad del hombre, que el Derecho objetivo tiene necesariamente que reconocer.

Por otra parte no puede haber paridad entre el hombre y las demás realidades sociales a las que el Derecho personifica.

El hombre es la única realidad primaria para el Derecho. Las agrupaciones que el Derecho personifica tienen sólo un valor instrumental.

Estudia la capacidad jurídica y de obrar y mantiene una posición ecléctica al estudiar el estado civil. Existe un estado civil cuando una determinada cualidad de la persona es tomada por el Ordenamiento jurídico como factor determinante de la posición y del trato jurídico de esta persona dentro de la comunidad, y por ello como determinante de su capacidad de obrar y del ámbito de poder y de responsabilidad que se le otorga.

Estudia los títulos de atribución y de legitimación del estado civil, de acuerdo con la doctrina más moderna en esta materia, así como el contenido, las facultades y las acciones de estado y el Registro del Estado civil.

Examina el nacimiento, y la muerte de la persona, la edad, el sexo y el matrimonio, la incapacitación, la nacionalidad y la regionalidad, y la sede jurídica de la persona.

Al estudiar, de acuerdo con DE CASTRO, la extensión de la noción de la persona jurídica a las sociedades mercantiles—lo que según DE CASTRO produce una deformación del concepto de persona jurídica—no resalta la trascendental importancia de la Ley de 11-19 de octubre de 1869, que suprime la autorización oficial antes necesaria para crear una Sociedad Anónima. Si en el antiguo Derecho se configuraba como una situación privilegiada la conferida por la autorización real a los fundadores de una sociedad anónima, autorización que personificaba el patrimonio de la Sociedad, y que la dotaba de un estatuto semipúblico, era lógico que a la luz de la constitución de 6 de junio de 1869, eminentemente democrática, «con sus postulados de la soberanía parlamentaria, sufragio universal, libertad de cultos y todas las otras libertades» (ANTONIO RAMOS OLIVEIRA, *Historia de España*, tomo II, página 278), tal autorización fuera un resabio del antiguo régimen, que la «Gloriosa» había abolido para siempre. Lo lamentable es que tal principio, acogido por el Código de Comercio, no fuera desenvuelto por medio de la oportuna regulación de la Sociedad Anónima, regulación

sólo en parte e insuficientemente lograda en la Ley de 17 de julio de 1951.

La adecuada regulación de la institución hubiera evitado las desviaciones y perversiones de la noción de la persona jurídica que agudamente apunta DE CASTRO, y que no son imputables a tal liberalización fundacional de la Sociedad Anónima.

Rechaza la equiparación entre persona individual y persona jurídica. La personalidad de la persona jurídica no es aquí una exigencia, sino una conveniencia: no hay reconocimiento por el Derecho de un *prius*, sino atribución por el ordenamiento de un *posterius*. El ordenamiento puede hacer depender la atribución de la personalidad de determinados presupuestos o requisitos. No hay en la persona jurídica un valor institucional, sino sólo un valor técnico.

Sin embargo, esta noción nos parece un tanto positivista, o al menos surte de armas al positivismo jurídico. La persona jurídica tiene un significado institucional en cuanto derivación del conjunto de fines lícitos que las personas individuales persiguen al asociarse o que actúan como idea trascendente y superior a los miembros de cualquier colectividad. Si el Ordenamiento jurídico niega totalmente el derecho de libre asociación o libre fundación, o niega absolutamente la adecuada tutela jurídica que deriva del hecho de la personificación, u obstaculiza la creación de asociaciones o fundaciones fuera de su seno, es obvio que los derechos humanos están siendo conculcados. Cierto que el ropaje técnico de la persona jurídica no es indispensable para el ejercicio del derecho de libre asociación—derecho humano trascendental—. Pero si muy conveniente, de suerte que si no tiene significado institucional la persona jurídica—lo que choca abiertamente con la teoría de la institución—, tales derechos humanos están en peligro, a merced del Minotauro del Estado moderno.

En el capítulo XII estudia por extenso la autonomía privada. Esta noción se nos ofrece en primer lugar como una forma de poder jurídico, y entraña el reconocimiento de un ámbito de actuación. Pero no es bastante este reconocimiento: existe autonomía no sólo cuando el hombre es libre, sino además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica.

El sujeto del poder de la autonomía no es la voluntad, sino el individuo, la persona como realidad unitaria. La autonomía no se ejerce queriendo sino estableciendo, disponiendo, gobernando. La autonomía es un poder de ordenación de la esfera privada del individuo.

Tiene la autonomía un doble sentido: a) la autonomía es un poder de constitución de relaciones jurídicas; b) la autonomía es además un poder de reglamentación del contenido de las relaciones jurídicas.

El primero de estos sentidos lo reconoce el artículo 1.089 del Código civil: las obligaciones nacen de los contratos, por regla general, porque las obligaciones legales no se presumen.

La función reglamentadora de la autonomía privada la reflejan los artículos 1.091 y 1.255 del Código civil.

El principio de la autonomía privada es un principio general del Derecho, de Derecho natural y tradicional, y también político, aunque no necesariamente del orden jurídico político liberal. El orden jurídico liberal acogió el principio tradicional, ya existente, y le dotó de un gran prestigio y altura; por decirlo así, lo liberalizó. Pero no lo creó: existía ya en nuestro Derecho tradicional.

De ser un principio general del Derecho deriva el carácter de fuente del Derecho en defecto de ley y costumbre (artículo 6.º del Código civil) y de criterio inspirador de la labor interpretativa.

Estudia los límites del principio de la autonomía privada, desta-

cando su doctrina acerca de la noción de orden público. Define el derecho subjetivo como un poder jurídico institucionalizado y tipificado por el Ordenamiento jurídico, que recibe un tratamiento unitario e independiente, y cuyo ejercicio y defensa se entregan al arbitrio de la persona. Lo caracteriza como un poder jurídico, institucionalizado y tipificado, e independiente de la relación jurídica básica que liga a su titular con otra persona. Especial mención merece su doctrina acerca de los llamados derechos potestativos.

Rechaza las tesis adversas a la aplicación del concepto del derecho subjetivo en el Derecho de Familia, Derecho de Obligaciones o Derechos Reales.

Es interesante su aportación a la teoría del ejercicio del Derecho subjetivo, y recoge la doctrina—común después de *Ladaria Caldentey*—sobre la legitimación: directa, indirecta y extraordinaria.

En el capítulo dedicado a los límites del derecho subjetivo, es destacable su doctrina acerca de la limitación del ejercicio de un derecho subjetivo por su colisión con otro, así como la buena fe y el abuso del derecho como límites a tal ejercicio.

La noción de buena fe—cuyos diversos significados en nuestros textos legales clasifica con agudeza—es considerada como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito, crea especiales deberes de conducta de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica, y es causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo: este último importantísimo aspecto se hace patente en la *exceptio doli*, que propiamente no subsiste en un ordenamiento no formalista y de *ius aequum* como el nuestro, pero cuya esencia se ha recogido para dotar de defensas *per exceptionem* frente al ejercicio de un derecho de mala fe. También en la doctrina que prohíbe: *venire contra factum proprium*, el retraso desleal en el ejercicio del derecho subjetivo y el abuso de la nulidad por defectos formales; o que permite un cumplimiento parcial de una obligación cuando la parte pendiente de cumplimiento es insignificante.

En la teoría de la prescripción, destaca su interesante aportación a la autonomía privada en sus relaciones con el fenómeno prescriptivo, así como la caducidad y sus diferencias con la prescripción.

En el capítulo destinado a los bienes de la personalidad, estudia la noción de esfera jurídica de la persona, que conceptúa acertadamente como una noción técnica y no institucional, carente de substancialidad, pero de gran valor instrumental, que permite deslindar lo «propio» de lo «ajeno», la idea de patrimonio, la representación, etc.

Distingue entre esfera personal y patrimonial y se plantea la aguda problemática de los llamados derechos de la personalidad, estudiando como noción básica el deber general de respeto a la persona, que permite dotar de protección a la misma en aquellos casos en que no existe un verdadero derecho subjetivo que la ampare.

Distingue la esfera corporal de la espiritual de la persona y consiguientemente, el poder de la persona sobre su cuerpo, la posibilidad de disponer del mismo, el derecho de la persona sobre las partes separadas del cuerpo, o sobre las piezas ortopédicas complemento del mismo, y el régimen jurídico del cadáver.

El riesgo de la vida, la integridad física y la salubridad, la libertad de movimientos..., son tratados adecuadamente.

Bajo la rúbrica la esfera espiritual de la persona estudia el nombre y el derecho al nombre, el derecho al honor y a la fama pública y privada, el derecho a la intimidad de la persona, al secreto de la correspondencia, el derecho sobre la propia imagen y la propiedad intelectual.

En su capítulo XXI estudia el concepto y significado de la noción de patrimonio y admite la noción del profesor De Castro como «la situación unitaria en que se encuentra un conjunto de relaciones de carácter económico al asignarles el Derecho una determinada titularidad que constituye por una parte un ámbito de poder sobre esas relaciones y por otra parte un ámbito de responsabilidad sobre las mismas».

Son caracteres del patrimonio la legalidad, la unidad, la existencia definida, la intrasmisibilidad, la misión de servicio y la autonomía, todo lo cual estudia con detalle.

Distingue entre las diversas clases de patrimonio el personal, el separado, el colectivo, caracterizado por una titularidad colectiva, los patrimonios en situación interina, y los patrimonios en ejecución.

En suma: una obra magnífica, muy pedagógica y sistemática, profunda y al mismo tiempo sencilla, que se adapta al Plan de estudios de la Facultad de Derecho de Valencia. Los estudiantes y los profesionales del Derecho recibirán información de primera mano sobre la antigua Parte General del Derecho Civil y sobre el Derecho de la Persona.

E. FOSAR BENLLOCH

Notario de Huelva

ESPÍN, DIEGO: *Manual de Derecho civil español*, vol. II (Derechos Reales. Puede verse la Recensión del volumen I. Parte general, en el número 477, marzo-abril, 1970, de esta REVISTA).

Como en la Introducción o Parte General, antes examinada, en la que dedica al Derecho de cosas, divide el Profesor ESPÍN sus estudios en sistematizadas Secciones que van—o empiezan—desde los Derechos Reales en general a los Derechos de Adquisición preferente en que terminan.

No vamos a exponer lo que es el Derecho real y sus características, finamente perfiladas por el autor, que tras fijar la concepción clásica, desenvuelve en apretados conceptos las teorías que se han opuesto a la misma, como la *personalista*, tan graduada de matices; la de los *derechos absolutos o relativos* (tan semejante a la clásica, aunque dándole una explicación distinta según el número de sujetos y objeto); la de los derechos *fuertes y débiles* (de DEMOGUE) y la denominada *eclectica* que ha tenido eco en nuestra patria en los maestros DE DRAGO y CASTÁN y es aceptada por el Profesor ESPÍN, escribiendo «que si las relaciones jurídicas no existen más que entre personas, ello no quiere decir que su objeto haya de ser precisamente los actos de las personas. La relación de propiedad se da entre el propietario y las demás personas, porque si no existiesen éstas, ya no cabría hablar de un derecho de propiedad privada; pero el objeto de dicho derecho no es otro que la cosa, con la cual tiene el propietario un poder directo e inmediato, por consecuencia del cual los demás están obligados a respetar su derecho».

Esto escrito, refuta las teorías expuestas diciendo con SOHM, que puede definirse el Derecho real como «el Derecho privado que atribuye un poder de inmediata dominación sobre una cosa, frente a cualquiera».

Luego expone brevemente esas (a su parecer) figuras intermedias

entre el Derecho real y el de obligación, como son el *jus ad rem* y la obligación real o *propter-rem*, en que al Derecho real—dice—le acompaña una obligación de hacer. Quizá aquí—para nosotros—ha esquematizado un tanto nuestro autor, ya que como expusimos en otro lugar —página 919 y siguientes, año 1967, de esta REVISTA—, conforme a la nueva concepción del Derecho real de GIORGIANNI, en brillante traslación de Díez-Picazo, estas llamadas figuras intermedias están cobrando actualidad (Véase artículos 5-3.º *in fine*, Ley Propiedad Horizontal, por ejemplo).

Con gran claridad y sencillez expone su clasificación aceptando la más en boga de a) Derecho real de goce y disposición: propiedad; b) de goce: Usufructo, Uso, Habitación; c) garantía: prenda, hipoteca, anticresis, d) de adquisición: retracto, opción, tanteo.

En cuanto a su número, parece, con nuestra Dirección, inclinarse por el *numerus clausus* de los mismos.

Pasa revista después a los que considera típicos, sobre la mayoría de los cuales, en verdad, puede cuestionarse: así la anticresis, la opción, el tanteo y aún el mismo retracto; negando tenga tal carácter el de retención. Y en cuanto a los Arrendamientos, sus Leyes especiales han desbordado la cuestión, pues sobrepasan todo tecnicismo que en su redor quisiera establecerse

* * *

Nada menos que 50 páginas de apretada lectura de su Manual dedica el Profesor ESPÍN al estudio de la Posesión. Con gran aportación bibliográfica expone su Concepto y ámbito, lo que fue en Roma, hasta desembocar en la actualidad en que autores muy caracterizados: CASTÁN, GARCÍA VALDECASAS y ALBALADEJO, le reconocen en nuestro Derecho positivo al propio tiempo de *hecho* su consistencia de *Derecho*. Para ESPÍN, la cuestión de la transmisibilidad de la posesión es una consecuencia lógica de la posición adoptada sobre su naturaleza de *hecho* o de *Derecho*. Por esto hemos de mantener—continúa—el carácter de *Derecho*, ya que admitimos que en el artículo 440 de nuestro Código civil se opera una sucesión en la posición del causante en favor del heredero, aunque ésta sucesión en nuestro Derecho positivo *no implique necesariamente una tesis de carácter general*.

Examina la Clasificación de la Posesión y Grados de la misma, así como sus efectos, adquisición y pérdida, concluyendo con los medios para su protección, materia toda que por lo conocida y polémica es un mérito del autor la síntesis y examen que de la misma hace no sólo a efectos académicos, sino prácticos.

* * *

Al referirse al Derecho real pleno o sea la Propiedad, alude ESPÍN a la manera tradicional de definirlo según sus facultades, de la que son un exponente los Códigos latinos, hasta incluso el moderno italiano de 1942, si bien en relación con esas facultades del propietario prohíbe expresamente éste los actos de *emulación*, considerando como tales los que no tengan otro fin que el de perjudicar u ocasionar molestias a otro (art. 833), frente a la doctrina, más hoy en boga, que observa que las facultades que integran el dominio pueden faltar sin que por eso deje de subsistir aquel, o sea, que se ve en el dominio un poder unitario, distinto de dichas facultades, tendencia de la que son expresión los Códigos alemán y suizo.

Pero es de observar, tanto partiendo de uno como de otro concepto, que la dimensión del derecho de propiedad trasciende de los Códigos civiles y encuentra actualmente su formulación básica en las normas constitucionales, como puede observarse, según indica Espín, en la vigente Constitución italiana, con lo que las definiciones que desde el Derecho romano se han venido haciendo del Dominio han quedado superadas (o superadas).

En cuanto el objeto del Dominio que de antiguo recayó en las Cosas corporales, con la introducción de las propiedades intelectual e industrial, parece alterarse, aunque en rigor técnico, apunta nuestro autor, tales propiedades no son objeto del Derecho de propiedad, sino del llamado Derecho sobre bienes inmateriales.

En relación con lo arriba expuesto, cabe preguntarse cual es el contenido del Dominio, que para Espín, en contra del criterio tradicional, no puede hallarse de modo positivo por las facultades que comprende, sino por la consideración negativa de que el propietario puede hacer todo aquello que de manera especial no le está prohibido.

Esta forma de delimitar el contenido de la propiedad nos muestra además la diferencia que existe entre el dominio y los *iura in re aliena*: mientras el contenido de éstos se agota en ciertas facultades, susceptibles de enumeración taxativa, el del dominio, en cambio, no se delimita más que de forma negativa, porque otorga un poder que es potencialmente ilimitado.

Sin embargo, aunque el contenido negativo nos da medida del contenido positivo del Dominio, como nuestro Código reglamenta alguna de las facultades del mismo, antes de entrar en las Limitaciones, estudia nuestro Profesor una facultad tan característica de la Propiedad, como es la Accesión, que para muchos autores es, según sabemos, mejor *un modo de adquirir el Dominio*, si bien caben matizaciones, que es considerar la accesión *discreta* como facultad dominical y la *continua* como modo de adquirir, criterio que sigue Espín, haciendo en este lugar un excelente estudio sobre la doctrina de los frutos (accesión discreta), dejando para más adelante el examen sobre la *continua*.

En cuanto a las Limitaciones del Dominio el Código no formula una doctrina sistemática; por el contrario—escribe Espín—, dichos límites se hallan contenidos en disposiciones dispersas y a veces ni siquiera se las considera como limitaciones del dominio como acontece con las servidumbres legales. Por lo mismo fuera del Código, Leyes recientes han establecido nuevas limitaciones al Derecho de propiedad, en interés de la agricultura, el urbanismo, etc., por lo que se hace en extremo difícil un estudio exhaustivo del tema. Pese a ello, nuestro autor, y—repetimos—ante la deficiente técnica del Código, hace una encomiable exposición de los límites genéricos de la propiedad: abuso del Derecho y específico de la propiedad inmueble que subdivide, a) a su extensión en sentido vertical; b) a su intensidad en sentido horizontal; c) a la indisponibilidad relativa de los predios rústicos; d) igualmente a lo referente al suelo urbano, y e) a la facultad de disponer otorgando derechos de preferente adquisición a un tercero. Y esto, a más, contando con las diversas restricciones que pesan sobre los fundos por interés público. Ni aún en la más apretada de las síntesis podríamos exponer cuanto respecto a cada apartado escribe el autor, excepto por lo que atañe al Urbanismo y derechos de preferente adquisición que—siguiendo al mismo—dejamos para más adelante.

Al tratar de la Adquisición—a través de *hechos jurídicos*—y tras un general análisis del artículo 609 de nuestro Código, pasa Espín a estudiar por separado cada supuesto que el mismo comprende, y comenzando por la ocupación en ésta destaca, siguiendo a GARCÍA CANTERO, la

trascendencia que la Ley de 15 de abril de 1964, del Patrimonio del Estado, ha tenido sobre el discutido problema de los inmuebles vacantes, particularmente en lo referente a la Ley de Mostrencos, o sea, a la subsistencia de la misma después de la promulgación del Código civil. Para GARCÍA CANTERO el único fundamento de la adquisición de los inmuebles vacantes por el Estado es ésta Ley (la de 1964, citada). En ella —dice dicho autor—se estructura un derecho de apropiación semejante a los de formación jurídica o potestativos de naturaleza analoga a los de adquisición (tanteo, retracto, opción) de carácter real, que recae sobre inmuebles, irrenunciable y probablemente imprescriptible».

A continuación expone el Profesor Espín cada uno de los casos de ocupación de muebles, semovientes e inmuebles o invención, aunque en el Derecho español resulta difícil sustentar el criterio de la invención ante la inclusión legal del tesoro entre las cosas objeto de ocupación (artículos 610 y 614).

Al referirse a la Tradición consigue Espín una de las síntesis más brillantes—por lo clara y exhaustiva—que hemos leído de la materia. Cúmplenos hacer remisión a ella a quien nos siga (págs. 114 a 133).

Tras la clasificación primaria por la eficacia de la voluntad del transmitente y la conexión entre la causa que origina la transmisión y la transmisión misma llega el autor a establecer cuatro sistemas: 1.º Transmisión de la propiedad por el mero consentimiento, pero dependiendo la transmisión del negocio causal. 2.º Transmisión de la propiedad por el mero consentimiento, con independencia del negocio causal. 3.º Transmisión de la propiedad por la voluntad del transmitente, seguida de un modo de publicidad de la misma y dependiendo la transmisión del negocio causal, y 4.º Transmisión de la propiedad por la voluntad del transmitente, seguida de un signo externo de la misma, con independencia del negocio causal.

Son los sistemas que informan las legislaciones históricas y actuales, a los que el Derecho moderno, con la creación de un medio de publicidad, cual el Registro de la Propiedad, ha dotado para los inmuebles de—podríamos decir—otro sistema más perfecto que sustituye a aquella (en el decir de muchos, cuyas afirmaciones no compartimos plenamente).

Más como sabemos, la polémica, se centró de antiguo especialmente en si la transmisión del dominio depende o no de un negocio causal. ¿Basta el consentimiento o se requiere la tradición: entrega? Y aquel, el consentimiento, ¿puede ser abstracto como negocio o sea desligado de causa? Luego el debate se polariza más ardorosamente sobre la *justa causa*. La Tradición, respecto de ésta no representaría más que el cumplimiento.

Sobre estos dos elementos: la *iusta causa traditionis* y la *traditio*, se edificaría más tarde, en la Edad Media, la famosa teoría del Título y el Modo, que vino a aumentar la complejidad de la transmisión del dominio.

Si a ello añadimos (aparte la correlatividad de la *justa causa* en la tradición y prescripción), las categorías aristotélicas de *posibilidad* y *efectividad*, *causa remota* y *causa próxima*, la teoría fue ampliándose hasta producir una verdadera hipertrofia (ver D. JERÓNIMO GONZÁLEZ).

Y empiezan las derivaciones. Código francés: transmisión «solo consensu». Código alemán: transmisión con independencia del negocio causal. Savigny, con su famoso ejemplo de la moneda en mano de un mendigo, en que se ve claramente que hay transmisión sin obligación anterior. De ahí su explicación de la *justa causa* en que nos presenta dos series de casos en que la tradición cumple un fin diferente, en que se quiere (venta) o no (depósito) transferir la propiedad.

Esta crítica puso de manifiesto cómo la propiedad se transmite en Roma con independencia del negocio causal.

En nuestro Código (arts. 609, 1.095) impera, sin embargo, la vieja teoría del Título y Modo... con el ligero retoque, para terceros, del Registro de la Propiedad respecto a Inmuebles.

Con ella se conecta la no ya pacífica, sino hasta exaltada—para nosotros casi o un tanto académica—discusión sobre si la tradición suple o no a la inscripción, si aquella es o no requisito de ésta (posiciones encontradas de Roca y HERMIDA), prevalencia en la materia del Código a la Ley Hipotecaria (con olvido, que ha destacado HERMIDA, del artículo 608 de aquel) y derivación hacia las adquisiciones a *non domino* por la protección a la apariencia, que si en los Muebles no ofrece dudas (ver art. 464) en los Inmuebles se polariza en las diversas posiciones de la doctrina, como la de NÚÑEZ LAGOS, para el que el protegido por la fe pública (art. 34 L. H.) aun no siendo verdadero dueño su adquisición es irrevindicable, o la de Roca para el que se trata de una adquisición *ex lege* y la intermedia de LACRUZ, al decir que el tercero está suplido en estos supuestos por la protección legal que se dispensa a la buena fe.

Examina a continuación ESPÍN la Accesión Continua, la que—como dijimos atrás—conceptúa como modo de adquirir, analizando los tres casos tradicionales de accesión de Inmueble e Inmueble, de Mueble a Inmueble y de Muebles entre sí, pasando a ocuparse con toda minuciosidad seguidamente del Instituto de la Prescripción adquisitiva o Usucapción con una sencillez y claridad que hacen del capítulo un modelo tanto para el iniciado como el que empieza a estudiar la materia. Podríamos decir que no se le escapa matiz, poniendo su nota personal en lo ya elaborado por la doctrina, como, por ejemplo (uno de tantos) sobre la Prescripción de los Derechos de Tanteo y Retracto, en donde, como afirma con acierto ESPÍN difícilmente se puede imaginar una hipótesis en que se gane por usucapción el retracto sin que al propio tiempo se haya ganado el dominio; en lo referente a los vicios de precariedad sobre si se hallan o no los de pura *tolerancia y simple tolerancia*, que nuestro Código recoge (negativamente) en los artículos 444 y 1.949; ámbito y cambio de *precariedad*, tan estupendamente tratados por VALLET, cuyos requisitos para que surta efectos, condensados por éste, recoge ESPÍN; la indecisión de nuestro Código en la adquisición de Servidumbres, que, por lo que se refiere a la de paso, la jurisprudencia francesa, con criterio progresivo, ha sancionado que ya que no por usucapción pueda adquirirse la Servidumbre de una faja de terreno, si la propiedad del camino utilizada como servidumbre; el momento en el que se considera adquirido el derecho, o sea, la retroactividad o no de la usucapción, de tanta trascendencia, como botón de muestra, en la Sociedad de gananciales, cuando uno de los cónyuges empezó a usucapir antes del matrimonio, lo referente a los gravámenes de la cosa usucapida, que podrán hacerse efectivos por el titular o titulares en la prescripción *ordinaria*, según ESPÍN, si constaren en el título; si la renuncia a la prescripción ganada es o no un caso de enajenación, etc., etc., pues podríamos aflorar tantas y tantos problemas que excederían los límites de este trabajo.

No descuida el autor, al contrario, se enfrenta al mismo con valentía y detalles, el crucial de la Usucapción y el Registro de la Propiedad que tanta literatura ha producido. Como escribe con acierto la idea fundamental de la *usucapio contra tabulas* (esquematzamos el problema tan conocido por los lectores de esta REVISTA) está desarrollado a través de preceptos no *muy afortunados*, escribe textualmente, contenidos en los artículos 36 y 41—añadimos nosotros—por los que, especialmente la

causa 2.^a del 41—se le escapó todo el gas a la reforma—de 1944-1946—en gráfica expresión de NÚÑEZ LAGOS.

Y como cuanto pudiéramos decir sobre todo esto lo tenemos expuesto en las Notas que pusimos a la Conferencia sobre el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, de nuestro inolvidable amigo y compañero, José Azplazu, a ellas remitimos al que nos sigue, que figuran en esta Revista en las páginas 555 y siguientes, año 1951.

Termina este primer capítulo de la Propiedad el Autor con el estudio de su Pérdida y Protección, plenos de interés para el estudioso, pero que en una recensión no del todo exhaustiva como la presente sólo nos toca poner de manifiesto.

* * *

Como en páginas anteriores hemos indicado el interés público, el fin social, por así decirlo, que ha de cumplir la Propiedad es la preocupación cardinal del legislador moderno, y prueba de ello es la influencia que el Derecho público tiene hoy en la propiedad inmueble que constriñen o desfiguran a ésta, tal como primitivamente se concibió, por las diversas Leyes que tanto para la Propiedad Rústica como para la Urbana se han venido y vienen, en fluir constante, promulgando.

De ello se ocupa cumplidamente Espín en capítulo especial de su Derecho de Cosas, en no ya una ligera exposición, sino en casi total análisis referente a esa legislación pública a que aludimos que atañe a una y otra Propiedad, la Rústica y la Urbana.

Por lo que respecta a la primera, explana cuanto se ha promulgado con la creación del Instituto Nacional de Colonización y Servicio de Concentración Parcelaria, en relación, para el primero, de colonización, adquisición y adjudicación de tierras, fomento de la acción colonizadora y cultivo forzoso de fincas mejorables, así como por lo que afecta al otro Organismo, el de Concentración Parcelaria, dependiente del Ministerio de Agricultura directamente (no del Instituto), que encamina su actividad a evitar el excesivo fraccionamiento de la tierra, para su mejor explotación, tanto por su articulado como el reflejado en el especial dedicado a las Unidades mínimas de cultivo o explotaciones familiares indivisibles y permuta forzosa de parcelas enclavadas.

De manera semejante, la Propiedad Urbana está sujeta a fuertes limitaciones para favorecer e impulsar la edificación en los núcleos urbanos ante la escasez de viviendas existente en nuestra Patria (como en otros países) y que, prescindiendo de otras anteriores para la solución del problema, como la Ley de Solares, por ejemplo, de 1945, la actual (que tanto se clama por su revisión) de 12 de mayo de 1956, denominada ordinariamente del Suelo, ha tratado de resolver la cuestión. De la misma hace un excelente análisis el autor.

* * *

Dedica Espín un especial capítulo a la Copropiedad, empezando por el Título que bajo la rúbrica de Comunidad de Bienes aparece en nuestro Código civil.

Sobradamente conocido es el criterio de aquél en la regulación del Instituto, o sea el de tipo romano, si bien no dejan de reflejarse (o así se ha querido ver) ideas germánicas en el mismo sobre la propiedad en mano común al tratar la Sociedad de Gananciales (lo que ha sido

inspirado quizá por las diversas R. R. de nuestro Ilustre Centro Directivo).

Pero dentro del tipo romano de Comunidad que regula el Código, es interesante destacar—como hace ESPIN—los matices o teorías que tratan de explicar su naturaleza jurídica.

Así, la que podríamos decir tradicional de la *División de la Cosa*, en la que el condómino tiene la plena propiedad de su cuota, es decir ésta equivale a una parte ideal, puesto que la Cosa no se considera dividida físicamente. Una variante—en el fondo igual—de la misma, es la de la *División del Derecho*, pues la Cosa es objeto de un derecho único de propiedad, dividido por cuotas ideales entre los condóminos. Aquí el condómino tiene un derecho sobre la totalidad de la Cosa, pero las facultades que derivan del dominio le corresponden *pro parte*.

Otro grupo de teorías parten de la indivisibilidad del derecho de propiedad y de la Cosa que forma su objeto. Aquí cada condueño tiene no una fracción ideal o real del derecho, sino un derecho pleno, cualitativamente igual al dominio solitario, pero cuantitativamente diverso por la recíproca limitación del Derecho de los demás.

No es puramente académico lo expuesto, ya que analizadas debidamente su repercusión puede ser grande en la enajenación o hipoteca de la cuota del comunero (cfr. artículo 399, último apartado), objeto hace años de viva polémica por nuestros llorados compañeros SALAS y BLÁZQUEZ (avalado el primero por ROCA SASTRE, y con gran fundamento el segundo en la Sentencia de 18 de abril de 1930).

Volviendo a nuestro autor, hemos de alabarle la sencilla y metódica exposición que hace del articulado de nuestro Código en cuanto a las facultades de goce, administración, disposición, con el entrecruce tan polémico entre ambas de la *alteración* de la Cosa común, y de la Extinción y División de ésta, sin olvidar la *transformación* (¿suerte de extinción de Comunidad?) en régimen de propiedad horizontal para las fincas urbanas, la cual, es decir, la Propiedad Horizontal, le merece a ESPIN un largo apartado, en donde resalta su naturaleza jurídica, antecedentes legales y exposición de la Ley actual de 21 de julio de 1960, de tan enorme repercusión en nuestra patria.

* * *

Seguidamente, con su buen hacer característico, hace el profesor ESPIN una exposición detallada de la historia, concepto y legislación de las llamadas Propiedades Especiales, cual las de Aguas, Minas, Intelectual e Industrial, en que razones de espacio nos impiden detenernos como quisiéramos. Sólo con decir que en la exposición del texto hemos encontrado la solución para cuantos casos prácticos se nos han presentado profesionalmente está hecha la crítica que nos merece.

* * *

Al enfrentarse ESPIN con los Derechos de goce, empieza naturalmente con el Usufructo y Cuasi usufructo, y tras analizar respecto del primero los tres preceptos en que se alude a la obligación de conservar la forma y sustancia (artículos 467, 487 y 489), hace una clarísima síntesis de esa anómala figura del Cuasiusufructo (art. 482) y siguiendo a JORDANO entiende debe arrumbarse la teoría tradicional que veía en el mismo una transmisión de la propiedad, por ser perfectamente compatible el Derecho del cuasi-usufructuario con el dominio del nudo propietario, pues lo incompatible sería el ejercicio del

primero (o sea el *us in re aliena* de goce) con la subsistencia de la propiedad (en tanto ésta no se consuma). Ello está, además, de acuerdo con la moderna concepción de la propiedad—atrás expuesta—de no ser la misma una suma de facultades.

Tras el examen de esa figura de usufructo compleja, que, en expresión de ROCA SASTRE, es el usufructo con facultad de disposición, hace un estudio preciso y con la extensión que un Manual requiere de la Constitución, contenido y extinción del Instituto, Usufructos especiales y derechos de Uso y Habitación, pasando en otro capítulo a ocuparse de la Servidumbre, matizando sus diferencias con el Usufructo, deteniéndose en el análisis del artículo 531, por lo que respecta a la duración, según a favor de quien se establece; límite del artículo 515, criterio de OSSORIO MORALES al respecto, S. de 5-XII-1930, etc., lo cual, como los caracteres de la Servidumbre, admisibilidad en nuestro Código de las *in faciendo* (artículo 533), clasificación, constitución, problema de derecho transitorio sobre la prescripción inmemorial de las Servidumbres discontinuas, constitución de las de signo aparente, exposición de las forzosas o legales, contenido de las voluntarias, extinción y modos de protección, así como, según alusión hecha anteriormente al artículo 531, en donde se estereotipan esos derechos que constituyen las Servidumbres personales *stricto sensu...*, nos permite invitar al lector a que consulte esta obra, en donde cada capítulo merece una especial recensión por las sugerencias que su lectura comporta.

Por ello, en el que se ocupa de las censos: Enfiteútico, Reservativo y Consignativo, Foro y Subforo, en el que hay una sección, la 6ª, referente a la *superficie*, dada su actualidad, vamos a centrar únicamente en ella nuestra atención.

Después de definirla «como el derecho a edificar o plantar por una persona, sobre suelo ajeno, pudiendo disfrutar de lo edificado o plantado *por cierto tiempo* mediante un canon periódico (*solárium*)», hace una breve exposición histórica ESPÍN de la misma y de su naturaleza jurídica a través del derecho extranjero y patrio, llegando a la denominada Ley del Suelo y la reforma del Reglamento Hipotecario, en 1959, acomodándola a ésta.

En este querer *acomodar* una y otra disposición—administrativa y de rango legal, *pero limitado*, como veremos, la primera, de derecho común y de rango inferior, como reglamentaria, la segunda—es donde acaso, a nuestro modesto juicio, las apreciaciones sobre tan singular derecho, pueden conducir a dudas al lector de este Manual que comentamos.

Para nuestro aserto nos basta con transcribir el magnífico Auto dictado en 3 de marzo de 1967 por el Excmo. Sr. D. Carlos OBIOLS TABERNER, insigne jurista, Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona, a propósito de Recurso interpuesto contra denegación del Registrador de la Propiedad número 5 de Barcelona (querido y competente compañero nuestro) por la Entidad Médico Benéfica de aquella ciudad. Fundación Puigvert, cuya sola y atenta lectura contiene —a nuestra sincera admiración y juicio—cuanto pueda decirse sobre tan actual figura jurídica, contemplada desde los tres ángulos: civil común, administrativo e hipotecariamente.

«AUTO.—Barcelona a 3 de marzo de 1967.

Resultando: ...

Considerando: Que los remotos y oscuros orígenes del derecho de superficie en los albores de aquella jurisprudencia romana que hacía

ciencia para la práctica; su dilatado proceso evolutivo en la esfera del famoso *ius commune* europeo, romano-canónico, integrado por una escolástica sutil en un sistema positivo coherente; su regulación en el momento histórico de plasmar el derecho de los pueblos en códigos, exponentes de un general anhelo de simplicidad y claridad, y el pujante resurgir que ha experimentado en modernos y progresivos ordenamientos, como instrumento de política social, sobre todo en el sentido de favorecer la creación de construcciones industriales y comerciales e impulsar la edificación de viviendas de tipo económico popular, han deparado una pluralidad de hipótesis, de innegable enjundia e interés, enderezadas a concretar su verdadera naturaleza jurídica, contenido y alcance, para dar cauce idóneo y solución diáfana y precisas a no pocos ni fáciles problemas de diverso carácter, provocados por las nuevas concepciones y posibilidades de esa típica institución, que tras largo periodo de penumbra o de menguado relieve atrae ahora la atención de los tratadistas y de las realizaciones legislativas;

Considerando: Que el derecho de superficie aparece configurado en nuestro Derecho positivo como uno de los derechos reales del grupo de los de naturaleza perpetua e inmobiliaria, como acaecía normalmente en la compilación justiniana, aunque podía limitarse a cierto tiempo, mientras no fuese *tempus modicum*, porque prescindiendo de más lejanos precedentes, el número 5.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria de 1861, lo admite como uno de los bienes susceptibles de hipotecarse con restricciones, y el artículo 27 del Reglamento Hipotecario de 1863, seguido por el de 1870, dispuso que en toda inscripción relativa a fincas en que el suelo perteneciera a una persona y el edificio o plantación a otra, se expresara con claridad esta circunstancia, siendo por otra parte abundantes y expresivas las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado demostrativas de la realidad vivida de esta institución; y en el Código Civil, si bien carece de disciplina autónoma, la doctrina más autorizada y tradicionalmente seguida, el sistema de *numerus apertus* de derechos reales y el principio de autonomía de la voluntad sancionado en el artículo 1.255, son favorables a acogerlo, por efecto de la decisión de los interesados, con base en la mención expresa contenida en el artículo 1.611, párrafo último, y en la referencia indirecta del artículo 1.655; a la vez que se admite explícitamente, entre otras sentencias, en la de 3 de julio de 1941, con apoyo en el precitado artículo 1.611 y sometimiento del gravamen a las disposiciones del censo enfiteutico, si se ha constituido por tiempo indefinido y a las del arrendamiento de cosas si es por tiempo limitado, sin que por otro lado deba darse alcance absoluto a esta asimilación, y, finalmente, alude al derecho de superficie el número 7 del artículo 107 de la vigente Ley Hipotecaria, por lo que, es corriente y correcto concluir que en todo lo que no haya sido válidamente estipulado habrá de regirse por los peculiares principios y preceptos de dichas instituciones;

Considerando: Que una Ley típicamente administrativa, con matices singulares, como la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de fecha 12 de mayo de 1956, comúnmente conocida por Ley del Suelo, en sus artículos 157 a 161, ha regulado la institución superficial conforme a ciertas exigencias actuales, y ha sido directo precedente del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, según la reforma introducida por Decreto de 17 de mayo de 1959, estableciendo el precitado artículo 157, que el Estado, las Entidades locales y demás personas públicas, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la cons-

trucción de viviendas u otros edificios determinados en los Planos de Ordenación, el dominio de los cuales corresponderá a los superficiarios, cuyo derecho, a tenor del también citado artículo 161, finalizará por el transcurso del plazo que se hubiere determinado al constituirlo, que no podrá exceder de cincuenta años en el concedido por el Estado y demás entes públicos, y, por consiguiente, el derecho de superficie concertado entre particulares, aunque comprendido en la exclusiva y precisa finalidad urbanística que la Ley del Suelo pretende, puede pactarse *sine die*, conforme al conjunto de normas del Código civil, que directa o indirectamente le son aplicables, y con posterioridad a dicha fijación de temporalidad, el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, además de elevar a constitutiva la inscripción correspondiente, establece también que el plazo de duración de aquel derecho no excederá de cincuenta años, plazo reputado ya escaso para conseguir las finalidades perseguidas e inclinar a los interesados a constituir derechos de superficie, según se advirtió en el XVIII Congreso Internacional de la Propiedad Urbana, celebrado en Sevilla en el año 1964;

Considerando: Que es indudable la dualidad de regímenes del Derecho positivo patrio en cuanto al tratamiento del derecho de superficie, de un lado, como figura general, de carácter ordinario o común, en lugares o eventos ajenos a Planes de Ordenación, e incluso donde tales Planes existan, sometido al tratamiento dimanante del conjunto de normas del Código civil que lo son atinentes, y, de otro, la modalidad superficiaria de carácter y finalidad urbanística, a los solos fines de construcción de viviendas u otras edificaciones previstas en los Planes de Ordenación Urbana, regida por la Ley del Suelo, concretándose ahora el tema a dilucidar y dirimir, si el artículo 16 del Reglamento Hipotecario de 1959, en cuya supuesta vulneración se apoya la negativa del Registro, en cuanto preceptúa que los títulos públicos para la inscripción constitutiva del derecho de superficie han de fijar un plazo de duración no superior a cincuenta años, es aplicable únicamente a las modalidades superficiarias previstas en los artículos 157 a 161 de la Ley del Suelo, como arguye el recurrente, o por el contrario absorbe también el derecho de superficie en sentido amplio y tradicional, con sede legal en el Código civil, cualquiera que sea la naturaleza de la finca y la forma de constitución, según razona el Registrador;

Considerando: Que según el título *De origine iuris* del *Digesto* (1, 2, 1), el jurisconsulto Gayo, alentado por el designio de ensalzar la utilidad de los preámbulos de las Leyes, dice que los prefacios facilitan la más clara inteligencia de la materia propuesta, y de ahí que del preámbulo del Decreto de 17 de mayo de 1959, aprobatorio de la modificación de ciertos artículos del Reglamento Hipotecario de 1947, en armonía con el repetido artículo 16, fluye el ambicioso e inequívoco designio de extenderle también al requisito de temporalidad de todo derecho de superficie urbana, inclusive los derechos de superficie válidamente convenidos entre particulares, susceptibles de ser constituidos a perpetuidad en virtud del concepto que late en el Código o en disposiciones de éste aplicable a la institución, pero es obvio que el citado Decreto, al perfilar civilmente el derecho de superficie y limitar el substantivo aspecto de su duración, franquea el ámbito propio y lógicamente ceñido de la potestad reglamentaria, de facilitar con inexcusable fidelidad el cumplimiento de la norma legal, sin poder derogarla ni modificarla, con olvido de la inderogabilidad que contempla el artículo 5.º del Código civil, al precisar que las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores; de que el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, prescribe que

«ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior»: y que el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prohíbe a los organismos jurisdiccionales aplicar los Reglamentos discordantes de las Leyes, y así lo postula también *in genere* el principio de seguridad jurídica, con su elemental exigencia de certeza y estabilidad de las normas legales, e *in specialis*, el de legalidad, estatuido en el artículo 17 de la Ley Fundamental de 17 de julio de 1945, convalidado por el artículo 3 de la Ley de 17 de mayo de 1958, en cuanto manda que todos los órganos del Estado actúen dentro de un Orden jurídico de normas preestablecidas que no puedan interpretarse ni alterarse arbitrariamente, y, finalmente, según el artículo 41 de la reciente Ley Orgánica del Estado, «La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las Leyes, ni regular, salvo autorización expresa de una Ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes»;

Considerando: Que esas básicas directrices no fueron olvidadas en los designios reformistas perseguidos por los redactores del Decreto de 17 de mayo de 1959, porque después de afirmar en el preámbulo que «el Reglamento Hipotecario ha tenido siempre junto a su contenido práctico una gran trascendencia jurídica», añade que «en su articulado cabe la reforma, más que conveniente necesaria, que no se halle en contradicción con la Ley», y con plasmación del respeto que manifiesta por textos de innegable primacía, dispone terminantemente en el artículo 2.º la derogación de «cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo ordenado por este Decreto», dejando, en consecuencia, subsistentes e intangibles las disposiciones de categoría superior, como lo son sin duda alguna las del Código civil rectoras del derecho de superficie origen del presente recurso, que tal vez podría aceptar, en calidad de supletorias, las normas contenidas en la Ley del Suelo que fuesen simplemente complementarias y no modificativas del criterio del Código;

Considerando: Que el tradicional principio de jerarquía de las normas, triunfante en la doctrina y en el Ordenamiento jurídico positivo y aplicable no sólo a las normas dimanantes de los órganos legislativos propiamente dichos, sino también a las disposiciones generales emanadas de la Administración en sus diversos grados, del que los organismos jurisdiccionales en todos sus estadios han de ser custodios de su fiel observancia, aparece recogido en la citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, al prescribir en el artículo 26, que la Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes ni regular, salvo autorización expresa de una ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes, y lo vemos desarrollado y mantenido con firmeza, entre otras Sentencias del Tribunal Supremo, en la de 11 de diciembre de 1958, en cuanto declara que el sistema jurídico español reposa sobre una ordenación jerarquizada de sus fuentes positivas de normatividad, clasificándola según su origen, naturaleza y efectos, entre los que figura el de que la vigencia de un precepto no puede cesar o modificarse sino mediante la adaptación de otra regla que por su rango pueda surtir tales efectos en razón de emanar de órgano o autoridad dotada de suficiente competencia y que en el ejercicio de una potestad normativa cumpla los requisitos prevenidos, pues en otro supuesto la disposición posterior será radicalmente nula o anulable, pero siempre inhábil para producir, en derecho, la abrogación o derogación, doctrina sustancialmente mantenida en las Sentencias del propio Alto Tribunal de 14 de enero de 1958, 8 de abril de 1960, 8 de febrero de 1964 y 24 de marzo de 1965, y en dictámenes del Consejo del Estado de 9 de abril de 1947 y 23 de junio de 1948, demostra-

tivo todo ello de un orden jerárquico de normas estatales, congruente con las orientaciones doctrinales sobre el particular y obstativo a conferir a los simples Reglamentos el descomedido poderío de modificar disposiciones investidas de la dignidad de Ley;

Considerando: Que en apoyo de la calificación recurrida se alega, según anteriormente queda indicado, que el Reglamento Hipotecario ha señalado los requisitos del derecho de superficie en general para su acceso al Registro, no circunscribiéndose tan sólo al configurado en la Ley del Suelo, pues, de haberlo querido así lo hubiera expresado de modo terminante, y a ese efecto se invoca la expresión paremiológica *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, pero aparte que este aforismo sólo es aplicable cuando la ley no distingue ni en su letra ni en su sentido y que autorizada doctrina dice de él que «es una receta peligrosa», sucede con el transcrito axioma lo mismo que con tantos otros, entre sí contradictorios, que como piezas sueltas y amovibles circulan tradicionalmente por la doctrina jurídica, que apreciados con carácter general y absoluto son susceptibles de engendrar graves equivocaciones e irremediables consecuencias, aparte que en el encabezamiento de la colección *De diversis regulis iuris antiqui*, contenidas en el *Digesto* (50, 17), previene Paulo contra una indebida importancia de los brocardos, máxime desconectados del supuesto específico o de la sentencia que los originó, y sin titubeos se sacrificaban, merced a un enfoque casuístico, cuando su empleo iba a conducir a resultados injustos;

Considerando: Que convenido por escritura pública de 19 de diciembre de 1963, entre el «Hospital de Santa Cruz y de San Pablo» y la «Fundación Puigvert», la creación de un derecho real de superficie perpetuamente por mientras subsistan las edificaciones necesarias a los fines fundacionales de carácter benéfico y docente, que ha de constituirse sobre una finca sita en esta ciudad, propiedad del mencionado Hospital, de la cual se segregó oportunamente la porción necesaria, que formaría una finca nueva e independiente, y sin que la construcción del conjunto arquitectónico fundacional esté determinado en un Plan de Ordenación Urbanístico, es obvio que de los indicados y otros antecedentes sintetizados en esta resolución, relacionados con las pertinentes normas legales, se infiere la viabilidad legal de la inscripción en el Registro de la Propiedad, infructuosamente postulado por los referidos otorgantes, con renovación consiguiente de la nota denegatoria de inscripción, de 12 de diciembre último, cimentada en una supuesta transgresión de lo preceptuado en el artículo 16, letra A del Reglamento Hipotecario, en cuanto dice que el plazo de duración del derecho de superficie no excederá de cincuenta años, precepto en absoluto irrelevante para el caso que ahora polariza la atención.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás de pertinente aplicación.

Ha lugar a estimar el recurso gubernativo interpuesto por don Antonio PUIGVERT GORRO, en nombre de la «Entidad Médico Benéfica Privada Fundación Puigvert», contra la calificación del señor Registrador de la Propiedad núm. 5 de esta ciudad, a que se contrae y consta en su nota de 12 de diciembre de 1966 por la que no se admite la inscripción de la escritura pública de 19 de diciembre de 1963 que es a la que se refiere el presente recurso; y en su virtud se acuerda y ordena que, luego quede firme este Auto, se proceda por el señor Registrador de la Propiedad núm. 5 de esta capital, a llevar a cabo dicha inscripción, anulando y dejando sin efecto la Nota recurrida, sin que en cuanto a costas proceda hacer declaración alguna. Notifíquese.

Así lo mandó y firma el Excmo. Sr. Presidente de esta Audiencia Territorial, D. Carlos OBIOLS TABERNER, de que certifico.»

Razones de salud, profesionales y hasta de índole familiar, nos privaron comentar en su debido tiempo dicho Auto (tal, repetimos, fue el impacto que en nosotros produjo).

No lo deploramos, sin embargo, porque una autorizada pluma, la de don Juan V. FUENTES LOJO, lo hizo cumplida y extensamente en la *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, julio-septiembre, de dicho año 1967. A ella, pues, remitimos a quien nos siguiere, pues nada nuevo podríamos añadir.

Por tanto, si bien acierta el ilustre Profesor ESPIN cuando dice, refiriéndose al plazo de duración del derecho de superficie, que cuando se sostiene, conforme al artículo 16, núm. 1, A) del Reglamento Hipotecario, que no podrá exceder de cincuenta años, debiendo estar subordinada esta norma al sistema general del Código civil, que no puede impedir la válida constitución del Derecho de Superficie, «aunque sea un obstáculo para la inscripción registral» estimamos que esta última afirmación de ESPIN en modo alguno debe interpretarse de tal forma, toda vez que el Reglamento Hipotecario por mucha virtualidad que quiera dársele no puede impedir la inscripción de un derecho perfectamente constituido.

Lo cual, además, el mismo Reglamento reconoce como pone de manifiesto el texto de los Considerandos del transcrito Auto.

Entendemos en suma, con FUENTES LOJO, que el Registrador de la Propiedad no debe negarse en buena técnica jurídica a efectuar la inscripción, aun pactándose en el título público de constitución un plazo mayor.

Por todo ello, rectificando aquella definición (todas peligrosas, como hicimos constar en nuestro Comentario a propósito de este Derecho de Superficie, a la Resolución de 27 de octubre de 1947, pág.—el comentario—al que remitidos a quien nos siguiere, 118 a 121, de esta *Revista*, año 1948), podíamos aceptar (por ser tan bien orientadoras, como allí hicimos constar) rectificando en parte, repetimos, la del autor del Manual, la que formula FUENTES LOJO (resumiendo un tanto la de Roca SASTRE, en su «Ensayo sobre el Derecho de Superficie», febrero 1961, en esta *Revista*), de ser el de Superficie «el derecho real de levantar y conservar indefinida o temporalmente una construcción o plantación sobre o bajo el suelo o edificación ajenas».

Sería inacabable cuanto podríamos seguir escribiendo sobre éste tan de actualidad Derecho, cuya Bibliografía ya impresionante, puede encontrarse tanto en la obra de ESPIN como en el Comentario al transcrito Auto Presidencial, de FUENTES LOJO. Todas brillantes, por lo que no queremos hacer especial mención de alguna.

Sólo nos resta dejar sentado respecto al problema de si su inscripción es o no constitutiva, que parece lo serán todas aquellas que se provoquen por consecuencia de los planos de ordenación a que se refiere la Ley del Suelo—arts. 157 a 161—pero no las que vayan o puedan ir al Registro comprendidas en el ámbito del Código civil.

* * *

En la Sección Quinta del comentado Manual, se extiende el autor con sencillez y modernidad, en la explanación de los Derechos de Garantía aludiendo, por ejemplo, a la batallona cuestión sobre «la realidad» de estos derechos, porque si bien, dicen sus impugnadores, otorgan al titular la posibilidad de instar la venta de la cosa sin la cooperación del deudor, precisa, en cambio, la del Estado y si se prescinde de la cooperación de éste, igualmente serían *reales el derecho* de todo acreedor sobre los bienes presentes y futuros de su deudor (Rocco):

olvidando, como les refuta Espín, la diferencia esencial que media entre el acreedor hipotecario o prendario y un acreedor, sin dicha garantía, pues el primero puede perseguir la cosa, cualquiera *que sea su poseedor*, para obtener el valor de su crédito, mientras que el segundo ha de atenerse a los bienes que encuentra en el patrimonio de su deudor, etcétera, etc. Toda esta Sección—que a tantas reflexiones para los lectores de esta REVISTA se presta—se halla expuesta, insistimos, en el Manual, con tal sugestión para el que más adelante quiera especializarse en su materia que la estimamos como modelica por cuanto abarca y que por la extensión que hemos dado a este trabajo nos impide abordar. Desde las diferencias y disposiciones comunes a la Prenda posesoria e Hipoteca Inmobiliaria, capítulos especiales para una y otra (el de ésta, extenso y con toda suerte de detalles para el que vaya a iniciarse en su estudio), el de la Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, para terminar con la Anticresis; todo ello, repetimos, se encuentra reflejado en el Manual con suma destreza y claridad de exposición.

* * *

Y con el examen de los llamados Derechos de Preferente Adquisición, termina el Profesor Espín el volumen II de su Manual, derechos que si acogidos, dice, por la doctrina patria, su adaptación a nuestro Derecho requiere sumo cuidado.

Expone con su acierto característico lo referente del Tanteo, lo mismo voluntario que legal (hubiéramos querido conocer su opinión sobre la configuración, para la inscripción registral del primero, su posibilidad o no, tan debatida), y al referirse al Retracto Legal, contra Roca, que lo estima, según es sobradamente conocido, como modo de ser o estar de la propiedad, *delimitaciones* (más que limitaciones) que precisan fronteras jurídicas naturales, determinando hasta dónde llega el poder del titular del dominio o Derecho real, entiende que pese a lo poco explícito que es el artículo 1.521 del Código y a que el 1.525 no se remite al 1.510 (donde se consagra la *realidad* del Retracto convencional) hay que concluir afirmando el carácter Real de aquel o sea del Legal basándose en el artículo 37-3 de la Ley Hipotecaria.

Pero utilizando los mismos argumentos del ilustre Profesor, si la eficacia *erga omnes* de tal retracto ha sido llevado a límites que contra el mismo es inoperante la protección registral, ¿no quiere decir esto o significa, que es más que un Derecho real, o sea, lleva un *plus* que le sitúa en las limitaciones o delimitaciones legales que a todos se imponen?

Aborda con acierto Espín la naturaleza jurídica de uno y otro Retracto que para el voluntario es una *resolución* de lo antes efectuado, mientras que para el legal se trata de una Subrogación, que se otorga a un tercero (retrayente).

Luego se extiende con todo detalle en la exposición legal de este Retracto que tanto ha proliferado. También echamos de menos su opinión sobre la aportación (a los efectos de notificaciones) y termina con el estudio de la opción (matizando la analogía y distinción con la promesa de venta) exponiendo su reglamentación doctrinal y positiva. (Como complemento de este apartado, además de cuantos estudios de la materia cita Espín, puede verse en el núm. 477 de esta REVISTA, marzo-abril de 1970, el de BONILLA ENCINA «Titularidades limitadas». Estimamos muy prácticas y atinadas las observaciones del joven y destacado Registrador).

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

REVISTAS

**REVISTA DE DERECHO
FINANCIERO**

Número 86, marzo-abril de 1970.

Responsabilidades tributarias, por Narciso Amorós Rica, págs. 9 a 40.

La adaptación del sistema fiscal a las necesidades de las sociedades contemporáneas, por C. Lowell Harriss, pág. 99 a 136.

Potestad de imposición y relación tributaria (II). Las teorías sobre la relación jurídica tributaria y su revisión en la moderna doctrina, por José Luis Pérez de Ayala, páginas 137 a 194.

**REVISTA DE DERECHO
MERCANTIL**

Número 116, abril-junio de 1970.

Notas sobre la publicidad del naviero, por Justino F. Duque, páginas 173 a 231.

El préstamo con garantía de título representativo de mercancías depositadas, por Rafael Jiménez de Parga, págs. 233 a 261.

**REVISTA DE DERECHO
NOTARIAL**

Números 65 y 66, julio-diciembre de 1969.

La eficacia de los actos de destitución de un propietario sobre sus bienes hipotecados, por José Bonet Correa, págs. 25 a 47.

Mini-problemas hipotecarios, por José María Chico Ortiz, págs. 49 a 152.

Notas sobre la reforma del Reglamento Notarial establecidas por el Decreto de 22 de julio de 1967, por Manuel González Enríquez, páginas 153 a 219.

Número 67, enero-marzo de 1970.

Determinación e indeterminación del objeto social en la Ley y en los Estatutos de las Sociedades Anónimas españolas, por Manuel Broseta Pont, págs. 7 a 30.

La renuncia al albaceazgo, por Emilio Casasús Homet, págs. 31 a 58.

Ante el proyecto de Ley modificando la adopción, por Francisco Castro Lucini, págs. 59 a 71.

Derecho real de vuelo, superficie rural y propiedad separada perpetua de los árboles respecto a la del fundo, por Manuel García del Olmo Santos, págs. 73 a 102.

Algunas consideraciones en torno a "rebus", "sic stantibus" en Derecho interno e internacional, por Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, págs. 103 a 151.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Julio-agosto de 1970.

Ejercicio por los accionistas de la acción de responsabilidad de los administradores de las anónimas, por D. Eduardo Cerro, págs. 625 a 636.

El suelo y la contribución territorial urbana, por Salvador Bernal Martín, págs. 636 a 647.

Septiembre de 1970.

Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico, por José Luis de los Mozos, págs. 739 a 751.

Inembargabilidad de fondos públicos, por Gaspar Arlño Ortiz, páginas 752 a 765.

Octubre de 1970.

La descendencia del adoptante como obstáculo para la adopción, por José María Castán Vázquez, páginas 849 a 866.

Las facultades expropiatorias de las confederaciones minerográficas. Errónea interpretación jurisprudencial, por Emilliano Casado Iglesias, págs. 867 a 870.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 19, julio-agosto-septiembre de 1970.

Especulación del suelo y Derecho real de superficie urbana, por José Luis de los Mozos, págs. 13 a 29.

El Régimen Jurídico de las actuaciones urbanísticas urgentes, por Martín Bassols Coma, págs. 31 a 71.

Utilización urbanística del suelo rústico, por Angel Ortega García, páginas 73 a 108.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO- SOCIALES

Número 70, enero-marzo de 1970.

La tributación de la empresa agraria, por Adolfo Carretero Pérez, páginas 67 a 77.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Junio de 1970.

Límites del Derecho de plantación, por Felipe Reviriego Guzmán, páginas 831 a 845.

El principio de independencia de la función jurisdiccional, por Luis Martínez Calcerrada, págs. 846 a 885.

Octubre de 1970.

Síntesis del Derecho procesal de insolvencia española, por Víctor

Fairén Guillén, págs. 507 a 556.

Julio-agosto de 1970.

El Derecho como garantía, por Francisco Espinar Lafuente, páginas 23 a 97.

REVISTA GENERAL DEL DERECHO

Números 310 y 311, julio-agosto de 1970.

Robo y hurto de uso de vehículos de motor, por Rodrigo-Fabio Suárez Montes, págs. 98 a 129.

Crédito agrario, por José Luis Ruiz Sánchez, págs. 602 a 610.

Septiembre de 1970.

Número 312, septiembre de 1970.

El Derecho como garantía, por Francisco Espinar Lafuente, páginas 238 a 278.

Crédito agrario (continuación), por José Luis Ruiz Sánchez, págs. 826 a 831.

