

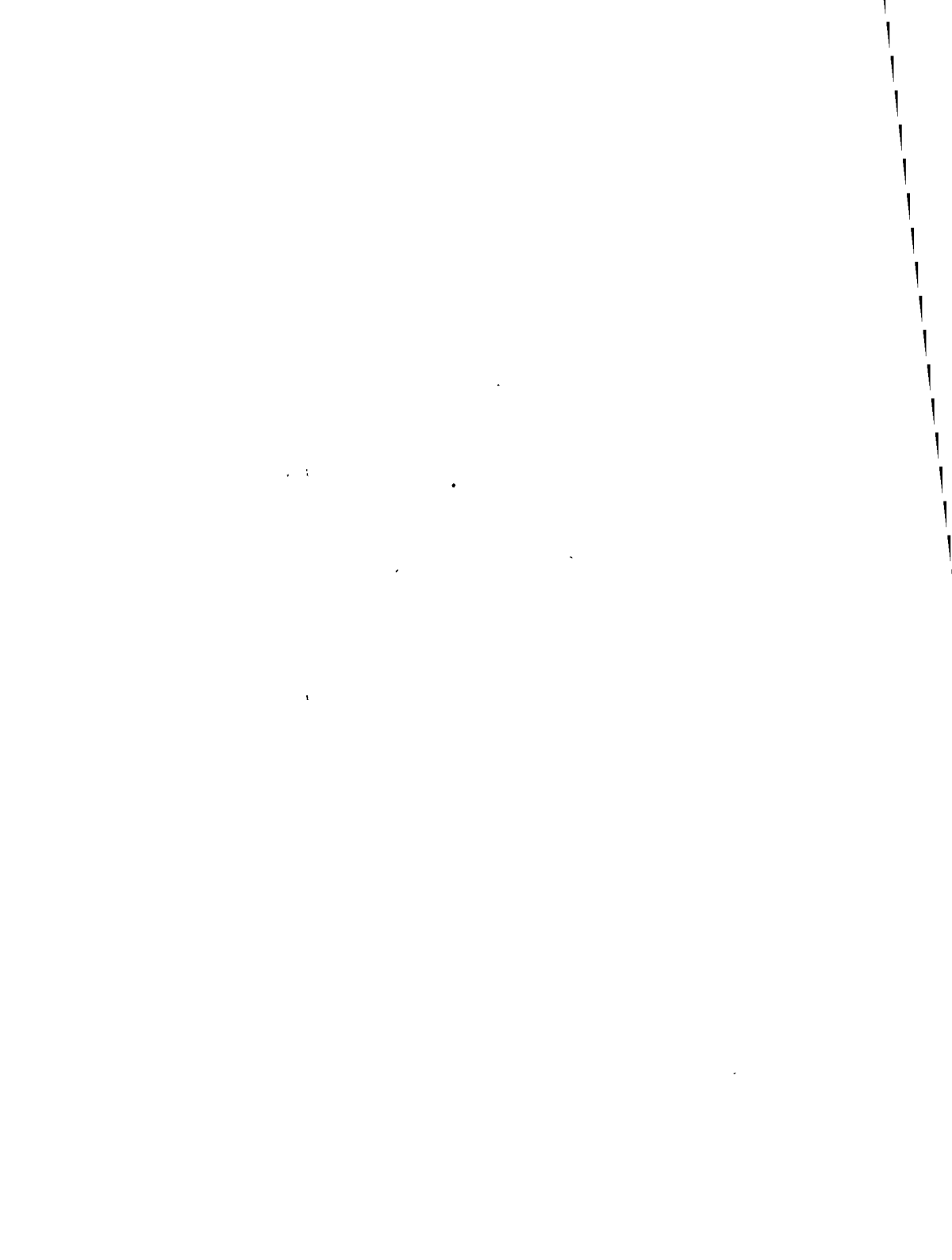
REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLVI * Marzo - Abril 1970 * Núm. 477



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 Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

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

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz.

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. 968.—1958

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
“Relaciones contractuales de hecho”, por WOLFGANG SIEBERT ...	277
“La legitimación registral se refiere a todos los elementos de la relación jurídica inscrita”, por MANUEL VILLARES PICÓ ...	389
“Titularidades limitadas”, por JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA.	405
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 CABALETRO ...	449
II.—Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, ELÍAS IZQUIERDO MONTORO, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI ...	491
2. Jurisprudencia contencioso - administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ ...	563
III.—Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS ...	571

LIBROS:

"El contrato de compraventa", de RAMÓN BADENES GASSET, por TERESA PUENTE MUÑOZ	579
"Sul contenuto del contratto", de ANTONINO CATAUDELLA, por JOSÉ CERDÁ GIMENO	581
"Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano", de SANTI DI PAOLA, por JOSÉ CERDÁ GIMENO.	596
"Manual de Derecho civil español", de DIEGO ESPÍN, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO	602
"Las estructuras de organización de la Administración urbanística", de MANUEL HEREDERO HIGUERAS, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	614
"Lecciones sobre contratación administrativa", de VILLAR PALASÍ, por JOSÉ MENÉNDEZ	616

REVISTAS:	623
------------------------	-----

ESTUDIOS

00000000

Relaciones contractuales de hecho

MODIFICACIONES DEL DERECHO CONTRACTUAL EN LOS CAMPOS DE LA «DASEINVORSORGE» (ATENCIÓN DE LAS NECESIDADES VITALES), DEL DERECHO DE SOCIEDADES Y DEL DERECHO DE TRABAJO

Conferencia del profesor de la Universidad de Heidelberg, Doctor WOLFGANG SIEBERT, pronunciada en la «Juristische Studiengesellschaft», de Karlsruhe, el 21 de junio de 1957.

Traducción: AURORA HUBER ROBERT, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

A) *Introducción y ojeada de conjunto.*

I

1. La problemática de las llamadas «relaciones contractuales de hecho» ha ocupado a la doctrina y a la jurisprudencia desde hace aproximadamente veinticinco años, sin que haya sido posible hasta ahora llegar a un punto de unidad sobre su justificación sistemática, sobre el ámbito de aplicación de tales relaciones jurídicas y sobre su necesidad práctica (1). Por una parte, el concepto ha sido criticado como expresión de la decadencia de nuestro Ordenamiento privado y en especial de la dogmática del negocio jurídico, como manipulación del capitalismo jurídico que carece de necesidad

(1) Ha de citarse, en primer lugar, el conocido estudio de HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*. SIMONIS proporciona una panorámica amplia sobre el actual estado de la discusión en *Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts*, 1957.

práctica (2). Por otra, se ha elogiado la «liberación del concepto de contrato en su estrechez consensualista» (3), que «permite una apreciación objetiva de los fenómenos del tráfico moderno» (4). Entre estas dos concepciones extremas se mueve hoy la discusión en torno a las relaciones contractuales de hecho.

Sobre las hipótesis típicas y sus soluciones, existe prácticamente acuerdo. La jurisprudencia y la doctrina han llegado a la conclusión de que una sociedad que descansa en un contrato ineficaz, pero que ha sido llevado a efectiva ejecución, ha de ser tratada como jurídicamente existente; a un trabajador que ha realizado la prestación de su trabajo con base en un contrato ineficaz, se le debe reconocer derecho al salario; la utilización de instalaciones de tráfico masivo, como tranvías, aparcamientos, etc..., obliga al pago del precio, lo mismo si el usuario era consciente de su obligación que si no lo era, e incluso, aunque la hubiera rechazado. Tras estos resultados la cuestión no es ya apremiante, pero queda en pie el problema de decidir si estos resultados pueden fundarse en la dogmática general del B. G. B., o si, por el contrario, nuestra dogmática tradicional no los alcanza.

2. Las diferentes concepciones en torno a la ordenación sistemática de las relaciones contractuales de hecho se distinguen, ante todo, según el grado de su mayor o menor apartamiento de las instituciones tradicionales del Derecho privado, especialmente de los preceptos del B. G. B. sobre *conclusión del contrato, nulidad y anulabilidad*. Los supuestos de hecho que están en la base de las relaciones contractuales de hecho, o bien se someten completamente a las relaciones contractuales de hecho, o bien se someten completamente a las instituciones negociales tradicionales, o se hace un especial raspado por la vía de una interpretación extensiva o restrictiva, o, finalmente, se reconoce a las relaciones contractuales de hecho como un fenómeno no comprendido en la dogmática tradicional que debe ser situado, a su lado, en una nueva

(2) Véase ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Parte general del Derecho civil*, 14.^a edición, tomo II, 1955, pág. 697; WOLFF, M. D. R., 1952, pág. 535, N. J. W., 1952, pág. 500, N. J. W., 1953, pág. 1.250; NIPPERDEY, M. D. R., 1957, pág. 129; STAUDINGER-COING (Staudinger 11, edición 1954).

(3) BÄRMANN, *Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge*, 1948, pág. 86.

(4) LARENZ, *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*, N. J. W., 1956, pág. 1897.

sistemática. Ante todo, esta última concepción—que es la genuina teoría de las relaciones contractuales de hecho—exige que se continúe la investigación, puesto que es de esencial importancia para el desarrollo de la dogmática del Derecho privado. *La doctrina de las relaciones contractuales de hecho sólo se puede justificar probando que nuestra dogmática tradicional no alcanza a sujetar determinadas situaciones vitales*, incluso si se intenta sacar todo el jugo de las instituciones, con los medios de la interpretación de la Ley y poner de manifiesto los puntos de vista que están en la base de la regulación legal y que hasta ahora no han sido suficientemente apreciados o por lo menos no lo han sido en este aspecto.

II

1. El problema dogmático de las relaciones contractuales de hecho se ha actualizado en los tiempos modernos porque la *jurisprudencia* se ha ocupado varias veces de ellas. El Tribunal Supremo federal ha reconocido en sus sentencias sobre relaciones contractuales de hecho que una sociedad puesta en funcionamiento, cuyo fundamento contractual es defectuoso, debe, a pesar de todo, ser considerada como una sociedad en sentido legal (5). En el ámbito que atañe a la atención de las necesidades vitales, según la opinión del Tribunal Supremo federal, no es necesaria para la creación de obligaciones la conclusión de un contrato (6). Muy diversas opiniones han merecido estas sentencias, dando lugar a un reiterado análisis del problema (7). Una exposición completa la ofrece recientemente la extensa obra de SIMITIS, *Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts* (8).

2. La problemática comprendida bajo el concepto de «relaciones contractuales de hecho», *no puede ser sistemáticamente re-*

(5) Véase B. G. H. Z., 3, pág. 285; 8, pág. 157; B. B. 1954, pág. 8; N. J. W., 1953, pág. 1.220. Más adelante 145 y siguientes.

(6) B. G. H., N. J. W., 1956, pág. 1.475; 1957, pág. 627 y pág. 787.

(7) WIEACKER, B. G. H., J. Z., 1957, págs. 58 y sigs. (61); BLOMEYER, M. D. R., 1957, pág. 153; LARENZ, N. J. W., 1956, pág. 1897; NIPPERDEY, M. D. R., 1957, pág. 129.

(8) FRANKFURT, a. M., 1957.

ducida a un denominador común (9). La formación de un supra-concepto unitario para todas las especies de relaciones contractuales de hecho oculta las diferencias dogmáticas de los supuestos cuestionados (10). Los supuestos particulares de relaciones contractuales de hecho hacen referencia a diferentes sistemas de valores de nuestro Derecho privado. La comunidad en lo puramente negativo, la falta de un fundamento contractual, no es una unidad que dé sentido y que pueda proporcionar un punto de partida fructífero en el orden sistemático. El debate en torno a las relaciones contractuales de hecho tiene que partir más bien del hecho de que la falta de un indiscutible fundamento contractual depende de elementos y cualidades completamente diferentes de nuestra teoría del negocio jurídico. Así, la problemática de las relaciones obligatorias duraderas de hecho, en especial *sociedad y trabajo*, depende de la conexión de la doctrina del B. G. B. sobre nulidad e impugnabilidad, con la efectiva ejecución de la relación obligatoria duradera que, frente al momento de la conclusión del contrato, representa un estadio de desarrollo más avanzado de la relación contractual (11). Las relaciones contractuales de hecho

(9) En el mismo sentido LEHMANN, *Jherings Jb.*, tomo 90, pág. 132 y sigs., sobre todo, pág. 142 y N. J. W., 1958, pág. 1 y sigs.; H. LEHMANN destaca la falta de diferenciación dogmática, sobre todo, en HAUPT; véase también STAUDINGER-COING, § 104 y § 116.

(10) SIMITIS intenta encontrar como causa común a todas las relaciones contractuales de hecho el conflicto de intereses entre un económicamente débil frente a otro más fuerte; entiende decisivo el estado de tensión entre igualdad jurídica formal y desigualdad económica. Desarrolla una «relación contractual de tipo social», por encima de toda relación de hecho. Acepta que el concepto de las relaciones contractuales «fácticas» no es feliz; da la impresión de que no se refiere a relaciones calificadas en Derecho, cual si el hecho se elevara a norma y el ser se confundiera con el deber ser. A mi juicio, SIMITIS no logra una concepción metódica convincente de los supuestos que se comprenden como «relaciones contractuales de hecho». Críticas a SIMITIS, *Ballerstedt*, A. C. P., 157, págs. 117 y sigs.; BLOMEYER, M. D. R., 1957, pág. 447; ESSER, A. C. P., 157, págs. 86 y sigs.; LARENZ, N. J. W., 1958, pág. 862; STEINDORFF, B. B., 1958, pág. 492; MAIER-HAYOZ, *Schweiz. Jur. Ztg.*, 1958, pág. 173; MERZ, *Ztschr. Bern. JurV.*, 1958, pág. 161.

(11) Dentro de las relaciones duraderas de hecho comprende la doctrina también la relación fáctica de arrendamiento: Véase SIMITIS, obra citada, págs. 409 y sigs.; HAUPT, *Ueber faktische Vertragsverhältnisse*, 1943, pág. 15; STAUDINGER-COING, § 116. Pero esta relación contractual no merece aquí un tratamiento específico. Hemos de remitirnos a las consideraciones expuestas sobre las relaciones de sociedad y de trabajo. En contra de la opinión dominante, ROQUETTE, *Mietrecht*, 4.^a edición, 1954, pág. 147, reconoce la relación arrendaticia excluyendo la anulabilidad. HAUPT comprende en sus conclusiones a toda relación obligacional de larga duración; en contra STAUDINGER-COING.

del tráfico en masa—«las relaciones obligatorias derivadas de la conducta social típica» (12)—producen dificultades a causa de la contraposición entre la dogmática del B. G. B., que parte del principio de que la declaración de voluntad es jurídicamente creadora (autonomía privada) (13) y las exigencias del moderno tráfico en masa que desbanca cada vez más los actos de la voluntad individual en favor de configuraciones colectivas proplamente dadas.

Este círculo de problemas es el que interesa esencialmente cuando se habla hoy de relaciones contractuales de hecho (14). Por esto, a continuación estudiaremos:

1. *Las relaciones de prestación del tráfico en masa en la utilización de prestaciones al alcance de todos, por ejemplo: tranvías, energía eléctrica, etc...*

2. *Las relaciones obligatorias duraderas caracterizadas por la colaboración o cooperación y «faltas de base contractual»; a saber:*

a) *La relación de sociedad en las sociedades personalistas y en la sociedad del B. G. B. (15).*

b) *La relación de trabajo.*

Con frecuencia se han incluido también dentro de la problemática de las relaciones contractuales de hecho las llamadas «obligaciones del trabajador derivadas del contrato social» (16) y, en especial, los deberes de auxilio y protección que nacen de la relación obligatoria legal que crean los tratos contractuales. Esto no

(12) Concepción de LARENZ, *Derecho de obligaciones. Parte general*, 3.^a edición, 1958, págs. 31 y sigs. (ya en la primera edición de 1953); véase, también, N. J. W., 1957, pág. 1.897 y sigs., y D. R. I. Z., 1958, pág. 245 y sigs.

(13) Véase STAUDINGER-COING, § 104; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Parte general del Derecho civil*, 14.^a edición, 2 vol., tomo 2, 1955, § 145; H. LEHMANN, *Parte general*, 11.^a edición, 1958, § 24; H. LANGE, *Parte general*, 3.^a edición, 1956, § 36.

(14) HAUPT se refiere también en su obra citada al viaje de favor. SMITIS incluye nuevos tipos; véase también STAUDINGER-COING, obra citada. La presente exposición no puede extenderse tanto; en mi opinión no caben generalizaciones ni simplificaciones sin grave riesgo, pues se imponen desde el punto de vista dogmático importantes diferenciaciones en los distintos casos y grupos; véase también LEHMANN *Jherings, Jb.*, tomo 90, págs. 140 y sigs. (140).

(15) ERMAN, *Personalgesellschaften und mangelhafte Vertragsgrundlage*, 1947.

(16) Conceptuación de DOELLE, *Ztschr. f. d. ges. Staatsw.*, tomo 103, págs. 67 y sigs., y *Juristische Entdeckungen*, págs. 7 sigs.

parece, sin embargo, necesario, puesto que en las llamadas obligaciones extralegales de lo que se trata es de determinar en qué casos, con independencia de las relaciones obligatorias expresamente reconocidas, existen deberes de auxilio y protección que producen una relación obligatoria legal (17). Precisamente, el hecho de que la relación obligatoria derivada de los contratos contractuales (la culpa *in contrahendo*) constituya el ejemplo más importante de las relaciones obligatorias legales derivadas del contrato social, prueba que se trata de un problema específico del Derecho de obligaciones, al que es aplicable, por analogía el parágrafo 307 y algunos otros del B. G. B. El ensanchamiento de la culpa *in contrahendo* es un problema independiente, que no debe ser tratado, ni en la terminología ni en cuanto al objeto, como una parte del problema global de las relaciones contractuales de hecho. Más claramente: determinar si hay, además del caso de los tratos contractuales, otros parecidos en que se produce un especial contacto jurídico entre personas, que determina la existencia de una relación obligatoria legal, con especiales deberes de protección y auxilio, es cuestión que pertenece a la teoría de las relaciones obligatorias legales producidas en virtud de un contacto social (18).

B) *Las relaciones de prestación y el tráfico en masa.*

I

ATENCIÓN DE LAS NECESIDADES VITALES Y CONTRATO

1. *Las relaciones de prestación que atañen a la satisfacción de necesidades vitales.*

La mayor parte de la población está hoy abocada a procurarse los bienes vitales de un modo público. Especialmente, en la medida en que, al aumentar la densidad de población y el nivel

(17) Se trata fundamentalmente en el orden práctico sobre la aplicabilidad del § 278 del B. G. B.; véase DOELLE, obra citada.

(18) LARENZ, M. D. R., 1954, pág. 515; SOERGEL-SIEBERT, A II 1, B II, § 242, B. G. B.

de vida, se hace más estrecho el espacio vital dominado y más ancho el espacio vital efectivo, se intensifican las tareas de la Administración en el terreno del ofrecimiento de prestaciones (19). En ello juega un papel especial la apretada convivencia en una época de masas en la cual el individuo está naturalmente abocado de una manera especial a prestaciones que posibilitan y aseguran la vida. Desde principios de siglo, la Administración ha pasado, en medida creciente, de simple garante del orden, a suministradora de las prestaciones necesarias para la existencia (20).

Entre las más urgentes tareas del cuidado de la existencia se encuentran el tráfico público y el abastecimiento de gas, agua y electricidad (21). FORSTHOFF incluye también «correos, teléfonos, telégrafos, higiene y la previsión o seguridad por edad, invalidez, enfermedad y paro» (22), así como «todo lo que desde el lado de la Administración ocurre para colocar a la generalidad o, según datos objetivos, a un determinado círculo de personas, en el disfrute de prestaciones útiles» (23).

Esta evolución no se realiza de acuerdo con unas formas jurídicas que sean claras y unitarias, sino que la figura jurídica de la «Daseinsvorsorge» representa hoy un «cúmulo de disposiciones que en parte son de Derecho administrativo y en parte de Derecho privado» (24). Su organización jurídica presenta grandes diferencias. Al lado de establecimientos, que son parte integrante de la Administración inmediata o que pertenecen a la Administración mediata, como establecimientos públicos, se encuentran empresas de Derecho privado, que o son totalmente privadas o son de economía mixta, con participación e influjo del Estado, de los Ayuntamientos

(19) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungstraeger*, 1938, y *Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Parte general*, tomo 1, edición 1958, págs. 320 y sigs. Véase también HANS J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, 2.^a edición, 1958, págs. 16, 79 y sigs.

(20) Véase FORSTHOFF, *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, 1954, págs. 6 y sigs.

(21) No podemos extendernos aquí en los supuestos sociológicos; nos remitimos fundamentalmente a GEHLEN-SCHELSKY, *Sociologie "ein Lehr und Handbuch zur modernen Gesellschaftskunde"*, 2.^a edición, 1955, págs. 264 y sigs. y 330 y sigs.

(22) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungstraeger*, pág. 7.

(23) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, pág. 322, critica esta extensión del concepto de la Daseinsvorsorge, FISCHEROF, D. O. V., 1957, págs. 305 y sigs.

(24) RIDDER, *Prólogo a Fischerhof «Rechtsfragen der Energiewirtschaft*, 1956.

o de otras Corporaciones (25). Los establecimientos de Derecho público emplean, en las relaciones creadas para el aprovechamiento de sus fines, disposiciones de Derecho público junto al contrato de Derecho privado para regular sus relaciones jurídicas con los receptores de sus prestaciones.

Se encuentran así formas de Derecho privado en los abastecimientos de energía, gas, agua; en los medios de comunicaciones y tráfico público (26).

Cuando se está en presencia de tales prestaciones de abastecimiento, procuradas en forma jurídico-privada por establecimientos públicos, suele ser difícil establecer límites claros entre las dos categorías de nuestro sistema jurídico: Derecho público y Derecho privado, y se produce, consiguientemente, una aproximación y enlace entre ambas (27). Aun cuando la concreta relación de prestación pertenece claramente a la esfera del Derecho privado, cabe preguntarse si en realidad el instrumento normal del Derecho privado para la constitución de relaciones de prestación, es decir, el contrato, sirve para regular procesos vitales de este tipo.

2. *El concepto de contrato en el Derecho civil.*

Dentro de la esfera del Derecho privado es el contrato el medio jurídico que crea y ordena las relaciones de prestación entre los individuos.

El contrato de nuestro Ordenamiento jurídico privado no es sólo una figura técnico-jurídica neutral, sino que se ha conformado por el legislador, partiendo de una determinada valoración de la persona individual y de sus relaciones jurídicas. Este concepto del contrato, sobre el que se construye el B. G. B. como resultado de la ciencia histórica y sistemática de las Pandectas del siglo XIX, constituye, en el sentido de la formulación clásica de KANT, la esencia de las condiciones bajo las cuales pueden aunarse las voluntades individuales conforme a una norma general de libertad. La teoría liberal, para

(25) E. R. HÜBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2.ª edición, tomo 1, 1953, págs. 579 y sigs.; FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, págs. 448 y sigs.; FISCHERHOF, D. O. V., 1957, págs. 305 y sigs.

(26) SIEBERT, *Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung*, homenaje a NIEDERMAYER, 1953, págs. 219 y sigs., 222 y sigs., y 229 y sigs.

(27) No podemos extendernos aquí en estos problemas; véase SIEBERT, obra citada, págs. 215 y sigs.

la que el Derecho privado es el mecanismo de equilibrio de los contrapuestos intereses de los individuos considerados como fundamentalmente libres e iguales, ve, por ello, el contrato en un cierto aspecto como la válvula que regula automáticamente, conforme a medidas y estimaciones individuales de valor, una inconmensurable multiplicidad de necesidades y condicionamientos de los entes personales y libres. La *lex contractus* es el derecho que para sí mismos crean los individuos por la vía del trato recíproco y mutua consideración de la libertad de que disponen—libertad de conclusión y de conformación interna del contrato—(28). Esta función del contrato es la pieza principal de un ordenamiento liberal de la economía y de la sociedad, cual era el que presidía las tareas del legislador del B. G. B.

3. Relaciones «contractuales» con estructura formal masiva.

Estos presupuestos sociológicos, económicos y político-jurídicos del concepto de contrato no se dan ya en el terreno de las prestaciones de abastecimiento, tal y como se entienden en general al conceptuar la Ciencia jurídica de la Administración como cuidado de las necesidades vitales. Han surgido en el lugar de las formaciones de la autonomía privada, relaciones jurídicas configuradas masivamente, cuya estructura colectiva es muy difícilmente compatible con la determinación individual y voluntaria del contrato, y, desde luego, no lo parece en absoluto con el concepto mismo de contrato.

Las particularidades de las relaciones de prestación en el cuidado de las necesidades vitales derivan de su obligatoriedad masiva y accesibilidad general (29).

El supuesto de hecho de las relaciones de prestación ha de estar configurado de forma que a todos y a cada uno les sea posible participar en ellas y, de otra parte, que esa participación sea unitaria y

(28) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952, págs. 170 y sigs., así como *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtswissenschaften und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* 1953; DAHM, *Deutsches Recht*, 1951, páginas 625 y sigs.; SEAGLE, *Weltgeschichte des Rechts, Eine Einführung in die Probleme und Erscheinungsformen des Rechts*, 1951, págs. 373 y sigs.; RAISER, *Vertragsfreiheit heute*, J. Z., 1958, págs. 1 y sigs.

(29) FISCHERHOF, D. O. V., 1957, pág. 306. En la doctrina jurídica se ha impuesto el término «Tráfico de masas» o «Contrato de masas»; puede encontrarse ya en KOHLER (1908), pág. 247; también RAISER, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1935, pág. 17; BAERMANN, *Typisierte Zivilrechtsordnung*, pág. 91.

esté tipificada en términos tales, que puedan desenvolverse sin roce alguno esas relaciones de prestación masivamente concatenadas. Quiere ello decir que la causa y conformación de dichas relaciones no puede venir determinada por intereses individuales, como es característico del contrato, sino por las necesidades de relaciones jurídicas colectivas y masivamente vinculadas (30).

a) *Determinación normativa del contenido del contrato.*

A esta exigencia responde que el Derecho establezca normativamente el contenido del contrato. Se fijan así tarifas para las relaciones de prestación del tráfico y el abastecimiento, que en muchos aspectos están sometidas al control de la Administración y que ésta debe aprobar. Estas tarifas tienen en parte una efectiva eficacia legal, es decir, su significación tal y conforme viene internamente configurada no precisa del consentimiento contractual del usuario individual, sino que es suficiente la alegación de una relación de participación.

Asimismo es frecuente la regulación legal por medio de una ordenanza general de uso, de carácter estatutario, no sólo de los precios, sino incluso de la utilización total del servicio (31).

Desde este punto de vista, hay en el Derecho de las necesidades vitales una supresión de la esencia del contrato parecida a la que se da en las condiciones generales del negocio. La función de éstas es unificar y racionalizar la conclusión y desenvolvimiento del contrato. Al igual que las relaciones de prestación que atañen a las necesidades vitales, no están hechas a la medida del caso individual, sino que regulan de forma idéntica y general las relaciones jurídicas que deben vincular a una pluralidad de personas. Esta identidad, que se da en ambas categorías frente al concepto tradicional del contrato, ha sido acertadamente caracterizada por RAISER (32). En la base del Derecho contractual del B. G. B. está, «como presupuesto normal, la concepción de dos partes, situadas, económica y socialmente, en plano de igualdad dentro del juego de las fuerzas económicas, partes que por la vía de la discusión buscan el

(30) SIEBERT, *Homenaje a Niedermayer*, pág. 232; también SIMITIS, obra citada, págs. 470 y sigs.; HANS J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, pág. 82.

(31) BAERMANN, obra citada, págs. 18 y sigs.

(32) RAISER, *Das Recht der Allgemeinen Geschaefftsbedingungen*, 1935; más recientemente, J. Z., 1958, págs. 1 y sigs. y también KRAUSE, B. B., 1955, pág. 265; FISCHER, B. B., 1957, págs. 483 y sigs.

equilibrio entre sus particulares intereses y, de conformidad con ello, fijan en definitiva el contenido del contrato. Es cierto que este caso de *contrato individual* sigue dándose en la actualidad a diario. Pero a su lado, ciertas transformaciones económicas han dado paso a otro tipo: *al contrato de masas*. En la medida en que los bienes o prestaciones de servicios que masivamente ofrece el mercado se tipifican y se hacen fungibles, y en que se nivelan las características personales y las necesidades de los interesados en el mercado, despojados de sus particularidades individuales, van perdiendo también su carácter individual y personalizado los contratos que se concluyen sobre dichos bienes y servicios; su contenido que en términos iguales se repite a diario, lo asumen las partes simplemente como tal; el trato se reduce a la fijación del precio, o incluso está también predeterminado según tarifas; la determinación de voluntad de las partes queda volatilizada a un dejarse llevar, más o menos voluntario, hacia las consecuencias jurídicas de una relación vital, no que no haya previsto, sino que se concibe simplemente como típica» (33).

b) *Contratación forzosa*.

Caracteriza también a estas relaciones de prestación que atañen a las necesidades vitales, la obligación regular y persistente que tiene el responsable de estas empresas de tráfico y abastecimiento de procurar sus prestaciones, deber que, en la mayoría de los casos, va unido a una fuerza que le obliga a contratar. Ello es válido, por ejemplo, para las industrias de energía, a las que subyace, según su decreto regulador (34), una obligación general de adhesión y abastecimiento: si una empresa suministradora de energía abastece un determinado campo, viene obligada a dar a conocer públicamente sus condiciones generales y precios de tarifa y a prestar el suministro, bajo tales presupuestos, a toda persona que lo solicite (35).

(33) RAISER, obra citada, págs. 17 sigs., que se remite a su vez a ROSENSTOCK. *Vom Industrierecht*. 1926. págs. 170 y sigs.; BAERMANN diferencia más ampliamente la contraposición entre contrato de masas y contrato individual en la obra citada, pág. 91. Se distinguen: contrato *individual*, contrato *típico* de la vida diaria y el contrato *formal de masas* y, por ello, típicamente normado.

(34) § 6 de la Ley de Energía, de 13-12-35. Véase BAERMANN en relación con el deber de prestación de las empresas de transporte, obra citada, págs. 23 y sigs.

(35) Sobre la fuerza u obligación de contratar, fundamentalmente, NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag*, 1920; más modernamente, LARENZ, *Schuldrecht*, I, 95

4. *La ordenación jurídica de los contratos masivos.*

Resumiendo, cabe caracterizar la tipificación de las relaciones de prestación para el cuidado de las necesidades vitales («Daseinsvorsorge») por el hecho de que faltan, tanto del lado del receptor como del que efectúa el suministro, posibilidades y, desde luego, la voluntad de conformación individualiza conforme a causas y precios subjetivos. En el ámbito de la «Daseinsvorsorge» ha sido sustituido el contrato individual por el contrato de masas, las prestaciones masivamente dispuestas se han hecho típicas y fungibles; paralelamente, las necesidades y características de receptores y abastecedores se han despojado de sus peculiaridades individuales y perdido, con ello, su carácter único y personal. La relación de prestación que se repite siempre igual innumerables veces al día, la desenvuelven las partes de forma rutinaria; se objetiviza así la formación de la voluntad en un dejarse llevar, más o menos libre, hacia una relación de vida dada, que en sus consecuencias jurídicas no se discute y se concibe como «social típica» (36).

Dentro del ámbito del comportamiento típico social, no cabe ponderar ni convenir el contenido del contrato; el que contrata con la empresa encargada de las necesidades vitales no lo es tampoco el individuo en sí, sino la comunidad social en sus distintos miembros, para cuyas necesidades, en general iguales, están dispuestas las mismas prestaciones en idénticas condiciones. Las necesidades sociales típicas dominantes en la comunidad excluyen la elección, la diferencia y la individualización de relaciones contractuales, como las que nacen de la consideración de la voluntad individual. La empresa está vinculada por la obligación de contratar, por las tarifas y la reglamentación y estatutos de uso; el receptor sólo puede elegir entre aceptar o rechazar la relación contractual del servicio o el abastecimiento (37). Ambas partes pueden influir en la conformación de las relaciones de prestación sólo dentro de muy estrechos límites. Además, el hecho externo del nacimiento de las relaciones

(36) RAISER, obra citada, págs. 17 y sigs.

(37) Incluso la libertad de concluir el contrato puede no existir para el receptor de la prestación; el colono en la comunidad tiene obligación de adhesión y uso; la comunidad puede obligar al cultivo de las tierras, canalización, limpieza, etc. De hecho, está, por tanto, excluida la libertad de participación del receptor, al venir determinado por sus necesidades vitales a la utilización de las prestaciones de la «Daseinsvorsorge».

de prestación tenía, como regla, muy poco en común con la figura de la conclusión del contrato, tal y como late ésta en el B. G. B.: supuesto que la relación de prestación está predeterminada en cuanto a su contenido para ambas partes, parecen superfluas las declaraciones de voluntad expresas sobre oferta y aceptación; la oferta pública de la prestación por parte de la empresa y su utilización por parte del receptor son la forma y cuadro regular del nacimiento de las relaciones de prestación.

Queda así justificada la cuestión de *si en realidad puede referirse el instituto jurídico de la declaración de voluntad y del contrato—en el sentido de oferta y aceptación—construido sobre el principio de la autonomía privada, a la fundamentación jurídica de las relaciones de prestación que atañen a las necesidades vitales, y si los defectos en el proceso causal imputables a la voluntad individual, pueden afectar, como reconoce el B. G. B. para la declaración de voluntad, al nacimiento de las relaciones de participación.*

II

LAS RELACIONES CONTRACTUALES DE HECHO Y LA «DASEINSVORSORGE» SEGÚN LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

1. HAUPT ha desarrollado, en su estudio «Sobre relaciones contractuales de hecho» (38), la teoría de «las relaciones contractuales de hecho derivadas de obligaciones sociales de prestación». Parte del fenómeno del nacimiento de estas relaciones de prestación, en el que regularmente no se dan declaraciones de voluntad y tampoco se concede a las partes posibilidad ninguna de constitución individual de las mismas. De ahí que vengan a estimar la aceptación de declaraciones recíprocas de voluntad en el sentido de oferta y aceptación como un mero rodeo ficticio para la construcción jurídica que esconde de forma arbitraria el verdadero proceso vital. «Un contrato es pura fantasía, porque no hay nada que convenir» (39). Por ello, el fundamento jurídico de los derechos y obligaciones de las partes

(38) LEIPZIG, 1941/43, págs 21 y sigs.

(39) HAUPT, obra citada, pág. 23.

lo constituye, no la conclusión de un contrato, sino el hecho de la utilización de la prestación. De esta forma entiende HAUPT, dentro del ámbito del cuidado de las necesidades vitales, que la constitución fáctica de relaciones de uso o aprovechamiento es un hecho jurídicamente creador independiente (40).

2. Esta teoría ha sido desarrollada más recientemente por LARENZ (41). LARENZ habla de relaciones obligacionales nacidas de un comportamiento típico social, de la utilización de hecho de una prestación de abastecimiento. Lo que confiere a estos fenómenos su significación jurídica, no es una voluntad jurídico-negocial de las partes que se exprese a través de una conducta, sino que lo determinante es la valoración jurídica que merecen esos procesos de utilización de prestaciones de abastecimiento como conducta social típica. La valoración social del negocio por el tráfico, como expresión de una convicción jurídica general, es lo que fundamenta estas relaciones de prestación. ESSER opina de forma muy parecida (42): «En estos supuestos, lo cierto es que no se contrata ya en el sentido tradicional, sino que se adhiere, desiste, entrega, viaja o despacha absolutamente según un reglamento y una tarifa», de tal forma que el concepto de «conclusión» del contrato parece «liberado de su estrechez consensual» (43); WIEACKER (44) se ha referido, para el ámbito de las relaciones de tráfico y abastecimiento, a «relaciones de prestación sin convenio» (45).

(40) Obra citada, pág. 29.

(41) *Lehrbuch des Schuldrechts. Parte general*, tomo 1, 1.^a edición, 1953, págs. 27 y sigs.; 2.^a edición, 1957 y 3.^a edición, 1958, págs. 31 y sigs.; también, N. J. W., 1956, págs. 1.897 y sigs. y D. R. I Z., 1953, pág. 245.

(42) *Schuldrecht*, 1949, pág. 21; véase, sin embargo, también, A. C. P., tomo 157, págs. 86 y sigs.

(43) BAERMANN, *Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinvorsorge*, pág. 86.

(44) Z. A. K. D. R., 1943, págs. 33 y sigs.

(45) También TASCHÉ llega a estas mismas conclusiones en *Vertragsverhaeltnis nach nichtigem Vertragsschluss* (*Jherings, Jb.*, tomo 90, págs. 120 y sigs.), de que las relaciones contractuales surgen o por la conclusión contractual de un negocio jurídico o en casos especiales en virtud de una determinada conducta natural, que requiere de la aplicación de fundamentos y principios contractuales para la consecución de una solución satisfactoria. El fundamento de la responsabilidad en estos últimos casos será no la coincidencia de voluntades declaradas, sino la conducta contractual hasta entonces manifestada; el que en el caso concreto la conducta pueda o no conducir a la afirmación de relaciones contractuales, es un problema de buena fe, al igual que ocurre al enjuiciar las declaraciones de voluntad. (Obra citada, pág. 128).

3. La teoría de las relaciones contractuales de hecho en el campo de la «Daseinsvorsorge» ha sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal en una sentencia de 14 de julio de 1956 (46) para fundamentar la obligación de pago del usuario de un aparcamiento vigilado, que antes de su utilización invocó el uso común de las calles y plazas públicas para evadirla.

El Tribunal Supremo federal, exponiendo la teoría de HAUPT y LARENZ, llega a la conclusión de que la aceptación de una relación contractual de hecho equivale prácticamente a la aparición de una conducta típica. «El que utiliza durante las horas de vigilancia un aparcamiento convenientemente señalizado, realiza por ese solo hecho una relación jurídica contractual, que le obliga al pago de la tarifa establecida. Es irrelevante cualesquiera posible criterio u opinión contraria—aun cuando el conductor la hubiese expresado al vigilante en el momento de aparcar...—; el derecho a reclamar el importe de la tarifa se produce objetivamente como consecuencia del derecho especial de uso acotado que la denunciante tiene reconocido.» El Tribunal Supremo federal entiende que hay que excluir que exista la conclusión de un contrato, puesto que no se dieron entre las partes declaraciones de voluntad jurídico-negociales indiscutidas y conformes. Tampoco es acertado a juicio del Tribunal derivar la obligación de pago, dada esa situación social de hecho, de una conducta prohibida o de un enriquecimiento sin causa.

Posteriormente, en una nueva sentencia (47), ha confirmado el Tribunal Supremo federal aquella doctrina, de que una conducta social típica basta para fundamentar una relación obligacional; es más, que constituye en ciertos casos la única fundamentación posible. Se trataba en ese caso de determinar si un contrato de suministro de energía nacía por la simple y sola utilización de hecho de la prestación. Tenían en dicho supuesto especial importancia tales precisiones, ya que, si se había constituido la relación de suministro, el usuario venía también obligado, según las condiciones vi-

(46) B. G. H. Z., 21. pág. 319; B. B., 1956, pág. 767; J. Z., 1957, págs. 58 y sigs. con remisión a WIEACKER, M. D. R., 1957, págs. 149 y sigs. con referencia a BETTERMANN Y BLOMEYER, J. R., 1957, pág. 100; L. M. Nr. 1, en relación, § 145, B. G. B. y SPELER.

(47) B. G. H., N. J. W., 1957, pág. 627; D. O. V., 1957, pág. 317; L. M. Nr. 2, en relación, § 145, B. G. B. y LIESECKE.

gentes, al pago de una multa, en caso de enganche ilegal a la línea.

III

LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS DEL B. G. B. A LA CONSTITUCIÓN DE RELACIONES DE PRESTACIÓN EN EL CUIDADO DE LAS NECESIDADES VITALES

La quintaesencia de la opinión contraria a tales relaciones contractuales sin conclusión de contrato se resume, con palabras de NIPPERDEY, en el hecho de que «la teoría de las relaciones contractuales de hecho es incompatible con el derecho vigente, no responde a nuestra concepción de vida y además ni siquiera es necesaria en la práctica» (48). Se produce, en realidad, un cambio fundamental en la dogmática de nuestro Derecho privado, si se pretende reconocer en general, al lado de las relaciones contractuales nacidas de declaraciones bilaterales de voluntad, relaciones contractuales sin base en un contrato concluido conforme a la regulación del B. G. B. Antes de sacar conclusiones de tan amplio alcance de las particularidades destacadas de las relaciones de prestación en el cuidado de las necesidades vitales, se hace preciso examinar de nuevo los supuestos esenciales de que se trata; sobre todo, es necesario comprobar hasta qué punto la dogmática jurídica de las declaraciones de voluntad y del contrato no es capaz de asumir, sin merma de su esencia, la singular relación de prestación que nos ocupa, con esa específica estructura formal masiva que la caracteriza.

En concreto, habrá que probar la aptitud de la dogmática del B. G. B. para abarcar los siguientes casos:

1. La relación de prestación del tráfico de masas surge normalmente; sirva para este supuesto el ejemplo del viaje en tranvía.

2. Cabe que alguien haga uso de una prestación onerosa de la «Daseinsvorsorge», sin que la reconozca como tal, de modo que a su conducta le falte el debido conocimiento y la voluntad negocial.

(48) ENNECCERUS-NIPPERDEY, obra citada, pág. 697; NIPPERDEY, M. D. R., 1957, pág. 129.

3. Aún hay otros supuestos especiales, a saber:

- a) Utilización de prestaciones de abastecimiento, bajo la influencia de error malicioso o de coacción.
- b) Utilización de tales prestaciones, con protesta expresa contra la obligación de pago.
- c) Utilización de las mismas, con limitación o defecto de capacidad.

1. *El nacimiento normal de las relaciones de prestación.*

Lo primero que hay que constatar es si cabe realmente valorar como declaración de voluntad la conducta típica de las partes que da lugar al nacimiento de una relación de prestación; si se está siquiera en presencia de ese supuesto interno y externo de declaraciones de voluntad recíprocas y coincidentes, y por ello puede darse la conclusión de un contrato como tal negocio jurídico (49). Consideremos, a título de ejemplo, el viaje en tranvía, que utiliza también HAUPT (50): el viajero sube en el tranvía que espera en la parada, y en un momento—más o menos avanzado—del trayecto abona el importe del billete, abandonando en una ulterior parada el vehículo.

a) *Conclusión de un contrato, pese a la falta de libertad para concluirlo y conformarlo.*

La teoría de las relaciones contractuales de hecho niega que se dé la conclusión de un contrato en el sentido del B. G. B., porque falta en las partes, en todo caso, la libertad de conclusión y configuración del mismo. HAUPT critica la construcción como negocio jurídico, como imagen vacía jurídicamente, supuesto que las partes no tienen libertad en sus decisiones para concluirlo y configurar su contenido. «Las partes no tienen prácticamente interés ninguno en ponerse de acuerdo sobre algo que les viene impuesto sin discusión posible... Un contrato sobre el particular no tienen sentido, puesto que no hay nada que pueda convenirse» (51)..

(49) H. LEHMANN, *Parte general del B. G. B.*, § 24, IV, 1: La declaración de voluntad tiene dos partes, una externa—la declaración—y otra interna—la voluntad—; la declaración es la observación de una conducta externa dirigida a manifestar a otros una concreta voluntad negociada.

(50) Obra citada, págs. 21 y sigs.

(51) HAUPT, obra citada, págs. 22, 23; también LARENZ, N. J. W., 1956, pág. 1.897.

Sin embargo, este argumento no ofrece una justificación jurídica suficiente para situar al lado del principio de la conclusión del contrato otra figura de constitución de relaciones obligacionales mediante procesos fácticos. De ahí que parezca posible mantener el principio contractual, aun a base de una restricción más o menos amplia de la autonomía privada.

Lo expuesto da una clara visión de la moderna vida del Derecho, que desde hace mucho tiempo viene limitando cada vez más el ámbito de la autonomía privada. Ya en 1920 definía NIPPERDEY el instituto jurídico de la obligación de contratar, como aquel precepto inexcusable de concluir un contrato de contenido preestablecido con el sujeto de derecho, en favor del cual está ordenado el deber de contratar (52).

Se trata de una obligación de contratar legalmente impuesta, que, en cambio, respeta el principio de la conclusión del contrato en cuanto tal, y que además lo postula (53).

De otra parte, tampoco es cierto que, en el ejemplo expuesto del viaje en tranvía, no haya en absoluto nada que convenir. Se requiere normalmente el convenio sobre el destino al que el viajero quiere ser conducido. Que por lo demás, y en razón del contenido tipificado y reglamentado de la relación de transporte propuesta, pueda parecerles a las partes que es superfluo cualesquiera acuerdo, no excluye la posibilidad de conclusión de un contrato. En los más variados campos del Derecho se tropieza con los «contratos de contenido normado»—también reconocidos por LARENZ (54) como tales contratos—, sin que por ello sea preciso hacer dejación del instituto jurídico de la conclusión del contrato. En el ejemplo del viaje en tranvía, el contenido de la relación de transporte viene dado, en parte, de forma jurídica, y también en parte, de forma típico-social. Las partes están enteradas de ello y confieren a las manifestaciones que dirigen a la conclusión del contrato de transporte, el consentimiento a ese contenido preestablecido (55).

(52) NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag*, 1920, página 30.

(53) ENNECCERUS-NIPPERDEY, obra citada, § 162, IV 2, págs. 687 y sigs.

(54) *Schuldrecht. Parte general*, tomo 1, págs. 36 y sigs.

(55) La situación jurídica es, por tanto, similar a la de las condiciones generales del contrato: las partes, en particular, el receptor de la prestación, aceptan de entrada la configuración interna de la relación establecida por la A. G. B., se «someten» a una relación vital concebida como típica; véase

b) *Declaraciones de voluntad y tráfico en masa.*

La teoría de las relaciones contractuales de hecho pone también sobre el tapete, aparte de la oposición a ordenar dentro del negocio jurídico del B. G. B., el viaje en tranvía, por ejemplo, el problema de si la constitución de la relación de prestación, mediante la proposición y empleo de la misma, responde a los presupuestos del B. G. B. sobre oferta, aceptación y devenir de la declaración. En opinión de HAUPT, «la construcción jurídico-negocial sólo podría salvarse partiendo de la presunción de que la empresa de tranvías hace en general al público una oferta para la conclusión de contratos de transporte, y que en cada caso concreto en que se sube al tranvía se manifiesta la voluntad de aceptarla» (56).

No parece artificioso el valorar la conducta de los participantes en el transporte como declaración de voluntad y con ello no se violenta ni la realidad jurídico-social, ni la teoría del contrato del B. G. B.

aa) La proposición de contrato que la empresa tranviaria hace se mantiene por la puesta a disposición de forma pública y general del transporte: todos pueden subir al tranvía en las paradas previstas y viajar en él. Se trata del mismo proceso jurídico que fundamenta, por ejemplo, la compra en una máquina automática. En estos casos sólo puede ofrecer dudas la *determinación de la contraparte*, ya que, en rigor, para que la oferta sea eficaz se requiere la *concreción* de la persona a la que va dirigida (57). Pero ello no excluye que también las ofertas dirigidas al público puedan tener el carácter de tales y su fuerza vinculante. Las ofertas al público se dirigen a todo aquel que quiere aceptarlas; el negocio jurídico se constituye, por consiguiente, siempre con una determinada persona (58). Por tanto, si se dirigen ofertas a personas inciertas, con voluntad de que el contrato ha de entenderse cele-

RAISER, obra citada, págs. 17 y sigs.; B. G. H. Z., 1, pág. 83; 2, pág. 176; 3, pág. 200; 5, pág. 111

(56) HAUPT, obra citada, pág. 21, LARENZ, N. J. W., 1956, pág. 1897, entiende que esta concepción sólo es manifiestamente insostenible cuando de forma ostensible el que toma el vehículo no tiene ninguna «voluntad de aceptación».

(57) STAUDINGER-COING, § 145; ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 161, págs. 676 y sigs.

(58) SOHM, Z. H. R., 17, pág. 62.

brado por su simple aceptación por quien quiera concluirlo en la forma establecida, no hay razón ninguna para que el ordenamiento jurídico no pueda reconocer tales ofertas, pues el B. G. B. no tiene por qué prescindir de esta concepción más libre y que viene impuesta por los intereses del tráfico (59). Para la fuerza vinculante de la oferta es, en todo caso, decisivo el problema de si la concepción del tráfico exige en la aceptación el propósito de vincularse, y si la oferta contiene la determinación requerida, de forma que, por el mero hecho de que se acepte por cualquier persona, puede lograrse el acuerdo sobre la totalidad del contrato (60). Sobre estas bases puede valorarse el ofrecimiento público del servicio tranviario como la oferta de un contrato, tal como la configura el B. G. B., exactamente igual que la conceptúa la doctrina actual en el caso de la compra por medio de autómatas (61). Es evidente que, dentro del concepto y circunstancias vigentes del tráfico, la oferta pública que la empresa tranviaria hace queda patente y completa por el hecho de la puesta a disposición del transporte bajo las condiciones públicamente expuestas, de forma que para la constitución basta ya simplemente con la aceptación, con el «sí», de cada viajero individual (62).

bb) La siguiente cuestión es si el hecho de tomar el vehículo supone la declaración de voluntad de *aceptar la oferta*.

A este respecto ha de partirse del hecho de subir al vehículo, ya que posiblemente el billete se expide sólo bastante tiempo después o incluso no llega a expedirse. El lapso de tiempo anterior no puede considerarse como ajeno al contrato o precontractual, porque si el viajero manifiesta su voluntad y acepta con ello la proposición del transporte, lo hace desde luego por el hecho de tomar el tranvía: el billete acredita simplemente el cumplimiento de la obligación de pago.

(59) STAUDINGER-COING, 9. 145; véase, asimismo, R. G. Z., 11, pág. 249. En el B. G. B., véase el negocio jurídico de la gratificación.

(60) ENNECERUS-NIPPERDEY, obra citada, § 161, pág. 676; STAUDINGER-COING, § 145

(61) H. LEHMANN, obra citada, pág. 218; STAUDINGER-COING, § 145; OERTMANN, § 145. Según COING, en obra citada, la exposición al público en las máquinas automáticas supone una oferta real a la conclusión de un contrato.

(62) Basta que el pedido esté lo suficientemente claro y concreto en relación con las demás circunstancias, pudiendo consistir en una conducta decisiva; STAUDINGER-COING, § 145.

La declaración de voluntad requiere normalmente de una determinada conducta externa, la que no es, sin embargo, por sí sola suficiente. Según la concepción básica del B. G. B. es preciso que esa conducta sea además cualificada, en cuanto capaz y dirigida a manifestar a otro la concreta voluntad negocial del declarante (63).

Entiende la teoría de las relaciones contractuales de hecho que el tomar el tranvía no responde a este presupuesto de una declaración de voluntad necesaria. La prestación (transporte) «se ofrece públicamente de forma que cualquiera puede hacer uso efectivo de la misma sin que se espere la previa conclusión de un contrato, la conformidad expresa o tácita sobre prestación y precio» (64). «El que sube al tranvía, no quiere, como regla general, declarar nada y de hecho nada declara» (65). Sobre todo, que el viajero no tiene la intención de manifestar con su conducta una determinada voluntad negocial (66).

Esta concepción ignora que el *valor declarativo* de una conducta viene decisivamente determinado, en el ámbito del cuidado de las necesidades vitales, por el entendimiento del tráfico. Este entendimiento supone, desde luego, que el usuario del tranvía *expresa*, con su conducta, *que quiere utilizar ese medio de transporte público y someterse a las condiciones del mismo*.

Si HAUPT y LARENZ no ven en esta conducta una declaración es porque parten de un concepto de la declaración excesivamente individualista y psicológico, mientras que para el valor declarativo que objetivamente merece una conducta es irrelevante la idea que el sujeto puede tener acerca de la significación de su conducta (67). Por consiguiente, cabe sin duda, ninguna concebir el hecho de subir a un tranvía, dentro de ese supuesto objetivo, como declaración de voluntad jurídico-negocial. Como quiera que, tanto

(63) H. LEHMANN, obra citada, § 24, IV 1; ENNECERUS-NIPPERDEY, obra citada, § 137, IV 1; H. LANGE, *Parte general*, § 37, págs. 224 y sigs.

(64) LARENZ, N. J. W., 1956, pág. 1 898; análogamente HAUPT, obra citada, págs. 21 y sigs.; LARENZ quiere excluir la posibilidad de una declaración de voluntad, en el sentido de una aceptación del contrato, sólo cuando el que sube al vehículo expresamente manifiesta una voluntad contraria; sobre el particular véanse los capítulos siguientes.

(65) LARENZ, *Schuldrecht*, I, pág. 33.

(66) HAUPT, obra citada, págs. 21 y sigs.

(67) BALLERSTEDT, A. C. P., 157, págs. 117 y sigs.

la prestación del servicio como el precio a abonar son fijos y se hallan expuestos, según el sistema del tráfico, en la oferta pública general que la Empresa hace, es incuestionable que la subida del viajero constituye un claro e indiscutible «si» a la oferta del servicio; huelga una manifestación expresa y verbal en tal sentido, ya que la simple conducta puede expresar una declaración de voluntad (68).

Este mismo método que nos ha servido para valorar objetivamente la declaración que deriva de un comportamiento, es también aplicable al *estado de hecho subjetivo*. No parece que pueda ofrecer duda que, como regla general, todo aquel que hace uso de una prestación, de las que el cuidado de las necesidades vitales proporciona, es plenamente consciente que se trata, al tomar el tranvía, por ejemplo, de algo muy distinto a aceptar un domingo la invitación de un amigo para un viaje al campo. Con otras palabras: *El que toma parte en el tráfico*, por ejemplo, el usuario del tranvía, *es absolutamente consciente de las consecuencias jurídicas y económicas de su conducta. Por ello, quiere, como norma general, dar lugar a un determinado resultado negocial y, en su consecuencia, tiene también la voluntad negocial que requiere y exige una declaración de voluntad.*

Problema aparte es si, sobre la base del entendimiento y exigencias del tráfico, puede el Ordenamiento jurídico invocar, en un caso concreto, la falta de plena conciencia de la declaración o de la voluntad negocial; este aspecto será objeto de ulterior examen (Véase núm. 2 de este Apartado I).

La doctrina de las relaciones contractuales de hecho, olvida, por tanto, en este punto, que aun dentro de la vigente teoría del negocio jurídico, pueden reconocérsele perfectamente efectos de conclusión de contrato a una conducta social típica. Y no se trata de la ficción de una declaración de voluntad, sino de la valoración jurídica de un comportamiento real (69).

(68) Para la declaración de la voluntad negocial no se requieren palabras inexcusablemente, basta cualquier actuación que le exprese; véase ENNECERUS-NIPMERDEY, 9, 153, I y II, págs. 642 y sigs.

(69) WIEACKER, B. G. B., comentarios de 14-7-1956, J. Z., 1957, págs. 58 y sigs. (61) Z. A. K. D. R., 1943, pág. 33 y sigs. (34), J. Z., 1956, págs. 294 y sigs.—Según COING (STAUDINGER-COING, § 116, B. G. B.) en tales casos se trata de «Exteriorizaciones de voluntad mediante una conducta expresa», que deben ser valoradas en absoluto como declaraciones de voluntad. De modo

Aún resta por comprobar de qué forma *llega* al empresario la declaración de voluntad del viajero. Cabría tal vez pensar que el conductor o cobrador—como representante de la empresa—puede no darse cuenta, o al menos no en seguida, de la presencia del viajero (70). Aun en ese supuesto, la declaración ha llegado a la esfera de acción del receptor, es decir, del conductor o cobrador; es dudoso, empero, que puede ello ser suficiente como tal declaración (71). Si se parte del supuesto de que, entre ausentes, la declaración en cuanto tal ha de ser efectivamente percibida y entendida por el receptor (72), entonces el contrato habría surgido en contra de lo que dispone el parágrafo 151 del B. G. B. Precisamente en estos supuestos ha de deducirse la conclusión o principio de conclusión del contrato de la aceptación de la oferta (73). Ahora bien, como acertadamente ha establecido la teoría de las relaciones contractuales de hecho, en estos casos no es posible esperar una declaración de aceptación en razón del carácter masivo de estas relaciones de prestación, según los usos del tráfico.

Resulta de lo expuesto *que la utilización normal y voluntaria de las prestaciones que proporciona el cuidado de las necesidades vitales puede ser encuadrada dentro de la doctrina del contrato del B. G. B. y que, por ello, no es necesaria la construcción de una relación contractual sin conclusión de contrato* (74).

Este resultado no excluye el que, en determinados casos, deba modificarse el instituto del negocio jurídico y del contrato.

parecido quiere concebir ESSER, A. C. P., 157, págs. 95 y sigs., la conducta en el tráfico de masas no como declaración de voluntad en sentido estricto, sino como actuación de voluntad con carácter jurídico negocial, que no siempre, pero sí en determinados casos, tiene que ser equiparada a una declaración de voluntad. En sus resultados coincide esta diferenciación con el concepto que se ha mantenido aquí; sin embargo, me parece—aunque en oposición a ESSER—que las modificaciones de las consecuencias de la declaración que la masividad requiere son perfectamente compatibles con un concepto general de la declaración de voluntad.

(70) LARENZ, N. J. W., 1956, pág. 1 897.

(71) ENNECCERUS-NIPPERDEY, obra citada, § 158, tomo 2, pág. 671.

(72) ENNECCERUS-NIPPERDEY, obra citada.

(73) STAUDINGER-COING, § 151.

(74) ESSER, A. C. P., 157, pág. 98: «No queremos ni debemos crear hechos o supuestos 'objetivos' asistemáticos, sino que hemos de sujetar las relaciones de prestación típicas, como efectivas relaciones obligatorias, a los respectivos elementos convenientemente adaptados del negocio jurídico».

2. *Conclusión del contrato sin conciencia de la declaración y sin voluntad negocial.*

Sin embargo, cabe imaginar algún supuesto de utilización de una de las prestaciones del cuidado de las necesidades vitales *sin* una *conciencia de declaración* dirigida a la fundamentación de una relación de prestación y sin la correspondiente *voluntad negocial*. Es el caso citado por HAUPT del piloto deportivo que—sin saberlo—aterriza en un aeropuerto abierto al tráfico y debe pagar la correspondiente tarifa. Exactamente igual ocurre si alguien utiliza un aparcamiento vigilado, desconociendo la obligación de pago de una tasa. Hay aquí una conducta externa, que según hemos expuesto más arriba deja inducir una determinada voluntad negocial; faltan, en cambio, las características subjetivas de la declaración jurídico-negocial, ya que el sujeto no tiene ni conciencia de prestar una declaración, ni tampoco voluntad de concluir un negocio. En su virtud, el piloto deportivo o el usuario del aparcamiento podrían, invocando fundamentos de Derecho privado, afirmar que, por ausencia de aquel conocimiento, no han prestado declaración de voluntad ninguna (76) o, al menos, podrían impugnar su declaración por falta de voluntad negocial según el párrafo 119 pár. 1 del B. G. B.

Esta conclusión no parece adecuada para las relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge». Evidentemente que es cosa muy distinta el que pueda aterrizar en un aeropuerto o aparcar mi coche en lugar acotado y vigilado sin ser consciente de la significación jurídico-negocial de estos procesos, y el que puede suscribir una oferta de contrato individual, pensando que se trate de una invitación a comer o de la notificación de un duelo (77). La tipicidad social de los procesos en el campo de la «Daseinvorsorge», la exigencia práctica de un desarrollo sin roces de los casos singulares, su carácter masivo, son motivos suficiente para conferir mayor im-

(75) HAUPT, obra citada, pág. 7.

(76) Está superada la cuestión de si la falta de conciencia de la declaración da sólo derecho a la anulación o de si determina la nulidad radical de ésta. Puede encontrarse una panorámica de las distintas concepciones en OERTMANN; ENCCERUS-NIPPERDEY; H. LEHMANN. El problema de la anulabilidad de las declaraciones de voluntad en el ámbito de la «Daseinvorsorge» requiere aún de un estudio especial; véase más adelante.

(77) Ejemplos en ENCCERUS-NIPPERDEY, § 145, tomo 2, A 4.

portancia a la confianza de los partícipes en el tráfico, en particular a la del receptor de la declaración, que al interés del sujeto activo, de no vincularle una conducta externa, de cuya significación jurídico-negocial no era consciente.

El gran mérito de la doctrina de las relaciones contractuales de hecho estriba en haber elaborado este resultado en atención a las particularidades del tráfico en masa (78). Cuestionable es, sí, para llegar a este resultado, es obligado rechazar absolutamente la existencia de un hecho jurídico-negocial en la base de las reciprocas obligaciones de prestación, o más bien, cabe referir la intranscendencia de la voluntad interna individual a aquellos principios ya antes destacados, y que, siendo inmanentes al supuesto jurídico-negocial, limitan la autonomía privada en el campo de la «Daseinvorsorge» en función de determinadas razones de orden y sistema.

La cuestión dogmático-jurídica es *si una conducta constitutiva puede compensar los defectos del estado de hecho interno de la declaración de voluntad* (79).

a) *Reducción del elemento volitivo y dogmática del B. G. B.* (80).

La cuestión acerca de la significación del comportamiento constitutivo o decisorio en caso de ausencia de la causa o elemento interno no es nueva ni se ha planteado por primera vez con la investigación de las relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge». Se encuentra ya en la discusión general entre teoría de la voluntad y teoría de la declaración que llevó a considerar si una voluntad jurídico-negocial interna es o no elemento de la declaración de voluntad (81). Tampoco para el B. G. B. es la voluntad jurídico-negocial presupuesto absoluto de la declaración; inexcusable es

(78) HAUPT, obra citada, SPIESS, Z. A. K. D. R., 1942, pág. 340; WIEACKER, Z. A. K. D. R., 1943, pág. 33; TASCHE, *Jhering Jb.*, pág. 90; BAERMANN, obra citada; ESSER, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1949, pág. 20; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, T. I., págs. 27 y sigs. y N. J. W., 1956, págs. 1.897 y sigs.; más modernamente BETTI, en homenaje a LEHMANN, 1956, tomo 1, pág. 253.

(79) Opiniones de COING (STAUDINGER-COING, § 116), sobre la buena fe y obligatoriedad derivada de un comportamiento expreso en el tráfico jurídico. Parte no sólo de una declaración de voluntad en tales casos, sino de una especial situación de confianza.

(80) GYSIN, *Zur Theorie des Rechtsgeschaefts*, Reinhardt *Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskraeifte im Vertrag*.

(81) Teoría de la voluntad: SAVIGNY, WINDSCHEID, ZITELMANN; teoría de la declaración: BEKKER, KOHLER, LEONHARD; teorías intermedias: BERNBURG, REGELSBERGER.

tan sólo el supuesto externo—la conducta que se interpreta como declaración jurídico-negocial—y cierta voluntad de actuar, como causa de la conducta externa (82). El B. G. B. ha adoptado una posición intermedia entre la teoría de la declaración y la de la voluntad. Parte de una teoría de la voluntad muy debilitada en interés de la seguridad del tráfico (83).

Esta tendencia se manifiesta, entre otros casos, en que el B. G. B. atribuye en ciertos supuestos a la simple conducta externa—es decir, sin tener en cuenta la voluntad jurídico-negocial interna—un contenido de declaración de negocio jurídico. Se estima así la permanencia en el uso de la cosa por el arrendatario como prolongación por tiempo indefinido del contrato de arrendamiento en tanto arrendador o arrendatario no declaren otra cosa en el plazo de dos semanas (parágrafo 586 del B. G. B.) (84). En tales supuestos nadie atendería la afirmación de que faltó conciencia a esa declaración o voluntad negocial, aun cuando esa declaración sea susceptible de anulación por otras causas, a tenor del párrafo 119 y siguientes del B. G. B. (85). Finalmente, se encuentran en el B. G. B. casos en los que a una determinada conducta se le confiere la eficacia de una declaración de voluntad, sin que tengan aplicación las disposiciones referentes a éstas, sobre todo las relativas a anulabilidad. Por ejemplo, el consentimiento obligado del representante legal se entiende irrevocablemente como denegado si no lo presta dentro del plazo que marca el párrafo 108, párrafo 2 (86).

Sobre su base, tanto la jurisprudencia como la doctrina han rechazado la alegación de vicios de la voluntad en determinados campos del Derecho. Por ejemplo, así ocurre con las declaraciones de fundación o ingreso en las personas jurídicas del Derecho Mercantil y con el contrato fundacional de las sociedades personalistas (87). En estos casos se trata de «manifestaciones en el ámbito

(82) H. LEHMANN, *Parte general*, § 24, IV 1c; H. LANGE, *Parte general*, § 37, STAUDINGER-COING, § 116, B. G. B.

(83) §§ 116, párr. 1, 155, 164, párr. 2; 199, párr. 1, 122, B. G. B. Todas estas disposiciones procuran proteger en mayor o menor medida la confianza del receptor de la declaración.

(84) Nuevos ejemplos: ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 153, IV 3; H. LEHMANN, obra citada, § 30, IV.

(85) ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 153, IV 3. También STAUDINGER-COING.

(86) ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 153, IV 3.

de intereses ajenos» (88), en los que no se toma en consideración la voluntad interna, precisamente en beneficio de la confianza de las partes en el hecho externo de la declaración. La protección del tráfico, la confianza en la permanencia de la declaración jurídico-negocial, ha de prevalecer, por la significación que en el tráfico tienen determinados negocios jurídicos, necesariamente sobre los intereses del declarante, y en particular, sobre su propia conveniencia en la declaración (89).

La ausencia de conciencia sobre la declaración y la voluntad negocial carecen de importancia no sólo en los casos que acabamos de citar, sino que incluso la jurisprudencia y la doctrina encuentran significativas *apreciaciones generales* para excluir frente a una conducta declarativa objetiva, tipificada por un uso de tráfico, tanto la invocación de falta de conciencia declaratoria cuanto la nulidad por ausencia de voluntad negocial. Claramente resulta lo expuesto de un análisis del parágrafo 157 del B. G. B.

La interpretación de la conducta con trascendencia jurídica, según el parágrafo 157 del B. G. B. ha llevado, en primer lugar, a la aceptación de una declaración de voluntad *expresa* o *tácita* en el sentido de que quien actúa con conciencia de la declaración y voluntad negocial, no necesita declarar ésta expresamente (90). Se habla también de una declaración de voluntad decisiva, en los casos en que el peso específico de la consideración jurídica descansa, no en el correctivo de un defecto de la declaración externa, mediante su interpretación, sino en el defecto del elemento interno (subjetivo), que está en contradicción con la impresión que la conducta produce en los terceros (91). Se trata ahora de *proteger la confianza de estos terceros en el contenido y persistencia de la declaración objetiva*. El punto de vista que da la medida de cómo debe procederse en estos casos ha sido claramente señalado por la *jurisprudencia* del Tribunal Supremo alemán: «Es un principio reconocido en el Derecho actual que cada cual viene obligado a dejar valer contra sí sus propios actos, no conforme

(87) STAUDINGER-COING, § 116.

(88) MUELLER-ERZBACH, *Jherings Jb.*, 83, pág. 67.

(89) STAUDINGER-COING, § 116, B. G. B.

(90) El que actúa con voluntad negocial lo hace necesariamente también con conciencia de la declaración.

(91) STAUDINGER-COING, § 116, B. G. B.

los quiso en su fuero interno, sino tal y conforme se entienden por el uso del tráfico, es decir, por la opinión común. Este postulado ha sedimentado en el parágrafo 346 del H. G. B.; su aplicación no queda, sin embargo, limitada al Derecho Mercantil; es válida en general para el Derecho civil en virtud de lo que dispone el parágrafo 157 del B. G. B.» (92). En la propia resolución se destaca más adelante que es irrelevante la voluntad interna del sujeto: «Decisivo es realmente cómo se valore su conducta por los usos y la concepción del tráfico». En forma parecida se pronuncia otra sentencia del Tribunal Supremo (93). «Cada cual viene obligado a dejar valer, en el tráfico negocial, su conducta en contra suya, en los términos en que se entiende ésta por los usos del tráfico, o lo que es igual, según el concepto jurídico que impere en el concreto ámbito de que se trate, siendo irrelevante su voluntad interna». Se fundamenta esta doctrina, según la misma sentencia, en el principio de la buena fe que exige que deba protegerse la confianza puesta en una determinada conducta manifestada en el tráfico negocial.

Estos postulados aparecen una y otra vez en la jurisprudencia y en la doctrina. Puede ser un ejemplo, el contrato de exclusión de responsabilidad en el viaje de favor (94). Ha sido, sobre todo, KRAUSE quien, bajo parecidos puntos de vista dogmático-jurídicos, ha desarrollado en la doctrina, el silencio ante un escrito confirmatorio como asentimiento al mismo (95). Si bien en estos casos hay en la base de la obligación un hecho jurídico-negocial, lo decisivo es, no obstante, no la voluntad interna del declarante, sino la idea de protección a la confianza; en definitiva, la concepción del tráfico. Las sentencias acotadas proclaman más o menos los siguientes principios jurídicos: Cuando una parte muestra una conducta que—presupuesta una actitud recta y razonable—sólo es conciliable con cierta voluntad negocial, entonces ha de someterse en su tratamiento como si hubiera tenido tal voluntad. El fundamento inmediato de responsabilidad no estriba en una voluntad

(92) R. G. Z., 95, pág. 122 y sigs.

(93) R. G., SEUFF, Arch. 78, nr. 62.

(94) R. G. Z., 141, pág. 263. Más recientemente, B. G. H., N. J. W., 1958, pág. 906; M. D. R., 1958, pág. 503, 678 con crítica de BEITZKE.

(95) H. KRAUSE, *Schweigen im Rechtsverkehr*, 1933, B. G. H. Z., 11, pág. 1. En la doctrina, también SCHEGELBERGER-HILDEBRANDT, § 346, H. G. B.

dirigida a esa obligación, sino en el principio de la buena fe y de protección a la confianza (96).

Resumiendo, puede concluirse que en esta casuística especial de la responsabilidad jurídico-negocial por razón de la confianza que deriva de una conducta decisiva (97), *al que actúa en el tráfico jurídico ha de serle imputada su conducta y también las consecuencias objetivas de carácter declarativo* que vienen determinadas por ella.

b) *Restricción de la anulabilidad.*

De esa imputación deriva una importante consecuencia: en la medida en que la voluntad interna del declarante no constituye fundamento esencial del negocio jurídico, resultan inadecuadas las disposiciones que regulan los *vicios de la voluntad* (parágrafos 116-124 del B. G. B.) (98). Es cierto que fundamentalmente lo que se dice anulable es la declaración de voluntad expresa o tácita, en su caso (99). Pero precisamente en los casos que hemos apuntado que requieren de una restricción de la anulabilidad, la elaboración del valor declarativo que objetivamente merece una conducta a consecuencia de la concepción del tráfico, perdería su sentido esencial si el actor pudiese invocar falta de conciencia de la declaración o de voluntad negocial (100). En base a esta argumentación quieren la jurisprudencia y la doctrina excluir la anulabilidad. Así lo ha declarado con toda claridad en el caso del silencio a un escrito de confirmación (101). Ilustrativa es también una decisión del

(96) STAUBINGER-COING, § 116.

(97) Definición de COING, STAUBINGER-COING, § 116. que no conceptúa ya esta responsabilidad por razón de confianza como declaración de voluntad.

(98) Con toda claridad B. G. H. Z., 11, pág. 1 (5), en el caso de conformidad a un escrito de confirmación KRAUSE, obra citada, págs. 125 y sigs., desarrolla para este supuesto la figura jurídica de los «supuestos declarativos típicos con eficacia normada». Dado que aquí la buena fe y la concepción del tráfico confieren en general a la conducta dudosa la significación de una determinada declaración de voluntad, tal significación se tipifica e independiza de las contingencias del caso concreto. En su consecuencia, KRAUSE estima inatendible cualquier invocación sobre que tal declaración no quiera prestarse. En análogo sentido RAISER, *Das Recht der Allgemeinen Geschaeftsbedingungen*, págs. 158 y sigs.

(99) R. G. Z., 103, pág. 401

(100) STAUBINGER-COING, § 116.

(101) R. G. Z., 15, pág. 242; 54, pág. 176; B. G. H. Z., 11; pág. 1; KRAUSE, obra citada, pág. 138. También coincide en los resultados, B. G. H., N. J. W., pág. 787.

Tribunal Supremo federal que reconoce al arrendador, que durante muchos años cobró una renta inferior a la debida, el consentimiento tácito a la misma. El Tribunal desestimó la pretensión de anulabilidad del arrendador basada en el parágrafo 119, parr. 1 del B. G. B. por entender que se estaba ante un error consentido en sus consecuencias jurídicas (102). Esta fundamentación es errónea, si se la compara con las decisiones fundamentales del Tribunal Supremo federal sobre el error en las consecuencias jurídicas (103), pero en definitiva, muestra la decidida tendencia a proteger la confianza en el hecho externo de la declaración de voluntad.

Es cierto que ni la jurisprudencia ni la doctrina han dicho aún expresamente que la responsabilidad jurídico-negocial que impone la protección a la confianza que deriva de una conducta vinculante excluya la posibilidad de anulación por falta de voluntad negocial en base al parágrafo 119 del B. G. B.; pero el Tribunal Supremo federal ha declarado en general irrelevante la falta de voluntad negocial, en la sentencia R. G. Z. 95 S. 124. Recordemos, finalmente, la exclusión de la anulabilidad en las declaraciones de voluntad fundacionales o de ingreso en una sociedad. Vemos, por tanto, que en ciertos aspectos el parágrafo 119 se interpreta restrictivamente. Importantes puntos de vista impiden la aplicación ilimitada de las normas sobre vicios de la voluntad; puntos de vista que le merecen al Ordenamiento jurídico mayor respeto que la voluntad individual.

Si conforme a lo expuesto existe en el tráfico jurídico general una justificada tendencia no sólo a que el valor objetivo de una conducta sea decisivo para el «contenido de la declaración», sino incluso a proteger aquella declaración en sí misma contra defectos de su valoración y de la voluntad negocial, es claro que la idea básica determinante de esa evolución ha de tener aún mayor validez en el campo del cuidado de las necesidades vitales.

Las formas necesariamente tipificadas del cuidado de las necesidades vitales han desarrollado una concepción del tráfico que

(102) R. G. Z., 134, pág. 195; R. G. Z., 103, pág. 401. La resolución citada en el texto no cita la anulación; declara inoperante la existencia de una voluntad negocial.

(103) STAUDINGER-COING, § 116, B. G. B.

ve en la utilización de las prestaciones de abastecimiento y servicio, es decir, en determinados usos, declaraciones de voluntad que se corresponden y dirigen de modo general y absoluto a la conclusión de un contrato.

La confianza de las correspondientes esferas del tráfico sobre el valor declarativo del hecho de subir a un tranvía o del aparcar en zona vigilada, debe ser protegida mediante la desestimación de cualesquiera invocación del actor acerca de una voluntad interior en desacuerdo con ese estado de confianza externo. La *fuerza normativa del uso de tráfico* (104), que confiere una determinada significación a una conducta en el tráfico en masa, aunque en el caso particular no se dé la correspondiente voluntad interna—*viene justificada por las características sociológico-jurídicas de estas relaciones de prestación con su imperativo colectivo y social y la tipicidad social de su decurso*.

Quedan así expuestos aquellos criterios decisivos para la interpretación de las leyes, que prohíben la aplicación ilimitada y absoluta de las prescripciones sobre los negocios jurídicos a las relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge». Sobre todo, ha de ser excluida la anulabilidad por error, según el parágrafo 119 del B. G. B., y ello, no sólo en los supuestos de falta de conciencia de la declaración o de la voluntad negocial, sino también en los fundados en cualquier otro de los motivos que pueden determinarla a tenor de dicho precepto. Porque esta disposición ha perdido, en el ámbito del tráfico en masa, la razón de ser que justificaba su interés, es decir, la voluntad individual de cada uno de los que toman parte en el tráfico (105). Las particularidades y fines personales se nivelan; por ello, sólo las características típicas y generales tienen significación jurídica. Tipicidad y nivelación expresan la supresión del elemento volitivo. El que recibe la prestación se encuentra en una situación tipificada; la igualdad para todos de las relaciones jurídicas excluye cualesquiera consideración de la voluntad individual.

(104) KRAUSE y RAISER, obra citada.

(105) BAERMANN, obra citada, págs. 84 y sigs.; SIMITIS, obra citada, págs. 469 y sigs.; RAISER, obra citada, págs. 15, 77, 112 y sigs., 148. Desde el punto de vista del método se trata aquí de una *interpretación de Ley*, en que la intención del legislador y «ratio legis», conducen a una interpretación restrictiva frente al contexto legal.

Llegamos así a la conclusión de que, en el caso de defecto de conciencia de la declaración o de falta de voluntad negocial, el *principio de la autonomía privada* viene restringido, para determinados grupos de supuestos, sobre todo, en el campo de la «*Daseinvorsorge*», por la *responsabilidad jurídico-negocial por razón de la conjianza o buena fe*. Y esto es válido, principalmente, para el parágrafo 119 del B. G. B. Precisamente, porque la anulabilidad por error se concibe en base a la consideración de la voluntad individual, no puede tener aplicación el parágrafo 119 en el ámbito de los contratos masivos típicos, propios de la «*Daseinvorsorge*», ya que la voluntad interna individual no puede lógicamente eliminar la significación típica de un comportamiento. Ello no supone hacer dejación del B. G. B., o decidir *contra legem*, sino que implica simplemente una *interpretación legal restrictiva* frente a la literalidad del parágrafo 119 del B. G. B., teniendo en cuenta la finalidad del precepto y del estado de intereses que regula. viniendo a completar además una laguna legal resultante de dicha interpretación restrictiva. Se ha puntualizado por demás, que dicha laguna se completa con la aplicación de esos principios reguladores, que pueden encontrarse a menudo en nuestro Derecho privado (106).

Aún cabría preguntarse si la exclusión de la anulabilidad es también válida para los supuestos de *violencia y engaño* (parágrafo 123 del B. G. B.). En estos casos la idea de fuerza normativa del uso de tráfico, exige que se aquilaten debidamente, el interés del tráfico en que cada caso particular se desenvuelva sin roces, y el interés de cada partícipe individual de poder desligarse de la obligación jurídica por razón de vicios de la voluntad. El vicio que fundamenta la anulabilidad por violencia y engaño habla más bien en favor de la protección al interés individual. En cualquier caso, parece que la posible anulabilidad por causa de engaño se presentará muy pocos veces en las relaciones de prestación de la «*Daseinvorsorge*», dado que el receptor de la declaración—la empresa—

(106) Sobre restricción y necesidad de completar lagunas dentro del ámbito metódico de la interpretación de Ley puede verse ENNECCERUS-NIPPERDEY, 1.º volumen al tomo 1, § 59, págs. 213 y sigs.; STAUDINGER-COING, § 116; últimamente, REINHARDT, *Methoden der Rechtsfindung*, 1957, págs. 17 y sigs. 20 y sigs., 25 y sigs.; STARTENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, 1957, págs. 20, 25 y 27 y sigs. *Die Methode der Gesetzesauslegung*.

apenas conoce el eventual engaño ni tiene que conocerlo, y aún en menor medida lo determina. En cambio, en los casos de violencia, que lógicamente se darán aún menos, ha de reconocerse camino libre a la anulabilidad.

3. *Conclusión del contrato con protesta de la obligación de pago.*

De importancia en este examen de las relaciones de prestación de la «Daseinsvorsorge», y para su configuración jurídico-negocial, es también el supuesto de utilización de una prestación, de las que, en general, obligan a una contraprestación, pero en que su receptor, en el momento de utilizarla, declina y niega expresa e indubitadamente la conclusión del contrato y su prestación recíproca. Es el caso que contempla la sentencia del B. G. H. de 14 de julio de 1956 (107).

En la ciudad de Hamburgo se habían acotado determinadas zonas de la vía pública para aparcamientos vigilados y onerosos y encomendado la vigilancia de los vehículos al demandante, que podría cobrar una tarifa según las condiciones fijadas. El demandado había estacionado su automóvil en una de dichas zonas, advirtiendo expresamente al vigilante que se abstuviera de cuidarlo, pues rechazaba ese servicio y cualesquiera obligación de pago. Reclamó aquél judicialmente el importe devengado; el B. G. H. estimó su pretensión con fundamento en una relación contractual de hecho, determinada por el hecho de efectiva utilización del aparcamiento.

Si ese derecho del Municipio a cobrar hemos de referirlo a la conclusión de un contrato jurídico, debe necesariamente partirse, según lo antes expuesto, de que el comportamiento del conductor que aparca en una zona que sabe vigilada bajo tarifa ha de valorarse, en méritos a la concepción vigente en el tráfico jurídico de masas, como declaración de voluntad (aceptación de contrato) para la conclusión de un contrato de aparcamiento, que le obliga al pago de la tasa fijada. La cuestión dogmático-jurídica se reduce al análisis de *si la expresa protesta de la obligación de pago ex-*

(107) B. G. H. Z., 21, pág. 319.

cluye la significación jurídica de la conducta como aceptación del contrato.

Opina la teoría de la conducta social típica que no puede valorarse como declaración de voluntad algo que inequívocamente aparece como no querido. «Resulta de ello que, por mucha importancia que quiera darse a la significación objetiva y acorde con el tráfico de una conducta, para su interpretación, el autor siempre debe poder estar en disposición de conferir a un comportamiento, en otros casos «concluyente», la significación declarativa de una determinada voluntad, y ello, mediante la expresa declaración, al actuar, de su voluntad contraria. Este límite no puede ser traspasado por ningún tipo de interpretación» (108).

Es cierto que la persona que se conduce de forma determinada y «constitutiva» tiene no ya la posibilidad, sino también, bajo ciertas circunstancias, un interés en impedir la consecuencia de esa voluntad negocial concreta que, según la concepción del tráfico, se deduce de su comportamiento. El medio es la protesta, la manifestación de voluntad que contradice aquella conclusión (109).

Pero también la eficacia de la protesta tiene sus límites, como los tiene la propia autonomía privada que le sirva de base (110). Lo corrobora plenamente el hecho mismo de que frente a las consecuencias jurídicas propias de una determinada declaración, independiente de la voluntad de las partes, es irrelevante cualquier protesta. Por otra parte, carece de sentido la protesta y no puede ser atendida, como ocurre en este caso que consideramos, cuando la conducta efectiva del que la manifiesta es, dentro de las reglas de la buena fe, incompatible con ella (111). Tal es el sentido del aforismo: *protestatio facta contraria non vallet* (112). La protesta sólo es capaz de desvirtuar la significación declarativa de un comportamiento decisorio, si es lógicamente conciliable con el mismo (113); en otro caso, el declarante «ha dado lugar por su conducta a la validez de la interpretación diferente» (114). La protesta

(108) LARENZ, N. J. W., 1956, pág. 1.897 (1899).

(109) STAUDINGER-COING, § 16; ENNECERUS-NIPPERDEY, obra citada, § 153, V.; H. LENMANN, obra citada, § 30 V.

(110) STAUDINGER-COING, *Introducción*, 2 d, f, § 104.

(111) STAUDINGER-COING, § 116; ENNECERUS-NIPPERDEY, obra citada.

(112) RIEZLER, *Venire contra factum proprium*, 1912, pág. 119, R. G. Z., 111, pág. 312.

(113) H. LEHMANN, obra citada, § 30, V.

contra la obligación de pago de la tarifa de un aparcamiento, pese al hecho de su utilización, contradice abiertamente el comportamiento del conductor, que, conforme a las reglas de la buena fe y de la concepción del tráfico, ha de ser estimado como la conclusión del contrato que obliga al pago de aquella tasa. Su protesta no puede ser atendida (115) y el usuario viene obligado al pago correspondiente por razón de la conclusión de un contrato. Esta construcción dogmático-jurídica la elaboró ya el Tribunal Supremo federal en su sentencia de 29-9-25, relativa a una situación de hecho similar (116): Un importante industrial había tomado corriente de una empresa de luz estatal, si bien, rechazado en parte la obligación de pago, alegando que era inadecuada la nueva tarifa publicada. Su tesis de no haber reconocido validez a las nuevas tarifas, contra las que había incluso reclamado repetidamente por escrito, fue rechazada por el Tribunal Supremo con el siguiente razonamiento: Si el usuario sigue utilizando la corriente «conociendo la voluntad del Estado de suministrar energía sólo por el precio fijado en general, se somete por la ulterior utilización y pese a su manifestación contraria, a dicho precio. Son indiferentes los motivos que hayan podido determinarle a continuar en aquel uso. La oposición manifestada no tiene de hecho más significación que la de una *protestatio facta contraria*, y es incompatible con la real y efectiva conducta del usuario, y, por ende, inatendible».

Puede decirse que en el caso de no atender la protesta se le imputa al declarante una voluntad jurídico-negocial que ciertamente no tiene (117). Pero esto no supone que la obligación de pago de la tarifa no pueda descansar sobre un negocio jurídico, concretamente, en la conclusión de un contrato. Porque, en absoluto,

(114) STAUDINGER-COING, § 116, B. G. B. Si el que recibe un libro para verlo corta sus páginas y lo anota, ha de aceptar que se interpreta su conducta en el sentido de que ha querido conservar el libro, aun cuando proteste contra tal entendimiento.

(115) También KUECHENHOFF, R. D. A., 1958, pág. 125: en caso de contradicción entre la conducta y la palabra prevalece la conducta regular sobre la palabra contraria, a efectos de interpretación.

(116) R. G. Z., 111, págs. 310 y sigs.

(117) LARENZ, N. J. W., 1956, pág. 1.897 (1899): «Allí donde ha de darse la consecuencia jurídica, y aun cuando la voluntad contraria se haya declarado expresamente, no puede ya reconducirse ésta a un negocio jurídico».

puede equipararse la restricción de la autonomía privada a la desaparición de la institución del negocio jurídico. Al lado de la autonomía privada hay otra serie de variados puntos de vista que juegan, dentro de nuestro Derecho privado, un importante papel para la configuración de las relaciones entre partes, tales, por ejemplo, el principio de la buena fe, del equilibrio de intereses, de la protección a la confianza, según hubo ocasión de exponer al tratar de los vicios de la voluntad. Es cierto que la autonomía privada es el *primum principium* para todos los hechos de trascendencia en la esfera del Derecho privado. Pero de otra parte, no es posible un entendimiento pleno del Derecho privado si se prescinde de aquellos otros factores; las reglas, que de éstos derivan, inciden, en efecto, muy profundamente en la autonomía privada, limitándola y complementándola (118). La autonomía privada forma cuerpo con la totalidad del Ordenamiento jurídico; de ahí que su ejercicio no pueda contradecir estos principios, y precisamente por ello no puede tampoco perder su función de punto de partida y base de todos los demás principios del Ordenamiento jurídico.

Aún quisiera exponer, cómo, a mi juicio, la inatendibilidad de la protesta expresa puede también combatirse por otros cauces. Cuando el que hace uso de un aparcamiento protesta contra la vigilancia por un precio, porque le niega al «empresario» la facultad jurídica de exigir el pago de la tarifa, está exteriorizando una determinada *concepción jurídica*. Por tanto, su protesta se refiere en realidad a una pura cuestión jurídica, a la cuestión de la consecuencia en Derecho de su conducta, no al contenido real e inmediato de su declaración. Es evidente que entonces no se da el supuesto de la *protestatio*, puesto que no se está en presencia de dos declaraciones de voluntad distintas en su contenido, sino que la solución resulta del hecho de soportar el usuario el riesgo de la corrección de su concepción jurídica. Si esta concepción jurídica es inexacta, debe dejar valer en contra suya la consecuencia jurídica de su conducta.

(118) STAUDINGER-COING, § 104 Sobre limitación de la autonomía privada. BALLERSTEDT, A. C. P., 151, págs. 501 y sigs.; HIPPEL, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, 1936, págs. 110 y sigs.; MANIK, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, 1935, págs. 62 y sigs.

4. *La conclusión del contrato y la ausencia o limitación de la capacidad.*

Tan sólo nos resta por considerar los supuestos de incapacidad o capacidad limitada, en los que pueden darse dificultades para aplicar las reglas del B. G. B. a las relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge». La verdad es que carecerán prácticamente de importancia, porque, al igual que en las restantes relaciones sociales típicas de prestación, o se desenvuelven sin roces, o sólo aparecen cuando la contraparte conoce aquella falta y rechaza la conclusión del contrato. En la mayor parte de los casos de capacidad de obrar limitada se cumplirán los supuestos de excepción de los párrafos 108, párr. 1 del B. G. B. (consentimiento) 110 del B. G. B. (párr. sobre dinero para gastos menudos) y parágr. 112 y 113 del B. G. B. (capacidad empresarial y mayoría de edad laboral).

En cuanto a los escasos supuestos que restan por considerar, puede llegarse a una solución satisfactoria fuera del ámbito del Derecho contractual. La *responsabilidad por daños*, exigible precisamente a las empresas públicas de transporte (119), protege asimismo al menor que, en contra de la expresa prohibición de su representante legal, viaja en el tranvía sirviéndose de dinero que haya podido robar o encontrar.

Lo mismo puede decirse respecto del declarado incapaz. La medida de la responsabilidad del menor por daños fue ya encuadrada por el parágr. 276, apt. 1, par. 3, dentro de la culpa extracontractual. El problema de los párrafos 831/278 del B. G. B. carece aquí de importancia.

Es cierto que la obligación de pago del *contravalor* desaparece en el contrato nulo; en su lugar surge el derecho del usuario a la devolución del enriquecimiento sin causa, normalmente, en la propia cuantía, conforme a los párrafos 812 y siguientes del B. G. B. Puesto que la prestación no puede ser devuelta, ha de restituirse el valor, que en este caso debe ser calculado en función del gasto, o lo que es igual, del contravalor que se ahorra; un cálculo que vaya más allá de dicho importe es prácticamente imposible. La jurisprudencia y la doctrina han desarrollado el prin-

(119) § 8, párr. 2, St. V. G.; B. G. H. Z., 1, pág. 99.

cipio de que aquel que utiliza una cosa ajena, que de proceder lícitamente sólo hubiera podido usar mediante el correspondiente pago, es deudor del importe que se ahorró, según el parágrafo 812 del B. G. B.; no puede invocar que de no ser así hubiera podido arreglarse de otra manera (120).

5. *Resumen.*

Nos habíamos impuesto la tarea de analizar si las relaciones de servicio y abastecimiento que se dan dentro del campo del cuidado de las necesidades vitales pueden ser encuadradas en la teoría contractual del Derecho privado, porque se adecúen en sus resultados a los principios generales de nuestro Ordenamiento jurídico, o si más bien era necesario desarrollar, al lado de la sistematización del B. G. B. para los negocios jurídicos y contratos, un sistema nuevo de fundamentación y configuración de determinadas relaciones jurídico-privadas.

a) Este examen ha demostrado que nuestro sistema jurídico vigente es lo suficientemente elástico como para acoger aquellas restricciones, complementos y diferenciaciones de la declaración de la voluntad y del contrato, que se requieren para una adecuada concepción de los estados normales dentro de la «Daseinvorsorge».

Evidentemente que el simple sistema del B. G. B. no basta para ello. Sin embargo, puede lograrse en la medida necesaria la adaptación del sistema del B. G. B. a la moderna evolución, sin que sea preciso renunciar a su concepción contractual (121).

Los caminos posibles, necesarios y suficientes están en *la adaptación restrictiva y analógica, y también en el desenvolvimiento jurídico en base a supuestos auténticos.*

No debe olvidarse que la adaptación de las disposiciones del B. G. B. sobre los negocios jurídicos al moderno desarrollo del tráfico en masa provoca con frecuencia dificultades y dudas. A menudo surgirá la cuestión de en qué medida puede referirse una determinada conducta al campo masivo del cuidado de las necesidades vitales y si, por ello, la confianza en el tráfico merece

(120) R. G. Z., 97, pág. 310 (312); ENNECCERUS-LEHMANN, § 221, II 1; R. G. R., Komm., § 812.

(121) ESSER, A. C. P., tomo 157, pág. 97, 98.

absoluta prelación sobre los intereses y apreciaciones particulares. En cualquier caso se tratará siempre, según la concepción básica expuesta, de dejar valer, *dentro* del sistema del B. G. B., un punto de vista más o menos modificado. De ahí que vengamos, por una parte, continuamente obligados a una aplicación crítica del B. G. B. y, por otra, en cambio, permanezca incólume el sistema del Derecho privado. Si, frente a ello, se conciben las relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge» como relaciones contractuales de hecho, como institución *independiente* al lado de las relaciones contractuales del Derecho privado, se ha abandonado sin necesidad la base del Derecho vigente. Aun prescindiendo de una actitud sistemática contra tal debilitación de nuestro Derecho privado, se caería, en su aplicación práctica, en la peligrosa tentación de desviarse hacia esa vía más fácil y aparentemente más vital de los contratos fácticos, sin antes haber agotado las posibilidades que brinda el Derecho del B. G. B., con toda seguridad difíciles de reconocer y de delimitar. La existencia de este peligro la ha destacado con toda claridad el juicio del Tribunal Supremo federal acerca del «contrato sucesorio de hecho» (122). También la resolución sobre el nacimiento de un contrato de suministro de energía (123) podría haberse tomado sin necesidad de apartarse del principio contractual del B. G. B., de haber tenido en cuenta el B. G. H. el valor declarativo de la conducta decisoria del usuario, que hay que imputarle según la concepción del tráfico (124).

b) El método sociológico y funcional de interpretación de Ley y de aplicación jurídica propuesto exige que se *delimiten* lo más exactamente posible los casos de situaciones declarativas en el campo de la «Daseinvorsorge», porque las reglas que para ellos rigen no pueden ser aplicadas a los negocios jurídicos del Derecho privado.

Pueden establecerse los siguientes caracteres para las relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge» (125): Ha de estarse en presencia de un negocio del tráfico en masa, que no permite ninguna

(122) B. G. H., N. J. W., 1957, pág. 787.

(123) B. G. H., N. J. W., pág. 627; D. O. V., 1957, pág. 317; véase más arriba.

(124) KUECHENHOFF, R. D. A., 1958, pág. 124.

(125) BAERMANN, obra citada, págs. 41 y sigs.

configuración individual y cuya conclusión deriva, por tanto, de una conducta decisoria típica. Es esencial la identidad formal masiva con una pluralidad de relaciones de prestación iguales, su necesidad vital para la generalidad y el anonimato e imposible individualización de las partes contratantes y del contenido del contrato.

Sobre la base de esos caracteres delimitatorios se circunscriben como absolutamente inatacables las relaciones de prestación del tráfico en masa a los siguientes casos: Utilización de medios de transporte de uso general; de los servicios de gas, agua y electricidad; utilización prolongada de una porción de suelo acotada en el tráfico aéreo, terrestre, marítimo o fluvial (tasas de aterrizaje, de aparcamiento, derechos de puerto).

Si la voluntad individual no se toma en cuenta en las relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge», ello se debe y responde a su carácter formal predominantemente masivo. En la medida en que, por el contrario, se esté en presencia de un negocio jurídico individual, como el que inicialmente está en la base de los preceptos del B. G. B. sobre declaración de voluntad y contrato, estará justificada una anulabilidad por defectos de consentimiento u otros vicios de la voluntad. En ningún caso puede extenderse la exclusión de la anulabilidad propia de los procesos colectivos y masivos de la «Daseinvorsorge», según el parágrafo 119 del B. G. B., a los tipos de contrato del Derecho privado (126).

(126) No cabe aceptar la doctrina de la resolución B. G. H., B. G. H. Z. 23, pág. 249; N. J. W., 1957, pág. 787; Fam. R. Z., 1957, pág. 310 (A. G. H., N. J. W., 1958, págs. 377; D. N. O. T. Z., 1958; pág. 20), que, partiendo de la teoría de la conducta social típica desarrollada para las relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge», conduce a la aceptación de un pacto sucesorio de hecho, es decir, independiente de la voluntad individual. Por lo demás queda el problema de hasta qué punto y en qué términos puede reconocerse un contrato sucesorio formalmente defectuoso, en cuyo tema no podemos entrar aquí. Resolución B. G. H. Z., 23, pág. 249; N. J. W., 1957, pág. 787; SCHULTE, N. J. W., 1958, pág. 361, y HUEKINGHAUS, B. G. H., L. M., Nr. 17, § 7, *HoejeO*. HERMINGHAUSEN, D. N. O. T. Z., 1958, págs. 115 y sigs.

C) *Sociedad de hecho.*

I

PROBLEMÁTICA

Las relaciones de prestación en el campo de la «Daseinvorsorge» han puesto de manifiesto que la teoría del negocio jurídico según el B. G. B. no sólo debe, sino que puede ser modificada en múltiples aspectos para su adecuación a las modernas formas del tráfico en masa. Es evidente que estos puntos de vista no cuadran a la sociedad de hecho ni tampoco a la relación laboral fáctica. Por mejor decir, son las particularidades de la *relación obligacional duradera* las que dan el punto de partida para la relación de sociedad y de trabajo. Desde un punto de vista sistemático y de método aquellas relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge» y el contrato de sociedad, sólo tienen en común el problema, de si el sistema del B. G. B. responde sin más a la especialidad de estas relaciones jurídicas o si sus disposiciones sobre el negocio jurídico, en un análisis detenido de las mismas, están previstas para estados de cosas y fenómenos vitales que difieren estructuralmente de las relaciones que hemos de considerar aquí. Más concretamente: si la base contractual adolece de algún vicio, la cuestión decisiva es tanto en la relación de sociedad como en la laboral, si las prescripciones del B. G. B. relativas al negocio jurídico y al contrato pueden abarcar adecuadamente la *colaboración* mantenida durante un prolongado periodo de tiempo por las partes, si bien previa adecuación, modificación o diferenciación de las disposiciones correspondientes.

1. *Supuesto típico.*

La primera resolución del Tribunal Supremo federal que fundamentó la sociedad de hecho (127) confirma ya que el punto de

(127) B. G. H. Z., 3, pág. 285; J. Z., 1952, pág. 305; BENKE, M. D. R., 1952, pág. 285; SIEBERT, N. J. W., 1952, pág. 97; WOLFF, pág. 500; L. M., Nr., 1 al § 105, H. G. B., Nr. 1, § 133, H. G. B., FISCHER.

arranque decisivo en derecho lo constituye la colaboración cierta y prolongada. Esta resolución parte del siguiente supuesto: la nulidad, por falta del consentimiento (parág. 155 del B. G. B.), de una condición esencial relativa a denuncia y liquidación del contrato de sociedad. En realidad no se había logrado un acuerdo entre las partes y este desacuerdo latente había producido la nulidad de todo el contrato, y así lo había pronunciado el Tribunal sentenciador. La pretensión sobre inexistencia se desestimó en las tres instancias con fundamento en que una sociedad en marcha debe ser considerada como existente hasta su disolución. Se ejercitó después acción para su disolución y liquidación, que prosperó.

Inmediatamente salta a la vista que hay que plantear y contestar la siguiente pregunta: ¿Está justificado, y por qué, considerar existente la sociedad, que sólo puede desaparecer por la vía regular de la liquidación, pese a la nulidad incuestionable del contrato?

2. *Fundamentación y reconocimiento de la situación de hecho.*

Jurisprudencia y doctrina están en último término de acuerdo en que los vicios en la base del contrato no privan, en absoluto, de toda eficacia jurídica a la sociedad. Lo que se discute es la medida en que los principios especiales del Derecho de sociedades pueden desbancar las prescripciones generales del B. G. B. sobre nulidad y anulabilidad. La inseguridad que se da a este respecto depende también en gran parte de que es discutible en sí misma la base dogmático-jurídica para la exclusión o desplazamiento de las normas generales de nulidad y anulabilidad. Especial dificultad ofrecen sus efectos retroactivos.

El argumento de que el Ordenamiento jurídico no puede pasar de largo ante una *ejecución efectiva* de la relación social, es decir, ante la «sociedad de hecho» se esgrime, no sin razón, una y otra vez, pero no es suficiente en esta concepción general, porque situaciones vitales efectivas pueden en cambio no existir para el Ordenamiento jurídico, si éste no las sanciona. En tal caso, pese a cualquier existencia de hecho, es lo cierto que no se da relación ninguna eficaz en Derecho, que éste proteja (128).

(128) HUECK, *Gesellschaftsrecht*, 8.ª edición, 1958, págs. 59 y sigs.; *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft*, 2.ª edición, 1951, págs. 44 y sigs.

Los inconvenientes de una nulidad, en su caso, anulación retroactiva, se fundan también con frecuencia en las efectivas *dificultades de una liquidación «ab initio»*, según los parágrafos 812 y siguientes del B. G. B. (129). Concepción ésta que reduce el problema de la sociedad de hecho al de su liquidación (130). Las dificultades prácticas con que se tropieza en la consideración jurídica de una situación vital no pueden ser por sí solas decisivas en orden a la posible aplicación o no de las prescripciones legales; esas dificultades surgen por doquier en la práctica jurídica y se superan a menudo, sin que por ello se ponga en duda la aplicabilidad de la norma correspondiente. La inaplicabilidad de las disposiciones sobre nulidad y anulabilidad, en el caso de relaciones obligacionales duraderas, ha de descansar—de ser procedente—en una antinomia objetiva y sistemático-jurídica entre esas disposiciones generales y la ordenación jurídica especial de la eventual relación duradera.

3. Limitación del problema a la relación interna en las sociedades personalistas.

La problemática de la sociedad de hecho se limita actualmente con carácter sustancial a las *sociedades personalistas*, en concreto, a la *relación interna* entre los socios (131).

En las *sociedades capitalistas* se establece, en parte por Ley y en parte también por uso, que ni los fundadores ni los socios posteriores pueden excusarse de las obligaciones contraídas alegando

(129) ERMAN, *Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage*, 1947, pág. 8, RULAND, *Das Innenverhältnis der nichtigen O. H. G.*, 1941, páginas 4 y sigs.; BEITZKE, *Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen*, 1948, págs. 15 y sigs.; HUECK, A. C. P., 149, págs. 1 y sigs.

(130) LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tomo 2, parte 2, edición 1957, págs. 247 y sigs.

(131) No podemos examinar aquí si toda sociedad, según el B. G. B. contradice los fundamentos de la sociedad de hecho. Seguramente habrá que excluir aquella sociedad del B. G. B. que se separa en su estructura completamente de las construcciones del O. H. G. o Kg. En todo caso no debería ser decisivo que exista o no un patrimonio común; puede pensarse, por consiguiente, también en una sociedad interna de hecho. B. G. H., B. G. H. Z., 8, pág. 157; N. J. W., 1953, pág. 818; SIEBERT, N. J. W., 1953, pág. 809; HABSCHIED, B. B., 1955, pág. 50; fundamentalmente, también. R. FISCHER, N. J. W., 1955, pág. 850 y N. J. W., 1958, pág. 969. Sobre su delimitación, en particular, SIEBERT, B. B., 1958, págs. 1.065 y sigs.

vicios de voluntad, y que carece de cualesquiera efecto retroactivo la nulidad de la sociedad (132). Esta regulación se justifica por el hecho de que los acreedores sociales sólo pueden atenerse a la sociedad de capital en sí misma, a la base capitalista de la persona jurídica; de ahí que deba impedirse que sus miembros puedan exigir la devolución de sus aportaciones (133).

En cuanto a la *relación externa* en las sociedades capitalistas, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a la misma conclusión invocando en lo esencial esa apariencia jurídica frente al acreedor de una sociedad válidamente existente (134). La idea fundamental de esta jurisprudencia está en la «declaración al público» que se da al aparecer los partícipes como socios (135).

II

LA SOCIEDAD DE HECHO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Si nos fijamos en la *relación interna* de la sociedad personalista, puede comprobarse que a la entrada en vigor del B. G. B. no se planteó ningún problema especial respecto a la sociedad de hecho. Por el contrario, a la relación interna de los socios se le han venido aplicando sin limitación las disposiciones generales del B. G. B. sobre nulidad y anulabilidad (136). En base a que en las sociedades personalistas no surge una personalidad jurídica nueva, sino que se mantiene la responsabilidad individual de los socios con todo su patrimonio personal, no parecía tan esencial la eficacia de la sociedad en la relación de los socios entre sí, al poder dirigirse los acreedores, en virtud de la apariencia jurídica de sociedad existente, contra los socios individualmente. Sin embargo, la eficacia

(132) §§ 216 y sigs. *AktGes*: sobre la irrelevancia de los vicios de la voluntad R. G. Z. 127, pág. 119; sobre la nulidad *ex nunc* R. G. Z. 123, pág. 103; 124, pág. 287; R. G., J. W., 1935, pág. 3.613.

(133) *ERMAN*, obra citada, pág. 7; resoluciones citadas.

(134) R. G., J. W. 1.933, pág. 1.966; R. G. Z. 145, pág. 155; 149, pág. 25; R. G., J. W., 1934, pág. 1.488.

(135) R. G. Z., 447, pág. 257; el R. G. tomaba posición expresa en favor de la publicidad y crítica subsiguiente en relación a su teoría de la declaración.

(136) R. G., J. W., 1927, pág. 1.242; también R. G. Z. 127, pág. 186.

(137) *SIMITIS*, obra citada, págs. 123 y sigs. y 149.

de la relación interna no podía justificarse por la idea de la apariencia jurídica (137).

1. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reich desde 1935.*

Por primera vez en el año 1935, aunque sólo incidentalmente, se pronunció el Tribunal Supremo alemán en el sentido de que debía negarse cualesquiera eficacia retroactiva a la nulidad—incluso en su relación interna—, de toda sociedad que hubiera aparecido como tal (138). Este criterio se confirmó en una fundamental sentencia posterior (139) y ha sido ratificado en ocasiones sucesivas (140).

Para fundamentar esta conclusión se remitió el Tribunal a las dificultades prácticas de liquidar la sociedad según los principios del enriquecimiento (141). Desde el punto de vista sistemático-jurídico se fundó en la naturaleza de la sociedad. Se entendía que la efectiva puesta en marcha de la sociedad había creado una relación comunitaria entre los partícipes, de la que no podía prescindirse sin más. Esa relación comunitaria, como particularidad de la relación social, excluía la aplicabilidad de las normas generales sobre nulidad y anulabilidad (142). Alegaba el Tribunal además las conclusiones aceptadas y establecidas para las sociedades capitalistas, que pueden aplicarse a las sociedades personalistas por ser en lo fundamental todos los tipos de sociedad iguales en su esencia y, por último, la concomitancia jurídica efectiva y sistemática entre relación interna y externa (143).

Pero no se limitó a excluir la posibilidad de eliminación retroactiva de la sociedad. Dedujo de la esencia de la sociedad la ulte-

(138) R. G., J. W. 1935, pág. 2.617.

(139) R. G. Z. 165, pág. 193.

(140) R. G. Z., 170, pág. 109; G. R., D. R., 1941, pág. 1.943; 1492, página 275; 1943, pág. 1.220.

(141) R. G. Z. 165, pág. 193.

(142) Véanse las resoluciones citadas, SCHMANN, en *Der Jurist*, 1953, página 212. «La jurisprudencia se apoya en primer lugar en consideraciones prácticas y destaca la inadecuación de los resultados cuando se aplican las causas de nulidad generales». SIMIRIS, obra citada, pág. 145.

(143) R. G., J. W. 1933, pág. 1996; R. G. Z., 167, pág. 193 (201); R. G. Z. 170, pág. 109 en R. G. Z. 166, pág. 59, el R. G. se ocupa ampliamente de la significación de las relaciones internas y externas y de la retroacción de las exigencias derivadas de la relación externa sobre la interna.

rior consecuencia de que la sociedad de hecho sólo podía disolverse cuando se cumplieran, por causas graves, los presupuestos necesarios para la acción de disolución (144). De esta forma encontraron aplicación los parágrafos 133 y 140 del B. G. B., a la sociedad de hecho en general; al propio tiempo dejaba de ser motivo suficiente por sí solo, para la disolución, el primitivo de nulidad por vicios de la voluntad. Lo que implicaba un nuevo fortalecimiento de la sociedad de hecho.

2. *La jurisprudencia del Tribunal federal.*

En su básica resolución de 24-10-51, se adhirió el Tribunal federal en sustancia al criterio del Tribunal Supremo, en relación con el problema de la sociedad de hecho (145). Destaca, sin embargo, que no se aceptan ilimitadamente las conclusiones de éste, que pueden caso por caso sufrir ciertas restricciones. Lo mismo que hiciera el Tribunal Supremo, también pretende el Tribunal federal demostrar el fundamento de este criterio en la especial naturaleza de la sociedad, que obliga al reconocimiento jurídico del hecho objetivamente existente. Procura, por lo demás, sustentar esta jurisprudencia sobre una nueva base, reconduciendo el reconocimiento jurídico de la sociedad de hecho a la idea de la protección del tráfico; tal protección tiene como consecuencia no sólo que el socio perjudicado no pueda invocar frente al acreedor social vicios de la sociedad, sino que esa idea debe valer también en el ámbito de la relación interna, por lo que tampoco los socios entre sí pueden alegar nulidad o anulabilidad (146).

En realidad, el Tribunal federal viene a diferir del Tribunal

(144) R. G., D. R., 1941, pág. 1943, 1942, pág. 275; SIEBERT, M. D. R., 1952, págs. 287 y sigs. Una panorámica de conjunto sobre la evolución de la jurisprudencia, puede encontrarse en SIEBERT, obra citada; ERMANN, obra citada, págs. 9 y sigs.

(145) B. G. H. Z. 3, pág. 285; B. G. H. Z. 8, pág. 157; B. B. 1953, página 43; N. J. W., 1953, pág. 818; B. G. H. Z., 17, pág. 160; N. J. W., 1955, pág. 1.067. En relación con la jurisprudencia del B. G. H. véase, por ejemplo. SIEBERT, M. D. R., 1952, pág. 287 y N. J. W., 1953, pág. 806; WOLFF, M. D. R., 1952, págs. 535 y sigs.; FISCHER, N. J. W., 1955, pág. 849 y N. J. W., 1958, pág. 969; SIMITIS, obra citada, págs. 516 y sigs.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, págs. 245 y sigs.; H. LEHMANN, N. J. W., 1958, págs. 1 y sigs.; ENNECCERUS-LEHMANN, § 176, II, 2, págs. 734 y sigs.

(146) B. G. H. Z. 13, pág. 320, respecto a la entidad constitutiva de una S. A.

Supremo del Reich en un punto esencial. Como hemos visto, el Tribunal Supremo no había considerado, en absoluto, la causa de nulidad o vicio de voluntad en la conclusión del contrato como fundamento suficiente para la posterior disolución de la sociedad, sino el que, independientemente de ello, se dé *ahora* una causa o motivo importante. Por el contrario, el Tribunal federal parte de la premisa de que lo único que se requiere es la no aceptación de la eficacia *ex-nunc* de la nulidad o anulabilidad. El motivo de nulidad o anulabilidad existente de principio habría de bastar, por consiguiente, para fundar la actual rescisión de la sociedad de hecho (147). En consecuencia, mientras que el Tribunal Supremo procuraba igualar totalmente, en orden a los presupuestos de disolución, la sociedad de hecho a la sociedad correctamente constituida, es, a juicio del Tribunal federal, más fácil la disolución de la sociedad de hecho que la de una sociedad legal (148).

A mi juicio no tiene fundamento la opinión de SIMTIS (149), de que el Tribunal Supremo, en contra del Tribunal federal, no haya exigido para la sociedad de hecho ningún contrato, ni siquiera jurídicamente viciado. El Tribunal federal ha hecho especial hincapié, en que también la sociedad de hecho—como cualquier otra—presupone la existencia de un contrato de sociedad (150); es cierto que no se encuentra una declaración parecida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero no obstante no puede concluirse que haya prescindido en absoluto de la base contractual—aunque fuere viciada—, por el hecho de dar en sus resoluciones especial fuerza e importancia a la «colaboración efectiva» de los socios (151). No puede pensarse en la colaboración efectiva de los socios, en la participación, sin la correspondiente voluntad de los partícipes en ella.

(147) B. G. H. Z., 3, pág. 285; SIEBERT, M. D. R., 1952, págs. 287 y sigs.; WOLFF, N. J. W., 1952, págs. 500 y sigs.; y M. D. R., 1952, págs. 535 y sigs.; BENKE, J. Z., 1952, págs. 307 y sigs.; GOLTZ, B. B., 1952, pág. 68; FISCHER, L. M., § 133, H. G. B., Nr. 1; HUECK, O. H. G., págs. 53 y sigs. y derecho de sociedades, pág. 61.

(148) SIEBERT, M. D. R., 1952, pág. 289.

(149) SIMTIS, obra citada, págs. 159 y sigs.

(150) B. G. H. Z., 15, pág. 190; también B. G. H. Z., 3, pág. 285 y 8, pág. 157.

(151) FISCHER, L. M., § 105, H. G. B.

3. La doctrina.

La doctrina llega en lo sustancial e idénticas conclusiones. Se encuentran, sin embargo, en la fundamentación esenciales diferencias, que resultan de las desviaciones más o menos pronunciadas del presupuesto del contrato que, como base de la sociedad, establece el B. G. B., y también de las distintas concepciones sobre la esencia del contrato social (152). El defecto en la base del contrato llevó a buscar el fundamento de la sociedad en otros campos.

a) Declaración de voluntad jurídico-social.

Las teorías que parten de la aceptación de una declaración de voluntad jurídico-social resuelven el problema, estimando inaplicables las disposiciones del B. G. B., referentes a las causas de nulidad y vicios de la voluntad, supuesto que el punto de partida de la regulación legal lo constituye el principio individual de declaración de voluntad, no el social, de forma que muchas de las prescripciones del B. G. B. sobre el negocio jurídico y el contrato no pueden tener cabida en el campo social del Derecho (153).

b) Sociedad de hecho.

La teoría de la sociedad de hecho como una relación contractual de hecho (154) destaca, sobre todo, la importancia de la *participación* societaria de los interesados, donde ve el origen de la sociedad viciada. De una parte, se estima que el contrato defectuoso es ineficaz, según las rígidas normas del B. G. B., para en-

(152) Véase visión crítica de conjunto sobre las concepciones en la doctrina de SIMIRIS, obra citada, págs. 184 y sigs.

(153) Así la teoría que fundamenta O. v. GIERKE sobre el «acto jurídico social constitutivo», en *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, págs. 132 y sigs.; «la esencia de los pactos humanos», 1902, págs. 16 y sigs. Esta teoría fue desarrollada por RUTH, Z. H. R. 88, pág. 454 y sigs.; A. C. P., 146, págs. 306 y sigs.; J. W., 1933, págs. 2221 y sigs., y 1934, pág. 2.106 y sigs. Véase, también, la teoría de O. v. GIERKE el «principio reforzado de publicidad», en *Handelsrecht und Schifffahrtsrecht*, 8.ª edición, 1958, págs. 170 y sigs., 190 y sigs. y 285 y sigs.

(154) Sobre todo, HAUPT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, págs. 16 y sigs.; HAUPT, *Gesellschaftsrecht*, 3.ª edición, 1944, págs. 24 y sigs.; HAUPT, Z. A. K. D. R. 1943, págs. 238 y sigs.; SIEBERT, *Die faktische Gesellschaft*, en la revista «Homenaje a Hedemann», 1938, págs. 266 y sigs.; SCHUMANN, D. R. 1943, págs. 265 y sigs., 1.193 y sigs.; SCHUMANN se sumó posteriormente a la nueva teoría de la limitación de la nulidad, tomo 1, 1953, págs. 220 y sigs. de su «Handelsrecht»; *Der Jurist*, 1953, pág. 209 y sigs.

gendar derechos y obligaciones en los partícipes, para constituirlos en socios; de otra parte, está ampliamente reconocido que la relación de sociedad debe entenderse existente desde el momento mismo de la participación; de todo lo cual se deduce que para una relación societaria habría de ser fundamental y suficiente el hecho de la participación. De esta forma, sobre todo según la teoría de HAUPT, se convierte la participación, de elemento puramente secundario, del que derivan determinadas consecuencias jurídicas, en base exclusiva, en presupuesto esencial, de la sociedad. Contrato y participación pueden situarse en planos valorativamente iguales y paralelos; la participación no es ya la simple expresión del contrato, sino que tiene que concebirse y considerarse por el Ordenamiento jurídico como autónoma e independiente.

c) *Restricción de la nulidad.*

En contraposición con la anterior teoría, la de las limitaciones de la nulidad sigue partiendo de las disposiciones del B. G. B. sobre nulidad y anulabilidad, si bien procura ponerlas en consonancia con las particularidades de la relación de sociedad consumada (155). Eleva a criterio decisivo el eventual estado de intereses. No puede darse una solución única o invariable al problema de la aplicabilidad de las prescripciones legales; puede ser distinta para cada supuesto concreto a considerar. Para determinar si se da o no una restrictiva aplicación de las normas legales y cómo habría que configurar tal restricción, será decisivo ponderar, de una parte, las consecuencias del contrato viciado de sociedad y, de otra, las de su efectiva puesta en marcha. Con ello han de tenerse siempre en

(155) Véase HUECK, en relación con la teoría de las limitaciones de la nulidad, O. H. G., págs. 44 y sigs., *Gesellschaftsrecht*, págs. 28, 59 y sigs., 121 y sigs., A. C. P. 149, págs. 1 y sigs.; BEITZKE, *Nichtigkeit, Aufloesung und Umgestaltung bei Dauerrechtsverhaeltnissen*, 1948; ERMAN, *Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertraggrundlage*, 1947; LODDANZ, *Der Einfluss von Willensmaengeln auf Gruendungs- und Beitrittsgeschaefte*, ROETOCK, 1938; RULAND, *Das Innenverhaeltnis del nichtigen O. H. G.*, MUENCHEN, 1941; HAUPT-REINHARDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.^a edición, 1952, págs. 70 y sigs.; *Schlegelberger-Gessler*, págs. 61 y sigs. al § 105, H. G. B.

Debe tenerse en cuenta que los redactores del B. G. B. pensaron, en primer lugar, en la anulación de los negocios jurídicos, pendientes aún de ejecución total. El caso del negocio ejecutado, y a pesar de ello susceptible de anulación, lo estimaron tan poco frecuente, que no consideraron necesario tenerlo en cuenta (protocolo 223). COING (STAUDINGER-COING, § 116, B. G. B.) saca de ello la consecuencia de que las disposiciones de los §§ 119 y sigs. del B. G. B. no se refieren a esos casos, como tampoco a la sociedad totalmente ejecutada.

cuenta, al lado de la concreta situación de intereses, la razón de ser de las normas legales de que se trate.

ERMAN (156) ofrece una consideración sistemático-jurídica más sólida. Acentúa la significación funcional de las normas legales como expresión de la función ordenadora y de justicia del Derecho. La problemática de la sociedad de hecho sólo encontrará solución satisfactoria cuando las prescripciones legales, al ser aplicadas a la sociedad de hecho, cumplan aquella función ordenadora y de justicia. Llega así ERMAN a la conclusión de que, por lo que respecta a la función ordenadora, fallan completamente las disposiciones relativas a los vicios de voluntad en su aplicación a la sociedad, lo que debe reconducirse a la imposibilidad de prescindir de la confusión de relaciones dinerarias producida por la actuación de los partícipes. Pero tampoco se cubriría la función de justicia, de aceptarse una nulidad con efectos retroactivos. De ahí que por vía de interpretación restrictiva deba limitarse la aplicación de las disposiciones legales; esta limitación facilitará al Derecho el cumplimiento de su función (157).

III

PROGRESIVA PROTECCIÓN AL MANTENIMIENTO DE RELACIONES DURADERAS PERSONALES.

1. *Necesidad de un criterio ordenador para la armonización de intereses.*

La precedente ojeada de conjunto sobre la doctrina y jurisprudencia dominantes respecto a la sociedad de hecho podría hacer pensar que es innecesaria cualquier otra fundamentación sistemático-jurídica para su reconocimiento legal. La teoría de las restricciones a la nulidad juntamente con su vinculación a situaciones ciertas y jurídicas, desde el punto de vista de la armonización de intereses, proporciona una posibilidad de solución útil en la práctica. La armonización de intereses abogará siempre, desde el punto

(156) *Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage*, 1947, págs. 53 y sigs.

(157) *Personalgesellschaften*, págs. 59 y sigs.

de vista de la función ordenadora y de justificación del Derecho, en favor del mantenimiento en Derecho de una sociedad con base contractual deficiente. Pero con ello nada se ha dicho aún sobre el principio material que pueda fundamentar esta armonización. Ya hemos indicado más arriba que a tales fines son insuficientes las dificultades de orden práctico que ofrece una liquidación retroactiva. Tampoco constituye por sí sola una fundamentación dogmático-jurídica la referencia a una prevalencia de los intereses de los socios en el mantenimiento de la sociedad, cuando como ocurre en el caso de SIMRIS (158) falta la prueba de que, en este conflicto de intereses, el Ordenamiento jurídico dé valor preferente a los intereses que postulan el mantenimiento de la sociedad sobre aquellos otros del socio que postula la nulidad o anulabilidad. La armonización de intereses que no venga determinada claramente por concretos *criterios ordenadores del legislador* no resiste una comprobación crítica y metódica. De ahí que pretendamos desarrollar *el punto de partida para la fundamentación sistemático-jurídica de una sociedad pese a su base contractual deficiente.*

2. *Puntos de partida desde la regulación legal de las relaciones duraderas.*

Una fundamentación sistemático-jurídica ha de partir necesariamente de la característica, que reiteran tanto la doctrina como la jurisprudencia, de la efectuación comunitaria de la "sociedad de hecho" que se prolonga durante un determinado periodo de tiempo. La sociedad se ha realizado, es decir, los socios han iniciado una actividad común, han concluido y desarrollado negocios jurídicos, ejecutando los fines de la sociedad, reunido un capital y logrado para éste plusvalías, a la par que enajenados bienes; han creado en una actividad común una empresa societaria ordenada a una finalidad específica y constituida por una pluralidad de relaciones jurídicas (159).

(158) SIMRIS, obra citada, págs. 107 y sigs., 261 y sigs.

(159) Respecto a la importancia de la comunidad de trabajo de los socios, creadora de valor, véase, sobre todo, B. G. H. Z., 8, pág. 157; SIEBERT, N. J. W., 1953, págs. 806. También SIEPERT, en «Homenaje a Hedemann», págs. 266 y sigs. La base jurídica de toda sociedad (que gestiona una «empresa» en sentido amplio) está en la unidad jurídica de la empresa creada por el trabajo en común de los partícipes, que crea el organismo sociedad. Hoy cabe poner el valor decisivo en la *colaboración personal*. Bajo el apartado d) se conside-

Si nos preguntamos cómo deben conceptuarse en Derecho estas apariencias efectivas y ciertas, nos encontramos con que se trata de una *relación obligacional duradera*, como primer punto de partida adecuado para una fundamentación dogmático-jurídica general de la sociedad de hecho.

a) *Carácter especial de la relación obligacional duradera.*

Esta categoría de relación obligacional duradera es extraña al Código civil; estas relaciones han ido adquiriendo su propia regulación, eventualmente, dentro del apartado de «Relaciones obligacionales singulares»; por ejemplo, arrendamiento, contrato de servicios, sociedad, sin que se establecieran disposiciones comunes a ellas.

Por el contrario, la doctrina hace tiempo que se viene ocupando de sus particularidades, sobre todo, de la especialidad de su disolución. Ya KOHLER quiso excluir la anulabilidad (160). Básico para una dogmática especial sobre las mismas fue el estudio de O. v. GIERKE (161). Destacó con acierto que estas relaciones no sólo son medios para el intercambio de bienes, sino que representan negocios de la organización social y provocan relaciones de poder independientes; aun cuando el contrato de sociedad estuviera en la base del derecho de obligaciones, la relación societaria por el mismo constituida se desligaría de dicha base, para hallar su verdadero encaje en el derecho de la persona; este autor ha acentuado especialmente el *elemento personal* de toda relación obligacional duradera; como característica dogmática de la misma ha señalado que la denuncia es el medio fundamental de disolución.

GSCHNITZER declara que la denuncia es el único medio de disolución de estas relaciones, y excluye la anulabilidad y la rescisión (162).

También MOLITOR se ha ocupado con intensidad del instituto jurídico de la denuncia, en particular, desde el punto de vista de

ran cuestiones particulares en relación con la relación jurídica en derecho personal.

(160) KOHLER, *Lehrbuch des Buergerl. Rechts*, tomo II 1, 1906, § 98 y § 134 III.

(161) Relaciones obligacionales duraderas, *Jherings Jb.*, tomo 64, pág. 355 y sigs.

(162) GSCHNITZER, *Die Kuendigung nach deutschem und oesterreichischem Recht*, *Jherings Jb.*, tomo 76, págs. 317 y sigs.

la contratación de trabajo y de servicios (163). La discusión acerca de la nulidad o anulabilidad de los contratos de trabajo llevó en el ámbito del Derecho laboral a soluciones exclusivas para el mismo (164). En el contrato de suministro sucesivo sustituye la denuncia a la resolución (165). Por razones de importancia, esta posibilidad de denuncia fue extendiéndose cada vez más a otras relaciones duraderas, de conformidad con los parágrafos 626, 723 del B. G. B.; 70, 77, 92, 133 y 161 del H. G. B.; 124a, 133b, del GEWO (166). Ulteriormente, ha estudiado BEITZKE las particularidades de las relaciones obligacionales duraderas, las posibilidades de rescisión y anulabilidad, así como su sustitución por la denuncia u otras posibles fórmulas de modificación (167).

b) *Anomalías en el cumplimiento de la relación obligacional duradera.*

En relación con los defectos en el cumplimiento del contrato, tanto la doctrina como la jurisprudencia excluyen en múltiples sentidos las relaciones duraderas, y en particular, las relaciones de sociedad, del Derecho general de obligaciones y contratos. No se aplican, por ejemplo, a las sociedades, disposiciones esenciales de la parte general del Derecho de obligaciones, sobre imposibilidad, demora, etc... La consideración del especial tratamiento que merece el contrato de sociedad en su ejecución, nos aclarará el que debe darse a los vicios en su conclusión.

El Derecho civil contiene una sólida sistemática sobre los vicios en la ejecución y disolución del contrato y sobre sus consecuencias.

Como anomalías en el cumplimiento se regulan la imposibilidad, la demora y la ejecución deficiente; sus consecuencias jurídicas son: la excepción por incumplimiento, la liberación de la

(163) MOLITOR, *Die Kuendigung*, 1.^a edición, 1935, 2.^a edición, 1951.

(164) NIKISCH, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhaeltnis*, 1941, pág. 13 y sigs.; el mismo autor *Arbeitsrecht*, 2.^a edición, tomo 1, 1955, pág. 133 y sigs.

(165) R. G. Z. 61, pág. 128; 65, pág. 37; 67, pág. 319; 97, pág. 133; 104, pág. 39; HUECK, *Der Sukzesswlieferungsvertrag*, 1917.

(166) Z. B., R. G. Z. 78, pág. 385; 94, pág. 235; 95, pág. 116; R. G., J. W. 1919, pág. 303; R. G. Z., 165, pág. 312. Una casuística completa de todos los supuestos de denuncia por motivo grave puede encontrarse en KRUECKMANN, A. C. P. 116, pág. 377 y sigs.

(167) BEITZKE, *Nichtigkeit, Aufloesung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhaeltnissen*, 1948.

obligación, la pérdida del derecho a exigir la contraprestación, el derecho a la indemnización por daños y la acción de resolución (168).

Sin embargo, estas consecuencias sufren ciertas alteraciones generales en el caso de relaciones jurídicas derivadas de una colaboración prolongada; en concreto, en el supuesto de la colaboración de socios comunitarios en base a un contrato de sociedad o entre empresario y trabajadores.

aa) En tal sentido, no cuadra al contrato de sociedad la *excepción por incumplimiento* (párag. 320 del B. G. B.). La razón de ser de este precepto, pensado para regular intereses individuales opuestos en relaciones de cambio, encuentra sólo aplicación muy limitada en las relaciones de sociedad, donde prevalecen causas e intereses comunes en las partes. En la relación laboral, por el contrario, hay en cierta medida siempre una situación de intereses opuestos, de modo que en algún caso es aplicable la excepción por incumplimiento.

bb) La *imposibilidad* sin culpa, que determina la liberación de la obligación en las relaciones jurídicas generales, tiene, dentro de la relación laboral, su limitación en la idea del riesgo de la empresa. En el Derecho de sociedades, no exonera de la obligación, la imposibilidad de lograr el objeto social; ello será, más bien, causa para la terminación legal de la sociedad (169); idea ésta que en mi opinión cuadra regularmente a todas las relaciones duraderas, el menos para todas aquellas de carácter personalista (170).

cc) En el caso de la mora y de la ejecución deficiente es sabido que juega, en el Derecho general de obligaciones, un importante papel la *rescisión*, en la medida en que el vicio eventual no haya sido compensado por vía de indemnización. El ejercicio de este derecho implica la desaparición de la relación contractual hasta en-

(168) ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15, 1958, página 732; R. G., *Seuf Arch*, 65, Nr. 440; R. G. Z. 54, pág. 125; 105, pág. 125; 106, pág. 87; 108, pág. 138.

(169) ENNECCERUS-LEHMANN, obra citada, pág. 305 y sigs., 753 y sigs.; R. G. Z., 164, pág. 129; R. G., J. W., 1938, pág. 1.522.

(170) B. G. H. Z. 10, págs. 187 y sigs., 189; En el caso de las relaciones obligacionales duraderas no se produce una imposibilidad pasajera, como puede ocurrir en las relaciones individuales, sino que ha de equipararse por su duración a una imposibilidad duradera.

tonces vigente y fundamenta obligaciones de restitución legal. El párrafo 346 del B. G. B. supone, pues, en cierto modo una anulación del contrato con eficacia retroactiva (171). Por el contrario, en el caso de la sociedad, una vez iniciada su actividad por los socios, en lugar del Derecho de rescisión se da el de inmediata denuncia del contrato, o de su disolución judicial (172). *La rescisión queda excluida por las prescripciones especiales sobre denuncia sin plazo*. Esta exclusión resulta patente, sobre todo, en razón a que la aplicación del derecho a apartarse del contrato y a resolverlo que se da incluso en casos de simple violación, dejaría sin efecto el rígido presupuesto de existencia “de una razón importante” que se requiere para que haya lugar a la terminación de la sociedad. En este sentido expone BEITZKE (173) que—mientras la denuncia ordinaria es indispensable para la limitación temporal de las relaciones duraderas—la extraordinaria tiene por objeto hacer valer los defectos en su desarrollo; reconoce que el derecho a la denuncia extraordinaria es mucho más restringido que el de resolución que procede en casos de simple violación. Los supuestos de violación intencional o culposa de obligaciones esenciales que prevé el párrafo 723 del B. G. B. ponen de manifiesto el rigor que el legislador quiere que se observe para estimar la existencia de un motivo importante para la denuncia y consiguiente disolución de la sociedad. En esta disposición legal queda patente la intención de proteger más intensamente la permanencia de una sociedad que la de una «sencilla» relación obligacional de tracto no sucesivo.

Este especial trato que se confiere a las relaciones de sociedad tampoco está en oposición con los intereses individuales de cada socio singular: los socios de una entidad personalista no coinciden, como ocurre con las partes de los negocios jurídicos en general, sólo de forma más o menos ocasional, transitoria o impersonal. Están informados, por ejemplo, sobre sus condiciones y solvencia personales e industriales. En su propio interés deben tomar esas

(171) ENNECERUS-LEHMANN, obra citada, págs. 165 y sigs.

(172) §§ 723, párr. 1, ap. 2, B. G. B., 133; H. G. B.; BEITZKE, obra citada, págs. 19 y sigs.; R. G. Z., 81, pág. 305; 112, pág. 283, 158, pág. 326; R. G., J. W., 1937, págs. 2.230 y 2.970; GSCHNITZER, obra citada; MOLITOR, obra citada, 18; HAUPT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, pág. 16; WIECKER, 29, pág. 31; «la denuncia desplaza la rescisión».

(173) BEITZKE, obra citada, pág. 31; sin embargo, sólo reconoce esta sustitución como adecuada para el caso general.

precauciones, con la consecuencia de que no podrán luego desvincularse por causa de cualquier pequeña divergencia o irregularidad, sino sólo por causa de graves violaciones del contrato (174).

Si se tiene en cuenta que el Tribunal del Reich señala expresamente que la denuncia extraordinaria entra en juego en lugar de la rescisión siempre que los socios hayan dado comienzo a sus operaciones y la sociedad esté efectivamente en marcha (175), resulta con ello evidente la realidad cierta que subyace a esta concepción: el Ordenamiento jurídico no tiene propósito ni motivo ninguno para dar a una relación obligacional tratamiento distinto del que es propio de todas las demás, si la función de continuidad y tracto sucesivo, que es la que determina la protección a su mantenimiento, ni siquiera ha surgido; si la relación aún no ha llegado a realizarse.

Sólo la relación duradera ya realizada, exige que se proteja su existencia, para la comunidad de trabajo creadora que la sociedad es; tal como quiere reconocerla el parágrafo 723 del B. G. B. Y ello porque en lo fundamental el tratamiento debido a las relaciones duraderas defectuosas descansa también en la idea económico-jurídica de proteger lo creado y existente (176).

dd) Por tanto, es decisivo para la exclusión de la rescisión en favor de la denuncia extraordinaria por motivo grave o importante, sobre todo, en la relación de sociedad, el punto de vista de la *protección a la situación existente*. La común actividad de los socios despliega una eficacia que vincula sus relaciones jurídicas. De ahí que el comienzo de la actividad común sea determinante de si la relación de sociedad debe disolverse por rescisión con eficacia retroactiva bajo los presupuestos menos rígidos del Derecho general de obligaciones, o sólo puede serlo para el futuro, bajo los más severos presupuestos de la denuncia extraordinaria. Se muestra así en un doble aspecto la protección jurídica de la existencia en las relaciones de sociedad: De una parte, son los *presupuestos de la denuncia extraordinaria sustancialmente más estrictos que los requeridos para la rescisión*. En segundo término, la *consecuencia de la denuncia extraordinaria por causa grave no elimina, en contra*

(174) BEITZKE, obra citada, pág. 23.

(175) Nota 144.

(176) Véase en relación con esta cuestión la casuística que expone BEITZKE.

de lo que ocurre con la rescisión, la relación de sociedad, *ab initio*, lo que despedazaría en una multiplicidad de relaciones jurídicas desordenadas e independientes la empresa social, sino que produce la *terminación de la relación de sociedad sólo para el futuro* («ex-nunc»), manteniendo el pasado y dando lugar a su liquidación, ordenada según las normas generales.

Las normas legales sobre vicios en la liquidación por que ésta se rige, permiten concluir que en las relaciones duraderas, sobre todo, en las de sociedad, se da, frente al supuesto de las obligaciones simples, una protección más fuerte del estado de hecho existente; la norma de derecho positivo más importante es el párrafo 723 del B. G. B. Si esta norma se pone en relación con los demás principios que, elaborados por la ciencia y por la jurisprudencia, protegen más fuertemente el estado existencial de hecho, como es, por ejemplo, la exclusión de la protesta, entonces cabe hablar de un *principio de protección reforzada al estado de hecho existente*. Este principio se ha acreditado, en primer término, frente a las anomalías en el cumplimiento de las obligaciones en general. Su expresión más clara está en el axioma jurídico de que en las relaciones obligacionales duraderas el derecho de rescisión legal es sustituido por la denuncia (177).

c) *La regulación especial del párrafo 346, pár. 2 del B. G. B.*

Cabe aún preguntarse si se reconoce un principio de protección reforzada al estado de hecho existente, fuera del derecho sobre vicios en el cumplimiento, en el Derecho civil vigente. En mi opinión ha de valorarse como expresión de dicho principio, sobre todo, el párrafo 346, pár. 2 del B. G. B. sobre los efectos de la rescisión.

El legislador reconoce en el párrafo 346 del B. G. B., la posibilidad de una especial acción contra el contrato, si se concluyó con reserva expresa de un derecho a rescindirlo. Hasta aquí, esta resolución en base al párrafo 346 no tiene nada que ver con la que deriva por causa de incumplimiento; no viene determinada por Ley, sino en base a una estipulación del contrato que permite eliminar la relación contractual a lo largo de su vida. Pero también en este caso, lleva la resolución a una anulación que tiene eficacia retroactiva en el derecho obligacional. Los distintos efec-

(177) BEITZKE, obra citada, pág. 20.

tos se regulan en los párrafos 346 y siguientes del B. G. B., con lo que queda patente que se trata de una *lex specialis* frente a los párrafos 812 y siguientes del B. G. B.

Pero el legislador ha tenido que hacer una importante y característica excepción a su eficacia retroactiva; por los servicios prestados, así como por la transmisión y el uso de una cosa ha de abonarse su valor, o en el caso de que en el contrato figure estipulada una contraprestación, debe satisfacerse ésta (parág. 346, pár. 2 del B. G. B.). Esta disposición significa una *renuncia a la eficacia retroactiva*, ya que en la inmensa mayoría de los casos está convenida una contraprestación en dinero, de modo que la referencia al valor tiene tan sólo una importancia secundaria. Resumiendo, pueden determinarse los efectos de la rescisión en los siguientes términos: la de abonarse la contraprestación dineraria convenida por el servicio o la cesión del uso. Pero esto no supone una eficacia retroactiva, sino que con ello la resolución evidencia una eficacia «ex-nunc»; conduce a la derogación (terminación) del contrato, pero mantiene el contenido de las relaciones jurídicas en cuanto tal hasta su derogación.

El parentesco que hemos apuntado entre los párrafos 346 y siguientes y el 812 y siguientes del B. G. B. plantea la cuestión de si el párrafo 346 en su pár. 2.º no tendría que ser aplicado también al enriquecimiento. No podemos analizar aquí con detenimiento esta cuestión. Tampoco podemos entrar a considerar en qué medida posibilitan también el párrafo 812 y siguientes una cierta protección al estado de hecho existente. A ello corresponden quizá los efectos de la acción de enriquecimiento en relación con los negocios abstractos de disposición, y también la norma del párrafo 2.º del párrafo 818. Es frecuente la opinión de que el valor de lo adquirido se determina por el uso (tarifas).

d) *Normas sobre liquidación.*

Siguiendo el principio de la protección reforzada al estado de hecho existente, han de citarse las disposiciones legales sobre liquidación de la sociedad según el B. G. B. y también las referentes a la sociedad personalista mercantil. El estadio de liquidación de estas sociedades, en el interregno que va desde su disolución a su terminación, muestra que el legislador sólo ha estimado ade-

cuada y posible una *liquidación* «ex-nunc», no una inmediata *terminación* «ex-nunc». Esta liquidación es, como la denuncia, la consecuencia invariable del carácter duradero de la sociedad, puesto que la actividad común de los socios en su dimensión temporal requiere necesariamente de una regulación especial. La razón de ser de la liquidación estriba—junto con el cumplimiento del contrato de sociedad (178)—en la efectiva liquidación de la empresa: todas las relaciones jurídicas pendientes se liquidan y concluyen, se retiran los encargos, pagan las deudas, se reparte en su caso el saldo que pueda haber entre los socios y, con todo ello, se elimina la organización total de bienes y derechos que el fin de la sociedad había creado (179).

3. *La protección al estado de hecho existente frente a los vicios en la constitución.*

Nuestro análisis demuestra que las relaciones obligacionales duraderas gozan en ciertos aspectos dentro de la normativa legal de una protección al estado de hecho existente considerablemente más fuerte que la que caracteriza a las obligaciones simples. A mi juicio esto supone que hemos llegado al punto de partida decisivo para resolver el problema de la sociedad de hecho en el derecho vigente. Sólo resta ya por preguntarse, bajo qué presupuestos y en qué medida puede hacerse valer también la protección reforzada al estado de hecho existente frente a las causas de nulidad y anulabilidad del Derecho general de los contratos.

A tales fines hemos de partir del hecho de que se da una situación jurídica muy similar entre la sociedad que adolece de vicios en su fundación y aquella otra que los padece a lo largo de su ejecución. Esta similitud justifica, desde un punto de vista sistemático-jurídico, que los principios del Ordenamiento jurídico sobre *exclusión de la retroacción en las relaciones obligacionales duraderas*, sobre todo en la sociedad, y su sustitución por la denuncia por causa grave, sean de aplicación análogamente también a los *vicios en la fundación de la sociedad*.

(178) Véase BEITZKE respecto a cumplimiento, denuncia y expiración del plazo, págs. 19 y sigs.; O. v. GIERKE, *Jherings Jb.*, tomo 64, págs. 363 y sigs.; ECKSTEIN, OERTMANN y GSCHNITZER.

(179) LARENZ, *Schuldrecht*, tomo II, parte 2, págs. 247 y sigs., desarrolla esta forma de disolución de la sociedad como la única útil para la terminación de la sociedad de hecho.

Carece de real importancia, a este respecto, que en un caso el defecto se encuentre en la base del contrato, y, en el otro, en su ejecución. Decisiva es más bien la gran semejanza entre ambos casos, que radica en qué se está, en cualquiera de ellos, en presencia de una sociedad en marcha, la que para el legislador debe gozar de una más fuerte protección de ese estado de hecho. De la misma forma que no cuadran a una sociedad en marcha, con defectos en su ejecución, las disposiciones sobre rescisión con efectos retroactivos, tampoco cuadran tales disposiciones o las generales concordantes de los parágrafos 812 y siguientes del B. G. B. a la sociedad en marcha que adolece de vicios en su base contractual. Sobre todo, los parágrafos 812 y siguientes del B. G. B., al igual que la excepción por incumplimiento, están previstos para relaciones jurídicas en que ha habido un intercambio recíproco de prestaciones individuales, de tal forma que la prestación del uno recayó directamente sobre el otro. En cambio, los socios aportaron sus prestaciones al capital social, hicieron pagos con el mismo y recibieron otros para él, constituyendo también deudas en su nombre; lograron asimismo beneficios por su actividad en común, que han incrementado aquel activo. Con acierto ha destacado O. V. GIERKE (180) que las relaciones obligacionales duraderas no sólo son medio para un intercambio de bienes, sino que dan vida a relaciones de poder independientes y representan negocios de la organización social (181). Aunque el legislador no haya tenido expresamente en cuenta que los parágrafos 812 y siguientes del B. G. B. no cuadran a la sociedad nula o anulable, sin embargo, desde el punto de vista de la regulación de la rescisión, podemos establecer por *vía analógica* una corrección a la Ley mediante una *interpretación restrictiva*.

De ahí que, también para la sociedad con defecto en la base del contrato, se acredite como absolutamente correcto desde el punto de vista sistemático-jurídico, el prescindir de la nulidad inicial y de la eficacia retroactiva de la anulabilidad, con el resultado de

(180) *Jherings Jb.*, 64, pág. 406.

(181) Desde O. v. GIERKE se viene destacando reiteradamente el elemento personal de las relaciones obligatorias duraderas.

(182) Los redactores de las normas del B. G. B. sobre anulabilidad pensaban en realidad en la anulabilidad de los negocios jurídicos no ejecutados.

que los vicios en la base contractual sólo determinan la inmediata disolución de la relación duradera, es decir, la terminación «*ex-nunc*» y la consiguiente liquidación (182).

IV

DOGMÁTICA DE LA SOCIEDAD «DE HECHO»

Cuando se pretende desarrollar, sobre la base sistemático-jurídica expuesta, una dogmática de la sociedad que adolece de vicios en el contrato que la fundamenta, es necesario partir de la diferencia apuntada que existe entre sociedad ya en marcha y realizada y la que no lo está. Sólo para la primera, es decir, la que ha llegado a ser relación de sociedad, es válido el axioma de que ni la nulidad ni la anulabilidad del contrato de sociedad determinan con eficacia retroactiva la no existencia del estado de hecho constituido; por el contrario, rige la regla de que en tal supuesto existe una relación de sociedad plenamente eficaz en derecho y válida, hasta el momento en que, para en lo sucesivo, se disuelve por denuncia o sentencia judicial.

1. *Eficacia jurídica de la sociedad de hecho.*

La situación legal hasta la denuncia o, en su caso, hasta la firmeza de la sentencia que ordena la disolución, es objeto, sin embargo, de juicios muy dispares.

a) Para LARENZ (183), se reduce la cuestión de la sociedad de hecho a un *puro problema de liquidación*, que deriva de la inadecuación objetiva de los parágrs. 812 y siguientes del B. G. B. Como sólo una liquidación conforme al derecho de sociedades es adecuada, se *subordina* la validez de la sociedad, a los fines de la liquidación, hasta que ésta se concluye. Esta concepción destaca demasiado unilateralmente el problema de la liquidación. La simple ficción de validez de la relación de sociedad parece también poco satisfactoria, porque no proporciona ninguna medida clara para

o. (183) *Schuldrecht*, tomo II, parte 2, págs. 247 y sigs.

resolver los distintos problemas que hasta su liquidación plantea la relación de sociedad. Si no se parte de la eficacia fundamental de la sociedad, hasta que se liquide, faltarán asimismo los puntos de apoyo esenciales para realizar legalmente la liquidación, pues ésta es tan solo una continuación de la relación de sociedad, si bien con finalidad propia.

Cualquier otra interpretación patentizaria aún con mayor fuerza la *ineficacia radical* del contrato de sociedad. Los efectos que por razón del contrato falten, deben ser sustituidos parcialmente por una relación jurídica legal, que elimine pretensiones varias, como el venir contra *factum proprium*, la culpa extracontractual, la gestión sin poder, la acción de enriquecimiento, el dolo (184). Sin embargo, debe ponerse muy en duda que este método de llenar el vacío contractual con obligaciones legales sea suficiente desde un punto de vista sistemático y práctico.

b) Hay que reconocer que a menudo se exponen confusamente en la doctrina y en la jurisprudencia las consecuencias de la nulidad y de la anulabilidad. La nulidad del contrato significa tan sólo que los efectos que las partes quisieron, como contenido específico del mismo, no tienen lugar. Pero esto no excluye que puedan surgir por otros caminos—la gestión sin poder, la culpa *in contrahendo*, el enriquecimiento sin causa—consecuencias jurídicas, con cuya ayuda puede aminorarse, en sus efectos, la conclusión fallida del contrato. Por esta vía cabe sentar algunas conclusiones de la efectiva puesta en marcha de una sociedad, también en el caso de un contrato nulo o inválido, por supuesto, partiendo de los párrafos 741 y siguientes del B. G. B.; y cuyas conclusiones evitarán las peores consecuencias de la nulidad.

Sin embargo, todos estos intentos son insuficientes, desde el punto de vista del método jurídico, para la validez del principio del mantenimiento reforzado de las relaciones duraderas fundadas en una colaboración creadora de valor, y que hemos desarrollado como derecho vigente. Este principio no puede lograrse, ni por la nulidad, ni en relación con aquellas otras figuras que aminoran sus consecuencias legales. Aun cuando las modificaciones y correcciones

(184) DOELLE; BEITZKE, obra citada, pág 15, se inclina, en general, por la misma interpretación para las relaciones duraderas, respecto a las de sociedad llega, coincidiendo con HUECK, a otros resultados.

fueran tan abundantes que pudiera hablarse de una *transformación* de la relación duradera, a pesar de ello, la suma de deberes legales de auxilio o equilibrio, no determinaría, práctica ni teóricamente, el mantenimiento de la relación de sociedad. Precisamente las cuestiones capitales en la posición jurídica de los socios—la configuración de sus derechos de voz y voto, de participación en beneficios, de gestión y representación—no pueden ser resueltas correctamente con la ayuda de los principios de la gestión sin poder, comunidad, etc., ni siquiera con el del enriquecimiento sin causa, como se requeriría si no se considera inaceptable la nulidad radical de la sociedad. *En tanto se esté de acuerdo, en que una nulidad radical contradice la finalidad de la Ley y de los fundamentos jurídicos de la relación duradera, no puede, a mi juicio, llevarse adelante esta idea fundamental, si no es previo reconocimiento expreso del necesario mantenimiento de la relación de sociedad.*

Tampoco la concepción de LARENZ hace justicia al mantenimiento reforzado de las relaciones duraderas. No se trata tan sólo de lograr que resulten aplicables las normas sobre liquidación. Si en definitiva se acepta en el sentido expuesto la especialidad de las relaciones duraderas, una concepción que se limite con carácter exclusivo a la idea de la liquidación queda excesivamente estrecha.

En el fondo, de lo que realmente se trata en toda esa divergencia de opiniones, es de la valoración jurídica que merece la fuerza propia de la colaboración social y que inicialmente sólo se consideró en su aspecto sociológico. Depende de la concepción fundamental sobre la función de nuestro Ordenamiento jurídico, el que esa fuerza propia del órgano existente pueda ser reconocida como un estado de hecho con trascendencia jurídica. Para evitar cualquier equivoco importa destacar que los resultados apuntados no vienen justificados exclusivamente por una actuación *de facto*. La función del derecho, de *valoración* de hechos, permanece intacta. El punto de partida metódico no es el hecho, sino su valoración jurídica. Sobre esta base es evidente que frente al mantenimiento de la sociedad en marcha no quedan excluidos, como causa de nulidad o anulabilidad a tenor de las prescripciones del B. G. B., todos los posibles defectos en la conclusión del contrato (185).

(185) ESSER, A. C. P. 157, págs. 93, 94.

Por lo contrario, permanecen plenamente eficaces como tales vicios de nulidad o anulabilidad frente al mantenimiento reforzado, aquellos a los que los principios de valor de nuestro Derecho confieren singular peso específico. Hay casos en que es más débil el principio del mantenimiento reforzado que el vicio en la conclusión del contrato. Pero, en general es válido el principio de que, en el caso de una sociedad en marcha, *pese a su falta de base contractual, se mantiene plena y absolutamente eficaz hasta su disolución de relación de sociedad, con todas las obligaciones y derechos que le son inherentes* (186).

c) La *importancia práctica* de la diversidad de opinión respecto de la situación jurídica de la sociedad de hecho hasta su disolución quedará patente a través de unos ejemplos. Durante la vida de la sociedad de hecho, un socio infringió el deber de fidelidad en términos que estarían comprendidos en los parágrafos 112 y 113 del H. G. B., de tratarse de un contrato de sociedad válido; aparte de ello incurrió en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones sociales; tampoco desembolsó en tiempo oportuno las cantidades a que venía obligado.

En la concepción de LARENZ (187), todos estos incumplimientos u omisiones, sólo podrían tener relevancia jurídica a base de conferir *simuladamente*, desde el punto de vista de la liquidación, validez contractual a la obligación correspondiente. Esto podría afirmarse en todo caso para la obligación de desembolso. Pero evidentemente que la finalidad liquidatoria no exige que las obligaciones de fidelidad social hayan de simularse, como si se tratara de un contrato válido. De ahí que esos supuestos de incumplimientos pueda abarcarlos LARENZ, sólo con la ayuda del Derecho penal. Desde un punto de vista sistemático, esto no es satisfactorio; pero tampoco resulta suficiente en la práctica, porque el daño patrimonial por negligencia no cae bajo el apartado 1 del parágrafo 823.

LARENZ opina incluso que la acción de un socio contra otro para el cumplimiento de una obligación derivada de un contrato de sociedad nulo según los principios generales, ha de ser rechazado tan pronto resulte la nulidad, sin que se precise de un acto confor-

(186) HUECK, obra citada; ERMAN, pág. 57; BEITZKE, pág. 63 y la resolución antes citada del R. G. y del B. G. H.

(187) *Schuldrecht*, II, § 56, pág. 247.

mador, como puede ser la denuncia o una sentencia disolutoria (parágrafo 133 del H. B. G.), para eliminar la base de la pretensión. Distinto sería que, a los *finés de la liquidación*, se *supusiera* figuradamente haberse dado una relación de sociedad válida hasta el momento de hacerse valer la nulidad. Por consiguiente, la ficción de una relación social válida a los fines de la liquidación no basta para que puedan imponerse judicialmente las obligaciones sociales figuradas, cuando el socio excepciona la nulidad—sin previa denuncia o disolución de la sociedad (188).

En mi opinión, hasta la disolución formal, el socio está, por el contrario, esencialmente vinculado a todas las obligaciones que derivan de la relación de sociedad. En los ejemplos expuestos, vendrá obligado al consiguiente resarcimiento de los daños por incumplimiento de los deberes de fidelidad a tenor de los párrafos 112, 113 del H. G. B. y, por negligencia, en general, a tenor de los párrafos 280, 286 y 276 del B. G. B.; deberá pagar su aportación y, en su caso, responder por la demora conforme al párrafo 286 del B. G. B. Cada socio individual sólo podrá hacer valer el vicio en la conclusión del contrato, solicitando la disolución. Pero esta disolución dejaría intactos sus deberes de fidelidad hasta ese momento; su obligación de completar la aportación debida podría, eso sí, venir compensada con la concurrente disminución de su haber en la liquidación.

2. *Ineficacia de toda la relación de sociedad o de algunas de sus partes, en casos excepcionales.*

Como ya hubimos de apuntar más arriba, hay que hacer ciertas excepciones al principio de la plena eficacia de la sociedad de hecho y, en particular, en los casos siguientes:

(188) LARENZ, obra citada, añade: «Al menos debería ello ver válido para las sociedades del B. G. B.». Sin embargo, las sociedades regulares del B. G. B. deben recibir idéntico trato que las personalistas del Derecho Mercantil, pues un tratamiento distinto sólo se justificaría a lo sumo en relación con su eficacia externa. Este punto de vista no es aquí decisivo; por tanto, todos estos casos habrían de ser enjuiciados según la ordenación de la relación de sociedad construida en virtud de la plena ejecución de un contrato viciado, en la medida que no constituya precisamente la razón misma de nulidad o anulación. FISCHER, N. J. W., 1955, pág. 850 y N. J. W., 1958, pág. 969. Es evidente que no pueden equipararse a las sociedades personalistas del H. G. B. las meramente ocasionales por plazo breve del B. G. B. Sobre sociedades internas véase más arriba.

1. Sin un contrato de sociedad—aunque sea nulo o anulable—no puede surgir una sociedad de hecho.

2. El principio del mantenimiento reforzado debe ceder cuando el contrato choca con las buenas costumbres o contra prohibiciones absolutas de orden público. La sociedad es nula (parágrafo 134, 138 del B. G. B.).

3. Aquellas partes viciadas del contrato que precisamente fundamenten su impugnabilidad, pueden ser singularmente nulas o anulables.

4. También pueden ser nulas aquellas partes del contrato, en cuya ineficacia tenga un socio un interés especialmente digno de protección.

Estudiaremos a continuación con más detenimiento los casos de ineficacia apuntados.

a) Para el nacimiento de una sociedad de hecho es decisivo que se dé un *contrato de sociedad*—aunque sea viciado—. El Tribunal federal tiene establecido que siempre ha de partirse de la necesidad de una base contractual en la relación de sociedad (189).

El supuesto que contemplaba la citada resolución fue el siguiente: Un «socio de hecho» accionó la separación. Las partes habían proyectado fundar una sociedad mercantil pública; no se había llegado a formalizar el contrato escrito de sociedad, ni la inscripción registral. Pese a ello, habían iniciado los partícipes su actividad común, una construcción; aceptaron un encargo de construir y dieron comienzo a los trabajos. El Tribunal de instancia estimó que si bien la sociedad proyectada no había llegado siquiera a fundarse, sin embargo, había surgido una sociedad de hecho como consecuencia de su actuación, pese a la falta de base contractual.

En contra de ello, establece el Tribunal federal que sólo puede hablarse de una sociedad de hecho cuando se está en presencia de un contrato de sociedad, que, por razones legales, sea nulo o anulable. También la sociedad de hecho, como cualquier sociedad, presupone un contrato de sociedad, apoyado en la efectiva voluntad de las partes contratantes, por más que aquélla resulte ser

(189) B. G. H. Z 11, pág. 190; también, B. G. H. Z. 3, págs. 285 y 8, pág. 157, O. L. G.; FREIBURG, de 7-11-46, B. B., 1958, pág. 645, Russ.

legalmente defectuosa. Una comunidad efectiva que carezca de cualesquiera acuerdo contractual no es bastante para estimarla como sociedad de hecho. Con acierto justifica, al propio tiempo, el Tribunal federal la aplicación de los principios del negocio jurídico, al valorar que de la conducta de las partes pueda deducirse la conclusión tácita de un contrato de sociedad provisional. No el mero estado de hecho creado de modo cierto y efectivo, sino sólo el acuerdo social querido, justifica la aplicación de las reglas legales del derecho de sociedades (190).

En mi opinión no es lícito deducir de esta resolución ni de otras parecidas que toda la problemática estriba en si basta la actuación común para que se dé la sociedad de hecho, o, en si debe haber contrato de sociedad, si bien viciado. Es inconcebible una actuación común de los socios sin la correspondiente voluntad de los partícipes, por más que ésta sea defectuosa desde el punto de vista del Derecho (191). En este sentido, toda actuación común encierra siempre una coincidencia de voluntades. Así, por ejemplo, el disentimiento se referirá siempre a determinadas condiciones de la colaboración, pero nunca puede serlo al trabajo en común, en cuanto tal.

b) La sociedad de hecho no puede reconocerse en todos los casos en que se dé un acuerdo social querido, porque el peso específico de una norma de nulidad que lo contradiga puede ser tan fuerte que queda excluido el reconocimiento jurídico de la actuación común de los partícipes. El Tribunal federal ha dado expresión a este pensamiento bajo la fórmula de que no puede reconocerse la sociedad de hecho cuando el *reconocimiento jurídico del estado efectivo existente pudiera estar en contradicción con graves intereses de la comunidad o de personas individuales dignas de*

(190) En el mismo sentido FISCHER, N. J. W., 1955, págs. 849 y sigs., que se ocupa de las eventuales dificultades de delimitación en el caso de disenso público. En contra, SIMPIS, obra citada, págs. 160 y sigs., que difiere sólo respecto a la eficacia real de la común actividad de varios y correspondiente «voluntad efectiva». No obstante, en esta voluntad efectiva podrá apreciarse regularmente un contrato de sociedad tácito e informal.

(191) Significativamente deja O. L. G., FREIBURG, planteada esta cuestión. De ahí que esta resolución no sea ejemplo de que deba admitirse por razones de necesidad una sociedad de hecho sin contrato, como afirma RUSSE, B. B., 1958, pág. 646.

protección (192). Ejemplo de este principio es el *choque con una Ley prohibitiva*. Según la doctrina del Tribunal federal no puede tomarse en cuenta la situación de hecho creada, en el caso de infracción consciente y querida de una prohibición legal, porque tal reconocimiento estaría en absoluta contradicción con el sentido y finalidad de la Ley prohibitiva y, por ello, con el Ordenamiento jurídico (193). En este caso, los intereses trascendentales de la comunidad que la norma pone de manifiesto, reivindican la primacía sobre los de los partícipes en el reconocimiento de la situación creada.

Todavía cabe preguntarse si lo decisivo es el *elemento subjetivo* del choque consciente y querido o decididamente el hecho objetivo de chocar con la disposición, cuyo alcance deriva de la propia importancia de la misma (194).

En el caso resuelto por el Tribunal federal, los partícipes no eran conscientes del alcance de su conducta, sino que creían moverse dentro del marco del Ordenamiento jurídico. Es posible que objetivamente contaran incluso con una autorización provisional y eficaz en Derecho, de la autoridad. FISCHER (195) opina que no surgirían intereses protegibles de la comunidad en contradicción con el acuerdo común, si los partícipes proceden a su disolución en el momento mismo en que tienen conocimiento de la contradicción legal. Esta concepción puede ser acertada para un caso concreto, pero indudablemente no puede generalizarse. Los graves intereses de la comunidad o de personas individuales que merecen protección, y el mantenimiento de una prohibición legal y de sus consecuencias sobre nulidad (parágrafo 134 del B. G. B.), son absoluta-

(192) B. G. H. Z. 3, pág. 288; ESSER, A. C. P. 157, págs. 91 y sigs.; *Abwägen der konkreten Schutzaufgaben des Nichtigkeitsgrundes mit dem Schutzinteresse an der Anerkennung des de facto-Verhältnisses*

(193) B. G. H., 11-4-51, II, Z. R., 9/50; FISCHER, N. J. W., 1955, pág. 850 y N. J. W., 1958, pág. 969. En contra, BUCHWALD, GmbH-Rdsch., 1954, pág. 148, porque no compete al Derecho civil sancionar la infracción legal con el no reconocimiento del estado o situación constituidos. Esta opinión contradice los §§ 134 y 138 en términos absolutos y desconoce la conexión con el ordenamiento jurídico en general, que no permite que una misma conducta se estime ilegal en un determinado campo del derecho y se sancione y, en cambio, en otro distinto, pueda entenderse conforme a derecho, respetada y protegida. BEITZKE, obra citada, pág. 63.

(194) B. G. H., L. M., Nr. 8. § 105, H. G. B.; FISCHER, N. J. W., 1955, págs. 850 y sigs.

(195) N. J. W., 1955, pág. 850.

mente independientes de que se contradiga con plena conciencia y volición subjetiva el precepto (196). De otra parte, no puede olvidarse que la acción contraria a una norma prohibitiva puede ser especialmente insoportable para la comunidad o para la persona individual, de modo que en el caso concreto puede este elemento subjetivo conferir a la contradicción legal objetiva tal trascendencia que tenga como consecuencia inexcusable la nulidad de la sociedad. En todo caso será siempre punto de partida decisivo, la *finalidad* de la norma prohibitiva, según expresa con toda claridad el propio párrafo 134 del B. G. B.

c) Los intereses dignos de protección de un socio pueden determinar que *la base contractual de una sociedad de hecho se reconozca sólo en parte como plenamente eficaz*; en esa medida, debe ceder la protección al estado de hecho, ante el interés individual (197). Esta cuestión cobra importancia práctica al enjuiciar los derechos y deberes de los socios durante la vida de la sociedad y a la hora del reparto procedente a su disolución. Juega entonces un papel especial la necesidad de proteger al *menor de edad* y en general, al que tiene limitada su capacidad (198).

Del principio establecido de que sólo a través de la denuncia, en su caso, de la acción de disolución, puede solicitarse la eliminación de una sociedad que haya llegado a ponerse en marcha, no se deriva necesariamente que hasta la eficacia de aquella denuncia o sentencia disolutoria deba seguir completando cada socio todos los deberes convenidos en el contrato de sociedad y que puede hacer valer todos los derechos que le corresponderían de haber sido válido (199). Con esta limitación no se elimina retroactivamente, desde un punto de vista de sistemática jurídica, la relación de sociedad, sino que se restringe y modifica tan sólo respecto a consecuencias singulares. Así, por ejemplo, puede reconocérsele plenamente eficaz, pese a un *defecto de forma* en el contrato, como con-

(196) FISCHER, actualmente, también, N. J. W., 1958, pág. 970.

(197) FISCHER, N. J. W., 1955, págs. 850 y sigs.

(198) El problema del menor de edad precisa de una consideración específica. B. G. H. Z. 17, pág. 160; N. J. W., 1955, pág. 1.067, GANSSMUELLER, HUECK, O. H. G., pág. 254.

(199) HUECK, O. H. G., pág. 56; FISCHER, N. J. W., 1955, pág. 850; en sentido análogo, pero desde otro punto de vista, LARENZ, *Schuldrecht*, tomo II, pág. 247.

secuencia de la efectiva ejecución de la relación de sociedad, y únicamente que la estipulación concreta viciada de nulidad carezca en sí misma de eficacia jurídica (200).

De forma similar han de ser enjuiciados los siguientes casos: un socio logra con engaño malicioso que se le reconozcan unas considerables ventajas en su participación por beneficios o a la disolución. El problema está en si pueden los otros socios destruir con efectos retroactivos *esta* estipulación contractual, anulándola. La misma cuestión se plantea cuando un socio se ha obligado a una determinada prestación, exclusivamente en virtud de engaño malicioso, violencia o intimidación o simplemente por una errata material del texto. En la concepción del Tribunal federal, ni siquiera el engaño malicioso basta por sí solo para determinar la nulidad de *toda* la relación de sociedad ejecutada (201). Tan sólo la precisa estipulación del contrato sobre la que el engaño recae, es la que puede tratarse como ineficaz (202) y ser sustituida por una regulación adecuada. Pero también esta regla tiene excepciones. Si el engaño malicioso ha partido de otro socio, puede que la finalidad de su ordenado desenvolvimiento exija que el engañado preste plenamente su aportación (203).

Con frecuencia es posible una consideración sistemático-jurídica correcta de estos casos por *invalidación sólo parcial*. A este resultado llegó también FISCHER, al conceptuar como «irrelevante jurídicamente» la concreta estipulación del contrato de sociedad, a la que por ejemplo se contrae el engaño malicioso (204). Las disposiciones legales llenarán la laguna contractual que ocupaban sus partes nulas o que se hayan anulado con carácter retroactivo. Además es posible en este punto una interpretación complementaria del contrato y también la determinación judicial de lo conveniente (compárese con el párrafo 168 del H. G. B.). Pueden asimismo aducirse, para completar las lagunas, las prescripciones

(200) FISCHER, obra citada, y HUECK, O. H. G., pág. 56. La invocación al vicio de forma puede en cambio no prosperar en base al § 242, B. G. B.; pero esto no es un problema de la sociedad de hecho.

(201) B. G. H., L. M., Nr. 3 § 11, GmbH.

(202) FISCHER, N. J. W., 1958, pág. 971.

(203) B. G. H., B. G. H. Z. 26, 330, N. J. W., 1958, págs. 668 y sigs.

(204) N. J. W., 1955, pág. 851. FISCHER quiere dar idéntico trato a la oposición a una Ley y a la oposición a las buenas costumbres sobre todo en el caso de resultar beneficiado uno de los socios.

del Derecho común (por ejemplo, parágrafo 748 del B. G. B.), las acciones de indemnización de daños (de mantenerse la estipulación contractual) y los fundamentos del abuso del derecho (parágrafo 242 del B. G. B.).

FISCHER distingue de estos casos de nulidad o anulabilidad parcial, aquellos otros en que *lo decisivo para la terminación del contrato de sociedad hayan sido el engaño o la violencia en sí mismos*. Pero tampoco aquí debe a su juicio declararse la nulidad retroactiva de la relación de sociedad, sino que debe tan sólo concederse al socio perjudicado una protección especial. FISCHER estima que ha de reconocérsele una excepción por engaño contra la pretensión sobre cumplimiento de sus obligaciones de socio; que han de adoptarse, según la particular situación del caso, reglas especialmente adecuadas y, por último—y ésta es la consecuencia de más amplio alcance—, que debe permitirse que la sociedad se disuelva por declaración unilateral en lugar de requerirse el ejercicio de la acción de disolución.

Con estas proposiciones se crean especiales figuras jurídicas para determinados tipos de vicios en la sociedad de hecho, que equidistan de la nulidad retroactiva y de la disolución *ex-nunc*. Fundamentalmente cabe reconocerle a FISCHER que esas soluciones intermedias tienen que ser admitidas en el conflicto entre el mantenimiento a ultranza y los graves intereses de un socio (205).

En todos estos casos es importante el que no quede, en absoluto, lugar para la aplicación del parágrafo 139 del B. G. B. De nuevo queda aquí patente el carácter básico de la relación obligacional duradera, que no es sólo un medio en el intercambio de bienes, sino que exige, como relación jurídica con fuerza vital propia y especial, una protección reforzada. La sociedad de hecho que es independiente de una voluntad constitutiva jurídicamente correcta, no puede, por ende, ser totalmente eliminada a causa de una estipulación contractual ineficaz aislada (206).

(205) N. J. W., 1958, págs. 971 y sigs., HUECK, *Gesellschaftsrecht* (8.ª edición), pág. 61. No tenemos aquí espacio para entrar a considerar la corrección de las soluciones singulares propuestas por FISCHER.

(206) En sentido parecido, FISCHER, N. J. W., 1955, págs. 850 y sigs.

3. *La terminación de la sociedad de hecho.*

a) *Su forma.*

La terminación de la sociedad de hecho tiene lugar en virtud de *denuncia* o (parágrafo 723 del B. G. B.) en las sociedades personalistas, por consecuencia de una *sentencia judicial disolutoria* (parágrafo 133 del H. G. B.) (207). Convincentemente ha establecido el Tribunal federal, sumándose al Tribunal Supremo del Reich, que, pese a la impugnabilidad por vicios de un contrato de sociedad, deben seguirse para su disolución los trámites regulares (208). En la medida en que es efectivamente posible y necesario el reconocimiento de la sociedad, que de hecho existe por las recíprocas relaciones jurídicas entre los socios, entran en juego para hacer valer su nulidad o anulabilidad los mismos puntos de vista que rigen en el caso de una sociedad constituida en virtud de un contrato válido y eficaz en Derecho. También aquí se exige y requiere, en interés de la seguridad y claridad jurídicas, que los fallos judiciales constituyan relaciones jurídicas unívocas. Y de la misma forma, subsiste la necesidad de eliminar por medio de una decisión judicial cualquier duda entre los socios sobre la existencia de una causa de nulidad o anulabilidad. En otro caso, habría que suspender la actividad de la empresa común en algunos casos con la simple invocación procesal de un vicio del contrato y, por consecuencia, conformarse con innumerables inconvenientes económicos.

b) *Presupuestos fácticos de la terminación (209).*

El Tribunal Supremo del Reich, a base de sustituir la nulidad retroactiva por una anulación con efectos exclusivamente hacia el futuro, había intentado, cada vez más, equiparar no sólo los efectos

(207) Véase SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 105, H. G. B. y FISCHER.

(208) B. G. H. Z., 3, pág. 289. En contra de la aplicación del § 140; en el caso de la sociedad de hecho, SCHLEGELBERGER-GESSLER. Esta cuestión ha de ser objeto de un estudio más detenido.

(209) En relación con este problema: R. G., D. R., 1941, pág. 1.943; R. G., D. R., 1942, pág. 275; B. G. H. Z. 3, pág. 285; BEITZKE, obra citada, pág. 62; BENKE, J. Z., 1952, págs. 307 y sigs.; GOLTZ, B. B., 1952, pág. 68; FISCHER, L. M., § 133, H. G. B.; HUECK, O. H. G., pág. 53, tomo sig. y, *Gesellschaftsrecht*, pág. 61; SIMTIS, obra citada, págs. 162 y sigs. y 246 y sigs.; SIEBERT, M. D. R., 1952, págs. 287 y sigs.; WOLFF, N. J. W., 1952, págs. 500 y sigs. y M. D. R., 1952, págs. 535 y sigs. También nota 147.

sino también los requisitos de la liquidación de una sociedad de hecho a los de la invocación de causa grave en la sociedad constituida válidamente. Por el contrario, el Tribunal federal mantiene que sólo es necesaria la exclusión de la eficacia *ex-nunc*, de forma que para la anulación de la sociedad de hecho no se requiera sino la causa de nulidad o anulabilidad. Se trata, por consiguiente, de precisar si cualquier defecto que en la fase constitutiva pueda determinar la nulidad o anulabilidad del contrato de sociedad, es por sí solo bastante para legitimar más adelante una denuncia sin plazo o la acción de disolución o, si, por el contrario, en el momento de invocarlo—según corresponde a la *eficacia* anulatoria *ex-nunc*—el «vicio constitutivo» sólo puede alegarse, si cumplió y aún sigue cumpliendo los presupuestos reforzados del motivo grave para la denuncia o disolución en el sentido de los párrafos 723 del B. G. B. y 133 del H. G. B.

Esta cuestión es discutible. En mi opinión la solución debería encontrarse en un punto intermedio, que tenga en cuenta tanto la conveniencia de quienes están interesados en la anulación de la sociedad como los intereses en mantenerla vigente. La justificación de una cierta limitación a las causas de nulidad y anulación, también desde el punto de vista de su equiparación de hecho con el motivo grave o la causa de disolución, deriva nuevamente de la especial protección debida a la relación de sociedad existente. Y en este aspecto es de trascendental importancia jurídica que la exclusión de la retroactividad antes expuesta en caso de denuncia de la relación de sociedad, no se reduzca a la exclusión de los efectos de la resolución, sino que coloque en el lugar de los presupuestos fácticos de la resolución los más rígidos de la denuncia por motivo grave. Esta misma conceptualización sistemático-jurídica ha de ser decisiva también para la más estricta determinación de los presupuestos fácticos de una anulación *ex-nunc*.

Resulta de cuanto antecede que al menos hoy por hoy debe seguir surtiendo efectos el *vicio contractual originario*; no necesita desde luego, suponer un motivo grave, en su caso, una causa de disolución en el sentido legal, *pero ha de seguir manteniendo importancia en el momento en que la acción se ejercita*. Bajo esta perspectiva adquieren peso distinto las causas de nulidad y anulabilidad; un primer grupo comprende aquellos casos en los que la

Ley niega eficacia al contrato en consideración a su *constitución* defectuosa. Al otro grupo pertenecen aquellos supuestos en los que la Ley prescribe la nulidad en razón a una *irrealizabilidad* desde el principio del contrato. En los casos del primer grupo persiste siempre la causa de nulidad o de anulación como presupuesto de una acción de disolución o del motivo grave. Por el contrario, en aquellos casos en que la Ley tiene preferentemente en cuenta la posibilidad de ser del contrato, debe analizarse si ciertamente se ha acreditado en el caso concreto esa irrealizabilidad que la Ley presuponia en abstracto.

Entre las causas de anulación, el error en el contenido de la declaración debe dar derecho regularmente a la denuncia, porque en este caso, debido a la inadecuación entre la voluntad y la declaración, el nacimiento del negocio jurídico es falso y, por ende, no puede el ulterior decurso de las relaciones de sociedad engendrar una fuerza que lo corrija. Por el contrario, el error en la cualidad, según el párrafo 119, apartado 2 del B. G. B., se considerará como causa de denuncia o disolución, sólo cuando esté justificado y sea relevante en el momento de ejercitarse. Este error, en efecto, no se contrae tanto sobre el nacimiento defectuoso, cuanto, sobre todo, sobre la irrealizabilidad abstractamente prevista por el legislador y la imposibilidad de las relaciones jurídicas proyectadas.

D) *La relación laboral de hecho.*

I

PROBLEMÁTICA

La problemática de las relaciones laborales de hecho se corresponde en sus rasgos generales con la de la sociedad de hecho. En ambos casos se trata de relaciones de tracto sucesivo o duraderas, cuya base contractual es nula o anulable, pero que durante algún tiempo ha tenido realidad en su contenido; en la relación laboral, como consecuencia del trabajo en común del asalariado—que

presta un servicio establecido por otro—y del empresario, en cuyo programa y tarea laboral se ordena el trabajador.

1. Dentro del problema general, cobra aquí también importancia—al igual que en la relación de sociedad—la cuestión de si encuentran aplicación a la relación de trabajo en marcha, las prescripciones de la parte general del B. G. B. sobre nulidad y anulabilidad; si, por tanto, por la invocación de nulidad o por la declaración de anulación de la prestación laboral, puede sustraerse con eficacia retroactiva la base jurídico-contractual y, por ello, sobre todo, al trabajador su derecho a la percepción del salario. La solución a esta pregunta requiere de un fundamental análisis de la esencia del contrato de trabajo, sobre todo, del cómo y la medida en que el contrato de trabajo puede encuadrarse en el sistema común de Derecho contractual del B. G. B. (210). La importancia práctica del problema no es pequeña, como evidencian los múltiples casos y las diversas variantes que la jurisprudencia ha considerado (211).

2. La doctrina y la jurisprudencia y también dos proyectos legales de 1923 y 1938 se han ocupado del problema del contrato laboral nulo y anulable; aunque hay ciertas coincidencias en los resultados, sin embargo, no se ha llegado a una solución unánime.

Como en el caso de la relación de sociedad, también aquí surgen a primera vista *razones prácticas* que abogan por el reconocimiento de la relación laboral que llegó a existir y por la exclusión de las prescripciones sobre nulidad y anulabilidad. Es totalmente imposible una retroacción, como consecuencia de una nulidad inicial o retroactivamente alegada, porque no cabe dar marcha atrás ni al trabajo prestado ni a la suma de relaciones de previsión y fidelidad surgidas. Pero es que además en la relación laboral son de tener en cuenta ciertos puntos de vista que aún refuerzan más la necesidad de una protección reforzada del estado de hecho. Ha de citarse en primer lugar, la especial *necesidad de protección* del trabajador. Más aún que el socio, tiene el trabajador interés en la eficacia de la relación duradera consumada, porque es exclusiva-

(210) NIKISCH, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhaeltnis*, 1941, págs. 13 y sigs.

(211) RAMM en su perspectiva sobre los casos de anulabilidad *Die Anfechtung des Arbeitsvertrags*, 1955, págs. 1 sigs.

mente esta eficacia la que le confiere el derecho al salario convenido o establecido según tarifas y la que le asegura las prestaciones de previsión. También, más allá de los derechos y obligaciones propios de la esfera del Derecho privado, adquiere importancia la existencia de una relación laboral con eficacia jurídica, en concreto, para el concepto de la empresa (212). Además, en la relación laboral, es aún más fuerte que en la de sociedad, *el elemento personal*, como consecuencia de la dependencia del trabajador, lo que a su vez exige su especial protección contra la nulidad o anulación del contrato de trabajo.

II

LA RELACIÓN LABORAL DE HECHO EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

1. *Panorámica de conjunto.*

El Tribunal Central del Trabajo ha mantenido el criterio, en una jurisprudencia constante (213), de que las disposiciones del B. G. B. sobre nulidad y anulabilidad deberían ser de aplicación ilimitada al contrato de trabajo, y ello, con total independencia de que el trabajador haya o no iniciado de hecho el trabajo. Aceptaba, sobre todo, las consecuencias que derivan del parágrafo 142, apartado 1 del B. G. B. por anulación *ex-nunc* del contrato laboral y la sustitución del derecho a la reclamación del salario por una acción de enriquecimiento (214). Sin embargo, después de 1945, son pocos los Tribunales de Trabajo que han seguido este criterio (215). En su mayoría, los Tribunales Laborales de los LAENDER

(212) El Derecho público de Protección al Trabajo en sus diversas disposiciones exige, en cambio, sólo una actuación (ocupación) efectiva (convenida) del trabajador, no un contrato de trabajo válido conforme a las normas del Derecho privado

(213) R. A. G., ArbRSamml. 23, pág. 198; 35, pág. 30; 36, pág. 147; 44, pág. 209.

(214) RAMM, obra citada, págs. 5 y sigs. y FARTHMAN, *Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen*, Goettingen, 1957, págs. 17 y sigs.; también la completa colección jurisprudencial de MUELLER-GROENINGER *Praktisches Arbeitsrecht*, tomo. II, § 142, B. G. B.

(215) L. A. G., HEIDELBERG, A. P., 1950, Nr. 242.

rechazan la nulidad *ex-nunc* y la ineficacia retroactiva por causa de anulabilidad (parágrafo 142, párrafo 1 del B. G. B.) (216).

La doctrina no mantiene en la actualidad prácticamente en absoluto esta anulabilidad «regular» con efectos retroactivos conforme al parágrafo 142, párrafo 1 del B. G. B., si no es con paliativos. Pero ello no obstante, se considera a menudo el parágrafo 142, párrafo 1 del B. G. B. como Derecho vigente también para las relaciones laborales y como punto de partida inevitable para el tratamiento de la impugnación (217). Sin embargo, la opinión dominante en la doctrina es que las causas de nulidad y anulabilidad no pueden, en absoluto, eliminar con efectos retroactivos una relación contractual de trabajo realmente consumada; sobre todo, debe surgir en lugar de la nulidad retroactiva (parágrafo 142, párrafo 1 del B. G. B.) la anulación con efectos *ex-nunc* (218). El Tribunal federal del Trabajo sostiene también este criterio, expresado por primera vez en un fallo de 5 de diciembre de 1957 (219).

Por consiguiente, al igual que acontece con la problemática de la sociedad de hecho, se ha logrado hoy día una amplia unanimidad en la solución al problema de la relación laboral defectuosa por vicios en la base del contrato. Las distintas fundamentaciones jurídicas para la exclusión más o menos total de los efectos de la

(216) L. A. G., FRANKFURT. R. D. A., 1949, pág. 469; L. A. G., HANNOVER, A. P. 51, Nr. 1; L. A. G., BREMEN, A. P. 51, Nr. 86; Denuncia en «Lag Mannheim», A. P., 52, Nr. 175 y L. A. G. FRANKFURT, A. P. 54, Nr. 85 Una exacta visión de conjunto en RAMM, obra citada, pág. 13 y FARTHMAN, obra citada, pág. 31; también, SOMMER, ARRLATTEI, *Anfechtung im Arbeitsrecht I*.

(217) BEITZKE, *Nichtigkeit, Auflosung und Umbestaltung von Dauerrechtsverhältnissen*, págs. 14 y sigs. Parte de la premisa de que incluso en el caso de nulidad retroactiva de una relación duradera persisten innumerables consecuencias jurídicas, «en parte porque esencialmente no pueden tener efectos retroactivos; en parte, porque la Ley prevé como tales consecuencias al menos la compensación por un enriquecimiento injusto» (pág. 15). De ahí que por consecuencia de la nulidad, la relación jurídica no se elimina totalmente, sino que en realidad sólo se *transforma*. BEITZKE llega al resultado, en el caso de anulación del contrato de trabajo, de que a causa de la indicada transformación de la relación laboral surgen consecuencias de distinto alcance, adecuadas a las particularidades del Derecho de trabajo: acción de enriquecimiento, de compensación conforme a los §§ 122, 823, y 826 del B. G. B., así como las propias del embargo consiguiente. Por ello cree BEITZKE que, incluso, después de comenzado el trabajo puede darse lugar a una nulidad del contrato con arreglo al § 142, párr. 2.

(218) HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuchh*, pág. 170: datos completos sobre la doctrina.

(219) A. P., Nr. 2, § 123. B. G. B., HUECK; B. B., 1958, pág. 232; N. J. W., 1958, pág. 516; A. R.-BLATTEI, *Anfechtung im Arbeitsrecht*

nulidad o anulabilidad en la relación laboral coinciden en parte con los esfuerzos en torno a la base jurídica de la sociedad de hecho; podemos, pues, remitirnos a lo expuesto en relación con la sociedad de hecho (más arriba, epígrafe C). Como en el caso de la sociedad, tropezamos también en la relación laboral de nuevo con el punto de vista de las relaciones duraderas y con el hecho de las relaciones comunes realmente mantenidas. Aparte de ello, se le ha reconocido especial importancia en la relación laboral al elemento personal y a la idea de protección social al trabajador, y se intentan sacar consecuencias específicas para el problema del contrato viciado, del carácter especial de la relación laboral. Expondremos a continuación brevemente los más importantes intentos de fundamentación de la relación laboral de hecho.

2. Teoría del contrato.

Es de gran importancia para la cuestión sobre la nulidad y anulabilidad del contrato de trabajo, la ordenación dogmática de la relación laboral. La base jurídica de la relación laboral no puede ser otra que un contrato de trabajo correctamente constituido, por exigencia de la teoría de los contratos según la doctrina legal del B. G. B. (220). Supuesto que en este contrato se aceptan por ambas partes obligaciones y, fundamentan con ello derechos a determinadas prestaciones, se trata de un contrato obligacional. La relación laboral es, por consiguiente, una relación obligatoria fundada en un contrato; no puede tener otro fundamento que el contrato en el sentido de los párrafos 140 y siguientes, 145 y siguientes, 241 y siguientes, 305 y siguientes del B. G. B.

A ello responde el que la teoría contractual haya aplicado primitivamente con carácter casi ilimitado las prescripciones sobre nulidad y anulabilidad al contrato laboral. No podía tomar en consideración, como supuesto susceptible de ser valorado jurídicamente, la relación laboral surgida por la mera ejecución efectiva de un trabajo: la realidad y el contenido de la relación laboral

(220) Véase en relación con esta forma primitiva de la teoría del contrato a HUELK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, 3/5.ª edición, tomo I, 1931 págs. 90 y sigs.; STAUDINGER-NIPPERDEY 9.ª edición, § 611; NIPPERDEY, *Beitraege zum Tarifrecht*, 1924, págs. 103, 112; KASTEL-DERSCH, 4.ª edición, 1932, pág. 136; LUTZ RICHTER, *Grundverhaeltnisse des Arbeitsrechts*, 1928, pág. 72.

nacida de un contrato eran independientes de que efectivamente se hubiera prestado un trabajo (221).

Pero pecaríamos de inexactos si se adujera exclusivamente este estado de la antigua teoría contractual. Son muchos los representantes de la teoría del contrato los que desde hace siglos se han esforzado en restringir la aplicación de los preceptos sobre nulidad y anulabilidad en interés de la eficacia y estabilidad de la relación laboral efectivamente consumada (222).

También la teoría del contrato quiere reconocer—pese a su punto de partida dogmático contrario—que el derecho al trabajo efectivamente prestado no puede pasar inadvertido (223). A pesar de ello, aún en fecha muy reciente se declaraban aplicables en los casos de nulidad o anulación del contrato de trabajo las prescripciones sobre enriquecimiento. Pero, en base al principio de la buena fe y en particular de la doctrina del *venira contra factum proprium*, se reconocen casos en que el empresario no puede negarse al cumplimiento de las pretensiones del trabajador si efectivamente recibió su prestación laboral. A la invocación que el empresario puede hacer sobre nulidad o anulación retroactiva, puede oponer el trabajador con éxito la excepción de contradicción ilícita con su propia conducta anterior (224). Es también característico, el reconocimiento cada vez mayor del elemento de Derecho personal. Precisamente fueron representantes de la teoría del contrato quienes mantuvieron la tesis de que en la relación laboral se daban rasgos de Derecho personal y que por ello se trataba de una relación jurídica (relación de comunidad), predominantemente de Derecho personal (225).

Hoy se define la relación laboral, a partir de la teoría del contrato, aproximadamente en los siguientes términos: es presupuesto

(221) HUECK-NIPPERDEY, obra citada, págs. 111 y sigs., 148 y sigs.

(222) Exposición amplia de la teoría del contrato en su forma más moderna en HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, 6.^a edición, tomo I, §§ 21, 22, págs. 103 y sigs., con referencia completa a la jurisprudencia y a la doctrina; también, STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, § 611, B. G. B.

(223) HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, 3/5.^a edición, tomo I, págs. 111 y sigs.; BEITZKE, obra citada, pág. 30.

(224) HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, 3/5.^a edición, tomo I, pág. 149, 6.^a edición, tomo I, pág. 173.

(225) HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, 6.^a edición, tomo I, B. A. G., A. P., Nr. 2, § 616, B. G. B., B. B., 1955, pág. 570; B. G. H. Z. 10, pág. 190.

esencial de la relación laboral el contrato de trabajo (226). Por ello, son de aplicación las prescripciones sobre nulidad y anulabilidad, pero ilimitadamente, sólo antes del comienzo de la prestación de trabajo. Después, queda sustituida la nulidad retroactiva resultante de una impugnación por la revocación con efectos sólo para el futuro. La exclusión de la retroactividad queda justificada por necesidades prácticas y la especial naturaleza de la relación laboral (227).

3. Teoría de la denuncia.

Otra opinión (228)—se podría hablar de una *teoría de la denuncia*—coincide inicialmente con la teoría del contrato en que se rechaza la destrucción retroactiva a consecuencia de una anulación (eficacia *ex-tunc* del párrafo 142, apartado 1 del B. G. B.). Pero la teoría de la denuncia aún da un paso más decisivo. Echa en cara a la teoría dominante el haberse quedado a mitad de camino, por haber disuelto la anulación en un «baño potásico de excepciones» (229). La esencia de la impugnación, dice, es precisamente la retroacción. El que ponga lo expuesto en duda debe negar necesariamente y, en absoluto, el instituto de la anulabilidad. También la Magistratura del Trabajo de Frankfurt quiere rechazar, en absoluto, la anulabilidad de los contratos de trabajo, porque a tenor del B. G. B. no cabe la nulidad sin retroacción. A juicio de dicho Tribunal los párrafos 119 y 129 del B. G. B. sólo son de aplicación a los contratos de obligaciones; por tanto, no deberían serlo

(226) HUECK, A. R. - BLATTEL, *Arbeitsvertrag - Arbeitsverhaeltnis*, IV *Begründung des Arbeitsverhaeltnis*, V *Maengel des Arbeitsvertrags*, B. B., 1952, pág. 263, A. P., 1954, Nr. 85, R. D. A., 1955, págs. 323 y sigs.; HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, 6.ª edición, tomo I, págs. 35 y sigs., 103 y sigs.; DIETZ; BOETTICHER, R. D. A., 1955, págs. 321 y sigs.; DERSCH, A. R.-BLATTEL, *Arbeitnehmer*, II, 3; STAEDINGER-COING. No podemos entrar en la teoría especial sobre el contrato de MUELLEREISERT.

(227) HUECK; HUECK-NIPPERDEY, 6.ª edición, tomo I, págs. 27 y 105; HUECK, *Der Treugedanke im modernen Privatrecht*, 1944; HERSHEL, *Arbeitsrech.*, pág. 80.

(228) Representantes principales de esta teoría son FREY y HUNN. De la doctrina más antigua cabe citar a: GSCHNITZER, *Jherings Jb.*, tomo 76, págs. 410 y sigs. y en cuanto a la jurisprudencia. L. A. G., LEIPZIG, *ArbR Samml.*, tomo 38, L. A. G., pág. 131; L. A. G. KREFELD, tomo 39; L. A. G., pág. 108. De la jurisprudencia más reciente L. A. G., FRANKFURT/M., A. P., 1954, Nr. 85; L. A. G., BADEN-WUERTEMBERG, 1956, pág. 1.236; HABERKORN, A. U. R., 1953, págs. 368 y sigs.; ZUNFT, A. C. P., tomo 152, pág. 302.

(229) FREY, A. U. R., 1953, pág. 167.

a contratos de trabajo, precisamente en razón de su trascendencia personal, que le es desconocida al B. G. B. (230). Como resulta de lo expuesto, puede caracterizarse la teoría de la denuncia del siguiente modo: parte de un concepto unitario del contrato de trabajo, pero, en virtud de la especialidad de la relación contractual, rechaza en términos absolutos el instituto de la impugnación, que queda totalmente sustituido por la denuncia.

Esta concepción cabe remitirla al párrafo 9 del proyecto de la Academia de 1938, en el que se propuso lo siguiente: «El derecho a anular el contrato de trabajo por error, dolo o violencia, desaparece tan pronto se ha asumido el trabajo. Sin embargo, podrá el perjudicado denunciar sin plazo la relación laboral».

No me es posible entrar ahora con más detenimiento a considerar las distintas opiniones que más recientemente se han desarrollado en torno a la exclusión de la anulabilidad (231).

4. *La teoría de la incorporación o encuadramiento* (NIKISCH).

La teoría de NIKISCH sobre nulidad y anulabilidad en el Derecho laboral viene determinada por la intensa diferenciación entre contrato y relación de trabajo (232).

a) Según NIKISCH el *contrato de trabajo* es también un contrato de obligaciones, si bien es discutible que todas las disposiciones sobre este tipo de contratos, y en particular, sobre contratos bilaterales, sean de aplicación general al contrato de trabajo, porque están pensadas fundamentalmente para contratos patrimoniales de intercambio de bienes. En cuanto a su contenido, el contrato de trabajo está dirigido a la obligación del trabajador de entrar al servicio del empresario. El empresario, por su parte, se obliga a la colocación del trabajador; la relación obligacional que

(230) L. A. G., FRANKFURT, A. P., 1954. Nr 85.

(231) FARTHMAN, proporciona una completa exposición en *Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsvertraegen*, Goettingen, 1957; el mismo autor en R. D. A., 1958, pág. 338.

(232) NIKISCH, *Arbeitsrecht*. 2.^a edición, tomo I, 1955, § 19, págs. 113 y sigs. Escritos anteriores: véase bibliografía. El mismo autor *Individualismus und Kollektivismus im heutigen Arbeitsrecht*, R. D. A., 1953, págs. 81 y sigs. Sobre contrato de trabajo y clasificación: HESSEL, A. R-BLATTEL, *Arbeitsvertrag-Arbeitsverhaeltnis VI: Tatsaechliches Arbeitsverhaeltnis*. En sentido análogo, MAUS: *Tratado del Derecho de Trabajo*, 2.^a edición, parte 1, págs. 1 y sigs.; SCHNORR VON CAROLSFELD, *Arbeitsrecht*, págs 145 y sigs.

este contrato fundamenta no se dirige, según NIKISCH, a una prestación singular transitoria, tampoco a una sucesión de prestaciones de trabajo singulares continuamente reiteradas, sino a la constitución de un estado, precisamente de incorporación o encuadramiento y a que se mantenga hasta la terminación de su vigencia. Mientras el trabajador permanezca al servicio del empresario, se encuentra su relación obligacional en estado de cumplimiento, el que comienza simultáneamente con su incorporación al trabajo y su colocación por parte del empresario.

La relación obligacional que fundamenta el contrato de trabajo exterioriza sólo, en el estado de cumplimiento, aquellos efectos que nosotros unimos al concepto de *relación laboral*. Sólo en ese estado se da la pertenencia a la empresa, cuya duración se rige por el momento de la colocación, y sólo el trabajador empleado está sujeto a las órdenes y, en general, a la ordenación de la empresa. El *empleo* es de hecho y desde el punto de vista jurídico conceptual un proceso independiente frente a la conclusión misma del contrato, aunque ambas cosas puedan coincidir. Normalmente tiene lugar el empleo con la admisión del trabajador en la empresa (en su caso, en el hogar). Significa la confirmación por parte del trabajador de su disposición de someterse con su fuerza laboral a las órdenes del empresario y la confirmación por parte del empresario de su voluntad de utilizar aquella fuerza. El empleo requiere de una actuación consciente y querida, común a ambas partes. No se trata con ello y en el sentido jurídico de la expresión, de declaraciones de voluntad, ya que ambas partes han de querer dar lugar al estado de cumplimiento, pero esas actuaciones de las partes van dirigidas exclusivamente a la constitución del estado, no a la consecución de aquellos efectos que dicho estado lleve aparejados. Por consiguiente, un empleo no es un contrato ni, en absoluto, un negocio jurídico.

b) De la diferencia entre contrato y relación laboral deduce NIKISCH las siguientes consecuencias para la *nulidad y anulabilidad*:

1. Según las reglas comunes, el *contrato de trabajo* es susceptible de nulidad y anulación. La cuestión que permanece es si puede anularse también el contrato laboral con efectos retroactivos y, en todo caso, ser objeto de nulidad radical.

2. La *relación laboral* no puede ser nula, en absoluto (233), como tampoco ser impugnada, de la misma forma que no puede serlo el empleo, porque éste no es un negocio jurídico.

Si el contrato de trabajo es nulo, pero ha sido ejecutado en virtud del empleo, ha surgido en todo caso, según la concepción de NIKISCH, una relación laboral cuyo contenido se determina, si no por el contrato, por las normas legales, tarifas y otras disposiciones establecidas que vinculan a las partes. La impugnación del contrato de trabajo supone para la relación laboral que ésta pierda con efectos retroactivos su base contractual. El contrato no termina con el empleo, sino que se mantiene a lo largo del estadio de cumplimiento. Ni la nulidad ni la anulación retroactiva del contrato de trabajo hacen decaer la relación laboral que persiste, sino que dejan acabar la obligación de entrar en servicio o de mantener el encuadramiento. Quiere decirse, que la relación laboral se hace *revocable* como consecuencia de la desaparición de la base contractual.

c) Esta solución es capciosa; ha merecido con razón una atención máxima por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, lo que no excluye que precise de una aclaración en el ámbito de nuestro estudio, precisamente, de una parte, en relación con el contenido de la relación laboral en caso de contrato inválido y, de otra, en relación con el problema de la revocación.

aa) Si NIKISCH reconociera una real impugnación del contrato de trabajo con efectos retroactivos—en caso de revocación *ex-nunc* de la relación laboral—ello habría de repercutir sobre el contenido de la relación laboral, si el contrato determinó su contenido (convenio sobre las condiciones de trabajo). En tal caso, la impugnación del contrato de trabajo acarrearía que decayeran con efectos retroactivos determinados derechos y obligaciones de la relación laboral; no podría atenderse ninguna reclamación del trabajador por lesión de tales obligaciones una vez impugnado el contrato de trabajo.

Sin embargo, este problema pierde toda su importancia si distinguimos con NIKISCH entre el contrato estricto, aquel que va dirigido al encuadramiento (empleo) y el convenio sobre las demás

(233) Excepciones, véase NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, pág. 186.

condiciones de trabajo, viendo con ello regularmente dos contratos paralelos, que no dependen normalmente entre sí en su vigencia legal (234). Parece, no obstante, discutible que ciertamente y, en general, sean independientes entre sí el contrato de trabajo estricto y el convenio sobre las particulares condiciones de trabajo.

bb) Pero, independientemente de las condiciones de trabajo singularmente contratadas, tampoco parece que carezca de importancia la subsistencia del contrato de trabajo para que sean válidas en la relación laboral las normas y tarifas legales o disposiciones similares. NIKISCH no analiza con rigor qué normas legales, tarifas u otras disposiciones son sólo aplicables a la actividad de hecho del trabajador o le ligan a su efectiva pertenencia a la empresa, ni tampoco las que regulan las consecuencias jurídicas que de ello derivan. Es muy difícil probar que las disposiciones legales sobre obligaciones de Derecho privado (por ejemplo, el parágrafo 618 del B. G. B.) y las normas usuales sobre tarifas en las condiciones materiales de trabajo no presupongan también una vinculación contractual de las partes (235). Conforme al Derecho establecido, las acciones de Derecho privado para exigir prestación y contraprestación tienen como regla general, también en el campo del Derecho laboral, una base contractual: las leyes y convenios sobre tarifas, que hablan de relaciones laborales, se refieren por ello siempre a una relación laboral fundada en un contrato privado y que descansa en una vinculación contractual continuada. El propio NIKISCH reconoce refiriéndose al derecho al salario: «Que el derecho a la percepción del salario, al igual que la obligación del trabajador de entrar al servicio del empresario, descansa normalmente en el contrato de trabajo» (236). Es seguro que lo propio vale para el deber de asistencia y previsión, conforme al parágrafo 618 del B. G. B.

Lo que es indiscutible es que muchas *normas de Derecho público* dependen no de la vinculación contractual del trabajador, sino de su participación real (de común acuerdo) en la empresa. En su virtud, incluso el trabajador que trabaja en una empresa en base a un contrato formalmente nulo, tendrá, no obstante, el de-

(234) NIKISCH, obra citada, págs. 190 y sigs.

(235) La postura legal es dudosa.

(236) NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, pág. 189.

recho de elegir y ser elegido. Puede con seguridad el Derecho público dar de lado a toda la sistemática jurídico-privada. Pero ni el derecho contractual sobre régimen de precios y salarios ni el de organización de la empresa fundamentan acción ni obligación ninguna de Derecho público entre trabajador y empresario (237). De la misma forma, tampoco se excluye que las disposiciones normativas de un contrato sobre tarifas o de un convenio empresarial puedan exigir en alguna ocasión la actuación cierta (acorde) de un trabajador en la empresa del patrono. Pero esto es una excepción; según el Derecho vigente debe más bien aceptarse como principio que estos medios de conformación, como el propio B. G. B., conectan con un contrato laboral eficaz en Derecho.

cc) NIKISCH no lleva a sus últimas consecuencias la separación entre contrato y relación laboral, al tratar el problema de la impugnación o anulabilidad. La impugnación del contrato de trabajo determina, según NIKISCH, y como regla, la destrucción retroactiva del contrato conforme al párrafo 142, párrafo 1 del B. G. B., pero esta impugnación significa para la *relación* laboral sólo una revocación o disolución *ex-nunc*. Ahora bien, esta resolución se aproxima grandemente a la denuncia, por su eficacia *ex-nunc* y se designa y trata como denuncia, aunque la resolución de la relación laboral, para ser consecuente y correcta en derecho, debería suponer en cierto sentido un *actus contrarius* al empleo, es decir, un proceso que no constituye negocio jurídico, pero que en todo caso y al contrario del empleo, tiene lugar por declaración unilateral.

dd) Todavía queda la fundamental cuestión de si cabe reconocer como Derecho vigente la *separación* entre contrato y relación laboral que destacadamente y con reiteración ha desarrollado NIKISCH. Si se mantiene la independencia dogmática e institucional de la relación laboral frente al contrato de trabajo, se ha resuelto en lo esencial el problema de la relación laboral de hecho, porque en lo fundamental aquella relación queda fuera de la problemática jurídico-negocial del contrato de trabajo. Sin embargo, soy de la opinión que, conforme al Derecho vigente, no cabe esta-

(237) Esta es la opinión dominante y a mi juicio acertada. No cabe aquí entrar más ampliamente en su consideración.

blecer esta separación tan tajante, porque es en y por la relación laboral como el contrato se afianza en su *existencia*, y su *contenido* se desarrolla y amplía a una *posición jurídica* de los partícipes, que se extiende en sus efectos mucho más allá de las posibilidades del contrato de trabajo, pero que no pierde la raíz contractual (238). A mi juicio debería hablarse de *evolución* y paso del contrato de trabajo a la relación laboral, en lo que no veo real contradicción ninguna con la argumentación básica de NIKISCH.

5. *La teoría de la relación laboral de hecho* (HAUPT).

Frente a la separación que NIKISCH mantiene entre contrato y relación laboral, representa la teoría desenvuelta por HAUPT sobre la relación laboral de hecho una independización jurídica aún más fuerte de la relación laboral (239). Contempla HAUPT la relación contractual de hecho como un ejemplo típico para la exclusión de las normas legales sobre constitución y reconocimiento jurídico de una relación contractual. *Al lado* de la relación legalmente concebida surge la relación vital realizada; la relación laboral de hecho y la contractual conviven paralelamente. La razón de esta paralela existencia estriba según esta teoría en el significado independiente de la efectiva asunción del trabajo, a través de la cual el trabajador se encuadra en una relación comunitaria. Esta ordenación conduce a que el elemento jurídico-negocial no sea en ningún aspecto necesario para la consecución de la relación laboral que se concibe como manifestación vital típica, sino que re-

(238) SIEBERT, artículo, *Arbeitsvertrag*, en el *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, tomo I, pág. 376 y R. D. A., 1958, págs. 366 y sigs.

(239) HAUPT, *Ueber faktische Vertragsverhaeltniss*, 1943, págs. 19 sigs.

(240) No es necesario que destaque que no he expresado aún en mis breves anotaciones sobre las teorías de NIKISCH y HAUPT una fundada posición respecto de las mismas. Lo propio puede decirse respecto a las concepciones de MAUS, HESSEL, SCHNORR VON CAROLSFELD. El problema de su catalogación, al lado de la conclusión del contrato, evidentemente que no está aún totalmente claro. Significativo y preocupante es, por ejemplo, que v. TALR dude en la parte general, tomo II, 1. pág. 495, si la llamada obligación de contratar de los ferrocarriles para el transporte de mercancías debe constatarse como la obligación de cerrar un contrato. En su opinión existe un deber legal de tomar las mercancías a acarrear; en virtud de este deber surge entre las partes una relación regulada por Ley, que es equiparable a la que surge de un contrato y a sus consecuencias, por lo que podría calificarse como *cuasi contrato*.

presenta exclusivamente una *posible* forma de fundamentación. La relación laboral basada en aquel encuadramiento u ordenación y realmente consumada no puede ya ser eliminada con efectos retroactivos.

6. *La concepción de RAMM.*

RAMM intenta construir una nueva teoría sobre la relación laboral y encontrar nuevas soluciones al problema de su anulación en un escrito sobre la anulabilidad del contrato de trabajo (241).

a) Articula RAMM la base normativa de la relación laboral en *tres partes*. Constituye el núcleo, el *Derecho básico un mínimo existencial*; este Derecho fundamental deriva, a juicio de RAMM, tanto de las disposiciones conceptuales de los distintos países como también de las condiciones mínimas legales y normas sobre tarifas y trabajo, en general obligatorias. Numéricamente se concreta ese mínimo vital por las normas sobre embargo de salarios. Según RAMM se encuentra en este núcleo un segundo grupo de *disposiciones coercitivas* que completan la protección social del trabajador. Entre ellas deben contarse las normas legales, por ejemplo, la Ley de seguridad en el trabajo, normas sobre convenios salariales y, finalmente, las prescripciones sobre trato indiscriminado que se contienen en el parágrafo 51 del Betr. V. G. y en el fundamento del salario por rendimiento. La tercera y última parte la forman, finalmente, las *estipulaciones contractuales* de los contratantes en particular, regidas por la autonomía privada.

En base a esta descomposición tripartita, encuentra RAMM una solución nueva al problema de la anulación. A su juicio, la anulación, en cuanto institución que surge de la autonomía privada, sólo puede dominar en aquella parte de la relación laboral que le esté sometida; no puede, en cambio, eliminar con eficacia retroactiva condiciones mínimas válidas y obligatorias. Dado que en razón de la eficacia obligatoria de estas normas, las estipulaciones que las contradigan no son válidas, tendría necesariamente que constituir también un límite a la anulación, en cuanto conformación que es de relaciones jurídicas por la autonomía privada,

(241) *Freiburger Rechts- u. Staatswissenschaftliche Abhandlungen*, tomo 4, 1955. En sentido crítico, véase FARTHMAN, obra citada.

de tal forma que en esa medida la relación laboral no puede ser destruida retroactivamente a consecuencia de una anulación. Por consiguiente, y respecto a las condiciones mínimas, la anulación de la relación laboral sólo produciría efectos *ex-nunc*: el trabajador vinculado a determinadas tarifas mantiene su derecho al salario correspondiente; si no existen tarifas, en tal caso, y siempre según la concepción de RAMM, deberá serle reconocido, «si no se trata de un trabajo por razón de sus condiciones personales», el sueldo usual conforme al principio de salario igual para trabajo igual. En todo caso ha de respetársele el derecho a un sueldo en el importe, al menos, del mínimo existencial determinado por las normas sobre embargo de salarios. Según RAMM, debe distinguirse, por tanto, en caso de anulación, aquella parte de la relación laboral sometida a la autonomía privada y por ende susceptible de destrucción retroactiva, de aquella otra regida por normas coercitivas y susceptible de eliminación sólo para en lo sucesivo.

b) No me parece, sin embargo, que esta teoría que intenta construir RAMM pueda tener aplicación práctica.

aa) No le asiste al trabajador ningún derecho fundamental genérico y exigible a un *mínimum vital* (242). Si existiera, tendría que serle reconocido a todo hombre que trabaje y no sólo al trabajador en sentido técnico (243); por consiguiente, también al representante de comercio. Pero entonces sobraría la regulación últimamente introducida por el parágrafo 92 a H. G. B. Ante el hecho de haber permitido el legislador dicho precepto es obvio que ha partido de la inexistencia de aquel Derecho fundamental a un mínimo vital. (244). La misma conclusión se deduce de la Ley de 11 de enero de 1952 sobre fijación de condiciones mínimas

(242) FARTHMAN, obra citada, págs. 46 y sigs.

(243) Resulta ello de la validez general de los principios fundamentales del Derecho porque la exigencia de una ganancia suficiente es igual para todo hombre trabajador. De ahí que las constituciones de los «Laender» no utilicen el término «tomador de trabajo», sino el de «hombre trabajador».

(244) RAMM, *Die Anfechtung*, pág. 34, núm. 76, se remite al § 92 del H. G. B. en apoyo de su tesis, viendo en él una confirmación del Derecho en general válido. Sin embargo, no es convincente, porque este precepto es posterior a las constituciones de los LAENDER por lo que no pudo tener el pretendido alcance confirmatorio a título de ejemplo. Aparte de que en su fundamentación y exposición de motivos no se encuentra referencia ninguna a un derecho básico de este carácter.

de trabajo. Tampoco esta regulación hubiera sido necesaria de existir un Derecho básico y fundamental a un mínimo vital (245).

bb) De otra parte, tampoco es posible, a mi juicio, hacer derivar, de esa imaginaria articulación tripartita de las normas que rigen la relación laboral, consecuencias y efectos distintos según la parte sobre la que la anulación incida. Olvida RAMM que si bien el contrato de trabajo vendría regulando exclusivamente la tercera parte, sin embargo su mismo ser es presupuesto de la eficacia de las normas en el ámbito de las tres. Las partes deciden si quieren o no constituir una relación laboral; en tal medida, su voluntad es la base de la relación laboral planeada, cuya conformación no va a depender luego exclusivamente ya de su sola voluntad, sino que vendrá caracterizada en gran medida por normas coercitivas. Pero, incluso, estas normas coercitivas sólo entran en juego previa conclusión del contrato, no son válidas para cualquiera, sino sólo para aquel que es parte de una relación laboral.

Es evidente que las distintas partes de una relación laboral carecen de existencia y virtualidad independiente, precisamente porque, incluso, las normas que coercitivamente la regulan no pueden entrar en juego y adquirir eficacia sin un acto válido de autonomía privada querido por la voluntad de los partícipes. La anulación del contrato de trabajo, que como es sabido parte de un vicio en su estadio constitutivo, tiene por ello que abarcar sistemáticamente a la relación jurídica completa sin que pueda establecer diferenciación entre consecuencias convenidas o impuestas por Ley (246). No convence, por consiguiente, la tentativa ensayada por RAMM de resolver el problema de la anulación descomponiendo la relación laboral según normas imperativas o contractuales.

cc) En lo que a los resultados se refiere, es manifiesto que en lo esencial y con respecto a la llamada relación «despersonalizada», llega a las mismas consecuencias prácticas que la doctrina dominante, es decir, reconoce al trabajador retroactivamente el derecho al salario completo bien a través de la regulación salarial

(245) Según esta Ley, puede, bajo determinados presupuestos, el ministro de Trabajo establecer condiciones mínimas, que han de suponer el límite máximo de condiciones sociales de trabajo inadmisibles, asegurando con ello un jornal mínimo a los trabajadores afectados.

(246) GOETZ HUECK, R. D. A., 1956, pág. 156.

colectiva o, si ésta falta, en razón del principio de salario igual para trabajo igual. Por el contrario, presentan un tratamiento muy problemático las relaciones laborales con prestación «en consideración o condiciones personales» (247). Cuando no son válidas para un tal contrato las tarifas o condiciones legales mínimas vigentes, surge el derecho del trabajador, según RAMM, en caso de anulación, a «la relación básica de trabajo», es decir, al mínimo existencial en la cuantía determinada por el salario libre de embargo, porque el principio de trato igual no puede tener aplicación en la relación laboral establecida por «condiciones personales» específicas (248). Este trato discriminatorio frente a la prestación laboral «despersonalizada» es injusto, porque sitúa en peor condición a aquellos trabajadores que desarrollan un trabajo específicamente «vinculado a sus condiciones personales». Mientras los otros trabajadores perciben, con efectos retroactivos en caso de anulación, su salario íntegro, este grupo, en cambio, habría de conformarse con el límite fijado por el *minimum vital*. La injusticia de este resultado queda específicamente patentizada si se tiene en cuenta que, según el propio RAMM, esa prestación laboral «personalísima» viene caracterizada por la mayor responsabilidad y el poder de decisión (249), por lo que, por regla general, se trata de trabajadores con responsabilidad directiva que consiguientemente perciben mayores sueldos. Que sea precisamente a este grupo de trabajadores frente a todos los demás, al que no puede reconocérsele un derecho a su sueldo íntegro, me parece difícilmente conciliable con el principio del rendimiento que, como es sabido, es fundamento básico de nuestro Ordenamiento social.

Por tanto, no sólo por razones dogmáticas sino desde el punto de vista de los resultados ha de rechazarse la teoría elaborada por RAMM. Ha de añadirse aún que su construcción deja innecesariamente en un segundo plano el aspecto de Derecho privado de la relación laboral (250).

(247) HILGER, B. B., 1956, pág. 216; HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, tomo I, § 32, núm. 4 y SEEBERT, R. D. A., 1958, pág. 367.

(248) RAMM, *Anfechtung*, pág. 32, 44 y 71.

(249) RAMM, obra citada, págs. 48, 49.

(250) HILGER, B. B., 1956, pág. 216.

III

LA PROTECCIÓN REFORZADA DE LA RELACIÓN LABORAL

Las tentativas anteriormente expuestas para fundamentar en derecho la relación laboral fáctica pueden completarse e, incluso, profundizarse con una orientación básica sobre determinados principios de nuestro Ordenamiento jurídico. Al igual que en el caso de la sociedad de hecho, se trata también aquí de fundar la exclusión de la anulación y nulidad no sólo en necesidades prácticas de la relación laboral, sino de buscar los *puntos de vista del Ordenamiento jurídico* que, en relación con aquellas necesidades prácticas, pueden constituir el punto de partida de la fundamentación sistemático-jurídica de la persistencia o mantenimiento de una relación laboral pese a su base contractual viciada. A tales fines, hay a mi juicio *tres puntos* de vista decisivos: el *mantenimiento reforzado* de las relaciones obligacionales duraderas, y que ya destacamos como decisivo al hablar de la sociedad de hecho; el *elemento personal* de la relación laboral, cuya exposición y valoración actual precisa de determinadas correcciones, y la idea de la *protección social* del trabajador, que domina en el Derecho de Trabajo vigente. Desde estos tres puntos de vista intentaremos comprender a continuación de forma sistemático-jurídica la significación de la anulabilidad y nulidad en la relación laboral.

1. *Relación laboral como relación duradera.*

La trascendencia práctica que para la limitación de los efectos de la anulación y nulidad ofrecen las peculiaridades de la *relación obligacional duradera* ha sido destacada al tratar de la sociedad de hecho. Se indicó entonces que nuestro Ordenamiento jurídico protege en general más fuertemente este tipo de relaciones jurídicas contra nulidad inicial o anulación retroactiva (251). Por consiguiente, sólo del hecho de ser la relación laboral una *relación duradera* resulta evidente la tendencia a una más fuerte protección a su mantenimiento.

(251) Véase más arriba c) sobre la sociedad de hecho.

2. La relación de trabajo como relación jurídico-personal.

Ha de añadirse a lo anterior el carácter personal de esta relación jurídica, que si propia también del contrato de sociedad, lo es más especialmente aún de la relación de trabajo.

a) El concepto de la relación laboral como relación comunitaria personal arranca de OTTO VON GIERKE, que señaló la destacada significación personal del contrato de trabajo (252). Desde entonces se ha estudiado reiteradamente este elemento personal en la relación de trabajo y se ha aceptado normalmente como su característica más destacada (253). OTTO VON GIERKE ve el derecho de la persona como un derecho, en su caso, una relación jurídica, que concibe a la persona ajena en cuanto tal. En contraposición a otros derechos o relaciones jurídicas, el objeto del Derecho personal no es una cosa, sino una persona, porque domina una parte de su esfera personal (254). El trabajador, al entrar en la relación laboral somete en cierto modo su persona al patrono. Lo decisivo no es la concepción jurídico-patrimonial de entregar el trabajador al empresario la disponibilidad sobre su fuerza de trabajo, sino el hecho de que su personalidad está comprendida como tal en la relación entablada con el empresario. La fuerza y capacidad de trabajo no puede separarse de la personalidad del trabajador, como presupone una concepción jurídico-patrimonial.

b) Esta concepción jurídico-personal ha de ser, sin embargo, *modificada* en dos direcciones, conforme a nuestros más modernos criterios:

aa) OTTO VON GIERKE pone el acento en el elemento de poder dentro de la relación laboral: Por razón de la relación de tipo

(252) OTTO V. GIERKE, *Die Wurzel des Dientsvertrages*, en «Festschrift fuer Brunner», 1904, págs 36 y sigs., 53 y 55; *Deutsches Privatrecht*, tomo I, 1895, pág. 261, tomo III, 1917, pág. 590 y sigs.; *Jherings Jb.*, tomo 64, págs. 355 y sigs. También OTTO V. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1889, páginas 30 y sigs. No podemos entrar en una exposición detallada de la evolución de la teoría de la relación de trabajo de derecho personal. Se superpone en parte a la de su carácter orgánico y catalogación en el ámbito de la empresa. De ahí que no deba citarse tan sólo a A. V. GIERKE, sino que sea necesario hacerlo también a PORTHOFF, MOLITOR y SINZHEIMER.

(253) No podemos extendernos en la fundamentación de O. V. GIERKE. Bástenos con remitirnos a las consideraciones que su teoría le merece a EBEL, *Das gewerbliche Arbeitsvertragsrecht des Mittelalters*, 1934.

(254) OTTO V. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, pág. 261; NIKISCH, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhaeltnis*, 1941, pág. 12.

personal debe darse entre dos personas un *vínculo sujeto-objeto*. En mi opinión y con arreglo a los actuales criterios, un hombre no puede ser nunca objeto de otro ser humano. Evidentemente que OTTO VON GIERKE, al tratar de la relación de poder, no pensó, en absoluto, en restricción ninguna de la libertad personal, pero, no obstante, tendrá que destacarse muy especialmente, que la relación jurídico-personal no puede entenderse nunca en el sentido de una relación de poder, en cuya virtud se adquiriera sobre otra persona un dominio directo o siquiera un poder de disposición o cualquier otra forma de poderío (255). Conforme al derecho positivo existe una facultad de ordenar en el empresario, que corresponde a la ajena determinación de la prestación a cumplir por el trabajador, pero esta facultad de ordenar no es un derecho directo «sobre la otra persona», y además viene dominada en su contenido e influida jurídicamente por la obligación de asistencia y protección que incumbe al patrono.

Si se rechaza la idea de relación de dominio, desaparece el concepto «objeto» de la relación jurídica de derecho personal. Precisamente esta relación se caracteriza por la inexistencia de un objeto como pueda ser propio, por ejemplo, del contrato de compraventa.

Resulta de todo ello, que en la relación jurídica de derecho personal puede hablarse de un verdadero estado jurídico, de un *status* de las partes, porque el concepto *status* está ciertamente justificado cuando el hombre (como sujeto de derecho) se sitúa en una posición que comprende directamente su persona como un todo (256).

bb) OTTO VON GIERKE coloca la relación jurídica de Derecho personal en estricta oposición a la *relación obligacional*. Sin embargo, esto no es necesario, ni siquiera acertado (257). En cualquier caso, la relación obligacional se configura en el B. G. B. como relación jurídica en la que acreedor y deudor aparecen vinculados por

(255) No entramos a considerar hasta qué punto manifiesta la patria potestad una relación de poder, lo que es seguro es que el «poder» en el sentido legal se concibe y está exclusivamente para el cumplimiento de determinados deberes de educación. El deber está en primer plano; puede imponerse por determinados medios, que fuera de la potestad paterna, son ajenos a nuestro Derecho privado.

(256) BOETTICHER, R. D. A., 1953, pág. 163; SIEBERT, R. D. A., 1958, páginas 367 y sigs.

(257) HUECK NIPPERDEY, *Lehrbuch*, I, § 2, pág. 117.

una prestación individual como objeto de la relación jurídica. Se evidencia aquí de nuevo lo significativa que resulta ser la problemática sistemático-jurídica, que se hace visible precisamente en las relaciones contractuales de hecho: ¿debe declararse insertible la relación obligacional, porque el B. G. B. pone el punto de gravedad en las relaciones jurídicas de intercambio de objetos patrimoniales singulares?, o ¿más bien debe aquilatarse, estableciendo las debidas diferenciaciones, la dogmática del B. G. B. y así distinguir en las relaciones del derecho de obligaciones dos categorías: las relaciones obligacionales que se refieren a objetos singulares y aquellas otras que hacen referencia a una colaboración personal y en tal medida a una relación duradera sin objeto? Este último camino parece ser el mejor, por las múltiples razones apuntadas. Conduce, en definitiva, a la tesis de que la contraposición definitiva no es «relación obligacional—relación jurídica de Derecho personal», sino «relación obligacional sobre objetos patrimoniales singularizados—relación duradera de tipo personal».

El valor metódico y sistemático-jurídico de este reconocimiento estriba en que ahora queda libre el camino, incluso partiendo de la base de la teoría del contrato, para liberar la relación laboral con correctos argumentos jurídico-dogmáticos de aquellas prescripciones del B. G. B. sobre nulidad y anulabilidad que no corresponden a las particularidades propias de esta relación duradera de Derecho personal.

3. *Protección social del trabajador.*

Sin embargo, no es sólo la esencia de la relación laboral como relación obligacional duradera y comunitaria de Derecho personal la que, como fundamento de los diversos intentos de solución indicados, permite la exclusión radical de la nulidad inicial o anulación retroactiva en las relaciones de trabajo. Esencial es también la concepción jurídica de una especial protección social al trabajador que subyace a toda regulación legal del trabajo y que también se comprende hoy en día en la idea del Estado de Derecho de la norma constitucional.

Ha sido, sobre todo, RAMM quien, últimamente, ha llamado la atención sobre la importancia de la necesidad de protección social

al trabajador y, con ello, de los derechos sociales fundamentales a la percepción del sueldo, pese a vicios en la conclusión del contrato (258). El desarrollo del moderno Derecho del Trabajo no es más que la restricción de la autonomía privada fundada en la necesidad de protección del trabajador (259). El trabajador es típicamente la parte del contrato económicamente dependiente, dirigida hacia el salario por razón de subsistencia. La desigualdad cierta entre patrono y trabajador, que puede conducir a estipulaciones salariales desventajosas, se corrige en el moderno Derecho por una doble vía: exigiendo condiciones favorables de trabajo por medio de coaliciones, o bien, interviniendo el legislador en el contrato libre de trabajo (260).

La idea del Estado de Derecho de que a cada trabajador le asiste el derecho al sueldo ajustado a su trabajo, encuentra expresión genérica en el «derecho a la vida» del artículo 2, apartado 2, párrafo 1 del G. G. Las constituciones de nuestros distintos LAENDER contienen preceptos que a partir de esta idea fundamental garantizan al trabajador su derecho al salario. En las constituciones de HESSEN (art. 33, ap. 1) RHEINLAND-PFALZ (art. 56, párrafo 1) y BERLIN (art. 41, ap. 3), se dice que el sueldo ha de corresponder al rendimiento o trabajo realizado. En términos parecidos se expresa el artículo 24, apartado 2 de la Constitución de NORDRHEIN-WESTFALEN: «A idéntica actividad e igual trabajo ha de reconocerse derecho al mismo e igual salario». Si en estos casos está asegurado el principio fundamental del derecho al trabajo realizado y del trato igual, las disposiciones constitucionales que citamos a continuación garantizan al trabajador un mínimo existencial. El artículo 33 de la Constitución de HESSEN, reza: «La contraprestación por el trabajo ha de ser suficiente... para las necesidades de subsistencia del trabajador y la familia que de él depende». El artículo 56, párrafo 1 de la Constitución de RHEINLAND-PFALZ hace extensiva la contraprestación a tener que facilitar al trabajador y a su familia la participación en los bienes de la cultura del pueblo, y el artículo 24 de la Constitución de NORDRHEIN-

(258) RAMM, *Die Anfechtung des Arbeitsvertrages*, 1955, págs. 30 y sigs.; FARTHMAN, *Anfechtbarkeit und Anfechtung*, págs. 62 y sigs. R. D. A., 1958, pág. 316.

(259) SIMITIS, págs. 269, 281 y sigs.; RAMM, obra citada, págs. 30 y sigs.

(260) RAMM, obra citada.

WESTFALEN habla de las adecuadas necesidades de vida de la familia. En el artículo 168 de la Constitución bávara se dice: «Todo trabajo honrado tiene el mismo valor ético e igual derecho a la justa contraprestación económica».

Independientemente de la cuestión sobre si estas disposiciones constitucionales son Derecho positivo vigente y directamente aplicable al caso singular (261), sí puede sacarse de ellas un principio fundamental de derecho, aproximadamente del siguiente tenor: «*El que en una relación laboral presta, de acuerdo con el patrono, su trabajo, tiene derecho al salario correspondiente y proporcionado y a las restantes condiciones adecuadas de trabajo*» (262). De la misma forma, le corresponden, fundamentalmente, *también todas las obligaciones* adecuadas a su posición jurídica. De este principio básico deriva una fuerte protección al trabajador mientras perdura la relación laboral, incluso en el caso de contrato laboral defectuoso. En la relación de sociedad pueden surgir lagunas a consecuencia de eventuales defectos de estipulaciones aisladas, que son difíciles de llenar; en cambio, en la relación laboral destaca tan fuertemente la protección debida al trabajador, que, incluso en el supuesto de vicios en la conclusión del contrato, queda garantizada una situación legal prácticamente sin lagunas con un contenido social y jurídico adecuado, hasta la disolución de la relación laboral.

El ejemplo que a continuación se expone, referido a una *estipulación viciada sobre salario*, pretende demostrar cómo han de completarse dichas lagunas. En la medida en que no exista una norma de Derecho colectivo, puede completarse por la aplicación directa o que corresponda al parágrafo 612, apartado 2 del B. G. B.; en su virtud debe entenderse convenida como salario la cantidad legalmente tasada o, en su defecto, la determinada por la costumbre y el uso.

RAMM estima que no es aquí de aplicación el parágrafo 612 del B. G. B. (263). En la medida en que no pueda pagarse, en la

(261) RAMM, obra citada, pág. 34; NIPPERDEY, B. B., 1951, pág. 282; salario igual para la mujer por igual trabajo; BOETTICHER, R. D. A., 1953, pág. 165; NIKISCH, *Arbeitsrecht*, tomo I, 1955, pág. 432

(262) SIEBERT, R. D. A., 1958, pág. 370; REUSS-SIEBERT, *Konkrete Ordnung des Betriebes*, 3.ª edición, 1943, págs. 95 y sigs.

(263) RAMM, *Anfechtung*, pág. 11.

relación laboral viciada de origen, ni un salario fijado por una tarifa ni uno determinable por el trabajo realizado, entiende que no le asiste al trabajador acción para reclamar un pago contractual y si sólo el mínimo existencial, para cuya determinación considera como punto de partida más adecuado las normas sobre embargo de salarios. Esta conclusión tiene su fundamento en la teoría de RAMM, que se expuso antes, según la cual la nulidad puede destruir las estipulaciones y derechos contractuales, pero no retroactivamente las normas coactivas y acciones que de las mismas nacen. Ya se indicó que el argumento carece a nuestro juicio de consistencia jurídica. La norma colectiva no puede por sí sola fundamentar acción ninguna del trabajador, si el contrato de trabajo que le sirve de base ha sido derogado con eficacia retroactiva. Sólo el reconocimiento de que el moderno derecho de trabajo descansa esencialmente sobre la idea de necesidad de protección al trabajador, y que esta idea de protección constituye una parte de nuestro Ordenamiento social garantizado por el Derecho constitucional, lleva a la conclusión de ser precisamente esta idea de protección la que tiene que conducir *al reconocimiento de un contrato de trabajo válido por lo menos en lo referente al derecho a la percepción del salario y a las condiciones adecuadas de trabajo*. Solamente el contrato laboral al que en esa medida se le reconozca eficacia, puede constituir la base para la aplicación de las normas colectivas sobre salarios y condiciones sociales de trabajo. Porque entonces sería contradictorio negar la pretensión al salario contractual si directamente descansa en el contrato y no en una norma colectiva, cuya aplicabilidad y vigencia sólo es posible por razón del contrato mismo. Si se reconoce un derecho al salario derivado de un contrato de trabajo anulable, pero cumplido, entonces también tiene que ser aplicable el parágrafo 612, párrafo 2 del B. G. B. en el caso que, en especial, resulte radicalmente nula la estipulación sobre el salario, por violencia o engaño, por ejemplo. En opinión de RAMM, se altera con ello el carácter del precepto; se convertiría un precepto dispositivo en Derecho obligatorio corrigiendo con ello la voluntad de las partes manifestadas en el contrato. Pero no cabe hablar de una corrección improcedente de la voluntad de las partes, sencillamente, porque las partes no han manifestado, en absoluto, una voluntad con trascendencia jurídica.

de modo que esa laguna pueda ser completada con el párrafo 612, apartado 2 del B. G. B. *No hay razón ninguna para tratar de modo distinto el caso de estipulación salarial nula de aquel en que no existió, en absoluto, convenio sobre el salario* (264).

No puede ser de aplicación la regla del párrafo 139 del B. G. B. —lo que señalamos para debida claridad— porque está en contradicción con la protección social del trabajador, el que sólo puede ser protegido suficientemente a través de la validez del contrato de trabajo (265).

De cuanto antecede resulta: incluso en el caso de una relación laboral viciada en la base del contrato de trabajo, tiene el trabajador un derecho y acción fundamental a que le sean reconocidas, por el tiempo en que duró su efectiva prestación, las adecuadas condiciones de trabajo, en especial el pago del salario, cuyo importe vendrá determinado por la norma colectiva laboral, en el supuesto de que exista convenio y, en otro caso, por las estipulaciones individualmente acordadas o por el párrafo 612 apartado 2 del B. G. B.

Estos principios básicos que en lo fundamental derivan de la esencia protectora del Derecho laboral, no pueden entrar en juego cuando en el caso particular la causa de ineficacia del contrato de trabajo tiene mayor peso y trascendencia que la necesidad de protección al trabajador.

IV

DOGMÁTICA DE LA RELACIÓN LABORAL DE HECHO

Los supuestos de nulidad y anulabilidad del B. G. B. se ven influenciados de diversos modos por la especial situación de protección propia de la relación laboral, según hemos destacado anteriormente.

(264) También NIKISCH, en cuanto al resultado, *Arbeitsrecht*, I, pág. 291.

(265) Opinión dominante. NIKISCH, *Arbeitsrecht*, tomo I, págs 100 y 162.

1. *Conclusión del contrato defectos de capacidad de obrar* (266).

En la jurisprudencia juega un papel muy importante la cuestión de la nulidad del contrato por *incapacidad o capacidad limitada*.

a) Según la opinión dominante, también en la relación de contrato de trabajo son desisivos los párrafos 104 y siguientes del B. G. B. En la práctica, parece evidente que en la mayoría de los casos existirá la autorización, conformidad o el poder del representante legal cuando el trabajador sufre alguna limitación en su capacidad. El problema se simplificaría sensiblemente si se pudiera aplicar el párrafo 110 del B. G. B. (267).

El párrafo 10 del proyecto de reforma de 1938 proponía que tampoco el patrono que desconociera la incapacidad del trabajador pudiera invocar la nulidad del contrato. En el Derecho vigente se acepta esta concepción desde el punto de vista de oposición ilícita a acto propio anterior—párrafo 242 del B. G. B.—(268). El empresario que de hecho ha dado ocupación al trabajador no puede, sin ir contra el principio de buena fe, invocar la nulidad del contrato.

Es opinión dominante respecto al Derecho positivo en vigor, que la mayoría de las disposiciones de Derecho público, sobre todo, las de protección al trabajador, son de aplicación con independencia de la capacidad de obrar de las partes (269). La mayoría de las normas laborales, por ejemplo, las que regulan la jornada de trabajo y, *sistemáticamente*, todas las referentes a seguridad social, exigen exclusivamente una relación efectiva de ocupación; no presuponen, en consecuencia, ningún contrato de trabajo válido con arreglo al Derecho privado. La necesidad de protección en el trabajo y de seguridad por la actividad laboral efectivamente prestada persisten independientemente de que exista o no un contrato de trabajo (270).

(266) HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, I, § 32, III 2, pág. 173; NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, § 20, I, pág. 152, y § 23, II, pág. 187; SCHNORR V. CAROLSFELD, *Lehrbuch*, § 5, págs. 128 y sigs.

(267) STAUDINGER-COING, tomo I, § 110, B. G. B.

(268) HUECK-NIPPERDEY, por ejemplo, *Lehrbuch*, tomo I, pág. 173.

(269) Opinión dominante. SIMITIS, obra citada, págs. 281 y sigs.

(270) Cabe preguntarse en todo caso si está justificado desde un punto de vista sociopolítico y sistemático-jurídico, ver tan diferente la base y funda-

En mi opinión, la idea proteccionista que domina el moderno Derecho laboral autoriza incluso en la actualidad, y desde el punto de vista de la finalidad de los parágrafos 104 y siguientes del B. G. B., una *interpretación restrictiva de estas disposiciones* respecto a la persona del trabajador. Los parágrafos 104 y siguientes del B. G. B. se dirigen en primer término a la protección del incapaz o del que tiene disminuida su capacidad contra reducciones en su patrimonio producidas por negocios jurídicos de contenido patrimonial. Esta finalidad protectora falla precisamente cuando la validez del negocio jurídico—incluso, también el de Derecho privado—impide la protección adecuada de la parte que tiene limitada su capacidad de obrar o que carece de ella; y esto es lo que ocurre en la relación laboral. Naturalmente que al trabajador le incumben entonces también las obligaciones derivadas de la relación laboral; pero estos deberes no están en contradicción con la finalidad protectora del Derecho laboral, porque en las obligaciones que de la relación laboral nacen para el trabajador no puede verse riesgo de perjuicio ninguno para el mismo (271).

b) Es problemática también la cuestión referente a la validez de la relación laboral cuando la incapacidad o limitación de capacidad afecta al empresario. Aquí están en evidente contraposición la protección del empresario que se pretende con la sanción de nulidad y la general necesidad de protección que se le reconoce al trabajador. RAMM opina que, en caso de incapacidad del empresario, su efectiva protección requiere de la nulidad radical del contrato y de la aplicación de las normas sobre enriquecimiento (272). Sin embargo, esta conclusión es discutible, atendida la evolución del moderno Derecho de trabajo, que cada vez sitúa con mayor fuerza y obligatoriedad en primer plano la necesidad de proteger al trabajador. Aun ponderando debidamente los intereses económicos del empresario y del trabajador, habría que pronun-

mento jurídico laboral para las prescripciones sobre plazo y las relativas al derecho al sueldo o a las vacaciones.

(271) El no plenamente capaz está suficientemente protegido en cuanto a la indemnización por daños mediante las prescripciones sobre responsabilidad penal y su aplicación correspondiente a la infracción de deberes e incumplimiento de obligaciones, §§ 827, 828 y 276, B. G. B.

(272) RAMM, *Anfechtung*, págs. 41 y sigs.

ciarse en favor del *mantenimiento del contrato*. Porque el empresario que, en definitiva, ha percibido del trabajador el equivalente al salario, es decir, su prestación laboral, no resulta tan gravemente afectado si se mantiene la eficacia del contrato y, con ello, el derecho a la percepción del sueldo, como resultaría el trabajador que precisa de su salario para su propia subsistencia.

2. *Oposición a las buenas costumbres o a una norma prohibitiva fundamental.*

El caso más grave de nulidad es el de oposición de la relación laboral en su totalidad a las buenas costumbres o a una prohibición legal, de trascendencia tal que la relación laboral íntegra debe considerarse como nula por contravenir elementales principios jurídicos. Aunque varias personas hayan trabajado durante largos años en perfecta armonía como socios de una fabricación de moneda falsa, tal sociedad de hecho es decidida y absolutamente nula; no es aplicable a tales relaciones norma de Derecho de sociedades ninguna. De igual forma, no han podido adquirir los trabajadores por cuenta de una tal empresa derecho ninguno privado (ni laboral) contra el empresario; no pueden reclamar ni el sueldo según tarifa y tampoco rige para ellos el párrafo 618 del B. G. B. En definitiva, se está en presencia de una mera apariencia de relación laboral (273).

La nulidad de estas relaciones laborales determina que no tengan aplicación siquiera las prescripciones de Derecho público sobre protección al trabajo y seguridad social; ahora bien, esto puede ser dudoso, ya que puede mantenerse que la protección de la jornada laboral, que es de Derecho público, debe tener aplicación, sea cual fuere la dignidad del trabajador (274).

(273) NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, pág. 186. Este resultado me parece desde luego dudoso cuando al trabajador le era desconocida la ilegalidad del fin social y no podía conocerla; es discutible que pueda invocarse frente a ambas partes. HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, I, págs. 174 y sigs.

(274) Tal vez pueda también independizarse de la buena fe del trabajador la aplicación del derecho a la seguridad social y protección laboral.

3. *Conclusión del contrato con oposición a una prohibición laboral.*

Un grado más leve de nulidad es el del caso en que la actividad del trabajador no es deseable o incluso está prohibida, sin que, sin embargo, choque gravemente contra nuestras concepciones morales; es el caso, sobre todo, de infracción de prohibiciones de determinadas actividades laborales. Estos supuestos deben resolverse a tenor del párrafo 134 del B. G. B.; lo decisivo es, por tanto, fundamentalmente la finalidad de la norma prohibitiva.

En el Derecho de trabajo hay un grupo de normas protectoras en forma de prohibiciones legales concretas que no ofrece en cambio el Derecho de sociedades, porque le falta a éste la característica idea de protección «unilateral» propia del Derecho laboral. Cuando, en contra de las disposiciones aplicables, se emplea a una mujer todo el día, tal relación laboral no es deseable y no debería haberse constituido. La razón de ser de la prohibición, que, conforme al párrafo 134 del B. G. B., es de decisiva importancia para determinar la forma y alcance en que a la validez del contrato puede afectar la prohibición, no es, sin embargo, bastante para dar lugar a la nulidad en Derecho privado de los efectos del contrato de trabajo ni, en absoluto, del contenido jurídico privado de la relación laboral; a los fines prohibitivos de la norma le basta con que el empresario pueda ser sancionado, con que la autoridad pueda en cualquier momento disolver la relación laboral con los medios coercitivos que le asisten y con que cada parte pueda dar por terminada en cualquier momento la situación legalmente prohibida. Pero hasta esa terminación, la relación laboral es perfectamente eficaz en Derecho (275).

4. *Conclusión del contrato con defecto de forma.*

El defecto formal ofrece una problemática distinta. Este defecto formal en la conclusión del contrato no afecta a la actividad en cuanto tal del trabajador, sino tan sólo a la constitución del vínculo contractual (276).

(275) NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, § 23, II, pág. 186. NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN, § 611, B. G. B.

(276) HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, I, § 29; NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, § 20, II; KASKEL-DERSCH, *Arbeitsrecht*, § 22.

a) Las disposiciones sobre la forma del contrato persiguen en lo laboral, en primer término, clarificar el contenido de las condiciones de trabajo convenidas. No entra en juego, o al menos sólo subsidiariamente, la protección contra extralimitaciones, de tal forma que hay una clara diferencia con la finalidad de los párrafos 313, 518, 766 del B. G. B. No hay normas específicas sobre la forma del contrato laboral que sean de interés público; por consiguiente, no tiene objeto aceptar una nulidad retroactiva por razón de vicios de forma; es, por tanto, bastante la anulabilidad simple (nulidad *ex-nunc*), es decir, la posibilidad que cada parte tiene de dar por terminado el contrato, mediante una declaración de disolución, que no supone su rescisión (277).

Esta opinión es hoy unánime en la doctrina (278).

Puede fundarse en el principio de la buena fe—ilicitud de invocar nulidad inicial conforme al párrafo 125 del B. G. B.—, pero se apoya mejor en la pura finalidad clarificadora que la forma tiene en el Derecho laboral, que juntamente con el carácter duradero de la relación debe llevar a una interpretación restrictiva del párrafo 125 del B. G. B. En otros términos: el principio de la estabilidad o mantenimiento reforzado y el de que la forma responde exclusivamente a razones de claridad, determinan que un defecto formal dé lugar exclusivamente a la posible *disolución* del contrato, válido mientras ésta no tiene lugar.

b) Si el defecto de forma se refiere tan sólo a alguna estipulación *singular*, entonces producirá la nulidad efectiva de ésta; la estipulación nula habrá de ser sustituida por la regulación que corresponda según los principios jurídico-laborales aplicables.

c) El principio de la buena fe puede asimismo entrar en juego en cuanto a la posible cuestión de si es compatible la estimación del defecto formal con la pretendida disolución *ex-nunc* de la relación laboral. Me parece totalmente posible que la ejecución prolongada de la relación laboral haya conducido a una tal solidez del vínculo jurídico y claridad del contenido de las condiciones de trabajo, que sea improcedente la invocación ulterior del defecto de forma y la exigencia de disolución de la relación laboral.

(277) B. A. G., B. B., 1958, pág. 156; N. J. W., 1958, pág. 397.

(278) RAMM; HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, I, § 32, III, págs. 170 y sigs.; NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, § 20, III.

5. *Anulación del contrato de trabajo por error, violencia o dolo.*

Entre las causas de anulación se han destacado por la jurisprudencia, sobre todo, los casos de error, conforme al párrafo 119, párrafo 2, del engaño malicioso y de la intimidación o violencia del párrafo 129 del B. G. B.

En el supuesto del párrafo 119 del B. G. B. tiene singular relevancia el error acerca de las condiciones personales del trabajador, por ejemplo, ignorancia de una condena anterior indicativa de falta de honradez (279). El problema principal en el engaño malicioso radica, conforme al párrafo 123 del B. G. B., en silenciar circunstancias y condiciones personales. La jurisprudencia ha llegado a la conclusión de que no existe una obligación en términos generales de detallar antecedentes, por ejemplo, referidos a sanciones anteriores; el simple silencio sólo es constitutivo de engaño malicioso cuando el trabajador venía obligado por imperativo de la buena fe a comunicar aquellas circunstancias (280). En el caso de anulación por violencia o intimidación lo decisivo será la ilegalidad de ésta en atención a la relación laboral.

a) En cuanto a los *efectos* de la anulación debe distinguirse, al igual que en los supuestos de nulidad, entre el espacio de tiempo, anterior y posterior al comienzo del trabajo. Antes de que éste se inicie, son de plena aplicación las prescripciones del B. G. B. con la consecuencia de destrucción retroactiva del contrato laboral (párrafo 142, ap. 1 del B. G. B.) y el deber de indemnización conforme al párrafo 122, que obliga a restituir la ganancia dejada de percibir.

Para el tiempo *posterior a la iniciación del trabajo* viene a reconocerse hoy en día, según lo antes expuesto, que la anulación no tiene plenos efectos retroactivos (281). La relación laboral no puede ser disuelta en su totalidad, sino con efectos *ex-nunc*. La destrucción relativa conforme al párrafo 142, párrafo 1 del B. G. B., sólo tiene lugar en los casos de engaño malicioso y de intimidación

(279) RArbG. Samml. 26, págs. 275, 36, págs. 147 y 411.

(280) L. A. G., HANNOVER, ArbR. Samml. 2; R. G., J. W., 35, pág. 1.233; ENDEMANN, B. B., 1953, pág. 266. Más recientemente B. A. G., A. P., Nr. 2, § 123, B. G. B., B. B., 1958, pág. 232, y WAEGENBAUR, B. B., 1958, pág. 1.061.

(281) Nota 216.

ilegal, y además exclusivamente respecto a las concretas estipulaciones afectadas por el daño o la coacción (282). El interés de proteger al trabajador no requiere normalmente que deban mantenerse para el pasado aquellas estipulaciones contractuales que fueron parte integrante del contrato a consecuencia de una conducta irregular. RAMM (283) quiere aceptar para estos casos la radical nulidad retroactiva de la relación laboral, por entender que se da aquí—según enseña la acción penal pública contra coacción y estafa—un interés general preferente del tráfico jurídico a la garantía contra el engaño y la coacción psicológica. Ha de reconocerse que habrá, en efecto, casos en que el engaño y la violencia, por razón de su grave repercusión antisocial, deberán determinar la caída de la relación laboral en su integridad. Sin embargo, en general no parece que el equilibrio debido entre el tráfico jurídico y la protección del trabajador haya de conducir a una nulidad radical de la relación laboral, sino que más bien debe bastar la posibilidad de su disolución en cualquier momento y la destrucción retroactiva de las concretas estipulaciones viciadas por el engaño o la violencia, manteniéndose, en cambio, en cuanto al resto la relación laboral (284).

b) Finalmente se plantea la discutida cuestión de si esa disolución de la relación laboral que hemos descrito ha de calificarse como *anulación modificada* o—dada su regular eficacia *ex-nunc*—mejor como *denuncia* (285).

Desde el punto de vista de su eficacia disolutoria ha de tenerse en cuenta que en los supuestos de anulación parcial por causa de engaño o intimidación se produce en todo caso una destrucción retroactiva de la relación laboral, por más que normalmente sólo limitada, y que ésta no puede producirse nunca como consecuen-

(282) L. A. G., FRANKFURT, R. D. A., 1949, pág. 489; L. A. G., BREMEN, A. P., 1951, Nr. 86; ArbG. BREMEN, B. B., 1953, pág. 1.089; HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, I, págs. 170 y sigs.

(283) *Anfechtung*, pág. 38.

(284) Con razón llama HUECK, en HUECK-NIPPERDEY, obra citada la atención sobre el hecho de que también la invocación del engaño procede; por esta vía se impide la eliminación retroactiva de los efectos jurídicos que derivan de la pertenencia a la empresa.

(285) NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, pág. 198. Han de citarse asimismo a los representantes de la teoría de la denuncia.

cia de la denuncia. Si no quiere abandonarse la terminología usual del B. G. B., que sólo conoce una institución única para declarar la anulación por consecuencia de error, engaño o intimidación, entonces habría que calificar también la disolución del contrato de trabajo por causa de error, etc..., como anulación.

Por otra parte, la disolución sólo podría ser calificada como denuncia cuando sus presupuestos coincidieran con los normales en el Derecho de trabajo para la denuncia sin plazo. Por consiguiente, la cuestión se plantea en los siguientes términos: ¿Puede la relación laboral anulable ser disuelta simplemente por causa de nulidad o debe ser ésta al propio tiempo causa grave para una denuncia sin plazo? Esta cuestión que se plantea en términos muy parecidos para la sociedad de hecho tiene hoy casi unánime respuesta en la apreciación de que la anulación sigue constituyendo un supuesto excepcional de disolución de la relación laboral al lado de la causa grave (286). Pero cada vez más acusadamente, se impone la restricción de que la causa de anulación debe subsistir en el momento de denunciar el contrato y que debe ser también entonces lo suficientemente importante como para justificar la disolución de la relación laboral (287). Evidentemente que el engaño malicioso justifica la disolución como regla general aun en caso de tratarse de una relación prolongada durante largo tiempo y, ello, en razón del abuso de confianza. En cambio, el error sobre sanciones anteriores, por ejemplo, puede decaer como tal motivo de disolución si la relación se ha mantenido durante un período de tiempo sin problemas y con prestación adecuada de su trabajo por parte del asalariado. Con ello se sitúan los presupuestos de hecho de la disolución aproximadamente a media distancia entre los que son propios de la anulación y los de la denuncia sin plazo.

Sin embargo, me parece decisivo el que en el Derecho del trabajo la denuncia lleve aparejados determinados presupuestos y

(286) HUECK-NIPPERDEY-TOPHOVEN, *Tarifvertragsgesetz*, 4.^a edición, 1957, § 4; HUECK, *Kündigungsschutzgesetz*, 3.^a edición, § 1. 25; HUECK, B. B., 1952, págs. 263 y sigs.; KAUFFMANN, 1953, págs. 11 y sigs.; HERSCHEL, B. B., 1953, págs. 1.059 y sigs.; HESSEL, A. R.-BLATTEI ARBVERT-ARBVERCH.

(287) HUECK, B. B., 1952; KAUFFMANN, 1953, pág. 11; NIKISCH. *Lehrbuch*. I, pág. 194; ESSER, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1949, pág. 286; WUERDINGER en R. G. R., H. G. B., 2.^a edición, 1953, § 72.

SCHROIDER, en *Schlegelberger Komm.* H. G. B., 1950, § 72; FREY, AuR, 1953, págs. 368 y sigs.; HUNN, AuR, 1954, pág. 19.

consecuencias, por ejemplo, el consentimiento sobre la institución sanatorial básica para accidentes graves, la protección general y especial contra la denuncia y similares. Estas normas especiales no son aplicables a la disolución de las relaciones laborales por causa de anulación (288) porque presuponen un contrato laboral válido. Esta es la razón fundamental para *no calificar a la anulación «ex-nunc» como denuncia, en el Derecho de trabajo*. A ello hay que añadir aún que el parágrafo 122 del B. G. B. sólo es aplicable cuando la disolución se conceptúa como anulación. La indemnización de daños con arreglo al parágrafo 122 del B. G. B. me parece, no obstante, muy justificada en casos determinados de disolución anticipada a consecuencia de causas de anulación. Así, por ejemplo, cuando un empresario disuelve anticipadamente una relación laboral en base a error según el parágrafo 119, apartado 2 del B. G. B., entonces no debe impedirse al trabajador que pueda hacer valer su derecho a indemnización por daños, si al empresario no le ha asistido además de la causa de anulación un motivo grave para la disolución de la relación laboral. Si la relación laboral es por plazo indefinido, la posibilidad de su denuncia ordinaria excluirá normalmente cualquier daño.

E) Conclusiones.

I

GENERALIDADES

No existe un problema general y sistemáticamente unívoco sobre las relaciones contractuales de hecho. Las relaciones de sociedad o de trabajo ejecutadas voluntariamente, aunque con un defecto básico inicial, de una parte, y, de otra, la aplicación de prestaciones de la «*Daseinvorsorge*», integran dos grupos de problemas que son funcional y jurídicamente distintos. De ahí que su conceptualización única como «relaciones contractuales de hecho»

(288) B. A. G., N. J. W., 1958, pág. 516; B. B., 1958, pág. 233; L. A. G., DUESSELDORF, B. B., 1958, págs. 485 y sigs.

sea incorrecta desde un punto de vista sistemático-jurídico; puede mantenerse, desde luego, por razones prácticas, si bajo ella se entiende como expresión concisa, una modificación más o menos amplia del negocio jurídico y del contrato en los campos del cuidado de las necesidades vitales, del Derecho laboral y del Derecho de sociedades.

II

EL CUIDADO DE LAS NECESIDADES VITALES. «DASEINVORSORGE»

1. En este campo del *cuidado de las necesidades vitales* no existe fundamentación de relaciones de prestación «sin contrato». Las situaciones de hecho, típicas del tráfico de masas, pueden ser encuadradas dentro del Derecho contractual del B. G. B.

2. La conducta social típica de las partes cobra carácter jurídico-negocial por la fuerza normativa de la concepción del tráfico, de tal forma que puede serles reconocida como declaración de voluntad a los partícipes en el tráfico. La declaración de voluntad del que participa en el tráfico tiene que ser independiente del momento de voluntad individual, por consecuencia de la tipicidad, y por la necesidad de que la asistencia y el tráfico se desenvuelvan sin roces—y también por consecuencia de la fuerza normativa de la concepción del tráfico—. En mi opinión, basta para el concepto de declaración de voluntad que, según el tráfico, pueda esperarse de una determinada conducta una voluntad declarativa correspondiente. Por lo menos se fundamentará en el tráfico jurídico una responsabilidad nacida de la confianza, gracias a la conducta social típica. Una disparidad entre declaración y voluntad en el caso de que falte conciencia de la declaración o voluntad negocial, particularmente el error acerca de la significación normativa de una conducta según la concepción del tráfico, no confiere derecho a la impugnación de la relación de prestación (289).

(289) La teoría desarrollada por KRAUSE y RAISER de que a la concepción del tráfico es atribuible en determinados casos, más allá de su función interpretativa propia, otra que regula irrevocablemente la conducta como declaración de voluntad, coincide en la *práctica* con las consideraciones que hacen,

3. La protesta verbal del declarante contra la valoración que a su conducta puedan conferir los usos del tráfico es inaceptable en Derecho en cuanto *protestatio facta contraria*, porque no es conciliable lógicamente con su conducta; y expresa, además, exclusivamente una determinada opinión jurídica del declarante. Lo decisivo para la valoración jurídica ha de ser, al menos, en supuestos de hecho tipificados, el hecho, no la palabra.

4. La valoración de una conducta social típica como negocio jurídico irrevocable, que impone la concepción del tráfico en razón al carácter colectivo del ciudadano de las necesidades vitales, no puede trasladarse a la fundamentación y conformación de relaciones jurídicas de Derecho privado.

III

RELACIÓN DE SOCIEDAD

1. La nulidad o anulabilidad del *contrato de sociedad* no puede conducir, en absoluto, a una ineficacia inicial, ni a la destrucción retroactiva de la relación social realizada, si de hecho la sociedad empezó a funcionar. Las prescripciones del B. G. B. sobre nulidad y anulabilidad han de retroceder ante la colaboración económica y personal de los socios que ha tenido realidad y vida cierta. Que estas relaciones duraderas disfrutan en nuestro Ordenamiento jurídico de protección reforzada frente otras relaciones obligacionales es algo fácilmente comprobable a la luz de la Ley y de la jurisprudencia.

2. Los supuestos de nulidad y anulabilidad conducen fundamentalmente a una simple disolución *ex-nunc*, con la consecuencia que la desmembración del patrimonio social debe llevarse a cabo conforme a los principios generales de aplicación (liquidación). La sociedad defectuosa debe ser considerada como plenamente efi-

sobre todo, HAUPT, LARENZ y el Tribunal Supremo federal en el sentido de que la tipicidad social de la participación en la *Daseinvorsorge* excluye una valoración jurídica distinta de la que determinan los módulos de valor de las formas masivas.

caz hasta el momento de su disolución; su solidez legal no ha de estimarse figuradamente eficaz, sólo con vistas a su liquidación. Los socios tienen, por lo regular, iguales derechos y obligaciones que les corresponderían si el contrato social fuera perfecto.

3. La ineficacia retroactiva de la relación de sociedad en su integridad, o en alguna de sus partes, sólo tiene lugar en casos excepcionales cuando a su liquidación conforme al Derecho de sociedades se oponen graves intereses de la comunidad o de personas individuales merecedoras de especial protección. La relación de sociedad es decididamente nula cuando choca con prohibiciones legales absolutas o contra las buenas costumbres. Una nulidad o anulación parcial tiene lugar en casos de nulidad formal de estipulaciones contractuales singulares: engaño malicioso, por ejemplo, sobre condiciones particulares. No es de aplicación en estos casos el párrafo 139 del B. G. B. Las lagunas correspondientes deben suplirse mediante una complementaria interpretación del contrato, o aplicación subsidiaria de normas reglamentarias de la sociedad, o por el arbitrio judicial.

4. La sociedad defectuosa termina en virtud de denuncia o de sentencia, en su caso (párrafo 723 del B. G. B., 133 del H. G. B.). La causa de nulidad o anulación es, por regla general, bastante para determinar la disolución para el futuro (liquidación). Cuando el defecto existente en el momento de la conclusión del contrato afecta a su ejecución, debe continuar siendo trascendente a la hora de invocarlo; en otro caso, ha sido subsanado por la ejecución de hecho del contrato de sociedad.

5. Los principios expuestos son válidos, en primer término, para la sociedad mercantil colectiva y para la comanditaria, pero también para la sociedad de Derecho común (B. G. B.) erigida con finalidad duradera y también, por regla general, para la sociedad de capital, en la medida en que el socio capitalista participa y responde del valor de la empresa y mantiene una actividad en ella (290).

IV

RELACIÓN LABORAL

1. El *contrato de trabajo viciado* es objeto del mismo tratamiento que el de sociedad que hemos comentado, en cuanto que se trata de una relación obligacional duradera. Abogan en este caso contra una ineficacia retroactiva, aparte de las razones de protección reforzada a la relación duradera y de su especial estructura muy personalizada, fundamentalmente la necesidad de protección social del trabajador.

2. Como particularidades pueden destacarse el que no hace ineficaz al contrato la falta de capacidad del trabajador, en razón de la finalidad protectora de los parágrafos 104 y siguientes del B. G. B. Tampoco la oposición a una prohibición laboral fundamenta una nulidad retroactiva. Los defectos de forma no afectan retroactivamente a la eficacia del contrato en razón a que tienen una significación meramente clarificadora. Por consideraciones de buena fe pueden, incluso, ser subsanados por el transcurso del tiempo.

3. La relación laboral de hecho puede disolverse *ex-nunc* si el primitivo motivo de nulidad o anulación sigue siendo suficientemente transcendente para justificar la disolución del contrato. Es aconsejable no calificar este derecho como denuncia, porque tanto sus presupuestos como sus efectos se diferencian notablemente de los que son propios y característicos de ésta.

La legitimación registral se refiere a todos los elementos de la relación jurídica inscrita

Se extiende la legitimación: 1.º A las circunstancias relativas al objeto del Derecho. 2.º A las circunstancias personales del sujeto del Derecho inscrito. 3.º También hace relación al Derecho real que publica el Registro. 4.º También al acto o contrato, o sea, al título en su sentido material y formal.

I

VEAMOS A ESTE RESPECTO EL CONTENIDO DE NUESTRA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

Para ver con claridad que la legitimación registral establecida con carácter general en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria vigente alcanza a todos los elementos de la relación jurídica, nos basta relacionar los artículos de la Ley Hipotecaria de antes y de la vigente; y así fijémonos cómo se corresponden: el artículo 30, en conexión con el artículo 9.º y el 31; el 33 con el 34; el artículo 40 con su último párrafo, y el 220 con los que le preceden.

Antes de la Ley vigente teníamos el artículo 51 del Reglamento hipotecario que establecía la presunción de validez de los asientos del Registro, presunción que el párrafo 3.º del artículo 1.º de la Ley vigente recoge, y además el artículo 38 de la misma establece

en términos generales el principio de legitimación, resultando también implícita en el tracto sucesivo del artículo 20 y en la prioridad formal del artículo 17.

El artículo 31 se refiere a la nulidad de la inscripción por omisión de circunstancias a que alude el artículo 30, y también a la nulidad por inexactitud en la expresión de tales circunstancias; y viene a decirse que las causas de nulidad referidas no destruyen los efectos de la legitimación si surge el tercero hipotecario, amparado, no sólo en este artículo, sino por los artículos 34, 40 y 220, citados, por cuanto la inscripción existe conectada al título que la produjo, que es causa de la relación jurídica, y así se presume que todo el contenido del Registro es exacto, y que el titular tradente tiene la legitimación dispositiva.

Como se puede observar, la legislación española; ya antes de la Ley de Reforma de 1944, admitía la legitimación registral, pero estableciendo al mismo tiempo el acceso a la facultad de pedir ante los Tribunales, en juicio declarativo, la nulidad del contenido de la inscripción, en tanto, en cuanto no entrare en juego la defensa del tercero de buena fe y a título oneroso. Así, veamos los artículos que permiten este juego: Primero, y como regla general, existía el artículo 51 del Reglamento hipotecario anterior, preceptuando: «Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad, sin perjuicio de las facultades concedidas a los Registradores en el título VII de la Ley para verificar la rectificación de los errores cometidos en los casos y con los requisitos que en el mismo se determinan». Este precepto pasó a la Ley vigente.

Luego figura en la Ley el juego que admite la declaración de la nulidad de la inscripción, pero, al mismo tiempo existe la excepción a esta declaración de nulidad, y así el artículo 30 dice: «Las inscripciones de los títulos expresados en los artículos 2.º y 4.º serán nulas si en ellas se omite o se expresa con inexactitud sustancial alguna de las circunstancias comprendidas en el artículo 9.º, sin perjuicio de lo establecido en esta Ley sobre rectificación de errores». Conviene fijarse bien sobre el extremo de que las circunstancias comprendidas en el artículo 9.º son circunstancias, no sólo de carácter jurídico sino las físicas, relativas a la finca, las circunstancias personales de los otorgantes, que, si son esenciales,

constarán en el título, como el estado civil, y que el artículo 31 se refiere a todas las circunstancias cuya omisión o expresión inexacta haya dado lugar a la nulidad. Este artículo establece la excepción en aras del tercero, especialmente protegido por el artículo 34; y aquí deben parar mientes los tratadistas que excluyen de la legitimación registral la situación de hecho, dejando de perjudicar así nuestro sistema hipotecario.

Veamos el artículo 31, que dice: «La nulidad de las inscripciones de que trata el artículo precedente no perjudicará el Derecho anteriormente adquirido por tercero protegido con arreglo al artículo 34».

Otro artículo que permite la declaración de nulidad de la inscripción es el 33, que establece: «La inscripción no convalida, los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes». Este artículo lo complementa el artículo 40 en su apartado *d*) al decir: «Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial». Y ahora vienen las excepciones al artículo 33 y a dicho apartado *d*) del artículo 40. El artículo 34 establece la excepción al artículo 33 y abunda en el amparo del tercero que adquiere de persona que figura legitimada para transmitir, y así dice: «El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro».

Lo mismo el último párrafo del artículo 40 de la Ley se opone a los efectos de la declaración de nulidad a que hacen referencia los párrafos anteriores, o de la rectificación de una inscripción del Registro, y dice: «En ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto». Este último párrafo del artículo 40, y lo mismo el artículo 220 de la Ley, previenen los efectos de la rectificación de inexactitudes o de errores del Registro cuando se trate de proteger los derechos de tercero hipotecario.

II

EFECTOS DEFENSIVOS O ESTÁTICOS Y OFENSIVOS O DINÁMICOS DE LA INSCRIPCIÓN

La inscripción, como se sabe, se traduce en efectos defensivos o estáticos a favor de todo titular registral (legitimación), y ofensivos o dinámicos, que permiten la actuación y la efectividad del Derecho real; y aquí afirmamos que la legitimación comprende también los datos materiales, físicos o descriptivos de las fincas o de las personas, como hemos visto antes al hablar del artículo 30 en relación con el artículo 9.º y el 31, con tal que sea real la existencia de unas y otras, o que no se incurra en una doble inmatriculación de una finca, en cuyo caso la defensa o legitimación registral pierde sus efectos hasta que surja la preferencia mediante la posesión real, unida a la inscripción a nombre del poseedor, cuando se haya alcanzado la usucapión tabular, que también convalida los linderos y la superficie comprendida entre ellos.

La finca es supuesto necesario para que existan los Derechos reales sobre la misma. Si no hay finca, no hay facultades dominicales. De existir, es preciso saber dónde está situada para que las facultades que forman el contenido del Derecho puedan ejercitarse. Conocida la situación será preciso conocer sus linderos y ver la extensión comprendida entre ellos, y así, por tanto, dados estos supuestos físicos para la existencia de los Derechos reales, ¿cómo no va a actuar la legitimación registral en estas circunstancias físicas de la finca que se describe en el Registro, que es la base y motivo de las mutaciones inmobiliarias? La finca es el soporte material del Registro y la propiedad de la misma el contenido de la publicidad, a través de la legitimación, y así la descripción de los caracteres de la finca, a la vez que sirven para especificarla, dan base al carácter jurídico. La sentencia de 10 de junio de 1955 da por admitida la legitimación de los datos físicos al decir que por virtud del principio de legitimación el Registro proclama la exactitud y la veracidad de sus asientos, con presunción *iuris tantum* mientras los Tribunales no declaren la inexactitud del

asiento, y por esto atribuye la posesión de los inmuebles a quien tenga inscrito su dominio, en tanto no se pruebe la discordancia con la realidad jurídica extrarregistral; y, claro está, todo esto suele implicar situaciones de hecho respecto de la finca cuya posesión se presume, y cuando la posesión real coincide con los asientos del Registro, surge la usucapión tabular, a tenor del artículo 35 de la Ley, reforzado por el 38; y a este respecto debemos tener presente que la posesión de una cosa, de una finca, es un hecho, tanto en el sentido romano como en el germánico (la *Gewere*), pero en este sentido, que es el de nuestra legislación vigente, tal hecho produce la apariencia del derecho, que se traduce en la presunción del mismo derecho.

Hoy este hecho de la posesión, llevado al sentido de lo que establece en términos generales al artículo 38 de la Ley Hipotecaria como presunción de señorío y concretamente en el artículo 35 de la misma, hace surgir la presunción de propiedad, basándose en las declaraciones que se hacen en el Registro al describir la finca, expresando las circunstancias físicas o situaciones de hecho; y así insistimos en que la presunción de exactitud tiene que referirse, tanto a la existencia del Derecho real tal cual figura inscrito, como a la existencia del objeto del Derecho en la forma que se describe; y por ende hay que admitir que la colisión puede surgir respecto de las relaciones jurídicas como sobre el objeto en que éstas recaen, ya que los datos relativos al objeto pueden repercutir en la extensión del Derecho derivado de la existencia material de la finca.

III

LA PRESUNCIÓN DE POSESIÓN A FAVOR DEL TITULAR INSCRITO SE REFIERE AL HECHO DE LA POSESIÓN MISMA

Se refiere al hecho de la posesión misma porque es en lo que la posesión consiste, según el artículo 430 del Código civil; y así la posesión que se presume es la posesión real o de hecho, aunque a veces quede reducida la presunción al derecho de poseer y de dispensar al titular inscrito de toda prueba sobre el hecho de poseer,

y, si realmente no posee, puede pedir que se le ponga en posesión; y todo esto tiene mucha relación en la actual legislación con la convalidación de la adquisición mediante la usucapión de la finca *secundum tabulas* del artículo 35 de la Ley actual, en relación con el artículo 1.957 del Código civil; mas, para que tenga este efecto convalidante la inscripción, se requiere que el titular tenga la dominación material de la finca tal como figure descrita en el Registro, y esta posesión real le pone al poseedor en situación de preferencia respecto de otros titulares, aunque tengan su título inscrito, en cuanto a la convalidación de linderos y superficie comprendida dentro de los mismos. Y todo esto confirma que la inscripción hace presumir las situaciones de hecho o los datos físicos relativos a las fincas inscritas, que hacen generalmente tránsito en la existencia del derecho, mediante la legitimación registral, y también como efecto de la posesión real. Todo esto se tuvo en cuenta en la sentencia de 21 de marzo de 1953 y en la del 18 de junio del mismo año. Ya la Sala 3.^a del Tribunal Supremo había sentado este criterio en las sentencias de 14 de marzo y de 18 de julio de 1930, admitiendo que en el Registro de la Propiedad se produce la presunción de exactitud de las circunstancias físicas relativas a la finca como objeto del dominio. Queremos decir que la publicidad en el Registro supone tenencia (*corpus*) de la finca, con *animus domini*, por parte del titular registral, y por ello debemos admitir que la presunción de exactitud ha de referirse a la *tenencia* de la finca y al contenido jurídico, tal como figura en el Registro.

IV

EFFECTOS DE LA POSESIÓN REAL EN BENEFICIO DEL TITULAR REGISTRAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

Decía la sentencia de 18 de mayo de 1953 que «la posesión real de la finca durante diez años, con el justo título de la inscripción del dominio en el Registro de la Propiedad, vigoriza el título inscrito y consolida de modo absoluto el mejor derecho del poseedor

en toda la extensión de la finca que el Registro y el estado posesorio concordantes le atribuyen a virtud de la prescripción ordinaria *secundum tabulas* regulada por el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 1.957 del Código civil, aun respecto a quien no obstante, su cualidad de tercero, no tuvo la posesión real de la finca inscrita».

Esto se ve también en el supuesto de doble inmatriculación o en la contradicción de circunstancias físicas relativas a la misma finca. Como se ve, esta sentencia confirma claramente la de 21 de marzo del mismo año, y obsérvese que dice que «consolida de modo absoluto el mejor derecho del poseedor en toda la extensión de la finca que el Registro y el estado posesorio concordantes le atribuyen, a virtud de la prescripción ordinaria *secundum tabulas*. Y también se puede decir que el artículo 35 de la mencionada Ley sirve para convalidar el título simulado, porque ya no es de considerar éste como justo título, que no sirve, sino que es la inscripción del mismo la que se estima como justo título, sin necesidad de probarlo, toda vez que, si hay inscripción, ésta opera por sí sola mientras exista, al efecto de justo título. En el artículo 35 se une la apariencia tabular con la apariencia derivada de la posesión, como en la antigua *gewere*. Es decir, que los efectos del artículo 35 se traducen en una usucapión, de eficacia en la realidad, favorecida por la publicidad de una inscripción, y la circunstancia de hecho o posesión real consolida la presunción registral a que se refiere el artículo 38 de la Ley. Queremos decir que la posesión es un supuesto de hecho que da lugar a la adquisición, a la relación jurídica, mediando la conexión de fundamento a consecuencia, como una virtud legitimadora (la *gewere*), que se conserva para los muebles y subsiste implícita para los inmuebles en el artículo 38 y también en el artículo 35 de la Ley, por el señorío notorio ejercido de hecho sobre la finca.

V

PARA VER CON CLARIDAD CÓMO LA PRESUNCIÓN DE EXACTITUD COMPRENDE
TAMBIÉN LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO

Tenemos que estimar que, si estas circunstancias forman un supuesto de hecho, darán lugar a la relación jurídica, siendo aquéllas el fundamento de ésta. Por lo mismo la omisión de las circunstancias de hecho comprendidas en el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria puede dar lugar a la nulidad de la inscripción del Derecho real, pero puede entrar en juego la excepción establecida en el artículo 31 de la misma Ley, y tal excepción comprende las circunstancias de hecho y las de carácter jurídico. Como hemos dicho antes, hay situaciones de hecho que producen consecuencias jurídicas que dan relieve y preferencia, incluso contra el derecho del tercero, como es el hecho de la posesión real *secundum tabulas*, aplicada también en el caso de doble inmatriculación, en la que, al abrir dos folios a una misma finca, se produce un error de hecho que no debiera afectar a la primera inmatriculación; pero nuestra legislación admite la neutralización de las dos inmatriculaciones, y en tal caso resultará favorecido el titular que haya tenido la posesión real, como situación de hecho con las consecuencias jurídicas que dan lugar a la protección, apoyándose también en el último párrafo del artículo 40 de la Ley.

Recalquemos, pues, que la publicidad del Registro comprende, no sólo la mutación jurídica y el Derecho real, sino su objeto, la finca y los datos físicos de la misma, siendo su descripción parte integrante de la publicidad, y que, por tanto, debe causar estado tal descripción publicada, mientras no se declare su alteración, ya que, de lo contrario, el principio de especialidad dejaría de ser integrante del principio de publicidad y el soporte físico de los Derechos reales carecería de base fija; y tengamos en cuenta que el móvil del adquirente a título oneroso está más en el valor real de la finca que en las supuestas facultades del dominio, cuyo objeto debe estar reflejado en la descripción de la finca registrada, que nos permitirá conocer su naturaleza, sus linderos, su superficie.

El dominio no es nada si no hay cosa de la que se pueda gozar y disponer, siendo conceptos íntimamente unidos, tanto en la vida real como en la situación registral.

VI

OPINIÓN DE VARIOS TRATADISTAS A ESTE RESPECTO

Decía GAYOSO ARIAS que «el dominio y los demás Derechos reales son facultades, y éstas se especifican y distinguen por su objeto, en términos que, mientras no se le conozca perfectamente y con seguridad, será deficiente o inútil el conocimiento de tales derechos. Los derechos, dice no pueden ordenarse sino por razón de aquello que los especifica y distingue, y esto sólo lo hace plenamente la finca...». «Por su permanencia la historia de ella nos da la de todos los derechos que le afectan, con sus respectivos sujetos; no así la historia de éstos, que no permite conocer las fincas en toda su vida jurídica, sino en la de cada uno de ellos y mientras tuvieron éstos Derecho real sobre las mismas, y hay que buscarlas aquí y allá, perdiendo tiempo y exponiéndose a omisiones. Además, tratándose del crédito real, de la adquisición de Derechos reales, se aceptan por la finca, siendo indiferente la persona, y, por tanto, la situación de aquélla es lo que conviene conocer».

Don Jerónimo González decía sobre el principio de especialidad que «éste trasciende al sistema entero y se infiltra en todos sus elementos orgánicos. Consecuencia lógica de tal principio que es la cimentación del sistema sobre la inscripción de superficies deslindadas del globo terrestre y la finca, entidad hipotecaria, es el soporte jurídico de los Derechos reales que a ella se refieran, y responde a la necesidad de especializarlos o especificarlos».

Exponían también FRANCISCO BERAUD y MANUEL LEZÓN que «la finca, como objeto de la relación jurídica inmobiliaria, se debe especificar por ser el elemento físico o contenido objetivo del Derecho inmobiliario por modo inequívoco e inconfundible a través de todas las mutaciones jurídicas de que puede ser objeto, por exigencia del principio de especialidad, que lleva aparejado el de

publicidad, ambos como cardinales del Registro inmobiliario. Así, las circunstancias objetivas en orden a la naturaleza del inmueble, su nombre, su situación y linderos, tocan a los fundamentos del régimen inmobiliario, y a la vez que a la seguridad, afectando a los elementos cualitativos y cuantitativos del inmueble, traduciéndose necesariamente en su valoración».

Opina ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU que «el principio sustantivo o material de la publicidad exige paralelamente la existencia del principio adjetivo de la especialidad. Y ésta no puede entenderse solamente en el sentido de que desaparezcan las hipotecas tácitas u ocultas y las generales sino en que cada Derecho real recaiga sobre una sola finca, y así el Registro de la Propiedad, que tiene a su cuidado el estado jurídico de las cosas, tiene que tomar como unidad la cosa y poner de manifiesto todas las mutaciones que se produzcan en las relaciones jurídicas de que la cosa es objeto».

Decía don BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER que «la Ley Hipotecaria tuvo por objeto principal crear o establecer un Registro de la Propiedad territorial que comprenda la matriculación o registración de las fincas, con un Registro particular de cada una, determinando su individualidad, abriendo a cada una un folio o registro particular como si fuese una verdadera entidad jurídica y describir la naturaleza física de ella, y luego asentar los actos que determinen su verdadero estado civil, naciendo de aquellos actos la certidumbre o seguridad del dominio y de todos los Derechos reales por los efectos de la inscripción, de tal manera que la constitución de la propiedad territorial habrá de apoyarse sobre la manifestación auténtica del estado civil de cada finca».

Es decir, que para OLIVER la constitución de la propiedad territorial o inmobiliaria habrá de apoyarse sobre la manifestación auténtica u oficial del estado civil de cada finca, y para esto, viene a decir OLIVER, que los elementos físicos y las circunstancias jurídicas tienen que estar entreverados en la publicidad registral, y ahora, a tenor de la legislación vigente, la legitimación registral se refiere a unos y otros para que resulte exacto el estado civil de las fincas; de lo contrario podría llevarse al vacío el régimen registral de la propiedad territorial.

Los Derechos reales generalmente recaen sobre el fundo, tal como éste es, y no como se haya descrito; pero, si la descripción

no coincide con la realidad, a este respecto dice BLAS PÉREZ que «cuando de rechazo la descripción de la finca en la inscripción trasciende al derecho, el adquirente de buena fe es protegido porque, si el sistema organiza una protección, se ha de examinar, pese a todas las dificultades, hasta donde aquella protección trasciende...». «Si el mecanismo del Registro gira normalmente, dice, sobre títulos, no es menos cierto que alguna vez entran en juego los derechos que tales títulos autentican. Así, si a tenor del artículo 34, surge la persona que en el Registro aparezca con derecho para otorgar actos o contratos, persona investida de un poder de legitimación, o significa algo o ha de recaer sobre una finca...». Quiere decir BLAS PÉREZ que, «si el mecanismo del Registro gira normalmente sobre títulos, también entran en juego los derechos que están contenidos en tales títulos, y que también puede surgir la persona que figura en el Registro con derecho para otorgar actos o contratos por razón de la legitimación, pero, para que todo el juego signifique algo, ha de recaer sobre una finca; o sea, que los elementos físicos, los personales, los títulos, estarán todos legitimados, recayendo sobre una finca, pero todos entreverados y al alcance de la legitimación registral. Por esto mismo decía don JERÓNIMO GONZÁLEZ que a veces es difícil saber si los datos son jurídicos o de mero hecho.

VII

LA CONSTRUCCIÓN DE EDIFICIOS ES UN SUPUESTO DE HECHO Y LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS Y DEBERES A QUE DA LUGAR LA EDIFICACIÓN ES LA CONSECUENCIA DE TAL HECHO

A) La construcción de edificios donde antes no los hubiere da lugar a la declaración de obra nueva, que, de momento, es una circunstancia de hecho, sin que tal declaración permita abrirle folio registral independiente, toda vez que la finca base o solar estará inmatriculada o se inmatricula haciendo entonces constar la edificación, que puede considerarse como inmatriculación complementaria.

La circunstancia física de la edificación puede provocar el cambio de la naturaleza de la finca, ya que, si antes era finca rústica, pasa a ser, generalmente, finca urbana. También tal circunstancia física puede dar lugar al cambio de su situación jurídica en la titularidad y en la extensión objetiva de la hipoteca, según veremos. Puede la edificación causar el cambio de titularidad según previene el artículo 1.404 del Código civil, con la consiguiente limitación preceptuada en el artículo 1.413; y esto hay que tenerlo en cuenta respecto de la extensión objetiva de la hipoteca si ésta se constituye o se pretende constituir sobre finca propia de uno de los cónyuges; es decir, que la edificación deviene elemento material y soporte de Derecho real que se inscribe sobre la finca, presumiéndose la exactitud del hecho de la edificación; y así la declaración de obra nueva, por el simple hecho de su declaración, si la obra nueva es cierta, da lugar a la protección registral, si sobre ella se constituye un derecho a título oneroso.

En fin, que la construcción de edificios donde antes no los hubiere, llevada a cabo dentro del matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, hace resultar de carácter ganancial el solar y el edificio. Aquí se puede ver cómo una situación de hecho, la construcción de edificio, hace cambiar la situación jurídica del suelo en que se edifica, siendo aquélla soporte de ésta. El Registro no garantiza la existencia real de los elementos físicos, pero, de existir legítima y asegura los Derechos reales derivados de la situación de hecho.

B) *Efectos de la construcción de edificios donde antes no los hubiere respecto de la extensión objetiva de la hipoteca en relación con los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria.*—Si bien la declaración de obra nueva, en cuanto tal, no está amparada por el Registro respecto de la verdad de su existencia, si de hecho existe, entra en juego el amparo del Registro, por la repercusión en la circunstancia jurídica de la finca base.

Un ejemplo, que tuvo realidad en una escritura de constitución de hipoteca, hace pocos meses, nos hará ver tal repercusión. Se constituye una hipoteca sobre una finca rústica de 34 áreas a responder de 400.000 pesetas de principal. Se establece en la escritura que la hipoteca «se extenderá a las edificaciones existentes (sin

describir las edificaciones) y a las que se construyan en el futuro». ¿Cuáles son las existentes? No lo dicen. Si existen al constituirse la hipoteca, el principio de especialidad exige la especificación descriptiva del objeto sobre que recae la hipoteca (recae sobre la finca rústica, que deviene solar y sobre la edificación), y la determinación de este derecho, para prefijar claramente lo que corresponde al acreedor. La especificación descriptiva del objeto a que se extiende la hipoteca la exige el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria y el artículo 51 del Reglamento, que preceptúan, para no incurrir en la nulidad a que alude el artículo 30 de la Ley que es preciso determinar la naturaleza de la finca, si es rústica o urbana; antes de la edificación la finca era rústica, que tenía su entidad en el suelo; pero al existir la edificación al otorgarse la escritura, su entidad pasa a estar en el vuelo, y esta edificación puede, incluso, dar lugar a la propiedad por pisos o de régimen horizontal. Pero además se da la circunstancia de que respecto de la finca rústica que se hipoteca mediante la aludida escritura, era de la propiedad del hipotecante, que estaba casado, y por esto mismo la edificación hizo modificar la titularidad de la finca, pasando a ser bien ganancial, y por lo mismo el artículo 1.413 preceptúa el consentimiento de la esposa para hipotecar.

El Registrador debe mostrarse exigente para que se cumpla el principio de especialidad, y puede resultar incumplido si no se hace constar en la escritura de hipoteca la edificación existente, y en este caso se debe hacer declaración de obra nueva a tenor del artículo 208 de la Ley Hipotecaria, y así se conoce claramente la edificación existente en la fecha de la hipoteca; de lo contrario no hay publicidad registral para un segundo acreedor o subadquirente que desee contratar a base del Registro.

El artículo 109 de la Ley dice: «La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados».

La extensión objetiva de la hipoteca puede ser natural o mediante pacto expreso. La extensión natural se establece en el artículo 110 de la Ley, pero que excluye expresamente la nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere. La extensión natural de la hipoteca, a tenor del artículo 110, permite que la

hipoteca se extienda a las mejoras en cuanto son partes integrantes de la finca hipotecada; pero la Ley no considera como mejora la construcción de nuevos edificios donde antes no los hubiere, porque un nuevo edificio es algo más que una mejora, al menos en el aspecto económico, para favorecer al acreedor. Como decía DÍAZ MORENO, la edificación y el suelo, a estos efectos, se consideran diferentes. Para que la edificación existente en la finca hipotecada en la fecha de la hipoteca (aunque la finca sea propia del hipotecante, por estar soltero o viudo) sin que conste en el Registro la declaración de obra nueva, pueda favorecer al acreedor con preferencia, es preciso la especificación descriptiva de la edificación, sobre la que podrá recaer la hipoteca; de lo contrario, no podrá constatarse en el Registro la extensión objetiva de la hipoteca a las edificaciones existentes a que hace referencia la mencionada escritura de hipoteca, y mucho menos a las edificaciones futuras.

C) *¿Cabe la extensión natural de la hipoteca en la propiedad horizontal o por pisos?* El pár. 1.º del citado artículo 110 considera como mejora la elevación de los edificios o cualesquiera otras mejoras semejantes que no sean nuevas construcciones donde antes no las hubiere; pero entendemos que un nuevo piso en régimen de propiedad horizontal no debe considerarse en el régimen actual como parte integrante de otro piso hipotecado, aunque esté en la misma casa, porque cabe la propiedad y el aprovechamiento independientes.

D) *Si las edificaciones excluidas por el artículo 110 no constan en el Registro no perjudican a tercero.*—Si el artículo 110 excluye la extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones de edificios, es porque, si tales edificios existentes en la fecha de la escritura de hipoteca no constan inscritos, a los efectos de tercero, deben considerarse como no existentes en beneficio del respectivo acreedor, toda vez que la Ley Hipotecaria es Ley de terceros, que se amparan, en este caso, en el principio de publicidad registral en su aspecto negativo, por lo que se refiere a un segundo acreedor o a otro adquirente a título oneroso, que no pueda saber por el Registro el derecho de preferencia del primer acreedor, aunque en forma vaga se diga en la respectiva inscripción que la hipoteca

se extiende a las edificaciones existentes o a las futuras. Si consta inscrita la edificación ya puede saber el tercero subadquirente que la hipoteca a favor del primer acreedor se extiende al valor de la nueva edificación. Si no consta inscrita ésta, ¿cómo se sabe registralmente si existe o cuándo tuvo lugar la construcción? ¿Después y antes de la segunda hipoteca o antes de la escritura? El principio de especialidad sirve para evitar todas estas dudas, que pueden dar lugar a pleitos, exigiendo con rigor la especificación descriptiva del objeto físico sobre el que recae la hipoteca y en el caso de la escritura citada hacer constar expresamente la edificación, para que el principio de especialidad sea integrante de la publicidad, sin que sea suficiente que la finca tenga hoja abierta en el Registro, si en ésta no se reflejan los aspectos determinantes del derecho del titular registral y del objeto que es soporte de la relación jurídica, sobre todo cuando surge el tercero hipotecario, que adquiere basándose en lo que resulta del Registro. De modo que la vaga expresión en dicha escritura sobre la extensión de la hipoteca a las edificaciones existentes debe estimarse defecto suspensivo, exigiendo el Registrador, si realmente hay nuevo edificio, declaración de obra nueva, para que resulte claro el derecho del acreedor y la naturaleza de la finca, teniendo en cuenta que la colisión tanto puede surgir sobre las relaciones jurídicas que recaen sobre la finca como sobre las circunstancias físicas o situaciones de hecho relativas a la misma; y así se puede ver claramente que la presunción de exactitud debe referirse tanto a la existencia del derecho como a la existencia del objeto sobre el que recae aquél y a todos los elementos que integran la relación jurídica registrada y que hacen tránsito en la fe pública registral mediante la legitimación de aquellos elementos.

VIII

EL TITULAR O SUJETO PORTADOR DEL DERECHO COMO ELEMENTO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Otro elemento de la relación jurídica registral es el titular o sujeto portador del derecho o situación registrado y la presunción de exactitud alcanza la existencia física de la persona, su identi-

ficación, su estado civil, su capacidad, su legitimación o facultad dispositiva, siendo tal presunción, de momento, *iuris tantum*, a tenor del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, hasta que surja el tercero hipotecario, en cuya defensa la presunción deviene *iuris et iure*; pues no hay que perder de vista que el artículo 34 de la Ley es una excepción del artículo 33 de la misma, según hemos visto, para que resulten convalidadas las deficiencias que puedan existir en la situación registral del transferente. Nadie debe dudar, pues, que el artículo 34 convalida las inexactitudes o vicios que puedan existir relativos a los causantes del tercero hipotecario; y así, por ejemplo, si en el título del «tradente» se dice que éste está viudo sin estarlo, pero que luego se halla realmente viudo al transmitir al tercero, tal inexactitud de antes sobre el estado civil del enajenante se convalida, y lo mismo las deficiencias de capacidad que puedan afectar al acto o contrato del causante.

IX

EL ACTO O CONTRATO, O SEA, EL TÍTULO EN SU SENTIDO SUSTANTIVO Y FORMAL

Otro de los elementos de la relación jurídica registrada es el acto o contrato, que equivale al título en sentido material y también al sentido formal, siendo éste instrumento para que el título material se registre. El artículo 2.º de la Ley declara sujetos a inscripción, no sólo los actos o contratos que hagan referencia a los Derechos reales de tipo o cuño legal, sino a «otros cualesquiera reales»; y el artículo 7.º del Reglamento también dice que no sólo deben inscribirse los títulos que se mencionan en los párrafos del artículo 2.º de la Ley, «sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a Derechos reales». O sea, que nuestro sistema admite el *numerus apertus* en la inscripción de los Derechos reales y en los actos o contratos registra-

bles, con tal de que el derecho se configure determinando el alcance y contenido a favor de un titular registral y, por tanto, también la exactitud se presume para alcanzar la validez de dichos actos o contratos y la de los documentos en cuya virtud se solicite la inscripción a nombre del transferente, después de haberles dado acceso el Registrador mediante la previa calificación, según el artículo 18 de la Ley, sin que excluya esta legitimación el artículo 33 de la misma Ley, aunque diga que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, toda vez que la inscripción está bajo la salvaguardia de los Tribunales, y en tanto éstos no declaren la nulidad, existe la presunción de validez de la titularidad real, que puede convalidarse a virtud de la fe pública registral.

X

PRESUNCIÓN DE EXACTITUD RESPECTO DE LOS DERECHOS REALES QUE PUBLICA EL REGISTRO

La presunción de exactitud de los Derechos reales inscritos no se discute respecto de los datos jurídicos relativos a la naturaleza, extensión y condiciones del derecho y de cuanto determine la relación jurídica o limite las facultades del titular; y para ello la inscripción expresará con precisión, cuantitativa y cualitativamente, el contenido de los derechos, y, si no constare su naturaleza y extensión, hay que considerarle como derecho de cuño legal o como se haya configurado de antemano y conste en el Registro, y que tal naturaleza y extensión se presumirán exactas, a tenor del artículo 38 de la Ley, en relación con el 9 de la misma. No olvidemos que las circunstancias de carácter jurídico pueden hacer referencia a varios de los elementos de la relación registral a que antes hemos aludido, debiendo estimarse así, sin reparo, cuando surja el tercero que adquiere a título oneroso y de buena fe, para cuya protección debe considerarse la presunción de exactitud con la mayor amplitud posible, dentro del alcance de la letra y del espíritu de los artículos 31, 34, 40 y 220 de la Ley, si el enajenante

aparecía en el Registro al ir a practicarse la inscripción del adquirente, como titular de cuanto fuere objeto de la adquisición, toda vez que hay situaciones de hecho que traen consecuencias jurídicas que dan relieve y preferencia a la situación del tercero, y nos atrevemos a afirmar que tal preferencia o protección, basada en estos artículos, no sólo tendrá lugar en el caso de que el «tradente» tenga inscrito a su nombre el derecho en el momento de enajenarle, si que también cuando se practique la inscripción a nombre del enajenante inmediatamente antes de inscribir el título del subadquirente, produciendo esta última inscripción, con efecto retroactivo, la convalidación de todas las situaciones anteriores registradas, puesto que la razón de la protección al tercero hipotecario está en la confianza que le mereció la apariencia jurídica de la situación del causante, y que tal apariencia puede tenerla en cuenta el subadquirente en el momento de la adquisición, no sólo por la inscripción que figure a nombre del enajenante, sino por la titulación que éste exhiba al subadquirente y que le hace suponer que será bastante para llevar a cabo luego la inscripción a su nombre, y si es verdad que puede existir aleatoriedad de que se tropiece con alguna falta en la titulación pendiente de inscripción que no permita de momento la reanudación del tracto sucesivo, también existe peligro, aun figurando inscrito el derecho a nombre del «tradente» antes de la transmisión porque puede interponerse alguna inscripción contraria, por prioridad, cuyo título sea presentado antes que el del adquirente en el plazo que transcurra desde la fecha de la escritura hasta la presentación de ésta en el Registro.

MANUEL VILLARES PICO.

Titularidades limitadas

LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO CONVENCIONALES Y EL DE OPCION, COMO LIMITATIVOS DE UNA TITULARIDAD

Retracto convencional es el Derecho potestativo ejercitable durante un plazo determinado, que corresponde al vendedor para readquirir la cosa que vendió a un tercero.

Tanteo convencional es la facultad concedida por plazo cierto a una persona de ser preferida para la compra de determinada cosa en atención a la relación que guarda con otra de su propiedad o sin ninguna consideración de este tipo, y en las mismas condiciones que hubiere de hacerlo un tercero.

La opción consiste en la facultad de adquirir una cosa por un precio fijado de antemano y durante un tiempo determinado, ya por las relaciones que el optante pueda tener con el predio afectado, ya por sus cualidades personales o vínculos puramente afectivos u obligatorios.

Encuadrados por un sector de la doctrina entre los derechos reales de adquisición y configurados por otros autores (concretamente los derechos de tanteo y opción), como derechos personales, las posibilidades de inscripción, cuando afecten a bienes inmuebles o derechos reales inmobiliarios, aumentarán o disminuirán según la dirección que se siga para la determinación de su respectiva naturaleza.

De todos estos derechos es el de retracto el que con mayor firmeza se ha abierto camino en el enmarañado campo de la «per-

sonalidad» o de la «realidad», adhiriéndose a ésta y abandonando aquélla. El de opción, accede al Registro (art. 14, R. H.), sin discriminación de su propia naturaleza; y el de tanteo, encuentra en muchos casos graves obstáculos para su registración, dada la dificultad de discernir entre una promesa puramente obligacional de contratar (de inscripción prohibida según el art. 9.º, R. H.) y una verdadera limitación de facultades dispositivas (de registración permitida por los amplios términos del art. 7.º del propio Reglamento).

EL DERECHO DE RETRACTO CONVENCIONAL

Nacido de la venta con pacto de retro, su configuración real, discutida en otro tiempo, viene dada por el artículo 1.510 del Código civil.

Art. 1.510. «El vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional; salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de terceros.»

Dos regulaciones diferentes y de signo contrario se desprenden del precepto:

Una, regulada íntegramente por el Código civil, se encamina a la seguridad del derecho en perjuicio de la seguridad del tráfico y se refiere—hablamos en términos hipotecarios—a fincas no inmatriculadas en el Registro de la Propiedad, respecto a las cuales el retracto opera como una verdadera limitación legal que afecta a terceros adquirentes desconocedores de su existencia; y

Otra recogida por los preceptos de la Ley Hipotecaria que vela por la seguridad del tráfico y, partiendo de una presunción de titularidad (ser dueño y ser, además, poseedor—art. 38—), brinda protección al adquirente inscrito.

No inscritas las fincas y, por tanto, no inscribible el retracto, tanto aquéllas como éste corren por cauces extrahipotecarios, pudiendo el tercero adquirente ver resuelta la titularidad de la finca

adquirida si el retrayente ejercita su derecho en tiempo oportuno, en cuyo caso, la publicidad estática de la posesión que con la cosa le fue transmitida, nada vale frente al rigor de la Ley. Pero el artículo 1.510 del Código civil, lejos de proteger a todo trance al retrayente, deja a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto a tercero y, por ende, los preceptos de ésta le pondrán en grave aprieto si el adquirente a título oneroso del comprador intenta contactos hipotecarios inmatriculando la finca en el Registro y publicando su titularidad como libre.

Ciertamente, no será la norma del artículo 34 de la Ley Hipotecaria la adecuada para la protección, puesto que no se trata de un adquirente de titular inscrito, pero sí la del artículo 32, que acoge en su amplio seno a todo tercero de buena fe no germánico. En consecuencia, lo no inscrito (el derecho de retracto), no puede oponerse a lo que estuviese inscrito (la adquisición como libre por parte del tercero).

Todo titular inscrito ostenta, sea o no tercero, una doble presunción que emana del artículo 38 de la Ley:

- Presunción de ser dueño.
- Presunción de ser, además, poseedor.

Que esa presunción reciba o no protección hipotecaria, sólo depende de que el titular sea tercero o sea parte. Es decir—y refiriéndonos al supuesto concreto de retracto convencional que aquí nos ocupa—, la protección se otorgará o no, según los casos siguientes:

- Si el inmatriculante fuere el mismo comprador con pacto de retro y por cualquier circunstancia (error en la calificación, pacto subyacente de retro en documento diferente del que produjo la inmatriculación, etcétera), la adquisición resoluble del mismo no se hubiese hecho constar en el asiento, el artículo 38 concede, en principio y sin discriminación de ninguna clase, la doble presunción antes aludida; pero esa presunción no será defendida frente a las pretensiones del retrayente, ya que el irmatriculante no es tercero en la relación jurídica del retracto, sino parte, rigiendo las normas civiles del artículo 1.510.
- Si el inmatriculante fuere el adquirente a título oneroso del comprador con pacto de retro, volverá el artículo 38 a conceder su doble presunción; pero esta vez, las demás normas del sistema brindarán protección. Sólo falta determinar qué precepto será el que admita la protección de ese tercero. No tratándose de un adquirente de titular inscrito (estamos en presencia de una inmatriculación), el artículo 34 no nos servirá, puesto que uno de los requisitos que exige es, precisamente, ese. Pero, en cambio, sí valdrá la norma del artículo 32 que, sin exigencia de requisitos (excepto el de buena fe proclamado como principio por las normas

sustantivas) habla de un tercero protegido con una inoponibilidad (inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito).

- Si este inmatriculante, a su vez, transmite a un tercero la protección para éste, podrá ser la del artículo 34.

Si la finca que se transmite con pacto de retro estuviere inscrita, entrará en juego el inciso final del artículo 1.510 del Código civil y, en consecuencia, las disposiciones de la legislación hipotecaria con exclusión de las civiles. Los resultados no se hacen esperar:

Si por error en la calificación (o por cualquiera otra causa extraña), al inscribirse el acto traslativo no se hiciese constar en la inscripción el retracto reservado por el vendedor, quedará éste sin protección frente a los terceros que adquieran del primitivo comprador y registralmente publiquen *erga omnes* su titularidad como libre. Las normas extrarregistrales (inciso primero del art. 1.510 del C. c.) no son invocables, y si lo son, en cambio, las hipotecarias por remisión expresa que a ellas hace el inciso final del propio artículo 1.510.

Si, a pesar de estar inscrita la finca a favor del vendedor, el acto transmisivo que realicen no se inscribiese en el Registro de la Propiedad, el comprador no podrá hacer valer sus derechos ante un posterior adquirente que traiga su causa del vendedor e inscriba su adquisición. La colisión de publicidades (posesión frente a Registro) se resuelve a favor de la publicidad formal de los libros registrales. Si el segundo adquirente reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, invocará su protección; caso contrario, se acogerá—teniendo buena fe—, a la inoponibilidad de lo no inscrito ante lo inscrito que prescribe el artículo 32 de la misma Ley. Así, pues, si el primitivo comprador no obtiene del Registro la proclamación *erga omnes* de su titularidad a través del asiento oportuno, la publicidad estática de la posesión que con la cosa le fue transmitida, nada vale frente al rigor de la Ley.

Consecuentemente, el derecho de retracto convencional, no sólo puede ser publicado por los libros registrales, sino que debe serlo como único medio de salvaguardar los derechos de todos los interesados. Hipotecariamente, es admisible su enajenación, su hipoteca e, incluso, la constitución sobre él de un derecho de tanteo convencional.

Publicidad registral del retracto.

El retracto convencional accede al Registro sin asiento autónomo, sino embebido en el de inscripción de la venta a favor del comprador. Inscrita la venta, el Registro publicará dos titularidades:

- La del adquirente, sometida a una posible resolución si el retracto se ejercitare en el plazo estipulado.
- La del vendedor retrayente que, al reservarse la facultad de adquirir la cosa vendida, ostenta un derecho potestativo que limita la titularidad del comprador.

Por el afán de encuadrar todo lo resoluble en el ámbito propio de las condiciones resolutorias (de lo que tiene bastante culpa la falta de tecnicismo de nuestras leyes a la hora de regular las condiciones *facti*), son muchos los autores y es copiosa la jurisprudencia hipotecaria que mantiene la condicionalidad de esta clase de adquisiciones (Vid. RR. 25 diciembre 1862, 14 agosto 1863, 14 enero 1876, 27 mayo 1879, 6 mayo 1902, 19 julio 1922, entre otras).

Verdaderamente, la propiedad del comprador es resoluble, pero no todo lo resoluble es, en sentido técnico, condicionado. A nuestro juicio, el comprador, al adquirir la cosa afectada por un derecho de retracto, no ostenta una propiedad sometida a una condición resolutoria, sino limitada por un derecho potestativo que corresponde al vendedor por el cual, este último, por su sola voluntad, puede influir en la esfera patrimonial del comprador, siempre que a su indisputable decisión de retraer, acompañe el cumplimiento de las obligaciones que el ejercicio de su derecho le impone.

En parte, al menos, avalan nuestra postura: de un lado, la autoridad doctrinal indiscutible de PORPETA CLÉRIGO (1); y de otro, la D. G. R. en resolución de 27 de mayo de 1926.

Para PORPETA, el retracto convencional es uno de los llamados derechos potestativos, facultativos o, más técnicamente, de configuración jurídica, entendiéndose por tales—según la noción precisa de SECKEL—, aquellos que atribuyen «un poder para la formación de relaciones jurídicas concretas mediante negocio jurídico unilateral». Basado en la resolución de 27 de mayo de 1926, PORPETA estima que en el retracto convencional, el retrayente no reclama

(1) PORPETA CLÉRIGO, *Caducidad y prescripción*, Conf. Col. Not., Valencia, 1949.

nada del primer comprador, sino que se limita a recuperar por decisión unilateral suya y en uso de su derecho de configuración, la propiedad de los bienes que anteriormente había enajenado. Aunque dicho primer comprador fuese un menor de edad o un incapacitado, no habría que pedir la autorización judicial ni obtener el «placet» del Consejo de familia para llevar a cabo la retroventa, porque no se trata de un nuevo contrato ni de resolver el anterior por mutuo disenso, en cuyo caso sí sería necesario que colaborase el primitivo adquirente. Pero tampoco estorbaría que lo hiciera, ni cometería ninguna incorrección jurídica emitiendo una declaración de voluntad concorde con la del retrayente, es decir, accediendo a su pretensión. Sigue en esto la línea de VON THUR para quien el efecto a que tienden los derechos de configuración no está condicionado por el concurso del sujeto pasivo ni puede ser impedido por su oposición, aunque dicho concurso sea posible y, en algunos casos, pueda realizar el sujeto pasivo verdaderas prestaciones.

Algo fuerte parece la postura de PORPETA, pues aun admitiendo que la decisión de retraer es unilateral, por cuanto emana de un derecho potestativo atribuido al vendedor, no puede olvidarse que presupuestos para la readquisición son: no solo esa decisión de retraer, sino, además, el cumplimiento de otras obligaciones (pago del precio otrora recibido, abono de gastos del contrato e indemnizaciones, en su caso) y, en consecuencia, la intervención del sujeto pasivo no servirá, ciertamente, para transmitir (ya que la readquisición no se produce por acto bilateral), pero sí para constatar documentalmente que en el retracto se han dado todos los requisitos de juridicidad, pues a esto tiende la conformidad manifestada respecto a la recepción de las cantidades entregadas por el vendedor. Tanto es así, que si el sujeto pasivo no concurre al acto, su voluntad conformista ha de ser suplida por la decisión judicial declarativa de que el retracto está bien hecho y las oportunas consignaciones realizadas. Ni la voluntad del sujeto pasivo, ni la decisión del Juez producen la transmisión; pero sí revelan la legitimidad y oportunidad del derecho potestativo ejercitado.

La resolución de 27 de mayo de 1926, se produce en estos términos:

- 1.º El pacto de retroventa en cuya virtud, quien tiene urgente necesidad de metálico vende las cosas de su propiedad por un precio equitativo sin perder irremisiblemente la esperanza de readquirir lo vendido, aparece en el artículo 1.506 de nuestro Código civil como una verdadera causa de resolución, de suerte que al ejercitar su derecho el primitivo vendedor dentro del plazo señalado no perfecciona un nuevo contrato de compra con transferencia completa de propiedad, sino que provoca el desenvolvimiento de una condición establecida en el contrato primitivo y coloca las relaciones patrimoniales en el mismo estado en que se hallaban cuando dicha enajenación se llevó a efecto.
- 2.º Por estas razones los autores han negado al nuevo acto el nombre de «recomprarreventa» o rescate, y aún la categoría de contrato, para repuntarlo *distractus* o resolución de la venta efectuada, sin necesidad de nueva tradición, como si el vendedor no hubiese transferido nunca la propiedad de la cosa, y tal concepto jurídico se halla exactamente incorporado a la denominación «retracto», cuya etimología indica que mediante un acto material al antiguo vendedor vuelve a tomar posesión de la cosa.

- 3.º En el fondo, yacen dos ideas fundamentales sobre el ejercicio del pacto de retroventa: Primera, que la voluntad del antiguo vendedor, unida al reembolso del precio de la venta con los gastos hechos, pagos legítimos e indemnizaciones debidas, decide sobre la readquisición de la cosa vendida, si se manifiesta en tiempo oportuno. Segunda, que las declaraciones de la persona contra quien se ejercita el retracto son, en cierto modo, accesorias, y no implican una transferencia hipotecaria, sino que acreditan el recibo de cantidades por persona autorizada para realizar cobros en nombre del primer comprador o de su causahabiente.
- 4.º La consecuencia inmediata de la anterior discusión es que desde el momento en que la madre, con potestad paterna, está autorizada para recibir cantidades debidas a su hija menor e impúber como si se tratara de un precio aplazado, dando carta de pago válida y eficaz, carece de base la afirmación del Registrador de haber de exigirse la autorización judicial que prescriben los artículos 164 del Código civil y 231 del Reglamento Hipotecario.

A nuestro juicio, esta resolución no puede servir para todos los casos de representación legal o de actuación de órganos de disposición, ya que no es lo mismo un retracto ejercitado contra un menor sometido a la patria potestad o respecto al marido sobre bienes gananciales, que el dirigido contra un menor sujeto a tutela. El padre o, en su caso, la madre, sólo ven limitadas sus facultades respecto al patrimonio del hijo, en cuanto sus actos rocen con la disposición de bienes (art. 164) y siempre que tal disposición fuere voluntaria; el marido, queda tan sólo limitado por el artículo 1.413 del Código civil en los justos términos del precepto; es decir, para enajenaciones voluntarias, mas no para el cobro (obligado, por cierto) de cantidades ni para la declaración de suficiencia de indemnizaciones en metálico emanadas de un derecho potestativo correspondiente a un tercero. En cambio, el tutor no puede celebrar contratos o *actos sujetos a inscripción* sin autorización del Consejo de familia (art. 269 del C. c.), por lo cual, malamente podrá intervenir en este acto inscribible sin dicha autorización.

Como decíamos antes, una vez inscrita la compraventa con pacto de retro y publicados los respectivos derechos de los interesados por los libros registrales, tanto el vendedor como el comprador podrán realizar hipotecariamente actos dispositivos de su derecho.

El comprador podrá enajenar los bienes afectados por la retroventa (art. 1.510, C. c.) e hipotecarlos (art. 107-7.º, L. H.), posibilidades que nunca le fueron discutidas.

Y el vendedor puede disponer de su derecho de retracto e hipotecarlo (art. 107-8.º, L. H.) e, incluso, constituir sobre él un derecho de tanteo convencional (Res. 8 abril 1914).

Resolución de 8 de abril de 1914.—Habiéndose convenido en una escritura de venta con pacto de retro que si el vendedor cedía su derecho de retracto

lo pondría en conocimiento de los compradores, quienes podrían ejercer el derecho de tanteo dentro de los 30 días siguientes a la notificación, el documento en que se hace por el vendedor cesión de su derecho de retracto a un tercero, carece de los requisitos necesarios para su inscripción en el Registro, si se otorgó mucho antes que la notificación se hiciera y se presentó en el Registro sin haber transcurrido los 30 días siguientes a la notificación.

Partiendo de una prohibición absoluta, la jurisprudencia hipotecaria ha ido evolucionando hasta permitir la disponibilidad del derecho de retraer. Las resoluciones de 14 de agosto de 1863, 8 de enero y 16 de febrero de 1864, se encuadran dentro de la fase prohibitiva; la Resolución de 13 de febrero de 1864 adopta un criterio intermedio proclamando el aspecto personal del derecho y reconociendo, en cambio, su constatación registral por medio de nota marginal; la de 17 de junio de 1864 representa la iniciación de la última etapa evolutiva al proclamar un carácter real, tanto al derecho que asiste al vendedor para retraer, como al del comprador respecto a su adquisición resoluble.

En atención a que el derecho potestativo del vendedor primitivo ha de ser ejercitado en un plazo determinado, conviene que, caso de concesión de prórroga, se haga constar ésta en los libros del Registro a fin de asegurar los derechos del vendedor a un plazo mayor y evitar la consolidación registral de la adquisición por el comprador, impidiendo la disposición de la cosa como libre, por parte de éste, que diese lugar a la aparición de un tercero protegido por la fe pública.

Dados los términos del artículo 177 del Reglamento Hipotecario —que seguidamente hemos de examinar—, el vendedor salvaguarda su derecho si publica registralmente la prórroga en el lapso de tiempo que media entre el momento de su concesión y el octavo día siguiente a aquel en que el primitivo plazo hubiera de extinguirse, ya que durante esa fase el derecho de retracto no puede extinguirse registralmente sin su expreso consentimiento. Requisito indispensable es que la prórroga se conceda dentro del plazo de vigencia del retracto.

En nuestros textos legales sólo incidentalmente se hace referencia a la publicidad de la prórroga cuando el artículo 177 del Reglamento Hipotecario permite «el asiento que indique la modificación del contrato de venta». Ese asiento será el de nota marginal, ya reconocido de antiguo por la jurisprudencia hipotecaria.

Ejercicio del retracto: La constatación de la readquisición en el Registro de la Propiedad.

Ni la Ley ni el Reglamento continen una norma que regule la forma de inscribirse la readquisición en favor del primitivo vendedor. En términos de gran generalidad, y como de pasada, el artículo 177 del Reglamento alude a ello (“...sin que exista en el Registro asiento alguno que indique la resolución... del contrato de venta...”). En realidad, nuestra legislación ha sido consecuente con sus propias ideas: si la compraventa con pacto de retro supone una transmisión sometida a condición resolutoria, ¿para qué más norma reguladora que la del artículo 23 de la Ley Hipotecaria? En tal caso, la registración tendrá lugar mediante asiento de inscripción en favor de quien corresponda.

Pero las cosas no surgen en la realidad con esa sencillez (y más en materia de retracto, institución que, al no haber sido perfilada por el criterio práctico de los jurisconsultos romanos, nos hace andar a todos de cabeza). Por ello, se hace necesaria una aclaración de ideas. Al Registro llegará un título continente de una readquisición, en el que se pida la inscripción a favor del vendedor primitivo como consecuencia del retracto ejercitado; mas para llegar a esta última fase, cual es la de publicidad registral, habrán tenido que producirse extrarregistralmente todos los elementos básicos del proceso de readquisición que servirán de presupuestos a la admisibilidad del título como apto para la registración. En el ejercicio que de su derecho haga el vendedor, deberemos distinguir, por tanto: de un lado, los presupuestos básicos para su existencia; y de otro, las consecuencias ineludibles que se producen.

a) *Presupuesto del ejercicio del retracto.*

El derecho potestativo o de configuración jurídica que ostenta el vendedor para modificar la esfera patrimonial del comprador, está basado en dos elementos indispensables: consiste el uno, en la propia decisión de retraer manifestada unilateralmente y que, indefectiblemente, con oposición o sin ella, se encamina hacia la readquisición. El otro se basa en el cumplimiento de ciertas obligaciones, como son el ejercicio del retracto en tiempo oportuno y el abono de cantidades (ya fijadas de antemano, como el precio

a devolver y los gastos del contrato primitivo; ya a determinar en el momento del retracto, como es la indemnización por gastos necesarios o mejoras útiles hechos en la cosa retraída).

Esos elementos acusan los caracteres de ser interdependientes y esenciales para que la readquisición (finalidad básica del ejercicio del retracto), tenga lugar; pero se entremezclan con una obligación ajena al contenido propio del retracto: la de indemnización por gastos necesarios y mejoras útiles en la cosa que, como derecho accesorio, se atribuye al comprador retraído con un criterio de estricta justicia (no es justo que los gastos que sirvieron para la conservación de la cosa que se retrae y aquellos otros que proporcionaron utilidad mayor a la misma, sean satisfechos por quien se ve privado de ella; antes al contrario, el que obtenga su beneficio deberá cargar con su pago).

- 1.º La decisión unilateral de retraer constituye la manifestación externa del derecho potestativo atribuido al vendedor primitivo. Todo lo que viene después, es lógica consecuencia de este derecho: el tiempo en que se realiza proporciona existencia al retracto; el abono de cantidades previamente fijadas, juridicidad; las indemnizaciones pertinentes, justicia. Esto es, no se trata de un derecho potestativo ejercitable arbitrariamente, sino encerrado en los justos límites de un contenido perfectamente delimitado por el pacto y por la Ley. Inversamente, la adquisición de que en su día hizo el comprador, tiene un corto contenido en orden al tiempo: adquirió todo menos la perdurabilidad, que fue dejada en manos del vendedor.
- 2.º La existencia del retracto se halla supeditada, en primer lugar, a que el vendedor lo ejercite en el plazo de vigencia estipulado o en el de su prórroga. La retroventa actuada fuera de plazo es un contrasentido, toda vez que el derecho potestativo que la sostiene caduca indefectiblemente con el transcurso del tiempo de su vigencia.

Confusamente, comenzó la Dirección General de los Registros a ocuparse de esta cuestión en resolución de 27 de mayo de 1879, y con mayor claridad acabó por decir en otra resolución de 19 de julio de 1919 que la nueva venta no tenía de retroventa más que el impropio nombre que se le daba.

Resolución de 27 de mayo de 1879.—Los supuestos que contempla acaecieron por este orden: 1.º Vencimiento del plazo establecido para el ejercicio del retracto. 2.º Constancia en el Registro, a instancia del comprador, de la consolidación de su adquisición. 3.º Posterior enajenación a favor del primitivo vendedor no existiendo, entre tanto, terceros que pudieran ser perjudicados.

Declara la resolución: «Aun en el supuesto de que la escritura de retroventa no se fundase en una obligación anterior consignada en documento privado, como parece ser el caso de este recurso, según los términos de dicha escritura, es lo cierto que desde el momento en que el comprador o quien su derecho representa, consiente en retrovender la finca objeto del primitivo contrato de venta, a pesar de haber expirado el plazo concertado, hay una verdadera novación del mismo que a nadie perjudica, y que es válida en derecho con arreglo al principio de libertad de los contratantes».

Comentarios: Admite la resolución dos posibilidades, a nuestro juicio insostenibles:

- 1.ª Que la nueva venta se funda en una obligación anterior (o puede fundarse en ella), cuando en realidad sólo puede basarse en el derecho a retraer.
- 2.ª Que a pesar de haber expirado el plazo concertado, se da una verdadera novación del contrato. Si el derecho del retrayente tiene un plazo y éste ha transcurrido sin ejercitarlo, tal derecho se ha extinguido por caducidad; luego, ni la nueva venta puede fundarse en un derecho ya inexistente, ni puede haber novación de lo que ya no vive.

Esto no es obstáculo para reconocer a los interesados la libertad de contratar nuevamente sobre el mismo inmueble y proceder a la venta ordinaria del mismo, cuyo destinatario (comprador) lo mismo puede ser un tercero extraño que el primitivo vendedor.

Resolución de 19 de julio de 1919.—Declara: «Si bien es cierto, y así está reconocido por este Centro (se refiere a la resolución antes comentada) que es inscribible la escritura en la que el comprador con pacto de retro, después de transcurrido el plazo en que pudo ejercitarse el retracto y aun constando la nota de consumación de la venta en el Registro, retrovende al vendedor la misma finca o derecho, porque este contrato, *salvo la impropiedad del nombre*, es lícito como comprendido dentro de los moldes marcados por la Ley al arbitrio de los contratantes, tal doctrina, que rige en los casos comunes y en todos aquellos en que los vínculos de derecho se realizan entre las partes contratantes de la venta y de la retroventa, no puede ser aplicada al que motiva este recurso, por razón de que entre la inscripción de la venta y la nota de su consolidación, fueron inscritos o anotados sobre la misma finca derechos de terceras personas que de ser inscrita la escritura del expediente, resultarían perjudicados».

3.º En la fase de vigencia del retracto, si el vendedor quiere ejercitarlo provocando la readquisición, debe cumplir las obligaciones que impone el artículo 1.518 del Código civil: unas, previamente fijadas (ya en la misma venta—precio para retraer—, ya en las consecuencias de la venta—gastos e impuestos del contrato—), que delimitan y perfilan el propio contenido del retracto; y otras, aleatorias, de posible nacimiento (abono de indemnizaciones, cuando fuere procedente), establecidas por la legislación sustantiva con un criterio de estricta justicia para evitar enriquecimientos injustificados y que si nacen, habrán de ser fijadas por los interesados en el momento de ejercitarse el retracto.

— Respecto a las primeras prestaciones del retrayente (precio y gastos del contrato), no cabe discusión. El comprador sólo puede allanarse o, caso contrario, someterse a los resultados de una consignación de tales cantidades ante el Juez, quien resolverá y decretará la readquisición.

— Respecto a las últimas (indemnizaciones por gastos necesarios en la cosa o mejoras útiles), el retrayente no puede determinarlas por su exclusiva voluntad, necesitando el concurso del retraído o de su representante, legal o voluntario, para fijarlas y discutir las. Pero estas indemnizaciones pueden no haber nacido (por no haberse hecho gastos ni necesarios ni útiles) y, en cualquier caso no perfilan el contenido propio del retracto, antes bien, quedan fuera de su contexto y sólo son mantenidas por el Código, como antes decíamos, para evitar enriquecimientos injustos. Esto quiere decir que, si son necesarias para evitar perjuicios, resultan accesorias para la configuración del retracto, y como tales, deberá ser probada su existencia por quien las alegue.

b) *Consecuencias del retracto: la resolución y la readquisición.*

Ejercitado en tiempo y forma el derecho potestativo del retrayente, sobrevienen simultáneamente estas dos consecuencias:

la resolución de la titularidad del comprador y, por derivación, la readquisición del vendedor. Producida aquélla (la resolución), se produce ésta (la readquisición). La intervención del comprador irrelevante para la readquisición resulta necesaria para la recepción del precio y gastos del contrato y para, en su caso, la valoración de suficiencia de las indemnizaciones debidas por el retrayente. Pero ni mucho menos es imprescindible, ya que la resolución del derecho puede ser decretada por el Juez si el comprador no se allana (aunque no se oponga), previa consignación por el vendedor retrayente de los pagos, gastos e indemnizaciones debidos y declaración judicial de que están bien hechos.

Por tanto, en la formalización del retracto podrá darse el supuesto normal de intervención del retraído; podrá acaecer la ausencia de conformidad sin oposición efectiva, o podrá, en fin, plantearse una oposición que concluya en el Juzgado.

Si el comprador interviene en el título formal donde se constata el retracto, su intervención no tiende a manifestar una voluntad traslativa ni a renunciar la propia titularidad, sino a cumplir con un deber de diligencia que deja el camino libre a la consumación del retracto. Sin embargo, respecto a las indemnizaciones por gastos necesarios o mejoras útiles, alguien diferente del retrayente deberá decir si existieron en realidad o no existieron, y, caso de existencia, discutir en paridad de derechos con el retrayente, la cuantía de las mismas. De aquí que los menores o incapacitados requieran la representación de su padre, madre o tutor, no porque dispongan de un bien inmueble, ni renuncien a una titularidad real inmobiliaria, sino para poder mantener una igualdad de posiciones a la hora de discutir sobre la procedencia o no de indemnizaciones y su valor. De aquí que la resolución de 1926 no exija la autorización judicial para el padre o la madre representantes de sus hijos.

Así, pues, los menores o incapacitados deberán estar representados por el padre, madre o tutor, ya que, a nuestro juicio, carecen de la suficiente capacidad para allanarse a las pretensiones del retrayente y mucho menos, para discutir con ventaja o, al menos, con igualdad, sobre la existencia o inexistencia de indemnizaciones. Subrayamos que aquel allanamiento y esta discusión no se centra sobre la disposición de inmuebles, sino sobre la percepción de cantidades cuyo cobro no es facultativo del retraído, sino obligado. No

obstante, se marca una diferencia trascendental entre la intervención del padre o madre, titulares de la patria potestad, y la del tutor. Los primeros, tienen, por Ley, legitimación para todos aquellos actos que no sean de disposición de inmuebles y, por ende, pueden representar a sus hijos como sujetos pasivos del retracto, sin necesidad de recabar autorización del Juez. El tutor, en cambio, no puede otorgar actos sujetos a inscripción—como es el de readquisición—, sin autorización del Consejo de familia (art. 269 del C. c.).

No es obstáculo a esta doctrina la que se desprende de la resolución de 14 de enero de 1876 cuando exige a los padres representantes de sus hijos la autorización judicial, porque en el supuesto por ella contemplado se entremezclan los conceptos de retracto, de novación del contrato primitivo y de verdadera enajenación.

Si la finca fue adquirida con pacto de retro para la sociedad legal de gananciales, el marido por sí solo, sin necesidad de consentimiento «uxoris» ni autorización judicial, puede intervenir como sujeto pasivo del retracto cuando éste llegue, ya que, siendo el órgano de disposición de la sociedad de gananciales, puede recibir el precio y gastos del contrato primitivo y valorar la suficiencia de las indemnizaciones a cargo del retrayente. La resolución que sobreviene después y la consiguiente readquisición por el vendedor, es algo que escapa a su voluntad y no puede encuadrarse en la limitación del artículo 1.413 del Código civil.

Conviene que en la escritura, aparte de la descripción de la finca con todos los pormenores que exige la Ley Hipotecaria, se deje constancia clara de la posición jurídica que adopta cada uno de los que en ella intervienen; esto es, el retrayente manifestará ante el Notario su decisión de ejercitar el retracto y de cumplir con las obligaciones propias del caso; el retraído o su representante expresará su allanamiento a las pretensiones del primitivo vendedor y dejará libre el camino para la resolución de su titularidad y consiguiente readquisición, lo cual, quiéralo o no, se habrá de producir sin su consentimiento, siempre que el retracto esté bien ejercitado.

Si el comprador no se allana pero tampoco se opone, el derecho potestativo del retrayente no se detiene, pero su camino se desvía hacia la Autoridad judicial. Ante ella, consignará (arts. 1.176 y siguientes del Código civil) sus prestaciones y, estimadas como suficientes por el Juez, decretará éste la procedencia del retracto y dictará auto que servirá de título para resolver la titularidad registral del comprador (art. 180, R. H.).

Para el caso de oposición por el comprador, ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento hablan del título adecuado en que se constate el retracto. Es la resolución de 23 de julio de 1927 la que,

incidentalmente, se refiere a él al exigir la presentación en el Registro de la escritura pública o la *sentencia en que se acredite el ejercicio del retracto*.

c) *Registración.*

Concebida impropiaamente la compraventa con pacto de retro por nuestra legislación como una adquisición sometida a condición resolutoria, no debe extrañarnos que sólo el artículo 177 del Reglamento se refiera a ella a efectos de consolidación del dominio a favor del comprador y extensión de la nota marginal prevenida por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria; esto es, como un supuesto más de condición. Para la resolución de la titularidad del comprador por consecuencia del retracto ejercitado por el vendedor, nada dice el Reglamento. Pero observemos lo siguiente:

1.º La resolución de 27 de mayo de 1926 declara que al ejercitar su derecho de retracto el primitivo vendedor, dentro del plazo señalado, no perfecciona un nuevo contrato de compra con transferencia completa de la propiedad, teniendo significación accesoria las declaraciones de la persona contra quien se dirige, ya que no implican una transferencia hipotecaria.

De aquí puede desprenderse la improcedencia de una nueva inscripción de transferencia a favor del primitivo vendedor.

2.º La resolución de 5 de noviembre de 1919 proclama que el ejercicio del retracto por el vendedor o su causahabiente, repone las cosas al estado que tendrían si la venta no se hubiese verificado; y a mayor abundamiento, la citada resolución de 1926 considera al pacto de retroventa, siguiendo las normas de nuestro Código civil, como una verdadera causa de resolución.

En consecuencia, si la adquisición del comprador se resuelve, la titularidad del vendedor renace por derivación; y tal resolución debe constatarse en el Registro, no por un asiento de inscripción, sino por otro de cancelación.

Queda otra cuestión por resolver: si se trata de una cancelación, todo lo que anteriormente exponíamos acerca de la no necesidad de autorizaciones judiciales para padre o madre representantes de sus hijos, o para marido como órgano de disposición de la sociedad de gananciales, se viene abajo ante los dictados del artículo 178 del Reglamento Hipotecario.

Este precepto exige: la autorización judicial, para los representantes legales de menores o incapacitados que hayan de cancelar derechos a éstos pertenecientes. Permite a los maridos la cancelación unilateral de hipotecas gananciales, sólo cuando las mismas estuviesen inscritas a nombre de él, no cuando después de la reforma del artículo 96 del propio Reglamento, estuviesen inscritas a nombre de ambos cónyuges.

En cambio, el mismo precepto, autoriza a los menores emancipados la cancelación por sí solos, sin necesidad de consentimiento del padre, madre o tutor. Y la Dirección General de los Registros se muestra vacilante:

- Unas veces (resolución de 26 de octubre de 1964) corrobora la primera exigencia para que los padres puedan cancelar en nombre de sus hijos hipotecas constituidas a favor de éstos.
- Otras (resolución de 27 de mayo de 1926), prescinde de tales formalidades en cuanto al ejercicio del retracto convencional.
- Otras, finalmente, amplían las facultades del marido para la cancelación de hipotecas gananciales, sin necesidad del consentimiento «uxoris» (resoluciones de 23 de mayo y 3 y 8 de junio de 1964)

Ante este cúmulo de exigencias y permisiones dispares, debemos organizar los criterios, intentando—como hace DÍEZ PICAZO (2)—acabar con el tópico de que toda cancelación haya de ser considerada como acto dispositivo. Más aún, conviene desechar la idea de identificar la cancelación con la causa que la origina. La extinción del derecho se produce extrarregistralmente, y si tal extinción supone un acto dispositivo (condonación de una deuda, novación de un contrato, renuncia a la consolidación que tuviere el comprador con pacto de retro por haber transcurrido el tiempo concedido para el ejercicio del retracto, etc.), se exigirán los requisitos que el Derecho sustantivo impone para los actos de disposición; pero esos requisitos no son para que la cancelación se produzca, sino para que el derecho se extinga; y extinguido el derecho no queda más remedio que proceder a la cancelación, sin necesidad de nuevo consentimiento. Lo mismo ocurre con la inscripción: el acto constitutivo—por regla general—, surge fuera del Registro y nadie piensa que sea necesario un nuevo consentimiento para la inscripción.

Si la extinción del derecho es un acto obligado (pago de la deuda en el plazo convenido, por ejemplo), el acreedor no tiene opción para rechazar la extinción y ésta se producirá sin los requisitos exigidos por la Ley para la enajenación de inmuebles, ya que no es una enajenación, sino una extinción forzada.

(2) DÍEZ PICAZO, en el núm. 462 de esta REVISTA.

Por ello:

- Si la extinción del derecho que provoca la cancelación fuere, efectivamente, un acto de disposición, sobre bienes inmuebles:
 - El padre o la madre, necesitarán autorización judicial.
 - El menor emancipado, precisará del consentimiento de padre, madre o tutor.
 - El marido, las autorizaciones prevenidas por el artículo 1.413 del Código civil.
- Pero si la causa que motiva la cancelación no fuere acto de disposición, puede resultar:
 - Un acto obligado para el titular registral que, sin embargo, exija una determinada capacidad, ya para percibir unos pagos, ya para discutir unas indemnizaciones. La extinción del derecho, exigirá esa capacidad o su complemento, pero nunca las formalidades propias del acto de enajenación de inmuebles. Así:
 - El padre o la madre, no necesitarán la autorización del Juez. Pero el menor o incapacitado deberá estar representado por aquéllos, ya que tal vez no se encuentre en condiciones de discutir la suficiencia de los pagos
 - El tutor, en cambio, sí necesitará autorización del Consejo de Familia, no porque se trate de un acto de disposición, sino por tratarse de acto sujeto a inscripción.
 - El marido podrá cancelar hipotecas por pago sin necesidad de consentimiento «uxoris».
 - El menor emancipado con capacidad para obtener cobros, podrá extinguir el derecho sin complementos de su capacidad.
 - Puede resultar, también, un acto automático, que no requiera el consentimiento ni la intervención del titular, ni siquiera como accesorios. En este caso la extinción del derecho se producirá sin aquella intervención.

Pero en todos estos supuestos, acaecida la extinción del derecho, de poco vale ya que el titular registral se oponga a la cancelación; puesto que ésta se realizará indefectiblemente: frente a la inscripción de su derecho, surgirá la desinscripción, quiéralo o no.

Todo lo que antecede, nos induce a considerar que el artículo 178 del Reglamento ha idealizado excesivamente la forma de la registración (asiento de cancelación), exigiendo una serie de requisitos para ella, cuando en realidad tales requisitos y formalidades son impuestos por el Derecho sustantivo, no para que la cancelación se practique (que no es más que la forma registral que adopta una causa extintiva), sino para la extinción del derecho. La cancelación nunca será acto dispositivo; sí puede serlo su causa.

Aunque pensado para las condiciones resolutorias, el artículo 175-6.º del Reglamento Hipotecario puede servirnos para la extinción de un derecho potestativo. Así, el asiento

practicable no deberá ser el de inscripción, sino el de cancelación cuando se cumplan los requisitos que dicho precepto establece.

La extinción registral del Derecho de retracto y consolidación de la adquisición por el comprador primitivo.

Para este supuesto, dicta el Reglamento Hipotecario la siguiente norma:

Artículo 177. *Para extender la nota que previene el artículo 23 de la Ley en los casos de venta con pacto de retro, bastará que, transcurridos los ocho días siguientes al término estipulado para la retroventa sin que exista en el Registro asiento alguno que indique la resolución, rescisión o modificación del contrato de venta, se haga la conveniente petición al Registrador, presentando al efecto el título que produjo la inscripción, aunque no sea la misma copia inscrita.*

Algunas observaciones requiere el precepto:

- 1.ª El ejercicio del retracto por parte del vendedor, sólo puede tener lugar durante el plazo de vigencia. Esos ocho días, contados desde el término estipulado, no significan prórroga del retracto, sino un margen de confianza para quien haciendo uso de su derecho de retraer en los últimos días (o en el último), no ha tenido tiempo material de presentar al Registro el documento en que conste su readquisición (resoluciones de 5 noviembre 1919 y 23 julio 1927).

Esta última resolución previene que desde que transcurre el plazo convenido para la retroventa hasta que se presenta en el Registro la escritura pública o la sentencia que acredite el ejercicio de retracto, en el supuesto de haberse llevado a cabo, hasta que se extienda la nota declarativa de que no ha tenido lugar y se ha consolidado el derecho del comprador, existe un período de ocho días en el que el derecho de retraer no puede ser cancelado sin el consentimiento de su titular, y otro período indefinido, que comienza tras los citados ocho días, durante el cual el interesado en la consolidación del dominio puede reclamar, si no consta la resolución, rescisión o modificación

del contrato de venta, que se haga constar la adquisición definitiva e irrevocable del inmueble o derecho.

Además, no es cierto que por no haberse extendido la nota marginal de consumación de la venta deba entenderse subsistente en el Registro la inscripción del derecho de retraer, sino que, al contrario, por haberse extinguido el plazo fijado sin que se ejercitase el retracto y por haber transcurrido con exceso los ocho días que el Reglamento concede al primitivo vendedor para presentar los documentos que le interesen, ha de presumirse la consolidación del dominio.

- 2.^a La nota marginal que previene el artículo 177 tiene un simple carácter declarativo. Distingamos:

Si el retracto fue ejercitado en tiempo y forma, pero el documento en donde se constata la readquisición fue presentado después de haberse extendido en el Registro la nota marginal de consolidación en favor del primitivo comprador, deberá ser cancelada esta nota junto con la titularidad del sujeto pasivo y revivir la del vendedor retrayente. Claro es que, si mientras tanto ha surgido un adquirente a título oneroso, el retrayente llegará tarde al Registro para promover la resolución de esta última adquisición.

Si el retracto no fue ejercitado en tiempo oportuno, sino que se pretendió su actuación fuera de plazo, poco importa que el primitivo comprador contra el cual hubiese de ser dirigida la resolución haya hecho constar o no su consolidación en el Registro, ya que la extinción por caducidad del retracto se ha producido extrarregistralmente por obra de los preceptos sustantivos.

- 3.^a El consolidante ha de presentar el título que produjo su inscripción, si quiere que se extienda la nota marginal aludida. Más consecuente fue, a nuestro juicio, la antigua jurisprudencia de la Dirección General de los Registros que proclamaba la constatación de la consumación sin necesidad de presentación de documento alguno (resolución 27 septiembre 1867), bastando la petición verbal de los interesados (resolución 15 junio 1872).

EL DERECHO DE TANTEO CONVENCIONAL: SU REGISTRACION

Conceptuando el tanteo como el derecho de preferente adquisición por el tanto igual que un tercero ofreciere, la situación normal de tal preferencia es, a nuestro modo de ver, la siguiente:

El *concedente*, no tiene limitadas sus facultades dispositivas, ya que puede enajenar; lo que se le limita es la elección de la persona del adquirente, durante un plazo determinado y para las transmisiones onerosas. Cumplirá con tal limitación cuando, a la hora de enajenar, realice:

- En primer lugar, un acto positivo consistente en la notificación a la persona que ostenta la preferencia, de su intención de enajenar a un tercero, precio ofrecido por éste y demás circunstancias que condicionen la transmisión.
- En segundo término, adopte una actitud pasiva esperando a que el preferido ejercite su preferencia en el tiempo convenido.

El que *ostenta la preferencia* no adquiere un verdadero Derecho real sobre una finca, sino una preferencia a adquirirla, supeitada a estos dos acontecimientos:

- Que el concedente intente la enajenación por precio a favor de un tercero.
- Que, enterado de ello, ejercite su preferencia en el plazo que se le hubiere concedido y previas las obligaciones anejas a tal facultad: pago del mismo precio que el tercero estuviese dispuesto a satisfacer.

Vistas así las cosas, tanto la limitación del concedente como la preferencia del concedido, presenta un contenido típicamente obligacional y, en consecuencia, no registrable. De aquí que la jurisprudencia hipotecaria haya encontrado tantos obstáculos para la inscripción del tanteo:

- En la resolución de 9 de diciembre de 1887, la Dirección General de los Registros, para un supuesto de concesión de pre-

ferencia sin determinación de plazo y pretensión de pago de un precio inferior al ofrecido por un tercero, proclamó que lo único a que tenía derecho el preferido era a ser notificado de la enajenación, y negó su preferencia a efectos hipotecarios por no reunir los requisitos pertinentes.

- La resolución de 20 de marzo de 1911, declara que la obligación simple de dar aviso a una persona para caso de enajenación o gravamen no constituye verdadero derecho real.
- La de 8 de abril de 1914 admite la existencia de un tanteo convencional, concedido por plazo cierto a favor del comprador con pacto de retro y sobre el derecho de retracto que se reservó el vendedor.
- La de 4 de enero de 1927 se mostró excéptica a la hora de interpretar una cláusula testamentaria y no se atrevió a considerar como existente un tanteo que se pretendía constituir.
- La de 20 de septiembre de 1966 declara inscribible una escritura que contenía un derecho de preferente adquisición *erga omnes* previéndose todas las circunstancias para su ejercicio y facilitando el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca que se dividió materialmente.

Por el solo hecho de reconocerse una limitación en el concedente y una preferencia en el concedido, no podrá sustentarse la idea de que por lo general sea el carácter real de una y otra, sino todo lo contrario: la presunción está en la naturaleza obligacional de ambas, no inscribibles, por tanto.

Pero fijémosnos en las resoluciones de la Dirección General de los Registros:

- La de 1887 se enfrenta con un «tanteo» al que le faltan estos requisitos: plazo cierto para su ejercicio, pago por el tanto ofrecido por un tercero.
- La de 1911 no reconoce carácter real a una simple obligación de dar aviso.
- La de 1827 rechaza como tanteo a un derecho de catalogación dudosa.

Sólo las de 1914 y 1966, admiten la figura del tanteo convencional a efectos hipotecarios:

Resolución de 8 de abril de 1914.—Habiéndose convenido en una escritura de venta con pacto de retro que si el vendedor cedía su derecho de retracto, lo pondría en conocimiento de los compradores, quienes podrían ejercer el

derecho de tanteo dentro de los treinta días siguientes a la notificación, el documento en que se hace por el vendedor cesión de su derecho de retracto a un tercero, carece de los requisitos necesarios para su inscripción en el Registro, si se otorgó mucho antes que la notificación se hiciera y se presentó en el Registro sin haber transcurrido los treinta días siguientes a la notificación.

Resolución de 20 de septiembre de 1966.—El supuesto que contempla es el siguiente (un tanto alterado para su mejor comprensión). A, dueño de una finca rústica, vende una tercera parte indivisa a B, y otra tercera parte también indivisa a C, con lo cual quedan dueños de la misma, por terceras partes A, B y C.

En la misma escritura se dice que dichos señores y en la misma proporción, son dueños de una finca urbana.

A, B y C, dueños, por tanto, por terceras partes indivisas, tanto de la finca rústica como de la urbana, agrupan las dos para constituir registralmente una sola y en las cláusulas cuarta, quinta, sexta y séptima de la escritura pactan un derecho de preferente adquisición, en los siguientes términos:

- Tanto respecto a la enajenación de las participaciones indivisas, como a la transmisión de las parcelas que resultaren por división de la cosa, se establece un *derecho de tanteo recíproco y real*. Plazo concedido: treinta días.
- Si la enajenación fuere onerosa, tendrán preferencia por el tanto ofrecido por un tercero.
- Si siendo onerosa, no mediase precio (permuta, por ejemplo), el precio se determinará por peritos.
- Si fuere gratuita (donación o herencia) en favor de persona distinta de aquellas que son llamadas a suceder *ab intestato*, también habrá lugar a la preferencia y el precio se fijará en la misma forma anteriormente citada.
- Para evitar colisiones de titulares de la preferencia, se concede prioridad sobre los demás a B o quienes de él traigan causa.

A la vista de tales hechos, declara la Dirección, entre otras cosas:

- 1.º Que el Registrador debe extremar su cuidado al realizar la calificación, máxime si se tiene en cuenta que, aun con la orientación de *numerus apertus*, tradicionalmente seguida por este Centro, y que encuentra su justificación en los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento, no es dable ampliar al campo de los derechos de cosas hasta el punto de atribuir naturaleza real a toda convención en la que no se contengan los requisitos típicos de los derechos de tal clase, y evitar que se pueda, al amparo de esa libertad, eludir la aplicación de preceptos tan fundamentales como los artículos 2, 29 y 98 de la Ley Hipotecaria.
- 2.º Que, en el caso concreto discutido, aparecen claramente delimitados los contornos de una figura de naturaleza real (similar a otras ya admitidas por nuestra legislación—art. 16, apartados 8 y 9 del Reglamento de Arr. Rústicos; arts. 20 y 21 de Ley de Soc. de Resp. Lim.; artículos 3 y 4 de la Ley de 15 de julio de 1954, etc.—y por la jurisprudencia), ya que se trata de un derecho de preferente adquisición, que en virtud del negocio jurídico concluido, amplía el campo propio de

aplicación del tanteo, al extenderlo a los supuestos de transmisión gratuita y permuta, y en donde los posibles obstáculos aparecen superados en cuanto que: a) existe convenio en el que se concede al titular la facultad *erga omnes* de adquirir la parcela o participación indivisa, sin crear un simple derecho de crédito; b) el precio no queda fijado de antemano, sino que, con las garantías necesarias, se determinará por terceras personas, en el momento de la transmisión, procedimiento similar al regulado por el artículo 1.447 del Código civil y por el 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; c) se concede un plazo determinado y breve—treinta días—para el ejercicio del derecho, computados desde la notificación fehaciente de la transmisión; d) este derecho sólo puede ejercitarse en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código civil, por lo que no se crea ninguna vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida, y e) se facilita el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca que se ha dividido materialmente, lo que justifica el interés legítimo de las partes en establecer el referido derecho.

En estas dos últimas resoluciones, se reconocen como requisitos o, simplemente como elementos viables para el derecho de preferencia con naturaleza real:

- Concesión expresa de la preferencia.
- Plazo para ejercitar la preferencia.
- Pago del tanto ofrecido por el tercero (resolución 1914) o ampliación a transmisiones onerosas sin precio o a título gratuito como elemento admisible (resolución 1966).

Nótese, además, cómo en ambas existe o se pretende una determinada conexión entre la finca del que adquiere la preferencia y la finca del que la concede. Esto es, si la finalidad del tanteo consiste exclusivamente en conceder una preferencia de adquisición en favor de una persona sin ninguna otra conexión real, de modo que la limitación del concedente sólo estriba en la restringida elección del adquirente, el derecho de tanteo será personal. Por el contrario, si la preferencia y la limitación se conectan con una finca en aras de una función social o económico-jurídica de la propiedad, estaremos en presencia del tanteo o la preferencia adquisitiva oponible *erga omnes* y, por ende, de naturaleza real, siempre, claro está, que se cumplan los demás requisitos que perfilan la individualización del derecho.

A nuestro juicio, y extrayendo principios generales de la doctrina de la Dirección, podemos llegar a las siguientes conclusiones en orden a la registrabilidad o no del derecho de tanteo convencional o del más amplio de preferente adquisición:

- 1.ª Tanto en el derecho estricto de tanteo como en el de preferente adquisición, se nos antoja que el requisito básico se halla en la conexión real con una finca. Si la preferencia se obtiene, no en relación con vínculos personales (afectivos

u obligatorios), sino en cuanto el preferido ostenta una titularidad real sobre una finca, de modo que el derecho preferente se convierta en anejo de tal titularidad, estaremos en presencia de un derecho real inmobiliario, a todas luces registrable.

- 2.^a Concebir hipotecariamente el tanteo como un derecho puramente apegado a una persona y sin conexiones con una finca, nos parece absurdo. Si admitiésemos su registración ¿acaso sería admisible que el titular de tal preferencia dispusiese libremente de su derecho en favor de un tercero que, necesariamente, no ha sido preferido por el concedente? ¿Admitiríamos la registración de este acto? No, en verdad. El concedente limitó su elección a una persona, pero no a otra impuesta por el preferido; los vínculos personales recaían sobre la primera, no sobre la segunda, por lo que difícilmente podría sostenerse la continuidad en la limitación del concedente.
- 3.^a Proclamando la conexión de la preferencia con otra titularidad real del preferido, también resulta extraño querer configurar al tanteo como un derecho real independiente susceptible de transmisión aislada, por cuanto le faltaría la base de su existencia. Indirectamente, las resoluciones de 1914 y de 1966 del Centro Directivo, nos dan la pauta a seguir: la conexión con una titularidad real inmobiliaria convierte al tanteo en anejo de tal titularidad, y las mutaciones que ésta soporte serán soportadas por aquél, que, como derecho anejo se ha convertido en inseparable de ella.

De un modo más directo, encontramos un claro ejemplo en nuestra legislación: el derecho de tanteo constituyente o continuable en una propiedad horizontal. Regulado, en principio, por el artículo 396 del Código civil como un tanteo legal, delimitador del dominio sobre los pisos o locales, la Ley de 21 de julio de 1960, reformadora de tal precepto o instauradora de una nueva regulación para la propiedad horizontal, acaba con ese tanteo de imposición

legal y lo convierte en convencional (3). Establecido por voluntad de los condueños—con la mayoría reforzada que exige la Ley—, se atribuirá no aislada ni personalmente a los condóminos, sino a estos en cuanto fueren dueños—y mientras lo fueren—de los pisos o locales. Su inscripción no se producirá separadamente de los tales pisos o locales, sino como anejo inseparable de ellos dentro del conjunto total de los estatutos que rigen la vida de la propiedad horizontal. Su disposición o gravamen sólo será posible por derivación o consecuencia de la enajenación o gravamen del piso o local a que se refieren. Si el tanteo no se hiciere constar en la inscripción de los estatutos, su existencia no podrá perjudicar al nuevo adquirente.

4.ª Por todo cuando llevamos dicho, creemos que los requisitos del tanteo para su configuración personal o real y, por tanto, para su rechazo o admisión registral, son estos:

a) *Tanteo convencional de tipo personal no registrable.*

El tanteo tendrá carácter meramente obligatorio en los supuestos normales, es decir, cuando el concedente no se vea limitado en sus facultades dispositivas, sino únicamente, en la elección de la persona del adquirente, y, paralelamente, cuando el que obtiene la preferencia no conecte su derecho con una titularidad real inmobiliaria que le pertenezca.

b) *Tanteo convencional de carácter real e inscribible.*

Son requisitos del mismo:

1.º Determinación clara y exacta de la preferencia que pretenda concederse. Por eso, no le bastó a la resolución de 4 de enero de 1927 con una cláusula antigua y de difícil interpretación.

(3) Dice el actual artículo 396 del Código civil: «...En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por *este solo título*, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto», lo cual es tanto como decir que por *otro título* especialmente convenido podrá surgir el tanteo o el retracto.

- 2.º Concesión definitiva de la preferencia, consecuencia de la cual, y para su posible ejercicio, surgirá en su momento oportuno la obligación de notificar al preferido las intenciones de venta del concedente. Por esta razón, la resolución de 20 de marzo de 1911 consideró que el mero compromiso de aviso, caso de enajenación o gravamen, no constituía derecho real.
- 4.º Plazo cierto para ejercitar la preferencia y pago del tanto ofrecido por un tercero. Precisamente, por ausencia de estos dos requisitos, la resolución de 9 de diciembre de 1887 rechazó la inscripción del «tanteo» pretendido.
- 5.º Conexión entre la finca del que obtiene la preferencia y aquella otra sobre la cual recae el tanteo.

c) *Derecho real de preferente adquisición.*

Sirven los mismos requisitos que acaban de ser reseñados, a los que se pueden añadir estos otros:

- 1.º Ampliación de su ámbito de aplicación, que por estipulación expresa en virtud de la libertad de pacto proclamada por el artículo 1.255 del Código civil, puede extenderse:
 - A los contratos onerosos en que no mediase precio.
 - A los contratos a título gratuito o transmisiones hereditarias.
 - A los supuestos regulados en el Código como susceptibles de retracto legal, que se modifican o condicionan.
- 2.º Determinación del valor de la finca por acuerdo de los interesados o, en su defecto, por dictamen de peritos, con garantías suficientes para las partes.

Resumamos nuestra postura:

Civilmente, el tanteo puede ser concedido: o en atención a las circunstancias personales de quien lo recibe (afecto, vínculos obligacionales, etc.), o en consideración a la titularidad que el preferido ostente sobre un fundo y mientras la ostente (ser propietario de finca colindante con aquella sobre que recae la preferencia, etc.).

Quando la preferencia se adhiere a una persona concreta, se

convierte en accésorio de ella y el derecho resulta a todas luces personal.

Cuando se anexiona al titular de un fundo y en razón a su titularidad, se erige en accesorio, no de la persona del titular, sino de la titularidad que se detenta sobre el fundo; en tal sentido, habremos de convenir que hemos dado con un derecho real inscribible.

Pero en ambos casos, el tanteo no se presenta como un derecho autónomo, sino como anejo de otro más importante (persona o fundo); y si transmisible fuere el derecho principal, transmisible será el tanteo; si intransmisible fuese aquél, intransmisible será éste. Nunca, empero, podrá sostenerse que el derecho anejo se configure como disponible autónomamente sin contar con la transmisión del principal o siendo éste intransmisible.

Anexionado el tanteo a una persona, se alza como accesorio de ella a la que cualifica de «preferida» respecto de otra. Esta preferencia podrá ser admitida o renunciada, pero nunca sustituida o transmitida, ya que sería tanto como imponer preferencias que, aparte de escapar a nuestra propia capacidad, daría como resultado la destrucción de la base en que se apoya la preferencia: la libertad de preferir.

Si el tanteo se adhiere a una titularidad, se convierte en facultad de la misma: el titular tendrá toda una serie de facultades que integran el contenido normal de su derecho; pero además, habrá adquirido otra nueva: la del tanteo. Si el derecho principal fuere transmisible y transmitido, con él se transferirá esta nueva facultad.

EL DERECHO DE OPCION ANTE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Que el contrato de opción tenga un contenido real o lo tenga simplemente personal, es algo que no ha preocupado en modo alguno a nuestros reglamentaristas modernos. El artículo 14 del Reglamento Hipotecario se detiene a dictar normas para la registración de este derecho con el deseo de salvaguardar los del

optante y de prevenir a los adquirentes del concedente de la opción que su adquisición puede ser resuelta.

En un plano puramente dogmático, el artículo 14 se ha excedido al no plegarse a las exigencias de los artículos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria; pero descendiendo al terreno de las realidades, el Reglamento ha conseguido que el optante quede a cubierto de las posibles maquinaciones del optatario, y que los adquirentes de éste sepan en qué condiciones adquieren; claro que podía haberse coordinado teoría y práctica si el asiento a practicar en el Registro hubiese sido el de anotación preventiva, en vez del de inscripción.

Artículo 14. Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción, reúna las siguientes:

Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.

Segunda.—Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.

Tercera. Plazo para ejercicio de la opción que no podrá exceder de cuatro años.

En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.

Exégesis del precepto.

a) *Opción como contrato autónomo.*

Artículo 14. Será inscribible el contrato de opción de compra...

La opción de compra resulta inscribible por sí sola, mediante presentación al Registro del documento público que la constate. Plántese el problema de si puede servir de título un poder conferido para vender en el que, además, se concede al apoderado

opción para comprar él mismo, señalándose el precio de la compra y el plazo para comprar. Al parecer, Roca y LA RICA (4), dan opiniones afirmativas, entendiendo que con ello se evitan los peligros de incompatibilidad de intereses que ofrece la figura del auto-contrato.

A nuestro modo de ver, se imponen unas aclaraciones:

- 1.^a El poder, acto en el que se atribuye una representación, es unilateral y, como tal, no puede engendrar la opción ya que ésta exige consentimiento contractual.
- 2.^a Ese llamado poder, sólo en parte ostenta la naturaleza de acto voluntario de apoderamiento; esto es, no se trata de un acto simple comprensivo de un exclusivo otorgamiento representacional, sino de un acto mixto, cuyo contenido se bifurca en estas dos direcciones:
 - Por un lado, es unilateral y confiere una representación.
 - Por otro, tiende a ser bilateral, al manifestar una oferta, ya sea ésta de opción, ya sea de venta.
- 3.^a En consecuencia, el documento referido no sirve por sí solo para el establecimiento de una opción; en primer lugar, porque como poder que es en parte, su contenido y efectividad se agota con la atribución de una representación; y en segundo término, porque como oferta, requiere una posterior aceptación para que el acto bilateral de la opción pueda surgir con todos sus predicamentos.
- 4.^a Por las razones expuestas, debe entenderse que la posterior aceptación por parte del apoderado-optante no se refiere al poder (que siendo acto unilateral no la requiere), sino a la oferta de opción (que, indispensablemente, exige el doble consentimiento). Producida la oferta y aceptada después en instrumento público, se darán los supuestos del artículo 1.262 del Código civil, sin que pueda hablarse aquí de autocontratación, puesto que cada uno de los interesados en la opción ha actuado en propio nombre aunque no de modo simultáneo.

(4) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo III; LA RICA, *Comentarios al Reglamento Hipotecario*.

Diferente sería que se tratase de un acto representacional comprensivo a la vez de una oferta de venta a favor del representante. En este caso, el apoderado actuaría, por un lado, como representante del vendedor, y por otro, como comprador. El poder habría surtido efecto desde el momento de su otorgamiento; la venta, se consumará después, cuando se aunen las dos voluntades requeridas, aunque su expresión se encuentre en una sola persona actuante en doble sentido.

b) *La opción como cláusula de un contrato.*

Artículo 14. *Será inscribible... [la] estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible...*

No se refiere el Reglamento a un pacto añadido al contrato y separable de él—pues sería tanto como dar a la opción carácter autónomo y por ende repetición de lo que el precepto proclama en sus primeras palabras—, sino a una derivación del contrato inscribible y a él anejo. De aquí resulta:

- 1.º Que si se tratara de un pacto añadido al acto inscribible, pero no inserto en su conjunto, nos encontraríamos con la unión documental de contratos, no unidos, como se sabe, más que por el documento que los contiene. En tal caso, da igual que el otro acto sea inscribible o no lo sea, pues la opción se presenta como contrato autónomo e inscribible por sí mismo.
- 2.º Si, como suponemos, el Reglamento toma en consideración unitaria un acto inscribible, una de cuyas cláusulas contiene la opción, se plantea el dilema de si puede inscribirse sólo esta cláusula aun cuando el acto inscribible no se inscriba.

ROCA SASTRE (5), estima que el artículo 14 habla de contrato inscribible, no de que haya de ser inscrito forzosamente. Así, pues, cuando el contrato inscribible no se inscriba, se podrá practicar la inscripción de la opción estipulada.

Contrariamente a lo que Roca opina, hemos de sostener la no inscripción de la opción en el supuesto que se contempla:

(5) ROCA SASTRE, loc. cit.

- a') Porque lo deducible del artículo 14, a *contrario sensu*, es que si el acto continente de la opción no fuere inscribible, la opción en él contenida no se inscribirá tampoco, y tal rechazo sólo tiene explicación concibiendo al pacto de opción como parte integrante del contrato e inseparable de él. De aquí resulta que el acto inscribible debe ser inscrito en su conjunto, con opción y todo.
- b') Porque, a nuestro juicio, no es aplicable el párrafo 2.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, en razón a ser los supuestos por él contemplados de muy distinta significación.

Artículo 434. ...*Cuando el documento comprenda alguna estipulación o pacto que no deba tener acceso al Registro o que legalmente deba tenerse por no puesta, podrá inscribirse el título y denegarse la inscripción de tal estipulación o pacto, del que no se consignará referencia alguna en el asiento que se practique...*

Si el contrato comprensivo de la opción es inscribible, no es de los que deban ser rechazados por el Registro; y si el artículo 434 permite la denegación de una parte de la escritura e inscripción del todo, no es recomendable dar la vuelta al supuesto. Por otro lado, al ser el artículo 434 una desviación de la regla general contenida en el 433 (suspensión o denegación del todo), su interpretación ha de ser restrictiva.

c) *Requisitos de la opción para su inscripción.*

Artículo 14 ...*Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.*

No basta la intención presumible de los interesados de querer la inscripción; el convenio ha de ser expreso. Resulta, pues, que la solicitud de inscripción que se presume por el solo hecho de la presentación del título en el Registro, falla en esta ocasión.

Por otro lado, el presentante del título no puede ser considerado como representante de los interesados a efectos del artículo 39 del Reglamento, sino como nuncio o simple portavoz de su voluntad. Si en el título no aparece el convenio expreso para conseguir la inscripción, el presentante no puede completar ni suplir aquella omisión, aun cuando tenga órdenes concretas de solicitar el acceso al Registro, o sea conocedor de las intenciones de inscribir que tienen las partes.

Artículo 14. ...Segunda. *Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.*

El contrato de opción inscribible es el que tiene por finalidad la adquisición preferente por compra y, a tal efecto, aparece como requisito indispensable la fijación *a priori* del precio de adquisición, toda vez que se trata de una oferta de contrato cuyo contenido ha de reunir los elementos esenciales del contrato a celebrar. La concesión de la opción puede ser a título gratuito u oneroso, pero si fuere esto último, el precio abonado deberá consignarse en el título para su constancia registral.

Artículo 14. ...Tercera. *Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.*

En el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tática o legal, del contrato de arrendamiento.

El laudable deseo de coordinar la facilidad del tráfico con la finalidad social de dar acceso a la propiedad al arrendatario, ha motivado una rigidez de plazo en cuanto a lo primero y una flexibilidad respecto a lo segundo.

El plazo de cuatro años resulta más que suficiente para los intereses del optante y evita excesivos entorpecimientos del tráfico jurídico. Pero atendiendo a la libertad de pactos preconizada por el artículo 1.255 del Código civil, los contratantes pueden fijar un plazo mayor que, aun siendo lícito en el ámbito sustantivo, parece

rechazable por el Registro. Quizá esto podría haberse salvado si el legislador, al redactar la circunstancia tercera del artículo 14, hubiese dicho: «plazo para el ejercicio de la opción que, en perjuicio de tercero, no podrá exceder de cuatro años», con lo cual, la opción establecida por un período de tiempo superior podría inscribirse con una duración máxima de cuatro años, denegándose por el resto del tiempo.

Si el plazo de duración se estableció por un tiempo inferior, podrá pactarse prórroga antes de transcurrir el vencimiento primitivo, siempre que en conjunto, no se rebasen los cuatro años que como máximo permite el Reglamento. Indudablemente esa prórroga deberá constar en el Registro, si se quiere que produzca los efectos hipotecarios oportunos.

En cuanto a la opción insertada en un contrato de arriendo, no deberá ser inscrita si no se inscribe el arrendamiento, en cuyo acto se fijará el plazo del arriendo, que marcará indefectiblemente el de la opción. La prórroga tácita para aquellos escasos arrendamientos inmobiliarios regidos por el Código civil, no provocarán prórroga de la opción.

d) *Asiento practicable.*

- 1.º Si la opción se inscribe como contrato autónomo, obtendrá del Registro un asiento independiente, practicado a continuación del último que apareciese respecto a la finca sobre la cual se concede la opción.

Dado el carácter personal del derecho de opción y su corta duración, no parece muy adecuado el asiento de inscripción que impone el Reglamento. Estableciendo la inscripción y no la anotación, el Reglamento sobrepasa los límites del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria y convierte un asiento tradicionalmente de duración indefinida, como es el de inscripción, en caducable por el transcurso de cuatro años.

- 2.º Si la opción accede al Registro embebida en un contrato inscribible y como formando parte de él, no recibirá asiento propio, sino que quedará inmersa en la inscripción del acto registrable del cual forma parte.

e) *Efectos de la registraci3n.*

1. Efectos durante el plazo de vigencia.

La inscripci3n de la opci3n no cierra el Registro a los actos dispositivos del concedente; 3ste podr3 enajenar la finca a la persona que tenga por conveniente, pero el adquirente soportar3 los riesgos del ejercicio de la opci3n inscrita. La inscripci3n, pues, supone estos dos efectos:

- Salvaguardia de los derechos del optante durante el plazo que le fue concedido para la compra.
- Ser un aviso para terceros adquirentes de que su adquisici3n puede quedar resuelta.

Pero la inscripci3n, por muy eficaz que sea, no podr3 nunca convertir en real lo que en principio era personal; por eso, el derecho del optante seguir3 siendo tan personal como era antes y, a nuestro juicio, intransmisible sin consentimiento de quien concedi3 la opci3n.

El preferente derecho en que la opci3n consiste se otorga por el concedente a una persona concreta, atendiendo a las cualidades personales de 3sta o a los v3nculos afectivos u obligacionales que le ligan con 3l y, en consecuencia, las transmisiones que el optante realice interpondr3n a una persona distinta de aqu3lla, en atenci3n a la cual se celebr3 el contrato. Sin embargo, esa sustituci3n de personas puede admitirse, aun sin consentimiento del concedente:

- Cuando la opci3n haya sido otorgada al que resulte titular de un determinado fundo o derecho inscritos. As3, la opci3n de compra que se conceda al que resulte usufructuario de un determinado predio. En este caso, la opci3n forma parte de un derecho real y seguir3 todas las vicisitudes del mismo, suponiendo una facultad m3s del usufructuario, como es la de adquirir, por compra, la nuda propiedad.
- Cuando se trate de sucesi3n *mortis causa*, siempre que la relaci3n jur3dica que la haya creado no se extinga con la muerte del titular. Aun trat3ndose de un derecho que sigue siendo personal, hemos de admitirlo, por cuanto el sucesor ocupa la misma posici3n jur3dico-personal que su causante.

Si durante el plazo que se le hubiere concedido, el optante hace uso de su derecho pretendiendo la adquisición, no logrará una inscripción automática que trueque su derecho limitativo en titularidad plena sobre la finca, ya que lo único a que tiene derecho es a la transmisión de la finca. Para obtener la inscripción de dominio a su favor, deberá producirse antes la compraventa otorgada, ya por el mismo que concedió la opción o, por el Juez, caso de negativa.

Plantéase, además, una interesante cuestión reveladora de que la publicidad registral no siempre goza de primacía frente a otras situaciones publicitarias no registradas: es el supuesto del optante con derecho inscrito que se enfrenta a un retracto legal. Tal situación puede tener lugar:

- 1.º Cuando el concedente de la opción, dueño de la finca, haciendo uso de su facultad dispositiva, vende el fundo a un extraño y un tercero protegido por la Ley sale al retracto (un comunero, colindante, etc.).
- 2.º Cuando el optante ejercita su derecho dentro del plazo obteniendo la transmisión de la finca o derecho, y otra persona pretende frente a él la adquisición preferente en virtud de un retracto legal.

Ante este estado de cosas, si damos preferencia a la inscripción, los retractos legales relegarán su razón de ser a los supuestos de enfrentamiento con fincas o derechos no inscritos, cosa que no parece deducirse de los textos legales. Si, por el contrario, abogamos sin más por la primacía de tales retractos, la inscripción parece quedar en entredicho al supeditarse a una limitación no inscrita.

TIRSG CARRETERO (6) pone de manifiesto que estas limitaciones públicas no resultan lo suficientemente conocidas por quien adquiere la propiedad afectada con ellas, como para no necesitar de la publicidad registral. Dice: «El artículo 37 de la Ley Hipotecaria vigente se ha excedido; los textos que estuvieron en lo cierto fueron los de la primitiva Ley de 1861 y del Código civil; el error lo introdujo la Ley de 1909 y abunda en él, acrecentado por la

(6) TIRSG CARRETERO, *Retornos al Código civil*, en esta REVISTA, 1965.

existencia de un mayor número de retractos, la Ley Hipotecaria actual».

A nuestro modo de ver, los tanteos y retractos legales no son simples limitaciones que, establecidas por las leyes, traigan al dominio una restricción extraña a su propia naturaleza. Mejor creemos que sean delimitaciones del contenido de la propiedad que, lejos de suponer una limitación anormal de un derecho normalmente ilimitado, surgen de la propia esencia del dominio al que proyectan en función de un interés general. Tal vez las normas que regulan estos derechos sean de las pocas de tinte socializador que recoge nuestro Código civil.

Pero esto no quiere decir que toda delimitación haya de ser excluida del Registro por el hecho de estar reconocida en la Ley. Basta con que se produzca una situación que limite realmente una propiedad inmobiliaria para que, *si no existe otro medio de publicidad mejor para el tercero*, se deba proceder a la inscripción.

No debe olvidarse que el Registro de la Propiedad es uno de los medios de publicidad—el más perfecto, desde luego—, pero no el único. La publicidad—dice PUGLIATTI—, es el mecanismo o mecanismos establecidos por el Ordenamiento positivo para lograr el conocimiento de un determinado hecho, derecho o situación jurídica, de modo que la cognoscibilidad que proclama equivale al conocimiento efectivo. A veces, esa publicidad supone un simple contacto material con la cosa (posesión); otras, la toma de razón en unos libros (registración), y otras, la situación a todas luces aparente en que se encuentran las cosas o los derechos, de la cual, la Ley deriva ciertas consecuencias delimitadoras cognoscibles. Una cosa es cierta respecto a este último aspecto de la publicidad: la necesidad de que la situación origen, no sólo sea cognoscible, sino conocida. Así, el adquirente conoce exactamente la existencia de una comunidad, o de un dominio dividido por la enfiteusis, o de una propiedad rústica de escasa superficie—que es la que compra—, o de una comunidad hereditaria, una de cuyas cuotas adquiere. Estas situaciones no sólo son cognoscibles, sino perfectamente conocidas por el que adquiere; lo que ya puede que no sea conocido, pero sí cognoscible, es la limitación que a tales situaciones se impone. Cuando la delimitación se imponga voluntariamente, dejará de ser verdadera delimitación del contenido del dominio para

convertirse en limitación y, entonces, el único modo de llegar a su conocimiento será la inscripción; pero al ser establecida por la Ley, ya existe una cognoscibilidad igual a la que pueda emanar del Registro de la Propiedad, ¿para qué, pues, una publicidad superpuesta?

= Habrá, por tanto, delimitaciones que afectando a la propiedad inmobiliaria y configurando su contenido, no revelen con signos indubitados la situación real de la finca delimitada, precisando de una publicidad registral. Así, por ejemplo, las delimitaciones emanadas de la Ley del Suelo y de los planes, normas, proyectos y ordenanzas de urbanización, no afectan por igual a todos los núcleos urbanos ni exteriorizan la situación especial en que se encuentra cada uno de los inmuebles en orden a las limitaciones derivadas de la Ley. Si el que adquiere tuviese *conocimiento efectivo* de la situación especial del inmueble (ya por su apariencia notoria, ya por sus circunstancias concretas, o por el contenido indubitado de lo que adquiere), bastaría con que a tal *conocimiento* se añadiese la *cognoscibilidad* de la Ley para que la inscripción proclamante de una propiedad libre, debiera ceder su puesto a la realidad. No sucediendo así, parécenos algo fuerte la redacción del artículo 45 de la Ley del Suelo cuando establece que «los particulares, al igual que la Administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la presente Ley y en los planes, proyectos, normas y ordenanzas aprobadas con arreglo a la misma» (7).

= Pero habrá otras delimitaciones del dominio establecidas por la Ley que procedan de situaciones perfectamente conocidas por el adquirente y que, junto a ese conocimiento, la cognoscibilidad registral es sustituida por la legal:

— El adquirente del comunero no puede ignorar que lo adquirido es una cuota del dominio, ya que, precisamente, eso es lo que se le transmite, teniendo posibilidades de

(7) REGUERA SEVILLA, en *Mecánica de la Ley del Suelo en relación con el Código civil y la Legislación Hipotecaria*, «A. A. M. N.», tomo XIV, crítica en este mismo sentido a la Ley del Suelo.

conocer que toda titularidad indivisa se halla afectada en su transmisión por el ejercicio del retracto.

- Igual sucede con el adquirente de una rústica inferior a una hectárea.
- Lo mismo puede decirse del que adquiere una cuota hereditaria, sometida al retracto de comuneros.
- No digamos nada del adquirente del dominio útil o del directo: la situación de la finca, en su desmembración, no puede producir duda en el adquirente de la situación especial de la finca. Luego, las consecuencias de su adquisición son perfectamente cognoscibles.

Y es que para la seguridad del tráfico, no basta con una publicidad genérica (de núcleos urbanos o extensiones superficiales de terreno); se precisa de una publicidad especializada, concretada a esta o aquella parcela sobre la cual se ostenta una titularidad que se transmite o grava.

Cuanto acabamos de apuntar sirve, a nuestro modo de ver, para el derecho de opción que se enfrenta con un retracto legal: por muy inscrito que aquél estuviere, si las condiciones o circunstancias propias del inmueble o derecho no dejaren duda acerca de la situación especial de ambos, causa u origen de una delimitación (*conocimiento efectivo*), este conocimiento, unido a la *cognoscibilidad* determinada por la Ley, deberán vencer a la del Registro de la Propiedad.

2. Efectos de la inscripción al transcurrir el plazo concedido para la opción.

Habida cuenta de que el derecho del optante no es de duración indefinida, deberá ejercitarlo dentro del plazo que se le hubiere marcado; pero podría plantearse la duda de si ejercitado en tiempo oportuno sería inscribible el título por virtud del cual se adquiere del dominio de la cosa sometida a opción cuando llegase al Registro después de haber transcurrido el plazo de cuatro años que como máximo concede el Reglamento.

Conviene, al respecto, distinguir tres períodos o momentos en cuanto al ejercicio del derecho por parte del optante: uno, de actividad diligente; otro, de consecuencias, y otro, de publicidad.

1.º *La actividad diligente del optante.*

Consistirá en el requerimiento o puesta en conocimiento por quien tiene derecho de opción y ante el que la concedió de que el primero ejercita, dentro del plazo adecuado, el derecho que le fue concedido instando la transmisión de la cosa.

2.º *Consecuencias.*

Requerido por el optante, el concedente de la opción se allana o, no allanándose y oponiéndose a ello, es el Juez quien decide la transmisión a través de la correspondiente escritura pública.

3.º *Publicidad.*

Presentado el título al Registro y calificado por el Registrador, se procede a una nueva registración extendiéndose un asiento de inscripción a favor del optante.

Cuando el plazo concedido no se halla en vías de agotarse, poca trascendencia tiene la diferenciación de estos tres momentos; pero cuando ese plazo se va consumiendo y alguno de los periodos indicados queda fuera del mismo, se hace necesaria su distinción y su encuadre en el tiempo.

Nos parece que el momento esencial, determinante del ejercicio efectivo del derecho de opción, es el primero. Al optante se le concede un plazo para optar y dentro de ese plazo ha de realizar una actividad encaminada a la adquisición. Para asegurar la prueba, la puesta en conocimiento al concedente deberá hacerse ya por requerimiento notarial, ya judicialmente a través de acto de conciliación; pero necesariamente, dentro del plazo fijado de antemano.

Si se ejercitó en tiempo oportuno, poco importa que el título consecuencia (la transmisión), se demore más de la cuenta y sobrevenga cuando el plazo de cuatro años ha transcurrido; y menos aún importa que la inscripción se produzca después.

Empero, la registración tardía puede perjudicar al optante si el concedente dispone de su derecho. Una solución para el pri-

mero podría ser la de solicitar anotación preventiva de las del número 1.º del artículo 42 de la Ley, reclamando la propiedad de los bienes, siempre que su actividad se encamine por la vía judicial.

No habiéndose ejercitado la opción dentro de plazo, de acuerdo con las ideas anteriormente expuestas, se cancelará el derecho del optante por medio de una nota marginal, sin necesidad de su consentimiento, pudiéndose invocar el precepto contenido en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario. La cancelación tendrá lugar: o a instancia del dueño de la finca, concedente en otro tiempo de la opción; o de oficio, cuando se transmita la finca o se practique alguna inscripción relativa a la misma.

JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA.

Registrador de la Propiedad.

JURISPRUDENCIA

I.-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

4. CALIFICACIÓN REGISTRAL.—LA DETERMINACIÓN DE QUE SE TRATA DE UN MISMO INMUEBLE, EL QUE APARECE EN EL REGISTRO Y EL QUE CON LA NUEVA DESCRIPCIÓN FIGURA EN LA ESCRITURA PRESENTADA, ES MATERIA QUE DEBE SER DISCRECIONALMENTE APRECIADA POR EL REGISTRADOR, QUIEN AL CALIFICAR TENDRÁ EN CUENTA TODOS LOS ELEMENTOS NECESARIOS Y LOS DOCUMENTOS APORTADOS QUE PRETENDEN JUSTIFICAR EL CAMBIO OPERADO.

Resolución de 17 de septiembre de 1969 ("B. O." de 10 de octubre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura pública otorgada en Rentería ante el Notario don José Martín-Chico Pérez el 18 de octubre de 1965, don José Ignacio Berrondo Lasarte, en nombre y representación de doña María del Carmen Bosch de la Presilla, vendió a don Juan María Berrondo Lasarte un 20 por 100 de participación indivisa que le correspondía en la siguiente finca: "I. Tierra en el término de Vallecas, hoy Madrid, de haber una fanega y seis celemines ó 96 áreas, de tercera clase, situada en Los Lindones y Olivar del Portazgo, al cual da vistas. Linda: Oriente, Norte, Poniente y Mediodía, con tierras que fueron de las Monjas de Santa Clara y con otras del Mayorazgo de Vallecas y del Marqués de Valdemediano. Inscrita al tomo 65, libro 41,

folio 242, finca número 2.050 del Registro de la Propiedad de Madrid, inscripción 3.ª Título: Le corresponde por herencia de su madre, doña Josefina de la Presilla y Calas, según manifiesta el representado, don José Ignacio Berrondo, cuya escritura fue autorizada por el Notario de Valdemoro, de Madrid, don Manuel García Mayor, el día 8 de febrero de 1962. II. Dicha tierra actualmente es solar sito en la calle Martín Álvarez, 17, provisional, con vuelta a la calle de Javier de Miguel, sin número, de Madrid. Linda, al Norte o izquierda, en línea de 39,90 metros, con propiedad de don José Pérez Sanz; al Sur, con la calle Javier de Miguel; al Este o espalda, en línea quebrada de 38,20 metros, de 27,40 metros y 12,15 metros, linda con solar de don José Rubio Revilla; también al Este o espalda, y en línea de 168,70 metros, con solar propiedad de don José Rubio Fernández, y al Oeste, con calle Carlos Martín Álvarez."

Presentada en el Registro de la Propiedad número 10 de Madrid, el día 21 de diciembre de 1965, primera copia del anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: "No admitida la inscripción del presente documento en el Registro de la Propiedad número 10 de Madrid, por observarse el defecto de que, no obstante describirse la finca vendida en el exponente I, del mismo modo que en el Registro, la actualización de la descripción hecha en el exponendo II, base del contrato, no sólo no conserva relación de identidad con la descripción inscrita, sino que del examen del Registro resulta coincidente por su situación y detalles con la de las fincas números 336, 34.038 y 6.817 de la Sección 1.ª de Vallecas, inscritas a favor de terceras personas a los folios 144, 187 y 229 de los libros 23, 512 y 124, sin que esta total falta de identidad entre la finca inscrita y la transmitida haya quedado desvirtuada por las certificaciones que se han aportado de la Dirección General del Instituto Geográfico y Catastral, de la Administración de Propiedades y Contribución Territorial de Madrid, del Catastro de la Riqueza Rústica, del Servicio Provincial de Información de la Delegación de Hacienda de esta provincia, ni con el recibo de arbitrio sobre solares, y siendo insubsanable dicho defecto, no procede tampoco tomar anotación preventiva, la que no ha sido solicitada. Madrid, 4 de junio de 1966"; el 24 de septiembre de 1968 fue nuevamente presentado en el citado Registro el referido documento, acompañado de los siguientes:

Certificación del Instituto Geográfico y Catastral, de fecha 23 de febrero de 1966, en la que se dice que "el emplazamiento de la actual confluencia de la margen este de la calle Carlos Martín Álvarez con la margen norte de la calle Javier Miguel corresponde al que sobre el terreno tenía la zona sur de la parcela número 276 de los trabajos de la Topografía Catastral de España, realizados en el término municipal de Vallecas en los años 1863 y 1864, la cual figura en la hoja parcelaria C3, cuya parcela, según su correspondiente cédula catastral, estaba situada en aquella época en el paraje denominado 'Los Lindones'".

Certificación de la Administración de Propiedades y Contribución Territorial de la provincia de Madrid, de fecha 10 de marzo de 1966, en la que consta que "la finca número 17 de la calle Carlos Martín Álvarez, de Madrid, figura tributando en los vigentes documentos co-rdatorios a nombre de doña Josefina Presilla".

Oficio del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 15 de junio de 1964, dirigido a los herederos de doña Josefina de la Presilla Cobos, en el que se les comunica estar pendiente de ingreso la cantidad de 22.842 pesetas "por el arbitrio de solares edificadas y sin edificar desde el 1 de abril de 1959 al 31 de diciembre de 1963, con cargo a la finca de Carlos Martín Álvarez, 17, c/v, a 'Javier Miguel'".

Instancia suscrita el 21 de junio de 1968 por don Juan María Berrondo Lasarte, en la que solicita la inscripción con arrego a lo dispuesto

en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 198 de su Reglamento, de la finca que había adquirido en la proporción del 20 por 100 de doña Carmen Bosch de la Presilla y cuyo acceso al Registro había sido denegado por nota de 4 de junio de 1966.

Acta de manifestaciones levantada el 17 de junio de 1968 por el Notario de Madrid don Félix Pastor Ridruejo a instancia de don Juan María Berrondo Lasarte y otros, en la que los segundos declaran que vendieron lo primero las participaciones indivisas que les correspondían —el 80 por 100— en la finca 2.050 del Registro de la Propiedad de Madrid, por lo que el citado señor Berrondo queda propietario pleno de la totalidad de la misma, al haber adquirido el 20 por 100 restante a la otra copropietaria, doña María del Carmen Bosch de la Presilla.

A la calificación ya indicada se agregó la siguiente: "Presentado nuevamente en el Registro de la Propiedad número 10 de esta capital el precedente documento acompañado de una certificación de la Dirección General del Instituto Geográfico y Catastral, de otra certificación de la Administración de Propiedades y Contribución Territorial de la provincia de Madrid, comunicación del excelentísimo Ayuntamiento de Madrid referente al arbitrio de solares edificados y sin edificar de fecha 15 de junio de 1964 y dirigida a los señores herederos de doña Josefina de la Presilla y Cobos, certificación expedida por el Secretario general del referido Ayuntamiento el 6 de mayo último, número de referencia CD 10.112-1967-68, instancia suscrita en esta capital el 21 de junio último por don Juan María Berrondo Lasarte y una copia del acta de manifestaciones levantada por el Notario de Madrid don Félix Pastor Ridruejo, el 17 de junio último, a instancia del mismo señor Berrondo, don Antonio Martínez Bosch, doña Milagros Martínez Bosch, don Luis García Peinado y don Francisco Pérez Lozano, estos dos últimos en representación, respectivamente, de doña Araceli Bosch Martínez y doña Remedios Martínez Bosch, doña Pilar, doña María Auxiliadora, doña Josefina, doña María del Carmen, don Pedro Jaime, don Fernando y don Luis Martínez Bosch. Como los tres últimos documentos que se acompañan nuevamente no justifican, unidos a los que se acompañaron y que dieron lugar a la calificación hecha en dicho documento por este Registro de fecha 4 de junio de 1966, variar la calificación entonces hecha, se mantiene la misma en su integridad y no se repite para evitar inútiles repeticiones. Además, tampoco se acompaña la escritura de poder otorgada por doña María del Carmen Bosch de la Presilla, en Madrid, el 24 de marzo de 1965, ante el Notario don Sergio González Collado. Y siendo asimismo el defecto de dicha calificación insubsanable, no procede tomar anotación preventiva, la que no ha sido solicitada, y subsanable la falta de presentación del referido poder".

Interpuesto recurso gubernativo contra la expresada calificación, fundado en que en la fecha de la primera presentación de la escritura calificada, los linderos de las fincas números 336, 34.038 y 6.817, a las que se refiere el Registrador, no coincidían en absoluto con los de la finca 2.050 comprada por el señor Berrondo; que lo grave es que ha sido después, cuando las fincas referidas se han apropiado mediante una serie de maniobras y excesos de cabida, el terreno que el señor Berrondo ha comprado; que la finca número 336 tenía originariamente una cabida de 2 fanegas, 5 celemines y 29 y un tercio estadales, equivalente a 81 áreas y 21 centiáreas, perteneció al Marqués de Valmediano y sus linderos eran: Oriente, don José Guerrero; Mediodía, camino alto del Olivar o de Palomeras; Poniente, herederos de don Manuel Molinero, y Norte, arroyo que baja del Olivar y don Blas Marcos; que después de sucesivas transmisiones, en 1922 esta finca pasó a don Isidoro, don Pablo y doña María Villota y Díez, causando en el Registro la inscripción 5.ª, al folio 144 vuelto, libro 23, en la que se dice: "Rústica, tierra

en término de Vallecas, al sitio cerro del Olivar, titulada la de detrás del Pajar, que hace la cabida de 3 fanegas, 3 celemines y 27 estadales, equivalentes a 1 hectárea, 33 áreas y 58 centiáreas; linda, por el Norte, arroyo que baja del Olivar, finca de don Enrique Marcos, antes de don Blas Marcos; Sur, camino alto del Olivar de las Palomeras; Este, tierra de don Bautista Richart, antes de don José Guerrero, y otra de herederos de doña Encarnación Molinuevo, y al Oeste, tierra de don Julián Fernández Argente y no de los herederos de don Manuel Molinuevo; que como se observará, esta descripción 5.ª, es totalmente distinta de las cuatro inscripciones anteriores, le atribuye mayor cabida y no expresa sus linderos en la forma que quedan referidos, ya que uno de los colindantes por el Oeste aparece ahora en el otro lado, y por eso el propio Registro suspendió la inscripción en cuanto a 1 fanega, 4 celemines y 98 estadales o 48 áreas, 29 centiáreas restantes, por falta de la previa inscripción a favor del transferente; que sorprende que de esta finca de 8.529 metros cuadrados, según todas las inscripciones (85 áreas y 29 centiáreas), se segregaron, en 2 de febrero de 1951, 6.431 metros cuadrados; en 22 de marzo de 1956, 799 metros cuadrados más, y en 21 de noviembre de 1959, otros 423 metros cuadrados, con lo que sólo quedan a la repetida finca 876 metros cuadrados de superficie; que el Ayuntamiento de Madrid expropió de la misma, para construir una parte de la calle Carlos Martín Alvarez, 1.410 metros cuadrados, o sea, más de lo que registralmente le quedaba, con lo cual prácticamente la finca debía desaparecer, pero no sucedió así, sino que en 14 de julio de 1965 se practica la inscripción 6.ª, última de la finca 336, en la que se dice: "Es objeto de este asiento un exceso de superficie de 48 áreas, 29 centiáreas de esta finca. Don Pablo, doña María y don Isidro Villota y Díez adquirieron esta finca por terceras partes proindiviso, por herencia de su abuela, doña Ramona de la Presilla Calas, según consta de la inscripción 5.ª que precede, cuya finca se inscribió con la superficie de 85 áreas 29 centiáreas, que es lo que figura inscrito a nombre de la causante y se suspendió la inscripción de las restantes 48 áreas 29 centiáreas por falta de previa inscripción a favor de dicha causante. El citado don Isidro de Villota... acogiendo a lo que dispone en el apartado 5), letra C del artículo 198 del Reglamento Hipotecario...", inscribe a su favor un exceso de superficie de 48 áreas 29 centiáreas por el mismo título de herencia de la inscripción 5.ª; que de lo dicho resulta que cuando el señor Villota pidió en 19 de mayo de 1965 la inscripción del referido exceso de cabida, ya no le quedaba ni un tiesto de tierra de la finca 336, puesto que en 1959 vendió al Ayuntamiento, según él mismo declara, lo último que de ella tenía; que cuando el Registro de la Propiedad inscribe este exceso de cabida en 14 de julio de 1965, el señor Rubio, titular de la finca número 34.038, ya había solicitado la inscripción de otro exceso de cabida que también logró inscribir; que entre estas dos citadas fincas, 336 y 34.038 que nunca fueron colindantes, han aplastado y absorbido la finca 2.050 que estaba en medio de tan voraces vecinos; que, en definitiva, el señor Villota solicitó el mencionado exceso de cabida cuando ya no tenía ninguna finca, porque la había vendido íntegramente antes; que no es, por consiguiente, la finca 2.050 del señor Berrondo la que resulta coincidente en su descripción con la finca 336, sino que es esta la que con un exceso de cabida, que sorprendentemente logra inscribir, aplasta, absorbe y se apropia de la anterior del señor Berrondo; que en cuanto a la finca 34.038, se forma por agrupación que realiza su titular, el señor Rubio, de doce fincas, algunas de las cuales presentan características sumamente curiosas y otras están bastante lejos de las restantes; que al inscribirse esta nueva finca 34.038, el 13 de abril de 1964, el señor Rubio declara que tiene una superficie de 60.287,88 metros cuadrados y que, según reciente medición, es de 65.487,73 metros

cuadrados, o sea, que pide y obtiene que se inscriba un exceso de cabida de 5.199 metros cuadrados y 85 decímetros cuadrados; que resulta raro que en la primera inscripción de una finca se diga, que, según reciente medición, ocupa más metros cuadrados de los que se manifiesta tiene; que entre los detalles curiosos que presenta esta novísima finca 34.038, resaltan, por ejemplo, que está formada por las siguientes:

1. ^a Finca número 10.461	7. ^a Finca número 13.429
2. ^a Finca número 10.462	8. ^a Finca número 5.528
3. ^a Finca número 10.728	9. ^a Finca número 5.522
4. ^a Finca número 10.729	10. Finca número 11.006
5. ^a Finca número 488	11. Finca número 16.673
6. ^a Finca número 12.419	12. Finca número 34.036

de las cuales, la 11 de la agrupación linda, según se dice, con terrenos de don Julio Lorenzo, en línea de 78,39 metros por un lado y 146,57 metros por otro, por lo cual su cabida sería de 11.485 metros cuadrados, pero como la citada finca del señor Lorenzo (número 6.817) mide, según el Registro, sólo 4.658,30 metros cuadrados, resulta que la descripción de la finca del señor Rubio no expresa correctamente sus linderos o está equivocada la superficie que se le atribuye; que las fincas 6.^a y 7.^a de la agrupación tienen como lindero Oeste la calle de Eduardo Rojo, la cual no aparece por ningún sitio; que la finca número 40.942, segregada de la agrupación el 19 de enero de 1966, se describe con un lindero desconocido, pues no figuraba así en la finca matriz; que otras fincas lindantes con la del señor Berrondo, en recientes descripciones, dejaron de consignar sus linderos con la misma, integrándose en otras vecinas en las que se solicitaban excesos de cabida para justificar formalmente la desaparición de la finca del señor Berrondo; y que, como fundamentos de derecho, señalaba los artículos 348, 349 y concordantes del Código civil, 38, 40, 198 y siguientes y 205 de la Ley Hipotecaria y 198 del Reglamento para su ejecución. Los titulares de la Oficina registral informaron: que la certificación del Instituto Geográfico y Catastral unida al expediente no acredita que la finca objeto de este recurso se encuentre situada en la confluencia de las calles Carlos Martín Álvarez y Javier de Miguel; que tampoco acredita que la parcela 276, radicada en "Los Lindones", fuese la misma que se ha vendido; que examinado el Registro, resulta que existen varios lugares con el nombre de "Lindones"; que según la hoja C3 de los trabajos de la Topografía Catastral de España, realizados en los años 1863 y 1864, en relación con la hoja 108-IV del Plano Parcelario, de Madrid, resulta que la confluencia del margen Este de la calle de Carlos Martín Álvarez, con la margen Norte de la de Javier de Miguel, corresponde a la que sobre el terreno tenía la zona Sur de la parcela 276; ahora bien, dicha parcela lindaba con la 361, que era propiedad de don Blas Marcos, la cual lindaba a su vez, según parece, con la finca 336 que perteneció al Marqués de Valmediano y con la 5.166 de doña Encarnación Molinuevo; que para poder estar situada la finca objeto del recurso, según su nueva descripción, en la confluencia de las calles de Javier de Miguel y Carlos Martín Álvarez, debería haber lindado originariamente por el Sur con el Camino Alto de las Palomeras del Olivar y ello no consta en ninguno de los documentos presentados; que la razón puede ser que el terreno en "Los Lindones" a que se refiere el recurrente no sea el que da vista al Olivar del Portazgo, que fue propiedad de doña Josefina de la Presilla, luego se adjudicó a doña María Bosch de la Presilla y, finalmente, fue vendido a don José Rubio Fernández, o sea, la finca número 5.421; que las fincas que se mencionan en el acta de manifestación aportada por el recurrente, igual podrían pertenecer a los señores Villota y Díez e incluso a doña Josefina de la

Presilla, puesto que todas tienen la misma procedencia; que resulta extraño que no se haya pretendido dar de alta en el Ayuntamiento al solar que se discute hasta el año 1964, es decir, después de hecha la segunda participación y, además, para conseguir tal alta en el lugar en que se sitúa, habría que presentar solicitud complementaria con los nuevos linderos; que en la certificación expedida por la Administración de Propiedades y Contribución Territorial en el año 1966, figura tributando todavía doña Josefina de la Presilla, que había fallecido en 1902, a pesar de haberse resuelto la reclamación interpuesta ante el Ayuntamiento para que se cambiase la liquidación a nombre de doña Carmen Bosch de la Presilla y demás copropietarios del expresado solar; que cuando el Ayuntamiento expropia y paga 1.410 metros cuadrados a los señores Villota y Diez será porque los tenían y la Corporación Municipal estaría segura de que les pertenecían; que dado que en la descripción antigua de la finca vendida no existían linderos naturales se ha procurado utilizar para identificarla los actualizados del Norte y del Este, sin que se haya llegado a ninguna conclusión útil, pues según los datos del Registro, las fincas que se dicen colindantes se encuentran unidas por sus respectivos linderos, sin que en ninguna de ellas se mencionen como linderos terrenos de doña Josefina de la Presilla o sus herederos; que obsesionados, los informantes, por la localización de la finca cuestionada, encontraron en el folio 4 del tomo 296 de Vallecas la inscripción primera correspondiente a la finca 15.435, que dice así: "Rústica, tierra de tercera clase, en Vallecas, en "Los Lindones" y Olivar del Portazgo, al cual de vistas, de haber 96 áreas, constituyendo la parcela número 21 del polígono 4 del Avance Catastral, cuyos linderos son: Al Norte, la parcela número 9, propiedad de don Antonio Aguirre, al Este, la número 22, de don Rafael Requena; al Oeste, la número 27, propiedad del señor Velez, y al Sur, el camino por donde bajaba el Arroyo del Olivar"; que esta finca fue adquirida por compra de don Isaac Sánchez Mateos y otros a doña Carmen Bosch de la Presilla, en escritura pública de fecha 30 de enero de 1956, otorgada ante el Notario de Pozuelo del Rey, don Ignacio de Méndez Vigo y Méndez Vigo, transmitida por los adquirentes a don José Luis Echevarría Barrios el 19 de julio del mismo año por otra escritura autorizada por el citado fedatario e inscrita en el Registro a nombre del adquirente, el 26 de febrero de 1967, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria; que de esta finca actualmente se halla inscrita, por su inscripción segunda a favor de don Daniel Penit Trigueros y don Tomás Malo Giménez, se han segregado 6.366.99 metros cuadrados para formar la finca número 44.606 incluida en el expediente de Reparcelación del Plan del parque del poblado de Palomeras, de donde resulta que la finca del mismo nombre objeto del recurso no puede situarse en la confluencia de las calles de Carlos Martín Álvarez y Javier de Miguel, por estar bastante distanciados uno y otro sitio; que aun en el caso de que fuese cierto lo afirmado por el recurrente de estar situada la finca en cuestión en la confluencia de las nombradas calles, no procedería la inscripción por encontrarse dicho terreno inscrito a nombre de terceras personas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria: que según la resolución de 31 de mayo de 1910, la descripción que conste en los títulos no ha de diferir notablemente de la que resulte del Registro y, conforme a la de 26 de enero de 1955, la determinación de la identidad de los predios debe ser apreciada discrecionalmente por el Registrador, y que la inscripción de los excesos de cabida de las fincas pertenecientes a los señores Villota Diez y Rubio Fernández, a que alude el recurrente, se ha verificado con arreglo a lo dispuesto en las letras C y D del párrafo 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, por lo cual no era precisa la citación de los colindantes.

Confirmada por el Presidente de la Audiencia la nota calificadora, el recurrente se alza de la decisión presidencial, y la Dirección confirma el auto apelado en virtud de la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 66 y 198 de la Ley Hipotecaria, 298 y 313 del Reglamento para su ejecución, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1950 y 18 de mayo de 1953 y las resoluciones de este Centro de 30 de septiembre de 1922, 11 de abril de 1928, 26 de diciembre de 1934, 29 de octubre de 1947, 13 de junio de 1952, 31 de julio de 1958, 14 de junio de 1963 y 23 de octubre de 1965;

Considerando que la cuestión—más de hecho que jurídica—que plantea este expediente consiste en resolver si puede accederse a que en los libros registrales se haga constar la que se presenta como descripción actual de la finca, cuando esta descripción no permite la identificación de aquella y concuerda además con la de otras ya inscritas;

Considerando que la finca constituye el elemento primordial de nuestro sistema registral por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídica, y de ahí la importancia y cuidado con que se debe proceder a su descripción, que ha de concordar con la realidad del inmueble y contener todos los datos necesarios para su identificación, máxime cuando por la falta de un buen Catastro, éste no puede proporcionarlos en forma clara y evidente;

Considerando que esta situación puede resultar agravada si por el transcurso del tiempo las características del inmueble resultan modificadas por los cambios que haya podido experimentar, ya que al faltar un sistema eficaz de comprobación, las variaciones sobrevenidas se hacen constar por las simples declaraciones de las partes—Reglamento Notarial—, con lo que puede alterarse dato tan fundamental como los linderos y dar lugar a que se dificulte enormemente la identificación de la finca e, incluso, a que se practique una doble inmatriculación;

Considerando que la determinación de que se trata de un mismo inmueble, el que aparece en el Registro y el que con la nueva descripción figura en la escritura presentada, es materia que debe ser discrecionalmente apreciada por el Registrador, quien al calificar tendrá en cuenta todos los elementos necesarios y documentos aportados que pretendan justificar el cambio operado, pero todo ello ha de entenderse sin perjuicio de lo que, en definitiva, y tal como declaró la resolución de 26 de enero de 1955, decidan sus superiores jerárquicos acerca de la procedencia o improcedencia de la calificación, al resolver el recurso gubernativo;

Considerando que las dudas del Registrador aparecen racionalmente fundadas por tratarse de un caso en que, por la transformación de la finca de rústica en urbana y el *lapso* de tiempo transcurrido, la descripción actual es totalmente extraña a la primitiva, sin que los documentos complementarios aportados sean lo suficientemente reveladores para establecer la identidad, ya que el certificado del Instituto Geográfico y Catastral no desvanece la duda de que puede tratarse de terrenos distintos al limitarse a expresar que hay coincidencia en los parajes, y de la certificación de la Administración de Propiedades y Contribución Territorial y oficio del Ayuntamiento de Madrid, Sección de Rentas y Exacciones, aparece que el alta para la tributación del solar discutido tuvo lugar en 21 de mayo de 1964, y lo mismo resulta del acta notarial levantada que se concreta a la transcripción de las declaraciones hechas por los adquirentes;

Considerando que la posible coincidencia de la descripción con la de otros inmuebles ya inscritos pertenecientes a otros propietarios, justifi-

ca la prudencia del funcionario calificador, pues tales asientos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, están bajo la salvaguardia de los Tribunales sin que pueda procederse a su cancelación, a no ser que constentan sus titulares o, en su defecto, recalga resolución judicial firme;

Considerando que todo ello no impide que los interesados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria puedan acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia, para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos que hubieran podido provocar las inscripciones que se estiman contradictorias o que, solicitada la inscripción con arreglo a la descripción registral, por estimar existe una doble inmatriculación, se pueda, de acuerdo con el artículo 313 del Reglamento Hipotecario siempre que se pruebe la identidad de la finca, acudir al Juez de Primera Instancia del lugar en que radique el Registro, para que se adopten las medidas que el referido precepto establece.

E. F. C.

5. **COMPRAVENTA CON PACTO DE RESERVA DE HIPOTECA.—ES VÁLIDA E INSCRIBIBLE LA HIPOTECA CONSTITUIDA POR VÍA DE RESERVA O “DEDUCTIO” EN LA COMPRAVENTA CON PRECIO APLAZADO GARANTIZADO POR AQUÉLLA, AUN NO ESTANDO RECOGIDA CONCRETAMENTE EN EL CÓDIGO CIVIL, EN BASE AL ARTÍCULO 1.255 DEL MISMO, Y NO VULNERA EL ARTÍCULO 1.857, 2.º, EN CUANTO QUE, POR LA VENTA, DEJA DE PERTENECER AL ACREEDOR LA COSA HIPOTECADA.**

Resolución de 18 de septiembre de 1969 (“B. O.” de 24 de octubre).

Antecedentes de hecho.—Por escritura de 23 de febrero de 1963 se constituyó en Alcira, la Sociedad mercantil “Mayvi, S. A.”, dedicada a la construcción de Viviendas de Renta Limitada y a aquellas operaciones con ella relacionadas como... venta de las mismas. Según la escritura fundacional la administración corresponde a los administradores que, en número no superior a tres, serán nombrados en Junta General, obligando cada uno a la Sociedad, si fuesen varios, con entera independencia de los demás. El artículo 15 de los Estatutos faculta a los administradores para disponer..., enajenar..., contratar..., hipotecar, etc. y, para todo lo dicho, que deberá ser ampliamente interpretado, otorgar cuantos documentos públicos y privados fuera menester. En el acto fundacional por unanimidad de los asistentes fueron nombrados administradores el socio Juan Morell Nadal y otros dos que aceptaron y tomaron posesión del cargo.

Por escritura de 1 de febrero de 1968, ante el Notario de Alcira, don Jerónimo Cerdá Bañuls, don Juan Morell Nadal, como Administrador de la Sociedad, vendió a don José Alberolla Vidiella, el apartamento número 75 de un edificio en la Plaza del Reino de Alcira, inscrito y gravado con una hipoteca a favor del Banco de Crédito a la Construcción. El precio se fijó en 477.822 pesetas que se distribuyó así: a) La cantidad de 193.003 pesetas del préstamo del Banco, que el comprador retiene, quedando subrogado íntegramente en la posición del deudor, desti-

nando dicha cantidad retenida a su pago y asumiendo incluso la responsabilidad personal, cumpliéndose los requisitos exigidos por la Entidad acreedora para que se entienda consentida por ella la asunción de deuda. b) La cantidad de 254.819 pesetas que el comprador se obliga a pagar a la Sociedad vendedora dentro de un plazo que terminará el 30 de marzo de 1970 en garantía de cuyo pago, de costas, intereses de demora y gastos, en su caso, el señor Morell para su Sociedad reserva la hipoteca al principio apuntada que queda constituida por vía de deducción sobre el apartamento objeto de esta venta. A continuación figuran las cláusulas de la hipoteca constituida.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Alcira primera copia de la escritura de venta fue calificada con la siguiente nota:

“Denegada la inscripción a que se refiere la adjunta escritura pública por observarse los defectos siguientes: 1.º Que el Administrador de la Sociedad mercantil “Mayvi, S. A.”, al llevar a efecto, en nombre y representación de ella, la venta del apartamento número 65 reserva para dicha Sociedad el derecho de hipoteca sobre tal apartamento, sin estar autorizado especial y expresamente. 2.º Que en el apartado b) de la cláusula 1.ª la cantidad de 254.819 pesetas que el comprador se obliga a pagar a la Sociedad vendedora dentro de un plazo, que terminará el 30 de marzo de 1970, en garantía de cuyo pago, y de 63.000 pesetas más para costas, intereses de demora y gastos, el señor Administrador, para su Sociedad, reserva la hipoteca al principio apuntada, que queda constituida por vía de deducción sobre el apartamento objeto de la venta. Constituyéndose por vía de deducción una hipoteca, forma ésta no admitida en nuestro Derecho positivo y ser contraría a los principios y preceptos de la legislación hipotecaria. Siendo los defectos indicados insubsanables, no procede tomar anotación preventiva”.

El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo y alegó:

Que la nota no aparece redactada conforme al artículo 106 del Reglamento Hipotecario, no alega ningún artículo legal o principio infringido y olvida que, como recordó la Resolución de 24 de diciembre de 1944, las notas calificadoras deben ser redactadas en forma clara y precisa, sin ambigüedades, oscuridades o generalidades; que en cuanto al primer defecto, relativo a la exigencia de autorización especial y expresa al Administrador para reservar a la Sociedad un derecho de hipoteca sobre el apartamento que vende, no la precisa porque el giro o tráfico de la empresa es justamente realizar todo tipo de negocios jurídicos relacionados con la construcción y venta de inmuebles y porque la reserva es acto de conservación, típica función de administración y además la tiene concedida porque el Administrador está facultado expresamente para disponer y contratar respecto de inmuebles y derechos reales, pudiendo en tal sentido, otorgar compraventas con precio aplazado, constituir y aceptar hipotecas, etc., ya que los Estatutos son Ley especial de la representación, según el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas. Que en cuanto al segundo defecto, no cita el Registrador ningún precepto que prohíba la reserva de hipoteca por vía de deducción; que el derecho romano conoció la constitución de derechos reales por vía de reserva o “deductio” al enajenar la cosa (*Gayo*, II, 33); que nuestro Código contiene abundantísimas aplicaciones de esta doctrina, como en los artículos 1.507, 639, 492, 528, 541, 594, 1.605, 1.607 y 1.655; que la ley sobre ventas a plazo (de 17 de julio de 1965) regula la reserva de dominio en su artículo 12, pacto que ya había sido declarado válido por el Tribunal Supremo (sentencias de 20 marzo 1930 y 15 marzo 1935) y admitido por la doctrina; que el derecho real de hipoteca es accesorio de un crédito por lo que éste ha de serle preexistente o, como en este caso, na-

cer con ella, ya que deuda, hipoteca y enajenación con precio aplazado surgen al mismo tiempo y la compra con deducción de hipoteca implica el consentimiento a la reserva de la hipoteca, estableciéndose un nexo entre dos negocios típicos, de por sí independientes, para formar uno solo, como dice la Resolución de 13 de mayo de 1968 que contempla un supuesto similar; que tal hipoteca encaja en los términos amplios del artículo 138 de la Ley Hipotecaria y que la fórmula empleada no ha sido elegida caprichosamente o por afán de novedad, sino que estima es la más adecuada al fin que se persigue y más conforma con la voluntad de las partes, puesto que al hacer el contrato la finca no ha estado nunca en poder del comprador en concepto de libre.

El Registrador informó: Que ha tenido muy en cuenta el artículo 18 de la Ley y el 98 del Reglamento, expresando claramente en la nota los defectos que impiden la inscripción; que el Notario no dice los preceptos legales en que se funda para constituir por deducción la hipoteca que se reserva la Sociedad; que entre los actos jurídicos para los que el artículo 15 de los Estatutos, faculta a los administradores no figura el de reservar el derecho de hipoteca de los apartamentos que venda; que esta reserva ha de considerarse acto de riguroso dominio como indica la Resolución de 15 de diciembre de 1953, que necesita mandato expreso (artículo 1.713) y no acto de giro o tráfico de la empresa; que los bienes inmuebles que se hipotecan no pueden ser propios (*sic*) por lo que resulta extraña la constitución de una hipoteca reservada por el vendedor sobre bienes que vende, por vía de deducción; que las reservas de derecho que el recurrente enumera no son establecidas por vía de deducción, sino por preceptos legales que los establecen; que el pacto de reserva de hipoteca no es de aplicación en este recurso, pues como su nombre indica es necesario que sea aceptado por ambas partes y en la escritura calificada la hipoteca que se establece por deducción se la reserva el propietario sin contar con el consentimiento del adquirente (?) y que la escritura no tiene en cuenta los principios hipotecarios de legalidad y fe pública, de obligatoria observancia como expresa la Resolución de 2 de noviembre de 1948.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador y en apelación interpuesta por éste la Dirección General (1) confirmó el auto apelado en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—La cuestión primordial planteada en el recurso consiste en resolver si puede constituirse una hipoteca por vía de reserva o “deductio” en el supuesto de compraventa con precio aplazado y, en caso afirmativo, si el Administrador de la Sociedad que intervino en su nombre se encuentra facultado para poder realizar dicho acto.

El pacto por virtud del cual el vendedor se reserva una hipoteca sobre el inmueble enajenado en garantía del precio aplazado, que tiene ya sus precedentes en el Derecho romano, no se encuentra recogido en nuestro Código civil de una manera concreta, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos, tales como la reserva en el usufructo—artículo 528—, en las servidumbres—541 y 592—, en las donaciones—639—, en los censos—1.605 y 1.607—y, últimamente, en el artículo 12 de la Ley de 17 de julio de 1965, con la reserva de dominio en los casos de ventas a plazos de bienes muebles.

Esta falta de reconocimiento obliga a examinar si el mencionado pacto puede caber al amparo del principio de autonomía de la voluntad,

(1) *Visto* los artículos 1.255, 1.713 y 1.857 del Código civil; 138 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 13 de mayo de 1968.

sancionado en el artículo 1.255 del Código civil, y siempre que no sea contrario a la ley, a la moral o al orden público.

La constitución de hipoteca por vía deductiva no preceptuado en el artículo 1.857—2.º del Código civil, que exige que la cosa hipotecada sea propiedad del hipotecante, en cuanto que por la venta deja de pertenecer al acreedor y pasa al dominio del comprador, pacto que tiene fuerza de obligar, al haber sido aceptado libremente por ambos contratantes y que persigue la misma finalidad de garantía que la compraventa con hipoteca por la parte de precio aplazado, respecto del cual, la Resolución de 13 de mayo de 1968 declaró que se trataba de un negocio complejo y de naturaleza unitaria, por el cual las partes crean un nexo entre dos negocios típicos que de por sí son independientes.

Los claros términos en que aparece redactado el artículo 15 de los Estatutos de la Sociedad cuando expresa que "quedará especialmente facultado cada Administrador para constituir y aceptar hipotecas", muestra que ha actuado dentro de los límites de sus facultades y no necesita ninguna autorización especial para realizar el acto discutido.

Comentario.—De las dos cuestiones planteadas en el recurso concederemos más importancia a la que la Resolución considera primordial y la dedica sus cuatro primeros considerandos: si puede constituirse una hipoteca por vía de reserva o "deductio" para garantizar el precio aplazado de una compraventa. Después haremos una breve referencia a la cuestión del poder suficiente y necesario para esa constitución de hipoteca.

A) *El planteamiento que los cuatro primeros considerandos hacen de la cuestión principal del recurso es tan claro como acertado y suficiente. El razonable fallo fluye naturalmente del acertado planteamiento. El no decir expresamente, el primer considerando, que la hipoteca reservada ha de garantizar precisamente el precio aplazado es una mera elipsis y no un descuido. Y lo mismo puede decirse de no apurar el examen del pacto de reserva de hipoteca, en relación con el artículo 1.255 de Código, que el considerando tercero estima necesario hacer por no encontrarse recogido expresamente en el Código dicho pacto.*

El Registrador en su informe no es claro al exponer las razones que le llevaron a rechazar la hipoteca por "deductio". Tampoco es claro como pudo llegar a esa opinión negativa cuando CASTÁN, desde siempre, se refiere a este pacto con estas escasas, pero decidas palabras; "Mediante él, el vendedor se reserva una hipoteca sobre la finca vendida con aplazamiento del precio, como garantía de este último" (2).

En otro Manual muy manejado en la Universidad hace bastantes años, también se nos explicaba cómo la "mancipatio" y la "in jure cessio" permitían la "deductio pignoris"; y que los inconvenientes que se encontraron para esta en el régimen de la "traditio" derivaban de no ser ésta acto formal, por lo cual debía exigirse para la constitución de la prenda (o de la servidumbre) un segundo contrato independiente de la tradición (3). Obstáculos que no pueden existir en la transmisión notarial inscribible donde juegan los mismos principios que en la "mancipatio" y la "in jure cessio".

Con esto no queremos decir que la postura negativa del Registrador no sea defendible, sino solamente que su defensa es más difícil. El único argumento del Registrador que tiene ciertos visos de tal es el que se apoya en la enemiga de nuestro sistema a los derechos reales sobre cosa

(2) JOSÉ CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, 1941, tomo III, página 51.

(3) SOHM: *Derecho romano*, 1928. pág. 301.

propia, pero está claro que la unidad del acto del otorgamiento hace que la hipoteca reservada recaiga sobre cosa que en ese mismo instante deja de ser propia. Más endebles aún son los argumentos restantes del Registrador y en especial el de que la hipoteca por "deductio" vaya contra los principios de legalidad y fe pública. La referencia que la Resolución de 2 de noviembre de 1948 hace a los principios de legitimación y fe pública registral (no al de legalidad) no tiene la menor relación con el tema planteado en el recurso.

Para no incurrir en repeticiones de los argumentos manejados por el Notario y por la Dirección en pro de la hipoteca por vía de reserva, nos vamos a limitar a hacer algunas consideraciones generales sobre la garantía hipotecaria del precio aplazado, tan tradicional como apropiada a los intereses en juego. Después analizaremos la mecánica interna de la figura para tratar de demostrar que la constitución de la hipoteca por vía de "deductio" es la fórmula más ajustada a los fines perseguidos. Pero antes haremos referencia a las Resoluciones de la Dirección que se han manejado en el recurso, aparte de la reseñada de 1948.

a) *La Resolución de 13 de mayo de 1968 entendió que el marido no necesita el consentimiento de su mujer para comprar una finca con precio aplazado, aunque en garantía de éste se constituya hipoteca a favor del vendedor. Los argumentos son: que la voluntad de las partes es crear un nexo entre dos negocios típicos para formar uno solo como se deduce de la contemporaneidad de las declaraciones y de la unidad del documento en donde el pacto de hipoteca se encuentra tan ligado al contrato de compraventa que sin él no hubiera tenido lugar; que se trata de un negocio complejo de naturaleza unitaria conforme a la descripción que de estos hizo la Sentencia de 3 de julio de 1941; que en estos debe atenderse al objeto predominante que ha llevado a los interesados a la conclusión del contrato; que la primacía corresponde en este caso a la compraventa por lo que el marido, como si se tratase de compra de finca anteriormente gravada con hipoteca podrá comprar inmuebles para la sociedad conyugal hipotecándolos en forma simultánea y conexa para garantizar el precio aplazado, sin necesidad del consentimiento uxoris del 1413 (4).*

La Resolución de 4 de noviembre de 1968 reitera la doctrina de la de 13 de mayo del mismo año, por tratarse de un negocio complejo de naturaleza unitaria, porque entre los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una íntima soldadura al aparecer fundidas en una síntesis las diversas declaraciones emitidas que confluyen en un único negocio que es resultado de las varias causas que en él confluyen, lo que trae como consecuencia que no pueda escindirse en los dos negocios que lo forman y aplicar a cada uno la normas propias del contrato tipo, sino que por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos, que es la compraventa.

No queremos incurrir en repeticiones de lo que MANUEL AMORÓS dijo al comentar esta Resolución (5). Hacemos nuestras sus documentadas opiniones y aconsejamos intercalar, precisamente aquí, la lectura de su comentario.

Sólo disiento de AMORÓS en el siguiente punto: AMORÓS, después de citar a RODRÍGUEZ ABRADOS que distingue si el adquirente es el que hipo-

(4) Ver esta Resolución y el Comentario de GINÉS CÁNOVAS, en esta REVISTA, julio-agosto 1968, págs. 1.085 a 1.089.

(5) Ver el Comentario de esta Resolución, en esta REVISTA, mayo-junio 1969, páginas 763 a 775.

teca de si el enajenante se reserva la hipoteca, observa la dificultad de determinar cuando se está en uno y otro caso supuesto que ambos negocios se realizan en la misma escritura. Para mí, hay un supuesto único siempre que verdaderamente se trate de una venta con precio aplazado e hipoteca en garantía del mismo. Se trata de una figura típica, aunque carezca de tipicidad legal por no estar recogida en el Código civil y podrá discutirse su más acertada formulación notarial, sus requisitos de capacidad y todo lo que se quiera, excepto que debe ser y es un supuesto jurídicamente típico y el instrumento más perfecto y evolucionado de venta con precio aplazado y garantía real de éste sobre la misma cosa vendida. Solamente se está en un caso o supuesto distinto cuando las partes, después de perfeccionar una venta con precio aplazado sin garantía real, otorgan por vía de novación la constitución de la garantía hipotecaria. Aquí surge una "causa nova" precisamente la "causa novandi" que no es donación, porque para el deudor honesto no debe representar sacrificio ni merma patrimonial reforzar su obligación personal con una responsabilidad real, pero que representa un acto nuevo sobre un bien ya ingresado en su patrimonio privativo o ganancial y el supuesto es claramente distinto.

b) *La compraventa normal, la compraventa tipo fue y sigue siendo la compraventa al contado. El vendedor se desprende de la cosa a cambio del precio que recibe. No hay que olvidar esto por muy frecuentes (cada vez más) que sean las ventas a plazo. Estas producen una especial tensión psicológica en el vendedor, muy explicable y que se procura eliminar con la garantía real.*

De ahí el destacadísimo papel que siempre ha jugado el pago del precio en orden al momento transmisivo del dominio. De un texto de las Instituciones de Justiniano (2, 1-41) resulta que mientras una tradición con fin de donación o de constitución de dote, etc., transfiere la propiedad sin más, una tradición hecha por consecuencia de compraventa la transfiere sólo si se ha pagado el precio o por lo menos se ha garantizado el pago suficientemente. El párrafo de Justiniano termina diciendo que si el vendedor confió en la buena fe del comprador decidimos que éste adquiriera inmediatamente la cosa.

Imposible entrar en las complicadas cuestiones planteadas por este texto y sus concordantes y contradictorios del "Corpus", que tanta literatura han producido, que hacen eternamente confusas las relaciones entre compraventa y "traditio", no menos que las relacionadas con la cuestión del título y el modo, y que parten del dudoso sentido de la frase "fidem emptoris secutus fuerit" por no resultar totalmente claro que en cuanto hubiera aplazamiento convenido, aun sin garantía real o personal (expromisor o prenda) hubiese transmisión del dominio con la mera tradición. Sea verdad o no que la doctrina de este texto corresponde al derecho vulgar postclásico, influido en Oriente por las concepciones helenísticas, no hay duda que, incluso en Occidente, siempre ha encontrado el apoyo del sentimiento jurídico popular que tiende a representarse la compraventa como cambio inmediato de cosa contra precio, concepción popular que ya fue hecha notar por VARRÓN, GAYO y ULPIANO aunque fuese para poner en guardia contra esta idea popular.

Otra idea queremos destacar antes de alejarnos del citado texto de la Instituta: En el aplazamiento del precio, la jurisprudencia de conceptos ha visto con excesiva facilidad un mutuo ficticio. Así, SILVIO ROMANO no comprende como PRINGSHEIM, buscando el quid de las palabras "fidem sequi" piensa en un documento abstracto o que contenga la estipulación de un mutuo ficticio, que tendría significado en el ordenamiento griego, donde la obligación de pagar el precio no resultaba de la misma compraventa; pero no en el romano en que todos los dere-

chos, obligaciones y acciones de vendedor y comprador tienen su fuente necesaria y suficiente en la compraventa misma (6).

Sin necesidad de profundizar en las discusiones de pandectitas y romanistas sobre estas materias resulta claro que la garantía pignoratitia o hipotecaria por "deductio" sirve para que el comprador adquiera el dominio, y que tales garantías no han encontrado dificultad ninguna allí donde la venta revistió forma notarial.

En Francia el antiguo derecho llegó a conceder protección al vendedor a crédito por medio de una cláusula de hipoteca privilegiada que se tornó de estilo y se convirtió en garantía tácita. La Ley de 11 de Brumario del año VII estableció la hipoteca legal en todas las ventas al contado y a crédito. Y la hipoteca legal privilegiada del vendedor continúa vigente en el derecho francés.

El Código civil italiano reconoce también la hipoteca legal del vendedor dentro de la figura general de la hipoteca legal de enajenante. El artículo 2.817 dice que "tienen hipoteca legal: 1. El enajenante sobre los inmuebles enajenados, por el cumplimiento de las obligaciones que derivan del acto de enajenación" (7).

Esta hipoteca legal de enajenante tiene el juego de hipoteca reservada "ex lege" porque el artículo 2.834 dice que "El Registrador al inscribir un acto de enajenación... debe inscribir de oficio, bajo pena de los daños, la hipoteca legal que corresponde al enajenante... conforme al número 1... del artículo 2.817 salvo que se le haya presentado un documento público o una escritura privada con suscripción autenticada o judicialmente reconocida, de la que resulte que las obligaciones se han cumplido o se ha renunciado a la hipoteca por parte del enajenante.

Esta inscripción de oficio de la hipoteca es equivalente a la constitución de hipoteca por vía de pacto de reserva en nuestro derecho, que al suprimir la hipoteca legal no difiere del derecho francés e italiano en la estructura de la hipoteca del vendedor, sino exclusivamente en su fuente. En estos derechos surge "ex lege" la hipoteca, salvo pacto en contrario; en el nuestro surge solamente cuando hay pacto de hipoteca. Pero en lo demás la proximidad de las regulaciones deberá ser regla general.

En nuestra Ley Hipotecaria también encontramos una inscripción de oficio de la hipoteca legal por razón de dote estimada. Está reglamentada en el artículo 171 y con razón CAMY trae a colación este precepto para considerarle como un supuesto de hipoteca por vía de retención. El Registrador presume por disposición de la Ley que la mujer ha retenido su garantía de hipoteca legal (8) (9).

(6) ARANGIO RUIZ: *La compravendita in diritto romano*. Nápoles, 1951. Editorial Jovène.

SILVIO ROMANO: *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*. Padua, 1937. Ad. Milán.

(7) Los siguientes números del artículo establecen las restantes hipotecas legales: la de coherederos, socios y comuneros, la de la mujer por su dote y la del Estado sobre los bienes del penado y responsable civil.

(8) BUENAVENTURA CAMY: *Comentario a la Resolución de 18 de septiembre de 1969*, en «Revista de Derecho Privado», noviembre 1969, págs. 913 y sigs.

(9) En el Derecho alemán tampoco puede ser problema la hipoteca en garantía del precio aplazado cuando admiten la hipoteca de propietario y la «Grundschuld» de propietario. Por ello no hay concretamente referencias al supuesto en los tratados generales. Solamente un supuesto preocupa a ENNECERUS-WOLFF: Si en base a un contrato de compraventa nulo se ha verificado la «Auflassung» (transmisión formal) e inscrito la finca a favor del comprador y, además, se ha inscrito a favor del enajenante una hipoteca en garantía del precio, la hipoteca corresponde a su titular a título de deuda inmobiliaria («Grundschuld»). ENNECERUS-WOLFF: *Derecho de cosas*. Bosch, 1937, II, pá-

¿Cuál es la explicación de que la hipoteca por vía de "deductio" carezca de la suficiente literatura favorable o adversa en nuestra doctrina hasta el punto de hacer la cuestión motivo de un recurso? Acaso la explicación esté en nuestra afición a traducir problemas de las doctrinas extranjeras y el de nuestro caso no existe en ellas. Concretamente en las legislaciones latinas la hipoteca en garantía del precio aplazado es cuestión pacífica por la existencia de la hipoteca legal. Cuando nuestra Ley Hipotecaria suprimió ésta, las dudas en torno al vacío creado se polarizaron hacia los efectos de la constancia registral de los aplazamientos de precio, desviándose todos los esfuerzos doctrinales hacia la acción resolutoria, la condición resolutoria expresa y el pacto de "lex comisoría", hasta producir la reforma del artículo 11 de la Ley. El pacto de garantía hipotecaria queda en segundo plano, fiscalmente atacado y notarialmente reflejado por medio de una cláusula posterior a la de venta que parece indicar que el comprador después de adquirir el dominio pleno, constituye hipoteca a favor del vendedor. Hubiese sido más lógico que enlazando el pacto con la hipoteca legal suprimida, que era indudablemente una hipoteca por "deductio" los formularios notariales hubiesen consagrado como uso general la constitución de la hipoteca por vía de reserva a favor del vendedor con redacciones similares a las de reserva de usufructo.

c) Aunque prescindiésemos de la historia y del derecho comparado, la compraventa con reserva de hipoteca en garantía del precio aplazado debe considerarse como figura jurídica con personalidad propia en la que es necesario cierto esfuerzo para considerarla como mera unión o combinación de dos contratos independientes y no una unidad "per se".

Según CASTRO la determinación de la causa particular del negocio atípico tiene entre otras importantes consecuencias prácticas la de averiguar si lo convenido tiene la unidad propia de un solo negocio o si se trata de una pluralidad de negocios y en este caso si ellos son entre si independientes, conexos o subordinados. Según este autor, la dependencia de los negocios puede estar prevista en la Ley o resultar de la autonomía de la voluntad. Entre las dependencias resultantes de la Ley aparece la categoría admitida de antiguo de los contratos de garantía. También pueden los particulares establecer la dependencia o la interdependencia entre dos negocios distintos a través del principio del artículo 1.255 del Código. Averiguar si las hay puede originar cuestiones difíciles de interpretación. La consideración de interdependencia puede llevar a que se pierda por ello la tipicidad de uno o de ambos negocios los que podrían entonces calificarse por mixtos o complejos (10).

Creemos que aunque no tenga expresa regulación en el Código, la venta con reserva de hipoteca es casi negocio típico por su solera histórica; pero aunque no lo fuera, la interdependencia de sus componentes (venta e hipoteca) es tan clara que en ningún sentido es posible la ruptura de la envoltura causal del conjunto.

No hay duda, así, de que nos encontramos ante lo que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado negocio unitario complejo:

gina 288 En cambio, para los supuestos normales no creo que la mecánica de la hipoteca por deductio en Alemania consista en un «Grundschuld» de propietario constituido previamente por el vendedor, que se transforma en hipoteca sobre cosa ajena al inscribirse la transmisión de dominio («Auflassung»), y supongo que todo se solucionará con una llegada simultánea al Registro del consentimiento formal de hipoteca y del consentimiento material bilateral necesario para la inscripción del dominio ya gravado a favor del comprador.

(10) FEDERICO DE CASTRO: *El negocio jurídico*, págs. 205 a 216.

«Cuando entre los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una "soldadura tan íntima, en un solo nexo, que sería inútil pretender que se mantuviera su substancia jurídica separando sus elementos componentes (sentencias de 3 de julio de 1941, 28 de marzo de 1944 y 19 de febrero de 1945). La sentencia de 19 de febrero de 1950 afirmó que la fusión de dos formas contractuales típicas o atípicas, de posible existencia separada, aun recayendo sobre el mismo objeto, puede unirse por voluntad de los interesados insertando una de ellas como condición, estipulación, antecedente o complemento de la otra, quedando confundido en un solo contrato mixto por la unidad del fin real y concreto de las recíprocas prestaciones o promesas, causa para cada una de ellas en las onerosas».

d) Como la compraventa con reserva de hipoteca es un negocio único aunque complejo, su redacción documental más idónea será aquella que más sencillamente se ajuste a la estructura total de las relaciones jurídicas constituidas. El vendedor quiere vender definitivamente, el no conseguir el pago del precio es una eventualidad que no desea y ante la cual recuperar la cosa será el último recurso no deseado. El comprador quiere también, total y definitivamente la cosa, pero carece del dinero necesario por el momento. Por esto la venta sólo se consume en parte; el vendedor no se desprende de todo su dominio, sino que se reserva la parcela de facultades necesarias para garantizar el cobro del precio: el derecho real de realización de valor. Esta reserva es sinalagmática equivalencia del precio que el comprador no entrega.

Por esto, no es razonable pensar en una venta normal traslativa del pleno dominio a la que se le añade una constitución de hipoteca realizada por el comprador. Es más sencillo considerar que hay una compraventa imperfecta que una compraventa plusquamperfecta por el añadido de un préstamo hipotecario del vendedor. ¿Quién tiene el dinero de ese préstamo? ¿Dónde ve ese dinero el conceptualismo jurídico y el legislador fiscal?

Dejaremos para ocasión más apropiada estudiar la influencia que la legislación fiscal haya podido tener en la hipoteca por vía de reserva. La Hacienda y sus juristas hacen bien en ver dos negocios para la calificación fiscal. En primer lugar porque siempre es mejor que haya dos conceptos liquidables que uno y en segundo lugar porque en muchos supuestos de reserva de hipoteca por el precio aplazado resulta justo fiscalmente hablando estimar que existe un préstamo implícito o deducido, aunque no exista ninguna entrega de dinero. El tema es de gran interés como tantos otros en que la legislación fiscal perturba la paz jurídica privada al establecer un estado de guerra fría entre contribuyentes inventando simulaciones y Fisco amontonando presunciones defensivas; pero aquí sólo queremos adelantar que lo justo en muchas ventas de inmuebles con reserva de hipoteca en garantía de precio aplazado, que se realizan en nuestros días a favor de compradores a los que les resultaría fácil la prueba de que el metálico de dicho precio está en su futuro ahorro, sería prescindir del mutuo imaginario, de la hipoteca, e incluso, deducir ésta, igual que se hace en la reserva de usufructo.

Tampoco podemos aquí agotar el tema de la hipoteca en garantía del precio aplazado, en relación con la unidad del acto inscribible. Ya hemos dicho que la indivisibilidad del negocio se extiende a su entrada en el Registro. Se ha puesto de moda la discusión sobre si nuestro Registro es un Registro de títulos o un Registro de derechos reales. Pero pocas veces se entra en el análisis de las muchas cuestiones prácticas que en esta discusión van implicadas. Y una de ellas es ésta. Si nos obsesionamos demasiado en que tenemos un Registro de derechos llegaremos a la conclusión de que los principios registrales y entre ellos el de roga-

ción tienen por objeto los derechos nacidos en el título y despreciaremos el contrato, acto o negocio jurídico total que el título comprende. Siendo así, en nuestro caso, el comprador podía pedir la inscripción de su dominio sin el gravamen de la hipoteca y correspondería al vendedor preocuparse de la inscripción de ésta, la que podría obtener aún sobre cosa propia si el comprador no había registrado aún su copia. Inútil decir que todo esto se despega de la concepción popular por lo menos. Ya hemos visto cómo el Código italiano impone la inscripción de oficio de la hipoteca legal. Iguales razones juegan aunque ésta sea pactada. Y la mecánica libre de cada copia de una permuta no es argumento aunque lo parezca y aunque el principio de voluntariedad de la inscripción nos sumerja constantemente en raras paradojas.

No hace falta insistir más ni buscar más argumentos en pro de la unidad de la figura de la venta con reserva de hipoteca en garantía del precio aplazado, cualquiera que sea el orden y redacción de las cláusulas notariales. En la duda deberá deducirse que venta e hipoteca forman un conjunto de causa inescindible, un acto jurídico, único e indivisible, cuya indivisibilidad se extiende a su inscripción registral que no es lícito descomponer en dos negocios independientes.

Con todo esto no queremos decir que sea imposible una hipoteca constituida por el comprador a favor del vendedor en garantía del precio aplazado. Es posible que al vender el comprador encuentre suficiente la confianza en el comprador y un año, un mes o un día después crea conveniente y obtenga del comprador la garantía real sobre la finca vendida. La hipoteca entonces está ya desconectada de la venta y el negocio de constitución de hipoteca tiene su causa propia y en sí misma y ello aunque la obligación de pago del precio permanezca inalterada y sin que haya que pensar en una transformación de aquella en mutuo al vendedor. Y así como cuando venta e hipoteca se otorgan en una misma escritura es muy difícil separarlas para formar dos negocios independientes, cuando están otorgadas en escrituras separadas, aún del mismo día es igualmente difícil coordinar los dos negocios como simultáneos, para que gocen del trato de la hipoteca por "deductio", incluso alegando error en la primera escritura. Registrador y terceros deberán considerar en principio y a todos los efectos que la hipoteca no tiene con la venta más relación que la de accesoriidad ordinaria con un crédito a su vez nacido de aquella venta, y sólo a los Tribunales corresponde determinar cómo y en qué sentido a través de la causa pueden llegar a hacerse interdependientes negocios al parecer totalmente desconectados como hizo el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de abril de 1961 (11).

Por todo lo dicho, aunque estimamos impecable el fallo de la resolución comentada, hay algo en ésta con lo que no estamos conformes. El considerando cuarto separa y distancia excesivamente el pacto de hipoteca por "deductio" de lo que llama compraventa con hipoteca por la parte de precio aplazado que dice fue objeto de la resolución de 13 de mayo de 1968. Dice que ambas figuras persiguen igual finalidad de garantía, pero da a entender que son diferentes. Hemos intentado demostrar que no conviene separar ambos supuestos; que se trata de un tipo negocial único con dos formularios distintos en el estilo del arte de Notaría; y que uno, el que contiene la cláusula de reserva de hipoteca es más correcto que el otro, porque cuando el comprador después de las cláusulas de venta, de precio y de aplazamiento de éste, constituye la hipoteca a favor del vendedor queda impreciso si se está ante el ne-

(11) Por ella se relacionaron unas supuestas donaciones paternas con unas renunciaciones de los hijos a la herencia materna en favor del padre, no obstante hechas en escrituras diferentes.

gocio unitario de venta con hipoteca en garantía del precio aplazado, o bien ante el supuesto, éste si claramente distinto, de dos negocios independientes con unión meramente externa, según la ya consagrada terminología de ENNECCERUS.

B) *Trataremos ahora brevemente del defecto primero de la nota de calificación. No hay duda de que el representante de la Sociedad podía aceptar la hipoteca (facultad que necesitaba si se estima que es el comprador el que la constituye) y podía constituirla (si se estima que debe hacer esto al momento de reservársela). Para ambas cosas le facultaba el artículo 15 de los Estatutos.*

No obstante, razonando así nos movemos exclusivamente dentro de una Jurisprudencia de conceptos. Lo verdaderamente interesante es si el negocio complejo de venta con precio aplazado y garantía hipotecaria de este, necesita poder expreso a los representantes del vendedor y del comprador en su caso. Las dudas son similares a las de si el vendedor o el comprador necesitan más o menos facultades dispositivas y capacidad que los vendedores y compradores ordinarios.

Las resoluciones de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968 han contemplado esta cuestión desde el ángulo de la capacidad del comprador y concretamente en la de si el marido puede comprar para su sociedad conyugal sin consentimiento de la esposa si la venta se hace con aplazamiento de precio garantizado con hipoteca. La reiterada solución ha sido afirmativa. Ahora la resolución que comentamos colocándose en los terrenos del vendedor y en la cuestión de la especialidad del poder ha entendido que comprendiendo éste la facultad de vender, la de hipotecar y la de aceptar hipotecas comprende implícitamente la de vender con precio aplazado garantizado con hipoteca.

En rigor, el principio de la especialidad del poder llevado a sus últimas consecuencias conduce a una constante oposición o choque con el principio de quien puede lo más puede lo menos. Corresponde a la Jurisprudencia en paciente y casuística labor ir encontrando las justas bases de armisticio entre ambos principios en lucha, labor más paciente y casuística tratándose de negocios jurídicos complejos en que una fuerte incidencia económica puede ir cambiando constantemente los elementos determinativos de lo más y de lo menos en la onerosidad de las prestaciones y vinculaciones de cada parte contratante. Basta pensar en la influencia de la coyuntura económica en todo cuanto se relacione con los aplazamientos de precio y la contratación a crédito en general.

Por ello es peligroso cualquier apriorismo en materia de capacidad, facultades dispositivas, complementos de capacidad y ámbito de los poderes tanto en cuanto al comprador como en cuanto al vendedor en el negocio complejo de venta con precio aplazado garantizado con hipoteca. Nunca debe ser esta cuestión definitivamente resuelta para siempre ni colocándose en la tesis de la absorción con decisiva primacía de la compraventa ni colocándose en la tesis de la combinación para acumular las exigencias más duras de cada uno de los elementos componentes (venta, hipoteca, préstamo, etc.) que el más meticulado análisis pueda encontrar en el complejo negocio.

T. C. G.

6. NOTA MARGINAL DE DERECHO DE RETORNO ARRENDATICIO. CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD: EL PLAZO DE CADUCIDAD DE CINCO AÑOS QUE EL ARTÍCULO 15 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO SEÑALA PARA LA NOTA MARGINAL DEL DERECHO DE RETORNO HA DE CONTARSE DESDE LA FECHA EN QUE SE PRACTICÓ LA NOTA, Y NO DESDE QUE SE TOMÓ LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA CAUSANTE DEL PLEITO EN QUE SE DISCUTÍA LA PROCEDENCIA DE TAL DERECHO.

Resolución de 30 de octubre de 1969 ("B. O." de 28 de noviembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Zamora se interpuso demanda de juicio especial regulado en la Ley de Arrendamientos Urbanos solicitando la declaración judicial de la existencia del derecho de retorno arrendaticio a favor de los demandantes sobre la casa situada en la calle de Santa Clara número 7 de Zamora. Dicha demanda fue objeto de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad el 14 de diciembre de 1963. El 13 de marzo de 1964 se dictó sentencia estimando el derecho de los demandantes al retorno sobre los locales y viviendas que ocuparon, una vez reconstruido el inmueble, y en las condiciones previstas en el artículo 82 del Decreto de 13 de abril de 1956. La Audiencia Territorial, en trámite de apelación, confirmó la sentencia de instancia. Y el Tribunal Supremo desestimó el recurso de injusticia notoria, por lo cual la primera sentencia quedó firme. Como consecuencia de la resolución judicial dictada en esos términos, fue practicada en el Registro nota marginal del derecho de retorno así declarado judicialmente, al margen de la inscripción de propiedad del inmueble y a favor de los titulares del mismo derecho, habiéndose presentado en el Registro el testimonio de la sentencia el 6 de octubre de 1967.

Don Julio García Pernia, como copropietario del inmueble antes referido, dirigió escrito al Registrador de aquella capital solicitando la cancelación por caducidad del derecho de retorno así anotado a favor de don Manuel Díez Lozano, doña Blanca Alonso Rodríguez y su esposo don José María Pérez Harina.

Presentado en el Registro ese escrito, fue calificado con la siguiente nota: "Denegada la cancelación que se solicita en la presente instancia, porque la anotación preventiva letra A, obrante al folio 160 del tomo 812, libro 75 de Zamora, única que se ha tomado de la finca número 4.306, es de demanda de juicio especial de arrendamientos urbanos seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Zamora; Constando nota marginal del derecho de retorno de don Manuel Díez Lozano y doña Blanca Alonso Rodríguez en el folio 157 del referido tomo, al margen de la inscripción décima, en virtud de sentencia recaída en los autos a que se refiere la anterior anotación, con fecha 13 de marzo de 1964, que fue confirmada en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Valladolid el 5 de octubre de 1964, contra la que se interpuso recurso de injusticia notoria, desestimado por la del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1965; de cuya nota marginal no se solicita cancelación que tampoco procedería por tener fecha 13 de noviembre de 1967, desde la cual no han transcurrido los cinco años".

Contra dicha calificación interpuso recurso gubernativo don Julio García Pernia alegando que el plazo legal de vigencia de la nota marginal del derecho de retorno—cinco años—debía contarse desde la fecha de la anotación de demanda—14 de diciembre de 1963—y no desde la propia fecha de la nota marginal—6 de octubre de 1967—por estimar que la segunda no es más que la confirmación de la primera, y que de otra manera la publicidad registral del derecho de retorno alcanzaría al plazo de ocho años nueve meses y diez días, muy superior al taxativamente fijado por el artículo 15 del Reglamento Hipotecario.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador y declaró que no resulta lícito recortar el plazo de los cinco años a que se refiere el artículo 15 del Reglamento Hipotecario, ni hacer puramente ilusorias las facultades reconocidas por la norma al amparo de una pretendida caducidad de derechos que no se han podido ejercitar mientras se encontraban pendientes de reconocimiento por una decisión judicial. Y la Dirección General, en apelación interpuesta por el recurrente, confirma el auto apelado y la nota del Registrador, sentando la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—La cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si el plazo de caducidad de cinco años que señala el artículo 15 del Reglamento Hipotecario en los supuestos de nota marginal de derecho de retorno, se ha de contar desde la fecha en que se practicó tal nota por presentación del testimonio de la sentencia firme que lo declare, o bien desde que se tomó la anotación preventiva de demanda del pleito en que se discutió la procedencia de tal derecho.

El derecho de retorno, introducido por la legislación de Arrendamientos Urbanos para el caso de negativa de prórroga basada en el número 2 del artículo 62 de la Ley, supone la facultad legal y en ciertos casos convencional, que tiene el arrendatario, de instalarse en el inmueble reedificado, en una vivienda o local de negocio análogos a los que ocupaba en el destruido, y ofrece las características de que, normalmente, nace por la voluntad del propio locatario, limita el dominio del arrendador y produce efectos "erga omnes".

Dado que este derecho de retorno puede afectar a todo adquirente de finca urbana, no podían pasar desapercibidos al legislador los perjuicios que a las transacciones y relaciones inmobiliarias podría ocasionar la falta de una publicidad adecuada de este derecho, y por ello, el Decreto de 17 de marzo de 1959, que reformó algunos preceptos del Reglamento Hipotecario, reguló, en el artículo 15, los efectos registrales de este derecho de retorno y ordena que se podrá hacer constar en el Registro de la Propiedad, mediante la nota marginal correspondiente, sin cuya constancia no perjudicará a los terceros adquirentes, con lo que, de esta forma, se logra armonizar la legislación arrendaticia y la registral o hipotecaria.

Para extender la mencionada nota basta, según expresa el artículo 15 citado, la solicitud del interesado, acompañada del contrato del inquilinato o arriendo y el título contractual, administrativo o judicial—como sucede en este caso—, del que resulte el derecho de retorno, nota que tendrá una duración de cinco años desde su fecha, y que una vez cumplida dará lugar a la cancelación por caducidad del asiento, ya que por constituir una limitación al dominio del propietario no parece deba extenderse más tiempo del prudencialmente indispensable.

En caso de contienda judicial acerca de la existencia del derecho de retorno por negarse el arrendador a reconocerlo, la anotación preventiva de demanda será la medida cautelar que proteja o garantice en su día el derecho del arrendatario, tal como declaró la Resolución

de 6 de julio de 1962, y si la demanda prospera en virtud de sentencia firme, de acuerdo con el artículo 198 del Reglamento Hipotecario, podrá practicarse la nota marginal ordenada, momento en que empezara a contarse el plazo de caducidad, tal como señala expresamente el artículo 15 del Reglamento, que tiene una clara justificación, pues no resultaría lógico recortar la duración establecida al amparo de una pretendida caducidad del asiento si se retrotrajera la iniciación del cómputo al momento de extenderse la anotación—que tiene la finalidad antes indicada—, ya que se harían ilusorias las facultades reconocidas en la norma al titular del derecho, que no podría ejercitarlas por encontrarse todavía pendientes de reconocimiento por una decisión judicial.

C) *Comentario.*—1. *Uno de los rasgos más acusados del derecho español de los últimos años es la enérgica protección que la legislación especial de arrendamientos urbanos concede a la situación jurídica del arrendatario. Esa protección se articula a través de diversos procedimientos legales: irrenunciabilidad de derechos, revisión legal de la renta pactada, derechos de tanteo y retracto en favor del arrendatario, etc. De todos ellos, quizá el más eficaz y de mayor importancia práctica, sea el de la prórroga legal forzosa. Pero este mecanismo de la prórroga resulta desorbitado en su formulación legal, porque a través de este cauce jurídico discurre un doble nivel de eficacia: a) Por una parte, la duración indefinida del contrato, a merced del arrendatario, más allá del plazo contractualmente fijado. Cuestión de eficacia temporal, acorde con la propia naturaleza de la prórroga; b) Por otra, la repercusión del contrato de arrendamiento, y de la situación jurídica del ocupante del piso o local por este título, frente a los terceros adquirentes de la finca arrendada. Cuestión de oponibilidad del arrendamiento urbano o eficacia frente a terceros. Aunque consagrado este importante principio en el mismo artículo en que se establece la prórroga legal (cfr. artículo 57 L. A. U.), es evidente que ambos temas son institucionalmente distintos y que la cuestión de la oponibilidad frente a terceros del arrendamiento urbano rebasa con mucho el cauce técnico de la prórroga.*

De donde resulta que, a pesar de esa imprecisión técnica legal, o quizá por causa de ella, la regulación legal de la prórroga arrendaticia traduce la mayor densidad de eficacia que el arrendamiento urbano despliega para la persona del arrendatario. Por eso también, las posibles excepciones a la prórroga aparecen recogidas en una enumeración legal y taxativa (cfr. art. 62 L. A. U.), de modo que sólo puede desvirtuarse aquel complejo mecanismo de protección legal cuando entra en juego alguna de estas causas impeditivas y legalmente tasadas.

Según la causa segunda de excepción a la prórroga, no entrará en juego esta continuidad automática de la situación arrendaticia cuando el arrendador proyecte el derribo de la finca arrendada para edificar otra que cuente con un tercio más de las viviendas que hubiera en la primitiva o, por lo menos, con una, si no existieren en el edificio anterior, respetando al mismo tiempo los locales de negocio (art. 62-2.º L. A. U.). La no continuación de la prórroga legal se justifica por la necesidad social de modernizar los inmuebles antiguos y de aumentar su capacidad habitable. Pues bien, aún en este supuesto excepcional, para que el arrendatario inicial quede suficientemente protegido en su necesidad de habitación, se concede al mismo el derecho de instalarse en el inmueble reedificado en determinadas condiciones y previo el cumplimiento de ciertos requisitos (vid., art. 81 L. A. U.). Con lo cual resulta igualmente protegido el interés del arrendatario de ocupar un

piso o local semejante al que disfrutaba en virtud del primitivo contrato. Es el llamado, primero por la doctrina y hoy también por la Ley reformada, derecho de retorno arrendaticio (cfr., art. 81-5 L. A. U.),

2. a) Los imprecisos perfiles de la figura jurídica así creada y su ocasional aparición, han planteado a los autores no pocas dudas al tratar de precisar su naturaleza jurídica y su régimen aplicable. Se discute en primer lugar si se trata de un derecho real o meramente personal. Porque falta aquí, desde que la finca antigua se derriba hasta que se termina la construcción del nuevo edificio, un objeto actual y determinado del presunto derecho real. Por eso, la doctrina más autorizada entiende que se trata, más bien, de un derecho de crédito que constituye el contenido especial de una relación obligatoria de arrendamiento; cuyo reverso es una obligación que consiste fundamentalmente en un "dare", el objeto de la cual no se encuentra plenamente determinado, sino que es sólo determinable a través de criterios legales (1).

En relación con este concreto pienso que ocurre aquí lo que en otras figuras de dudosa naturaleza jurídica. A saber: Que la clásica distinción entre derechos reales y de crédito puede aquí ser sustituida con éxito por la más modesta y a la vez más eficaz de derechos oponible y no oponible. Porque aquélla no resulta aplicable con justeza a estas figuras jurídicas de dudoso contorno. Y porque, mucho más que su posible naturaleza real o personal, nos interesa en la práctica determinar si estas situaciones jurídicas afectan o no a los terceros en el tráfico, si son o no oponibles frente a terceros. Es el lado externo o de eficacia "erga omnes" que se atribuye a los derechos reales, el que aquí más nos importa precisar. Con independencia de la inmediatez del poder sobre la cosa. Respuesta que, de ser afirmativa, postula un necesario grado de publicidad para que el derecho o la situación jurídica lleguen a ser oponibles (2).

Desarrollando esta necesidad estructural, podemos afirmar que el derecho de retorno es evidentemente un derecho oponible. En cuanto que puede afectar a los terceros adquirentes de la finca a través de su publicidad registral, como en seguida veremos. Lo cual confirma la tesis, por mí defendida hace ya mucho tiempo, de que al Registro de la Propiedad no tienen acceso sólo los derechos reales, como entendió con unanimidad la doctrina clásica convirtiendo esta idea en un tópico, sino también los personales y las situaciones jurídicas de dudosa naturaleza real en la medida en que son legalmente susceptibles de inscripción. Es decir, que a efectos de determinar lo que es inscribible, lo definitivo no es la calificación de real o personal—puramente teórica y a veces opinable e insegura—(3), sino la calificación de que una situación jurídica sea o no oponible, en función del reconocimiento legal de su eficacia frente a los terceros.

b) En segundo lugar, y siguiendo con la naturaleza del derecho de retorno, se cuestiona igualmente sobre si esta facultad del arrendatario

(1) Díez-Picazo: *Protección registral del derecho de retorno*, «A. D. C.», XIV-III, pág. 595.

(2) En más de una ocasión me he permitido opinar que, frente a la crisis actual de la dicotomía derechos reales—personales, podía ésta ser sustituida con ventaja por la más limitada y más precisa de derechos oponibles—no oponible. La cual es susceptible de aplicación a muchas otras figuras y revela su aspecto dinámico en el tráfico jurídico. Siempre que el concepto de derecho o situación oponible quede suficientemente perfilado en nuestra doctrina.

(3) Cfr. en este sentido, VALLET DE GOYTISOLO: *Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral*, en esta misma REVISTA, enero-febrero 1961, págs. 163-190.

cuando se ha derribado la finca originaria, implica la continuación o extinción de la relación arrendaticia primitiva y la constitución de una nueva. Como ha visto con claridad DIEZ PICAZO, se trata de la continuación de una única relación jurídica a través de tres fases o momentos, el primero de los cuales comprendería hasta el abandono de los antiguos locales, el segundo desde el abandono hasta la reinstalación, y el tercero desde ésta en adelante. Una relación jurídica que atraviesa tres vicisitudes distintas y que, por tanto, tiene en cada una de ellas un contenido diferente... El derecho de retorno constituye sólo el contenido especial de la relación arrendaticia durante una de sus fases y, en este sentido, puede configurarse como un derecho y un deber que recaen sobre una prestación: la prestación del retorno (4).

c) En fin, después de la reforma del Reglamento Hipotecario en 1959, su artículo 15 consagra expresamente la publicidad registral del derecho de retorno arrendaticio mediante nota puesta al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique (5), e impone esa constancia registral para que el derecho de retorno pueda perjudicar a los terceros adquirentes de la finca (6). El fundamento de esta medida de publicidad es bien patente, ya que el arrendamiento urbano puede exteriorizarse a través de la posesión del arrendatario, pero, derribada la finca y antes de la ocupación de los nuevos locales, los terceros adquirentes del solar o del edificio no pueden conocer la reserva del derecho de retorno a favor de los inquilinos anteriores. Y si se pretende legalmente que el retorno subsistente en esas circunstancias afecte a los terceros, la quiebra de la seguridad del tráfico es inmediata. Lo cual produciría la injusticia evidente de que los terceros adquirentes tendrían que soportar una situación jurídica de retorno de la que no habían tenido noticia y que disminuiría claramente el valor económico de la finca comprada. Por eso, para armonizar las necesidades del tráfico con la protección del arrendatario titular del retorno, el Reglamento Hipotecario ha venido a exigir su publicidad registral para que el retorno sea oponible. Aunque con ello se haya limitado la originaria eficacia "ex lege" del derecho de retorno sin más requisitos (artículo 94, "L. A. U.") (7).

El tipo de asiento registral elegido para dotar de publicidad al retorno arrendaticio se justifica por la propia naturaleza del derecho publicado: derecho personal no real, de publicidad transitoria, no definitiva.

(4) Loc. cit., págs. 593-595. Cfr también OGAYAR: *El régimen jurídico del derecho de retorno*, «R. D N», núm. 40, pág. 17, y las opiniones doctrinales recogidas en págs. 13-15.

(5) Vid. sobre este tema de la publicidad registral del derecho de retorno, además de los trabajos citados de DIEZ PICAZO y OGAYAR, los siguientes:

DE LA RICA Y ARENAL: *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*. Publicado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1959, págs 15-22.

FERNÁNDEZ BOADO: *El Derecho de retorno y el Registro de la Propiedad*, en «Primer Congreso de Derecho Registral», 2 a 6 de mayo de 1961. Ponencias, Actas, Conferencias. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1965, págs. 205-216.

(6) Antes de la reforma del artículo 15 del Reglamento Hipotecario en 1959, la cuestión era por lo menos dudosa a la vista del artículo 94 L. A. U., que imponía la eficacia del Derecho de retorno en todo caso, aunque cambie la persona del primitivamente obligado (interposición del tercer adquirente) y sin otro requisito. Vid. sobre este tema la discusión posterior a la Ponencia de FERNÁNDEZ BOADO, loc. cit., págs. 217-219.

(7) Como se afirma en la Resolución que comentamos, con la publicidad obtenida mediante la nota marginal del derecho de retorno, se logra armonizar la legislación arrendaticia y la registral o hipotecaria.

Lo cual excluye el asiento de inscripción. El plazo de cinco años de vida registral que se atribuye a la nota marginal parece más que suficiente, en principio, para la protección del retornante y para que las obras de reconstrucción se hayan terminado. Con ello se evita una prolongación excesiva de la limitación dominical que el retorno supone (8).

3. *En el presente Recurso se planteaba un problema bien concreto: desde cuándo debe empezar a contarse el plazo de caducidad de la nota marginal del derecho de retorno. Porque en este caso se había discutido judicialmente la procedencia del retorno. Y la demanda con que se inició el pleito había sido objeto de anotación preventiva en el Registro. Con posterioridad, el testimonio de la sentencia firme recaída—después de agotar la vía de los recursos legales—que declaraba el derecho de retorno, fue el causante de la nota marginal. En vista de esos antecedentes, la duda se planteaba sobre la siguiente disyuntiva: si el plazo de caducidad de los cinco años debía contarse desde la fecha de la anotación de demanda, en cuanto ésta sirve para anticipar o preparar la ulterior sentencia inscribible, como pretendía el recurrente en sus alegaciones; o desde la propia fecha en que se extendió la nota marginal (9), como sostuvo el Registrador.*

A mi juicio, la duda suscitada en esos términos no es más que la aplicación a un caso concreto de un problema más general que se plantea en relación con determinado tipo de asientos registrales, y que como tal no debe ser silenciado aquí. En los asientos cuya eficacia o cuya vida registral aparece cronológicamente limitada durante un determinado plazo—anotaciones preventivas, notas marginales sustitutivas de otros asientos cuando así ocurre, inscripciones de inmatriculación cuya eficacia frente a terceros se suspende por dos años (art. 207, L. H.), etc.—, hay que distinguir dos fechas distintas, en función de su respectiva y heterogénea aplicación:

a) *Fecha a efectos de prioridad, fecha extrínseca al asiento. Se trata de determinar desde qué momento el acto que ha ingresado en el Registro se antepone con eficacia excluyente o preferente a cualquier otro referente a la misma finca. Por virtud del principio de prioridad registral, vigente en nuestro sistema (art. 17 L. H.), el título que se inscribe antes prevalece sobre el que pretende su inscripción después. La prioridad cronológica, que despliega su eficacia en todo el campo de los derechos reales, y atribuye la preferencia al título de fecha anterior, condiciona igualmente la protección dispensada por la publicidad registral, pero en función aquí de su propio ámbito registral; es decir, de la fecha de la inscripción (10). En este sentido, y a efectos de deter-*

(8) LA RICA, loc. cit., pág. 22

Como este mismo autor señala, en la práctica podría llegar a suscitarse el tema de la prórroga de la nota marginal de retorno—su posibilidad, su duración y su procedimiento de obtención—para el caso de que en los cinco años de vigencia de la nota no se hubiera conseguido la reinstalación del retornante en el nuevo local. Cuestiones éstas sobre las que el Reglamento Hipotecario guarda silencio.

(9) Claramente posterior a aquélla en el presente caso, según se desprende de los antecedentes de hecho.

(10) De acuerdo con mi opinión de que lo que publica el Registro son relaciones jurídicas, recordemos que la relación jurídica registral a favor de un determinado titular existe desde que y en la medida en que está inscrita. Desde este punto de vista formal, la fecha de la relación jurídica registral es la de su inscripción. Antes habrá relaciones jurídicas civiles, pero no registrales. Y en base a esa fecha de la inscripción, desarrolla su eficacia excluyente o preferente sobre las otras relaciones jurídicas igualmente inscritas. Es lo

minar la preferencia sobre otras relaciones igualmente inscritas, la fecha de cada inscripción es la del asiento de presentación del título que la causa (arts. 24 y 25 L. H.): momento en que se acredita oficialmente la solicitud de registración. La fecha de la inscripción se retrotrae a la del asiento de presentación. Cuyos datos (hora, folio, número del asiento en el Diario, etc.) han de constar especialmente en las inscripciones extensas (art. 51-11 R. H.).

Por eso creo que la expresión empleada por el artículo 24 de la Ley Hipotecaria ("fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir") es demasiado amplia en su formulación y que, rectamente entendida, debe limitarse a aquellos efectos que la inscripción pueda producir en relación con el principio de prioridad. Es decir, cuando se plantea la preferencia entre dos relaciones jurídicas inscritas.

b) Fecha intrínseca, a efectos de determinar la propia subsistencia y eficacia—o limitación de eficacia, en su caso—del asiento en sí mismo considerado, con independencia de su virtualidad ofensiva y preferente sobre otros asientos. Entonces la fecha relevante será aquella en que el asiento ha sido formalmente autorizado por el Registrador. Fecha del asiento en sentido interno o intrínseco.

Como decíamos, este dato cobra especial relieve en aquellos casos de asientos con vigencia temporalmente limitada. Recordemos, por ejemplo, la limitación de efectos frente a tercero por dos años que el artículo 207 de la Ley Hipotecaria señala para las inscripciones de inmatriculación practicadas conforme a los artículos 205 y 206 de la Ley Hipotecaria, o el plazo de tres meses, dentro del que necesariamente ha de extenderse la nota marginal de publicación de edictos (art. 205 de la Ley Hipotecaria y 298 R. H.); o el plazo de caducidad de las anotaciones preventivas (arts. 86, 87, 92 y 96 L. H.), y de las notas marginales cuando así esté fijado legalmente (art. 15 R. H.: cinco años para el derecho de retorno, como en el caso presente); o el plazo de diez años para la conversión de las inscripciones de posesión en dominio (art. 355 R. H.); o los plazos de caducidad señalados en las Disposiciones Transitorias primera y segunda de la Ley Hipotecaria, etc., etc.

En todos estos supuestos entiendo que los plazos legales deberán contarse desde la fecha misma de los asientos respectivos, y no desde la fecha en que se presentaron en el Registro los títulos inscribibles. La razón de ello está en la necesidad de la adecuada protección del titular a cuyo favor funciona la publicidad del asiento—plazos de caducidad—o su limitación de eficacia—terceros no afectados por la inmatriculación, por ejemplo—.

Así lo reconoce con buen criterio la Resolución que comentamos, al afirmar que de no admitirse la fecha del asiento de nota marginal como principio del plazo de su vigencia, y pretender que se retrotraiga a la de la anotación preventiva de demanda anterior, quedaría sin la adecuada protección el titular inscrito del derecho de retorno, por no ser eficaz aquella anotación como reveladora del mismo derecho frente a los terceros mientras éste no haya sido judicialmente reconocido. Es decir, mientras no exista con plenitud jurídica indiscutida.

Por el mismo camino de este razonamiento, podríamos recordar otro caso igualmente real: Se presenta en el Registro un título que no puede inscribirse por adolecer de algún defecto subsanable. El Registrador lo hace saber verbalmente al interesado y no extiende inmediatamente la anotación de suspensión en espera de que se subsane el defecto.

que la doctrina califica como prioridad registral en sentido formal. Única que, en mi opinión, puede considerarse a través del Registro. Sin perjuicio, claro es, de la posible prioridad material o preferencia de fechas en el ámbito civil.

Transcurridos treinta días desde el asiento de presentación, y no habiéndose subsanado el defecto, el Registrador extiende la anotación preventiva de suspensión por plazo de sesenta días, y devuelve el título así despachado. Sería injusto que los sesenta días de vigencia de la anotación empezaran a contarse desde el asiento de presentación, cuando ya han transcurrido treinta días a partir de éste. En beneficio del titular anotado y de la mayor posibilidad de subsanación, parece más razonable que los sesenta días empiecen a contarse desde la misma fecha de la anotación.

El recurrente en sus alegaciones parece partir de la idea de que la anotación de demanda actuaba como precedente de la nota de retorno causada por la sentencia, y que ésta no era más que la confirmación de aquélla por su común origen e idéntica finalidad. Idea que no puede admitirse en sentido técnico. Como puso de relieve el Registrador calificador en su preciso y bien meditado informe, ambos asientos tienen distinto origen, diferente naturaleza y diversa finalidad. Por lo que no puede sostenerse que la nota marginal del derecho de retorno de 13 de noviembre de 1967 sea la confirmación de la anotación de demanda de 14 de diciembre de 1963.

Ello parece indudable. Sobre todo si se tiene en cuenta, como el propio Registrador indicó, que la anotación de demanda no se convierte en inscripción definitiva—nota marginal de retorno en este caso—según establece el artículo 197 R. H. A diferencia de lo que ocurre con las anotaciones de suspensión por defectos subsanables (art. 70 L. H.). Sino que cuando se inscribe la sentencia definitiva, se cancela al mismo tiempo la anotación de demanda (art. 198 R. H.). Por lo que no cabe aplicar a un asiento el carácter de precedente inmediato del otro, ni hacer depender la vigencia temporal de éste de la fecha de aquél. Las anotaciones de demanda tienen por finalidad hacer cognoscible la iniciación del juicio y asegurar frente a los terceros adquirentes de la finca la efectividad de la sentencia que en su día recaiga. Sólo en este aspecto, de oponibilidad frente a terceros del futuro pronunciamiento judicial, puede la anotación de demanda ser considerada como asiento preparatorio ("Vormerkung"). Pero no en el sentido de absorber desde su fecha el plazo de vigencia del segundo asiento, cuando éste sea limitado.

En resumen, la solución dada al presente caso por el Centro Directivo parece justa y adecuada. Tanto desde el punto de vista de la jurisprudencia de conceptos y mantenimiento de los principios técnicos fundamentales de nuestro sistema hipotecario, como desde el punto de vista de la jurisprudencia de intereses y necesidad de la adecuada protección del titular registral dentro de los límites legales

M. A. G.

7 INSCRIPCIÓN DE SENTENCIA FIRME.—ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. CADUCIDAD DE ANOTACIONES PREVENTIVAS Y CANCELACIÓN POR CADUCIDAD DE LAS MISMAS. PRINCIPIOS DE FE PÚBLICA Y LEGITIMACIÓN.

NO ES INSCRIBIBLE UN MANDAMIENTO QUE ORDENA LA INSCRIPCIÓN DE UNA SENTENCIA FIRME, SI CADUCADA LA CORRESPONDIENTE ANOTACIÓN DE DEMANDA ESTÁN INSCRITAS LAS FINCAS A NOMBRE DE TERCERAS PERSONAS QUE NO FUERON PARTE EN EL PROCESO, POR IMPEDIRLO LOS PRINCIPIOS DE FE PÚBLICA (ART. 34) Y LEGITIMACIÓN (ARTS. 1, 3.º, Y 38, 2.º, DE LA LEY HIPOTECARIA) Y SIN TOMAR EN CONSIDERACIÓN LAS APRECIACIONES SOBRE LA BUENA O MALA FE DE LOS ADQUIRENTES POSTERIORES, LO QUE HABRÁ DE SOLVENTARSE ANTE LOS TRIBUNALES.

Resolución de 31 de octubre de 1969 ("B. O." de 29 de noviembre).

Antecedentes de hecho.—Doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo, casada con don Andrés Galera Galera, adquirió por compra a don Gregorio Treviño Peñaranda, casado en segundas nupcias con doña María Isabel Ruiz y González de Linares, las siguientes fincas, según escritura de 5 de marzo de 1951 autorizada por el Notario de Madrid don Julio Albi Agero: "1) Una tierra en término municipal de Tomelloso, próxima a los Arenales de la Moscarda, de una cabida aproximada de 123 hectáreas, según el Catastro"; "2) Otra tierra que es resto a que ha quedado reducida después de varias segregaciones en término de Criptana, hoy según el Catastro, en el de Alcázar, sitio de Tejado, de caber dicho resto, 46 fanegas, equivalentes a 31 hectáreas 75 áreas", y "3) Otra tierra en los mismos términos y sitios que la anterior, de caber 4 hectáreas 89 áreas 11 centiáreas, igual a 7 fanegas"; que en dicha escritura se manifestó que los bienes vendidos eran propios del enajenante y se adquirían con dinero privativo de la compradora, que contaba con la autorización de su marido; que, según la cláusula tercera, el precio se fijó en 140.600 pesetas, de las cuales el comprador confiesa tener recibidas 60.600, quedando pendientes de pago 80.000 que la compradora se compromete a satisfacer en dos plazos de 40.000 pesetas cada uno, que se harían efectivas en el domicilio del vendedor los días 1 de marzo de 1952 y 1 de marzo de 1953, respectivamente, devengando un interés del 5 por 100, que sería satisfecho por trimestres vencidos; que en la cláusula 4.ª se estableció que "para el caso de que doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo no satisfaga al vendedor, don Gregorio Treviño Peñaranda, la suma de 80.000 pesetas adeudadas según la cláusula anterior, se pacta expresamente, como condición resolutoria, que deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, que la venta y transmisión solemnizada en esta escritura quedará sin efecto, volviendo al vendedor, señor Treviño, la totalidad plena de las fincas vendidas, sin que dicho señor tenga que abonar a la señora Huertas Sánchez-Carrillejo cantidad alguna, quedando la suma entregada en poder del transmitente como indemnización por los perjuicios sufridos y pena por incumplimiento del contrato. El precio aplazado de 80.000 pesetas se

imputará a las fincas vendidas en la siguiente proporción: a) La cantidad de 50.117 pesetas a la finca descrita al número 1. b) La cantidad de 18.125 pesetas a la finca descrita al número 2. c) La cantidad de 2.658 pesetas a la finca descrita al número 3"; que la citada escritura se presentó en el Registro de Alcázar de San Juan y causó la siguiente nota: "Inscrito el precedente documento en cuanto a una quinta parte de 80 hectáreas 23 áreas 43 centiáreas, cabida registrada de la finca primera; 27 hectáreas 97 áreas 80 centiáreas, cabida registrada de la finca segunda y finca tercera, en los tomos, libros, folios, fincas, números e inscripciones que expresan los cajetines puestos al margen de las mismas, advirtiéndose que la inscripción de la primera y segunda se ha verificado en el término de Campo de Criptana por figurar en los libros de dicho Ayuntamiento y no en los de Tomelloso y Alcázar respectivamente. No se practica operación alguna respecto a cuatro quintas partes de la primera por aparecer adquiridas por el transmitente en estado de casado con doña María Muñoz Arranz, hasta que se liquide la sociedad conyugal, y no se verifica operación alguna tampoco en cuanto a la diferencia de cabida de la primera hasta la que expresa el título, por no justificarse su adquisición por el transmitente, y, en cuanto al exceso de cabida de la segunda, por no aparecer plenamente justificado tal exceso"; que a continuación de la anterior nota se puso otra del tenor literal siguiente: "justificado que una quinta parte de 80 hectáreas 23 áreas 43 centiáreas, cabida registrada de la finca primera, fue adquirida por el transmitente en permuta con otra finca que él mismo había adquirido por herencia de su madre, doña Victoria Peñaranda González, según escritura de 28 de febrero de 1928, ante el Notario de Campo de Criptana, don Enrique García Duarte González, ha sido inscrito este documento en cuanto a dicha parte de finca, única de la que se interesa el despacho"; que seguidamente figura en el mismo una tercera nota, que dice así: "suspendida la inscripción de este documento en cuanto a tres quintas partes de la finca primera de que se solicita el despacho, por aparecer adquirida por el vendedor en su estado de casado con doña María Muñoz Arranz, sin liquidarse la sociedad conyugal, cuyo defecto se considera subsanable y tomo en su lugar anotación preventiva del título a favor de doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo por el término y con los efectos legales y reglamentarios en el tomo 1.350, libro 96, de Campo de Criptana, folio 196 vuelto, finca número 6.240, anotación letra D"; que el 12 de noviembre de 1953, ante el Notario de Alcázar de San Juan, don José Durá Ruiz, se otorgó por don Gregorio Treviño Peñaranda y doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo escritura de rectificación de errores y aclaración a la de 5 de marzo de 1951, haciendo constar que la finca relacionada en primer lugar en aquel documento figuraba en el Catastro con una cabida de 123 hectáreas, según consta en certificación de 15 de marzo de 1943, posteriormente rectificadas en el sentido de tener sólo 108 hectáreas 10 áreas 14 centiáreas; que con el fin de conseguir que la finca se inscribiese en el término de Tomelloso y no en los libros de Criptana, a cuyo término no pertenece desde que se rectificaron los términos municipales citados, se omitió la cita de las inscripciones de Criptana, buscando lograr la inscripción en los libros de Tomelloso, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, diciendo que la finca se hallaba pendiente de inscripción, lo que para el término de Tomelloso era cierto; que presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, lo que de ella se inscribió se hizo en los libros de Criptana, por lo que se hace preciso aclarar este extremo para poder inscribir una de las partes que figura como finca independiente; que estas dos partes son las siguientes: a) Una tierra llamada de "Casquetazo", en los Arenales de la Moscarda, de 87 hectáreas aproximadamente, que linda: al Norte,

el río; Sur, herederos de doña Rosario Treviño; Este, camino de la Dehesa, y Oeste, viuda de Francisco Vaquero, adquirida por el vendedor, parte por herencia de su padre y parte por título oneroso de sus hermanos, e inscrita en el Registro de la Propiedad al tomo 263, libro 76 de Criptana, folio 186 y siguientes, y b) Otra, que fue parte de la anterior, de haber unas 18 hectáreas, que linda: al Norte, la finca anterior y don Ramón Baillo; Sur y Oeste, viuda de don Francisco Vaquero, y Este, don Ramón Baillo, adquirida por el vendedor exclusivamente por herencia de su padre e inscrita en el Registro de la Propiedad al tomo 208, libro 52 de Criptana, folio 41, finca 5.009, inscripción tercera; que, rectificada la descripción de la finca total hecha en la escritura de 5 de marzo de 1951, la descompone en sus dos partes integrantes del modo que queda expuesto antes, y como consecuencia de ello se inscribió el precedente documento "por lo que respecta a la finca b), en el tomo, libro, finca, número e inscripción que expresa el cajetín puesto al margen de la misma"; que la venta formalizada en la escritura de 5 de marzo de 1951, rectificada y aclarada por la de 12 de noviembre de 1953, fue resuelta unilateralmente por el vendedor en virtud del pacto comisorio expreso inscrito en el Registro de la Propiedad, previo requerimiento notarial hecho el día 30 de mayo de 1956; que poco después doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo demandó ante el Juzgado de Primera Instancia número 14 de los de Madrid a don Gregorio Treviño Peñaranda y a cualquiera otro que pudiese alegar un posible derecho sobre las fincas "Casquetazo" y "Tejado", y lo hubiere adquirido con posterioridad al 30 de mayo de 1956, solicitando se declarase no haber lugar a la resolución de la venta aludida, dejando en vigor la escritura de 5 de marzo de 1951; que la demanda se anotó en el Registro el 11 de enero de 1957 en cuanto a la finca número 6.240—"Casquetazo"—, extinguiéndose por caducidad posteriormente y sin que se practicase anotación alguna en cuanto a la finca número 5.009—"Tejado"—; que don Gregorio Treviño Peñaranda, con anterioridad a la práctica de la citada anotación, por escritura de 5 de septiembre de 1956, vendió las dos fincas mencionadas a don Joaquín Catalán Horcajada, y éste, después de haberse extinguido la anotación de demanda, presentó su título, que fue inscrito, en cuanto a la finca "Tejado" totalmente y sólo respecto a las partes "pro indivisas" que figuraban a nombre de don Gregorio Treviño, en la finca 6.240—"Casquetazo"—; que más tarde, en virtud de expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, inscribió a su favor las restantes partes de esta finca, según auto de 9 de octubre de 1965, que consta en certificación unida a los antecedentes del recurso; que, seguido el procedimiento instado por doña Consolación Huertas, el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid, con fecha 24 de enero de 1958, dictó sentencia no admitiendo la pretensión de la demandante; que posteriormente don Joaquín Catalán Horcajada vendió en diversas fechas de los años 1958 y 1966 varias parcelas segregadas de la finca número 6.240 a diferentes compradores, quienes después de extinguida la anotación de demanda, inscribieron sus títulos; y que la demandante, señora Huertas, recurrió contra la sentencia del Juzgado número 14 de Madrid, llegando hasta el Tribunal Supremo, que, en 21 de diciembre de 1963, revocó el anterior fallo, declarando no haber lugar a la resolución del contrato de compraventa litigioso.

Presentada en el Registro ejecutoria de la anterior sentencia, junto con otros documentos complementarios, fue calificada con *nota* del tenor literal siguiente: "Presentado este documento el día 13 de mayo próximo pasado—1967—, según asiento número 1.175, fue retirado por el presentante y ha sido devuelto a esta oficina acompañado de: 1. Un

testimonio de particulares de la misma sentencia de 21 de diciembre de 1963, expedido el 2 de junio corriente; 2. Testimonio del auto de 25 de octubre de 1957, dictado en expediente de dominio número 89 de 1957 del Juzgado de Primera Instancia de Alcázar de San Juan, cuyo testimonio lleva fecha 12 de junio corriente; 3. Primera copia de la escritura otorgada por don Gregorio Treviño y doña Consolación Huertas el 5 de marzo de 1951 ante el Notario de Madrid, don Julio Albi Agero, con el número 417 de su protocolo; 4. Primera copia de la escritura de rectificación de errores y aclaración otorgada por los mismos señores Treviño y Huertas en Alcázar de San Juan el 12 de noviembre de 1953 ante el Notario don José Durá, con el número 1.115 de su protocolo; 5. Testimonio expedido por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia de Alcázar de San Juan el 3 de junio de 1957 del escrito de los representantes de don Joaquín Catalán Horcajada, promoviendo expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo en relación a fincas al sitio del "Casquetazo"; 6. Otro testimonio expedido por el mismo fedatario el 3 de junio de 1957, de un escrito por el que doña Consolación Huertas formuló oposición al expediente de dominio incoado por el señor Catalán. Se observan las siguientes faltas: 1.º En cuanto a la primera de las fincas descritas en el documento: Tanto en el momento de la presentación de la ejecutoria como en el día de hoy, esta finca y las segregadas de la misma aparecen inscritas, aunque en el término de Campo de Criptana (la matriz con el número 6.240), a favor de personas que no han sido parte en el procedimiento judicial, en virtud de inscripciones vigentes que están bajo la salvaguardia de los Tribunales y cuya nulidad o cancelación no ha sido declarada ni ordenada, habiéndose resuelto expresamente la improcedencia de hacer declaraciones contra las personas que puedan alegar derechos según los propios términos del fallo, y habiéndose extinguido por caducidad antes de practicarse las inscripciones aludidas la anotación de la demanda origen del pleito, alguna de cuyas inscripciones, por otra parte, fue extendida en virtud de título anterior a la anotación, por lo que aunque no hubiera caducado tampoco podría cancelarse en virtud sólo del documento presentado. 2.º En cuanto a la finca segunda, que es la número 11.876 de Campo de Criptana: Aparecer cancelada la condición resolutoria de la venta con el consentimiento de don Gregorio Treviño y no haberse resuelto el contrato a que se refiere la sentencia. 3.º En cuanto a la tercera finca, número 11.868, de Campo de Criptana: Aparecer del Registro que la inscripción a favor de doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo a don Gregorio Treviño fue declarada subsistente el 8 de febrero de 1957; que doña Consolación Huertas dispuso de la finca con posterioridad, estando inscrita actualmente a favor de ulteriores adquirentes; y que quedó extinguida por caducidad la anotación de la demanda origen del pleito. Estas faltas son insubsanables e impiden la inscripción, conforme a lo dispuesto en los artículos 1, párrafo tercero; 17, 20, 32, 38, 40, 77, 82 y concordantes de la Ley Hipotecaria y su Reglamento. No procede tomar anotación preventiva que tampoco se ha solicitado. Alcázar de San Juan a 28 de junio de 1967." A continuación figura esta *otra nota*: "Presentados nuevamente los documentos a que se refiere la precedente nota, en unión de una instancia de fecha 11 de julio próximo pasado suscrita por doña Consolación Huertas, solicitando nueva calificación solamente respecto a la primera de las fincas descritas en la sentencia, pero considerando aquella formada por las registradas con los números 6.240 y 5.009 y otros extremos; y retirados dichos documentos por el presentante han sido devueltos a este Registro. Se observa en cuanto a la primera de las fincas comprendidas en la sentencia la que, según lo solicitado, será la única a que se refiere esta calificación: Primero: A) Que la finca nú-

mero 6.240 se inmatriculó con una superficie de 86 hectáreas 87 áreas 1 centiárea, que pasaron a formar las fincas 17.667 y 18.075, antes de la compra del inmueble por doña Consolación Huertas, a que se refiere el pleito. B) Que en virtud de la sexta, se practicó del modo que se dirá la inscripción de la compra del inmueble por doña Consolación Huertas, pero sólo en cuanto a las 80 hectáreas 23 áreas 43 centiáreas, resto de finca después de las segregaciones aludidas, haciéndose constar que en el título se le atribuía una extensión de 123 hectáreas aproximadamente y los linderos coincidentes con los de la finca primera de la sentencia. La inscripción se practicó respecto a una quinta parte "pro indiviso", sin que se practicara operación alguna respecto de las cuatro quintas partes restantes por aparecer adquiridas por don Gregorio Treviño en estado de casado en anterior matrimonio. También se hizo constar que no se hacía operación alguna en cuanto a la diferencia de cabida por no justificarse por dicho señor Treviño, y que en Catastro aparece en términos de Tomelloso. C) Que en virtud de la séptima, se inscribió de análoga manera a favor de doña Consolación Huertas otra quinta parte cuya naturaleza privativa del señor Treviño se justificó. Se remite el asiento en cuanto a la descripción a la inscripción sexta. D) Que en virtud a la novena, se practicó la inscripción de la resolución de la venta a favor de don Gregorio Treviño por no haber recibido el precio aplazado según se hizo constar en acta notarial de requerimiento, inscripción que se practicó en virtud de la presentación del acta y de la escritura de compra. E) Que el 11 de enero de 1957 se practicó la anotación de la demanda origen del pleito, la cual se tomó en cuanto a 80 hectáreas 23 áreas 43 centiáreas, y se suspendió en cuanto a 42 hectáreas 76 áreas 57 centiáreas por falta de inscripción previa. Esta anotación caducó a los cuatro años de su fecha, aunque en el momento de la presentación de los documentos que motivan esta nota, no se había hecho constar la caducidad, poniéndose hoy la nota marginal cancelatoria. F) Que tanto en el momento de la presentación de la ejecutoria como en el día de hoy, varias fincas segregadas de la 6.240 y el resto de ésta aparecen inscritas a favor de personas que no han sido parte en el procedimiento judicial en virtud de inscripciones vigentes que están bajo la salvaguardia de los Tribunales y cuya nulidad o cancelación no ha sido declarada ni ordenada, habiéndose resuelto expresamente en la sentencia la improcedencia de hacer declaraciones contra las personas que puedan alegar derechos, y habiéndose extinguido por caducidad, como anteriormente se refiere, antes de practicarse las inscripciones aludidas, la anotación de la demanda, alguna de cuyas inscripciones, por otra parte, fue extendida en virtud de título anterior a la mencionada anotación, por lo que, aunque no hubiera caducado, tampoco podría cancelarse en virtud sólo del documento presentado. Segundo: A) Que la finca número 5.009 se inmatriculó sin que proceda por segregación de la 6.240. Esta finca fue objeto de venta con condición resolutoria por don Gregorio Treviño a doña Consolación Huertas en virtud de escritura de 12 de noviembre de 1953 de rectificación de errores de la de 5 de marzo de 1951 que motivó la inscripción cuarta. Por la quinta se inscribió la resolución de la venta por don Gregorio Treviño a favor de éste, y por la sexta se inscribió la venta de la finca por el señor Treviño; B) Que esta inscripción vigente últimamente citada está practicada a favor de persona que no ha sido parte en el procedimiento judicial, y está bajo la salvaguardia de los Tribunales. No se tomó anotación de la demanda origen del pleito y no consta que haya sido objeto de litigio esta finca, que tiene entidad hipotecaria distinta de la anterior, al no resultar que la escritura de rectificación se aportara al procedimiento. Las faltas expresadas bajo la letra F) del número primero y B del segundo son insubsanables e im-

piden la inscripción, conforme a lo dispuesto en los artículos 1, párrafo 3.º; 17, 20, 32, 38, 40, 77 y 82 y concordantes de la Ley Hipotecaria y su Reglamento. La certificación a que se alude en el escrito se expide a instancia de la misma interesada, formulada en escrito aparte. Alcázar de San Juan a 8 de agosto de 1967".

Dña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo interpuso recurso contra la anterior calificación y alegó: que el tipo de acción por ella ejercitada deriva del artículo 1.124 del Código civil y la sentencia del Tribunal Supremo, anulando la resolución de la venta, según doctrina del propio Tribunal (sentencias de 10 de marzo y 31 de mayo de 1950 y 19 de octubre de 1957, entre otras), opera "in rem" y "ex tunc", es decir, retroactivamente, sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes y las disposiciones de la Ley Hipotecaria; que de la acción ejercitada se tomó anotación preventiva en el Registro de la Propiedad que caducó por el transcurso del plazo de cuatro años, pero sin que hasta ahora haya sido cancelada formalmente; que durante el litigio reseñado, el señor Treviño vendió nuevamente la finca de "Casquetazo" a don Joaquín Catalán Horcajada, quien no la inscribió a su favor, sino que formuló expediente de dominio sobre la misma finca para reanudar el tracto sucesivo interrumpido el año 1957, a lo que se opuso la recurrente alegando la anotación preventiva de la demanda y la pendencia del procedimiento, por lo que no se pudo inscribir entonces la referida finca; que posteriormente, el año 1965, ya firme la sentencia en favor de la demandante, se tramitó otro expediente similar, que tuvo acceso al Registro sin que la dicente tuviese conocimiento del mismo por tener su domicilio en Campo de Criptana; que antes de esta inscripción el señor Catalán, vendió varias parcelas de la finca "Casquetazo", que se inscribieron a nombre de los diferentes compradores una vez que el referido vendedor registró su derecho; que presentada en el Registro la ejecutoria de la sentencia del Tribunal Supremo en el año 1967, el funcionario calificador deniega la inscripción por estimar que existen otros asientos posteriores cuya cancelación no ha sido ordenada por el Tribunal Supremo y figurar inscrita la finca número 5.009 a nombre de persona ajena al pleito, sin que se hubiese tampoco tomado anotación preventiva de la demanda sobre la misma, como si las anotaciones preventivas fueran actos constitutivos de derechos y no las ejecutorias de los Tribunales; y que como fundamentos de derecho citaba los artículos 99 del Reglamento Hipotecario; 79, párrafo 3.º de la Ley Hipotecaria, y 173, párrafo 2.º, de su Reglamento; artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1962, entre otras.

El Registrador informó: que nada hay que oponer en cuanto a la invocación que hace la recurrente al artículo 257 de la Ley Hipotecaria, el cual no ha servido de base ni a él se opone la calificación; de que de tal invocación parece deducirse que, aunque en la ejecutoria no se acuerda practicar cancelaciones, éstas deben ser hechas sin necesidad de mandamiento, pero este problema no se ha planteado, pues en la calificación no se han considerado cuestiones formales, sino de fondo; que en su fundamento segundo la recurrente alega que con arreglo al artículo 99 del Reglamento Hipotecario no pueden surgir obstáculos del Registro para cancelar el asiento de resolución de la venta, puesto que el Tribunal Supremo declaró que no hay lugar a la misma, por lo que dicha cancelación es procedente aunque no se haya hecho anotación preventiva de la demanda; que sin entrar en este punto en la cuestión de si se ha observado o no debidamente lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ya que no se ha entablado demanda de nulidad o cancelación de las inscripciones, lo cierto es que cuando se presentó el documento calificado las inscripciones a

favor de don Gregorio Treviño Peñaranda estaban ya extinguidas con arreglo al artículo 77 de la Ley Hipotecaria, pues las fincas figuraban inscritas a favor de otras personas; que, por otra parte, si se cancelaran las inscripciones a favor del señor Treviño, podría darse el caso de que no tuviese efecto la ejecutoria ni adquiriese la recurrente la titularidad registral o se producirían inscripciones contradictorias, lo que va contra las normas fundamentales de la Ley Hipotecaria, especialmente los artículos 17, 20, 32 y 40 de la misma; que las resoluciones de 29 de enero de 1940, 26 de junio de 1916 y otras anteriores, sientan la doctrina en que se apoya el criterio del informante; que el párrafo 3.º del artículo 79 de la Ley Hipotecaria no se ha infringido al practicarse la calificación, puesto que dicho artículo sólo dice que "podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación", y en el presente recurso no se ha pedido ni se ha ordenado en el pleito seguido ninguna cancelación, por lo que la nota no se ha ocupado de este supuesto; que menos aplicable aún resulta el párrafo 2.º del artículo 173, ya que en él se alude a los efectos "de las cancelaciones que se hagan" y no se ha practicado ninguna; que a la alegación de no existir terceros interesados y, en todo caso, quedar a salvo sus derechos por la sentencia del Tribunal Supremo, hay que oponer que precisamente uno de tales derechos es el que se deriva de su posición de titulares inscritos que les garantiza que no se cancelarán sus inscripciones sin su consentimiento o sentencia firme en pleito seguido contra ellos, conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria; que, por otro lado, en la nota del informante no se ha citado el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y las cuestiones de buena fe y otras de los nuevos titulares habrá que solventarlas judicialmente, cosa que en el presente caso no ha tenido lugar, razón por la cual las inscripciones en favor de los nuevos titulares están bajo la salvaguardia de los Tribunales, conforme al párrafo 3.º del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, y que las resoluciones de 17 de noviembre de 1919 y 4 de marzo de 1916, entre otras, confirman el criterio expuesto.

El Juez que intervino en el procedimiento informó que era correcta la calificación del Registrador al no entrar en juego la ejecutoria de la sentencia con la mecánica registral y el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por ambos funcionarios.

La Dirección General, ante la que se alzó la recurrente, insistiendo en sus anteriores argumentos, confirma el auto apelado y la nota del Registrador (1), en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección General.—La cuestión que plantea este expediente ha de ser examinada en sus estrictos términos hipotecarios, a saber, si puede cumplimentarse un mandamiento que ordena la inscripción de una sentencia firme en la que se declara la improcedencia de la resolución de una compraventa llevada a efecto unilateralmente por el vendedor, y que, por tanto, las dos únicas fincas en las que se solicita se practique la operación vuelvan a ser inscritas en los libros registrales a nombre de la compradora.

Al no haberse solicitado por la demandante prórroga de la anotación de demanda que recaía sobre una de las fincas, la que, en consecuencia,

(1) *Vistos:* Los artículos 1, 34, 38, 77, 79, 2.º y 86 de la Ley Hipotecaria,

Los artículos 99 y 199 del Reglamento Hipotecario.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo, 20 de octubre, y 23 de noviembre de 1961, 3 de julio de 1962 y 4 de junio de 1965; y las Resoluciones de la Dirección de 11 de abril de 1935, 22 de enero de 1944 y 11 de agosto de 1960.

quedó caducada, ni haberse extendido siquiera dicha anotación sobre el otro inmueble, se produjo, por las diversas ventas hechas por el demandado, un cambio en la titularidad dominical de las fincas discutidas, reflejado en el Registro a través de los correspondientes asientos, lo que obliga a tener en cuenta preceptos tan fundamentales como son los artículos 1-3.º, 34 y 38-2.º de la Ley Hipotecaria, que impiden pueda accederse a lo solicitado.

En efecto, el principio de fe publica, protector del tercer adquirente, que reúne las condiciones señaladas en el mencionado artículo 34 de la Ley, así como el de legitimación recogido en el artículo 1-3.º, que declara que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y muy principalmente el artículo 38-2.º, que establece que no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles inscritos a nombre de persona o Entidad determinada sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, no autorizan que pueda tener acceso al Registro la ejecutoria presentada, por encontrarse las fincas inscritas a nombre de terceras personas que no fueron parte en el proceso y cuyos derechos forzosamente no cabe desconocer, lo que incluso pone de manifiesto la propia sentencia cuando expresa que no sería procesalmente factible, por no haberse solicitado, hacer declaración alguna contra cualquier otra persona que pudiera alegar un posible derecho sobre las fincas en litigio.

Las apreciaciones hechas por la recurrente en orden a la buena o mala fe de los adquirentes posteriores, que impedirían entrarse en juego la protección establecida en el artículo 34 de la Ley, no pueden tomarse en consideración en un recurso gubernativo por no ser el procedimiento adecuado para ello, sino que habrá de solventarse ante los Tribunales de Justicia, adonde deben acudir los interesados para ventilar y contender entre sí acerca de la procedencia o no de sus respectivos derechos.

No ha habido extralimitación por parte del Registrador al calificar el documento judicial presentado, ya que, de acuerdo con el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, se ha limitado a señalar los obstáculos que han surgido del propio Registro a la inscripción de la sentencia dictada.

Comentario.—En la precedente Resolución, prescindiendo de la inusitada complejidad con la que se presentan sus antecedentes de hecho (1 bis), podemos distinguir las siguientes cuestiones escalonadas:

A) La inscripción de las Resoluciones judiciales que pueden afectar al contenido registral vigente, ha de someterse al principio de tracto sucesivo. Este actúa plenamente en los títulos declarativos judiciales. El titular registral es inatacable por una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que no ha sido parte.

Es frecuente encontrar cierto confusionismo entre los efectos retroactivos o ex tunc de las sentencias de nulidad de los negocios jurídicos, los efectos inter partes (sólo excepcionalmente erga omnes) de las resoluciones judiciales, el principio procesal de que nadie puede ser condenado sin ser citado y oído, y los principios hipotecarios fundamentales. Algo de este confusionismo encontramos en el planteamiento de esta Resolución.

La Dirección General en sus considerandos se apoya fundamentalmente en los principios de legitimación y fe pública para rechazar la inscripción de una Sentencia dictada en procedimiento, en el que no

(1 bis) Por esta complejidad se ha desistido de sintetizar los Resultandos que se han transcrito íntegros.

ha intervenido como demandado el titular registral. Es verdad que el supuesto encuentra encaje en estos principios hipotecarios; pero también y antes en el principio formal de tracto sucesivo que se traduce en el precepto, cuyo destinatario primero es el Registrador, del artículo 20 de la Ley (2).

Es frecuente encontrar vacilaciones respecto a cuál sea el principio y la norma legal que impide la inscripción de un título otorgado por quien fue titular registral y ya no lo es, cuando ese título es de fecha posterior al que despojó de la titularidad registral al otorgante. El artículo 17 de la Ley no sirve y el apartado primero del 20 puede parecer dudoso que sirva, porque su redacción literal contempla al aspecto más manoseado del principio de tracto sucesivo: que no se inscriba un título sin inscribirse antes el antetítulo. Cabe mantener que para dicho supuesto no necesita el Registrador ninguna norma formal porque le bastan los principios sustantivos conforme a los cuáles la segunda y posterior enajenación carece de validez. Pero esta solución no nos deja plenamente satisfechos porque la Ley Hipotecaria debió dar una norma al Registrador que claramente le hiciera seguir conducta contraria a la de sus colegas de otras legislaciones próximas, en las que se podían inscribir todas las enajenaciones contradictorias que sucesivamente fuese haciendo un mismo transmitente. Y efectivamente la dio porque el artículo 20 y el principio de tracto sucesivo tiene una actuación más amplia que la de exigir la previa inscripción del antetítulo; como demuestra el párrafo 2.º del artículo; las palabras previamente inscrito del párrafo 1.º quieren decir previa y actualmente inscrito. Uniendo los dos primeros párrafos del artículo 20 nos resulta el artículo 40 de la Ordenanza Registral alemana: "Sólo debe practicarse una inscripción si aquel cuyo derecho se perjudica por ella está inscrito como titular".

Por ello creemos que el primer principio que pudo alegar el fallo es el de tracto sucesivo cuya actuación práctica respecto de las resoluciones judiciales es sobradamente reconocida por la doctrina y la Jurisprudencia aunque muchas veces se le refuerza con la alegación masiva de otros varios principios hipotecarios más sustantivos, pero de aplicación directa y automática por el Registrador más dudosa (3).

(2) Por su alejamiento del caso, aunque sin duda relacionadas con los principios hipotecarios de legitimación y fe pública prescindimos de la reseña de las Sentencias manejadas en el recurso y reseñadas en el Vistos.

La Resolución de 11 de abril de 1935 trae a colación el principio de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales; pero en materia tan ajena al caso como la imposibilidad de que el Notario pueda recurrir contra la inscripción como ganancial de una finca cuando en la escritura de compra el marido asevera el carácter parafernial del precio. La Resolución de 22 de enero de 1944 también se apoya en el mismo principio de legitimación al efecto de no admitir la segregación y venta como libre, de una finca que está inscrita por título de mejora con las limitaciones y condiciones que el causante impuso en el testamento. Más analogía con el caso presenta el resuelto por la de 11 de agosto de 1960. Se trataba de la certificación de un Tesorero de Hacienda insertando acuerdo del Tribunal Provincial declarando la nulidad de la inscripción practicada a favor de un rematante. Se deniega porque este titular registral ni ha consentido la cancelación, ni ha intervenido en el expediente anulatorio del apremio por el cual se adjudicó e inscribió la finca a su favor, ni hay resolución judicial de cancelación. La Dirección confirmó la nota reurrída por el Abogado del Estado haciendo prevalecer el principio de legitimación sobre el artículo 228 del Estatuto de Recaudación, que sólo da derecho a los rematantes a la devolución del importe y de los gastos y no a reclamar contra el acuerdo de la Administración declarando la nulidad de la venta.

(3) Ver, por todos, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 1968, tomo II, página 317.

B) *Efectos de la anotación de demanda respecto del tracto sucesivo. Siendo el principio de tracto sucesivo el que en primer lugar y antes que otros principios, defiende a los posteriores titulares registrales frente a la resolución judicial en cuyo procedimiento no han intervenido, será el principio de tracto el que queda en primer término enervado por la anotación de la demanda. Esta anotación deja fijada la titularidad y situación registral del momento en que se practica para que las posteriores no sólo puedan ser afectadas por el fallo, sino que pierdan vigor en relación con el principio de tracto sucesivo, permitiendo encadenar, en principio, la sentencia con la situación registral a la fecha de la anotación.*

La doctrina y la Jurisprudencia son suficientemente concordes y claras en cuanto a la naturaleza y efectos procesales y registrales de las anotaciones de demanda. Solamente un punto, nunca fue pacífico: el alcance cancelatorio de la sentencia respecto a los asientos posteriores a la anotación practicados en virtud de títulos anteriores a la misma. Ya discutieron la cuestión MORELL, BARRACHINA, GAYOSO, etc. El Reglamento de 1947 trató de solucionarla, al menos para el Registrador, conjugando la doctrina de las resoluciones de 4 de julio de 1919, 21 de diciembre de 1925 y 30 de mayo de 1934. Recién publicado el Reglamento, RAMÓN FÉCIB en Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Valencia (4) esbozó una crítica de los puntos débiles del nuevo precepto y las dudas sobre la materia continúan (5).

Pero no es del caso detenernos en esto, porque lo discutido en el recurso es distinto. La recurrente lo que alega es que el señor Catalán que compra la finca durante el litigio anotado no la consigue inscribir por expediente de dominio como pretendió y sí lo consigue por otro expediente que incoa, después de firme la sentencia estimatoria de la demanda anotada, de manera que las inscripciones a favor del señor Catalán y otras posteriores obstaculizan, sin razón a juicio de la recurrente, la inscripción de la sentencia.

C) *Pero la Ley ha estimado conveniente que la anotación de demanda como otras, tenga una vida de duración predeterminada y la ha sujetado a un plazo de caducidad a contar de su fecha. En previsión de que ese plazo pueda resultar insuficiente para que la anotación cumpla su cometido admite la Ley Hipotecaria que pueda prorrogarse por cuatro años más. El ministro de Justicia, señor Aunós, en su discurso ante las Cortes en defensa del Proyecto de Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 afirmó que "la anotación preventiva, tanto por su naturaleza como por su fin es asiento de carácter transitorio y justificó la reforma que se introducía dictando que la mayoría de las anotaciones requerían para cancelarse una providencia de la misma autoridad que hubiese ordenado su constitución, lo que generalmente daba lugar a que el titular de la finca o derecho... se viese obligado, supliendo una manifiesta negligencia, a solicitar la cancelación de un acto que, sobre no haberlo solicitado, perturbaba su propia situación hipotecaria".*

La norma del nuevo artículo 86 de la Ley Hipotecaria ha tenido en general crítica favorable. Incluimos en ésta el decisivo trabajo de RAMÓN DE LA RICA que advirtió la posibilidad de que fuese insuficiente la prórroga de cuatro años y que fue motivo de la reforma introducida por

(4) Ver recensión hecha por don RAMÓN DE LA RICA en esta REVISTA, 1947, págs. 65 y sigs.

(5) Ver ROCA SASTRE, obra citada, II, pág. 857 y sigs. y los autores por él citados.

el 2.º párrafo del artículo 199 del Reglamento añadido por el Decreto de 17 de marzo de 1959 (6).

D) No hay que olvidar, no obstante, que la norma de caducidad legal de las anotaciones de demanda no es de "jus gentium", sino precepto de introducción obligada para atender especialísimas características de la idiosincrasia española (7). El español suele tomar las cosas con gran ardor y por ello pocas demandas quedarán sin anotar, pero no es constante ni aficionado a rematar los detalles últimos, y por ello, pocas anotaciones se cancelan después de desestimada la demanda o acabado el pleito por transacción, caducidad de la instancia, etc. Por ello, para mi modesta opinión, lo más criticable del artículo 86, que venía a modificar sustancialmente el régimen anterior y tenía una justificación endeble de derecho natural, es que su redacción deje un tanto dudoso el valor que tiene el asiento por el que se hace constar la caducidad. El precepto dice que las anotaciones preventivas caducarán a los cuatro años de su fecha y que esta caducidad se hará constar en el Registro. Es preciso ir a los tratados de Derecho Hipotecario para descartar la duda sobre los efectos de una anotación de más de cuatro años, cuya caducidad no se ha hecho aún constar. Afortunadamente el estricto concepto de caducidad y su juego automático va siendo de dominio público y por ello las insinuaciones de la recurrente sobre este punto son tan breves como veladas (8).

T. C. G.

(6) RAMÓN DE LA RICA: *La caducidad de las anotaciones preventivas judiciales*, «Revista de Derecho Privado», 1952, pág. 893.

(7) El artículo 2.668 del Código civil italiano dice que la cancelación de la transcripción de las demandas se verifica cuando es debidamente consentida por las partes interesadas o bien es ordenada judicialmente con sentencia firme. Deberá ser judicialmente ordenada cuando la demanda sea desestimada o el proceso se extinga por renuncia o por inactividad de las partes (caducidad de la instancia).

En el Derecho alemán el asiento de contradicción (Widerspruch) se extingue por la rectificación registral que garantizaba, por extinción del derecho asegurado y por consentimiento del titular del asiento. Si se practicó en virtud de medida judicial provisional al levantarse ésta. La anotación preventiva (Vormerkung): al extinguirse la pretensión que garantiza, por consentimiento del titular, por sentencia firme, por sentencia que declare su caducidad en procedimiento intimatorio cuando el acreedor es desconocido o han pasado diez años y por dejarse sin efecto la medida judicial provisional cuando se practicó en virtud de ésta. No obstante, se ha planteado, al parecer, el problema de la temporalidad del asiento de contradicción. Enneccerus se remite al Anuario de Resoluciones del Tribunal Supremo en materia de jurisdicción voluntaria (núm. 41, pág. 226) en cuanto a esta cuestión del plazo durante el cual es admisible el Widerspruch. Ignoramos lo que haya dicho el Tribunal Supremo alemán; pero posiblemente se trate de un plazo ínsito en la misma medida judicial provisional.

(8) Ver doctrina y jurisprudencia sobre el juego automático de la caducidad de asiento en: ROCA SASTRE, III, págs. 170, 179 y 293; LACRUZ BERDEJO: *Derecho inmobiliario registral*, 1968, pág. 295.

REGISTRO MERCANTIL

1. SOCIEDAD ANÓNIMA.—FUNDACIÓN SIMULTÁNEA: EL SENTIDO LITERAL DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, QUE EXPLÍCITAMENTE HABLA DE “PERSONAS QUE OTORGUEN LA ESCRITURA SOCIAL Y ASUMAN TODAS LAS ACCIONES”, ES EL DE EXIGIR LA CONCURRENCIA MÍNIMA, NO DE TRES PATRIMONIOS, SINO LA DE TRES PERSONAS EN LA FUNDACIÓN SIMULTÁNEA DE LA SOCIEDAD.

DADO QUE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CARECE DE PERSONALIDAD JURÍDICA, NO PUEDE NEGARSE A NINGUNO DE LOS CÓNYUGES QUE HAN SUSCRITO ACCIONES EN SU PROPIO NOMBRE EL CARÁCTER DE SOCIOS.

LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 1.407 DEL CÓDIGO CIVIL NO PUEDE LLEVARSE TAN LEJOS QUE IMPIDA, EN FORMA RADICAL, A TODA MUJER CASADA EL SER SOCIO DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA, SI LAS ACCIONES SE LIBERAN CON DINERO PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL, SINO QUE EL HECHO DE LA SUSCRIPCIÓN, POR SU CARÁCTER EMINENTEMENTE FORMAL, CONCEDE AL SUSCRIPTOR EL CARÁCTER DE SOCIO, AUNQUE LAS ACCIONES VAYAN A INTEGRAR, EN DEFINITIVA, EL PATRIMONIO GANANCIAL.

Resolución de 4 de noviembre de 1969 (“B. O.” de 1 de diciembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura de 3 febrero de 1967, don Hermann A. Stock, de nacionalidad alemana, en representación de “Comercial Atheneum, S. A.” y los cónyuges don Carlos Spinelli Salgado y doña María del Carmen Muñoz Vázquez, de nacionalidad española y vecinos de Madrid, por sí y en su propio derecho, otorgando además el marido a su mujer la licencia necesaria, constituyeron la Compañía mercantil denominada “Distribuidora Editorial Costa del Sol, S. A.”, con sede social en Málaga y domicilio social y fiscal en Torremolinos. En dicha escritura se fijó el capital social en 300.000 pesetas, representado por 300 acciones al portador de 1.000 pesetas nominales cada una, que fue suscrito y desembolsado en el acto, suscribiendo don Carlos Spinelli Salgado para sí 110 acciones, y doña María del Carmen Muñoz Vázquez también para sí, 10 acciones, y que los comparecientes dando al acto en que intervienen el carácter de Junta general extraordinaria, designaron el primer Consejo de Administración de la Sociedad, que quedó constituido de la siguiente forma: Presidente, don Hermann A. Stock; Consejero Delegado, don Carlos Spinelli Salgado, y Secretario, doña María del Carmen Muñoz Vázquez.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, causó la siguiente nota: “no se admite la inscripción que se pretende por observarse que en el acto fundacional de la Sociedad Anónima ‘Distribuidora Editorial Costa del Sol, S. A.’ intervienen los esposos don

Carlos Spinelli Salgado y doña Maria del Carmen Muñoz Vázquez, de nacionalidad española, juntamente con el representante de 'Comercial Atheneum, S. A.', sin que conste que los señores Spinelli tengan establecido el régimen jurídico patrimonial de separación de bienes, ni se pruebe ni se alegue siquiera la procedencia, privativa o parafernial, del dinero desembolsado; por lo que la inversión en el capital suscrito ha de tener el carácter presuntivamente ganancial, con lo que se infringe el artículo 10 de la Ley que regula el régimen jurídico de las Sociedades anónimas, que exige tres fundadores cuando menos, lo que no puede admitirse que suceda en régimen de gananciales, considérese o no la sociedad conyugal como entidad con personalidad propia, porque de todos modos el marido es el representante y administrador de la sociedad (art. 1.412 del C. c.), sólo a él corresponde la facultad de disponer, no pudiendo la mujer hacer ningún acto de disposición y, por ende, aportación a un fondo social, sin poder expreso de aquel; en cuyo supuesto, aún con ese poder, la mujer realiza el acto, no en nombre propio, sino en representación del marido, de tal suerte, que la cualidad de socio será atribuida al marido y las acciones serán del caudal de gananciales. Porque, de admitirse la escritura, podría afirmarse que al constituirse dos patrimonios independientes entre sí y del de la propia sociedad, se encubre una donación entre cónyuges, se escinde el régimen de gananciales, atribuyendo, sin que se dé ningún supuesto de liquidación de la Sociedad, una porción patrimonial, independiente y singularmente adscrita a cada uno de los esposos. Y porque, en fin, la representación de la Sociedad la comparten marido y mujer, lo que no es posible, rozándose la proscrita figura del autocontrato y se atenta contra el principio de responsabilidad establecido en el artículo 1.111 del Código civil. No procede tomar anotación preventiva aunque se solicitara".

Interpuesto, por el Notario autorizante del instrumento, recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, el Registrador mercantil dictó acuerdo manteniéndola, y la Dirección General acuerda revocar la nota del Registrador, en virtud de la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 59, 60, 1.412 y 1.416 del Código civil; 6, 7, 9 a 12 del Código de comercio; 10 de la Ley de 17 de julio de 1951, y la resolución de 16 de marzo de 1959.

Considerando que la cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si está extendida de acuerdo con nuestra legislación una escritura de fundación de Sociedad anónima otorgada por tres socios, de los cuales dos son marido y mujer que realizan sus aportaciones con bienes presuntivamente gananciales;

Considerando que, como tiene declarado este Centro directivo en su resolución de 16 de marzo de 1959, la exclusión de toda Sociedad entre esposos, "privaría arbitrariamente a estos últimos de múltiples posibilidades que les permitieran, sin el menor fraude, desenvolver sus negocios en situaciones en que no exista otro medio mejor que la Sociedad para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales; lo cual, unido a que la mala fe no debe presumirse nunca y a la ausencia en nuestra legislación de un precepto que establezca la incapacidad general para contratar los esposos—ya que, por ejemplo, los contenidos en los artículos 1.334, 1.458 y 1.677 del Código civil, entre otros, contemplan situaciones especiales—permitiría concluir afirmando la validez de las Sociedades entre esposos, siempre que resulten salvaguardados los deberes que se derivan del matrimonio y de la integridad de los patrimonios de los respectivos esposos y no se encubra un fraude o un acto contrario a

la Ley"; por lo que, reafirmando tal doctrina, hay que declarar que ef que los cónyuges constituyan sociedad entre sí no es por sí sólo hecho bastante para considerar no ajustada a derecho la escritura de constitución de aquella;

Considerando que en el supuesto examinado concurre la importante circunstancia de que no se acredita ni alega que el dinero aportado a la Sociedad por cada uno de los cónyuges tenga el carácter de privativo de estos, por lo que entra de lleno en juego la presunción del artículo 1.407 del Código civil, teniendo, por ello, tales aportaciones y las acciones a cambio recibidas, cualquiera que sea el cónyuge que las suscriba, el carácter de presuntivamente gananciales, por lo que ni la constitución de la Sociedad ni la forma en que las acciones han sido suscritas, vienen a cambiar el régimen económico-matrimonial ni a suponer una alteración del patrimonio ganancial ni de los patrimonios privativos de cada cónyuge;

Considerando que al concurrir, cuando menos, a la constitución de la Sociedad dos patrimonios—el ganancial de los cónyuges don Carlos Spinelli y doña María del Carmen Muñoz y el de "Comercial Athenium, S. A."—, no se incide en el defecto señalado por la ya citada resolución de 16 de marzo de 1959, que contempla el caso de una Sociedad de responsabilidad limitada constituida tan sólo por dos cónyuges de utilizar la forma social para la creación de un patrimonio separado del propio ganancial, atentando al principio general de responsabilidad establecido en el artículo 1.911 del Código civil;

Considerando que admitida la posibilidad de constituir Sociedad entre cónyuges, y alejados los peligros de una alteración de la situación patrimonial del matrimonio o del principio general de responsabilidad contenido en el artículo 1.911 del Código civil, procede entrar de lleno en el problema de si el artículo 10 de la Ley de Sociedades anónimas exige la concurrencia, al menos de tres patrimonios, o bien la de tres personas en la fundación simultánea de la Sociedad anónima, debiendo aceptarse esta última interpretación si se atiende al sentido literal del precepto que, al consignar que "su número no podrá ser inferior a tres", hace referencia al inciso anterior que explícitamente habla de "personas que otorguen la escritura social y asuman todas las acciones";

Considerando que a la misma conclusión se llega mediante la contemplación de la finalidad de la norma contenida en el artículo 10 citado, que es, sin duda, la de facilitar la marcha de la Sociedad anónima, haciendo posible la constitución y funcionamiento de sus órganos corporativos—Junta General y Consejo de Administración, principalmente—lo que igualmente se obtiene aunque el número de patrimonios afectados, que han de ser al menos dos, sea inferior al de fundadores de la Sociedad, siempre que estos últimos, en número al menos de tres, tengan el carácter de socios, cualidad que no puede negarse a ninguno de los cónyuges comparecientes, que han suscrito acciones en su propio nombre, en primer lugar, por carecer de personalidad jurídica la sociedad de gananciales, que es quien, de gozar de tal atributo, ostentaría el carácter de socio de la Sociedad anónima constituida; y, en segundo lugar, porque la presunción del artículo 1.407 del Código civil no puede llevarse tan lejos que impida, en forma radical, a toda mujer casada el ser socio de una Sociedad anónima si las acciones se liberan con dinero presuntivamente ganancial, sino que el hecho de la suscripción, por su carácter eminentemente formal, concede al suscriptor el carácter de socio, aunque las acciones vayan a integrar, en definitiva, el patrimonio ganancial.

C) *Comentario.*—El problema a resolver es el de si una mujer casada cuyo régimen económico-matrimonial no es el de separación de bienes, puede aportar a una sociedad anónima, en concurrencia con su marido, sumas de dinero sin justificar su condición de parafernales ni expresar siquiera el marido tal cualidad y, en consecuencia, si está extendida de acuerdo con nuestra legislación una escritura de fundación de sociedad anónima otorgada por tres socios de los cuales dos son marido y mujer que realizan sus aportaciones con bienes presuntivamente gananciales.

Esta cuestión ofrece una gran complejidad ya que incide directamente sobre tres grupos de materias en íntima conexión: dos propias del Derecho civil, posibilidad de constitución de sociedades entre cónyuges y las restricciones impuestas a aquellos por conducto del régimen matrimonial, y otra peculiar del Derecho mercantil, interpretación del artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas y las posibles repercusiones del carácter formal de la suscripción de acciones en la fundación simultánea de la sociedad.

Con carácter general habrá de admitirse la posibilidad de constitución de sociedades entre esposos siempre que éstas no sean universales—art. 1.677 del C. c.— ya que si bien existen una serie de prohibiciones particulares en nuestro derecho: arts. 1.334, 1.458, 1.677, etc., no consta una prohibición genérica y expresa dentro del articulado del Código, ni aquéllas, por tanto, pueden generalizarse de tal modo que impidan la exclusión de toda sociedad entre esposos.

La segunda cuestión, reviste mayor interés, pues, en ella hay que precisar las repercusiones derivadas e impuestas por el régimen económico-matrimonial, en torno a los actos de aportación y suscripción de acciones realizadas por los cónyuges.

No se plantea problema si el régimen regulador del matrimonio es el de separación de bienes—arts. 1.432 y sigs. del Código civil—, ni tampoco si los bienes o metálico aportado por cada cónyuge tiene carácter propio o parafernial—art. 1.396 en relación con los arts. 1.381 y sigs. del Código civil—, pero la cuestión se complica, cuando como en el presente caso, se trata de aportaciones individualizadas de dinero ganancial realizadas en su propio nombre por cada uno de los cónyuges, pues, ello nos lleva directamente a enfrentarnos con los siguientes problemas:

— Si pueden comparecer en el mismo acto marido y mujer representando individualmente a la sociedad de gananciales.

— Si, en consecuencia, pueden asumir acciones también individualmente a cambio de bienes propios de la sociedad de gananciales.

— Derivado de los anteriores, si realmente nos encontramos ante un único socio—sociedad de gananciales—o ante dos distintos socios—marido y mujer—pese al destino ganancial de lo adquirido.

Dada la redacción de los artículos 1.412 y 1.416 del Código civil, no existe inconveniente para que compareciendo en el mismo acto marido y mujer, obliguen e inviertan metálico de la sociedad de gananciales sin que su actuación pueda confundirse con una liquidación parcial de dicha sociedad. Nos encontramos simplemente ante un acto de inversión o destino de parte de los bienes que integraban e integran el patrimonio de aquélla por imperativo de los artículos 1.407 en relación con el 1.401, 1 del Código civil, y sin que tampoco suponga un obstáculo a tal actuación la figura del autocontrato, ya que marido y mujer intervienen en su propio nombre representando bienes de la masa ganancial y es sabido que esta sociedad matrimonial carece de personalidad jurídica. Quizá el trasfondo del problema radique en las imprecisiones de la doctrina acerca de la verdadera naturaleza jurídica de tal sociedad.

La segunda y tercera cuestión ya escapan del ámbito del Derecho civil y se introducen en la esfera del Derecho mercantil, concretamente, dado el tipo societario en este caso constituido, en el campo de la Sociedad anónima.

Precisan GARRIGUES y URÍA (1) que lo esencial del concepto de "fundador" es el hecho de participar en el contrato social y asumir alguna acción de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley. Esta intervención, habrá de hacerse en propio nombre o en representación de los verdaderos fundadores ya que si el otorgante no actúa en su propio nombre, sino en favor de otra persona, será ésta considerada como fundadora de la sociedad en virtud del mecanismo propio de la representación. En este punto, vuelve por consiguiente a surgir la cuestión de la falta de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales en nuestro derecho, con la inevitable consecuencia de que tal carencia de personalidad exige que la cualidad de socio haya necesariamente de atribuirse tanto al marido como a la mujer, que solamente se verá necesitada en este caso, de la precisa intervención de su marido para poder actuar en nombre propio, de acuerdo con los requisitos exigidos por el Derecho civil.

Por ello, el problema de si la inversión ganancial en el capital suscrito infringe o no el artículo 10 de la Ley de Sociedades anónimas que requiere como mínimo tres fundadores, habrá de resolverse en sentido negativo, pues, tanto el marido como la mujer adquieren el carácter de socios, sin que el hecho de que se trate de aportaciones de dinero ganancial haga recaer tal cualidad únicamente en el marido en atención a la circunstancia de ser a éste a quién incumbe en los supuestos normales, la administración de los bienes gananciales de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 59 y 1.412 del Código civil. Esta consecuencia se debe al carácter formal del acto de fundación social, mediante el que tanto el marido como la mujer revisten y adquieren la cualidad de socios de la sociedad que se constituye, sin perjuicio, claro está, del destino ganancial de las acciones que asumen. Tampoco hay base para interpretar el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el sentido de que exige concurrencia mínima de tres personas fundadoras que representen otros tantos patrimonios independientes, ya que la finalidad de la Ley es simplemente la de que los fundadores tengan solvencia para responder del cumplimiento de las obligaciones que asumen como tales, en interés no sólo de los accionistas sino de los futuros acreedores, es decir, precisan GARRIGUES y URÍA, se exige respecto de cada fundador una doble declaración de voluntad consistente en el ingreso en la sociedad que se funda y en la obligación que frente a ella contrae de aportar una parte del patrimonio social equivalente al importe nominal de las acciones suscritas.

Por último, de no seguirse el criterio de admitir la plena validez de las sociedades en que concurren tales circunstancias, no sólo, como acertadamente declaró la resolución de 16 de marzo de 1959, "se privaría arbitrariamente a los cónyuges de las múltiples posibilidades que les permiten, sin el menor fraude, desenvolver sus negocios en situaciones en que no exista otro medio mejor que la sociedad para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales", sino que se llegaría al paradójico resultado de que los cónyuges casados bajo el régimen ganancial al no poder utilizar, sin perjuicio de nadie, este medio lícito de incremento de su patrimonio común, fuesen de peor condición que los esposos sometidos a cualquier otro régimen matrimonial.

E. F. C.

(1) J. GARRIGUES y R. URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1953, págs. 208 y sigs.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
ELÍAS IZQUIERDO MONTORO,
JOSÉ CERDÁ GIMENO
y FRANCISCO CASTRO LUCINI

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

*COMPRA DE FINCA POR EL MARIDO CON MANIFESTACION DE LA ES-
POSA DE QUE EL DINERO DEL PRECIO ERA PRIVATIVO DE AQUEL,
SIN ACREDITARLO. Inscripción como ganancial (en el año 1926). Inscrip-
ción posterior como privativa por haberse acreditado la procedencia del
dinero del precio. Disposición o venta por el marido. (SENTENCIA DE 10 DE
DICIEMBRE DE 1969.)*

La demanda alegó fundamentalmente: Que don L. E, adquirió en estado de casado con doña C. B, mediante escritura pública de compraventa otorgada en 10 de febrero de 1926, una finca urbana, que fue debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad como de la sociedad conyugal, a pesar de las manifestaciones hechas en dicho instrumento público, referentes a la procedencia del dinero para dicha compra y que eran que el precio procedía de venta de valores que realizó el marido estando soltero.

Que la actora y su hermana eran hijas legítimas y únicas del matrimonio formado por don L. E. y doña C. B. Que doña C. había fallecido dejando como universales herederas a sus hijas. Que ocurrido el fallecimiento de la señora B., quedó disuelta por imperio de la Ley, la sociedad de gananciales, quedando los bienes de la misma, en situación jurídica de comunidad y proindivisión; que no se llegaron a efectuar ni operaciones particionales y liquidación de la sociedad conyugal, por acuerdo de los interesados en la referida comunidad. Que en dicho estado de cosas se llevó a efecto por don L. E. la enajenación de la finca urbana referida. Trataron los compradores y demandados

de obtener la correspondiente inscripción a su nombre, lo que no obtuvieron por no figurar la finca inscrita como propia del vendedor y no acreditarse el extremo de ser de la exclusiva propiedad del comprador el dinero con que se llevó a efecto la compra anterior, haciéndose la correspondiente anotación por el Registro, sin que dentro de término fueran subsanados los defectos señalados. Que la actora, a la vista de la posición registral y lo que conocía por manifestaciones verbales y también escritas de su padre, entre ellas la carta que acompañaba, promovió en contra de los demandados, juicio de conciliación que tuvo lugar sin efecto por incomparecencia de dichos demandados. Que don L. E. falleció, dejando como únicas y universales herederas a sus dos hijas doña M. de las M. y doña C. E. Que ocurrido el óbito del señor E. y habiendo desoido los compradores la posibilidad de un arreglo extrajudicial, no quedaba a la demandante otra solución que acudir a la vía judicial, y al solicitar para ello nota actualizada del Registro de la Propiedad de la expedida en 6 de diciembre de 1965, con su adición del 22 de abril de 1966, observó que la compra llevada a cabo a favor de los demandados había tenido acceso al Registro con inscripción 9.ª del dominio, después de lograrse por dichos compradores una inscripción intermedia de la propia finca, a nombre exclusivamente de don L. E., como bien de carácter patrimonial privativo, inscripción que estaba en contra de las anteriores manifestaciones de los mismos propietarios y del señor E. a sus hijas, constantes en el Registro, sin que en ningún momento el señor E. hubiera intentado subsanar dicho estado de cosas, antes al contrario siempre manifestó el carácter ganancial de la cosa objeto de autos. Terminó con la súplica de que se dictase sentencia en su día estimando la demanda, y declarando nula y sin ningún valor ni efecto legal, la escritura pública de compraventa, otorgada por don L. E. a favor de los demandados en 24 de marzo de 1966, con referencia a la finca urbana expresada y nula, por tanto, la inscripción 9.ª de dominio operada a favor de dichos compradores en el Registro de la Propiedad del partido.

Los demandados contestaron y se opusieron a la demanda, exponiendo sustancialmente como hechos: Que negaba todos los hechos de la demanda en cuanto no fueran expresamente reconocidos en la contestación; que don L. E., había adquirido mediante escritura pública de compraventa, otorgada ante Notario en 10 de febrero de 1926, la finca objeto del litigio, compareciendo en el acto de la compraventa, su esposa doña C. B., para confirmar la declaración de aquél de que el metálico con que adquiría la casa citada, era de su exclusiva propiedad, pues procedía de la venta de títulos de la Deuda Perpetua al 4 por 100 interior, realizada por mediación del Banco de España cuando aún estaba soltero; que doña C. B. falleció en estado de divorciada en 1935, no habiendo modificado en ningún momento la anterior manifestación; que la casa objeto de litigio, fue inscrita haciéndose constar las declaraciones hechas en el acto de la compraventa, considerándose dicha adquisición presuntivamente como ganancial, sin que el asiento efectuado prejuzgara el carácter de tales bienes; que posteriormente se acreditó documentalmente que el precio de dicha compra era de la exclusiva propiedad del esposo, practicándose la inscripción como bien privativo de éste; que en fecha 24 de marzo de 1965, el apoderado del señor E., vendió a los demandados la casa objeto de autos, produciéndose la inscripción 9.ª a favor de los mismos, hechos que estaban acreditados en el documento número 13 aportado por la actora; que la actora doña M. y doña C. E., habían aceptado la herencia de su madre, efectuando actos dispositivos de dicha causante; que en contra de lo afirmado de adverso hacía constar que no era cierto que la tramitación del nuevo asiento realizado

por el Registrador de la Propiedad, se llevase a cabo, después de tener conocimiento del acto de conciliación, ya que dicho asiento era de fecha 21 de junio de 1966, y el acto de conciliación era de 22 de marzo de 1967; que el señor E. no había fallecido cuando se produjo el asiento en que se consideraba como bien privativo de éste la casa objeto de litigio; que el señor E. falleció el 20 de marzo de 1967, es decir, dos días antes de la fecha del acto de conciliación; que la interpretación dada por la actora a la carta a que se refería el correlativo era errónea y en contra de reiterada jurisprudencia de esta Sala que establece que nadie puede ir en contra de sus propios actos—sentencias de 2 de febrero de 1951, en relación con la de 30 de junio de 1948, entre otras—; que hacía constar que a pesar de no haber fallecido el señor E. no se le demandaba, siendo una parte del contrato y ello era necesario, de acuerdo con la Jurisprudencia; que los demandados habían adquirido la finca de su legítimo propietario, siendo válida la compraventa, independiente de que el Registrador hubiera puesto impedimentos para su inscripción, ya que los defectos denunciados habían sido subsanados, pues fue demostrado que era bien privativo del esposo, no sólo por las manifestaciones de ambos esposos, sino por la certificación del Banco de España, que no había sido impugnada; que los demandados, eran terceros registrales, ya que adquirieron de buena fe, a título oneroso, al titular registral, y habían inscrito su derecho; que hacían constar asimismo que la manifestación de doña C. B. no había afectado a la legítima de sus herederos. Terminaron con la súplica de que se dictase sentencia por la que se desestimase la demanda, absolviendo de la misma a los demandados, con expresa condena de costas a la parte actora.

La demanda no prosperó. El Juzgado absolvió a los demandados. La Audiencia confirmó la sentencia de Primera Instancia.

El recurso de Casación no ha prosperado tampoco, basándose en las siguientes razones:

Considerando: Que para resolver el único problema que, en realidad, se plantea en el presente recurso, es decir el relativo a la naturaleza ganancial o privativa del bien inmueble vendido por el padre de la actual recurrente en estado de viudo y con fecha de 24 de marzo de 1965, mediante una operación de venta cuya nulidad se solicitó por pretendida inexistencia, es preciso tener en cuenta no sólo la presunción contenida en el artículo 1.407 del Código civil, siendo también al modo como hicieron los juzgadores de instancia, una serie de hechos—no simples conjeturas—, deducciones ni presunciones «ad homine»—que en este caso la desvirtúan, que tienen como punto de partida común a todos ellos, la compraventa efectuada por el mismo padre, pero en presencia de la esposa el año 1926, poco después de celebrarse el matrimonio, que fue autorizada notarialmente, y donde manifestó que el dinero entregado como precio—exactamente la cantidad de 25.000 pesetas—procedía de la venta que hizo estando soltero de unos títulos de la Deuda Pública de su exclusiva propiedad manifestación consentida y acatada por su mujer que, sin embargo, no pudo tener constancia registral al no haberse podido demostrar fehacientemente en ese momento la procedencia referida, por lo que—de acuerdo con lo establecido en la regla 3.ª del artículo 95 del vigente Reglamento Hipotecario—fue inscrito como ganancial, calificativo que, dada la función propia del Registro de la Propiedad y de los principios que en su torno se construyeron, podrá tener valor a los efectos y relaciones con terceras personas, pero no frente a las propias partes intervinientes según declaró la jurisprudencia de este Tribunal Supremo—en especial en las sentencias de 13 de noviembre

de 1917, 30 de junio de 1948 y 2 de febrero de 1951—a la manera como en este caso ellas mismas reconocieron, puesto que la esposa nada reclamó en el instante de procederse a la liquidación de la sociedad conyugal, como consecuencia de la en su día decretada separación legal de los cónyuges, del mismo modo que al ocurrir el fallecimiento de aquella el 19 de diciembre de 1935, no se instó la partición de los bienes hereditarios en que la casa discutida pudiera estar incluida, por parte de los herederos legítimos que habían de pasar como en efecto pasaron hasta ahora, por los actos realizados por su causante reconociendo el carácter de los bienes en cuanto no perjudique la legítima que en su caso les corresponda como herederos forzosos, todo lo cual no puede quedar desvirtuado con el contenido de la carta que el padre dirige a la hija que en este trámite figura como recurrente en la que lo único que dice es lo mismo que tuvo que decir cuando inscribió al realizar la compra o sea que no estaba probado que se hiciera con el dinero procedente de la enajenación de los títulos de la Deuda Pública antes referidos y conduce a la desestimación de los motivos 1.º y 6.º en que siempre con amparo en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento se alega violación de los 1.250 y 1.407 del Código civil y del párrafo 1.º del 38 de la Ley Hipotecaria y en el 2.º por aplicación indebida del 1.253 del propio Código.

Considerando: Que el perecimiento de los motivos de que se acaba de hacer mención, lleva consigo la confirmación del carácter simplemente privativo del bien que se vende en 1965, lo que supone tanto como ratificar lo sostenido por el Tribunal «a quo» en el sentido de que prestó su consentimiento—por medio de representante que permite el artículo 1.259 y concordantes del Código civil—el único que en su calidad de dueño individual estaba en condiciones de prestarle que consiguientemente dispuso de algo que por ser como dicho queda, de su exclusivo dominio no sujeto a traba ni límite de ningún género, estaba en perfectas condiciones de enajenar, lo que implica la desestimación del motivo 2.º en que por el cauce del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se alega violación del número 1 del 1.261 del Código civil referente al consentimiento contractual; del tercero por el mismo cauce procesal se denuncia también violación del 1.262 del propio Código en su apartado 2.º relativo al objeto de los contratos que, en abierta contradicción con el criterio legal y la doctrina constante de esta Sala se afirma que no existe por tratarse de un bien perteneciente a la comunidad hereditaria y, por tanto, ajeno al menos en parte, al patrimonio disponible de quien vende, y consiguientemente del 5.º, en el que utilizando la misma vía y resaltando esta pretendida discrepancia respecto de la cosa vendida, se estiman violados los artículos 1.265 y 1.266 de nuestro primer Código sustantivo, con indudable desconocimiento de lo que realmente y en sentido técnico significa el error como vicio de la voluntad contractual que en los mismos se contempla.

Considerando: Que el reconocimiento de la propiedad con carácter exclusivo que se acaba de hacer en favor del padre y causante de la actual recurrente, con la consiguiente validez de la compraventa que efectúa respecto del bien objeto del litigio de que trae causa el presente recurso de casación, priva también de toda consistencia al motivo 4.º en el que igualmente con amparo en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento se alega violación del 348 del Código civil, relacionado con la doctrina jurisprudencial que cita por entender que de ser válidos los argumentos esgrimidos el resultado final no podría ser otro, sino el derivado de la acción declarativa de dominio que allí se regula y que se ejerció con la demanda en su día, contrariamente

a lo que proclama la declarada validez de la venta efectuada que obliga a aquella desestimación que lo es también del recurso en su totalidad con los consiguientes pronunciamientos del artículo 1.648 de la Ley Procesal,

Parece evidente que la solución del caso litigado no podía ser otra que la que tuvo desde Primera Instancia.

Es interesante precisar que, en la actualidad, conforme al artículo 95, regla 2.ª, del Reglamento Hipotecario, la inscripción, al no demostrarse la procedencia o carácter del dinero-precio, se hubiera practicado a favor del marido, puesto que la esposa aseveró la manifestación de su esposo referente a que era propio, pero haciendo constar que el asiento no prejuzgaba la naturaleza privativa o ganancial.

Indudablemente, por lo que se deduce de los antecedentes, ocurrió lo prevenido en el párrafo 2.º de la regla 3.ª del mismo precepto: después de practicada la inscripción con el carácter de gananciales, se justificó su naturaleza privativa, se hizo constar así en el Registro y pudo inscribirse la venta realizada sólo por el marido.

ACCION REIVINDICATORIA DEL EDIFICIO QUE HA VENIDO OCUPANDO LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA. Nulidad de certificación de dominio expedida por el Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado de la Delegación de Hacienda y de la inscripción que produjo. Usucapión. Interpretación de normas legales: elemento sociológico. (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1970.)

Antecedentes: El procurador don . . . , en nombre y representación de la Compañía de Jesús, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Sevilla, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra el Estado, representado por el Abogado del Estado, alegando sustancialmente como hechos: 1.º Que la Compañía de Jesús adquirió de diversas personas, y ante distintos escribanos, por las respectivas escrituras que se relacionan, catorce pequeñas casas en Sevilla, entre los años 1554 a 1620. Que en los solares de las propiedades compradas comenzó a edificarse en 1554, por la Compañía de Jesús, y a sus expensas, la Casa Profesa y la Iglesia aneja de Sevilla, terminando la construcción de esta última en 27 de diciembre de 1569. Que las escrituras relacionadas se conservaban en las Casas de la Compañía, de donde las sacaron para hacer el inventario de los bienes de la Compañía, al ser expulsados de España por Carlos III. Que los documentos fueron recogidos y guardados por el Colegio Imperial de Madrid, hoy Catedral e Instituto de San Isidro. Que don Antonio Archimbaud y Solano, por encargo de Carlos III y bajo la dirección de Campomanes y Moñino redactó unos Índices de todas las propiedades de los jesuitas expulsados en los años 1768-1769, valiéndose de las escrituras que había en el antiguo Colegio Imperial, que fue saqueado por la Revolución de 1868, y las escrituras vendidas como papel al peso, pero quedaron los Índices de Archimbaud y Solano, que tienen fuerza probatoria legal, por que el Recopilador hizo el trabajo oficialmente, como Notario del Reino y Contador General de las Temporalidades de los Jesuitas, estos Índices se encuentran en el Archivo Histórico Nacional, en el Archivo de la Provincia, S. J., de Toledo, y en la Facultad de Filosofía y Letras de Alcalá de Henares. 2.º Que la Compañía de Jesús disfrutó en pacífica posesión su Casa Profesa e Iglesia desde el siglo XVI al XVIII, justamente hasta que Carlos III por la Real Pragmática Sanción, de 2 de abril de 1767, que forma la Ley III, libro I, título XXVI de la

Novísima Recopilación, extrajo de todos sus dominios a los jesuitas y ordenó la ocupación de todos sus bienes en España y los radicados en el extranjero, digo, Ultramar. Que cumpliendo la Real Disposición en la madrugada del día 3 de abril de 1767, fueron rodeados por tropas todos los edificios ocupados por los jesuitas en Sevilla, que custodiados salieron para el Puerto de Santa María, donde embarcaron con rumbo a Italia. Que la Casa Profesa de Sevilla, fue confiscada juntamente con la Iglesia por el Gobierno de S. M. Carlos III; los edificios de la Casa Profesa se dividieron en tres partes, la Iglesia que quedó abierta al culto, una parte se dedicó a internado o seminario y la otra parte, a Universidad Literaria, que se hallaba en el Colegio Mayor de Santa María de Jesús fundado a fines del siglo xv. Que S. S. Clemente XIV extinguió la Compañía de Jesús por un breve de 21 de julio de 1773. 3.º Que S. S. el Papa Pío VII restableció la Compañía de Jesús en todo el Orbe en 7 de agosto de 1814 y exhortó a todos los príncipes y soberanos de la tierra, y en concreto, a Fernando VII, en 15 de diciembre de 1814, a que la restableciera en su territorio, quien la restableció en su dominio por R. O. de 29 de mayo de 1815, en cuya parte dispositiva se dice, «sin embargo, de lo dispuesto en la expresada Real Pragmática de 2 de abril de 1767, y de cuantas Leyes y Reales Ordenes, se han expedido con posterioridad para su cumplimiento que derogo, revoco y anulo en cuanto sea necesario, para que tenga pronto y cabal cumplimiento el restablecimiento de los colegios, hospicios, casas profesas y de noviciado, residencias y misiones establecidas en las referidas ciudades y pueblos que los hayan pedido»; para el cumplimiento de esta disposición, se expidió la Cédula correspondiente en 9 de junio del mismo año, y por otro R. D. de 19 de octubre de 1815 se creó una Junta especial para el restablecimiento de los jesuitas en las capitales y pueblos que lo habían pedido, concediéndola la autoridad y jurisdicción necesaria. Que por Real Cédula de 23 de mayo de 1816, el rey Fernando VII ordenó respecto de la restauración de la Compañía de Jesús lo siguiente, «es mi soberana voluntad que se la devuelvan y restituyan, las casas, colegios, iglesias, hospicios, residencias, bienes y rentas que se la ocuparon al tiempo de la expulsión, y se hallen existentes en la actualidad, con obligación de cumplir las cartas de enseñanza y demás de justicia a que estén afectos, y que se declaren correspondierles. Que esta disposición solucionó la situación de los edificios, que procedentes de la Compañía estaban dedicados a servicios públicos se acordaba la devolución de derecho a la Compañía, aunque de hecho continuaran en poder de las entidades usufructuarias, y precisamente esto, aconteció con la Casa Profesa de Sevilla, pues la Universidad Estatal, por no disponer de edificio donde trasladarse continuó ocupándola, no obstante, de hecho, se le devolvió a la Compañía la parte del edificio que no necesitaba la Universidad. 4.º Que al no disponer la Universidad de un inmueble adecuado donde poder instalarse, la situación del inmueble se ha prolongado a través de todo el siglo xix, hasta el momento presente en que la Universidad ha encontrado acomodo en la antigua fábrica de tabacos. Que cuando se esperaba la devolución del edificio a la Compañía de Jesús, ésta tuvo conocimiento de que la Casa Profesa se había inscrito en el Registro de la Propiedad número 1 de Sevilla, como propiedad del Estado, mediante certificación expedida por el señor Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado, de la Delegación de Hacienda de Sevilla y con el visto bueno del señor Delegado, en la que interesa destacar que si bien se hace constar que pertenece al Estado, se desconoce el título de adquisición. Que esta inscripción en el Registro que carece de título no puede consentirse por las poderosas razones legales invocadas, ya que habiendo sido restituida de derecho la propiedad del inmueble a la Compañía de Jesús y dis-

frutando sólo el Estado del hecho de la posesión, no es lícito pretender atribuirse para ello nada menos que la propiedad de la casa, aprovechando las facilidades que para inscribir bienes concede al Estado la Ley Hipotecaria. Que los preceptos de la Ley y Reglamento Hipotecario que regulan las inscripciones de bienes a favor del Estado han sido infringidas, pues los mismos exigen bastante más que una simple certificación, en la que precisamente se dice, que se desconoce el título. Que la carencia de título a favor del Estado y la existencia de la propiedad a favor de la Compañía, es lo que motiva esta demanda reivindicatoria. 5.º Que dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 138 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, la Compañía de Jesús ha formulado la reclamación previa en vía administrativa, desechada por el Ministerio de Hacienda por acuerdo de 21 de febrero de 1967, notificado el 14 de marzo siguiente, por lo que agotada la vía gubernativa de conformidad con lo establecido en el artículo 142 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se interpuso demanda judicial. Alegó los fundamentos legales que estimó de aplicación y terminó suplicando se dictara sentencia declarando: 1.º Declarar nula, sin valer ni efecto, la inscripción que, a favor del Estado, figura en el Registro de la Propiedad del Distrito número 1 de Sevilla, de la finca urbana sita en dicha ciudad, en la calle Laraña, número 3, edificio denominado actualmente Universidad Literaria, que ha causado la inscripción 1.ª, registrada al folio 68, del tomo 384, libro 168 de Sevilla, finca número 7.796. 2.º Declarar que el título que originó la anteriormente reseñada inscripción, a favor del Estado, es radicalmente nula, sin ningún valor ni efecto. 3.º Estimar en un todo la acción reivindicatoria que se ejercita, restituyendo la propiedad y el pleno dominio de la finca, con sus accesorios, a la Compañía de Jesús, conforme a los términos establecidos en la Real Orden de 29 de mayo de 1815, y en la Real Cédula de Fernando VII, de 23 de mayo de 1816. 4.º Condenar al Estado a que esté y pase por todos los anteriores pronunciamientos, e imponerle asimismo todas las costas y gastos del juicio.

El Abogado del Estado contestó a la demanda y alegó sustancialmente: 1.º Que destaca del correlativo, por la trascendencia que puede tener para impedir el ejercicio de la acción reivindicatoria, el hecho confesado en la demanda, de que la Compañía de Jesús carece de los títulos originales de adquisición de las casas, mencionando simplemente índice de documentos cuyo contenido y alcance se desconocen de titulación supletoria que pudiera sustituir a la original, consistentes, bien en segundas copias obtenidas en los protocolos de los Escribanos autorizantes, bien en expedientes de dominio, posesión, actas de notoriedad, informaciones de perpetua memoria u otros medios probatorios supletorios establecidos por las Leyes de título original o supletorio de la Casa Profesa. Que en resumen existe un principio de prueba aunque insuficiente, respecto al dominio del suelo, y ninguno relativo a la edificación, lo que no puede atribuirse a incuria de la Compañía de Jesús, sino más bien al propio convencimiento de que el edificio que ha venido ocupando ininterrumpidamente la Universidad de Sevilla durante más de siglo y medio, pertenece en pleno dominio al Estado, español, tanto por ministerio de la Ley como por usucapión. 2.º Que la Pragmática Sanción de 2 de abril de 1767, por la que Carlos III de acuerdo con el parecer en su Consejo Real ordenó extrañar de todos sus dominios a los regulares de la Compañía de Jesús y ocupar todas sus temporalidades, aclaraba «que en la ocupación de las temporalidades de la Compañía de Jesús se comprenden sus bienes y efectos, así muebles como raíces, o rentas eclesiásticas que legalmente posean en el Reino». Que esta disposición

pasó a formar parte de la Novísima Recopilación. Que Carlos III, aceptando el informe del Asistente de la ciudad don Pablo de Olavide, acordó mediante la Real Provisión dada en San Ildefonso en 22 de agosto de 1769, el traslado de la Universidad de Sevilla a la que fue Casa Profesa de la Compañía. Que en aquel entonces la Casa Profesa debía hallarse en lamentable estado de conservación y totalmente carente de aulas, instalaciones y material adecuado para impartir enseñanza, siendo necesario demorar la apertura de la Universidad para realizar con carácter urgente y provisional las obras perentorias. Que el 31 de diciembre de 1661 tuvo lugar el traslado y ocupación de la Casa Profesa por la Universidad, y desde aquella fecha hasta nuestros días, casi dos siglos, ha venido ejerciendo el Estado español, por medio de la Universidad de Sevilla, su función docente en el edificio de la antigua Casa Profesa. Que es cierto han sido trasladadas las aulas de la Universidad en el curso de la última década, por etapas, a medida que se acondicionaba para ello la antigua fábrica de tabacos, pero en el viejo edificio continúan instalados en pleno y normal funcionamiento en el día de hoy los servicios públicos afectos a la Universidad.

3.º Que se ocupa el correlativo de la demanda de las dos posesiones dadas por el rey don Fernando VII en orden al restablecimiento de la Compañía de Jesús, examinando en primer lugar el Real Decreto de 29 de mayo de 1815. Como se desprende de su letra es una disposición de carácter provisional y urgente, dictada sin esperar a conocer el parecer del Consejo Real. Su ámbito de aplicación es parcial, pues no ordena el restablecimiento de la Compañía en todo el Reino, sino únicamente «por ahora en todas las ciudades y pueblos que lo han pedido» y no hace referencia alguna a la restitución de bienes. Que viene a continuación la Real Cédula de 9 de junio de 1815, y se acepta lo que dice la demanda de que fue dictada para cumplimentar el Decreto anterior, no especificándose por el actor cuál fue su alcance y contenido. Que viene después en el orden cronológico, el Real Decreto de 19 de octubre de 1815, que nada resuelve, por cuanto se limita a nombrar una Comisión con amplias facultades para el restablecimiento de la Orden en los pueblos que lo hayan pedido, pero nada se habla en él de restitución de bienes. Por último, la Real Cédula de 23 de mayo de 1815, en la que se salva ya la falta de audiencia del Real Consejo y se da carácter general al restablecimiento de la Compañía, autorizándola en todos los lugares del Reino y se provee a la restitución de los bienes, pero dice, «exceptúo de la restitución las fincas, bienes y efectos vendidos o de cualquier modo enajenados por título oneroso a favor de cuerpos y particulares y los donados o aplicados a objetos y establecimientos públicos que no pueden separarse de ello sin menoscabo a los mismos y ofensa a la común utilidad pública». Que la única interpretación racional de estas normas, llevan a distinguir dos clases de bienes: a) Bienes que serían objeto de devolución, los existentes no afectos a servicios públicos, aunque sobre ellos pasasen en ciertas cargas que habrían de cumplirse: b) bienes exceptuados de devolución, los enajenados a título oneroso, y respecto a los donados o cedidos, los que hubieran sido aplicados a fines o establecimientos públicos, de los que no pudiera separarse sin daño del servicio. Que, por tanto, no existía esa clase de bienes que el actor pretende, con dos titulares, uno de hecho (El Estado) y otro de derecho (la Compañía), así como no cabe duda de que la Universidad se halla entre los segundos. Que en el libro 848, folio 53 del Archivo Histórico Nacional Universitario, consta que el padre Diego de la Fuente, S. J., solicitó que se le diera cesión de parte del edificio que fue Casa Profesa de la Orden donde se daban clases de Gramática, Retórica y Matemáticas, acordándose de conformidad por la Regente del Reino, cuya providencia quedó sin efecto, en

virtud de los razonamientos formulados por el Rector, más como se insistiera por la Compañía y se ordenase de nuevo por la Regente la ejecución de lo acordado, reunido el claustro general el 15 de julio de 1836, nombró una Comisión que se ocupare del asunto, a falta de datos, es de suponer que se aceptasen las razones para que no se llevara a efecto la entrega del edificio solicitado, la realidad así lo prueba. 4.º Que en cuanto a la situación actual a que hace referencia el correlativo de la demanda, oponía el demandado, que la Real Cédula de 3 de mayo de 1816, exceptuó expresamente de la devolución, el edificio de la calle Laraña, por estar aplicado a objetos y establecimientos públicos, excepción que no tenía carácter transitorio, limitada al tiempo que en el inmueble, continuara instalada la Universidad. Que la incautación-restitución de los bienes de la Compañía de Jesús producida entre los años 1767 y 1816, si bien fue la primera, no ha sido la única en el transcurso del siglo XIX y aún en el presente; que la excepción de no restituir los bienes incautados que estuvieron afectos al cumplimiento de servicios públicos, no es privativa de la Real Cédula de 1816, sino que ha venido repitiéndose con absoluta unanimidad en todas las resoluciones posteriores, siendo la última de ellas, el Decreto de 3 de mayo de 1938, autorizada por el actual Jefe del Estado; que durante dos siglos, de los cuales en 180 años funcionó en él la Universidad, el Estado ha poseído el edificio de la calle Laraña día a día, real y jurídicamente a título de dueño, sin ser perturbado en su posesión, y durante este lapso ha realizado en él importantes reformas, acondicionaciones y reconstrucciones que la han transformado prácticamente en un edificio distinto del que fuera incautado en el siglo XVIII; que la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad a nombre del Estado, no es consecuencia del traslado de la Universidad a otro edificio, ni medio para perpetuar o legalizar, una situación *de facto*, sino obligado cumplimiento de Leyes dictadas con carácter general que manda efectuar la inscripción de todos los bienes del Estado, como son la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y su Reglamento aprobado por Decreto de 5 de noviembre del mismo año: que conforme a dicha Ley, la administración del patrimonio del Estado, corresponde privativamente al Ministerio de Hacienda, que la ejercerá a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado y de las Secciones del Patrimonio de las Delegaciones de Hacienda; que la inscripción se ha practicado de acuerdo con los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecario, con las peculiaridades previstas en la Ley y Reglamento del Patrimonio del Estado. 5.º Que acepta el correlativo. Y después de citar los fundamentos legales que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia absolutoria total para el Estado y la condena en costas del demandante.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró nula y sin valor ni efecto, la inscripción que a nombre del Estado figuraba en el Registro de la Propiedad del Distrito número 1 de Sevilla, relativa a la finca urbana, sita en la calle Laraña, número 3, edificio denominado actualmente Universidad Literaria; declarando asimismo que el título originario de la anterior inscripción a favor del Estado, es radicalmente nulo y sin ningún valor ni efecto, y estimando íntegramente la acción reivindicatoria ejercitada en la demanda, decretó la restitución de la plena propiedad de la citada finca con sus accesorios a la Compañía de Jesús, condenando al Estado a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y en consecuencia a que devuelva a la Compañía de Jesús la indicada finca, sin hacer especial condena en costas.

Interpuesto recurso de Apelación, la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla dictó sentencia por la que revocó la apelada y desestimó

la demanda, sin hacer expresa imposición de costas causadas en ambas instancias.

Interpuesto recurso de Casación, no ha triunfado. Se ha declarado no haber lugar a él. Son sus Considerandos:

Considerando: Que son hechos notorios reconocidos por ambas partes de que necesariamente hay que partir para el enjuiciamiento del presente recurso: 1.º Que la Real Pragmática, Sanción de 2 de abril de 1767, dictada por Carlos III, que pasó a ser la Ley 3.ª del título XXVI del libro I de la Novísima Recopilación, mandó el extrañamiento de los Regulares de la Compañía de Jesús de todos los dominios de España e Indias, islas Filipinas y demás adyacentes, y la *ocupación de todas sus temporalidades*, declarando que en la ocupación de temporalidades de la Compañía, se comprendían sus bienes y efectos, así muebles como raíces, o rentas eclesiásticas que legítimamente poseyeran en el Reino, *sin perjuicio de sus cargas*, mente de los fundadores, y alimentos vitalicios de los individuos, que serán de 100 pesetas durante su vida a los sacerdotes, y 90 a los legos, pagaderos de la masa general que se forme de los bienes de la Compañía. 2.º Que entre los bienes comprendidos en dicha ocupación, figuró la de la sazón Casa Profesa de la Compañía de Jesús en Sevilla, que se intenta reivindicar en la *litis* de que dimana este recurso. 3.º Que por Real Provisión de S. M. don Carlos III dada el 22 de agosto de 1769 se acordó el establecimiento de la que fue Casa Profesa de la Compañía de Jesús en Sevilla de la Universidad Literaria, con el deseo de establecer la enseñanza pública en esa ciudad en el mayor vigor y poner floreciente la Universidad Literaria, con consideración a estar situada en el medio de la ciudad y a la proporción del edificio, dándole la magnífica Iglesia de ella para celebrar los actos públicos, grados y demás funciones, dividiendo la habitación por su mucha capacidad en dos cuerpos, uno para la Universidad y el otro para Seminario de estudios en que pudiesen habitar los maestros y recogerse los Porcioneros que acudiesen. 4.º Que en ejecución de lo mandado, el 31 de diciembre de 1771 se hizo la trasiación de la Real Universidad al Real Edificio de la que fue Casa Profesa de los regulares expulsos de la Compañía de Jesús, y en señal de dar posesión Real actual corporal, «vel quasi» del referido edificio material y su Iglesia a la dicha Universidad, el señor don Juan Gutiérrez de Piñeres, teniente primero, que por ausencia del señor Asistente don Pablo Olavide, ejercía las funciones del empleo de Asistente, dispuso que la Universidad formada con el señor Rector y presidiendo su Merced el concurso con asistencia del doctor Baquerizo y Ministros, entrase por la puerta de la portería y se pasease por alrededor de los corredores del patio principal; que uno de los doctores que fue el padre Maestre Fray Francisco Xavier González, del Orden de Mínimos, Catedrático de Teología, éntrase como entró en una de las aulas y se sentase en la cátedra, de donde pasó a la Iglesia, en la que había un lucido concurso de los señores Jefes y Nobleza principal de la ciudad, estando también presente el Eminentísimo y Excelentísimo señor Cardenal de Solís, Arzobispo de Sevilla al lado izquierdo del Altar Mayor; y a vista de todos se colocó la Universidad y sus individuos en bancos, presidiéndola el señor Rector; en cuyo interín se tocaron varios conciertos de música, hasta que quedando todo el silencio, se predicó una oración retórica por el doctor don Pedro Manuel Prieto; todo lo cual pasó quieta y pacíficamente sin contradicción alguna. 5.º Que por Real Decreto de Fernando VII de 29 de mayo de 1815, S. M. mandó el restablecimiento de la Compañía de Jesús en todas las ciudades y pueblos que lo habían pedido, sin embargo, de lo dispuesto en la Real

Pragmática Sanción de 2 de abril de 1767, y de cuantas Leyes y Reales Ordenes se han expedido con posterioridad que derogó, revocó y anuló en cuanto fuese necesario, para que tuviera pronto y cabal cumplimiento el restablecimiento de los colegios, hospicios, casas profesas y de noviciado, residencias y misiones establecidas en las referidas ciudades y pueblos que los hubieran pedido; pero sin perjuicio de extender el restablecimiento a todos los que hubo en los dominios españoles y de que, *asi los restablecidos por este Decreto, como los que se habiliten por la resolución que diera a consulta el Consejo Real, queden sujetos a las Leyes y reglas que en vista de ella tuviere a bien acordar*, reconociendo en el preámbulo que la Compañía de Jesús «ha producido ventajas importantes por la buena educación de la juventud puesta a su cuidado por el grande ardor con que se aplicaron sus individuos al estudio de la literatura antigua, cuyos esfuerzos no han contribuido poco a los progresos de la bella literatura; que produjo hábiles maestros en diferentes ciencias, pudiendo gloriarse haber tenido un más grande número de buenos escritores que todas las otras comunidades religiosas juntas; que en el nuevo mundo ejercitaron sus talentos con más claridad y esplendor, y de la manera más útil y benéfica para la humanidad». 6.º Que por Real Cédula de Su Majestad y señores del Consejo de 3 de mayo de 1816 se manda que el permiso concedido por Real Decreto de 29 de mayo de 1815 con derogación de las Pragmáticas, Leyes y Reales Cédulas que en él se citan, para el restablecimiento de la Orden de la Compañía de Jesús, en las ciudades y pueblos del Reino que lo habían pedido en aquella época sea extensivo, general y sin limitación a todos los demás dominios, así de España como de las Indias e islas adyacentes en que se hallaba establecida dicha Religión al tiempo de su extrañamiento, manifestando Fernando VII que «a fin de que se verifique la restauración de la Compañía con la brevedad que deseo y conviene a la felicidad espiritual y temporal de mis reinos, es mi soberana voluntad que se la devuelvan y restituyan las casas, *colegios*, iglesias, hospitales, residencias, bienes y rentas que se la ocuparon al tiempo de la expulsión, y se hallan existentes en la actualidad, *con obligación de cumplir las cargas de enseñanza* y demás de justicia a que estén afectos, y se declaran corresponderles. *Exceptuó de la restitución las fincas, bienes y efectos* vendidos o de cualquier modo enajenados por título y causa onerosa a favor de Cuerpos o particulares, y los donados o *aplicados a objetos y establecimientos públicos que no pueden separarse de ellos sin menoscabo de los mismos y ofensa de la común utilidad*. Y encarga, finalmente, a la Junta creada de nuevo para entender privativamente en la ejecución del restablecimiento, que al acordar el de los colegios y casas de la Compañía por el orden que más convenga, ajuste en todos sus casos sus providencias a las reglas que van indicadas, y me consulte en los dudosos, las que estime más conformes a evitar perjuicios y quejas, y a que se consiga el mejor servicio de Dios, y el mío, y la felicidad de mis pueblos, que son los fines que me propongo». 7.º Que en el momento del restablecimiento de la Compañía de Jesús y del reintegro de los bienes, la Universidad Literaria de Sevilla seguía establecida en la antigua Casa Profesa, situación que conocidamente ha subsistido hasta fecha inmediatamente anterior a la iniciación del pleito de que dimana este recurso, al ser trasladada la Universidad al edificio de la antigua fábrica de tabacos, identificada actualmente como la finca urbana situada en la calle de Laraña, número 3 y denominada Universidad Literaria. 8.º Que con ocasión del traslado de la Universidad, el Estado haciendo uso de las prerrogativas de la Ley Hipotecaria, inmatriculó la finca en el Registro de la Propiedad número 1 de Sevilla como propiedad del Estado, si bien hacía constar en la oportuna certificación

administrativa, «desconociéndose el título de adquisición». 9.º Que la Compañía de Jesús, ante la actitud adoptada por el Estado, tras formular la pertinente reclamación previa en la vía gubernativa, interpuso el correspondiente juicio declarativo solicitando se declarase la nulidad del título y del asiento registral producido y se estimase en un todo la acción reivindicatoria ejercitada, restituyendo la propiedad y el pleno dominio de la finca con sus accesorios a la actora, conforme a los términos establecidos en la Real Orden de 29 de mayo de 1815 y en la Real Cédula de Fernando VII de 23 de mayo de 1816.

Considerando: Que partiendo de los anteriores elementos de juicio, la cuestión principal debatida, consiste en determinar si la Casa Profesa de la Compañía de Jesús, sita en la calle de Laraña, número 3, de Sevilla, quedó incluida en la restitución ordenada por el Real Decreto de 29 de mayo de 1815 derogatorio de la pragmática sanción de 2 de abril de 1767, restitución reiterada y extendida por la Real Cédula de 1816, bien que con la carga de enseñanza representada por la instalación en la Casa Profesa de la Universidad de Sevilla, lo que determinaría la liberación de la carga al dejar de tener el específico destino de Universidad, que es la tesis de la actora y de la sentencia apelada, o si por el contrario, la Casa Profesa quedó comprendida entre los bienes excluidos de la restitución como establecimiento público que no puede separarse de aquella sin menoscabo, según entiende el Estado demandado y la sentencia recurrida.

Considerando: Que en materia de interpretación de las normas legales, como ya declaró esta Sala en su sentencia de 21 de noviembre de 1934, aún sin acoger todas las conclusiones propugnadas por los partidarios del llamado método histórico evolutivo de la interpretación de las normas jurídicas, puede admitirse hoy como doctrina ponderada y de muy general aceptación, la de que no bastan para realizar completamente la función interpretativa los elementos gramaticales y lógicos, pues la Ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos, sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico, integrado por aquella serie de factores—ideológicos, morales y económicos—que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico, y si bien es cierto que estos factores—aparte de que no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y sí solo para suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego—requieren en su utilización mucho tino y prudencia, porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad el entregar al criterio subjetivo del Juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo, se ha de reconocer que su aplicación se hace más segura y decisiva cuando se trata no de estados de conciencia todavía nebulosos o en vías de formación, sino de tendencias o ideas que han penetrado ya en el sistema de la legislación positiva o han tenido su reconocimiento de manera inequívoca en la Ley suprema del Estado.

Considerando: Que esta interpretación de los referidos preceptos positivos debe ser obtenida, como proclama la sentencia de 14 de octubre de 1965, no sólo de la letra estricta del texto legal, sino teniendo en cuenta su sentido lógico—que busca el espíritu y sentido, así como la finalidad de la Ley, al modo como ya dijo esta Sala especialmente en las sentencias de 26 de noviembre de 1929, 27 de junio de 1941, 5 de junio de 1945 y 27 de noviembre de 1947—y su ponderación sistemática que obliga a considerar el Ordenamiento jurídico

como un todo orgánico—como también dijo esta Sala en las sentencias de 14 de junio de 1944, 25 de enero de 1945 y 22 de noviembre de 1946, entre otras; sin que sea rigurosamente exacto que las normas de derecho singular o excepcional estén necesariamente sustraídas al juego de la interpretación extensiva, ni rechacen siquiera, en absoluto, como ya se advirtió en sentencias de 7 de noviembre de 1940 y 28 de septiembre de 1968—el empleo del procedimiento analógico.

Considerando: Que la aplicación al caso de autos de la doctrina legal expuesta hace desestimable los dos motivos del recurso, pues la interpretación gramatical, lógica y sistemática de la Real Cédula de 3 de mayo de 1816 pone de relieve la existencia de dos clases de bienes incautados a la Compañía de Jesús; los que serían objeto de devolución inmediata, aunque sobre ellos pesasen ciertas cargas, que habrían de cumplirse, y los que quedaban exceptuados de la devolución por haber sido enajenados a título oneroso, y respecto a los donados o cedidos, los que hubieren sido aplicados a fines o establecimientos públicos de los que no se pudieran separar sin daño del servicio, sin que pueda hablarse de un tercer «genus» como pretende la actora hoy recurrente, siendo indudable que la Casa Profesa donde se hallaba establecida la Universidad Literaria, no se puede considerar sujeta a una carga de enseñanza, como corrobora la Real Pragmática Sanción, que al mandar la ocupación de todas las temporalidades, lo hizo sin perjuicio de sus cargas, y no puede calificarse de tal el destino dado por el Estado a dicha Casa Profesa, que entra de lleno en la excepción, por haber sido aplicada a un establecimiento público como la Universidad, aunque no identificara a estos con los de enseñanza, debiendo entenderse limitadas las cargas de enseñanza a las que pesaban sobre los Colegios de la Compañía, que habían de devolverse inmediatamente, para que siguiera la buena educación de la juventud puesta a su cuidado, respetando la voluntad de los fundadores, como se reconocía por el Real Decreto de 29 de mayo de 1815, lo que no tendría justificación posible con un condicionamiento como sería el de mientras durase la Universidad en el edificio, que a estos efectos habría durado casi 200 años, privando a esa restitución de la finalidad pretendida, interpretación que viene avalada por la analogía con los efectos restitutorios de la derogación de las Leyes Desamortizadoras.

Considerando: Que tampoco puede prosperar el motivo 3.º por referirse a argumentos de la sentencia recurrida, hechos a mayor abundamiento, ya que el fallo descansa en la inteligencia de que el Estado es pleno propietario de la finca reivindicada, que quedó definitivamente excluida de la restitución y en el acto solemne de posesión por parte de la Universidad sin contradicción alguna, pero en todo caso es evidente que proclamada la titularidad del Estado, no podía negarse en su posesión, durante casi 200 años ha sido en concepto de dueño.

Considerando: Que el motivo 4.º si tuviese el carácter autónomo que pretende el recurrente, al haberse desentendido el fallo de resolver sobre la nulidad del título de inmatriculación y del asiento registral, debía haberse denunciado al amparo del número 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento, y privada de interés la actora al no haber prevalecido la acción reivindicatoria ejercitada, carece de acción para promover dicha nulidad, por lo que también ha de ser desestimable dicho motivo y con él el recurso en su totalidad.

La sentencia ha contemplado un caso de indudable interés anecdótico. Desde el punto de vista jurídico, tal vez lo más destacable sea el estudio que se hace de la interpretación de la Ley; del elemento sociológico, de la interpretación extensiva, del procedimiento analógico.

La norma, dice FILIPPIS (1), tiene una objetividad real, es algo exterior a aquellos—autoridades y súbditos—a quienes va dirigida. Para analizarla y aplicarla es menester asimilársela, aprenderla, pasarla a la propia conciencia, saberla en una palabra. Sólo sabiéndola, conociéndola íntegramente y por todos sus lados, es como podrá descender a la voluntad del súbdito en forma de propósito y decisión para disciplinar sus actos, y sólo traducida y reconocida en su verdadero alcance podrá llegar a los puntos de la pluma del juez o del juriconsulto para inspirar sus fallos y alegatos. Y como la norma es una convicción jurídica declarada en forma autoritaria, un pensamiento o idea de Derecho expresados en forma imperativa, no nos hacemos plenamente socios y sabedores de ella, sino penetrando a través de la fórmula hasta el pensamiento en la misma contenido. En este respecto, tratamos de descubrir lo interno por lo externo, el pensamiento por la forma, la idea por las palabras que la expresan, rehacemos como dice SAVIGNI, en sentido inverso el camino seguido por el legislador, ya que éste concibió la idea y buscó después la expresión adecuada, y el intérprete parte de ésta para elevarse a aquélla.

A la operación en cuya virtud se descubre el pensamiento contenido en una norma, apoderándose de él y colocándole en aptitud de desenvolverle, se llama interpretación. De ella ha dicho FILIPPIS que es la subjetivación (en el sentido de apoderarnos de ella) de una norma objetiva de Ley; CHIRONI, que es el conjunto de investigaciones aptas para poner exactamente el significado de una Ley; GENY, que es el reconocimiento por sus síntomas de una voluntad (la legislativa), y SAVIGNY, que es la reconstrucción del pensamiento contenido en la Ley.

En cuanto a ese elemento sociológico al que alude la sentencia, recordemos (siguiendo a la obra antes citada) que ya la Escuela Histórica enseñaba que el título de la fuerza obligatoria de la Ley no está tanto en emanar de la voluntad del legislador como en responder a la convicción jurídica común de la sociedad, única y suprema fuente del Derecho, y del poder autoritario y directivo de las Leyes. En la Ley no tiene valor alguno el juicio individual del legislador, sino aquella parte de la convicción común que interpretó y tradujo fielmente ese legislador, la personalidad de éste desaparece por completo. La voluntad del legislador es una abstracción inconsistente, que no debe ser tenida en cuenta en la aplicación del Derecho. Por otra parte, ¿quién es el legislador en el complejo mecanismo legislativo moderno? El verdadero legislador, dicen, es la realidad social de que la Ley es un pálido reflejo. La fuente viva y suprema de la interpretación jurídica es esa realidad social con sus costumbres, necesidades económicas, concepciones morales, con sus relaciones todas modificándose sin cesar.

B. M.

(1) Seguímos a CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, tomo I, págs. 137 y sigs., nueva edición revisada, 1959.

II. DERECHOS REALES

TERCERIA DE DOMINIO. ACCION REIVINDICATORIA. ACTO DE CONCILIACION. CONFESION JUDICIAL (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1970).

Doctrina del Tribunal Supremo: 1.º Estando ínsito en toda tercería de dominio el ejercicio de una acción reivindicatoria, se deben cumplir los requisitos de ésta, cuando se ejercita la tercería. 2.º Lo convenido en acto de conciliación sólo surte efectos entre quienes se allanan en el mismo. 3.º La confesión judicial no tiene eficacia probatoria respecto a terceros. 4.º Desde el punto de vista formal, hay que citar en el recurso con claridad y precisión los preceptos legales infringidos y el concepto en que lo hayan sido, no bastando que se citen diversos artículos, sin señalarlos específicamente como infringidos.

Antecedentes.—Caso L. M. J. contra M.ª P. B. Ch. y J. P. M. y otro más.

L. M. J. formula demanda de tercería de dominio con ocasión de un embargo trabado en autos de separación conyugal por M.ª P. B. Ch. contra su esposo J. P. M., sobre los frutos y rentas de una fábrica de lejías, propiedad del citado esposo. El tercerista alega que el terreno en el que se asienta la fábrica es de su exclusiva propiedad, no del esposo J. P. M., apareciendo la titularidad fiscal del Impuesto Industrial exclusivamente a su nombre, pidiendo se alce el embargo.

En el acto de conciliación compareció J. P. M., no la esposa, y reconoció que la fábrica era de propiedad exclusiva del tercerista.

La demandada, M.ª P. B. Ch. aun reconociendo que el terreno es propiedad del actor tercerista, manifiesta que el negocio de lejías pertenece «pro indiviso» al tercerista y a su esposo, habiéndose trabado el embargo sobre la mitad de los frutos y rentas, no sobre la totalidad, es decir, se trabó sobre bienes que no eran propiedad del tercerista, por lo que no procede alzar el embargo.

El Juzgado de Primera Instancia número 15 de Madrid y la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid desestimaron la demanda de tercería de dominio.

El recurso y la solución del Tribunal Supremo.—El tercerista L. M. J. interpone recurso de casación por infracción de Ley, basándose en cinco motivos, que resumimos así:

1.º Teoría de la accesión del artículo 355 del Código civil: los frutos y rentas de la fábrica son de propiedad exclusiva del tercerista, pues al no ser constitutiva la inscripción en el Registro mercantil para el ejercicio del comercio por una empresa individual, hay que relacionar todo ello con la propiedad del terreno (!), y no separar la propiedad del negocio y la propiedad del terreno, como ha hecho la Audiencia, que señala la «pro indivisión» respecto al primero y la propiedad exclusiva del tercerista respecto al terreno.

2.º Los requisitos de la acción reivindicatoria sólo se dan para recobrar cosas corporales, concretas y determinadas, que obren en poder del demandado, según estableció la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1954, por lo que no debe exigirse el requisito referente a la necesidad de justificar

el dominio de la cosa, con identificación de ésta por parte del tercerista, en relación con la titularidad de un negocio (universalidad de derecho), que funciona como Empresa individual.

3.º La Sala ha olvidado lo convenido en el acto de conciliación, cuya veracidad y exactitud en cuanto a las manifestaciones contenidas en el mismo, no han sido desvirtuadas por los demás medios de prueba.

4.º El Tribunal sentenciador no reconoce el valor de una confesión judicial de J. P. M., máxime en las tercerías, ya que es doctrina jurisprudencial que «la confesión judicial no puede destruirse sin demostrar su error, y nunca por meras apreciaciones del Tribunal sentenciador» (sentencia de 1 de diciembre de 1954).

5.º Insiste en el valor del acto de conciliación, contemplándolo ahora desde la perspectiva del artículo 1.091 del Código civil.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Emilio Aguado González, desestima el recurso, estableciendo lo siguiente:

«Considerando: Que insisto en toda tercería de dominio, el ejercicio de una acción reivindicatoria, se ha de acreditar, para su éxito, la concurrencia de los requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia para que resulte viable tal acción, y, entre ellos, como primordial, el acreditamiento del dominio, sobre la cosa que se reclama...

Considerando: Que no se cumplió con el requisito sólida y reiteradamente establecido por la jurisprudencia, en observancia estricta del número 7.º del artículo 1692, en relación con el párrafo 1.º del artículo 1720, todos de la Ley de Enjuiciamiento civil, de citar con claridad y precisión el precepto legal que se crea infringiendo y el concepto en que lo haya sido, defecto de índole formal, causante, por sí sólo, de la desestimación del motivo o motivos incurso en el mismo; cierto que en los motivos, se citan diversos artículos, como en el tercero, el 476 de la Ley Procesal, y en el cuarto, el 580 del mismo Cuerpo legal y el 1.232 del Código civil, sobre la trascendencia de la confesión judicial, aun sin señalarlos específicamente como infringidos, pero es indudable que, aun prescindiendo del defecto formal, no pueden extraerse, a la vista de dichos artículos, las consecuencias que el recurso propugna... con olvido de que las propias disposiciones legales que se citan, muestran claramente que lo convenido en acto de conciliación sólo puede producir efecto respecto a quienes se allanan en la pretensión deducida o convengan algo respecto a ella, y lo admitido en confesión judicial no tiene eficacia probatoria alguna en cuanto a terceros o que litiguen, con separación, en el pleito...

Considerando: Que tanto el Juzgado de primera instancia como la Audiencia, precisan y dan por probados una serie de hechos, extrayendo de los mismos las consideraciones jurídicas que estiman procedentes y de las que infieren que, no se justifica, en forma adecuada, el dominio exclusivo que por el tercerista se aduce...; y los restantes motivos del recurso... carecen de toda fuerza amparadora..., ya que el primero se limita a recordar la teoría de la acción, que no puede ser óbice a la declaración hecha en la instancia sobre la copropiedad, no del terreno en que se desarrolla el negocio, sino del negocio mismo; el segundo, se circunscribe a disquisiciones intrascendentes sobre la acción reivindicatoria, oponiendo en lo que concierne al caso de autos, el criterio propio del recurrente al de la Sala, sobre si está o no hecha la justificación dominical...»

ACCION DECLARATIVA DE PROPIEDAD (Sentencia de 25 de noviembre de 1969).

Antecedentes.—Caso F. R. L. y otros contra la Comunidad de Regantes del Término de Mambblas.

F. R. L. y otros vendieron diferentes parcelas a Fibras Esso, S. A., la cual utilizó para la construcción de sus instalaciones el terreno ocupado por un tramo del Camino de Malpica y del brazal de la Torre de Lacambra, existentes entre las parcelas compradas, una vez hecha la variación de emplazamiento del camino y brazal de riego. El problema se plantea respecto a la propiedad de esos tramos de camino y brazal. El Sindicato de Riegos de la citada Comunidad de Regantes se dirigió a Fibras Esso, S. A., para hacer efectivo el importe del precio, por considerarse titular del camino y brazal de riego. Por su parte, F. R. L. y los demás vendedores trataron de obtener el precio correspondiente de Fibras Esso, S. A. Pero esta Sociedad, ante la solicitud de la Comunidad de Regantes, que alegaba derechos dominicales sobre los citados tramos, no se decidió a pagar la cantidad correspondiente a los antiguos vendedores de las parcelas.

Entonces F. R. L. interpone demanda sobre declaración de propiedad contra la Comunidad de Regantes del Término de Mambblas, alegando que les correspondía la propiedad del camino y brazal, aunque sobre ellos pesara una servidumbre de paso y de acueducto, a favor de determinados titulares distintos de la Comunidad de Regantes. Esta, por su parte, defendió sus derechos.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Zaragoza y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda.

Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley por los demandantes, el Tribunal Supremo en Sentencia de la que ha sido ponente don A. G. R., declara no haber lugar al recurso, estimando: 1.º Que no fue probado el título de dominio por el actor que ejerció la acción declarativa de propiedad, según el Juzgador de instancia; 2.º Que en el recurso se alega un nuevo modo de adquirir (la prescripción), que no fue alegado por el actor antes, ni en la demanda ni en momento alguno de la tramitación de juicio, por lo que no puede haberse cometido la infracción denunciada en el recurso.

LUCES Y VISTAS. TEORIA DEL ABUSO (Sentencia de 20 de mayo de 1969).

Doctrina de la sentencia.—1.º El artículo 582 del Código civil es aplicable a pesar de la gran diferencia de altura entre los dos edificios, sin que sea admisible limitar la aplicación del citado artículo a los casos en que se produzca una indiscreta inspección o visibilidad ajena sobre el fundo sobre el que se abren las ventajitas. 2.º No se pueden considerar actos emulatorios o de abuso de derecho los actos de los accionantes pidiendo que se tapien los huecos o ventanas abiertos sobre su fundo en las condiciones dichas, alegando que esta pretensión carece de un fin serio o legítimo, extralimitándose en el ejercicio de su derecho de propiedad, ya que éste lleva consigo la utilización libre del suelo y del vuelo, aunque no existiere molestia en el presente.

Antecedentes.—Caso F. contra J.

Por el lindero del fondo de un edificio propiedad de F. F. y su esposa (demandantes), se construyó por la Empresa J. C. (demandada), un edificio de once plantas, de mucha más altura que el colindante, habiéndose edificado en la última planta a base de hierro y cristal y con cubierta de material transparente, una terraza con ventanales sobre la finca vecina, siendo sus vidrieras completamente cerradas, sin que puedan abrirse tampoco hacia el interior. Esta terraza se encuentra siete plantas más arriba que el tejado de la finca colindante.

Los actores piden que se declare que la finca de su propiedad no debe ninguna servidumbre de luces y vistas, por lo que se debe condenar a los demandados a hacer las obras necesarias para tapiar los ventanales o retirarlos a la distancia reglamentaria.

Los demandados (la Empresa constructora y el propietario del piso) opinan que la terraza construida no implica ninguna servidumbre a su favor, por lo que en el futuro podrán levantarse frente a ella las construcciones que se estimen pertinentes, y por ello no procede actualmente, hacer obras de adaptación o tapiado en el edificio.

Solución del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo.—Estima totalmente la demanda, conforme al artículo 582 del Código civil.

Solución de la Audiencia Territorial de Oviedo.—Da la razón a los demandados declarando que los ventanales de la terraza no implican servidumbre y que el artículo 582 del Código civil debe aplicarse cuando hay una indiscreta inspección ajena, por lo que, en este caso, dada la diferencia de altura entre los dos edificios, no procede su aplicación.

El recurso y la solución del Tribunal Supremo.—Los demandantes interponen recurso de casación por infracción de Ley, por violación del artículo 582 del Código civil.

Siendo ponente el magistrado Manuel Lojo Tato, el Tribunal Supremo estima el recurso, casando la sentencia de la Audiencia, estableciendo la doctrina expuesta al principio en resumen, que se desarrolla así:

«Considerando: Que el artículo 582 del Código civil contiene, sin duda, una prohibición de orden legal referida a las limitaciones impuestas al dueño de una pared para poder tener vistas rectas u oblicuas sobre la finca del vecino y determinando las distancias que deben mediar...; más también debe notarse que las únicas ventanas que la Ley permite abrir al dueño de pared no medianera contigua a finca ajena son las que se especifican en el artículo 581 del mismo Código...; siendo obvio que esas luces son de mera tolerancia y no implican servidumbre en favor del dueño del inmueble que las abre; pero debe significarse también que en el caso ahora debatido, se da, desde luego, la condición de contigüidad entre dos fincas, y las luces y vistas que se discuten, rebasan, sin duda, alguna, y muy ampliamente la permisión legal... estando 'prima facie' comprendido en la prohibición del artículo 582..., y ello, aunque la terraza de que se trata esté cerrada herméticamente con carpintería metálica y vidrio 'Securit', pero transparente, y a pesar de la diferencia de altura, hoy existente, entre la casa edificada en terreno de los accionantes y la de los demandados.

Considerando: Que si bien la simple apertura o la utilización de una vista en pared propia, no significa la existencia de un derecho real de servidumbre, siendo correcta—al tratarse de una servidumbre negativa—la interpretación dada sobre el acto obstativo, conforme a lo establecido en el artículo 538 del mismo Código civil, por la Sala sentenciadora, no obstante, no cabe negar el interés jurídico que en principio tiene el propietario de la finca contigua para poner coto a una contravención legal y a una situación susceptible de producirle un perjuicio futuro, buscando la seguridad dimanante de una propiedad plena y libre de gravámenes, teniendo presente el alcance que la doctrina ha concedido al artículo 350 del repetido Código y la extensión objetiva del dominio en sentido vertical, sin que tampoco sea admisible que la única finalidad del antes mencionado artículo 582 sea la de proteger a los propietarios o poseedores de un fundo de la indiscreta inspección ajena, pues también cuenta la seguridad del fundo y su utilización libre y el respeto a los derechos dominicales, tanto en el suelo como en el vuelo, aunque no existiere molestia en el presente.»

En otro Considerando, el Tribunal Supremo indica que este caso es diferente al resuelto en la sentencia de 1 de febrero de 1909, y también al de la sentencia de 17 de febrero de 1968, en que se trataba de material traslúcido que, «impidiendo la visión», permitía el paso de la luz en intensidad limitada, por lo que no sería prudente la adopción ahora de un criterio extensivo, por inadecuado. Y termina la sentencia señalando que no existe aquí abuso de derecho, según se ha dicho más arriba en el resumen de la doctrina de la sentencia.

Comentario.—El supuesto de hecho de esta sentencia debe ser encuadrado sistemáticamente dentro de las relaciones de vecindad, que se incluyen a su vez dentro de los límites y de la extensión normal del dominio. Ello, a pesar de que el Código civil incluye la materia de luces y vistas entre las llamadas servidumbres legales, ya que por encima de la sistemática de la Ley, está el sentido que se desprende de la misma Ley.

No interesa aquí analizar las imprecisas teorías sobre el principio inspirador de las relaciones de vecindad (ver cualquier Tratado). Unas son más amplias o permisivas para la actuación del vecino (teoría de los actos de emulación, teoría de la ilicitud del acto lesivo). Otras son más estrictas (teoría de la inmisión). En fin, hay teorías intermedias (así BONFANTE, FERRARA). Lo que interesa de verdad, es analizar el Derecho positivo. Pero nuestro Código civil no contiene normas o principios generales sobre las relaciones de vecindad, a diferencia del Código civil alemán, italiano o portugués.

Fueron, por primera vez, PÉREZ Y ALGUER los que, adaptándose a la terminología y sistemática del B. G. B., apuntaron la idea de las relaciones de vecindad. Según estos autores, los artículos 1.908 números 2.º y 4.º y el 590 «dan base suficiente para fraguar una teoría general de las inmisiones al través de una analogía generalizadora» (notas al Derecho de Cosas de WOLFF, volumen I, 2.ª edición). Creo que hay que entender bien esto de la analogía generalizadora, teniendo en cuenta el caso de esta sentencia que comentamos. Analogía, en cuanto a la responsabilidad por infracción de las normas de vecindad y en cuanto a la caducidad de la acción de indemnización, en su caso. E incluso, analogía generalizadora para la admisión de otros supuestos que exigen las relaciones de vecindad. Pero que no se generalicen por analogía los citados artículos cuando el supuesto concreto de vecindad está ya regulado expresamente por otro artículo, con requisitos claros y específicos. Porque, si

tratamos de generalizar ciertas expresiones del artículo 1.908 del Código civil (ejemplo: «humos excesivos») o del artículo 590 (lo «nocivo» o «perjudicial») adaptándolas al caso de luces y vistas, se producirán generalizaciones abusivas. No fue esa la idea de PÉREZ Y ALGUER. Me explicaré. El número 2 del artículo 1.908 del Código civil prohíbe los «humos excesivos». Luego los humos no excesivos no se prohíben. Queda al arbitrio judicial precisar la cuestión de lo excesivo, según las circunstancias. En sentido parecido, el artículo 590, referente a pozos, cloacas, etc., alude a lo que sea «nocivo». Lo no nocivo no queda prohibido. Entonces, hay que preguntarse: ¿se podrá decir por analogía generalizadora que en el fondo del artículo 582 del Código civil, referente a las luces y vistas, debe entrar también el arbitrio judicial, haciendo jugar en su interpretación la idea de lo que es excesivo y lo que no es excesivo? ¿O la idea de FERRARA, de la inmisión considerable o no considerable? Esto interesa dejarlo bien claro. Porque, en nuestro caso, la Audiencia de Oviedo dio la razón al que abrió las ventanas dentro de las distancias prohibidas por el artículo 582 del Código civil, aludiendo a la no existencia de «indiscreta inspección ajena», dada la diferencia de altura de los dos edificios. La Audiencia hace entrar en el artículo 582 los términos de lo indiscreto o lo discreto. Esto me recuerda a lo excesivo o lo nocivo de los artículos 1.908 y 590. ¿Es que hace la Audiencia una analogía generalizadora? No me preocupa resolver esto. Me interesa más decir que una analogía generalizadora *abusiva* puede dar lugar a una tesis similar a la de la Audiencia, que se sale de los términos del artículo 582 del Código.

Creo que no se debe proceder así en materia de luces y vistas. La cuestión de si la apertura de luces y vistas produce una inspección discreta o indiscreta no corresponde decidirla al Juez, con la idea del arbitrio judicial, pues es el propio Código civil, la ley, quien lo resuelve: produce inspección indiscreta la apertura de luces dentro de las distancias previstas. ¿Cómo se iba a aplicar aquí la analogía, si está escrupulosamente regulada la materia? Tratándose de humos, olores y otras cuestiones de vecindad, no pueden darse normas matemáticas o exactas, pero en materia de luces y vistas sí, y el legislador así lo ha hecho dando seguridad a esta cuestión con normas matemáticas o geométricas.

Por tanto, la solución de la Audiencia Territorial de Oviedo, haya sido o no obtenida por medio de la analogía generalizadora, ha rebasado los términos de los artículos 581 y 582 del Código civil. Así lo entiende el Tribunal Supremo, casando la sentencia de la Audiencia.

La postura del Tribunal Supremo es acertada. Si el Supremo no hubiera ordenado cerrar las ventanas, habría abierto la puerta a una inseguridad de criterio y posible arbitrariedad en esta materia, de aplicación tan frecuente.

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR LA EXISTENCIA DE UN RETRACTO LEGAL. LA FRASE «EL COMPRADOR TOMA POSESION DE LA FINCA» SE ESTIMA POR LA SALA COMO UNA CONSUMACION DE LA COMPRAVENTA. LA CLAUSULA QUE DICE «QUE LA ESCRITURA SE OTORGARA AL TERMINAR EL PAGO DEL PRECIO» NO IMPLICA RESERVA DE DOMINIO POR PARTE DE LA VENDEDORA. LOS PRECEPTOS DE CARACTER ADMINISTRATIVO NO PUEDEN SERVIR DE FUNDAMENTO A UN RECURSO DE CASACION EN MATERIA CIVIL. LA DOCTRINA LEGAL UTIL PARA FUNDAMENTAR EN SU INFRACCION UN RECURSO DE CASACION ES LA QUE SE ESTABLECE EN REPETIDAS E IDENTICAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO. ERROR MATERIAL EN EL FALLO QUE NO AFECTA A SU CLARIDAD (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1967).

Demanda—Doña C. B. O., mediante contrato privado de 23-III-1962, vendió por 2.100.000 pesetas a don J. S. R. parte de la finca «Los Beatos», que se describía y de la que era titular registral por herencia de su madre. Del precio pactado el comprador entregó una cantidad (500.000 pesetas), en dos veces, de 250.000 cada vez, y el resto aplazado se había de abonar durante los años 1963, 1964, 1965 y 1966, con un interés del 6 por 100. Que en 5-VI-1962 el señor S. cedió todos los derechos y obligaciones del contrato a doña G. G. Ch., comprometiéndose ésta a pagar las cantidades aplazadas y «por la cesión» don J. S. recibía en el acto 2.200.000 pesetas.

Al conocer la primera venta el Patrimonio del Estado ejerció retracto forestal, expediente aprobado por el Ministerio de Agricultura, siendo el precio el mismo fijado en la respectiva compraventa (2.100.000 pesetas), entregándose a doña C. B. O. la parte de precio que no había recibido y consignándose en la Caja General de Depósitos las 500.000 pesetas que ya tenía recibidas, a disposición de don J. S. y doña G. G. para cobrarlas quien acredite mejor derecho a percibir las.

Suplico.—Declarar previamente resuelto el contrato de compraventa entre don J. S. R. y doña G. G. Ch., a consecuencia de la resolución del primer contrato, por el que enajenó doña C. B. O. la dehesa «Las Beatas y Dehesón» a don J. S. R., a causa de resolución firme del Ministerio de Agricultura, que aprobó el ejercicio del derecho de retracto forestal de dicha venta a favor del Patrimonio Forestal del Estado. Condenar a don J. S. a estar y pasar por esta declaración y a pagar a doña G. G. 2.200.000 pesetas, intereses legales desde la fecha de la reclamación extrajudicial hasta que se hagan efectivas, descontando de la liquidación que se practique 19.462 que le entregó don J. S. a doña G. G., para imputar a intereses que él debía a doña C. B. y que ofrecidos primero y consignados después por la demandante a favor de doña C., ésta se negó a aceptar; más las costas procesales de todo ello.

Contestación de doña C. B. O.—No tenía ningún vínculo jurídico con la actora, ni se obligó con su comprador señor S. a la evicción y saneamiento en favor de adquirentes sucesivos.

Suplico.—No ejercitándose por el actor la acción de evicción sino la resolutoria de compraventa, no concurrían los requisitos necesarios para la prestación del saneamiento.

Confestación de don J. S.—En el contrato aleatorio que la actora pretende resolver transmitió todos los derechos y obligaciones concertados en su contrato de compraventa con doña C. B. El cedente recibió por la transmisión y reembolso de lo pagado, 500.000 pesetas en efectivo, y en permuta convencional dos chalets, de los cinco que hipotecados enajenó a don Jesús. A la compraventa causal a plazo subsiguió el contrato de cesión incondicional al contado, que dejaba indemne al cedente de toda responsabilidad frente a la cesionaria. Doña G. ratificó la asunción de la deuda, cuando intentó pagar a doña C. B. el primer plazo del precio aplazado en la fecha de su vencimiento. Al ser notificado por el Patrimonio Forestal de su acuerdo de ejercitar el retracto, don J. S. participó la cesión contractual otorgada y consideró innecesaria la audiencia que se le concedía y posteriormente se concedió a doña G. G. 15 días para examinarlo, deducir las alegaciones procedentes y presentar el título necesario para poder ser considerada parte en el asunto, dejando esta señora caducar el plazo y quedando firmes las resoluciones administrativas correspondientes. La actora pide la resolución del contrato de cesión a consecuencia de estar resuelto el causal y subsidiariamente ejercita acción de nulidad por inexistencia de la cesión. Pero con su ofrecimiento y consignación del plazo vencido optó por el cumplimiento y reconoció la validez de la cesión. Se dividiría la contienda de la causa. Afectaría su resolución a la subrogación del Patrimonio no avocado a los autos. Esgrimida la acción de nulidad debe probarse por el que se estima perjudicado que carece de todo juicio. Lo accesorio sigue a lo principal y no cabe la resolución sin citar y vencer en juicio al Patrimonio.

Suplico.—Sentencia estimando la excepción de falta de acción de la actora por ejercitar la acción de resolución de un contrato en base de considerar resuelto el primero, en virtud de una Orden del Ministerio de Agricultura, estimación errónea toda vez que dicha resolución viene sólo atribuida a los Tribunales de Justicia, por lo que subsiste el referido contrato en todos sus efectos, aunque se haya subrogado el Patrimonio en lugar del comprador. Se exceptúan las acciones ejercitadas de contrario y, en cualquier caso, la única que correspondería sería la de daños y perjuicios del artículo 67 del Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado contra el primer vendedor como primer obligado; absolviendo a su representado de todos los pedimentos de la actora y con expresa imposición de costas.

Sentencia de la Primera Instancia.—Declaró resuelto el contrato entre don J. S. y doña G. G. y condenó al demandado al pago de 2.200.000 pesetas, intereses legales correspondientes desde la fecha del requerimiento hasta su completo pago, descontando la cantidad de 19.462 pesetas y sin expresa imposición de costas.

Apelación.—Confirmó en todas sus partes la sentencia apelada con imposición de costas de la apelación a don J. S.

Casación por infracción Ley.—Motivos:

Primero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1.521 e interpretación errónea del

1.526 del Código Civil. Las sentencias dicen que ha sido resuelto el derecho del primer adquirente a consecuencia del retracto, pero al producirse el retracto legal se produce una simple subrogación subjetiva y, en todo caso, la resolución del 1.526 no puede dejarse en manos de los particulares, sino que precisa una declaración de los tribunales, que es constitutiva. El Tribunal de instancia se ha excedido en sus facultades que vienen delimitadas por la petición de la parte actora al resolver sobre una cuestión que estaba al margen de este pleito.

Segundo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la no aplicación de los artículos 1.157, 1.450 y 1.511 e infracción de la doctrina jurisprudencial alegada.

Se incurre en la contradicción patente de no distinguir el contrato perfecto entre don J. S. y doña C. B. y el consumado entre don J. S. y doña G. G. Se acuerda la resolución del perfecto y no consumado, en virtud de una acción dirigida contrariando lo previsto en el artículo 66 del Reglamento del Patrimonio Forestal y no contra el último adquirente, sino frente al que la había retransmitido y se encontraba privado de todos los derechos y obligaciones sobre el inmueble.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no aplicación de los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil y la doctrina citada del Tribunal Supremo. Se ha planteado una cuestión, reiterada en apelación, que no ha sido resuelta. Es la excepción planteada en la contestación, de la existencia de causa ilícita en los contratos objeto de esta litis. La forma clandestina del otorgamiento de las enajenaciones al ser contrarias a la legislación de Montes priva a las partes de toda acción entre sí.

Cuarto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 1.156, 1.123 y 1.124 del Código Civil. La resolución supone reponer las cosas al estado que tenían antes de su celebración. El fallo recurrido al estimar la acción resolutoria infringe estos preceptos, por ser el contrato de cesión consumado e irrevocable y extinguido por su cumplimiento.

Quinto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de la doctrina del Tribunal Supremo citada en relación con la Legislación contenciosa-administrativa, el Estatuto de 21 de enero de 1925 y el artículo 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no estimar la excepción de falta de legitimación en el proceso, por no haber emplazado al abogado del Estado con arreglo a la Legislación de Montes.

Sexto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del 348 del Código civil y doctrina legal que lo desarrolla y se cita, en relación con el artículo 1.790 interpretado por las sentencias citadas, así como las de los artículos 1.293 y 1.528 del Código civil. El fallo recurrido no considera que el derecho de retracto legal es una de las limitaciones puestas por el legislador al derecho dominical y que opera *erga omnes*. La compradora sobreseyó voluntaria y arbitrariamente la defensa de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, asumidas a tenor de los artículos 1.511 y 1.525 del Código civil en relación con el 66 del Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado. La sentencia recurrida no aprecia que ha desaparecido del moderno derecho el recurso de revocabilidad por lesión y que el

perjuicio causado es imputable a la parte que exige el resarcimiento, porque la propia perjudicada abandonó la defensa de sus derechos.

Séptimo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1.101, en cuanto atribuye la lesión reclamada, al abono del deber en que supone incidente a don J. S. de defenderse en el expediente administrativo seguido por el Patrimonio Forestal del Estado y no el deber asumido por doña G. G. que se limitó a intentarlo. Todos los derechos y todas las obligaciones del cedente quedaron extinguidos por la segunda transmisión enteramente consumada. El fallo desconoce el principio de que las cosas parecen para su dueño, previa una flagrante infracción de las Leyes fiscales, por la falta de pago del Impuesto de Derechos Reales a su cargo, y le reconoce una acción civil que viene, por ella, caducada y consentida en la administrativa.

Octavo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea de la sentencia de 27 de septiembre de 1962 que resolvía «sobre una maniobra para burlar o dificultar el derecho del demandante reconocido por una sentencia firme». No hay identidad, ni siquiera analogía entre los problemas jurídicos en contraste, sino la equivocada sinonimia entre rescisión (anulabilidad referida a lesión) y resolución (reducción a la nada de un contrato válido). Supuesta la acción resolutoria que estima el fallo, es improsperable, porque la demandante la desnaturaliza, al perder lo que dio sin dar lo que recibió, como se prevé en los artículos 1.295, 1.303, 1.307 y 1.308 y aún en el 1.124 y 1.123, citándose la doctrina legal al respecto.

Noveno.—Amparado en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 359 y 362 de la misma Ley y de la doctrina legal citada. El fallo condena a don J. S. en concepto de comprador y estima a doña G. G. con el carácter de vendedora, en visible incongruencia con la súplica de la demanda.

Décimo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 1.100, 1.102 y 1.108 y violación de la doctrina legal citada. Se condena al pago de los intereses desde la fecha del acto de conciliación sin tener en cuenta que lo solicitado es una resolución del contrato que empieza a producir sus efectos desde el momento en que la misma se estime, ya que desde entonces nace la obligación de reintegrar la prestación recibida.

Considerando: No conteniendo el fallo pronunciamiento alguno sobre el contrato de compraventa otorgado entre el recurrente y doña C. B. es evidente la improcedencia del motivo.

Considerando: Tales normas hacen referencia a cuestiones no tratadas por la Sala, que en base a la frase contenida en el contrato, «el comprador toma posesión de la finca», estima consumada la compraventa, entendiéndose que la cláusula que dice «que la escritura se otorgará al terminar el pago del precio» no implica reserva de dominio de la vendedora.

Considerando: La resolución contractual declarada en el fallo no se funda en la existencia de causa ilícita o torpe, único supuesto de los citados preceptos. La denuncia de que no se resolvió en la sentencia una cuestión planteada oportunamente en ambas instancias se debió hacer por el cauce procesal adecuado del número 3.º del artículo 1.692 y no por el número 1.º

Considerando: En el cuarto motivo se da por supuesto que el contrato que la sentencia declara resuelto es una cesión, cuando el Juzgador lo califica de compraventa sin apoyar su fallo en ninguno de los preceptos que se dicen vulnerados ni en la existencia de condición incumplida.

Considerando: Es jurisprudencia constante de este Tribunal que los preceptos de carácter administrativo no pueden servir de fundamento a un recurso de casación civil y basta examinar el contenido de la demanda para excluir el *litis consorcio* pasivo necesario porque en ningún supuesto la sentencia dictada puede afectar al Patrimonio Forestal del Estado, al que habiendo ocupado la finca en virtud de retracto, cuya validez no ha sido discutida, le es ajena la cuestión de nulidad o validez contractual instada.

Considerando: Los Motivos sexto y séptimo deben desestimarse por tener su razón de ser en el error de estimar como base jurídica del fallo la declaración de existencia de una lesión patrimonial y tiene su *ratio juris* en la existencia de un retracto legal.

Considerando: Se cita como infringida una sola sentencia y la Jurisprudencia de esta Sala reiteradamente establece que la doctrina debe reiterarse en repetidas decisiones del Tribunal Supremo y deviene necesaria la desestimación cuando la citada sentencia establece aquello que el Juzgador le atribuye.

Considerando: Aparece con perfecta nitidez que se debe a un puro error material que no afecta en forma alguna a la claridad y además se infringió lo dispuesto en el artículo 1.729, incidiendo en causa de desestimación.

Considerando: Declarada la resolución en debido acatamiento al precepto del artículo 1.526 del Código civil, la condena a la devolución de precio e interés viene impuesta por lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código y doctrina legal que lo interpreta, por lo que el Tribunal de instancia no ha cometido infracción de disposiciones que no aplicó.

Considerando: La desestimación de todos los Motivos lleva necesariamente a la del recurso.

Fallo.—No haber lugar al Recurso de Casación. Condena al recurrente al pago de las costas ocasionadas y a la pérdida del depósito constituido.

LA UNICA CUESTION DEBATIDA ES DE MERO HECHO Y SE REDUCE A DETERMINAR SI EL BIEN INMUEBLE SOBRE EL QUE LA DEMANDA EJERCITA UNA ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO, FUE ADQUIRIDO POR EL RECURRENTE PARA SI O PARA LA SOCIEDAD REFERENCIADA EN LA SENTENCIA (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1967).

Demanda.—Entre los actores, el demandado don M. R. G. y otros, se constituyó sociedad de responsabilidad limitada bajo la razón «J. R. G., S. L.», y se adaptaron los Estatutos a los preceptos de la nueva Ley, habiéndose inscrito ambas escrituras en el Registro. Por compraventa de participaciones sociales la sociedad quedó integrada solamente por los actores y don Miguel R.

Don Miguel R. adquirió para la sociedad un trozo de terreno... en virtud de contrato privado con el hoy fallecido don A. Y. M., como mandatario del dueño de los terrenos don José Dolores A. Y., demandado. En la misma fecha y por los mismos comparecientes se suscribió un contrato aclaratorio del anterior con cláusulas referentes a la adquisición, precio verdadero de compra y recobro de posesión del paso interceptado.

Con anterioridad a la fecha de adquisición del terreno, don Miguel R., que llevaba las negociaciones de compra, dio cuenta a la Junta General del estado de su gestión y, obtenida la oportuna autorización, realizó la compra y suscribió una carta dirigida a la sociedad, reconociendo la propiedad de ésta pese a figurar el terreno adquirido a su nombre en el documento privado.

Efectuada la entrega inicial convenida, la finca figuró en el activo de la sociedad, aún sin haberse otorgado escritura y se poseyó por la entidad mercantil, destinándose a secadero de pescado.

Ante la grave situación surgida y a propuesta de la Gerencia, la Junta General acordó la venta de la factoría de salazones de pescado, harinas y subproductos a don E. O. y se autorizó a don José R. y don Miguel R. para que otorgasen la oportuna escritura de compraventa, como se hizo

La sociedad acordó por unanimidad su disolución, por cese de sus actividades y se designó a don José R. y don Miguel R. como socios liquidadores, con facultad de otorgar la escritura de disolución y presentar balance a la Hacienda, realizando cuantos actos fuesen necesarios para alcanzar la extinción de la sociedad y la inscripción de su disolución en el Registro Mercantil. El acuerdo tomado no se cumplió, con grave perjuicio para el actor don E. F., quien más de un año después requirió a don José y a don Miguel para que, cumpliendo el acuerdo tomado liquidasen la sociedad. Prestó su conformidad don José y se comprometió a requerir inmediatamente a la Gerencia, don Miguel, quien respondió que oportunamente se cumplió con lo que dispone el artículo 30 de la Ley y lo ordenado en los Estatutos Sociales, habiéndose celebrado las Juntas reglamentarias con asistencia del señor requirente. Otros requerimientos siguieron con el mismo fin y por último los actores requirieron al demandado para que otorgara ante Notario la oportuna escritura de compromiso para celebrar juicio arbitral. Se contestó a dicho requerimiento que llevada a efecto la venta de la totalidad de los bienes, don José, administrador adjunto, se quedó con todos los documentos sociales. Ante tal afirmación, don José se personó en el local donde se hallaban los documentos, tomó los que juzgó necesarios y los llevó al domicilio del antiguo contable para que éste los pusiera al corriente y acabar con esta enojosa situación. Después de haber afirmado don Miguel en documento público lo antedicho, formuló denuncia por robo de los libros y tramitó el oportuno sumario contra don José y el contable, por el supuesto delito de falsedad en documentos mercantiles, cuya falsedad resultó evidente ante el asombro de los procesados. Practicada prueba pericial a su instancia, se averiguó que la falsedad se había cometido por don Miguel, a quien se le instruyó otro sumario. En el primer sumario se dictó sentencia absolutoria contra los dos primeros procesados.

La negativa a liquidar la sociedad se debía a la ambición de hacer suyo el solar adquirido por él para la sociedad y las falsedades en los documentos mercantiles (libro Diario) iban dirigidos al mismo fin, es decir, para apropiarse del solar e intentar venderlo a tercera persona.

Don A. Y. M. sólo tuvo relación con la sociedad derivada de la venta de que se trata y requirió notarialmente a don Miguel, en su calidad de Gerente, el abono de una renta para la utilización de un solar que se había cedido o para que lo desalojase. A su vez «J. R. G., S. L.», requirió al señor Y. M. para deslindar y medir el terreno, y comprobar si la parcela resultante tiene o no los dos mil metros cuadrados que la sociedad compró en documento privado. Pocos días después el señor Y. M. requiere nuevamente a don Miguel, como Gerente, para notificarle la fecha del deslinde, demostrándose así que también el pri-

mero conocía el documento de propiedad de la sociedad sobre el solar debatido

La sociedad desde el momento de la compra (1 de diciembre de 1952), siempre tuvo por suyo el solar, según se prueba por los pagos realizados, requerimiento de deslinde y demás documentos y el terreno se poseyó y utilizó por dicha entidad como secadero de pescado. Por la mala situación económica de esta sociedad se hipotecaron todos sus bienes a favor de la entidad «M». Al tener conocimiento los actores de que don Miguel había requerido al también demandado señor A. Y, para que le otorgase escritura de venta del solar, requirieron al último para que se abstuviera de otorgar tal documento y de aquí la necesidad de demandarlo, para que frente al mismo surta efecto la declaración de dominio del solar discutido.

Suplico.—Sentencia declarativa que el solar descrito era propiedad de la entidad «J. R. G., S. L.», y obligando a los demandados a estar y pasar por ello, con expresa condena en costas.

Contestación.—De don José Dolores A. Y.

Don A. Y. M., su tío, compró unos terrenos que le donó, y él, a petición de su tío, le otorgó poderes con amplias facultades de disposición. Respecto a la compraventa, objeto de la demanda, tuvo su primera noticia a través del requerimiento notarial de don Miguel, a fin de que le otorgara la correspondiente escritura. Después fue requerido por los actores y respondió que cuando entre los requirentes se aclarase el derecho, otorgaría la escritura. A pesar de esta razonable postura, don Miguel volvió a pedirle lo mismo por acto de conciliación en los términos ya dichos y se le planteó un pleito de mayor cuantía. Al estudiar detenidamente la cuestión, llegó a la certidumbre de que el solar fue vendido a la entidad «J. R. G., S. L.», aunque por conveniencia en el documento privado de 1 de diciembre de 1952 figuraba como comprador don Miguel, a la sazón Gerente de dicha entidad.

Suplico.—Sentencia como en justicia correspondiera.

Contestación de don Miguel R.

El trato con el señor Y. M. fue muy distinto del expuesto y a los acreedores les bastaría con pedir una certificación del Libro de Actas. Las relaciones para la preparación del contrato fueron muy laboriosas y el mismo día, después de la firma del documento privado, se firmó un documento de aclaración. Dichos contratos demuestran que el único adquirente y contratante fue el propio demandado y desde su adquisición los gozó en pacífica posesión.

En el requerimiento del señor Y. M. no determina de modo claro cuales eran los terrenos que para secadero de pescado utilizaba la sociedad y que estos terrenos no fueron los de la propiedad de don Miguel, adquiridos del señor Y. M. en el documento privado ya citado, cuyo contrato fue firme y consentido desde aquella fecha.

La entidad «J. R. G., S. L.», no conocía los términos del contrato de primero de diciembre de 1952, ni siquiera donde estaban los secaderos de pescado, que graciosamente consiguió don Miguel R. y puso a disposición de la sociedad; que había contradicción en lo dicho por los actores, porque la situación económica de la sociedad, en el momento que se trataba, no permitía el pago inmediato de una liquidación de Derechos Reales, ni efectuar el pago al contado que exigía el señor Y. M. para otorgar la escritura pública. Los actores

para tener motivo de iniciar el pleito contra don Miguel, se apoderaron de los libros que guardaba como Gerente de la Sociedad, se produjo la demanda policial y el sumario, pudiéndose comprobar que en los libros se había efectuado una transformación y sustituido los libros auxiliares por otros de nueva fabricación; confeccionada la nueva contabilidad, los actores requirieron a don Miguel para notificarle el cierre de cuentas y la confección del balance e inventario, citándole para una reunión, con la advertencia que de no acudir a la misma se procedería a señalar arbitrios de acuerdo con lo previsto en los Estatutos; la Audiencia Provincial en el sumario instruido procesó a don F. S., por aparecer que él mismo, de acuerdo y por indicación de don José realizó las alteraciones y raspaduras en los libros sociales. Los restantes hechos de la demanda hacían «juegos malabares» sobre los libros de contabilidad confeccionados por el señor F. S., mientras los tuvo secuestrados, pero ello se aclararía por la prueba pericial.

Suplico.—Absolución de la demanda, con imposición de las costas a la parte actora.

Sentencia de la Primera Instancia.—Dio lugar a la demanda y declaró que el solar objeto de *litis*, descrito en el documento privado de 1.º de diciembre de 1952, pertenecía por entero a la Sociedad Limitada en liquidación, «J. R. G.», mandando a los demandados estar y pasar por esta declaración y consecuencias legales que se derivan, sin expresa imposición de costas.

Apelación.—De don Miguel R. Confirma la apelada, sin expresa imposición de costas causadas en la alzada.

Casación.—De don Miguel R. Por infracción de Ley en base a los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

MOTIVOS.

Primero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida violaba el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. El litigio se inició por los actores en solicitud de que un terreno segregado de otro de mayor extensión, inscrito a favor del codemandado J. D. A. Y., y vendido al demandado por documento privado, hoy elevado a escritura pública, fuese declarado propio de la Sociedad «J. R. G., S. L.», pese a ello no se pidió la declaración de nulidad o cancelación de la correspondiente inscripción y la norma del artículo 38 es de derecho necesario, e incluso aplicable de oficio; la circunstancia de que la escritura de elevación del contrato de 1.º de diciembre de 1952, estuviera pendiente de inscripción, no es obstáculo a la estimación de este motivo, por cuanto la inscripción subsiste a nombre del codemandado, don J. D. A., aunque el solar figure formando todavía parte de la finca de mayor extensión; el hecho de la inscripción se reconoció de contrario al solicitar anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad; no es obstáculo para la violación del artículo 38 de Ley Hipotecaria, que la acción ejercitada sea la declarativa del dominio y no la reivindicatoria, porque, en definitiva, la declaración solicitada y que la sentencia recurrida hace, contradice lo que del Registro de la Propiedad aparece y por lo mismo se viola este precepto hipotecario que prohíbe ejercitar cualquier acción que contradiga el dominio

inscrito sin entablar previamente o a la vez demanda de nulidad o cancelación de la inscripción.

Segundo.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al producirse en la sentencia error de hecho en la apreciación de la prueba, declarándose que «el solar objeto de la *litis*, pertenece por entero a la Sociedad Limitada en liquidación «J. R. G.», y frente a esta declaración existen en autos dos escrituras notariales, aportada la primera con la demanda, y la segunda en periodo probatorio con citación contraria y demás requisitos necesarios, que patentizan la equivocación evidente del Juzgador. El primero de los documentos es la escritura de venta de la industria, inmuebles e instalaciones por don José R. y su hermano don Miguel, como representantes de la vendedora, en 11 de septiembre de 1958 y al determinarse los linderos se lee «al Poniente o izquierda con terrenos de la propia Comunidad, hoy don Miguel R. G. El segundo documento es el acta notarial de requerimiento de don Miguel, en propio nombre, a don A. Y. M., como mandatario de don José Dolores A., en 5 de marzo de 1955 para llevar a efecto lo convenido en el documento privado de 1 de diciembre de 1952, para proceder al deslinde y medición de la parcela referida y a «entregar y poner a disposición de don Miguel R. G. inmediatamente por junto al otro costado de la factoría..., una parcela que sea suficiente a completar los dos mil metros cuadrados por él mismo comprados». Sobre la autenticidad de los documentos citados, reconocidos por las partes, no podía haber duda alguna y ni en Primera ni en Segunda Instancia se hace mención de los mismos; cumpliendo tales documentos los requisitos exigidos para su autenticidad por la doctrina de este Alto Tribunal. En ambos se hacen declaraciones sobre el solar a que este pleito se refiere, identificado en el primer documento por su propia situación (a Poniente) y en el segundo por la referencia al contrato de 1 de diciembre de 1952; para la apreciación del error de hecho establece la doctrina de este Tribunal que es preciso que en el documento conste de un modo terminante lo contrario de lo dicho en la sentencia o que esté en clara contradicción con el hecho que se tiene por cierto en la sentencia y en este caso precisamente se encontraban.

Tercero.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por notorio error de derecho en la apreciación de la prueba, por inaplicación del artículo 48 del Código de Comercio, pues la sentencia recurrida acepta los Considerandos de la de Primera Instancia y estima como medio de prueba «hasta que no se pronuncie sentencia firme sobre su falsedad...», los asientos de los libros de contabilidad de la sociedad, con olvido de reiterada jurisprudencia que tiene declarado que la fuerza probatoria de tales libros es escasisísima o nula fuera de lo referente a tráfico mercantil, y aquí se trata de una compraventa civil; a todo ello hay que añadir las sentencias dictadas por la Audiencia T. de L. P. en dos sumarios incoados en relación a las enmiendas, raspaduras e interpolaciones que declararon probada la comisión de un delito de falsedad, por lo que tales asientos carecen en absoluto de valor probatorio y además la prueba de los libros no se practicó en forma, ni con las garantías exigidas por la ley, ni con citación contraria, pues se limitó a la aportación de testimonio en fotocopia de algunos asientos de los libros de contabilidad unidos a otro procedimiento.

Cuarto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida de los artículos 1.249 y 1.253 del Código

civil, puesto que se acudió para la resolución del litigio a una presunción no establecida por la Ley, ya que la jurisprudencia tiene reiteradamente establecido el carácter supletorio de la prueba de presunciones, a la que no es lícito acudir, sino cuando no queden demostrados los hechos por los demás modos de prueba del artículo 1.215 del Código civil y en el documento privado de 1 de diciembre de 1952, hoy elevado a escritura pública, se constata de modo expreso que don Miguel interviene en su propio nombre y derecho, por lo que a éstos términos claros y precisos había que atenerse, máxime cuando estaban conformes con los actos coetáneos y posteriores de don Miguel, que en los diez años estipulados para el pago del precio aplazado se ocupó insistentemente en su propio nombre y derecho de ofrecer el precio al vendedor y requerirle para que lo aceptara y le otorgara escritura pública, demandando a tal fin a don José Dolores A., obteniendo sentencia favorable, llevada a ejecución en rebeldía del vendedor-demandado; en cambio la Sociedad deja transcurrir todo el plazo sin realizar gestión alguna conducente a tal fin, lo que bastaría para hacerle decaer en su derecho; pero además reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo exige para la admisibilidad de la prueba de presunciones que entre el hecho demostrado y el que se pretende demostrar exista un enlace preciso y directo; y entre el hecho demostrado (contrato de venta del solar suscrito en su propio nombre y derecho por don Miguel) y el que se pretende demostrar (que lo adquirió para la Sociedad) no existe este enlace, sino muy al contrario que don Miguel lo compró para sí; en la sentencia se establecía el enlace existente «dada la prueba practicada», pero en todo caso si la conclusión se obtiene no por inmediata inducción del hecho demostrado, sino a través de otros elementos, se incumple el requisito exigido por el artículo 1.253 y la jurisprudencia que lo interpreta; pero aún admitiendo que el enlace pudiera establecerse indirectamente, a través de una cadena de razonamientos, tampoco era ajustada a derecho la sentencia recurrida, porque el enlace tiene que ser consecuencia racional e ineludible de la existencia del hecho demostrado sin poderse aplicar a otras circunstancias y si el enlace (entre el hecho y la deducción) es «la prueba practicada», es evidente que de ninguno de los elementos de ella, ni de su conjunto, puede obtenerse la conclusión que se obtiene (que el solar fue adquirido para la Sociedad); que no podía deducirse la existencia de un mandato, del hecho de que don Miguel en un acta notarial redactada, según minuta del Letrado de la Sociedad, manifestase que ésta había adquirido el solar, en contradicción con lo expresado en el documento de formalización de la compraventa, ello patentizaba un error del letrado y fue considerado intrascendente y así lo demostraba el posterior requerimiento al vendedor en 5 de marzo de 1955; además en la escritura de hipoteca constituida en favor de la Cooperativa «M», interviene solamente don J. R., en nombre de la Sociedad «J. R. G., S. L.» y no el demandado don Miguel, sin que pueda considerarse, a efectos de establecer una presunción, la declaración de don José; después de la descripción de la finca de tener cuatro mil metros cuadrados, no obstante, aparece en el Registro con los dos mil que expresaba en su descripción; los asientos de contabilidad carecían de valor, en virtud de las sentencias recaídas en la jurisdicción criminal y de los elementos probatorios tenidos en cuenta no podía fundamentarse una presunción judicial, por carecer de enlace preciso y directo y menos era lícito fundar la conclusión en el resultado de la prueba testifical, tan pródiga en aseveraciones carentes de lógica, siendo además de tener en cuenta la admonición del 1.248 del Código civil; la Sala sentenciadora producía su fallo articulando como presunción, lo que no podía pa-

sar de conjetura, ya que lo único lógico era sostener que si don Miguel compareció en su propio nombre y derecho era porque adquirió el solar por sí y para sí y esto se corroboraba en la escritura pública de compraventa de los bienes de la Sociedad (de 11 de noviembre de 1958) y que en la que se señalaba como uno de los linderos de la factoría «el solar propiedad de don Miguel»; y la sentencia que sobre indicios sienta como presunción lo que es sólo conjetura y produce un fallo en pugna con la lógica, incide en infracción de los artículos 1.249 y 1.253.

Quinto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea de los artículos 1.710 y 1.717, formulado como motivo subsidiario de los anteriores; sentando en base de su fallo la sentencia recurrida que el demandado intervino en la compraventa de autos con el carácter de mandatario *proprio nomine* aún cuando por cuenta de la Sociedad «J. R. G., S. L.» adviniendo como titular de la relación y necesariamente en tránsito al patrimonio del demandante, extraño a ella respecto de terceros, pero con acción directa para obligar a aquel a poner a su disposición la cosa adquirida, así como a la subrogación y cesión de sus derechos contra terceros, en virtud del mandato no representativo admitido incluso en forma verbal por los artículos 1.710 y 1.717 y recogido en la doctrina de este Tribunal; en el mandato sin poder, el titular único es el mandatario, aunque su titularidad es necesariamente provisional y en tránsito hacia el patrimonio del mandante, consecuencia inmediata es que se requieren dos transmisiones de dominio: del tercero al mandatario y de éste al mandante y, por lo mismo, para estimar los bienes en poder del mandante, es necesaria la previa declaración de la transmisión del mandatario al mandante, pues en otro caso se entendería que al realizar la adquisición encomendada, el mandatario automáticamente transmitirá el bien al mandante, y esta era la errónea interpretación de los artículos citados por la Sala, y menos puede llegarse a esta conclusión si se considera que don M. R. es el actual titular del terreno, en virtud de escritura otorgada en ejecución de sentencia, con base en el documento de 1 de diciembre de 1952, escritura cuya nulidad no se ha pedido ni declarado y en base a esta errónea interpretación se sienta en la sentencia recurrida que el mandante tiene acción directa contra el mandatario para obligarle a poner a su disposición la cosa adquirida; independientemente de que la tesis de la sentencia fuese correcta, la acción ejercitada no ha sido dirigida a que el solar «se pusiese a su disposición», sino la meramente declarativa.

Considerando: la cuestión única debatida en el pleito es de mero hecho y consiste en determinar si el inmueble sobre el que se ejercita una acción declarativa de dominio fue adquirido por el codemandado recurrente para sí, como sostiene, o para la Sociedad y este punto único, resuelto a favor de la tesis de los actores, por las sentencias de instancia, es el que sirve de tema a los cinco motivos del recurso y que pueden agruparse así: a) los números 2, 3 y 4 en que se trata de combatir la apreciación de la prueba, y b) los números 1 y 5 en que se plantean cuestiones jurídicas marginales para enervar la acción ejercitada.

Considerando: Respecto a los motivos del primer grupo es de tener en cuenta: a) Motivo segundo: que los documentos señalados como «auténticos», aunque no ofrecen duda en su legitimidad, no pueden recibir tal valor de autenticidad a los efectos de casación, ya que uno de ellos es un acta de requerimiento practicada a solicitud del alegante (como pretendido dueño del terre-

no en cuestión) y el otro una escritura de enajenación a un tercero en que, de pasada, se afirma la propiedad del hoy demandado, que en ella interviene, así como su hermano, actor en el presente pleito, pero que no puede resolver *a priori* la cuestión planteada, puesto que lo que se discute es el titular de la adquisición y no el hecho de la misma; es decir, si el comprador compró por sí y para sí o como mandatario de la Sociedad y en su provecho, por lo que lo constatado en la escritura encaja en la ficción jurídica que en la instancia se aprecia y no puede ser prueba de que no existiera, con la fehaciencia y evidencia que se requiere para demostrar en casación un error de hecho; b) en cuanto al motivo tercero, hay que observar que las reglas del artículo 48 del Código de Comercio no cabía aplicarlas en el ejercicio de una acción civil, pero además el error de derecho se produce cuando no se da a un determinado medio probatorio el valor y fuerza asignado por la ley, pero esta hipótesis es contraria a la del recurrente y no hay precepto legal que impida a un Tribunal conceder más o menos importancia a un determinado medio de prueba, si no hay otro privilegio que lo impida y mucho menos conjugar su valor con el de todos los demás aportados para llegar a una conclusión determinada que es lo ocurrido en autos; c) en el cuarto se hace un minucioso examen de toda la prueba practicada, desde el punto de vista del recurrente y bajo una errónea apreciación del cuarto Considerando de la sentencia del Juzgado que aparece aceptado, como los demás, por la Sala; como se expresa en la doctrina legal, siendo las presunciones una prueba indirecta para deducir de un hecho base (demostrado por otros medios de prueba) un hecho-consecuencia, es preciso que el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por medios directos, pues si la tiene huelga la presunción, de todo lo cual se infiere que si el Juzgador ha pasado de un hecho a otro, no limitándose a un simple raciocinio lógico, sino a través del examen de toda la prueba practicada, esta ha sido directa y no presuntiva, ya que mal podía pasar el Juzgador, por la sola fuerza de la lógica, del hecho-base a un hecho-consecuencia, totalmente contrario a lo constatado por aquél, si la abundante prueba practicada y apreciaba no le hubiera permitido tal resultado y al no existir verdaderas presunciones, además de incurrir en señalar la infracción de preceptos no denunciados por la misma vía (artículos 1.249 y 1.253) se sustituye el criterio objetivo e imparcial de la Sala por el más propio del recurrente.

Considerando: En cuanto a los motivos primero y quinto plantean cuestiones jurídicas no traídas a debate por el demandado en el período expositivo del juicio por lo que merecen, a efectos de casación el calificativo de «nuevas»; además basta considerar que: a) el artículo 38 L. H. sienta un precepto prohibitivo, pero en el caso de autos no hay ejercicio de acción contradictoria del dominio inscrito en el Registro, porque el documento privado, ya elevado a escritura pública, no contradice, sino que se apoya en los libros registrales; para que la alegación fuera estimable debiera haber inscrito el codemandado-comprador su derecho con anterioridad a la presentación de la demanda y es lo cierto que no consta que lo haya realizado hasta la fecha; en cuanto al codemandado-vendedor no hay que olvidar que por no afectarle a sus intereses, no se opuso a la demanda ni recurrió contra la sentencia; b) en cuanto al quinto y último motivo, basta para desestimarlos el considerarlo referente a un punto no suscitado en la instancia, y además, fijarse que la Sala no realiza exégesis alguna de los preceptos que se denuncian como mal interpretados y que la acción meramente declarativa de la propiedad que se ejercita, está amparada por el párrafo 2.º del 1.717, que sin razón se señala infringido, por lo que procede la total desestimación del recurso con los pronunciamientos de ley.

Fallo.—No haber lugar al recurso... Condena al recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

DECLARACION DE DERECHO DE OPCION Y SUBSISTENCIA DE CLAUSULA VERBAL PACTADA CON ANTERIORIDAD A LA REDACCION DEL CONTRATO, NO RECOGIDA EN ESTE, PERO CONFIRMADA EXPLICITAMENTE, CON POSTERIORIDAD A DICHA REDACCION (SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1967).

Demanda.—Don J. O. D. es dueño de tres concesiones mineras y sobre ellas concertó con el actor contrato de opción de compra en 12 de noviembre de 1963, en el que concede un derecho de opción de compra de la mitad indivisa de tales concesiones mineras y sus demasías, así como del total de instalaciones existentes, por precio de 800.000 pesetas, plazo de cuatro años y precio de la opción de 200.000 pesetas, pagaderas a la firma del contrato, siendo durante los cuatro años la explotación conjunta, en igualdad de condiciones económicas para las partes y que si en este periodo el señor R. no usara la opción podrá continuar como arrendatario del 50 por 100 indiviso de las concesiones y demasías, con las condiciones que se detallan en el documento que se acompaña y que da por reproducido.

A pesar de lo pactado el actor es el único que contribuye a la explotación, negándose el demandado a atender sus gastos correspondientes, y a cumplir las condiciones del contrato.

Suplico.—Sentencia declarativa de su derecho en los términos ya expuestos.

Acumulación.—Emplazado el demandado compareció en autos y solicitó acumulación de los seguidos con el número... ante el propio Juzgado entre las mismas partes. En aquéllos se suplicaba sentencia condenatoria de pago a favor de don F. R. C, por la cantidad expresada, participación correspondiente en los gastos de explotación y mitad del precio del importe del carbón vendido, con imposición de costas al demandado.

Contestación.—En la primera demanda se pretende el reconocimiento de unos derechos que nunca se han negado y en la segunda el cobro de una cantidad que además de no ser la que pudiera deberle, no es exigible; siendo el demandado quien ha incumplido el convenio existente. El demandante anticipa gastos, pero también cobró el importe de las ventas de carbón extraído, reteniendo un camión y procurando que el demandado no pueda disponer como socio. Alude al pago de facturas por parte del señor O. y a liquidaciones y ventas y se opone a lo pedido de contrario, solicitando desestimación de las demandas, por falta de acción para promoverlas, imposición de costas y estimar la reconvenición añadiendo a las cláusulas del contrato de 12-XI-1963, que don Florencio debería adelantar los gastos y hacer las aportaciones necesarias para poner en rentable producción las explotaciones mineras, de cuyos adelantos el señor R. se resarcirá, y en la parte proporcional correspondiente al señor O., con el 75 por 100 de los beneficios que se produzcan hasta su total amortización. Y alternativamente: que se declare que la cantidad que por tales conceptos debe aportar el señor O. desde la iniciación de la explotación conjunta, hasta la fecha, es de 129.447,15, o la que resulte de la prueba prac-

ticada en liquidación en este pleito, sin perjuicio de las posteriores que correspondan; que si don Florencio no usase el derecho de opción podrá continuar, por los plazos fijados, en explotación conjunta y en iguales condiciones, pero debiendo abonar entonces a don Julio 10 pesetas por tonelada extraída; tanto las instalaciones y máquinas existentes en la fecha del contrato, como las posteriores, si no se hace uso de la opción, serán de la exclusiva propiedad del señor O., al final de los plazos previstos en el contrato; que cada parte podrá individualmente conseguir la autorización de la Dirección General de Minas que pertinentemente se interesa; que se condene a don Florencio a pagar los daños y perjuicios reseñados en la reconvencción, de acuerdo con la prueba practicada, y en la cantidad fijada en la sentencia, o con fijación de las bases para su estimación en ejecución.

Sentencia de Primera Instancia.—Desestimando la demanda más moderna y estimando en parte la otra y la reconvencción y sin expresa imposición de costas. Se declaró: 1.º Que durante el plazo de cuatro años, a contar desde el 1-XI-1963, se ejercerá la explotación conjunta, en igualdad de condiciones económicas de gestión, correspondiendo los gastos y beneficios por mitad a iguales partes a cada uno de ellos, aunque el señor R. deberá adelantar el dinero necesario para sufragar los gastos y poner en rentable producción las minas, de cuyos adelantos se resarcirá en la parte del señor O. con el 75 por 100 de los beneficios producidos hasta su total amortización. 2.º Que si don Florencio no usare del derecho de opción podrá continuar en los plazos fijados la explotación conjunta, en las mismas condiciones anteriores, pero con la obligación de abonar al demandado-reconviniendo 10 pesetas por cada tonelada de carbón extraído. 3.º Que de no usar el derecho de opción, la maquinaria e instalaciones existentes al terminar los plazos, aunque daten de fecha posterior al contrato, serán de exclusiva propiedad del señor O. 4.º Que cualquiera de las partes podrá solicitar la aprobación ministerial preceptuada en la Ley y Reglamento de Minas, y la otra deberá cooperar en lo necesario para el normal desarrollo del trámite administrativo.

Apelación.—«Con desestimación de los recursos de apelación promovidos por ambas partes litigantes...» confirmando en todas sus partes y absolviendo a don Julio O. de los dos primeros pedimentos de la primera demanda, relativos a que se declare un derecho de opción y un precio de futura compra; así como de todos los pedimentos de la segunda demanda acumulada y absolvemos al señor R. de la petición reconvenccional del señor O. sobre resarcimiento de daños y perjuicios; sin expresa condena de costas de la apelación.

Casación por Infracción de Ley; con apoyo en los motivos:

Primero.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error de derecho en la apreciación de las pruebas. ., por no dar al documento privado de 12-XI-1963 el valor de escritura pública entre las partes, de acuerdo con los artículos 1.218, 1.225 del Código Civil y la doctrina legal que se alega.

Segundo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de ley, al declarar que el señor R. se obligó a anticipar el importe de los gastos de la puesta en marcha de la explotación, se interpretó con evidente error el contrato de 12-XI-1963 y se infringieron los artículos 1.281, párrafo 1.º; 1.283 y 1.285 del Código Civil. El citado docu-

mento comprende un conjunto de estipulaciones unidas por la común intención de comprar y vender la media indivisa de las minas, en el precio fijado, para su común explotación, si ésta se presenta «bondadosa», es decir, rentable, en el periodo de prueba de cuatro años y esta interpretación conjunta se viola. La contribución del señor R. a la explotación en común, en reciprocidad a la aportación por el señor O. de las minas, está representada por las 200.000 pesetas, precio de la opción. Los términos del documento son claros y ha de estarse al sentido literal de los mismos, sin poder alegar en su contra actos posteriores como los de pago por el señor R. de la mayor parte de los gastos de explotación y su anotación en un libro con la firma del señor O., en expresión de conformidad de pago, porque al haberse fijado definitivamente en el documento la voluntad de las partes, no consiente interpretación deducida de actos posteriores.

Tercero.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error en la apreciación de la prueba, al estimarse que el señor O. no está obligado a la devolución de las cantidades anticipadas por el señor R., en cuanto a su mitad, sino en el 75 por 100 de los beneficios obtenidos y hasta su total amortización. Infringiendo por indebida aplicación el 549 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuarto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 549 de la misma Ley, admitido por esta Sala en sentencia 12-XI-1954.

Quinto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida de los artículos 1.094, 1.254, 1.261 y 1.262, párrafo 1.º, del Código Civil, al estimar la existencia del pacto que obliga al señor R. a adelantar el dinero necesario para poner en rentable producción las minas litigiosas; que durante el plazo de cuatro años se daría la explotación conjunta en igualdad de condiciones económicas y de gestión en los términos ya dichos. Violación del 1.214 del Código Civil al desconocer que la carga de la prueba del pacto referido grava al señor O.

Sexto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 1.281, párrafo 1.º; 1.285 y 1.286 del Código Civil, al no dar a una cláusula del contrato su natural significación y efectos. Los artículos 1.258, 1.113 y 1.114 del mismo Código y 35 de Ley de Minas y 119 de su Reglamento, al no declarar que los efectos del contrato están supeditados al cumplimiento de la condición pactada en la cláusula del contrato y autorización administrativa exigida. El contrato queda pendiente para elevarlo a definitivo de la aprobación ministerial preceptuada por la legislación de Minas.

Considerando: El motivo primero no puede prosperar porque el documento privado invocado por el recurrente no contiene declaración alguna sobre la subsistencia o abrogación de la cláusula convenida verbalmente con anterioridad por las partes; este problema es de índole jurídico-material y la solución no depende del simple hecho de haberse silenciado dicha estipulación oral en el documento, sino de cuál fue la común voluntad de los contratantes acerca de la sobrevivencia vinculante de la cláusula omitida.

Considerando: La sentencia recurrida estima que fue voluntad común de las partes la subsistencia de la estipulación verbal sobre la financiación de la

empresa, pese a no recogerse en el documento, y se basa en la declaración de cierto testigo, asesor del recurrente, quien manifestó que después de firmado el documento siguieron de acuerdo las partes y así lo manifestaron explícitamente. Antecedente de hecho que revela la inoperancia del motivo segundo, pues toda vez que existe una prueba directa y no desvirtuada, de la subsistencia de una cláusula verbal pactada con anterioridad, sobran las citas de reglas legales de interpretación de contrato, si la intención de las partes la declararon «de un modo paladino y categórico inmediatamente después de suscribir el documento».

Considerando: Los tres motivos siguientes tampoco merecen ser estimados. El tercero, porque según reiterada doctrina de este Tribunal, ya manifestada en sentencia de 18 de mayo de 1891, y confirmada en fechas recientes por las de 17-I y 13-XII de 1963 y 28-V-1963, la invocación del artículo 549 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es inhábil para fundamentar un motivo en base del número 7.º del artículo 1.692, porque aquel precepto «no contiene una norma propia de la valoración de las pruebas».

El cuarto motivo, porque dicho artículo 549 no acuña un precepto de carácter substantivo, cuya infracción pueda tratarse en casación por el cauce del número 1.º del artículo 1.692, como ha dicho esta Sala en sentencia de 21-I-1959.

El quinto, porque la pretendida violación de los artículos del Código Civil prumeramente citados la funda el recurrente en hechos contradictorios a los admitidos como ciertos en la resolución impugnada y respecto a la supuesta violación del artículo 1.214 es jurisprudencia constante de este Tribunal que si el Juzgador «a quo» estima probado un hecho determinado, huelgan toda clase de disposiciones en torno al «onus probandi».

Considerando: En lo referente a la cláusula debatida, del documento privado referenciado, la cuestión discutida sólo fue cuál de los dos contratantes estaba obligado a solicitar la aprobación ministerial aludida en dicha cláusula, pero no sobre las cuestiones que por vez primera se plantean en este motivo, que por ello incurre en la causa de inadmisión quinta del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallo.—Se declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto y condenamos al recurrente al pago de las costas ocasionadas y a la pérdida del depósito constituido

EJERCICIO DE ACCION REIVINDICATORIA DE UNA FIRMA QUE SE NIEGA POR CUANTO LA PRESCRIPCION ALEGADA CARECE DEL FUNDAMENTAL REQUISITO DE POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO. APROVECHAMIENTOS EFECTUADOS EN MONTES COMUNALES POR CONCESION DE LA LEY, QUE NO AFECTAN A LA POSESION ALEGADA COMO TALES DUEÑOS. FALTA DE IDENTIFICACION DE LA FINCA OBJETO DE LA ACCION (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1967).

Demanda.—Don S. F. F. y otros labradores eran vecinos del barrio de Gu-tian, parroquia de San Jorge de Sacos, Ayuntamiento de Cotobad y partido judicial de Puente Candelas, como acreditaban, y en unión de los restantes vecinos del lugar venían poseyendo de tiempo inmemorial y de manera pacífica, quieta, pública, no interrumpida y en concepto de dueños, en comunidad de tipo germánico, el monte conocido por «Fonte Moscosa» o «Cerbo» o «De-

vesa», en el que tenían sus casas-habitaciones y terrenos labrados y que tenía los límites señalados y una extensión de 130 hectáreas.

La posesión en concepto de dueños ya constaba en documentos de 1884, referentes a parcelaciones de dicho monte, hechas por los vecinos con casa abierta y sin intervención alguna del Ayuntamiento ni del Estado. Solamente los vecinos con casa abierta habían ejercitado actos dominicales sobre el monte: apacentando ganado, talando árboles, etc.

Además existían en el monte mojones de evidente antigüedad que no se compaginaban sino con el carácter de propiedad privada del monte. Habían circulado en el lugar de residencia de los actores rumores de que el Ayuntamiento pensaba concertar la repoblación con la S. N. I. A. C. E. y esta entidad, sin título alguno, había comenzado sus labores de preparación para la plantación de eucaliptos. La privación del monte a los vecinos les acusaba gravísimos perjuicios, ya que era el único lugar donde podían apacentar sus ganados y el esquileo absolutamente necesario. Al comenzar los trabajos la S. N. I. A. C. E., se había presentado en el monte el vecindario de Gutiérrez en masa, como pacífica protesta contra el Ayuntamiento, y levantado el atestado por la Guardia Civil, se absolvió al vecindario en el correspondiente juicio de faltas.

Antes de comenzar los trabajos de repoblación se hicieron gestiones cerca del Ayuntamiento para que éste reconociera la propiedad privada del monte y se abandonaran los trabajos previo reembolso de los gastos hechos por el Ayuntamiento, pero éste trasladó la cifra a los vecinos para que fuera abonada por ellos, a lo que no se negaron en lo referente al bosque de su propiedad, pero sí en cuanto a los gastos hechos en otros bosques que no les pertenecían y que se incluían también en dicha cifra. Con motivo de las gestiones realizadas, conocieron los actores que el monte estaba incluido en el catálogo de los de Utilidad Pública, con el número 349, y con el nombre de «Fonte Moscosa» o «Cerbo» y que en Registro de la Propiedad no aparecía inscrito a favor del Ayuntamiento.

Para apurar la vía gubernativa se presentó escrito ante la Administración General del Estado en el Ramo de Montes, sin obtener respuesta y escrito ante el Ayuntamiento de Cotobad, al que recayó resolución negativa.

Además de los documentos justificativos de todo lo expuesto, se acompañó un croquis del monte en cuestión.

Suplico.—Sentencia declarativa de que el monte descrito era de la propiedad y dominio de los actores y demás vecinos de Gutiérrez, en comunidad de tipo germánico; ordenando la exclusión del mismo del Catálogo de los de Utilidad Pública y condenando a los demandados a reconocerlo así, a practicar dicha exclusión, abstenerse, en lo sucesivo, de acto alguno que perturbe la dicha propiedad y posesión y condenando al Ayuntamiento y a S. N. I. A. C. E. a la indemnización, a los titulares de dicho monte, de los perjuicios ocasionados, que fijarían en ejecución de sentencia, con imposición de costas a los demandados.

Contestación de la S. N. I. A. C. E.—Del propio documento presentado de adverso, resultaba que algunos de los actores carecían de legitimación activa para la cuestión debatida.

Las lindes mencionadas no enmarcaban el monte, sino una enorme cantidad de propiedades particulares que así pasarían a ser copropiedad de los actores y que muchos vecinos de otras parroquias eran titulares de propiedades dentro

de dichos lindes, sin ser parte en el pleito. La extensión limitada era unas diez veces mayor que la señalada en la demanda.

Los vagos actos de posesión atribuidos a los actores no demostraban que fueran propietarios, ya que el prorrato aludido de 1884 habría que autenticarlo y a lo sumo probaba un aprovechamiento comunal que se da en todos los montes comunales de los Ayuntamientos, sin que esto quiera decir que fueran propietarios. Además en el citado prorrato no sólo intervenían vecinos de Gutiérrez, sino todos los del Ayuntamiento.

En cuanto a los mojones referenciados, evidenciaban una parcelación de esporádicos aprovechamientos como monte comunal, colocados por los vecinos bajo tolerancia del Ayuntamiento, pero ni demostraban propiedad ni posesión y de ser cierta la tesis de los actores, los mojones delimitarían fincas concretas y no copropiedad en mano común.

Las actas notariales presentadas de adverso reflejaban lo contrario de lo que se pretendía, pues evidenciaban que se había adquirido madera a distintos vecinos de Gutiérrez, pero siempre previa autorización y de acuerdo con el Ayuntamiento de Cotobad.

Los actores silenciaban que en dicho Ayuntamiento existían antecedentes de la propiedad del monte de muy remota fecha, en los inventarios municipales, y el reconocimiento de los vecinos desde tiempo inmemorial, acreditado por el oportuno pago anual de recibos de aprovechamiento y por ser el Ayuntamiento quien siempre aprovechó el arbolado y participado en las cortas y si algún vecino quería aprovecharse tenía que pagar al Ayuntamiento.

Los propios vecinos manifestaron al Ayuntamiento que se comprometían a llevar a cabo el consorcio, abonando los gastos devengados a la Sociedad demandada, lo que de ser dueños no hubieran realizado. La demandada se había consorciado con el Ayuntamiento para la repoblación y se había publicado el correspondiente edicto en el «Boletín Oficial de la Provincia» sin oposición y luego se había firmado la correspondiente escritura, previa aprobación del Ministerio de Agricultura, y se habían iniciado los trabajos de corte de leña sin oposición de los vecinos, hasta que en septiembre de 1958 se provocó algún incidente y por orden del Gobierno Civil se suspendieron los trabajos hasta emitir informe sobre las reclamaciones de los vecinos de Gutiérrez. Este informe fue desfavorable y se autorizó la reanudación de los trabajos.

La zona consorciada, de 20 hectáreas, en dos parcelas distintas y alejadas, había sido en todo momento un inmenso matorral de tojo, roble y zarzal, inaccesible, y refugio de animales dañinos, quemándose cada seis u ocho años para poderse dedicar al deporte de la caza, único aprovechamiento a que se destinaba. Dicho monte se había ofrecido al Patrimonio Forestal del Estado, pero no se aceptó por su escasa rentabilidad y poca extensión.

Suplico.—Desestimación en base de la falta de legitimación activa o por inexactas, improbadas e improcedentes las razones de hecho y de derecho de la demanda y condenando en costas a los actores.

Contestación del Ayuntamiento de Cotobad.—Que era dueño, entre otros montes, del litigioso, que se hallaba incluido en el Catálogo de Montes de Utilidad de la Provincia desde su creación, en 1901, bajo el número 349, y que limitaba, como se referenciaba; contenía especies de tojo y brezo y tenía una cabida total de 106 hectáreas.

Figuraba como de propiedad municipal en el libro inventario del Ayuntamiento, quien lo había poseído como único dueño, sin perjuicio de los aprove-

chamientos de esquilmos, pastos y leñas, consentidos a los vecinos, según pro-rateos escritos o costumbres, siendo estos aprovechamientos menores.

No se hallaba inscrito en el Registro de la Propiedad, como tampoco lo estaban la mayoría de los bosques propiedad del Ayuntamiento, pero se habían realizado actos de propiedad sin oposición alguna, como cortas de pinos en 1956, en tres ocasiones. En el Distrito Forestal de Pontevedra se tramitaron expedientes a diversos vecinos por cortas fraudulentas y las indemnizaciones se ingresaron en el Ayuntamiento como único propietario, sin protesta alguna a pesar de figurar entre los sancionados algunos de los actores.

El Ayuntamiento pagaba la Contribución rústica correspondiente y los propios actores pagaban al Ayuntamiento una tasa por aprovechamiento de pastos, leñas y esquilmos, lo que evidenciaba la situación. Además varios de los actores habían trabajado al servicio de la S. N. I. A. C. E. en los trabajos de repoblación, sin pretender reclamación alguna. Otro de los actores, como Presidente de la Junta Parroquial y Delegado de la Hermandad de Labradores, presentó al Ayuntamiento demandado instancia para la concesión de unos pinos de «propiedad municipal dispersos por el Monte de Gutián», como restos de la subasta realizada por la Corporación Municipal.

De conformidad con la política de repoblación el Ayuntamiento había celebrado un consorcio con S. N. I. A. C. E. para repoblar de eucaliptos diversas parcelas y se había publicado en el «Boletín Oficial del Estado» y aprobado por el Ministerio de Agricultura, sin reclamación alguna.

En 21 de septiembre de 1957 se presentó ante el Ayuntamiento un escrito firmado por 54 personas, entre ellos los actores, en el que se manifestaba que enterados del consorcio, se solicitaba dejar sin efecto dicho acuerdo que perjudicaba su pastoreo, leñas y esquilmos.

En ningún momento se alegó por los vecinos derechos de propiedad y, en cambio, ofrecieron indemnizar a S. N. I. A. C. E. de todas las labores de repoblación hechas y se ofrecían ellos mismos a repoblar. De acuerdo con esto, el Ayuntamiento solicitó liquidación a la Sociedad de los gastos realizados y lo notificó a los demandantes, que no abonaron la suma adecuada, por lo que la repetida Sociedad continuó los trabajos.

Los hechos evidenciaban que los actores no tenían derecho alguno de propiedad sobre tal monte y el reparto de 1884, sobre el que fundan su derecho, era un documento sin firmar y sin garantía alguna de autenticidad, y aunque fuera auténtico, ni se refería al monte litigioso, ni atribuía ningún derecho de propiedad, siendo muy corriente, además, en los pueblos y aldeas gallegos, la existencia de tales documentos.

La existencia de unos mojones nada acreditaba respecto de la propiedad y además estaba la declaración de una persona que había comprado a los vecinos la madera de dicho monte, pero aclarando que siempre con la autorización del Ayuntamiento.

La absolución de los vecinos en el juicio de faltas no prejuzgaba la cuestión debatida y la no inscripción registral a favor del Ayuntamiento nada probaba, por no ser la inscripción elemento esencial, ni aun formal del dominio.

Suplico.—Falta de legitimación activa. Sentencia desestimatoria y expresa imposición de costas.

Contestación del Abogado del Estado.—El Ayuntamiento era dueño y poseedor de dicho Monte, sin necesidad de probarlo, según el artículo 1.º del Real Decreto de 1 de febrero de 1901, y 10 de la vigente Ley de Montes, y siempre

había ejercitado dicha posesión, según resultaba de las certificaciones del Distrito Forestal presentadas.

Repetía los hechos de las otras contestaciones y alegaba: falta de legitimación activa y falta de requisitos de la acción declarativa de dominio.

Suplico.—Sentencia desestimatoria e imposición de costas a los actores por su temeridad.

Sentencia de la Primera Instancia.—Estimó la demanda y la excepción de falta de legitimación activa, formulada por S. N. I. A. C. E. respecto a varios actores, y declaró que el monte descrito, deslindado y con expresión de cabida dada, «era propiedad de la comunidad de vecinos demandantes de Gutiérrez» y para su determinación precisa debía deslindarse de los montes municipales o propiedades colindantes, bien en ejecución de sentencia o por el procedimiento administrativo, condenando a los demandados a reconocerlo así, desestimando los demás pedimentos y no haciendo expresa condena en costas.

Apelación.—Revocatoria de la Primera Instancia y sin expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Casación por infracción de Ley.—Amparado en los números 1 y 7 del artículo 1.692.

MOTIVOS

Primero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del artículo 348 del Código civil, en relación con los artículos 1.940, 1.941 y 1.959 del mismo Código, pues desde el documento fundamental de 1.884 venían poseyendo como dueños; no es legítimo deducir que el monte sea comunal porque sea aprovechado por los vecinos comunitariamente, pues este género de propiedad es común en Galicia, como dice la sentencia del Juzgado y reconoce la Ley de Montes vigente en su artículo 4.º; además queda bien claro que el monte que figura en el Catálogo como del Ayuntamiento no es precisamente el reclamado por los recurrentes.

Segundo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea del artículo 348 del Código civil y jurisprudencia que lo desarrolla, al afirmarse que no existe la identidad del objeto de la acción reivindicatoria. El monte, propiedad de los recurrentes, está bien identificado, aunque sus lindes con el límite estén un tanto imprecisos y en autos se determina hasta su extensión, por lo que se cumple (en contra de la opinión de la sentencia recurrida) la exigencia de identidad de la cosa reclamada. En casi todos los montes existe relativa imprecisión en los límites y, de no admitirlo así, sería casi prácticamente imposible la reivindicación de monte alguno. Sería inadmisibles que admitida la prescripción se rechazase la reivindicación en base a la imprecisión por uno de sus lados.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida de los artículos 444 y 1.492 del Código civil, en relación con el 187 de la Ley de Régimen Local de 1.950 por considerar el monte reclamado comunal, pero en contra hay que afirmar que el monte cuestionado es un colindante con el incluido en el Catálogo.

Cuarto.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error de hecho, basado en la contradicción en que incurre con la sentencia de Primera Instancia, cuyo tercer Considerando que determina la propiedad comunitaria del monte debe considerarse como documento auténtico, sobre todo si se relaciona con el documento del año 1884 y lo dicho en este Considerando no está contradicho por la sentencia recurrida, por lo que yerra ésta al calificarlo de comunal, ya que está probada la consideración de bien propio por la prueba pericial y la abundante testifical, desconocida por la Sala, que de la simple inclusión en el Catálogo y confundiendo dos montes extiende al de los reclamantes la calificación de comunal, siendo propio y adquirido por usucapión.

Quinto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber incidido en el artículo 348 del Código civil en relación con el artículo 4.º apartado 2.º de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, por lo que aunque el monte estuviera incluido en el Catálogo, como bien comunal, deberían respetarse los aprovechamientos a favor de los vecinos, que tendrían un derecho de propiedad sobre dichos terrenos rústicos.

Sexto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 348 y 349 del Código civil y 4.º apartado, 3.º de la Ley de Montes, artículo que reconoce la existencia en Galicia de montes pertenecientes a mano común a los vecinos de las consuetudinarias demarcaciones parroquiales, que habían de ser vinculados a los Ayuntamientos respectivos, los que regularían el disfrute de sus aprovechamientos, para que sin perjuicio de los intereses generales del municipio, recibieran una justa participación los vecinos con derecho a los mismos y se reconoce la existencia en la provincia de Pontevedra, de montes como el de autos.

Considerando: La sentencia recurrida niega el justo título de dominio, por cuanto la prescripción alegada carece del requisito de poseer en concepto de dueño, ya que los aprovechamientos que se vienen efectuando en los montes comunales se realizan por concesión de la Ley y tampoco la finca ha sido identificada. A tal conclusión fáctica se llega analizando la prueba, en especial los planos y el dictamen pericial, lo cual por constituir hechos sólo pudo combatirse por el cauce procesal del número 7 del artículo 1.692 por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, resultante el primero de documentos que tienen carácter de auténticos a los fines del recurso y el segundo por error de apreciación de valor a un determinado medio de prueba y tal vía no es utilizada en ninguno de los motivos, pues el número 4 se ampara nominalmente en dicho ordinal 7.º, pero no lo es para combatir la apreciación de las pruebas, sino que se dirige a afirmar el error de hecho simplemente. La sentencia de Primera Instancia al haber sido revocada por la recurrida sin aceptar ninguno de sus Considerandos carece de toda virtualidad y no puede esgrimirse como documento auténtico a efectos de recurso y es preciso partir únicamente de los hechos afirmados por la recurrida que quedan imbatidos y producen el perecimiento de dicho motivo.

Segundo considerando: Los restantes motivos parten todos del justo título de propiedad y de la identificación de la finca, pero falta para estimar la prescripción el requisito esencial de la posesión en concepto de dueño y no se denuncian concreta y adecuadamente los preceptos que se estiman violados.

Se invocan otros que no han sido objeto de de exégesis por el juzgador de instancia, no se denuncia que se haya atribuido a los preceptos legales un sen-

tido opuesto al que les corresponde, según normas gramaticales y lógicas; por un cauce inadecuado se intenta combatir la afirmación fáctica contraria a la identificación de la finca y se sientan simples afirmaciones que contrarían en un todo, los fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia, lo que determina la desestimación de dichos motivos y del recurso, con las consecuencias legales de pago de las costas procesales por el recurrente.

Fallo.—No haber lugar al Recurso de Casación y condena en costas a los recurrentes.

E. I. M.

IV. FAMILIA

"SEPARACION JUDICIAL" DECRETADA EN VIRTUD DE SENTENCIA DE DIVORCIO. SENTENCIA FIRME, NO EJECUTADA, DE TRIBUNAL EXTRANJERO Y SEPARACION DE HECHO MUTUAMENTE CONSENTIDA. Valor de la sentencia de divorcio vincular dictada por Tribunal extranjero con posterioridad al Decreto de 2 de marzo de 1938. Limitación o no de los efectos derivados de dicha sentencia, e incidencia en el régimen económico-matrimonial y en los derechos sucesorios. Fernández c. Fernández González, Ministerio Fiscal y otros. (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1969.)

Doctrina de la sentencia: Solicitada y obtenida judicialmente por la demandante la separación de bienes... y mantenido tal régimen por concorde asentimiento de los esposos hasta la disolución del matrimonio por muerte del marido, es obvio que las peticiones exclusivamente patrimoniales que, con posterioridad a aquel óbito, ha deducido la mujer sólo podrán ser atendidas si se conforman con lo reglamentado en nuestras Leyes civiles sobre tal separación patrimonial. Por vivir los cónyuges en régimen de separación personal y patrimonial, judicialmente declarada, durante más de un cuarto de siglo... existen circunstancias fácticas y jurídicas que privan a la actora del derecho a la cuota usufructuaria viudal que el artículo 834 del Código civil establece para otros supuestos. La demandante, por su propia voluntad y actuación, creó estados de derecho en relación con la vida conyugal. . por lo que es obvio que, en la presente litis, ha ido contra sus propios actos.

Antecedentes: I) *Hechos admitidos como probados* (1): A) La demandante y su esposo, ya fallecido, habían contraído matrimonio canónico y civil en La Habana en el año 1935, matrimonio que fue inscrito en el Registro parroquial, en el civil y en el del Consulado de España en dicha ciudad. B) La esposa, de nacionalidad cubana, instó en 1938—vigente en España el Decreto de 2 de marzo de 1938—, del correspondiente Juzgado de La Habana, sentencia de divorcio, acusando al marido de abandono; seguido el juicio en rebeldía

(1) Tomados del *Considerando primero* de la Sentencia; el apartado C) comprende los números 3, 5 y 6 del *Considerando*, resumidamente.

del marido, recayó en él la sentencia de 15 de septiembre de 1938, cuya parte *dispositiva* decía: «Debo declarar y *declaro* ha lugar la presente demanda de divorcio... y en su consecuencia, *disuelto* el vínculo matrimonial entre ellos existente, pudiendo contraer nuevo matrimonio...; decretó la *separación de bienes* de dichos esposos..., sin hacer pronunciamiento en cuanto a la culpabilidad de ninguno de los cónyuges, ni referente al depósito de la mujer ni a pensión para la misma por no haberse solicitado, ni sobre el cuidado de los hijos por no existir del matrimonio.. Y firme que sea esta sentencia, inscribese el divorcio en el Registro civil en que se verificó el matrimonio. ». Esta sentencia se anotó en el Registro civil donde se celebró el matrimonio, y quedó *firmé* al no haberse interpuesto recurso alguno contra ella; tampoco consta que se instará, por ninguno de los cónyuges, la ejecución de la misma. C) La esposa demandante, que en 1938 abandonó a su esposo, marchando a Cuba, no volvió a convivir con él y mantuvo una *completa separación* desde la fecha de la indicada sentencia, a pesar de que en los últimos años de vida del esposo tuvo su domicilio en la misma provincia española que el marido residía, quedaba recalcado que la actora evidenció una *conducta de absoluto apartamiento y abstención* respecto a la persona del que fue su esposo. D) Tanto la actora como el que fue su marido eran tenidos en el concepto público como de estado *divorciado*, condición que cada uno de ellos hizo constar en los documentos públicos otorgados durante el largo intervalo de separación hasta la muerte del marido. E) El marido, previa la necesaria autorización dada por el Juzgado de Primera Instancia, otorgó en 1957 escritura de *adopción* a favor del menor J. R, también demandado en la litis presente F) Dicho señor, en 1961, había otorgado *testamento*, en el que, entre otras cosas *declaraba* los hechos relativos al divorcio y a la adopción, ya reseñados; y *disponía* el usufructo vitalicio de un tercio de su caudal a favor de una hermana—también demandada—e instituía heredero universal al hijo adoptivo, designando contadores partidores—también demandados—. La esposa, por tanto, era ignorada completamente por el testador.

II) "*Pettum*" de la demanda: Que se declare: 1. Que don ... había fallecido, sin ascendientes ni descendientes, en estado de *casado* con la actora mediante matrimonio celebrado canónicamente en La Habana. 2. Nulo y sin efecto el auto dictado en expediente de adopción, que dio lugar a la adopción del niño... 3. Sin valor ni efecto alguno legal las *manifestaciones* hechas por el marido de la actora en su último testamento... relativas a su divorcio y adopción, sin perjuicio y con subsistencia de las restantes manifestaciones y disposiciones testamentarias no afectadas por este pronunciamiento o los anteriores. 4. Disuelto el matrimonio de la actora por la *muerbe* del marido.. y conclusa en la fecha de la muerte la sociedad de gananciales formada por ambos cónyuges, decretando la liquidación de la misma con arreglo a la Ley, y procediéndose en primer lugar a la formación del oportuno inventario. 5. Que, habiendo fallecido dicho señor sin descendientes ni ascendientes, corresponde a la actora, como cónyuge sobreviviente, el usufructo de los dos tercios de la herencia causada. 6. Que se condenase a los demandados a estar y pasar por las declaraciones anteriores... y a practicar en ejecución de sentencia, siguiendo las normas procesales del juicio de testamentaria, el inventario, la liquidación de la sociedad de gananciales y las operaciones particionales de la herencia de don ..

La parte demandada, en su *contestación*, suplica se desestime totalmente la *demandá*.

III) *Consecuencias jurídicas de los hechos consignados* (2): A) *El Juzgado* dictó sentencia absolutoria, rechazando la demanda, fundándose principalmente en el hecho de que la hoy actora *no utilizó a su tiempo* los derechos que la Ley española de 23 de septiembre de 1939 concedía a los cónyuges divorciados, para conseguir la anulación de las sentencias firmes de divorcio vincular dictadas por los Tribunales civiles; por lo que entendió que la actora carecía de acción para postular las pretensiones deducidas en la demanda.

B) *La Audiencia*, en su *Considerando segundo*, dice literalmente que «el punto crucial de este litigio depende, casi exclusivamente, del *valor* que se conceda a la sentencia de divorcio vincular dictada por el Juzgado de La Habana, en la que se fundan los demandados personados para formular sus primeras excepciones»; siguiendo el criterio expuesto por el Ministerio Fiscal en su escrito de Conclusiones, concede *plena validez* a la sentencia de divorcio a los efectos de cosa juzgada, y estimando *parcialmente* la demanda declaró: 1. Que don ... falleció sin ascendientes ni descendientes y en estado de casado en únicas nupcias con doña ... (la actora), bajo su último testamento otorgado ante el Notario . . . 2. Sin valor legal alguno las manifestaciones hechas por don ... en su citado testamento relativas a su divorcio... 3. Que corresponde a la demandante, como cónyuge sobreviviente, el usufructo legal de los dos tercios de la herencia causada por su esposo. 4. Condenamos a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a practicar en ejecución de sentencia, por las normas del juicio de testamentaria, las pertinentes operaciones particionales de la herencia de don ... hasta dejar ultimado el correspondiente cuaderno particional, su aprobación y protocolización. Y desestima el resto de la demanda, de cuyas peticiones absolvía a los demandados.

C) *Recursos interpuestos contra la sentencia de la Audiencia:*

— Por parte de *la demandante*, basándose en *tres* motivos:

1. Por violación del artículo 1.407, en relación con los 1.392, 1.393, 1.934 y 1.401 del Código civil, ya que la sentencia recurrida reconoce estar *disuelto* el matrimonio, correspondiendo a la recurrente el usufructo viudal, pero después *soslaya* todo lo relativo a la sociedad de gananciales, sin que en autos se haya acreditado la existencia de bienes propios del marido.

2. Por violación de los artículos 1.417, 52 y 1.426 del Código civil, porque si a la Audiencia no le ofrece duda la subsistencia del matrimonio, sin que lo interrumpiera el divorcio celebrado en país extranjero, «hasta el extremo de anular la adopción realizada sólo por el esposo»—sic—(3), no es posible des-
solar y enaplicar los preceptos legales citados.

3. Por violación de los artículos 4, 9 y 1.433 del Código civil y del Decreto de 2 de marzo de 1938, al aplicar a la recurrente la doctrina de los «propios actos», lo que presupone que las dos actuaciones contradictorias sean válidas y eficaces, cosa que no ocurre en el caso al ser estimado el divorcio como *no válido* y el matrimonio subsistente, y además tal argumentación está en contradicción con los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

(2) Tomados del *Considerando segundo* de la Sentencia: a salvo el apartado C) en orden a los dos Recursos interpuestos, que extracto. Los subrayados son míos.

(3) No es cierta esta afirmación: puede verse algo más arriba la parte dispositiva de la sentencia recurrida, que no alude a la adopción.

— Por parte de los demandados, apoyando y reforzando en trece motivos los argumentos del Juzgado, que a continuación se exponen en forma sucinta:

1. Por abuso o exceso de jurisdicción y violación del principio de Derecho internacional «*locus regit actum*» consagrado en el artículo 11 del Código civil, que impone el reconocimiento de la soberanía cubana en materia de divorcio, máxime siendo la iniciativa a cargo de la demandante vigente ya en España el Decreto de 2 de marzo de 1938.

2. Por incongruencia, al no resolver la excepción de incompetencia alegada por los recurrentes y el Ministerio Fiscal.

3. Por resultar inadecuado el procedimiento seguido por la sentencia recurrida *contra* la sentencia declarativa del divorcio: el trámite a observar para obtener la declaración de nulidad de divorcio anterior es el señalado por la Ley de 26 de octubre de 1939 y Orden de 12 de diciembre de dicho año.

4. Por error de hecho en la apreciación de la prueba, al afirmar la sentencia recurrida que *no consta* que se hubiera instado la ejecución de la sentencia de divorcio, cuando por otra parte *reconoce* figurar anotado dicho pronunciamiento en el Registro civil de La Habana, lo que pone de manifiesto la ejecución *formal* del divorcio: además de la *separación* de los cónyuges, tanto en lo personal como en lo patrimonial, durante más de veinticinco años.

5. Por error de derecho en la apreciación de la prueba, en relación con el artículo 1.251 del Código civil sobre la cosa juzgada, que se infringe al no atacar la cosa juzgada a través del juicio de revisión y dejar sin efecto lo establecido y dispuesto por la sentencia de divorcio, sentencia provocada por la iniciativa de la actora que hoy quiere lograr su anulación *sin ni siquiera hacer la postulación* previa e inexcusable para ello.

6. Por violación del artículo 1.251 del Código civil, ya que la sentencia de divorcio, por su firmeza, produce por sus propios efectos el de cosa juzgada, y con ella la inalterabilidad de lo en ella decretado, por lo que la Sala *no puede* ni directa ni indirectamente resolver nada que afecte o ponga en tela de juicio aquella sentencia firme, ni resolver cuestiones *marginales o accesorias*, pues ello envuelve una declaración de *nulidad* del divorcio vincular, el cual sigue produciendo sus efectos en tanto no se ha pedido su anulación.

7. Por violación del Decreto de 2 de marzo de 1938, Ley de 23 de septiembre de 1939 y disposiciones sobre el «*exequatur*» (951 y sigs. L. E. C.), cuyo alcance obvio es el de *anular* la sentencia de divorcio dictada en La Habana; las normas transitorias de dicha Ley distinguían situaciones *anteriores y futuras* respecto de los divorcios vinculares decretados en España, por lo que la demandante—al *no* acudir a los remedios previstos en dicha Ley y mantener la efectividad del divorcio, cuya nulidad no solicita—no puede *ahora* dar efectos a una nulidad que nunca quiso ni pretendió; siendo la esposa cubana, cuya nacionalidad conservó después del matrimonio, celebrado el matrimonio en Cuba y pronunciado el divorcio conforme a las Leyes cubanas, el divorcio tenía que ser válido para la esposa y, por tanto, para el marido.

8. Por aplicación indebida de lo dispuesto en el Decreto de 2 de marzo de 1938 y Ley de 26 de octubre de 1939: lo articula en forma subsidiaria por sí el precedente no prosperase.

9. Por violación de los artículos 658, 667 y 668 del Código civil y jurisprudencia que los interpreta, ya que en el presente caso *no se plantea ni se reclama* sobre la nulidad del testamento ni su eficacia, sino sobre la presunta

nulidad de unas *manifestaciones* y conducta de la esposa que provocaba tal situación; que no es posible *alterar* las disposiciones «mortis causa» del causante sin atacar de nulas sus cláusulas; que la *omisión* de petición de nulidad supone la confesión o reconocimiento de que no existe razón para tal nulidad, por lo que si el testamento es válido debe continuar produciendo sus efectos sin que puedan atacarse sus cláusulas bajo pretexto de supuesta inexactitud de unas manifestaciones que no llevan a declarar la nulidad.

10. Por violación del artículo 756-3 del Código civil, al ser un caso de indignidad sucesoria por haber acusado la mujer falsamente al marido de abandono.

11. Por violación de los artículos 855, 849 y 851 del Código civil, ya que para anular el testamento era forzoso que la actora formulara de modo expreso la petición de nulidad del testamento y en todo caso estaba obligada a demostrar que era falsa la causa separatoria o desheredatoria; y la sentencia recurrida reconoce el derecho sucesorio *como si* no hubiera mediado aquella separación.

12. Por violación del artículo 834 del Código civil, ya que *aun admitiendo* que en España *no existe* divorcio vincular a partir de marzo de 1938 y *suponiendo* que quepa considerar anulada automáticamente la sentencia cubana, siempre resultaría que *podría equipararse* a la sentencia de *separación de personas y bienes* que tiene la misma consecuencia o trascendencia, o debe tenerla en todo caso—conforme al art. 834—en cuanto al Derecho sucesorio del que ha provocado con su actuación aquella separación.

13. Por violación del principio jurisprudencial del valor de los «propios actos», ya que la demandante había ejecutado actos vinculantes para ella que incompatibilizaban con su actual reclamación durante todo el tiempo que media desde la separación hasta la muerte del marido, y era evidente que dichos actos propios no se podían desconocer de acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo (cita 31 sentencias).

D) *Informe del Ministerio Fiscal* (en el acto de la vista de ambos recursos) (4): En el mismo se hace constar: 1. Su disconformidad con la *plenitud de efectos* reconocida por la Audiencia al Decreto de 2 de marzo de 1938, disposición de mero rango *procesal* y de límites de vigencia *territorial* poco precisos, ante las vicisitudes que pasaba nuestra nación en la fecha en que fue promulgado. 2. Su reconocimiento explícito de la *necesidad* de que la actora hubiera *reaccionado*—antes de fallecer su esposo—*contra* la sentencia que decretó el divorcio vincular, incluso utilizando los derechos que a su favor pudieran asistirle conforme a lo establecido para el caso en la Ley de 23 de septiembre de 1939. 3. Su observación de que la dificultad del problema planteado sólo radica en la *falta* de una disposición legal que, concretamente, regule la eficacia *extraterritorial* de aquellas normas que hubieron de dictarse ante la presencia y realidad de los divorcios de carácter vincular a que dio origen la Ley de 2 de marzo de 1932 y los preceptos de la de 23 de septiembre de 1939, derogatoria de aquella y procurando paliar o atenuar sus efectos

Sentencia del Tribunal Supremo—El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente don Emilio Aguado González rechaza totalmente el recurso de la actora y en parte no estima el de los demandados, que, *no obstante*,

(4) Tomado también del *Considerando segundo* Lo subrayado es mío.

es acogido por los dos motivos últimos. Después de una minuciosa y concienzuda exposición de los *hechos* y de los *aspectos jurídicos* de la litis, que es ya característica habitual en las sentencias de este ponente, se enfrenta con el fondo del asunto y lo resuelve brillantemente sin dogmatismos inútiles en esta forma:

Primer Considerando: Que, para enmarcar y resolver las cuestiones planteadas en los recursos interpuestos, hay ante todo que tener en cuenta los *hechos* que se admiten como *probados* en la sentencia impugnada y los que, en síntesis, son: ... (5).

Segundo Considerando: Que, en el *aspecto jurídico*, en relación con los *hechos* consignados y tal como ha sido el desarrollo del presente litigio, interesa también tener presente: . (6). La sentencia recurrida, siguiendo en esto el criterio expuesto por el Ministerio Fiscal en su escrito de Conclusiones, concede plena validez a dicha sentencia (7) a los efectos de cosa juzgada, y sus razonamientos serían inapelables si la meritada sentencia se hubiera dictado por Tribunal español *con anterioridad* al Decreto del Gobierno nacional de 2 de marzo de 1938, que dejó en suspenso los procesos de divorcio y actuaciones para conseguir su declaración por mutuo *dissenso*; pero, como *no se da ninguna de estas dos circunstancias*, es preciso puntualizar el *valor* que merece dicha sentencia, subrayando que *no se trata*—como equivocadamente alegó la defensa de la recurrente—de instar en este proceso su ejecución, *sino simplemente de si puede tener algún valor como ejecutoria* ante nuestros Tribunales; y entendiendo que (la Audiencia) no llega, no obstante, en su fallo a una solución *ecléctica* ya que, a pesar de *reconocer* que. . (8) absuelve de todas las demás peticiones deducidas en la demanda (9).

Tercer Considerando: Que, ante tan prolijos y claros antecedentes, es de reflexionar: A) Que destaca la *actitud observada por la demandante*, mostrándose activa para conseguir y pasiva para que se perpetuasen los efectos de la sentencia de divorcio vincular, pronunciada a su instancia, por el Juzgado de La Habana y contra la que no reaccionó en vida de su consorte, ante la jurisdicción cubana ni la española, pese a que, ésta última, hubiese podido actuar, estableciendo la normalidad matrimonial, en observancia de las disposiciones adoptadas en el sentido de estimar, no plenamente nulas, sino meramente anulables las sentencias de divorcio vincular, dictadas en el paréntesis republicano; es más: *una vez muerto el marido* y al iniciar el actual litigio, *tampoco impetra que los Tribunales españoles declaren nula o inválida*

(5) La exposición de los hechos es la misma que la que acabo de hacer en el Antecedente I. Me permito esta libertad en áreas de una mayor claridad en el planteamiento y hago constar cómo el pie forzado de nuestro recurso de casación exige en muchos casos que los Ponentes tengan que dedicar uno o más Considerandos a lo que es simple relación de hechos y fases del litigio.

(6) La relación de fases del pleito es hecha en el mismo orden que el por mí efectuado en el Antecedente III, con la salvedad de que el apartado C) que dedico a los dos *recursos* está redactado con mayor amplitud que la que el Ponente les dedica en su breve resumen. Las consideraciones que siguen se refieren a la sentencia de la Audiencia, dentro del apartado B) del Considerando—siendo el mismo en orden en mi descripción en el citado Antecedente III—y las dejo en este lugar por servir de base al perfecto razonar del Ponente.

(7) Se refiere a la sentencia de divorcio vincular del Tribunal de La Habana.

(8) Resume aquí la parte dispositiva del fallo de la Audiencia, con las *declaraciones* de dicha Sentencia: pueden verse en la exposición que hago en el apartado B) del Antecedente III.

(9) Continúa aquí el Ponente con el Informe de Ministerio Fiscal, que ha quedado expuesto en el apartado D) del Antecedente III.

la *sentencia de divorcio*, recaída en el año 1938, sino que se limita a pedir que se declare, como *base* necesaria de sus aspiraciones, estrictamente patrimoniales, que su marido falleció en estado de *casado*, sin remover el obstáculo que, para ello, pudiera derivarse de aquella sentencia, a cuyo amparo los cónyuges vivieron y así lo hicieron constar en los actos judiciales en que intervinieron, ostentando el estado civil de *divorciados*. B) Que *esta falta* en el «*petitum*» de la demanda *de pretensión de que anulen*—no de que se desconozcan—*los efectos de la sentencia de divorcio pleno*, que la propia actora solicitó y obtuvo, *simplifica visiblemente la cuestión a resolver, en el terreno legal, máxime* cuando, por haber quedado *disuelto*, en todo caso, el matrimonio por la causa indiscutible de la muerte del marido, *el problema de la subsistencia del vínculo*, sobre todo no existiendo ascendientes, digo descendientes de aquél, *se presenta como meramente teórico* y carente en absoluto de importancia práctica, pues, a virtud del principio «*mors omnia solvit*», han quedado sin posibilidad física ulterior, las relaciones de tipo personal entre los cónyuges, eliminando el problema, tanto en su aspecto civil como penal, que pudieran plantear las ulteriores nupcias; la litis *sólo afecta, pues, al terreno patrimonial* y en contemplación al mismo ha de resolverse, si bien teniendo presente que así como *la cuestión de la validez del divorcio vincular* ofrece, ante la diversidad de legislaciones, un matiz delicado que puede dificultar su reconocimiento en el aspecto internacional, por razones de índole moral y religiosa, afectantes al orden público, éstas no rezan con la *simple separación personal*, que no presenta obstáculo legal alguno para ser reconocida *como único efecto admisible* de la *sentencia de divorcio vincular* proferida en el extranjero. C) Que, ateniéndonos a esta *concreción y limitación de los efectos propios de aquella sentencia*, en lo que la misma se presenta *compatible* con nuestra soberanía y concepto tradicional, es de señalar: 1.º Que *la sentencia de divorcio* recaída en el caso de autos *no sólo dispuso la disolución del vínculo, sino la separación de los cónyuges, tanto en su aspecto personal como patrimonial*, según había solicitado la mujer, y aunque lógicamente sea tal pronunciamiento consecuencia obligada del primero, se establece en la parte dispositiva del fallo separadamente y sin expresar ninguna razón de subordinación o dependencia entre los mismos. 2.º Que ello puede ser apreciado así, indudablemente, porque, *la separación de bienes* (dejando aparte la *meramente personal*, que no suscita problema alguno) *puede acordarse lo mismo en caso de divorcio pleno, que imperfecto, e incluso con carácter independiente*, si mediare causa justa ajena al divorcio; *es pues, inconcuso, que la hoy actora pudo haber postulado y obtenido tal separación*, lo mismo en Cuba que en España, y *respecto a nuestro país, fuera cual fuese la legislación civil imperante*, ya que las que se han sucedido, desde la promulgación del Código sustantivo, lo han autorizado así. 3.º Que, en consecuencia, *solicitada y obtenida judicialmente, por la demandante, la separación de bienes*, para cuya eficacia extraterritorial, no hay obstáculo alguno en nuestra Patria, y *mantenido tal régimen*, por concorde asentimiento de los esposos, hasta la disolución del matrimonio, por muerte del marido, es obvio que las peticiones exclusivamente patrimoniales que con posterioridad a aquel óbito ha deducido la mujer, *sólo* podrán ser atendidas si se *conforman con lo reglamentado en nuestras Leyes civiles, sobre tal separación patrimonial*.

Cuarto Considerando: Que, a la luz de lo expuesto y en relación con los recursos formulados, basta con tener en cuenta: I. Que *el deducido por la actora no puede prosperar* en ninguno de sus tres motivos, pues de accederse a la pretensión de *tener por subsistente la sociedad legal de gananciales hasta la muerte del marido y no a partir de la fecha de la separación de bienes*

judicialmente acordada», se violaría lo dispuesto en el artículo 1.434 del Código civil. II. Que, en el recurso deducido por los demandados hay que distinguir:

A) *Motivos que deben desestimarse* y que son: el primero, por no existir la incompetencia de jurisdicción que se aduce, dada la generalidad con que se expresa el artículo 51 de la Ley procesal, al señalar la competencia de la jurisdicción civil española; los señalados con los números tercero, quinto y sexto, por no citarse como infringido precepto legal alguno, en discordancia con lo establecido en el párrafo 1.º del artículo 1.720 de la Ley procesal; el segundo, por no expresarse en el mismo el concepto de la infracción; el cuarto, por tratarse de una cuestión interpretativa que excede del error de hecho que se denuncia; los motivos séptimo y octavo, por incurrir en la causa 6.ª del artículo 1.729 de la Ley de enjuiciar, operante, en este trance, como desestimatoria de los mismos, y los ordinales noveno, décimo y undécimo, por referirse a cuestiones no planteadas en la litis, incurriendo, por tanto, en la causa 5.ª del artículo citado. B) *Motivos que han de ser estimados*: a) El que lleva el número doce y denuncia la violación del artículo 834 del Código civil implicado por la Sala en su literal contexto, ya que por vivir los cónyuges en régimen de separación personal y patrimonial, judicialmente declarada, durante más de un cuarto de siglo y sin constar culpabilidad por parte del marido, conforme al fallo recaído, que se abstiene de hacer pronunciamiento alguno sobre ellos, existen circunstancias fácticas y jurídicas que privan a la actora del derecho a la cuota «usufructo viudal» que el artículo establece para otros supuestos y que, por tanto, le ha sido indebidamente reconocido por la Sala. b) El motivo décimotercero y último, por cuanto es cierto que la demandante por su propia voluntad y actuación creó estados de derecho en relación con la vida conyugal, sin removerlos después por los medios legales establecidos para ello, por lo que es obvio que, en la presente litis, ha ido contra sus propios actos, sin haberlo reconocido así, en toda su integridad al menos, la Sala sentenciadora.

Quinto Considerando: Que, por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso formulado por la parte actora y la estimación del deducido por los demandados, y ello con los respectivos pronunciamientos accesorios, señalados en los artículos 1.745 y 1.748 de la Ley procesal civil.

Segunda Sentencia:

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación de esta fecha y aceptando los Considerandos de la sentencia de Primera Instancia, aunque sólo en lo sustancial y en cuenta no se opongan a cuanto en aquélla se razona

Considerando: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes, a efectos de imposición de las costas causadas, en ninguna de las instancias,

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto, debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Comentario: I. La «separación judicial» decretada en virtud de sentencia de divorcio.—Con el término de «separación judicial», siguiendo a DE LA CÁMARA ALVAREZ (10), se quiere aquí aludir a la separación personal de los cón-

(10) En su conocida obra *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, en «A. D. C.», 1969, XXII-I, pág. 4.

yuges consecuente a la decisión del órgano jurisdiccional competente resolviendo la situación litigiosa entre ambos cónyuges. Es la única forma de separación personal reconocida en nuestro derecho, ya que el término «divorcio» fue suprimido en la reforma de 1958; sin embargo, al utilizarlo a lo largo de este breve Comentario lo hará en su sentido técnico jurídico de *divorcio vincular*, al referirse a una situación de hecho originada y promovida cuando en nuestro país regía la Ley de Divorcio de 1932.

Ciertamente resulta difícil—y en ello coincide plenamente con DE LA CÁMARA—sustraerse a la tentación de escribir algunas palabras sobre el sugestivo tema del *divorcio vincular*. Si el Magisterio de la Iglesia Católica es quien debe tener prioridad para todo católico, es evidente, sin embargo, que el jurista o el intérprete no pueden permanecer ajenos al aspecto jurídico que deriva de situaciones conyugales en conflicto, zanjadas por una sentencia de divorcio dictada por Tribunal competente para ello. Sin dejar de reconocer, no obstante, numerosas razones extrajurídicas, sugeridas por la problemática existencial o la vivencia del ambiente social, en suma, por el factor *humano* que subyace en toda suerte de este tipo de litigios. Por todo lo cual, aun reconociendo en principio las poderosas razones que apunta en *nota* de su trabajo DE LA CÁMARA (11) para no profundizar en el tema del divorcio vincular, cuyo estudio e investigación dejo a plumas más solventes que la mía, voy a partir de la base suministrada por la *realidad*; y ésta nos está poniendo de relieve la existencia de numerosas personas de condición *divorciado*, que comparecen ante el Notario, que contratan, que testan, que, en fin, intervienen en el tráfico jurídico. Unas mínimas condiciones de seguridad es la primera cosa que cabe exigir en tales supuestos. Que en la mayoría de los casos se trate de extranjeros no obsta para que debamos ocuparnos de la cuestión, sobre todo, porque las singulares peculiaridades de nuestra patria hacen difícil la adopción de normas abstractas unitarias: pensemos en regiones con fuerte porcentaje tradicional de emigración (Asturias, Galicia, Baleares) hacia países sudamericanos en que el divorcio esté legalmente admitido. Que el momento de la emigración no es el trascendente es evidente: pero que *es muy posible* existen casos de españoles en el extranjero cuyo divorcio fue decretado al amparo de la Ley española de 1932. Españoles que conservan su nacionalidad, regresen o no a la patria. Sin dejar de lado a quienes *sin emigrar* se acogieron a la normativa de la Ley de Divorcio.

En todas estas personas «de facto» divorciadas, muchas veces también «de iure», es en quienes pienso al referirme a la base suministrada por la realidad. Una observación minuciosa de esta realidad nos permitirá descubrir a modo de tres órdenes diversos dentro de la amplia gama de la *separación conyugal*: el primero, el de la mera separación *de hecho*; el segundo, el de la separación *consensual*; el tercero, el de la separación *judicial*. A su vez, dentro de cada uno de estos órdenes o estadios, cabrá subdistinguir toda una amplia gama de categorías-tipo, muy diversas según el personal enfoque de cada autor: así, en cuanto a la separación *de hecho*, cabe distinguir, bien convencional, bien sin convenio—con DE LA CÁMARA (12)—, o bien con o sin reconocimiento legal—con PUIG BRUTAU (13)—; respecto a la separación *consensual*, cabe distinguir según sea *sin* homologación judicial—en cuyo caso, creo debe reconducirse

(11) Op. cit., en nota anterior, págs. 8 y 9.

(12) Op. cit., XXII-I, págs. 13 y sigs., y XXII-II, págs. 264 y sigs.

(13) En sus *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, vol I, págs. 246 y 249 y sigs.

a la especie de separación de hecho *convencional*, o sea, a lo que usualmente se llama entre nosotros «pactos de separación amistosa» (14)—o con homologación judicial (15); y en cuanto a la separación *judicial*, cabe distinguir entre las *propriadamente dichas* y las conducentes al *divorcio vincular* en las legislaciones que permiten éste.

Todo éste aparentemente complicado entramado de ensayo de diferencias lo propongo simplemente para tratar de aprehender al máximo la multiplicidad de situaciones de hecho que la realidad ofrece y sin ninguna pretensión de dogmatismo; de la dificultad de encajar una determinada situación litigiosa entre alguna de las *categorías* propuestas, nos convence cualquier intento al efecto, sea un caso de separación *convencional* no homologada judicialmente—lo usual en la práctica española—sea un caso de separación *judicial*. Los límites entre cada orden son, pues, confusos, ya que la realidad es varia y compleja—como en otro lugar he apuntado (16)—; pero, por otra parte, la posibilidad de *osmosis* entre supuestos, o de otro modo, de *conversión* de un supuesto en otro muy próximo, es frecuente e incluso reconocida en alguna legislación moderna (17).

Después de esta introducción quizá algo fatigosa para el lector, podrá éste advertir la inicial duda del comentarista al tratar de encajar correctamente dentro de los tipos usuales el *supuesto de hecho* que es objeto del presente litigio. A la inicial problemática de la categoría adecuada debe unirse la dificultad de *valorar* la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de La Habana, pero ésta es otra cuestión que paso a estudiar en el siguiente epígrafe.

En el caso de autos parece que habría que calificarlo como separación *judicial*—según la denominación propuesta en el enunciado—, pero con marcado *tránsito* a la separación judicial en virtud de sentencia de divorcio. Las características del supuesto son especialmente interesantes al no haberse ejecutado la sentencia de divorcio: la incidencia en los aspectos personal y patrimonial, en cuanto a los cónyuges, puede ser un tema digno de estudio y meditación que brindo a los estudiosos del derecho.

II. *Sentencia de divorcio vincular dictada por Tribunal extranjero*.—Uno de los *hechos probados* en el litigio lo constituía, según vimos, la *celebración* del juicio de divorcio ante Tribunal de La Habana, con la consiguiente decisión por parte de este Tribunal, que pasó a anotarse en los Registros correspondientes. No me parece necesario reiterar aquí la parte *dispositiva* de dicho fallo, que quedó expuesta en el apartado B) del Antecedente I, y que será traída a colación en su lugar oportuno más adelante. Sin embargo, creo procedente debe resaltarse un curioso detalle: el que el pleito siguió adelante *en rebeldía* del marido. Este punto deberá ponerse en conexión con la pretensión deducida, y está a su vez con la decisión judicial resolutoria del litigio. Por todo lo cual, creo deben analizarse—siquiera muy brevemente—los siguientes puntos: pretensión deducida, sentencia de divorcio vincular, su ejecución y su eficacia si proviene de Tribunal extranjero.

(14) DE LA CÁMARA, OD. cit., págs. 13 y sigs.

(15) Regulada por los Códigos modernos: así, art. 158 del italiano y arts. 1.786 y siguientes del portugués, de 1967.

(16) En el núm. 475 de esta REVISTA, pág. 1.703, respecto a la separación de hecho en general.

(17) Así, en el Código portugués, art. 1.793, que regula el supuesto de conversión en divorcio de la separación judicial mutuamente consentida, art. 96-9 del Código de Puerto Rico.

a) *Pretensión deducida*: Entendemos por *pretensión*, sigulendo a GUASP (18), aquella declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración. La clase de la pretensión varía según la naturaleza de la actuación pretendida del órgano jurisdiccional; cuando la petición al órgano jurisdiccional es la creación, modificación o *extinción* de una situación jurídica, la pretensión lleva el nombre de *constitutiva*. De ahí que uno de los ejemplos típicos que ponen los autores de pretensiones constitutivas sea el de las tendentes a la disolución del matrimonio por divorcio.

Dejando de lado la conocida polémica de si coinciden o no acción con derecho subjetivo y de la identidad o no de pretensión con acción en sentido material—lo que, con razón, niega FAIREN GUILLEM (19)—, podemos decir que el Derecho subjetivo *privado* que sirve de fundamento de pedir puede concretarse en lo que la doctrina alemana llama *derecho al divorcio*; define ENNECCERUS el divorcio (20) como un supuesto de hecho «espaciado» que se compone de una declaración de voluntad formalizada (la demanda, o *pretensión* en término de GUASP, de divorcio) y de un acto estatal (la sentencia firme).

El Derecho subjetivo *público* o *acción* que sirve de base a la pretensión tiende, en los Ordenamientos civiles que admiten el divorcio vincular, a la averiguación de la *verdad material* ya que por principio se procura mantener los matrimonios no divorciables. Por tanto, en algunos Ordenamientos (como el alemán) es inadmisibles la sentencia dictada por allanamiento o *en rebeldía del demandado*, ya que en tales casos un proceso *aparente* sustituiría al divorcio por mutuo consentimiento. Parecidas normas existen en otras legislaciones, para evitar confabulaciones entre los cónyuges (21).

Una vez en marcha la acción con el ejercicio de la pretensión dirigida al órgano jurisdiccional podemos hablar de un «desencadenamiento» del proceso, que nace, se desarrolla y muere. El fin o conclusión *normal* del proceso tiene lugar mediante la decisión judicial, que técnicamente equivale a *satisfacción* de una pretensión, al examinar y conceder o denegar la actuación de una pretensión procesal. En el caso de autos, desarrollado el proceso normalmente, finalizó con una sentencia *estimatoria* de la pretensión deducida: divorcio vincular.

b) *Sentencia de divorcio vincular*: Se ha dicho (22) que «la importancia de la sentencia se observa en la trascendencia de las consecuencias jurídicas que produce, es decir, en la repercusión de sus efectos». Evidentemente, la sentencia produce efectos dentro del orden jurídico *material*, de modo *directo*, en el caso de las sentencias *constitutivas*—cual la que estamos comentando—; y también produce efectos dentro del orden jurídico *procesal*, en cuanto a su discutibilidad o no en otros procesos ulteriores, con la llamada cosa juzgada formal y material.

La eficacia *material* de una sentencia de divorcio es, de un lado, *directa*, ya que la sentencia lleva consigo la *extinción* de una situación jurídica, o sea, la disolución del vínculo matrimonial; de otro lado, hay unos efectos *indirectos* o *reflejos* derivados de tal sentencia, ya que los resultados del proceso, fáctica-

(18) Véase *Derecho Procesal civil*, 1956, págs. 233 y sigs.

(19) Véase *Acción*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix».

(20) Véase *Derecho de Familia*, 20 edición, trad. esp., 1953, vol. I, págs. 232 y sigs.

(21) Así, en Código de Puerto Rico, art. 97-1.

(22) GUASP, en op. cit., págs. 565 y sigs.

mente considerados, repercuten en situaciones jurídico-materiales *ajenas*, operando entonces la sentencia *no* como acto, sino como *hecho*, como acaecimiento desligado de la propia voluntad del juzgador. La eficacia de esta última clase es muy difícil de calcular, pero innegable, nos dice GUASP (23), y en el caso es *obvia* en cuanto *condicionante* de la posterior conducta del marido y de la situación jurídica «de facto» de completa extinción de la relación conyugal.

En todo caso, creo que es innegable que la sentencia dictada por el Tribunal de La Habana en orden al divorcio vincular solicitado por la esposa, tuvo una evidente eficacia *material*, tanto directa como indirectamente: aun para la esposa, en el último caso, si aplicamos correctamente al supuesto de hecho la conocida idea de la «*verwirkung*», pero de esto hablaremos luego. La plena efectividad de dicha sentencia parece que debió alcanzarse a través del Registro civil, con la inscripción al margen de la inscripción de matrimonio.

Más difícil de precisar es la eficacia *formal* de la sentencia dictada en el litigio comentado. Parece que la fuerza de la cosa juzgada *formal* sí que la tuvo, al ser hecho también *probado* que la repetida sentencia quedó *firme*, lo que «per se» lleva consigo la *inatacabilidad directa* del fallo, y aunque normalmente a este efecto va unido el de su *ejecutabilidad* y el que abre la posibilidad de la cosa juzgada *material*, estos dos puntos *no* suelen ser una consecuencia *necesaria* de la cosa juzgada *formal* y merecen una ligera detención en ellos.

La producción de fuerza de cosa juzgada *material* supone la *inatacabilidad indirecta o mediata* de un resultado procesal a través de un nuevo proceso. En el supuesto de hecho contemplado, parece que la fuerza de la cosa juzgada operaba *sin* límites subjetivos, en atención a la presunción que fija el artículo 1.252 del Código civil—respecto del *estado civil* de las personas—. Sin embargo, si atendemos (24), a la *actividad* en que consiste el pronunciamiento judicial y a las tres *dimensiones* en que opera—la del lugar, la del tiempo y la de la forma—, parece que debe trazarse en cada una de estas dimensiones las fronteras o límites de eficacia de la cosa juzgada *material*. Si la dimensión *formal* no plantea especiales problemas, sí existen en los casos de dimensión temporal o local: así, por razón del *lugar*, la cosa juzgada *material no* opera de suyo si se trata de decisiones emitidas *fuera* del territorio nacional; y por razón del *tiempo*, la cosa juzgada *material* encuentra un límite cuando en el ulterior transcurso cronológico *cambian* las circunstancias fundamentales que produjeron la decisión judicial.

En consecuencia, parece que en el supuesto que comentamos quiebra la cosa juzgada *material* por el lado de la actividad judicial en sus dimensiones local y temporal. Y de otra parte, resulta también *hecho probado* en el litigio que el fallo *no* se llevó a ejecución.

c) *Ejecución de sentencia de divorcio vincular*: La palabra «ejecución» es notoriamente equívoca, aun en el campo procesal. Aquí se toma, siguiendo a GUASP una vez más, como cumplimiento de lo dispuesto por el acto anterior—aquí, la sentencia constitutiva de divorcio—que opera como *título* de la ejecución misma. La ejecución de sentencia, normalmente, debe comenzar mediante la petición del ejecutante, que formula su solicitud ante el órgano jurisdiccional; una vez solicitada la ejecución, se pone en marcha el proceso correspondiente, proceso que en nuestro derecho denomina GUASP (25) con la brillantez técnica que le es habitual, *de ejecución transformativa*: proceso que se

(23) Op. cit., pág. 587.

(24) Op. cit., de GUASP, pág. 587.

(25) Véase op. cit., pág. 603.

agota con la conducta del Juez, que *pone en obra* lo que el ejecutante le pide. Exige la doctrina una serie de *requisitos* a esta ejecución, bien subjetivos, bien objetivos, bien sobre la actividad: de ellos, interesa hacer constar aquí la importancia de los referentes al *órgano jurisdiccional*, con las consiguientes jurisdicción, competencia, compatibilidad, lugar, tiempo y forma de los actos procesales pertinentes.

Todo lo anterior nos lleva a entender aplicable a la sentencia cubana los pertinentes requisitos que en su día estuvieron vigentes para la ejecución de sus sentencias por los Tribunales cubanos.

¿*Quid iuris* cuando una sentencia *no se lleva a ejecución*? Es este uno de los problemas poco tratados entre los autores y aquí el comentarista no pisa terreno muy firme al ser campo ajeno. Sin embargo, parece que, como mínimo, la sentencia—no olvidemos que es *constitutiva*—deberá producir todos los efectos jurídicos de orden *material*, directos e indirectos o reflejos, que he reseñado en el precedente apartado b) de este mismo epígrafe.

d) *Reconocimiento en España de sentencias extranjeras*: Aunque una sentencia extranjera *existe*, independientemente de que la reconozcan o no los órganos jurisdiccionales de otro país, la mayoría de las legislaciones tienen previstas una serie de normas para dar fuerza a las sentencias extranjeras. En nuestra legislación la L. E. C. regula esta materia en los artículos 951 y siguientes, dentro del título VIII sobre ejecución de sentencias: el proceso va dirigido a *reconocer* la decisión extranjera, pero *no* a ejecutarla (26) ya que la ejecución de la sentencia extranjera reconocida se verifica del mismo modo que la ejecución de una sentencia nacional. Los *motivos o causas* del reconocimiento legal son tres: existencia de un Tratado, el principio de reciprocidad y la concurrencia o no de ciertos requisitos fijados en el artículo 954 de la L. E. C. Concretamente, para el caso de *Cuba*, el Tribunal Supremo en Autos de 1 de junio de 1933 y 30 de mayo de 1934 (27) entiende que el único precepto aplicable a sentencias dictadas por Tribunales cubanos es el artículo 954 de la L. E. C. Estas decisiones de nuestro Alto Tribunal, que eliminan la aplicación de los artículos 951, 952 y 953 de la L. E. C., imponen que la decisión extranjera reúna unas circunstancias de fondo y forma que el mismo artículo 954 enumera. entre otros, que la sentencia *no se haya dictado en rebeldía* y que la *obligación* para cuyo cumplimiento se haya procedido sea *licita* en España.

Es indudable que la sentencia de divorcio que estamos comentando *ni pudo ni puede* ser reconocida en nuestro país, a la vista de las exigencias del artículo 954 de la L. E. C.

III. *Breve recapitulación de lo expuesto*.—A los fines de una mayor claridad de los Comentarios precedentes y para sentar, en síntesis, algunas proposiciones definidas respecto a la sentencia de divorcio vincular dictada en Cuba, conviene recordar: 1. Que la pretensión de obtener el divorcio es *constitutiva*, siendo rechazada en algunas legislaciones caso de rebeldía del demandado. 2. Que la sentencia dictada en Cuba debió regirse, en cuanto a su ejecución, por las normas procesales cubanas. 3. Que, aún no ejecutada, la sentencia debió la eficacia *material directa*, «per se», determinó la extinción del vínculo matrimonial. 5. Que la eficacia *material indirecta*, en cuanto al mero *hecho* de exis-

(26) Así, GUASP, en op. cit., pág. 1.316.

(27) Pronunciados por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo.

tir la sentencia, condicionó conductas posteriores del marido y de la esposa demandante. 6. Que la eficacia *formal*, en orden a la cosa juzgada *formal*, de tener—en cuanto que *constitutiva*—como mínimo la eficacia *material*. 4. Que tal sentencia, parece obvia al ser *firme* en Cuba. 7. Que la eficacia *formal*, respecto a la cosa juzgada *material*, no puede admitirse en España, por razones de *tiempo y lugar* de la sentencia (28). 8. Que no cabe reconocer en España dicha sentencia de divorcio, conforme a lo determinado en el artículo 954 de la L. E. C. (29).

Estas proposiciones que acabo de sentar, basadas en la más pura técnica procesalista hoy día admitida, responden al carácter de las normas *procesales* que, por su condición de públicas, se rigen por el principio *territorial*.

En conclusión: *procesalmente* hablando, la sentencia cubana de divorcio vincular *no pudo* ser reconocida en España. Esta negativa de reconocimiento equivale a que dicha sentencia se desvanezca en el «nada» jurídico, esto es, en la *inexistencia*, a los efectos de nuestro Ordenamiento procesal. Debe suceder lo mismo en orden a los efectos *sustantivos* de la misma. Problema éste del que pasamos a ocuparnos

IV. *El Derecho privado español ante la sentencia de divorcio extranjera no reconocida*—En el precedente apartado se han sentado algunas proposiciones derivadas de una atenta consideración y examen de lo que los procesalistas entienden por sentencia y los efectos de la misma. Incluso, procesalmente hablando, la sentencia se reduce a un *acto jurídico*, o sea, es un acto de *decisión*, que concluye el proceso. Partiendo de la tesis propuesta a que hemos llegado, de *inexistencia* de la sentencia para nuestro Derecho procesal, cabrá ahora cuestionar si—como tal acto jurídico—tiene o no algún efecto sustantivo.

Dentro de la amplísima categoría de actos jurídicos conocidos en el *Derecho privado*, no tendrá cabida el acto jurídico de decisión que es la sentencia cubana. Para deslindar debidamente las posibles cuestiones, me ocuparé aquí de los siguientes puntos: calificación y valoración del acto jurídico en cuestión, normas de Derecho transitorio a él aplicables, normas de colisión o de Derecho internacional privado sobre él concurrentes, e incidencia o efectos de la situación jurídica de separación declarada.

A) *Calificación y valoración del acto jurídico de decisión (sentencia)*: Si nos limitamos al campo del estricto Derecho *privado*, el acto jurídico de decisión—acto jurídico procesal—parece que en principio no debe perder su carácter de *acto jurídico*, aunque ello obligue a una escisión conceptual algo sutil entre el aspecto público (procesal) y el privado o sustantivo del acto cuestionado. Si al acto en cuestión le desposeemos de las características—típicas en los actos procesales de decisión—de «imperium», jurisdicción y soberanía estatal, nos restará algo en su médula.

La calificación de *acto jurídico* procede cuando el Ordenamiento jurídico toma en consideración el comportamiento del hombre y le reconoce efectos jurídicos basándose en una valoración de la conciencia que regularmente le

(28) Idéntica negación, para un caso similar al del presente litigio (el marido, cubano, pidió y obtuvo en su país el divorcio y adujo la excepción de cosa juzgada en el pleito que en España inició la mujer sobre separación de personas y bienes), puede verse en sentencia de 28 de noviembre de 1934.

(29) A la misma conclusión llega DE LA PLAZA, *Excepciones procesales con carácter internacional*, «R. D. P.», 1945, págs. 669 y sigs.: debe subordinarse al «exequatur» la alegación de la excepción de cosa juzgada por sentencia extranjera.

acompaña y de la voluntad que normalmente lo determina: así, en BERTI (30). A la vista de esta configuración genérica, parece incuestionable que debe mantenerse el encuadre propuesto, en principio. Otra cosa será el determinar el tipo exacto a que responde y su *valoración* jurídica; sin embargo, si seguimos a BERTI (31), ésta última dependerá del criterio clasificatorio adoptado: 1. Si atendemos a la *estructura* social y jurídica del acto en sí, y si prescindimos de intento de los llamados *actos externos* u operaciones, cabe concretar el análisis a los actos *internos* o *declaraciones* con su necesario destino a otras personas, y dentro de ellas su cualificación parece clara; de una parte, será una declaración con función *constitutiva* en cuanto indicación *directiva* de una línea de conducta, y de otra parte, será una declaración de contenido preceptivo. De otro lado, si atendemos al aspecto *funcional* del poder que en el acto se ejerce, en cuanto que el acto cuestionado se dirige a estatuir un *deber ser* jurídico, se le puede y debe calificar de declaración o pronunciamiento *normativo*, y dentro de este género, en la especie de *resoluciones* o *preveimientos* en cuanto que es un acto de mandato heterónimo, si bien *vinculado* en orden a las directrices a seguir al dictar la regla adecuada a los intereses en juego.

El que coincidan la naturaleza *preceptiva* de lo que es declarado, con la función *constitutiva* de la declaración respecto a un tal contenido—en nuestro acto en estudio—no es una casualidad: ya nos lo indica BERTI al señalar la normal equivalencia entre ambas (32).

Hemos llegado, por tanto, a un punto en que la *calificación procesal* y la *sustantiva* son ambas coincidentes, al configurarse la sentencia de divorcio vincular como: una declaración o pronunciamiento normativo, de mandato heterónimo, con función constitutiva y de contenido preceptivo. Parece, pues, que volvemos al punto referido en el epígrafe II, sobre los *efectos materiales* de la sentencia tanto directos como reflejos; sin embargo, conviene reiterar que *aquí* solamente se analiza el valor de la sentencia en cuanto que acto jurídico bajo el prisma del Derecho *privado*.

La peculiaridad más relevante del acto estudiado consiste en que, si de una parte constituye una mera *actuación* de situaciones jurídicas ya existentes (matrimonio canónico y civil, relación conyugal, etc.), de otra parte, *crea* otras situaciones jurídicas nuevas (separación por divorcio) y *extingue* otras ya existentes (vínculo conyugal, «status» de casados). Estas peculiaridades responden a la razón, que apunta BERTI (33), de que las nuevas situaciones jurídicas provocadas por los hechos jurídicos pueden consistir bien en determinadas calificaciones que las normas atribuyen a personas, cosas y actos, bien en relaciones jurídicas. En todo caso, a los efectos de una *valoración* adecuada de las situaciones jurídicas *nuevas* que provoca la sentencia, habrá primeramente que ponderar los *límites de eficacia* del acto jurídico de decisión en sí que derivan: de la aplicación de las normas del Derecho transitorio, del Derecho internacional privado, o de la esfera personal.

B) *Aplicabilidad de las normas de Derecho transitorio*: Dictada la sentencia cubana *después* del Decreto de 2 de marzo de 1938, pero *antes* de la Ley de 23 de septiembre de 1939, plantea los problemas derivados de la colisión de normas en el tiempo respecto al supuesto de hecho contemplado. Por otra

(30) *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp., «R. D. P.», 1959, págs 11 y sigs

(31) Op. cit., págs. 14 y sigs.

(32) Op. cit., pág. 18.

(33) Op. cit., pág. 8.

parte, este punto enlaza con el anteriormente aludido, respecto a la cosa juzgada *material*, de posible negación de la misma por cambio de circunstancias en el *tiempo* que afectan a la actividad procesal. En línea de principios, parece lógico que, tanto las normas generales de Derecho transitorio contenidas en el Código civil, como las especiales normas transitorias contenidas en Leyes especiales atinentes al Derecho matrimonial, deben conducir al mismo resultado.

En estos casos de colisión de Leyes en el tiempo el enfoque del problema —nos dice DE CASTRO (34)— debe ser como uno más, entre tantos, de los que ha de resolver la función interpretativa, buscando el *alcance* de las Leyes en colisión, con arreglo a su fin, dentro del Ordenamiento jurídico, medido según el módulo de la irretroactividad. Aquí la cuestión se centra en la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 y en la Ley que la deroga de 23 de septiembre de 1939, en relación con el Decreto de 2 de marzo de 1938.

Dejando para el siguiente apartado el estudio del Decreto de 1938— aun reconociendo su carácter retroactivo cual norma *adjetiva* o *procesal*—, nos limitaremos aquí al cotejo de los principios básicos contenidos en las normas transitorias del Código civil, en su aplicación al supuesto contemplado, con las disposiciones transitorias al mismo aplicables de las contenidas en la Ley de 1939.

Conforme a las *normas transitorias del Código civil*, en su aplicación al supuesto en estudio en sus diferentes aspectos— hechos realizados, derechos subjetivos nacidos, efectos, etc.—, conviene *distinguir*: *Rige la Ley de Divorcio* para los hechos ya completos y realizados (interposición de demanda de divorcio, desarrollo del proceso, adquisiciones en estado de casados, etc.), para los actos válidos y perfectos (adquisiciones de bienes como gananciales, sentencia de divorcio, etc.), para los Derechos subjetivos nacidos y perfectos (derecho al divorcio, derecho a la cuota de gananciales en la fecha de la sentencia de divorcio, etc.), para los efectos derivados de los derechos ya nacidos (situación jurídica de separación «declarada» e incidencia en las esferas personal y patrimonial) y para los «status» familiares ya acaecidos (casados canónicamente, divorciados en Cuba). De otro lado, *regirá la Ley de 1939* para los hechos todavía no completos (petición del «exequatur», ejecución de sentencia en Cuba), para los derechos subjetivos no nacidos (anulación de la sentencia de divorcio), para los efectos en cuanto a las acciones no ejercitadas (su ejercicio y procedimiento se regirán por las normas *complementarias* de la Ley de 1939, o sea, la Ley de 26 de octubre de 1939 y Orden de 2 de diciembre de 1939) (35).

Conforme a las *normas transitorias de la Ley de 23 de septiembre de 1939*, establece la *primera* de ellas—única aplicable al caso— que «las sentencias firmes de divorcio vincular, dictadas por los Tribunales civiles a tenor de la Ley que se deroga, respecto de matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores, se declararán nulas por la Autoridad judicial, a instancia de cualquiera de los interesados». La Ley de 26 de octubre de 1939 fijaba las *normas procesales para la aplicación* de la anterior, «en cuanto a dejar sin efecto los divorcios vinculares fallados en España, en los casos en que mediare la iniciativa de alguno de los cónyuges». Con los tradicionales cánones hermenéuticos y aplicados los criterios lógico, literal, sistemático y teleológico, parece que la conclusión sería *excluir* las sentencias de Tribunales extranjeros.

(34) *Derecho civil de España*, I. pág. 720.

(35) Criterios extraídos de la magistral exposición de DE CASTRO, op. cit., páginas 731 y sigs.

Sin embargo, si atendemos al criterio *histórico* para interpretar debidamente la citada disposición transitoria 1.ª de la Ley de 1939, nos encontramos con que el Decreto de 2 de marzo de 1938 *suspendió* la sustanciación de los pleitos de separación y de divorcio y las actuaciones para obtener aquélla o éste por mutuo disenso, iniciados con arreglo a lo dispuesto en la Ley de 2 de marzo de 1932. Probablemente en vistas de este Decreto algunas decisiones de nuestra jurisprudencia (36) sólo reconocen la cualidad de *firmes*—a los efectos de dicha disposición transitoria 1.ª—a sentencias que ya la tuvieran *antes* del 18 de julio de 1936 y a las que posteriormente la adquirieran *en zona nacional antes* de la suspensión de tramitaciones establecidas por el Decreto de 2 de marzo de 1938 (37): ¿quiere esto decir que las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros en ese intervalo—cual la de nuestro caso—no están afectadas por lo dispuesto en el Decreto de 1938 y la citada disposición transitoria 1.ª? Ahondando un poco más en dicha norma—Decreto de 2-3-38—observaremos cómo será muy difícil llegar a establecer su precisa *significación actual* si no se tiene en cuenta la original «ratio legis» de la norma (38), para lo cual debe también tenerse muy en cuenta su «occasio legis»: la *finalidad* de tal precepto fue la de «evitar que al amparo de los preceptos de la Ley de Divorcio de 1932 pudiesen seguir creándose situaciones inconvenientes». Creo factible defender la tesis de que la «ratio» fue esencialmente política, para evitar la proliferación de los litigios por divorcio en las difíciles condiciones y circunstancias de aquellos días en una y otra zona de nuestro país: ello, automáticamente, lleva a eliminar la aplicación del Decreto a las sentencias de divorcio *extranjeras*. Quizá por esta razón, amparada en el principio general de la irretroactividad, nuestro Tribunal Supremo en la *sentencia de 4 de junio de 1964* (39) llega a la conclusión—en caso similar al comentado, pero decidido por *sentencia española*—de que «si no hacían uso de tal facultad (la anulación del divorcio según procedimiento de la Ley de 26 de octubre de 1939) es claro que las sentencias firmes de divorcio vincular, aunque el matrimonio fuese canónico, conservan su validez y eficacia».

Eliminada la posibilidad de aplicar el Decreto de 1938 y la Disposición transitoria 1.ª de la Ley de 1939 a nuestro supuesto comentado, observemos que se da un encaje perfecto entre los principios básicos derivados de las normas transitorias del Código civil y la 1 de la Ley de 1939: en ésta cabe también distinguir su vigencia respecto a las situaciones *anteriores*—a las que, en principio, respetaba, sin perjuicio de la *posibilidad* individual de anular los divorcios anteriores en atención al orden público español—y a las *posteriores*.

Antes de abandonar este tema, conviene aludir a las especiales dificultades de interpretación ante casos como el comentado y a la vista de una serie de normas cuyo contenido es cuando menos *poco determinado*—así, en la denominación de LALAGUNA (40)—y poco estudiado por los autores en lo referente a las normas de Derecho transitorio (41).

(36) Así, resoluciones de 7 de junio y 22 de diciembre de 1945, y sentencia de 6 de junio de 1949.

(37) Los subrayados son míos

(38) Así, en BERRI, *Interpretazione della lege e degli atti giuridici*, págs 22 y sigs

(39) Véase su resumen en PUIG BRUTAU, op cit, IV-I, pág. 170. su crítica, en Díez-PICAZO, *Estudios de Jurisprudencia civil*, tomo II, pág 311.

(40) Véase su reciente obra. *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, pág 205.

(41) A salvo el estudio de BONET RAMÓN, *El divorcio y la nulidad del matrimonio en la legislación transitoria del Nuevo Estado*, en «R. G. L. J.», 1941, págs 210 y sigs.

Finalmente, como resumen en cuanto a la cuestión de la *aplicabilidad* o no de las normas de Derecho transitorio, cabrá decir: 1. Que tales normas no afectan a la sentencia extranjera de divorcio vincular. 2. Que tampoco afectan al «status» de divorciado. 3. Que la petición del «exequatur» debería regirse por las normas españolas. 4. Que el derecho a anular la sentencia de divorcio pudo y debió ser ejercitado, conforme a las normas de la Ley de 26 de octubre de 1939. 5. Que, *sustancialmente*, las razones contenidas en los motivos *séptimo* y *tercero* del recurso de los demandados (42) y la observación del Ministerio Fiscal en su informe (43), me parecen correctas y atendibles.

C) *Aplicabilidad de las normas de Derecho internacional privado*: Los posibles límites de eficacia que afectarían a la sentencia de divorcio vincular dictada en Cuba como derivados de las normas de *colisión* o de Derecho internacional privado cabe centrarlos en dos puntos: el primero, relativo al Decreto de 2 de marzo de 1938; el segundo, sobre la concesión del «exequatur» a sentencia extranjera de divorcio vincular después de 1939.

En cuanto al *Decreto de 1938 ya citado*, cuyo análisis parcial de hecho en el apartado B) de este epígrafe en su aspecto de Derecho transitorio, parece superfluo reiterar aquí su finalidad ya expuesta. También creo oportuno recordar aquí las observaciones sentadas acerca del mismo en el informe del Ministerio Fiscal (44), señalando su *ámbito* territorial y las dificultades de concederle eficacia extraterritorial; sin embargo, creo que—en una mínima parte—debo disentar del citado informe en lo relativo a que «la dificultad sólo radica en la falta de una disposición legal que concretamente regule la eficacia 'extraterritorial' de aquellas normas...». Porque hay un obstáculo fundamental para ello: el que tal norma—cuyo carácter adjetivo, procesal, es notorio—en cuanto procesal, de Derecho público, *no puede* ser extraterritorial. Afirmación ésta que puede confirmarse a la vista de nuestros mejores tratadistas, cual el maestro DE CASTRO (45) y el procesalista DE LA PLAZA (46). En consecuencia: tampoco en orden al Derecho internacional privado cabe oponer el Decreto de 1938 a la sentencia de divorcio extranjera dictada *después* del mismo y *antes* de la Ley de 1939.

Por lo que respecta a la *aplicación de las normas del Derecho internacional privado* a la sentencia de divorcio extranjera, la posible incidencia es doble: de un lado, en cuanto al «exequatur», y de otro, en cuanto a la acción de anulación de dicha sentencia. Pero para su mejor estudio, siguiendo el magisterio de DE CASTRO (47), procedería deslindar *dos fases*: la primera, de delimitación y caracterización del supuesto de hecho—lo que he intentado realizar en los precedentes epígrafes y en el presente—, indicando sus diversos elementos o relaciones y señalando el punto de conexión adecuado; y la segunda, de designación de la norma nacional o extranjera aplicable a la situación de hecho. También conviene tener presente, para un caso solucionado por el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de enero de 1933, el estudio especial del profesor DE CASTRO (48).

Dentro de la primera de las dos fases indicadas por DE CASTRO, como pre-

(42) Véase en Antecedentes, III-C).

(43) Véase en los Antecedentes, III-D), ap. b).

(44) Véase en Antecedentes, III-D), aps a) y c).

(45) Op. cit., pág. 754.

(46) Así, en la obra citada en nota 29, «R. D. P.», 1945, pág. 670.

(47) Op. cit., págs. 755 y sigs.

(48) *La Ley de Divorcio y el Derecho internacional privado*, en «R. D. P.», 1933, pág. 130

misa general cabe decir con MIAJA (49) que en tema de *divorcio* la mayoría de las legislaciones reconocen la competencia de la *Ley personal* de los interesados, con la fuerte limitación del orden público. Dividida la situación de hecho contemplada (sentencia extranjera de divorcio), puede decirse que: 1. A la creación del acto jurídico en sí mismo, se aplica la *Lex Fori*, a la que no afectan en principio las normas procesales españolas dado su carácter territorial. 2. A los efectos de la sentencia en Cuba, se aplica la *Lex Fori*, así como a la ejecución. 3. A los efectos en España, derivados del reconocimiento o «*exequatur*», se aplicará la limitación del orden público español (art. 11-3 C. c. y artículo 954-3, L. E. C.), además del efecto *positivo* del orden público contenido en el artículo 8 respecto de las normas procesales (50). 4. A los efectos *substantivos* de la situación jurídica de separación «*declarada*», tanto personales como patrimoniales, se aplicará la Ley nacional del marido (arts. 9 y 1.325 del Código civil) (51).

Pasando a la segunda de las fases antes expuestas, cabe sintetizar que: 1. El orden público español impide el «*exequatur*». 2. Rige el Código civil español en cuanto a los *efectos substantivos* de la situación jurídica de separación judicialmente declarada.

D) *Limitación de eficacia del acto jurídico de decesión en el ámbito personal*: Como al principio de este epígrafe expuse, antes de ponderar la posible *valoración* jurídica de la sentencia de divorcio como *acto de decisión*, convenía examinar los posibles *límites a su eficacia*. Estudiados los referentes a la esfera del Derecho transitorio y a la de las normas de colisión, parece oportuno aludir aquí a la limitación ínsita en el *ejercicio* de los derechos subjetivos, que afecta al ámbito personal: me refiero a los derechos de petición del «*exequatur*», de solicitar la anulación de la sentencia de divorcio y de solicitar la modificación del «*status*» de divorciada. Todos ellos derechos de los que era titular la esposa demandante. La cuestión a examinar es si el *no ejercicio* de las dichas tres pretensiones por parte de la esposa es o no *contradictorio* con su posterior conducta al demandar a los herederos del esposo: o de otro modo, si cabe aplicar la doctrina de los propios actos (52).

Como en otro lugar he expuesto (53), en tema del «*venire contra factum proprium*», no cabe más que acudir a la autoridad del magisterio del profesor Díez PICAZO en su extraordinaria y penetrante obra sobre el particular. Pero antes de proceder a fijar los *presupuestos* de la pretensión contradictoria dedica parte de la obra a la *delimitación* de la noción de «*actos propios*», distinguiéndola de otras con las que a menudo suele confundirse.

Siguiendo, en consecuencia, a Díez PICAZO cabe cuestionar si al no haber ejercitado la demandante las pretensiones citadas (de pedir el «*exequatur*», de pedir la anulación del divorcio y de pedir la modificación del «*status*» de divorciada) existe contradicción con su demanda posterior, o más bien cabría encuadrar este *no ejercicio* entre otros institutos.

(49) *Derecho internacional privado*, II, pág. 273.

(50) Lo que concuerda con lo expuesto más arriba en el apartado d) del epígrafe II de estos Comentarios.

(51) El mismo criterio aplica el artículo 9, apartados 2 y 3, del anteproyecto de título preliminar del Código civil: Ley nacional del marido al contraer matrimonio.

(52) Véase por todos, Díez PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Bosch, 1963.

(53) En comentario a sentencia de 28 de febrero de 1949, en el núm. 470, de esta REVISTA, pág. 109.

En un primer deslinde del supuesto de hecho contemplado cabría quizá considerar este largo silencio e inactividad de la demandante a lo largo de más de veinticinco años como una manifestación de una declaración *tácita* de voluntad («facta concludentia»): sin embargo, observemos que la eficacia de los actos concluyentes se mantiene por razón de haber mediado consentimiento, y en el supuesto contemplado no aparece dato alguno relativo a un posible consentimiento—ni expreso ni tácito—de la demandante, ni tampoco hay reseñados actos de la misma. Parece, por tanto, que debe desecharse el recurso a los actos concluyentes una vez eliminada la posibilidad de la declaración de voluntad o actuaciones voluntarias.

Una segunda delimitación algo más delicada es la derivada de la posible confusión de aquel largo silencio con la *renuncia tácita* de derechos. Pero esta confusión solamente puede ser aparente, ya que demostró claramente Díez Pícazo (54) cómo la renuncia tácita equivale a una declaración tácita de voluntad—reconducible al caso precedente—y que la eficacia de tal renuncia tácita sería la pérdida o extinción total del Derecho subjetivo. Y en el caso que examinamos el problema se centra en la posible inadmisibilidad del ejercicio de ciertos derechos en un determinado litigio y en unas determinadas circunstancias, o de otro modo, *parece* centrarse en el ámbito de la doctrina de los actos propios.

Una nueva delimitación necesaria viene referida a la diferenciación respecto de la *impugnación* de un negocio ineficaz, o mejor, a la *confirmación tácita* de un negocio anulable: aun dando por buena la caracterización como «negocio» del acto jurídico de decisión en que la sentencia consiste, hay que recordar la consagración legislativa en nuestro Código civil del instituto de la confirmación (arts. 1309 y sigs.), lo que parece reconducir el supuesto a la doctrina de los propios actos.

Finalmente, cabría hablar *procesalmente* quizá de *preclusión* y no de *actos propios*: así, al aceptar tácitamente la esposa la sentencia de divorcio y no impugnarla a su debido tiempo al amparo de la Ley de 1939, se produjo *de facto* la reclusión de la posterior facultad de interponer la demanda que origina el litigio porque ello lleva *implícito* una solicitud de nulidad de la sentencia de divorcio. La cuestión no está del todo clara, ya que en principio cabría defender esta solución y la de que hay «actos propios»; por ello cree Díez Pícazo (55) que la idea de preclusión puede reconducirse a las *consecuencias* derivadas de la inadmisibilidad de la conducta contradictoria.

Las someras indicaciones expuestas precedentes nos han servido para precisar lo que *no es* aquella inactividad de la esposa. Para concretar *lo que es* habrá que ver si en el supuesto se dan los *presupuestos* necesarios para que existan *actos propios* (56): 1. *Conducta vinculante*: como acto o serie de actos en cuanto reveladores de un modo general de proceder o comportarse, en cuanto revelan una determinada actitud o una determinada toma de posición de la persona respecto a algunos intereses vitales; la *relevancia jurídica* de la conducta ha de ser *dentro* de una determinada situación jurídica y de manera que suscite objetivamente en el adversario la confianza de que tal conducta sea índice o definición de una actitud *frente* a esta determinada situación jurídica. Parece incuestionable la existencia en el supuesto contemplado de tal conducta vinculante y claramente lo expone el ponente en sus Considerandos

(54) Op. cit., últimamente, págs. 159 y sigs.

(55) Op. cit., págs. 181-182.

(56) Op. cit., págs. 193 y sigs.

primero y tercero, que sirven de soporte fáctico a la decisión del juzgador.

2. *Pretensión*: la pretensión debe ser fundada, aunque el fundamento sea sólo aparente, ya que la pretensión en sentido *substantivo*—como acto de ejercicio de una facultad—presupone en su base el derecho o la facultad que se ejercita; en otro caso, no habrá pretensión, por falta real del fundamento o título alegado. Es difícil precisar si en nuestro caso existía o no este fundamento: parece que la *causa petendi* estriba para la esposa demandante en su condición de *casada en régimen de gananciales*, lo que en verdad no concuerda bien con el «status» de *divorciada*, que seguía inalterado en tanto no se anulase la sentencia de divorcio; sin embargo, considerada la pretensión como una *facultad* insita en el Derecho subjetivo, cabría aceptar que existe pretensión en un amplio sentido, cual facultad derivada del derecho de la esposa a solicitar la anulación de la sentencia de divorcio, aunque el cauce o procedimiento elegido no parece muy correcto.

3. *Contradicción*: entre la anterior conducta vinculante y la posterior pretensión (o resultado empírico a obtener): parece evidente.

4. *Identidad de sujetos*: la hay entre el de la conducta y el de la pretensión.

Este brevísimo repaso a los presupuestos exigidos por Díez Pícazo para que pueda hablarse de *actos propios* nos convence de la aplicación al caso comentado de tal doctrina, aunque aquí se admita con reparos la idea de *pretensión* fundada. La consecuencia inevitable de la contradicción, que contraviene a la buena fe, es la *sanción jurídica* de la inadmisibilidad: procesalmente hablando ello nos lleva a la desestimación de *oficio* de la demanda.

A este mismo resultado expuesto se llegaría si, al no acoger la idea de *actos propios* por tratarse de una pretensión poco fundada, se parte de ideas muy próximas a la doctrina de los actos propios. En efecto, el que la esposa espere casi treinta años a ejercitar una pretensión—que no olvidemos implica *per se* una solicitud de anulación de la sentencia de divorcio—equivale al ejercicio de un derecho realizado con un retraso objetivamente desleal. de otro modo, estamos de lleno ante la doctrina de la «*verwirkung*» (57). Todo el centro de gravedad de la doctrina de la «*verwirkung*» se encuentra en la idea de la buena fe. Como hace notar Díez Pícazo lo decisivo es el valorar las circunstancias del caso concreto: hay que decidir, y esto es lo trascendente aquí, si la «*verwirkung*» se encuentra o no *dentro* del mismo orden de ideas que la inadmisibilidad del «*venire contra factum proprium*». La solución no es sencilla, ni siquiera para la doctrina alemana, cual demuestran las contrapuestas tesis de BOEHMER y SIEBERT. Pero para nosotros ahora lo importante es que las *consecuencias* que produce la «*verwirkung*»—paralización del ejercicio de un derecho por medio de una excepción concedida al adversario—(58) vienen a ser prácticamente *idénticas* a las derivadas de la aplicación de la doctrina de los propios actos: la *inadmisibilidad* de la conducta contradictoria por el retraso en el ejercicio del derecho cual objetivamente desleal.

La inadmisibilidad de la pretensión de la esposa demandante era la consecuencia lógica, tanto si se aplica la idea de la «*verwirkung*», como la doctrina de los propios actos. Así lo hizo, correctamente, el Juzgado. Por mi parte, entiendo aplicable: la «*verwirkung*», a las pretensiones de pedir el «*exequatur*» y de pedir la modificación del «status» de *divorciada*; la doctrina de los propios actos, a la petición de anulación del divorcio (implícita en la demanda formulada) y a la petición de modificar el «status» de *divorciada*.

(57) Véase por todos Díez PÍCAZO, op. cit. págs. 93 y sigs y la extensa bibliografía en ella citada.

(58) Véase PUIG BRUTAU, en notas a BOEHMER, *El derecho a través de la jurisprudencia*, pág. 246. véase Díez PÍCAZO, op. cit., págs. 100-101.

Todas estas distinciones, ciertamente algo sutiles, no han sido realizadas por el ponente, que las aludió de pasada al referirse a la cuestión de la *subsistencia del vínculo* como de carácter meramente teórico (59); no obstante, en el inciso final del Considerando *cuarto* recoge la tesis de la aplicación al caso de la doctrina de los propios actos—que sustentaron los demandados en su recurso—, aunque la formulación dada no me parece completamente correcta, dicho sea con todos los respetos para el Alto Tribunal. La redacción nos habla de que la actora «por su propia voluntad y actuación, creó estados de derecho en relación con la vida conyugal, sin removerlos después...». Es la frase *por su propia voluntad y actuación* la que me parece equívoca o, cuando menos, no todo lo clara que fuera de desear: como locución adverbial *parece* retener la idea de *voluntariedad*, siendo el elemento voluntarista citado en muchas ocasiones por el Tribunal Supremo cual requisito exigible a la doctrina de los propios actos. Pero todo ello ha sido justamente censurado por Diez Pícazo (60), quien separa perfectamente el elemento voluntarista de la doctrina de los propios actos, la cual se basa en una valoración objetiva de un comportamiento determinado.

Si esta locución comentada se sustituyera por la de *con su comportamiento* o la de *con su conducta precedente*, el encaje en la doctrina de los propios actos sería completo. Aun con todo, creo que la decisión del juzgador no se basa en la idea de los actos propios, sino en la evidencia de la separación personal entre los cónyuges. La doctrina de los propios actos viene a ser de este modo una «ratio decidendi» del tipo de las *minora* o de *además de*, en unión de la «ratio» fundamental.

Finalmente, el juego de la regla que impide ir contra los propios actos impone un límite derivado de la buena fe al ejercicio de los derechos subjetivos que ostentaba la esposa demandante. Esta limitación al ejercicio de los derechos subjetivos que para la esposa nacieron como consecuencia de la sentencia de divorcio, equivale a su vez a un nuevo límite impuesto a la *eficacia* de dicho acto de decisión en el ámbito *iusprivatista*.

E) *Consecuencias o efectos substantivos de la sentencia de divorcio en el ámbito del Derecho privado español.*—Después del detenido análisis que en el presente epígrafe se ha hecho de la sentencia de divorcio como acto jurídico privado de decisión e intentada su valoración en el apartado A), cabe sintetizar los resultados obtenidos de la siguiente forma: 1. La sentencia de divorcio es un acto jurídico de naturaleza preceptiva y con función constitutiva, que si, de una parte, crea situaciones jurídicas nuevas—separación judicialmente declarada, «status» de divorciados—, por otra parte, extingue situaciones jurídicas ya existentes—vínculo matrimonial, «status» de casados—. 2. La valoración de la eficacia de dicha sentencia queda afectada por una triple limitación, impuesta por la norma que veda ir contra los propios actos, por las normas transitorias y por las del Derecho internacional privado. 3. La limitación derivada del juego de la doctrina de los propios actos se traduce en una limitación al ejercicio por la esposa de los derechos subjetivos derivados para ella de la sentencia de divorcio. 4. La limitación impuesta por el Derecho transitorio es mínima y tan sólo en orden al procedimiento a seguir—Ley de 26 de octubre de 1939—caso de anulación de la sentencia de divorcio, pero esta pretensión queda sancionada con la *inadmisibilidad* por aplicarse las doctrinas de la «*verwirkung*» y de los actos propios. 5. La limitación derivada del Derecho inter-

(59) Así, en el apartado B) del Considerando 3.º.

(60) Op. cit., págs. 112 y sigs y 147 y sigs.

nacional privado se traduce en la inevitable aplicación del Código civil español en todo lo referente a los efectos *sustantivos* de las situaciones jurídicas creadas por la sentencia («status») de divorciados, separación judicialmente declarada).

Delimitados los aspectos procesales y sustantivos de la sentencia de divorcio y los límites a su eficacia, terminaré con el estudio de los efectos sustantivos de las *nuevas* situaciones jurídicas originadas por dicha sentencia.

V. *La situación jurídica de separación judicialmente declarada*—Recordemos cómo esta situación jurídica fue originada por la sentencia de divorcio, cuya firmeza, unida a la *quiescencia* de las partes litigantes, determinó «per se» la ruptura del vínculo conyugal y de los «status» de casados. El estudio de esta separación «judicialmente declarada» se presenta lleno de dificultades, ya que los autores examinan los casos de separación de hecho y de separación judicial ex artículo 104 del Código civil, pero no aquellos casos de separación válida y eficaz en virtud de sentencia de divorcio; por otro lado, el supuesto de hecho es complejo, ya que al no ejecutarse en nuestra patria la sentencia extranjera se produjo «de facto» una separación de hecho mutuamente consentida. Por todo lo cual, a las iniciales dudas en orden al encaje del supuesto en las categorías apuntadas en el epígrafe I de estos Comentarios, se suman las derivadas de la perplejidad del intérprete ante la normativa aplicable al supuesto de hecho comentado.

La peculiaridad de este caso es el estar como a caballo, intermedio, entre la separación de hecho mutuamente consentida y la separación judicialmente declarada y ejecutada. En efecto, cabría considerar que el hecho del divorcio no impugnado produce una especie de separación judicial «a perpetuidad» (61), materialmente admisible aunque formalmente parece contradecir al orden público español; de otro lado, el *hecho* obvio de la ruptura de la comunidad de vida, sin que exista ejecutoria en España sobre tal separación, parece convencer de la bondad de la tesis de la separación de hecho mutuamente consentida. Veamos las consecuencias a que llevan cada una de estas direcciones:

a) *Como separación de hecho*: La nota más característica de la separación de hecho, nos dice DE LA CÁMARA (62), es «el propósito fundamental de extinguir o interrumpir la vida común y la realización puramente particular o *privada* (63) de llevar a cabo la separación». Esta nota la diferencia, dice dicho autor, de la separación judicial. En nuestro supuesto, si bien la «intención» o propósito pudo ser exteriorizado públicamente por la esposa al interponer en Cuba la demanda de divorcio, no obstante, parece que la «realización» o forma de plasmar aquella decisión o intención se hizo en forma privada.

Dentro de las especies de separación de hecho, ésta se nos muestra *sin* convenio, no prevista legalmente; difícil es precisar si existen en el supuesto circunstancias especiales que cualifiquen el hecho de la separación, pues a la voluntad evidente y manifestada en forma por la esposa parece que se superpone una *tolerancia* por parte del marido. Parece que no es aventurado suponer existió un consentimiento mutuo en continuar en tal situación de separación de hecho.

(61) Así, en la terminología de LALAGUNA, op cit., en nota 40, pág 240.

(62) Op. cit., en nota 10, págs 4 y sigs.

(63) El subrayado es mío

El problema típico es el del reconocimiento de *efectos jurídicos* en tales situaciones de separación de hecho: 1. En la esfera *personal*, el «status» de cada cónyuge sigue siendo el de convivencia conyugal, el de casados; al no haber alteraciones en el «status» conyugal, cabe en cualquier momento solicitar la separación judicial; no se producen ninguno de los efectos secundarios (convivencia, domicilio común, alimentos (64), filiación...). 2. En la esfera *patrimonial*, al desaparecer la comunidad de vida faltan los presupuestos sobre los que teóricamente se fundamenta la sociedad de gananciales (65), pero no se produce la disolución de dicha sociedad (66), sino que se mantiene el régimen de comunicación de ganancias; la incidencia en los derechos sucesorios es todavía más discutible, ya que si de una parte la separación de hecho, por sí sola, no produce ningún efecto respecto de los derechos legitimarios derivados del artículo 834 del Código civil, de otro lado, habrá que relacionar dicho hecho con lo establecido en el artículo 855 para la desheredación.

Ciertamente estos débiles efectos encajan mal con la situación jurídica creada con la sentencia judicialmente declarada aunque no ejecutada, cuyo fallo dispone «declaro disuelto el vínculo... y decreto la separación de bienes...» (67). Tampoco cuadran estos efectos con el mutuo *comportamiento* de los esposos, al ser hechos probados: la completa separación personal, con domicilios en lugares diferentes, y sus actividades como *divorciados*. Por todo lo cual, creo que la deficiente normativa de la separación de hecho *no* parece de aplicación al supuesto comentado.

b) *Como separación judicial*: Calificación obvia, dado el litigio previo entre ambos cónyuges. La ventaja de esta separación, nos dice DE LA CÁMARA (68) es su plena regularidad jurídica y, consecuentemente, su cabal y completa eficacia; de aquí que sea ineludible cuando quieran obtenerse todos y cada uno de los efectos inherentes al estado legal de *separado* (69).

Los efectos de la sentencia, según ya se dijo, son *constitutivos*: en el sentido de que atribuye a ambos cónyuges un nuevo «status», el de *separados judicialmente*. La normativa es la contenida en el artículo 73 del Código civil, al que se remite el artículo 104 del Código civil, siendo ya tradicional la distinción entre la esfera *personal* y la *patrimonial*: 1. Esfera *personal*: la separación es ya firme, y queda en suspenso la vida común de los cónyuges; especiales dudas plantea la cuestión de si la esposa conservó o no la nacionalidad cubana—lo que en el motivo *séptimo* del recurso de los demandados se apuntaba—, una vez separada en Cuba legalmente. 2. Esfera *patrimonial*: la ejecución produce la separación de los bienes de la sociedad conyugal, con carácter absoluto, teniendo cada cónyuge el dominio y administración de los que le correspondan (arts. 73-4 y 1433, 1434 y 1417 del C. c.) (70), con *disolución* de la sociedad de gananciales y consecuente liquidación de la misma; en orden a los derechos *sucesorios*, considerado el artículo 834 del Código civil, la cues-

(64) Esta negación de alimentos es en principio. Véase mi comentario a sentencia de 28 de febrero de 1969, en el núm. 475 de esta REVISTA, pág. 1.699, y la obra de PUIG BRUTAU, citada en nota 13, págs. 252 y sigs.

(65) CÁMARA, op. cit., pág. 11.

(66) Op. cit., últ., págs. 12, 265 y sigs. (respecto a la mujer) y 307 (respecto al marido).

(67) Véase en el apartado I-B) de los *antecedentes* de este caso.

(68) Op. cit., pág. 8.

(69) El subrayado es mío.

(70) Para la cuestión sobre el artículo 1.435, en relación con el nuevo artículo 73 del Código civil, puede verse el resumen que hace PUIG BRUTAU, en op. cit., págs. 211 y sigs.

ción sería compleja si, con la determinación de la *culpa*, ésta fuere imputable al esposo difunto, pero *parece que* atendiendo al carácter de la *legítima viudal*—cuya atribución suele ser al cónyuge unido al difunto por matrimonio *válido y normal*—y a las consideraciones respecto al matrimonio *putativo* (71) *no debería concederse* la legítima al sobreviviente que haya vivido completamente separado del difunto *después* de la sentencia de separación y por largos años.

Me parece, por tanto, evidente la aplicación al supuesto contemplado de la normativa que el Código civil establece para la separación *judicial*, que, en resumen, determina: 1. La atribución del «status» de *separados legalmente*, cuyo estado familiar es, «per se», inmutable. 2. La separación *de bienes* de la sociedad conyugal, con disolución de la sociedad de gananciales y *extinción* de los posibles derechos sucesorios respecto al otro cónyuge (72).

Determinadas las consecuencias de una y otra tesis, el hecho de entender aplicable la normativa de la separación *judicial* viene aquí reforzado por tratarse de una ejecutoria de *divorcio*; de donde se desprende el matiz relevante del supuesto, que antes (73) he llamado «separación judicial decretada en virtud de sentencia de divorcio», separación *en tránsito* a la que se origina por divorcio.

El único obstáculo aparente a la configuración de esta situación jurídica como de separación *judicial* es la no existencia en España de una ejecutoria decidiendo el litigio. Ciertamente la sentencia cubana, en buena técnica procesal, es *inexistente* ante nuestros Tribunales como anteriormente (74) he tratado de demostrar; pero la trascendencia de la misma en el ámbito del Derecho privado es mucho mayor: en primer lugar, por la eficacia *material* tanto directa como indirecta, de toda sentencia; en segundo lugar, por su indudable validez y eficacia como acto jurídico privado de decisión, de naturaleza preceptiva y función constitutiva; en tercer lugar, porque la obvia *acquiescencia* de ambas partes al no impugnar el fallo—aun no llevándolo a ejecución—determina la consecuente *preclusión* de nuevas actividades procesales tendentes, directa o indirectamente, a modificar o enmendar dicho fallo.

Parece, por tanto, bastante defendible la idea de configurar el supuesto como de separación judicialmente declarada en virtud de sentencia de divorcio extranjera, cuya eficacia *substantiva*—al menos «inter partes»—no es dudosa. A la nueva situación jurídica creada serán de aplicación las normas del Código civil contenidas en el artículo 73 y concordantes.

VI. *Los resultados obtenidos tras la precedente exposición y la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo.*—Pudiera parecer a alguno curiosa la coincidencia, en definitiva, de los resultados obtenidos y de la «ratio decidendi» de la sentencia; sin embargo, ello no es nada extraño, ya que no debe olvidarse la excelente labor del magistrado ponente (75), que en otras ocasiones ya he elogiado por su claridad de exposición, su gran sentido jurídico y su capacidad de síntesis que le hace llegar a la médula del problema y su repercusión práctica. En esta sentencia puede verse una absoluta falta de alardes dogmáticos y divulgaciones eruditas y cómo, sin embargo, se llega a una solución justa del

(71) Véase PUIG BRUAT, op. cit., tomo V. vol. 3. pág. 122

(72) En rigor, más que de *extinción*, debe hablarse de un *no nacimiento* de tal derecho.

(73) En el epígrafe I de estos Comentarios.

(74) Véase los párrafos finales del epígrafe III de estos Comentarios.

(75) Don Emilio Aguado González.

litigio en contemplación de la *realidad* ambiental existente en aras de una visión realista y crítica del derecho.

El problema *fundamental* que en el caso comentado existía es la *carencia de una normativa aplicable* al mismo. Bien ha podido escribir LALAGUNA (76) que «la aplicación de la Ley, como toda tarea de creación, es un oficio árduo... deriva de la misma naturaleza de las cosas, porque la Ley es una obra inacabada... Los defectos legislativos son quizá la principal fuente de problemas en la aplicación de la Ley...». Dentro del amplio campo de *defectos legislativos* que dicho autor expone, parece que nuestro caso habría que encuadrarlo dentro del grupo que llama *limitaciones* o imperfecciones del Ordenamiento jurídico *dinámicamente* considerado: la insuficiencia de la Ley sería aquí por una *inadecuación sobrevenida*, al variar las circunstancias. Ha podido decir agudamente LALAGUNA (77) que «los problemas que nacen de una limitación tienen su clave en un *mejor conocimiento de la realidad*... Tales problemas implican necesariamente la confrontación de las *referencias a la realidad* que se condensan en los supuestos hipotéticos de la norma con *la realidad misma*» (78). Aunque LALAGUNA nos advierte de los peligros de pretensión dogmática que cabe observar en las distinciones que propone, ya que el encuadre de cada caso en uno u otro tipo de *limitación* es algo convencional, y atendiendo al propósito de no deformar la realidad que cita, creo que el supuesto de hecho comentado cabría encuadrarlo—partiendo de los tres tipos de *limitaciones*: silencio, insuficiencia e inadecuación de la Ley—en lo que este autor denomina *insuficiencia* de la Ley. Podría así hablarse de una *anomalía relativa* (79), dada la incompleta regulación que la Ley ofrece ante los supuestos de sentencias de divorcio extranjeras dictadas durante la vigencia de la Ley de 1932, aun no ejecutadas en España. No obstante, es cuestionable si este supuesto puede ser un problema de *silencio* de la Ley—a resolver con una adecuada interpretación—o si se trata de propia *insuficiencia*—lo que postularía un cambio legislativo futuro—que puede ser una incesante fuente de aporías en el ámbito de aplicación de las normas (80).

A la vista de estas afirmaciones de LALAGUNA, puede muy bien el lector comprender que el elogio que antes hice de la labor del ponente de esta sentencia es en verdad justo, ya que se atuvo en todo momento a la realidad y ante el problema adoptó la solución de *interpretar* las normas existentes en forma *correctiva*, negando a la esposa su pretensión, y sin incurrir en posiciones dogmáticas; este acercamiento a la realidad hace que, paralelamente, la doctrina que fundamenta la decisión final encaje en la situación litigiosa de manera perfecta.

La doctrina sentada por la sentencia me parece contenida en el Considerando *tercero*: inciso final del apartado B) y apartado C). Sentadas estas premisas, son lógicas las conclusiones que fija en los últimos párrafos del Considerando *cuarto*. Del examen conjunto de ambos Considerandos, en relación con los hechos probados, parece indudable que la «ratio decidendi» es la *existencia* demostrada y continuada de una separación personal y patrimonial entre los cónyuges.

La coincidencia de la doctrina de la sentencia con los modestos resultados habidos con mi precedente exposición es en verdad curiosa, ya que se ha trata-

(76) *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, cit., págs. 191 y sigs.

(77) Op. cit., pág. 225.

(78) El subrayado es del propio LALAGUNA.

(79) Así, en la terminología adoptada por LALAGUNA, op. cit., pág. 242.

(80) Op. cit., últimamente, pág. 242.

do de ahondar un poco en aquellas cuestiones o puntos no desarrollados por el juzgador y que—al menos, en gran parte—se presentaban como meramente teóricos e intrascendentes. Sin que pretenda haber descubierto un nuevo continente, sí creo que eran importantes y dignos de estudio profundo algunos problemas poco tratados: valor de sentencia extranjera no ejecutada, validez de sentencia de divorcio dictada entre marzo de 1938 y septiembre de 1939, limitaciones a la eficacia de tales sentencias, situación jurídica de separación judicialmente declarada e incidencia de esta situación en las esferas personal y patrimonial de los cónyuges separados.

Las distintas soluciones o respuestas dadas a cada uno de estos problemas han ido conduciendo a una decantación de las proposiciones obtenidas, que, al tener como norte o guía la realidad y los hechos probados, no han podido alejarse demasiado de la solución final del juzgador. Quizá cupiera hallar alguna *discrepancia de matices no esenciales*: valor del Decreto de 2 de marzo de 1938, efectos de la sentencia de divorcio (que reduce tan sólo a la simple separación personal) (81), encuadre de la situación jurídica en los distintos tipos de separación, eficacia material de la sentencia y su valor como acto jurídico privado, juego de la doctrina de los propios actos o de la «*verwirkung*», normativa aplicable a la situación jurídica de separación judicialmente declarada.

Resumiendo, podemos decir que los resultados habidos y la doctrina de la sentencia son *coincidentes en los siguientes puntos*: 1. La separación personal de los cónyuges. 2. La separación patrimonial, con disolución de la sociedad de gananciales y no nacimiento del Derecho sucesorio. 3. Eficacia *substantiva* e «*inter partes*» de la sentencia de divorcio. 4. Limitación de la pretensión de la esposa en base a la doctrina de los propios actos.

VII. *Conclusiones*.—El caso resuelto por esta sentencia plantea una serie de cuestiones que no ha tocado el juzgador—no tenía porqué hacerlo—y que no fueron abordadas anteriormente por los autores, cuestiones a las que se ha tratado de dar una adecuada respuesta usando de los medios técnicos de interpretación habituales; quizá no haya habido tanta fortuna en hallar los resultados como en proponer los problemas, que ahí quedan para que algún otro estudioso complete lo por mí apuntado.

A la justicia del fallo, tanto en el fondo como en la forma, hay que agregar que la «*ratio*» básica ha sido la existencia continuada y probada de una separación conyugal total. No parece tan básica la idea de los propios actos, cuya formulación antes (82) he criticado.

Esta sentencia podrá muy bien servir de *precedente* para todos los casos similares, siempre que se den los presupuestos necesarios para la aplicación de la analogía y atendiendo a los hechos del caso.

La sentencia puede muy bien englobarse dentro del tipo de jurisprudencia *interpretadora* de los preceptos legales y está en la línea de una actitud realista del juzgador que tanto se postula en la actualidad por nuestra mejor doctrina.

J. C. G.

(81) Véase Considerando 3.º; ap. B), inciso final.

(82) Véase epígrafe IV-D), *in fine* de estos Comentarios.

V. SUCESIONES

PARTICION. *La existencia de una partición, incluso de la practicada exclusivamente por el contador-partidor sin la concurrencia del cónyuge superviviente, impide la apertura del juicio de testamentaria* (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1969).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandados y apelantes contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Azpeitia, en base a los siguientes razonamientos.

Considerando: Que la doctrina legal, recordada y confirmada últimamente por la sentencia de esta Sala, de 17 de octubre de 1960, según la cual, la partición extrajudicial de la herencia genera el efecto impeditivo de la apertura del juicio de testamentaria, no deja de ser aplicable porque quien pretenda su iniciación alegue la inexistencia en derecho del negocio jurídico particional, ya que también es doctrina jurisprudencial, manifestada en la sentencia de esta Sala, de 3 de enero de 1947, que recoge la de otras anteriores, y que ha sido ratificada con posterioridad, que, si bien, según opinión corriente, la inexistencia o nulidad absoluta del contrato obra de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial, por no producir el acto efecto alguno, tal doctrina no siempre puede admitirse como exacta, pues al crear todo negocio jurídico una apariencia de validez se hace indispensable destruirla si constituye obstáculo al ejercicio de un derecho.

Considerando: Que, esto sentado, ha de decaer el recurso impugnatorio del fallo de la sentencia del Tribunal *a quo*, que, por confirmación del de la decisión de primer grado, ordena el sobreseimiento de las diligencias del juicio universal de testamentaria y declara nulas las actuaciones realizadas en el mismo, intentando apoyar la impugnación en que la doctrina legal primeramente aludida es inaplicable a la hipótesis en que se aduzca la inexistencia jurídica de la partición extrajudicial (motivo tercero), supuesto que se da, alegan los recurrentes, cuando por ser necesaria la intervención del cónyuge sobreviviente en la liquidación de la sociedad de gananciales (motivo segundo), se aprueba el cuaderno particional exclusivamente por el comisario contador-partidor, con infracción, dicen, de lo dispuesto en el artículo 1.261 del Código civil (motivo primero) y de la doctrina legal que lo interponga y aplique (motivo cuarto), toda vez, añaden los impugnantes, que es doctrina de este Supremo Tribunal que en materia de inexistencia no se pueden deducir otras consecuencias que las que necesariamente se derivan de la misma inexistencia y que ésta o la nulidad absoluta no puede producir ningún efecto, sin que sea preciso que se impugne ni se declare judicialmente (motivo quinto), toda vez que no merece ser acogida porque, con olvido de la doctrina invocada al final del Considerando precedente, lo que pretenden los recurrentes es, o bien que con la apertura del juicio universal de testamentaria quede prejuzgada definitivamente la nulidad de la partición referida, la que precisamente es objeto de un juicio declarativo de mayor cuantía pendiente

entre las partes, o bien que, en un incidente de aquel juicio se dilucide y resuelva el arduo problema de la falta de existencia jurídica de las repetidas operaciones particionales, procedimiento inidóneo, como en su caso, que guarda ciertas analogías con el presente, declaró la mencionada sentencia de 17 de octubre de 1960, sin que a todo ello pueda oponerse que la protocolización notarial del cuaderno indicado no le inviste del carácter de instrumento público, limitándose a otorgarle fecha cierta a los efectos previstos en el artículo 1.227 del Código Civil (motivo sexto), dado que, cualquiera que sea la naturaleza del cuaderno en cuanto documento, subsiste la de divisorio de la herencia en cuanto negocio jurídico, cuya apariencia de validez o la resistencia opuesta por la otra parte a su inexistencia en derecho, debe ser removida judicialmente previa la obtención de la oportuna sentencia declarativa.

DIVISION DE HERENCIA. Los artículos 440 y 1.965 del Código civil no son aplicables cuando los bienes de la herencia no se poseen de consumo por todos los herederos, sino por uno de ellos en nombre propio y como dueño exclusivo (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1969).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente don Federico Rodríguez-Solano y Espín, desestima el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandantes y apelados, confirmando la sentencia de la Sala primera de lo civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, revocatoria de las del Juzgado de Primera Instancia de Sarría, conforme a los siguientes considerandos.

Considerando: Que, como ya declaró la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 12 de julio de 1946, y 24 de octubre de 1951, para que proceda la estimación de la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es preciso que los distintos pronunciamientos integrados en el fallo de una resolución judicial, sean tan antagónicos y manifiestamente incompatibles que racionalmente originen dudas sobre su verdadero sentido en el período de ejecución, como que no sucede cuando, como ocurre en el supuesto que aquí se contempla, se rechazan la totalidad de los pedimentos de la demanda y se acogen los de la reconvencción que implícitamente envuelve parte de aquéllos, delimitando y concretando su significado y alcance sin el empleo de afirmaciones y negaciones que recíprocamente se destruyan, y como en los motivos 1, 4 y 13 del presente recurso, amparados en dicho precepto, se presente la casación de la sentencia recurrida en contradicción con lo acabado de exponer y, además, no se expresa el concepto por el que se dice infringido el artículo 359 de la indicada Ley, de ahí que ninguno de ellos puede prosperar, sobre todo cuando la omisión de las declaraciones de herederos a que dos de estos motivos se refieren, integraría la causa de casación prevista en el número tres del citado precepto y no la elegida por el recurrente.

Considerando: Que tampoco se logra el resultado apetecido por los recurrentes, a través de los diversos errores de hecho que en la apreciación de la prueba y con apoyo en el número 7 del mencionado artículo 1.692, se atribuye al Juzgador de instancia en este recurso: Primero: Porque la totalidad de los documentos que para ponerlos de manifiesto se enumeran en los motivos 2, 7, 16 y 23, así como el testamento de 21 de febrero de 1920, y escrituras de 29 de

enero de 1928 y 31 de enero de 1932 a que aluden los 11 y 18, fueron objeto de análisis e interpretación por el Tribunal *a quo*, y son por ello inadecuados para el éxito de esta clase de vicios *in indicando*, según declararon las sentencias de 27 de febrero de 1954 y 6 de noviembre de 1962; Segundo. Porque los motivos cinco y siete no indican con la claridad y precisión ordenadas por el artículo 1.720 de la Ley de Trámites, en qué consisten las equivocaciones a que los mismos se refieren, incurriendo con semejante silencio en la causa de inadmisión del número 4 del 1.729 y en la correspondiente de desestimación en esta fase del procedimiento; Tercero. Porque las certificaciones y copia del testamento indicadas en el motivo 9, son insuficientes por sí mismas, y sin el complemento de otras pruebas para acreditar lo que el recurrente impugna en el expresado motivo; Cuarto. Porque al declarar la sentencia recurrida, a la vista de los diversos elementos de prueba aportados al juicio «que todos los demandantes por escrituras públicas de 29 de enero de 1928, y 31 de enero de 1932, cedieron y transmitieron al demandado, a título de permuta, en plena propiedad y sin reserva ni limitación alguna, todos cuantos bienes, derecho y acciones les pertenecían por herencia de su padre y abuela paterna, sin que les quedara ningún derecho a las mismas», y que este señor «vino desde hace cuarenta años en la posesión exclusiva, en concepto de dueño y de forma pública, pacífica y sin interrupción hasta el momento actual de la totalidad de la casa y bienes componentes de la explotación litigiosa», en la que incluyó los inmuebles discutidos, es evidente que tales afirmaciones y la conclusión a que llegó el Tribunal *a quo*, al estimar la prescripción de los mismos no se enervan por el contenido de los instrumentos públicos de 18 de mayo de 1909 y 27 de abril de 1920, a que se refiere el motivo 11, puesto que ellos por sí solos y sin acudir a hipótesis o deducciones, no patentizan, ni pueden patentizar la falta de posesión material del demandado a efectos de usucapión, cosa que sucede igualmente con los reseñados en el motivo 18, según se deduce de su simple lectura; y Quinto. Porque la posible discrepancia en la calificación jurídica del negocio concertado en la escritura de 30 de octubre de 1907, que sirve de fundamento al motivo 23, caso de existir, no sería suficiente, como se verá más adelante, para conseguir el éxito de la casación pretendida.

Considerando: Que igualmente debe rechazarse el motivo 17, acogido al número primero del mencionado artículo 1.692, porque, acusándose en él la violación del 1.253 del Código civil, no tiene presente que tal precepto no se infringe cuando la sentencia recurrida no se funda en presunciones, sino en prueba directa (sentencias de 16 de mayo de 1956, y 27 de enero de 1967), que el mismo no fue invocado oportunamente en el pleito, y que su mediación y sin acudir a las reglas de hermenéuticas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289, no puede realizarse una labor interpretativa de los testamentos de los abuelos de los litigantes, que es precisamente lo que se intenta en dicho motivo.

Considerando: que igual suerte deben correr los motivos 19 y 22 del recurso, dirigidos por la misma vía foral del anterior, en los que se acusa el Tribunal de Instancia de haber incidido en la violación de los artículos 436, 440, 447 y 1.948, y la aplicación indebida de los 1.957 y 1.959 de la Ley civil sustantiva; porque el primero no se opone a que la posesión iniciada en un concepto pueda continuarse por otro distinto, si surgieran circunstancias que las modificasen, como podrá ocurrir en este caso, al suscribirse los contratos de 29 de enero de 1928 y 31 de enero de 1932, de no haber comenzado mucho antes, según se hace constar en la decisión judicial impugnada; el segundo, porque

dicho precepto, al igual que el 1.965, no es aplicable cuando los bienes de la herencia no se poseen de consumo por todos los herederos, sino por uno de ellos en nombre propio y como dueño exclusivo (Sentencias de 31 de mayo de 1899, 24 de noviembre de 1906, 6 de junio de 1917 y 4 de abril de 1960); y los restantes, porque para poner de relieve su vulneración, los recurrentes se apoyan en supuestos fácticos contrarios a los contenidos por la resolución recurrida, los cuales, como se ha visto, no han quedado destruidos en estas actuaciones.

Considerando: Que la desestimación de los cuatro motivos procedentes provoca la de los 3, 6, 8, 10, 12, 14, 15 y 24 del recurso, formulados conforme a las prescripciones del número uno del repetido artículo 1.692, porque las diversas transgresiones de preceptos legales que por su mediación pretende ponerse de relieve, aun cuando existieran y no se hiciera en su desenvolvimiento, como se hace, supuesto de la cuestión, ni aislada ni conjuntamente consideradas podrían dar lugar a la anulación de la sentencia recurrida, sin destruir previamente la declaración que dicha sentencia contiene, y como ello no ha ocurrido en el presente caso y además, el problema que se plantea en el motivo 24 respecto a la calificación del contrato de 30 de octubre de 1907, pudo subsanarse a través del remedio procesal que arbitra el párrafo segundo del artículo 563 de la Ley Tributaria y no por el cauce formal elegido, es indudable que no debe acogerse ninguno de estos motivos, ni el recurso en su integridad.

F C L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por Jesús González Pérez.

COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE LA GOBERNACION EN MATERIA DEL OTORGAMIENTO DE LICENCIAS MUNICIPALES DE ACTIVIDADES MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS Y PELIGROSAS

I. LA SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1970.

1. *Los hechos.*

a) I. D. M. solicitó en 27 de febrero de 1964 del Alcalde del Ayuntamiento de P. licencia para construir una fábrica de cemento.

b) El 26 de mayo de 1964, la Comisión Municipal Permanente acordó elevar el expediente a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos con informe desfavorable a la instancia de I. D. M. interesando se dictaminara igualmente en sentido negativo y se recomendase a la Empresa que situara la fábrica fuera del territorio a que alcanza el plan del Gran Valencia, para respetar las exigencias de éste en el desarrollo urbano de la Comarca.

c) La Comisión Provincial de Servicios acordó en 30 de junio de 1964 calificar la fábrica de cementos cuya licencia se solicitaba, de insalubre, nociva molesta con emplazamiento de más de 2.000 metros del núcleo más próximo de población agrupada y elevado escrito por la Sociedad interesada en petición de que se modificase la expresada calificación adoptó en 2 de diciembre de 1964 la Comisión acuerdo de mantenerla y de reforma el anterior, en sentido de aplicar la excepción del artículo 15 del Reglamento que permite establecer las industrias insalubres a menos de 2.000 metros del poblado señalado el límite de 1.000 hasta el extremo de la zona edificable y con imposición de las medidas fijadas en la memoria para evitar todas molestias al vecindario.

d) El 17 de diciembre de 1964, el Alcalde del Ayuntamiento de P. acordó no conceder la licencia solicitada, acuerdo que ratificó el Pleno de la Corporación el día 21 siguiente.

e) I. D. M. interpuso contra el acuerdo municipal recurso de alzada ante el Ministerio de la Gobernación, recurso que fue estimado por resolución de 24 de marzo de 1966.

f) Contra el acuerdo del Ministerio de la Gobernación dedujo recurso contencioso-administrativo el Ayuntamiento.

2. *La sentencia.*

La Sala 4.ª del Tribunal Supremo en sentencia de 7 de febrero de 1970, de la que fue ponente don Pedro Fernández Valladares, estimó el recurso contencioso-administrativo y anuló la resolución del Ministerio de la Gobernación por considerar que carecía de competencia para anular el acuerdo municipal.

Como fundamento del fallo se aducen los considerandos siguientes:

«Que en tal situación el asunto litigioso, muéstrase que versa simplemente sobre la potestad para conceder o negar a I. D. M. la *licencia solicitada para construir la fábrica de cemento y autorizar su actividad ya que ambos aspectos inseparables* habría de alcanzar a la permisión en el giro tomado por el asunto y así las cosas lo mismo el artículo 116, letra i) en relación con el 101 número 2, a), de la Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955 que el artículo 115 número 7 de su Reglamento de Organización, Funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952, que el artículo 166 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 proclaman la competencia privativa de los Alcaldes de Ayuntamientos para otorgar y claro que para denegar, las licencias de obras y ejercicio de actividades industriales a que una y otras están sujetas conformes también al artículo 165 de la propia Ley de 12 de mayo de 1956 y a los artículos 21 y 22 del Reglamento de Servicios de las mismas corporaciones al que remite explícitamente dicho artículo 165, confiando su rango a lo mandado; en igual línea a los artículos 6.º del Reglamento de 30 de noviembre de 1961 de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y 3.º de la instrucción complementaria de 15 marzo de 1963, enuncian la competencia de los Alcaldes para las licencias de estas actividades la cual, por tanto, es tónica e insoslayable, como se dijo en las sentencias de la Sala de 30 de noviembre de 1964 y 30 de junio de 1965.»

«Que establecida de modo tan concluyente y con ese rango la atribución exclusiva municipal para el otorgamiento de las mencionadas licencias en el orden que marca el número 2 del artículo 26 de aquel Reglamento de servicios de 17 de junio de 1955, sobreviene que sólo dos disposiciones con idéntica jerarquía y rotundidad pueden menoscabar semejante competencia, para lo cual la orden recurrida y sus defensores invocan meramente el artículo 33, número 2 ó 3, del citado Reglamento de 1961 y de la redacción del Decreto de 5 de noviembre de 1964 preceptivos de que el Ayuntamiento—entiéndase el Alcalde—en plazo de quince días después que le devuelva el expediente al primero, la Comisión Provincial de Servicios Técnicos con su calificación de actividades, otorgue o deniegue en consonancia con esta licencia solicitada y añade el número 3 que transcurridos quince días desde que la Comisión haya adoptado el acuerdo procedente sin que el Ayuntamiento lo haya ejecutado podrá la parte interesada recurrir en alzada ante el Ministerio de la Gobernación que resolverá lo procedente con carácter ejecutivo para el Ayuntamiento y argumenta la Administración que la prevención de dicho número 3 del artículo 33 de sin que el Ayuntamiento haya ejecutado el acuerdo de la Comisión alcanza lo mismo a su abstención inejecutable que a la ejecución contraventora del expresado acuerdo.»

«Que a esa tesis hay que objetar, por de pronto, que según se razonó en sentencias de la Sala de 16 de octubre de 1964, 16 de marzo de 1968 así como en el Auto de 16 de diciembre de 1966, el preámbulo del Decreto de 30 de noviembre de 1961 que sirve a determinar el alcance de su preceptiva explica que la misión asignada a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos deja siempre a salvo la competencia de los Ayuntamientos sin propósito de desplazar su normativa ni de suplirla con la del control técnico que ejerce mediante los informes y propuestas que acuerda, a tenor del artículo 7.º, pertenecientes por ende a la función consultiva con lo que al no constituir la Comisión de Servicios Técnicos en este cometido calificador la Administración activa tampoco puede producir el acto administrativo peculiar que los órganos de ella y no revistiendo la calidad de acto tales acuerdos de la Comisión no tienen el

carácter ejecutivo que reserva a los mismos el artículo 101 de la Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, sino que necesita para la efectividad que recaiga sobre ellos el acto de Organismos llamados a dictarle que les imprime la ejecutividad y que se produce imperativamente cuando de licencias y actividades se trata, el Ayuntamiento a través de su Alcalde; de ahí que la locución del artículo 33, número 3 aducida de sin que el Ayuntamiento lo haya ejecutado tiene que referirse lógicamente a que imparta la indispensable acto de que confiere el dictamen acordado, la ejecutividad de que si carece y por ende mal puede imponerse en este sentido ordenador que se pretende al ente local obligado estrictamente a dar su acto; cierto que podrá no hallarse el mismo vinculado al informe de la Comisión Provincial, más también puede concurrir otros motivos valorables para la decisión y en todo caso si ocurriese el apartamiento de lo dictaminado cuando procediese seguirlo surgirá el vicio de ilegalidad del acto reclamado y revisable jurisdiccionalmente, más no en la vía administrativa en la que ninguna disposición autoriza la revisión y menos la revocación de las licencias municipales en cuestión; conduce idénticamente a negar la ejecutividad a modo de acuerdo definitivo a los de la Comisión Provincial de Servicios técnicos a que atañe el disenso artículo 33 la circunstancia de que precisamente si a falta del acto municipal se recurriese al Ministerio de la Gobernación, éste, concluye el número 3 del artículo resolverá lo procedente, arbitrio que la permite en consecuencia atenerse o no al acuerdo de la Comisión denotando que no le asiste la firmeza ejecutiva que se esgrime.»

«Que lo antedicho lleva en la inteligencia de normas glosadas a criterio antagónico al de la resolución impugnada en su primer fundamento, la desecha, tan claramente en correcta interpretación sistemática de las mismas EL ARTICULO 42 DEL REGLAMENTO DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1961 al disponer bajo la rúbrica de recurso contra las resoluciones de la Alcaldía que contra las resoluciones de los Alcaldes concediendo o denegando las licencias para el ejercicio de algunas de las actividades a que se refiere este Reglamento se dará el recurso contencioso-administrativo previo el de reposición en forma legal, el precepto no puede ser más concluyente; el caso de autos—denegación de licencia—se ajusta por entero al supuesto reglamentario de absoluto imperio, pues ningún distinto contiene respecto a la motivación de la decisión municipal, sino que en cuanto ésta exista en la materia no haya otro camino a seguir en la vía de recurso que el jurisdiccional lo cual pone de relieve la infracción normativa de la orden recurrida al prescindir de lo nitidamente reglado y téngase en cuenta que el citado artículo 42 no ha sufrido alteración alguna con el Decreto 3.494, de 5 de noviembre de 1964, quien al conservarle íntegro no deja el menor margen para arrumbarle el socaire de la modificación del artículo 33 y por el contrario la pertinencia íntegra excluye cualquiera posibilidad de promover diferente recurso contra el acto denegatorio de la licencia y de revocarle administrativamente separándose del cauce de reclamación estatuido.»

«Que además el repetido artículo 42 se limita a colocar en la postura proyectada por las Leyes de Régimen Local y de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 24 de junio de 1955 y 12 de mayo de 1956, respectivamente, ya que el artículo 386 de la primera dispone que los actos y acuerdos de las autoridades y corporaciones locales con excepción de aquellos a que la Ley asigna otro recurso especial (entre los que no figuran los relativos a licencias) causan estado en la vía gubernativa y podrán ser objeto del recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Provincial, con lo que tampoco consiente otra vía previosa y por su lado el artículo 222 de la Ley de 12 de mayo de 1956 establece análogamente que los acuerdos de las Corporaciones locales serán impug-

nables ante la jurisdicción competente lo que excluye asimismo que lo sea ante la Administración, resta recordar tocante al ámbito de esta Ley que en el expediente y en la resolución del Alcalde de P. e incluso en la del Ministerio de la Gobernación que para la suya oyó al de la Vivienda, opuesto el emplazamiento de la industria, se conjugaron motivos urbanísticos junto a los de calificación de actividades y si bien aquellos pudo ponderarlos la Alcaldía conforme al artículo 31, número 1 del Reglamento al presentarse la solicitud de licencia no es ello óbice como se dijo en la sentencia de 16 de marzo de 1968 a que los atienda la autoridad municipal en la decisión del expediente, máxime si han surgido en su trámite cual aquí se advierte; aparte de lo que prescribe el artículo 22, número 3 que se dijo del Reglamento de Servicios de 17 de junio de 1955, de tal manera comentado, las dos Leyes de que se hace mérito constriñen a la vía jurisdiccional el recurso contra los acuerdos municipales de la índole que tienen los de autos, por lo que aún en la hipótesis a efectos puramente dialécticos de que el artículo 33 reformado del Reglamento de 30 de noviembre de 1961 diese base al recurso de alzada contra la denegación de la licencia instada, sería nulo de pleno derecho lo así establecido por ir contra las indicadas leyes e incurrir en la prohibición del artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado texto refundido de 26 de julio de 1957 con el efecto invalidatorio de su artículo 28 y transgredir también procesalmente el artículo 377 de la Ley de Régimen Local exigente de que para interponer recurso o reclamación en general contra los actos de Autoridades y Corporaciones locales será requisito indispensable el recurso previo de reposición lo que reitera el artículo 355 del Reglamento de Régimen Jurídico de esas Corporaciones de 17 de mayo de 1952, con prevención de la firmeza del acuerdo a falta de aquel recurso, el cual no entabló la Sociedad I. D. M., con la mandada antelación al de alzada utilizando ahora debatido y siendo tan preciso y obligado llenar esa condición formal para las reclamaciones de acuerdos municipales su omisión lleva también a la conclusión de que la referida alzada se promovió en exacta ira con apartamiento de lo legislado.»

«Que de todo lo expuesto se desprende la improcedencia del recurso de alzada que admitió y resolvió el Ministerio de la Gobernación en su orden recurrida de 24 de marzo de 1966, y la incompetencia con que obró al revocar el acuerdo del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de P. denegatorio de la licencia de litis y como esta abierta infracción del Ordenamiento Jurídico representa fundamento muy suficiente para anular la expresada resolución no es menester pasar a enjuiciar los demás motivos del actual recurso al que de consiguiente procede estimar en observancia del artículo 83, número 2 de la Ley Jurisdiccional sin que se aprecie temeridad ni mala fe en las partes litigantes a efectos de costas.»

II. COMENTARIO.

1. *La competencia como elemento esencial del acto administrativo* (1).

Para la validez del acto administrativo es necesario que el mismo emane de un órgano que tenga aptitud para ello. De un órgano que tenga competencia que en su esfera de atribuciones esté dictar el acto. El artículo 40. párrafo 1.º,

(1) Me remito a mi trabajo, *El procedimiento administrativo*.—Madrid, 1964, páginas 317-319.

de la Ley de Procedimiento Administrativo, dice que «los actos administrativos se producirán por el órgano competente». Esta aptitud o competencia del órgano ha de darse: frente a órganos de otro orden, frente a órganos de distinta entidad pública y frente a los órganos de la misma entidad pública.

a) *Aptitud frente a órganos de otro orden.*

En primer lugar es necesario que la potestad para dictar el acto esté confiada a la Administración y no a la legislación ni a la jurisdicción, que esté atribuido a la Administración como tal Administración y no a los órganos legislativos o jurisdiccionales.

Si el órgano administrativo dicta un acto reservado a los órganos legislativos o jurisdiccionales, estaremos ante uno de los supuestos más graves de incompetencia. De aquí que se haya considerado sancionable con la nulidad.

Que en nuestro Derecho constituye un supuesto de invalidez es evidente, si bien es discutible que, en aplicación del artículo 47, párrafo 1.º, a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, determine siempre la nulidad del acto, ya que ésta únicamente se producirá cuando se trata de incompetencia manifiesta. En todo caso se castiga como delito (arts. 377-380, Cp.), por lo que la nulidad se dará en aplicación del apartado b) del párrafo 1.º del artículo 47, de la Ley de Procedimiento Administrativo.

b) *Aptitud frente a órganos de distinta entidad pública.*

La existencia de distintas entidades públicas al lado del Estado implica la necesidad de delimitar sus esferas de atribuciones. Que el acto corresponda a la esfera de atribuciones propia de la entidad en que esté integrado el órgano que le dicta constituye un requisito de validez. Si el órgano de una entidad pública (v. gr. de un Municipio) dicta un acto que corresponde a la esfera de atribuciones de otra (v. gr. el Estado), estamos ante un supuesto de incompetencia, que determinará la nulidad si es manifiesta, o, en otro caso, la invalidez.

c) *Aptitud frente a otros órganos administrativos.*

Dentro de cada entidad es necesario, por último, que el acto se dicte por el órgano que no tiene competencia, bien *ratione materice*, jerarquía o territorial. Si emana de órgano distinto, es incuestionable que estaremos ante un acto inválido.

2. *Los grados de invalidez del acto administrativo.*

La Ley de Procedimiento Administrativo ha regulado por primera vez, con un criterio sistemático, los grados de invalidez del acto administrativo, delimitando perfectamente los supuestos de anulabilidad y nulidad de pleno Derecho.

No quiere esto decir, que, con anterioridad, no existiesen supuestos de nulidad de pleno Derecho. Pues si bien la regla general la constituía la anulabilidad cuando un acto de la Administración infringía el Ordenamiento, el

Ordenamiento ya había sancionado algunos supuestos de nulidad y la doctrina no había dudado en considerar algunas infracciones de manifiesta gravedad como supuestos de nulidad de pleno Derecho.

En nuestro Derecho público, por ejemplo, el Reglamento de contratación de las Corporaciones Locales enumera varios supuestos de nulidad, como distintos de la de anulabilidad (v. gr. arts. 6, 10, 12 y 21). En el mismo sentido el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (art. 116), la Ley del Suelo (art. 46), etc.

Pero es la Ley de Procedimiento Administrativo la que por primera vez delimita perfectamente nulidad y anulabilidad, al enumerar taxativamente los supuestos que dan lugar a la primera (art. 47), constituyendo las demás infracciones anulabilidad, salvo los casos en que no se producen invalidez, sino simple irregularidad (art. 48).

3. *La competencia como requisito del acto administrativo*

El primer requisito para que el acto administrativo sea válido es que haya sido adoptado «por el órgano competente», lo que supone: que haya sido dictado por órgano de la entidad pública entre cuya esfera de atribución está dictarlo y que, dentro de la entidad, pueda precisamente del órgano con competencia específica para ello.

En el supuesto de que el acto proceda de órgano que carezca de competencia, estaremos ante un supuesto de invalidez que determinará:

a) La nulidad de pleno Derecho, si la incompetencia es manifiesta [artículo 47, 1. a), L. P. A.].

b) La anulabilidad, en los demás casos.

El problema para decidir si estamos en uno u otro supuesto de invalidez radica, por tanto, en que sea o no manifiesta, abstracción hecha de cualquier otra consideración.

4. *Competencia estatal y local.*

Es manifiesta la confusión de nuestro Ordenamiento a la hora de delimitar la competencia de la Administración local respecto de la del Estado. Cada día son más frecuentes las injerencias del Estado en la esfera de competencia de las entidades locales. Pese a que la autonomía todavía es un principio de nuestro Derecho local, los atentados a la misma son continuos.

De aquí la importancia de la delimitación y defensa de la competencia local.

La sentencia que comentamos es digna de elogio, entre otras razones, al reconocer la competencia municipal y defenderla ante el intento de invasión por parte de los Organos del Estado.

En materia de otorgamiento de licencias, aún cuando se refieran a actividades molestas, la competencia corresponde a los órganos municipales (2).

(2) Me remito a mis *Comentarios a la Ley del Suelo*.—Madrid, 1968. pp. 923-928 Sobre las licencias en materia de actividades molestas, MONTORO, *Licencia municipal y acuerdo de calificación en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas*. REVL. núm. 153, pp. 345-359

5. *Naturaleza de los actos de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos.*

No es la primera vez que la Sala 4.^a del Tribunal Supremo se enfrenta con el problema de la naturaleza jurídica de los actos que la Comisión Provincial de Servicios Técnicos adopta en los procedimientos sólo otorgamientos de licencias en materia de actividades molestas. Y, reiterando doctrina anterior, establece que ejerce una «función consultiva», que se traduce en «informes y propuestas», por lo que sus actos no tienen «carácter ejecutivo».

En definitiva, el acto que pone fin al procedimiento, el que resuelve acerca de la cuestión planteada, es el acuerdo municipal. «La misión asignada a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos—dice la sentencia comentada—deja siempre a salvo la competencia de los Ayuntamientos».

El artículo 33, párrafo 2.º, del Reglamento de 1961 así lo dispone, al decir que la Comisión devolverá el expediente al Ayuntamiento, «pero que en el plazo de quince días otorgue o deniegue la licencia solicitada».

6. *Recurso contra los acuerdos municipales.*

En principio, por razón de la autonomía de las entidades locales, no es admisible frente a los actos de sus órganos ningún recurso de alzada ante órganos administrativos del Estado, contra actos de las entidades locales. Si ante la propia entidad local el recurso de reposición previo al «recurso contencioso-administrativo» (art. 361, de la L. R. L.).

Sólo excepcionalmente, en determinados supuestos, se admite recurso ante órganos administrativos del Estado, contra actos de las entidades locales. Si bien hay que recordar que, en la práctica, los supuestos no son tan excepcionales y son cada día más frecuentes, no sólo en las materias tradicionales (v. gr. Haciendas locales), sino en las más diversas.

Ya el artículo 385, L. R. L., enumera una serie de supuestos, que han quedado muy ampliados por leyes especiales (3).

Uno de los supuestos especiales es el del artículo 33, apartado 3 del Reglamento, que la sentencia interpreta restrictivamente.

La sentencia considera que el precepto del Reglamento que regula los recursos contra los acuerdos del Alcalde concediendo o denegando la licencia en el artículo 42, que prevé el recurso de reposición, previo al contencioso-administrativo.

J. G. P.

(3). Me remito a mi trabajo, *Los recursos administrativos*, segunda edición. Madrid, 1965, pp. 54-55 y 261-264.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

POR FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS.

6. *PRESUNCION DE PROPIEDAD A FAVOR DEL CAUSANTE. USUFRUCTO DE DISPOSICION: La liquidación ha de girarse por el pleno dominio* (RESOLUCIÓN DE 30 DE ABRIL DE 1969).

A) *Hechos*.—Se liquidó por el concepto de herencia en propiedad en base a una disposición en la que el testador, soltero, instituía heredera universal a su hermana, y disponía textualmente que «si al fallecimiento de ésta quedan bienes, pasarán a las personas que a continuación señala», añadiendo «que estos bienes de que dispone no son propiedad del testador, sino también de su hermana y los legados sólo valdrán en cuanto tales bienes existan en el patrimonio de aquélla a su fallecimiento, y en cuanto a los que son propiedad de ella, sino dispone *inter vivos* ni *mortis causa* de ellos».

En apoyo del recurso se argumentó que dado el contenido de la cláusula transcrita y que el testamento es un acto personalísimo y libre de disposición de bienes, ha de entenderse que la mitad de los que en él se relacionan pertenecen a la heredera. Asimismo, se deducía del testamento, según el recurrente, que a la reclamante sólo se la había instituido heredera en usufructo, por lo que debía anularse la liquidación y girar otra sobre la mitad de la base que se tuvo en cuenta, tan sólo por el usufructo.

Pero el Tribunal Central rechaza las alegaciones expuestas en base a la doctrina que sigue.

B) *Doctrina*.—Que el razonamiento del recurso de que todos los bienes que se relacionaban en el testamento pertenecían por mitad a la heredera, es absolutamente ineficaz, porque los términos de aquél no son claros y concluyentes y, además, porque contradice la presunción de propiedad que establece el artículo 26, 1 del Texto Refundido. Tales manifestaciones, no adverbadas con justificación fehaciente, carecen de trascendencia a efectos fiscales.

Que tampoco puede prosperar el segundo motivo de la impugnación, porque no estamos ante una institución de usufructo típico, sino en el caso que la doctrina científica denomina «usufructo de disposición», que para los llamados en segundo lugar implica un legado de residuo, cuyo tratamiento fiscal se

regula en el artículo 34, 3 del Texto Refundido, a tenor del cual, la liquidación ha de girarse por el pleno dominio.

7. *RECURSO DE REPOSICION: Disposiciones aplicables al mismo. Plazo para interponerlo* (RESOLUCIÓN DE 30 DE ABRIL DE 1959).

A) *Hechos*.—Se trataba de una liquidación de «Personas jurídicas» girada a cargo de un Ayuntamiento, e impugnada por éste ante la propia Oficina Liquidadora, por estimar que existían determinados defectos de procedimiento.

La Abogacía del Estado denegó la reposición por considerar caducado el plazo de ocho días que fija para recurrir, el artículo 5.º del Reglamento de 29 de julio de 1924.

Contra dicha resolución denegatoria, se interpuso el presente recurso de alzada, en cuyo escrito inicial se invocó la total derogación del Reglamento citado y la consiguiente aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo, dado el silencio del Reglamento de 1959.

El Tribunal Central resuelve así.

B) *Doctrina*.—Que el recurso de reposición en materia tributaria fue instaurado en nuestra legislación por el Reglamento de procedimiento en 29 de julio de 1924. (posteriormente acogido en la normativa reglamentaria de determinados impuestos, como en el artículo 116 del Reglamento de Derechos Reales), en el artículo 160 de la Ley General Tributaria, que dicta sus principios fundamentales, rigiéndose en lo demás (legitimación, órgano que lo decide, plazos, etc.), por las disposiciones reglamentarias o legales que sean del caso.

Que contrariamente a lo que se sostiene en la alzada, el Reglamento de 29 de julio de 1924 no ha sido derogado en su totalidad, porque el Decreto de 10 de octubre de 1958 considera como procedimiento especial a efectos del artículo 1.º de la Ley de Procedimiento administrativo, el de liquidación y gestión de los diferentes impuestos y contribuciones, en cuyo procedimiento de gestión ha de incluirse el recurso de reposición.

Que tampoco la 2.ª Disposición final del Reglamento de 26 de noviembre de 1959 implica dicha derogación total, pues claramente establece que «quedan derogados, en cuanto se refiere al conocimiento, tramitación y resolución de las reclamaciones económico-administrativas, el Real Decreto de 26 de junio de 1924, el Reglamento de 29 de julio de 1924..., y demás preceptos legales vigentes hasta ahora en la materia». de cuyo simple tenor literal se deduce que refiriéndose aquellas disposiciones a actos de gestión y jurisdiccionales de órganos de la Hacienda pública, la cláusula derogatoria comprende tan sólo lo referente a la jurisdicción económico-administrativa, quedando subsistente lo que atañe a la gestión.

Que esto sentado, es obvio que el plazo para ejercitar el potestativo recurso de reposición contra actos administrativos de órganos de la Hacienda pública es el de ocho días hábiles que establece el artículo 5.º del tan citado Reglamento de 29 de julio de 1924.

Que ello no supone, sin embargo, la inexcusable desestimación de la posterior reclamación económico-administrativa, promovida en tiempo y forma contra el acuerdo derogatorio de la reposición, pues, como tiene resuelto con reiteración este Tribunal Central, si la Oficina de gestión al notificar el acto

administrativo no advirtió del potestativo recurso de reposición y su plazo, y tal recurso se interpone después de los ocho días, pero antes de los quince hábiles siguientes a aquella diligencia, ha de entenderse que con él se inicia reclamación económico-administrativa, y como tal, debe tramitarse y resolverse por el Tribunal competente.

8. *PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN COMPROBATORIA. TASACIÓN PERICIAL: Ha de referirse al valor de los bienes cuestionados, en la fecha de devengo del Tributo. La hecha por el perito tercero debe estar comprendida dentro de los límites fijados por los peritos designados por el contribuyente y la Administración* (RESOLUCIÓN DE 30 DE ABRIL DE 1969).

A) *Hechos*.—Para hallar la base liquidable a efectos del Impuesto sobre los bienes de las personas jurídicas, se utilizó a petición del Ayuntamiento interesado, y en base al artículo 81, párrafo 4.º del Reglamento de 1959, la tasación pericial.

Hecha designación de peritos sucesivamente por el Delegado de Hacienda, contribuyente y Juez de Primera Instancia, se fijó, el valor de los bienes; valoración que fue impugnada en base a los siguientes motivos: 1.º Prescripción de la acción administrativa por cuanto la tramitación del expediente había durado más de diez años; 2.º Falta de realidad e incongruencia en las valoraciones, ya que no se referían al momento en que se causó el acto que dio lugar al Impuesto; 3.º Lesividad en la tasación hecha por el perito tercero, que difería muy poco de la señalada por la Oficina Liquidadora, no obstante la depreciación sufrida en los últimos años por los productos forestales.

Este recurso, plantea, pues, tres cuestiones: Una primera, relativa a la prescripción de la acción de comprobación de valores con base en el artículo 82 del Reglamento de 1959; la segunda, referente a la validez de la tasación pericial, que no revelaba el valor de los bienes en el año de la imposición; y una tercera sobre el desproporcionado valor fijado por el perito tercero. El Tribunal Central resuelve así cada una de ellas.

B) *Doctrina*.—Que la primera no puede ser tomada en consideración, atendidas las fechas en que se desarrolló el procedimiento. (*En efecto, es de tener en cuenta que la anualidad gravada era la correspondiente a 1958, la comprobación por precios medios se hizo el 9 de marzo de 1959, y la valoración resultante de la tasación pericial se aprobó el 30 de enero de 1969*) (1).

Que respecto a la segunda cuestión es de aplicación el artículo 60 del citado Reglamento, al preceptuar que el Impuesto recae sobre el verdadero valor que los bienes y derechos tuviesen el día que se celebró el contrato o se causó el acto, en este caso, la anualidad de la imposición, de lo cual se deduce que la tasación del perito tercero es inaceptable, pues, lejos de referirse al valor de los bienes en el año 1958, opera con su producción media en el decenio 1956-1965.

Que la anterior conclusión no equivale, sin embargo, a aceptar como base liquidable el valor declarado ni el resultante de la comprobación realizada por la Oficina de gestión, pues lo procedente es que el perito tercero aclare

(1) Véase a este respecto el artículo 82, párrafo 2.º del Reglamento de 15 de enero de 1959.

si su valoración puede referirse al año 1958, y caso contrario la rectifique refiriéndola a dicha anualidad.

Que sentado lo anterior, es innecesario entrar a conocer de la última cuestión que laalzada plantea, si bien resulta oportuno recordar que si la tasación del perito tercero se refiere a los bienes cuestionados y al momento de devengo del tributo, y como exige el párrafo 3 del artículo 93 del Reglamento, su valoración está comprendida dentro de los dos términos fijados por los peritos de la Hacienda y del contribuyente, debe prosperar sin que a ello se oponga la apreciación subjetiva, de que la impugna por estimarla excesiva.

9. *GASTOS DE ULTIMA ENFERMEDAD: Interpretación de la norma contenida en el artículo 101, apartado 7.º del Reglamento Fiscal (RESOLUCIÓN DE 30 DE ABRIL DE 1969).*

A) *Hechos.*—Transcurrido con exceso el plazo reglamentario para solicitar la liquidación de una herencia se fijó por investigación la base liquidable que notificada en forma a los herederos, fue impugnada por estos.

El motivo de la impugnación se hallaba en la existencia, a juicio de los recurrentes, de gastos deducibles que absorbían totalmente el caudal hereditario. Dichos gastos comprendían, según los recibos y justificantes unidos al escrito de alegaciones: honorarios médicos por consultas e intervenciones anteriores en un año al fallecimiento y asistencia en los últimos días de la enfermedad, análisis clínicos, cuentas de farmacia, alojamiento, asistencia y alimentación durante la enfermedad, entierro, exequias y funerales. Es dato a tener en cuenta, que por tratarse de larga enfermedad, varios de los gastos enumerados, se causaron en fechas muy anteriores al fallecimiento.

El Tribunal Provincial correspondiente desestimó la reclamación apoyado en que no se había acreditado la proporcionalidad exigida en el artículo 101, 12 del Reglamento, tratándose por el contrario de absorber con unos recibos informales el activo hereditario.

El Tribunal Central admite en parte el recurso, reconociendo unos gastos, rechazando otros, y fijando en definitiva unas directrices de interpretación, que por su evidente interés práctico creemos oportuno destacar aquí.

Planteaba también el recurso el problema de la multa a percibir por el Liquidador, como consecuencia de la acción investigadora, cuestión que se resuelve sin mayores complicaciones por aplicación del artículo 158, apartado 9.º del Reglamento de 1959

B) *Doctrina.*—Que el texto fiscal, al mencionar los gastos de última enfermedad, no se refiere indiscriminadamente a todos los que haya podido ocasionar la padecida por el causante, aunque fuera de larga duración y causa de su óbito, porque hay que pensar que durante ella iría sufragando los gastos que se fueran ocasionando, con su propio peculio, que en la misma cuantía figuraría disminuido a su fallecimiento

Que por el contrario, tal precepto hace referencia a los gastos que por ser relativamente inmediatos al óbito es de presumir que no habrán sido satisfechos y tendrán que ser pagados por los herederos, presunción ésta que justifica su deducción del caudal relicto, a efectos fiscales.

Que por otra parte, los gastos referidos han de justificarse ante el órgano gestor, si bien no se deduce del precepto que dicha prueba sea tasada, pues

basta la comparación de su texto con el de los artículos 75-1-a), 77-1 y 101-números 1.º, 2.º y 3.º, por ejemplo, para llegar a la conclusión de la idoneidad de cualquier medio de prueba, siempre que a juicio de la Administración se justifique la realidad y cuantía del gasto, pudiendo para ello admitir discrecionalmente los recibos que estime pertinentes, o exigir su adveración adecuada, rehusándolos si no se realiza en el plazo fijado al efecto, pues todo ello corresponde a la sana crítica con que ha de enjuiciarse al material probatorio presentado por el contribuyente.

Que en orden a la exigida proporcionalidad de los gastos con el caudal del causante, según los usos y costumbres de la localidad ha de concluirse, que la localidad es la del domicilio del causante, y los usos y costumbres serán aquéllos de que tengan conocimiento los órganos gestores, se acrediten por el interesado o sean confirmados por dependencias u oficinas que por razón de su intermediación con aquel domicilio posean mayor constancia de ellos, pues la alusión a la costumbre que hace el precepto reglamentario no ha de entenderse en el sentido de fuente de derecho conforme al artículo 6.º del Código civil (que requiere su cumplida probanza por quien la alegue), y si tan sólo, como el usual modo de conducirse, en cierta localidad, según la posición personal y económica de ésta, repetición de hechos que no crea derecho, pero sí fundamenta un criterio administrativo para enjuiciar la proporcionalidad que el precepto reglamentario exige.

F. M. C.

LIBROS

BÁDENES GASSET, RAMÓN: *El contrato de compraventa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, 1.383 páginas.

Al analizar el libro de BÁDENES GASSET, "El contrato de compraventa mercantil", dos cosas encontramos innegablemente elogiables: la primera, la abrumadora labor de recopilación de un tema ya de por sí tan amplio como lleno de problemas. Seguramente pocos escapan a la cuidadosa tarea del Autor de este libro, basta que recorramos el Índice del mismo para comprobarlo. Otra, el intento de sistematización de toda la materia que cabe encuadrar dentro de un concepto amplio de compraventa. El señor BÁDENES en su Prólogo nos dice que al llevar a cabo su estudio, no pretende constituir una suma de Monografías (lo que hubiera hecho inacabable la obra), pero sí llevar a cabo una integración y sistematización que exceda no sólo del contenido de un trabajo de Instituciones, sino del ámbito de un Tratado elemental. Añadiendo que la problemática se expone siguiendo la sistemática del título IV del Libro IV del Código civil.

Pues bien, en el ambicioso propósito que guió al Profesor Bádenes al llevar a cabo su estudio, encontramos también las queiebras del mismo. Por una parte su excesiva prolijidad, en el deseo de agotar en cada caso la problemática de cada punto, impide la visión unitaria de una temática llena de problemas, algunos de los cuales son de difícil solución. Por otra, el método seguido, algún ejemplo del cual expondremos a continuación, no sólo acrecienta la dificultad de llegar hasta la construcción de un esquema general de la compraventa, sino que constantemente conduce al Autor a apartarse del punto concreto tratado.

No nos parece tampoco convincente ceñirse a la "sistemática" del Libro IV, tit. IV del Código civil. Y en definitiva no encontramos, llevada al extremo que en las páginas de esta obra se refleja, muy conveniente la sistemática y método elegidos, tampoco estamos de acuerdo en la forma como se lleva a cabo el estudio de la compraventa mercantil, que el Profesor BÁDENES justifica dentro de un criterio fundado en la corriente doctrinal y legislativa de unificación del Derecho de obligaciones. El método de limitarse a puntualizar, según términos del propio autor, los datos precisos para cualificar un contrato de venta mercantil y ¿"a reglamentar con normas especiales algunos puntos de la dogmática de la compraventa para adaptar el ordenamiento de la venta civil a las exigencias del tráfico mercantil"?, ni lo acabamos de ver claro, ni lo consideramos conveniente. Lleva simplemente a una confusión que dada la importancia de la compraventa mercantil, nos parece completamente inoperante. Si el libro viene titulado como "La compraventa", y pretende ser algo más que un tratado de la misma, habría de haberse puesto de relieve la construcción orgánica de la compraventa mercantil y sus especialidades,

en lugar de haber ido haciendo alusiones a las mismas a través del análisis del régimen de la compraventa civil. La obra tiene dos tomos con un total de 1.386 páginas, que son en verdad insuficientes para abordar con hondura la ingente problemática en ellas contenida. Bien es cierto que el propio autor confiesa que no ha querido llevar a cabo una "suma de Monografías", pero hay puntos que exigen una mayor amplitud en su tratamiento, así como en cuatro páginas agota la problemática de la contraposición compraventa civil-compraventa mercantil y la denominada compraventa mixta.

Es difícil dar una idea siquiera sea somera del contenido de la obra, no sólo porque éste puede calificarse de exhaustivo en cuanto a la alusión más o menos amplia de todos los aspectos del tema, sino, repetimos, por el método de exposición de los mismos.

A vía de ejemplo. En primer lugar, y sin ser el capítulo I, ni una Introducción, aparece bajo el título de "Del contrato de compraventa" el siguiente contenido: I) Su importancia económica y jurídica. II) Evolución histórica general: 1) Compraventa primitiva. 2) Compraventa consensual. III) Derecho histórico español. IV) Posición sistemática. V) Compraventa civil y mercantil: 1) El doble ordenamiento jurídico privado. Elementos de la compraventa en nuestro Código de comercio. Derecho comparado. 2) Compraventa mixta. La Regulación del Código de comercio. Modalidades creadas por el comercio: a) Cláusulas "cif". b) Cláusula "c. f.". c) Cláusula "fob". d) Cláusula "F. b". IV) La compraventa en Derecho Administrativo.

Y en el titulado capítulo I "De la naturaleza y forma de este contrato". Artículo 1.445. Concepto. II. Caracteres de la compraventa. Crítica de la definición legal. Definiciones doctrinales. III) La transmisión del dominio en la compraventa. Derecho romano. Derecho histórico español. Derecho moderno (legislaciones extranjeras). Derecho francés. Derecho italiano. Derecho alemán. Otras legislaciones. Derecho español. Las diversas posiciones doctrinales. Jurisprudencia. IV) Diferencias entre las compraventas y otros contratos afines. Promesa de comprar y vender, permuta, dación y adjudicación en pago; cesión de bienes. Censo reservativo. Arrendamientos de cosas. Locaciones venta. Mandato. Opción de venta. Renta vitalicia. Contrato de suministro, y aquí: concepto, derecho italiano, derecho alemán; la cuestión de su naturaleza desde el punto de vista fiscal. Ausencia de regulación sustantiva en nuestro Derecho. Reglas aplicables. Jurisprudencia. El contrato estimatorio. Concepto y nomenclatura. Derecho romano y evolución posterior, etc. A lo largo de los dos tomos el método se repite en cada uno de los temas de la materia, dando conocimiento del Derecho histórico comparado, figuras, relacionadas con el mismo. Así cuando habla del objeto, en donde se recogen las ventas especiales por razón del mismo, civiles, mercantiles, administrativas. Cuando en el capítulo destinado a la capacidad para contratar se estudian los aspectos notariales, fiscales y registrales de la compraventa llevada a cabo por un representante sin poder. O en la de venta a favor de persona sin determinar se hace referencia al Derecho comparado. O se recogen dentro del mismo capítulo las llamadas compraventas especiales por razón de la persona. Bienes eclesiásticos adquiridos por el Estado en virtud de las legislaciones desamortizadoras, bienes de la Iglesia que puede conservar en plena propiedad. Bienes del Estado, corporaciones locales. Entidades autónomas. Bienes de mayorazgos, etc.

La prolijidad de las cuestiones tratadas, oscurece un fácil conocimiento. Como dijimos al comienzo, la labor de recopilación de la materia referente a la compraventa civil, mercantil administrativa, es exhaustiva, dando lugar a la exposición con mayor o menor amplitud, en ocasiones como mera alusión, a todas las cuestiones con nexos con

ella. Y aquí radica el interés de la obra. Que a la vez nos muestra también, con alcance en cada caso muy diferente, la legislación comparada sobre cada uno de los distintos puntos tratados.

Se estudian en el capítulo séptimo, en la transmisión de créditos y demás derechos incorporales, la venta de una herencia y la venta de una empresa. Hay en el capítulo octavo un estudio de la legislación urbanística, la venta del inmueble como objeto de la compraventa que por la minuciosidad de sus referencias a la legislación urbanística tiene evidente interés.

Se recoge un Apéndice dedicado a las especialidades forales de en materia de compraventa, cuya recopilación también tiene el interés de una sistematización de fácil manejo.

Y, finalmente, en el Apéndice segundo se contiene el estudio de la compraventa internacional; en la Sección primera, las normas de resolución de los conflictos internacionales, Generalidades y Derecho español. Y en la Segunda, se recoge el Proyecto de la Ley Uniforme, los precedentes del mismo, su consideración general y el texto del Proyecto.

En cualquier caso, una labor de investigación llevada a cabo con honradez es elogiada. En éste, lo es porque la recopilación de la materia y el intento de sistematización de la misma significan ya por sí solas muchas horas de abrumadora tarea, que en último término facilitan al lector el conocimiento de la legislación, problemática, jurisprudencia y doctrina en torno al contrato de compraventa civil, mercantil y administrativa. Reconocimiento a esta labor fue el que en su día el libro mereciera el premio "Ciudad de Barcelona".

TERESA PUENTE MUÑOZ

Profesor Adjunto de Derecho civil

CATAUDELLA, ANTONINO: *Sul contenuto del contratto*, Edit. A. Giuffré, Milán, 1966, 356 págs.

I.—EL AUTOR: Dentro de la serie de publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma, que dirigen los profesores NILOLO y SANTORO-PASSARELLI, bajo el título genérico de "Studi di Diritto Civile", aparece la obra que paso a comentar. El autor es profesor encargado de Derecho Civil en la Universidad de Siena y es ésta su primera aportación científica a la Ciencia del Derecho en la forma de un libro (1).

La adecuación del "quid rei" al "quid nominis" es patente en esta obra, en que la riqueza y matices del idioma se manifiestan profusamente. Fundamentalmente, trata el autor *acerca del contenido*, pero *no de todo* el contenido del contrato. Esta sutil precisión, hecha ya en el prólogo, es importante y de enorme trascendencia a efectos de una correcta valoración del tema tratado.

(1) Anteriormente, en 1962, ya había publicado un interesante estudio: *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, en la «Riv. tr. di dir. de proc. civ.», página 400. Estudio de gran importancia para comprender el nexo entre negocio jurídico y efecto.

El autor estudia el *contenido* no como un "elemento" del contrato, sino como uno de los "perfiles" desde los cuales el contrato puede ser considerado. Adelanta que su obra es solamente una primera parte de la investigación pretendida, en la que de momento se limita a la consideración del contenido bajo el perfil "estático" o de su *estructura*.

II.—EL TEMA: El libro aparece distribuido en un prólogo y cuatro capítulos que, respectivamente, tratan de la noción del contenido; el ámbito del contenido; el análisis del contenido; la estructura del contenido y la presuposición.

Justifica el autor su estudio, al referirse a que "no ha formulado un estudio del contenido *del negocio jurídico* para evitar las dudas sobre la utilidad sistemática de la categoría". Ello, no obstante, se ve obligado a utilizar en su obra gran parte de la literatura sobre el tema del negocio jurídico. Por otra parte, apunta la posibilidad de que más de una conclusión de su investigación será válida fuera del campo de los contratos.

Haré una sumaria exposición de los puntos tratados por el autor, siguiendo su misma sistemática:

Capítulo primero: La noción del contenido del contrato: Estudia el por qué del escaso o nulo interés de la doctrina acerca del tema; analiza las dos teorías, voluntarista y normativista, acerca del contrato; estudia el problema de la voluntad psíquica interna y el de la incapacidad; distingue los dos aspectos, estructural y funcional, del contenido; distingue el contenido de la forma, del objeto, de la estructura y del proceso formativo del contrato.

Después de estas distinciones preliminares y las inevitables precisiones conceptuales, pasa a ocuparse de la tendencia que va a seguir en el estudio del tema. Delimita su investigación respecto de las concernientes al procedimiento de formación del contrato y a los efectos del contrato. Pasa luego a analizar la relación "dinámica" entre las reglas pactadas y los efectos jurídicos, considerando al contenido bajo el perfil *dinámico* para ver los problemas a él conexos. Centra, tras estas delimitaciones expuestas, el estudio en lo que en verdad va a ser su investigación: el perfil *estático* o *estructural* del contenido.

Capítulo segundo: El ámbito del contenido del contrato: Para estudiar el ámbito del contenido del contrato, trata, en una primera sección, de la distinción—otra vez—respecto de los efectos del contrato; pero a esta distinción inicial añade un profundo estudio de los "elementos naturales" del negocio, en el que brillan las dotes analíticas del autor, que distingue dentro del ámbito de los llamados "naturalia negotii", según las partes hayan o no previsto en el contrato una regla idéntica a la dictada por normas dispositivas. Concluye que es un "prius" lógico en su investigación—resolver si los elementos naturales pertenecen o no al contenido del contrato—el anteponer la necesaria delimitación acerca de las normas interpretativas. Para ello acude al concepto, objeto y función de la actividad interpretativa y a las usuales clasificaciones de las reglas interpretativas: interpretación objetiva e integrativa, interpretación (normas interpretativas) y normas supletorias.

En este estudio acerca de las normas interpretativas radica uno de los dos pilares básicos de la obra y brillan las dotes expositivas del autor, con sus análisis, distinciones, juegos conceptuales, incisos y repaso total de las panorámicas existentes sobre el particular. Estudia así los puntos relativos a: si entran en la interpretación la calificación jurí-

dica del supuesto de hecho y el reconocimiento del sentido del acto; la contraposición entre la fase de determinación del supuesto de hecho y la fase de determinación de los efectos jurídicos; la distinción entre normas interpretativas y normas supletorias; el concepto de interpretación integrativa; el ámbito de las normas de interpretación objetiva; la distinción entre normas de interpretación objetiva y normas supletorias. Concluye esta sección con un detenido análisis de las *normas de interpretación* del Código Civil Italiano de 1942.

En una segunda sección, tras de la delimitación *externa* respecto a los efectos, estudia la delimitación *interna* con la separación de la reglamentación contractual de todo cuanto resulte carente de un significado dispositivo en sentido amplio. Individualiza las posibles hipótesis colindantes; formulaciones imperativas que no inciden sobre la reglamentación contractual, y formulaciones enunciativas que proponen una norma verdadera.

Estudia las razones que pueden conducir a la desvalorización de las formulaciones imperativas, cotejándolas con la disciplina legal. Concluye con la tesis de que es posible "enuclear" (2) el significado dispositivo de determinadas enunciaciones a través de la interpretación y también a través de la competencia de los particulares (negocio "d'acertamento").

Capítulo tercero: El análisis del contenido del contrato: Distingue entre cláusulas, partes y elementos del contrato. Parte del núcleo fundamental de la reglamentación contractual. Pasa al examen pormenorizado de las clasificaciones usuales de los elementos del contrato: esenciales y no esenciales; primarios y secundarios; elementos accidentales (condición, término, modo, etc.).

Finaliza este capítulo con la distinción entre disposición y orden, y su relieve en el plano de los efectos jurídicos.

Capítulo cuarto: La estructura del contenido y la presuposición: Es este otro de los puntales básicos de la obra, en el que se desenvuelve con gran brillantez toda la gama de las teorías existentes sobre este punto, desde la inicial posición de WINDSCHEID, pasando por las posteriores formulaciones de OERTMANN, SCHMIDT-RIMPLER, MARTORANO, HECK, BLOMEKER, KEGEL, FLUME y LARENZ.

El autor, en atrevida tesis, trata de individualizar en el mismo contenido del contrato la base para el tratamiento de la Presuposición. Distingue luego entre Presuposición, por un lado, y, de otro, el error, y la superveniencia. Finaliza con la posición de que conviene restringir su investigación—ya en este lugar—tan sólo a los contratos de prestaciones "recíprocas" (3).

Estudia el punto relativo a tales contratos de prestaciones recíprocas, examinando con detalle las varias teorías que descubren en estos contratos: bien un principio de proporción objetiva entre los sacrificios patrimoniales de ambos contratantes, bien un principio de equivalencia o igualdad subjetiva. Realiza una profunda y sutil distinción entre la función concreta y la función abstracta del contrato, examinando luego las posibles hipótesis de falta de conformidad o adecuación de la función concreta a la función abstracta y la posibilidad de un *control* sobre

(2) Advierto aquí que empleo el mismo término original del Autor, dada la especial dificultad de traducirlo por el equivalente español.

(3) El término «corrispettive» en un contrato lo distingue el Autor del contrato «bilateral» y del «oneroso» (pág. 304) y parece asimilarlo a «equivalente»: de ahí el empleo de «recíprocas» para el similar término español.

la función concreta. Tras un rápido examen de las hipótesis de rescisión por lesión y de la resolución por onerosidad excesiva sobrevenida, termina con el estudio de la incidencia de la Presuposición sobre la función concreta del contrato.

III.—COMENTARIO: La exposición anterior de los puntos más importantes desenvueltos por el profesor CATAUDELLA, obvia y necesariamente seleccionados entre las numerosas cuestiones de interés que el autor plantea, indica ya al lector atento lo importante del intento que comentamos.

Como índice revelador de la pobreza de estudios sobre el tema, basta señalar que en la doctrina italiana solamente existen las alusiones de SCOGNAMIGLIO (4) y MESSINEO (5), y el estudio de CARRESSI (6). Si pasamos una rápida mirada por la doctrina española, el resultado del coitejo es francamente desolador; empleo del término, pero sin profundizar en él (PUIG BRUTAU) (7), desconocimiento casi absoluto del término "contenido del contrato" en la gran mayoría de nuestros autores, y un uso adecuado del concepto en sentido moderno y técnico por un solo autor, el profesor Díez PICAZO (8).

A la vista de tales datos indiciarios no podemos menos de reiterar que la aportación del profesor CATAUDELLA es importante, original y prometedora de múltiples sugerencias cuando haya terminado con el completo estudio del tema (con el perfil *dinámico* del contenido).

La acotación de los puntos de especial interés, dentro de la selección ya efectuada anteriormente, nos llevaría muy lejos. Por ello, y dentro de cada capítulo, me limitaré a recoger o anotar brevemente aquellas opiniones del autor de mayor relieve para nosotros o de particular influjo en las relaciones del derecho sustantivo con el régimen inmobiliario.

Capítulo primero: Creo que tiene mucha razón el profesor CATAUDELLA al hacer ver cómo la doctrina ha atendido más al contenido del testamento que al del contrato: de un lado, por la especial problemática de aquél, y de otro, por el influjo de los pandectistas, centrandó su estudio del contrato en el procedimiento de formación de la voluntad de las partes y en especial sobre los vicios de la voluntad. Con el consiguiente y total olvido de la *función* y del *contenido* del contrato.

Dados los peligros de toda definición y las distintas posiciones doctrinales acerca del contrato, la noción de *contenido del contrato* debe ser idónea y segura. De ahí que CATAUDELLA proponga la siguiente: "todas las determinaciones creadas por las partes para regular los propios intereses". Tales determinaciones deben ser *efectivas* y actuales. Solamente entra a formar parte del contenido la voluntad expresa, esto es, *lo querido*.

Al distinguir entre perfil *estructural* y *funcional* del contenido, advierte el autor contra la posible objeción de que así se escinde el contrato en varias partes: para él, se trata sólo de la multiplicidad de perfiles bajo los que puede considerarse la unidad inescindible del acto

(4) *Contratti in generale*, en el «Trattato di diritto civile», de GROSSO y SANTORO-PASARELLI, 1961, págs. 129 y sigs.

(5) *Voz «Contratto (dir. priv.)»*, en «Enc. del dir.», IX, 1961, págs. 838 y sigs.

(6) *Il contenuto del contratto*, en «Riv. dir. civ.», 1963, I, págs. 365 y sigs.

(7) *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. I, 1954, pág. 142.

(8) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, 1957, páginas 40 y 213. Y en *Lecciones de Derecho Civil*, II, págs. 137 y sigs. (ed. de 1965).

de autonomía. A su vez, dentro del perfil estructural, subdistingue entre contenido y forma, lo que *no equivale* a identificar entre contenido y elementos, ni entre contenido y objeto del contrato. Para ello se apoya en el propio C. C. It. (9).

Siguiendo la tendencia moderna (BETTI) (10), parte el autor de que el contenido representa un dato estructural del contrato. A los efectos de superar aquellas posiciones (MESSINEO, AURICCHIO) que contraponen estructura y contenido o estructura y auto-reglamentación, intenta CATADELLA la contraposición entre la reglamentación contractual y el procedimiento que la origina; con lo que cada uno de estos aspectos adquiere un relieve distinto y de ellos derivan una serie de reflejos sobre la delimitación de la problemática entera del contenido.

Como presupuesto de toda su investigación, distingue el autor entre *contenido* y *efectos* del contrato, o sea, entre "leyes pacticias" y efectos jurídicos. Considera así la relación *dinámica* entre ambos tipos de reglas, haciendo una rápida panorámica de las relaciones entre autonomía privada y ordenamiento jurídico (11) Pero, como fase lógicamente preliminar a esta dinámica, se impone el estudio de la perspectiva "estática" o estructural del contenido. La total problemática del contenido del contrato, constituida por los dos polos o aspectos estático y dinámico, impondría un examen completísimo del tema, lo que llevaría sustancialmente a la *reconsideración* de toda la teoría del contrato.

La delimitación del contenido se hace en una doble dirección: en cuanto al perfil externo (referibilidad a las partes) y en cuanto al interno (naturalidad sustancial de la reglamentación, o sea, el material contractual). Pero ello es ya un avance del capítulo siguiente.

Capítulo segundo: El ámbito del contenido: Para un mejor estudio de la distinción entre contenido y efectos, pone de relieve la distinción entre el plano del supuesto de hecho y el de los efectos, y trata en apretada síntesis de las variadas actitudes de la *respuesta* del ordenamiento al acto de autonomía privada, bien positivas, bien negativas. El *parámetro* para delimitar la medida en que hay o no correspondencia de los efectos jurídicos a la reglamentación contractual, cree que *no* está en la división de los efectos según se dicten por normas "cogentes" o dispositivas; dado que la distinción entre contenido y efectos *subsiste* haya o no correspondencia de los efectos a la reglamentación contractual, concluye en la "estraneidad" (12) al contenido de todo cuanto no sea reconducible, ni implícitamente, a las determinaciones de las partes.

Confunden contenido y efectos quienes insertan *dentro* del contenido, como "naturalia negotii", aquellos efectos jurídicos cuya fuente es una norma dispositiva o supletoria; la misma confusión existe entre los que creen que la interpretación objetiva e integrativa son *medios de aclarar* el contenido del contrato. Estas afirmaciones dan pie al autor para hacer un profundo análisis de las normas dispositivas y de las normas interpretativas. Al partir de la base, tópica, de que los "naturalia" deben sobreentenderse queridos siempre sin necesidad de expresa declaración,

(9) Véase su artículo 1.322-1.º: conviene no perder de vista que en nuestro Código civil no tenemos un artículo similar en que se use de modo autónomo el término «contenido» (parece que se refiere al «contenido» el artículo 1.255).

(10) *Teoría general del negocio jurídico*, pág. 125.

(11) Véase la obra de L. FERRI: *La autonomía privada*, trad. esp., RDP, 1968, páginas 105 y sigs.

(12) Utilizo aquí la misma terminología del Autor por razones similares a las ya expuestas en nota 2.

de las normas "dispositivas", o, mejor, el encuadre de los efectos por ellas previstos: es un problema de confines, al fijar si tales efectos van o no enumerados entre los que el ordenamiento dicta en correspondencia a lo estatuido por las partes o entre las que prescinden de lo estatuido. Como en la base de los "naturalia" hay una presunción de una voluntad implícita de los contratantes, y dado que la *interpretación* va más allá de fijar cuál ha sido la "común intención" de los contratantes, el autor encuadra con justeza el tema dentro del más amplio relativo a la delimitación de las normas *interpretativas*. Ahora bien, conviene no olvidar—insiste el autor—que el problema de los "naturalia" como componente del contenido presenta, de hecho, una duplicidad de aspectos, según que las partes hayan o no *previsto* en el contrato una regulación *idéntica* a la dictada por normas dispositivas: si lo previeron, el problema se traslada de sede y consiste en valorar si lo estatuido forma o no parte del contenido, o sea, si hay una "disposición" o una "enunciación". (De ello se ocupa en la siguiente sección de este capítulo.)

El autor toma como punto de partida que el *objeto* de la interpretación es el contenido del contrato, en el sentido técnico ya apuntado. Y la *función* de la interpretación está dirigida a entender el sentido del contenido, por lo que no cabe confundirla con la actividad dirigida a fijar la situación de hecho ni con el proceso de determinación de los efectos jurídicos. Tales contraposiciones le permiten afirmar la distinción entre normas interpretativas y normas supletorias o dispositivas (13): las primeras, referidas al supuesto de hecho, y las segundas, a los efectos jurídicos. Encuentra un reflejo de tal distinción en el propio C. c. It. actual, en el que analiza los distintos grupos de normas de interpretación existentes (14).

Después de un detenido repaso de la contraposición entre las fases de determinación del supuesto de hecho y la de determinación de los efectos, combatida por diversos autores—cuyas posiciones critica—, concluye que la línea delimitadora entre normas interpretativas y normas supleto o dispositivas se reduce a la concreción de si cabe llamar "interpretativas" a actividades tendentes a resolver las ambigüedades y dudas de la reglamentación contractual o a colmar las lagunas de la misma. Estudia así el punto de la interpretación "integrativa", que para él no puede operar sino sobre el supuesto de hecho, siendo muy discutible cuál sea el criterio o parámetro al que el intérprete debe acudir. Dice el autor que aquí quizá cabría hablar, más que de interpretación integrativa, de interpretación "extensiva" (15).

La actividad interpretativa "integrativa", dice CATAUDELLA, no encuentra fundamento en las normas de derecho positivo italiano (16).

Estudia luego la llamada interpretación "objetiva", considerada por muchos autores como la segunda fase de toda actividad interpretativa, presuponiendo la insuficiencia de la llamada interpretación "subjetiva". se concluye afirmando la naturaleza *integrativa* de las normas dispo-

(13) Distinción que niega DANZ: *La interpretación del negocio jurídico*, páginas 56, 58, 108 y 197 y sigs., pues considera al negocio como *norma* propiamente dicha.

(14) Véase artículos 1362 y sigs. y la «Relazione» al Código; no me parece posible una equiparación exacta con las normas de los artículos 1.281 y sigs. de nuestro Código civil.

(15) En cuanto al tema de los «implied terms» del Derecho del «Common law», solamente apuntado por el Autor, puede verse: «Chitty on Contracts», I, págs. 313 y sigs.

(16) Cita, para nuestro Derecho, a ALBALADEJO: *El negocio jurídico*, 1958, páginas 325 y sigs., en posición similar a la del Autor.

sitivas. Por lo cual CATAUDELLA trata de investigar la exacta calificación Estudia especialmente las normas contenidas en artículos 1.362 y siguientes del C. c. it., sobre todo la del artículo 1.367 (17). Los autores intentan buscar una diferencia cuantitativa, lo que el profesor CATAUDELLA combate; demuestra luego que también las normas de interpretación "objetiva" presuponen para su aplicación la existencia de lagunas contractuales, del mismo modo que las llamadas normas "supletorias": con lo cual no se descubre ninguna razón para que sean consideradas como distintas. Previo cotejo en el instituto de la impugnación por *error*—admitida en las normas "interpretativas" en sentido propio, y negada para las normas "supletorias" y de interpretación "objetiva"—, parece que la solución dependerá del encuadre o no de las normas de interpretación "objetiva" entre las normas "interpretativas" propiamente dichas: si ello se resuelve en sentido afirmativo, el resultado de la aplicación de tales normas entrará a formar parte del *contenido* del contrato y no cabrá negar la posibilidad de impugnación por error; lo contrario ocurre si se parte de que son verdaderas normas "supletorias".

Del encuadre de las normas de interpretación "objetiva" entre las normas "supletorias", deduce que en ellas el intérprete realiza en sustancia una "integración" de la ley, no del contrato, porque habrá de acudir a criterios de valoración hechos propios por el ordenamiento jurídico y *no* a los criterios del ambiente social en que el contrato está destinado a operar. Con tales resultados, concluye ligando sus investigaciones con el interrumpido punto de los "*naturalia negotii*", apareciendo como determinante *contra* la configuración de las normas "dispositivas" como normas "interpretativas" el argumento crítico de que el juez atribuye al contrato significados determinados con la ayuda de criterios ya prefijados por el legislador.

En la sección segunda de este capítulo trata de la delimitación *interna* del contenido del contrato, excluyendo del mismo todo cuanto resulte carente de significado "dispositivo" en sentido amplio. Para ello estudia una serie de hipótesis indicativas: bien aquellas formulaciones "imperativas" que sustancialmente no inciden sobre la reglamentación contractual, bien, viceversa, las formulaciones "enunciativas" que proponen una norma verdadera y propia.

La desvalorización de una cláusula imperativa puede ya derivar de su interpretación, si ésta lleva a atribuirle el significado de una mera "enunciación". Reconoce CATAUDELLA la dificultad de establecer a tal fin unos criterios directivos claros. Analiza agudamente, como ejemplo, la tendencia a considerar como categoría "*per se stante*" a las llamadas "cláusulas de estilo", cuya individualización es tarea del intérprete. En todo caso, será un problema de prueba el atribuirles o no un significado vinculante.

Idéntica minusvaloración de una cláusula imperativa puede desprenderse, cuando regulan materia disciplinada por normas "cogentes", del cotejo con tales normas: no importa si la regulación es o no conforme con tales normas.

Distinto alcance tienen las cláusulas que reproducen el contenido de normas "dispositivas", dado el poder jurídico reconocido a los particulares de derogar estas normas. Ya antes se expuso—en tema de los "*naturalia negotii*"—cómo el problema de su admisibilidad cual componentes del contenido *depende* de que los contratantes hayan o no insertado

(17) Sin equivalente en nuestro Código civil, trata del principio de «conservación del contrato»: principio rector en sede de interpretación del contrato. Puede verse en este sentido, Díez PICAZO: *Lecciones* .., cit., pág. 154.

en el contrato una reglamentación *idéntica* a la dictada por normas dispositivas. Es usual en la doctrina (*Falzea*) el excluir tales cláusulas del contenido, ya que se dirigen a un efecto *ya preordenado* por una norma dispositiva: posición combatida por el autor, que pone de relieve cómo la inserción de tales cláusulas no carece de consecuencias y determina efectos más intensos y diversos de los que de otro modo se habrían producido. En cuanto a los efectos "dispositivos" derivados de tales normas y su relación con la reglamentación contractual, cree CATAUDELLA que tal relación es "alternativa", en el sentido de que la norma dispositiva se aplica sólo si la reglamentación contractual *no* ha encontrado expresión adecuada. Cita al artículo 1.374, similar al 1.258 de nuestro C. c., cuyo criterio debe aplicarse no sólo en los casos en que la reglamentación contractual sea *idéntica* a la de las normas dispositivas, sino también cuando sea *divergente* de ellas.

Termina su exposición en este capítulo tratando de las formulaciones "enunciativas" con alcance dispositivo, cuyo interés *práctico* es muy notable cuando, para *uno* de los contratantes, la preexistencia, existencia o superveniencia de circunstancias pasadas, presentes o futuras, representan el *presupuesto* imprescindible del proyectado acuerdo de intereses. El problema práctico planteado con este conflicto de intereses—coincidente parcialmente con aquel al que la doctrina de la "presuposición" trata de dar respuesta— interesa aquí, al autor, en cuanto que en dicha "representación" de una parte puede verse una *enunciación* sobre la existencia de la circunstancia presupuesta. Tales "enunciaciones", cuyo objeto es el "presupuesto", tienen para CATAUDELLA el valor de verdaderas y propias "disposiciones", al concurrir a determinar la función "concreta" del contrato, contribuyendo así al ajuste de la reglamentación del contrato. Finalmente, en cuanto a las enunciaciones con valor dispositivo, cree que este valor puede ser obtenido a través de una interpretación que muestre cómo los contratantes les han atribuido tal significado, o bien si se las pone en relación con la función "concreta" desenvuelta por el contrato (lo estudia luego en el capítulo IV), o bien delimitando la competencia de los particulares para el llamado negocio de "fijación" o "d'accertamento" (con el reconocimiento de la naturaleza dispositiva de las enunciaciones que operan tal fijación).

Capítulo tercero: El análisis del contenido: En el capítulo I trata el autor, con un criterio "cuantitativo", de *qué cosa* sea el "componente fundamental" del contenido. En éste estudia el contenido bajo el perfil "cualitativo". Parte del plano sustancial y no del formal. Estudia las denominaciones más usadas—cláusulas, partes, elementos—y parece inclinarse por la de "elementos" por referirse a un componente fundamental. Estudia después las más usuales clasificaciones de los elementos, observando justamente el poco interés por el tema de la doctrina italiana, que suele más bien ocuparse de los "elementos del contrato" o "del negocio". Por otro lado, si se habla de elementos "esenciales", como indispensables para la existencia de un negocio válido, no todos los autores entienden esta "indispensabilidad" en el mismo sentido.

Afirma CATAUDELLA que analizar el contenido del contrato no significa otra cosa que analizar el contrato mismo bajo uno de los *perfiles* desde los que puede ser considerado. Tal perfil no agota el contrato, lo que justifica—en su planteamiento—la distinción entre análisis del contrato y análisis de su contenido.

Estudia y combate la distinción entre elementos esenciales y no esenciales del contenido—basada en el encuadre del supuesto de hecho

concreto en el esquema típico—, de dudosa eficacia. Propone una clasificación apoyada en el diverso relieve de los elementos para la realización del acuerdo de intereses proyectado con el contrato, cual es la división, obvia, en determinaciones “primarias” y “secundarias”. No se muestra capaz de dictar directrices claras para esta distinción: sólo apunta que la investigación deberá, en sustancia, partir de la reglamentación contractual para volver a ella. No ocurre igual respecto de la distinción entre elementos esenciales y no esenciales, ya que cabe individualizar en cada uno de los esquemas típicos de contratos cuáles sean elementos esenciales y los no esenciales. Estudia así el punto relativo a los llamados elementos “accidentales”, en los que subdistingue los “generales” y los “específicos” previstos en el C. c.

Se pregunta si cabe considerar a la *condición* y al *término* como dos elementos “a se stantes” del contenido: para lo cual bastaría individualizar una regla con significado completo (lo que de ambos elementos sí puede afirmarse). Otra cosa será el que *sin* ellos el contrato pierda su significado propio, lo cual se refiere a la importancia de estos elementos para realizar el acuerdo de intereses.

Finaliza este capítulo tercero con la curiosa distinción entre “disposición” y “orden”, tomada de SANTORO-PASSARELLI, paralela de la existente—en cuanto a los *efectos*—entre negocios con efectos reales y los con efectos obligacionales. Basado en esta contraposición, designa a los componentes del contenido con el término de “disposiciones”, en sentido amplio.

Capítulo cuarto: Estructura y presuposición. Parecería que, anticipando el autor que su obra se limita al estudio del perfil estático o estructural del contenido, su investigación debiera terminar con el estudio del análisis del contenido. Sin embargo, cree que dada la recíproca influencia entre ambos aspectos del contenido—la reglamentación contractual y los efectos jurídicos—, ello le aconseja también el estudio somero del contenido bajo su perfil “dinámico”. Tal condicionamiento recíproco interesa aquí al autor a los efectos de los reflejos posibles del perfil dinámico sobre el estático, de la *función* sobre la *estructura* del contrato con lo que se centra en el estudio de la problemática de la *presuposición* para ver si las “enunciaciones” cuyo objeto es el “presupuesto” asumen o no un significado sustancialmente “dispositivo”.

Hace en este lugar el profesor CATAUDELLA un detenido, exhaustivo y brillante análisis de la *teoría de la presuposición*, partiendo de la inicial formulación de WINDSCHEID. Cree que el distinto relieve que en Italia han adquirido los problemas prácticos que tal teoría—y las posteriores—trataba de resolver, obedece a la diversidad de situaciones históricas y de ordenamiento positivo. Duda acerca de la posibilidad de reconducir todas las hipótesis generalmente englobadas bajo la teoría de la “presuposición” a una sola categoría unitaria; por otro lado, este problema de delimitación está indisolublemente coligado al del posible fundamento a dar a la relevancia de la “presuposición”. De las posteriores formulaciones de tal teoría, recoge sólo aquellos matices que propiamente inciden sobre el contenido del contrato. Estudia el llamado principio “de irrelevancia de los motivos”, de tradicional formulación; analiza las posiciones que tratan de delimitar el ámbito de la presuposición, concluyendo en que tales tentativas—que pretenden dejar salva la confianza del contratante no interesado en el presupuesto—, serán idóneas sólo y en los límites en que la presuposición haya encontrado *verificación* en la reglamentación contractual. Trata de buscar el fundamento de la presuposición en el mismo *contenido* del contrato, siendo

el principal obstáculo el representado por la dificultad de individualizar en el contenido del contrato una regla "para el caso en que las circunstancias presupuestas no existan o no se realicen". A la teoría que trata de ampliar las hipótesis de liberación del deudor de su deber de cumplir la prestación, opone que el ordenamiento positivo italiano sanciona expresos remedios para los casos de "onerosidad excesiva sobrevinida" (artículos 1.467 y siguientes), pero sólo aplicable a los casos de supervivencia y asimilable a la extraordinaria "difficultas". Estudia la posibilidad de fundar el relieve jurídico de la presuposición: en la individualización de un específico "propósito"—"scopus"—del negocio, de un lado, y de otro, a través de la interpretación "de buena fe".

En este lugar, recapitulando lo expuesto, el autor no comparte las posturas críticas acerca de la "presuposición" y cree provechoso su especial "ángulo visual" desde la delimitación efectiva entre "enunciaciones" y "disposiciones": para un eventual relieve de la presuposición, cree necesario un acuerdo de los contratantes sobre la subsistencia o supervivencia de la circunstancia presupuesta, acuerdo concretado en una "enunciación". A su vez, tales "enunciaciones" pueden dividirse en dos categorías fundamentales, según constituyan o no para las partes la común base de valoración para la determinación de la reglamentación contractual: sólo en el caso de una común base de valoración cabe advertir—dice CATAUDELLA—un eventual valor "dispositivo" en tales enunciaciones, y sobre tales supuestos, si bien concretado a los contratos de "prestaciones recíprocas", concreta el autor su posterior investigación.

En los casos de enunciaciones no correspondientes con la realidad, se plantea el autor si cabe aquí hablar de "error" de los contratantes: el llamado error relativo "al motivo común" (18).

Estudia después los supuestos de error sobre el "presupuesto", y precisa cómo la cuestión de su relevancia depende de si tal error es o no común a los contratantes; a su vez, aunque compartido por ambos contratantes, puede resultar abstractamente "recognoscible" o puede faltar el requisito de la reconocibilidad (19). Analiza las distintas posiciones de la doctrina italiana en orden a tal requisito.

Estudia también aquellas enunciaciones relativas a un "presupuesto" de derecho, como son, v. gr., en los casos de compraventa de un terreno bajo el común presupuesto de que el correspondiente Reglamento Municipal lo considera área edificable, cuando de hecho resulta destinado a zona verde. Propugna aquí un detallado y atento examen de los concretos supuestos de hecho, al modo como lo realiza la jurisprudencia inglesa (20).

Distinguen los autces la presuposición de la "supervivencia", sobre cuya contraposición afirma CATAUDELLA que son sustancialmente afines en un plano estructural, por lo que habría que poner el acento sobre la nota de la divergencia entre el tipo concreto de intereses que el contrato debía realizar y aquel que por la configuración recibida puede actuar.

Concretado ya en su estudio a los contratos de "prestaciones recíprocas", en los que la falta del presupuesto y la supervivencia, alteran-

(18) Así, en LARENZ: Véase *Base del negocio y cumplimiento del contrato*, página 163.

(19) Véanse artículos 1.428 y 1.431 del Código civil italiano; conviene recordar aquí cómo su equivalente español, el artículo 1.266, no contiene referencia a dicho requisito.

(20) Alusión a los llamados «Coronation cases»: puede verse un detallado análisis en la obra de ESPERT: *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, 1968, págs. 45 y sigs.

do el equilibrio entre las prestaciones imaginado por los contratantes, inciden sobre un elemento del contrato, se pregunta cómo y en qué sentido cabe ver en el equilibrio entre prestaciones un elemento caracterizante de tales contratos. Se habla así de un principio de proporción "objetiva" entre los sacrificios patrimoniales de ambos contratantes; pero el autor cita numerosos casos en que la fijación de la medida del cambio se deja—como regla—a los particulares, siendo tan sólo supletoria de ella la efectuada por obra del juez con criterios objetivos. Se habla por otros de un principio de equivalencia "subjetiva" o de "igualación", exacta en la gran mayoría de los casos, al precisar el "porqué" del cambio, pero sin indicar "cómo" sucede. Concluye el autor que la nota que caracteriza a los contratos "de prestaciones recíprocas" reside en el hecho de que cada uno de los contratantes ofrece la propia prestación *para* recibir la contraprestación, de manera que cada una de las prestaciones es *causa* de la otra, y la *intención común* que representa la proyección subjetiva de la *función* del contrato, es ni más ni menos que el dar y recibir las prestaciones en cambio.

Distingue agudamente CATADELLA entre idoneidad estructural e idoneidad en concreto del contrato para realizar intereses merecedores de tutela, o sea, entre función *abstracta* y función *concreta* del contrato. Y dada la realidad de la relación entre autonomía privada y ordenamiento jurídico, es obvia la posibilidad del *control* sobre la función "concreta" del contrato para así fijar *cuál función* de hecho el contrato puede desarrollar. La importancia de la materia se refleja en las hipótesis de falta de causa del artículo 1.448 del Código civil it., así como en el problema del encuadre del contrato en el tipo fijado por el legislador. Analiza por ello las consecuencias jurídicas del *desequilibrio* entre la función abstracta y la función concreta del contrato; en todos los casos de no conformidad de la función concreta a la función abstracta, no se plantea un problema de "invalidez" del contrato, sino de *ineficacia*, al reaccionar el ordenamiento con la denegación de atribución de los efectos propios del tipo en que el contrato, por su función abstracta, fue encuadrado. En esa misma línea indicada de *desequilibrio* entre ambas funciones deben considerarse algunos institutos de derecho positivo, cuales la rescisión por lesión y la resolución por onerosidad excesiva sobrevenida, que acaban por perder el carácter de "remedios excepcionales" para configurar *puntos de emersión* de aquel *principio general* que impide atribuir los efectos jurídicos propios de un determinado tipo a supuestos de hecho que *en concreto* no realizan la función del mismo.

El autor llegará a la conclusión de que la existencia de la función "concreta" del contrato puede ser negada *solamente* cuando la apreciación de tal función por los contratantes—dado su procedimiento de formación—no garantice la correspondencia a una realista consideración de los respectivos intereses, y esto ocurre en los casos de turbación del procedimiento de determinación siguientes: por efecto de situaciones que ejercen presión psicológica sobre los contratantes (rescisión por lesión), omisión de la superveniencia de circunstancias futuras imprevisibles (resolución por onerosidad excesiva sobrevenida), o por la consideración de circunstancias insubsistentes o que no se han verificado (presuposición). El *control* por el intérprete está, pues, dirigido a fijar la existencia de una "concreta función" del contrato, ejercitándolo sobre el *procedimiento de formación* de la determinación misma.

Estudia las normas de derecho positivo italiano sobre la rescisión por lesión y sobre la resolución por onerosidad excesiva sobrevenida, las cuales parecen confirmar la tesis apuntada del autor. El ordenamiento jurídico italiano, dice el autor, condiciona su tutela a la positiva valo-

ración de la "función" del contrato, valoración operada en el momento de perfección del contrato y que debe prorrogar su control hasta el momento en que la función se realiza. Finaliza con la "re-consideración" del relieve de la falta del presupuesto en los contratos de prestaciones recíprocas, partiendo de la nota de "reciprocidad" característica de dichos contratos, la cual desaparece cuando la proporción entre prestaciones alcanza una medida por debajo de la *minima* necesaria para que el contrato pueda *en concreto* realizar una función de cambio.

La existencia de una valoración de los contratantes respecto al cambio *impide* como regla general al intérprete que pueda formular una apreciación diversa; pero tal obstáculo desaparece si dicha "común determinación" de los contratantes resulta turbada por factores que desvían el curso regular de la misma. Que tal proceso de determinación de la "medida" de cambio viene turbado en los supuestos de *presuposición*, y de manera similar a las hipótesis contempladas en el Código civil Italiano, es ciertamente evidente. Hay en tales casos una inidoneidad del contrato para realizar *en concreto* una función de cambio, inidoneidad "in re ipsa", que emerge con certeza del hecho de que *no subsiste* un presupuesto sobre el que los contratantes han fundado de modo determinante su valoración a los fines de la fijación de la medida del cambio.

IV.—CRITICA: Tras la sumaria exposición de los puntos más importantes de la obra que comentamos, parece conveniente exponer la personal impresión del comentarista acerca de los valores de la obra. Valoración que no siempre es necesaria, a mi modo de ver, cuando se suministran al lector los datos suficientes para que él mismo pueda luego juzgar. Utilizo así el término "crítica", cuyo alcance y significado prístino de *criba o selección*—como en otro lugar he escrito—me parecen más adecuados. En tal sentido, distingo aquí tres apartados: problemática, forma y fondo.

a) *Problemática*: En el tratamiento del perfil estructural, la distinción entre Contenido y Objeto del contrato no aparece suficientemente dibujada si se hace coincidir objeto del contrato con prestación en sentido, no técnico, sino amplio y coincidente con la noción de Contenido del contrato, como hace MIRABELLI (21).

La distinción entre Contenido y Efectos, fundamental para el desarrollo de la obra, está expuesta con claridad y en forma quizá demasiado sucinta, al ligarla inmediatamente con el problema de los "naturalia negotii" y el tema de las normas interpretativas. Siendo esta distinción una expresión clara de la *dialéctica* existente entre la autonomía privada y el ordenamiento jurídico, creo necesario insistir en la conveniencia de un ahondamiento del tema y de una pormenorización de las variadas respuestas del ordenamiento al acto de autonomía. Las sugerencias derivadas de tal contraposición son en verdad numerosas: contratos nominados e innominados, contratos mixtos, ineficacia por ilicitud del objeto, límites al intervencionismo estatal, etc.

En tema de interpretación, ya antes expuse que es una de las partes de la obra más logradas por su solidez y la brillantez de tratamiento. La división que el autor hace de las normas legales de interpretación según el Código civil italiano (22), parece traducir una contraposición

(21) Véase *Del contratti in generale*, Torino, 1961, pág. 129.

(22) Rec. nota 14 precedente y lo ahí dicho en cuanto a la dificultad de reflejar tal distinción en las normas de nuestro Código civil sobre materia.

entre las referentes a la voluntad concreta de los contratantes y las relativas a declaraciones ambiguas, plurivocas u oscuras. Distinción o clasificación quizá un tanto forzada por las consideraciones hechas en la "Relazione" al Código italiano y no muy necesaria; pudiera decirse, para nuestro derecho, que en tema de interpretación del contrato lo que importa es atender a los principios fundamentales de interpretación: el principio "voluntas spectanda", el principio de conservación del contrato y el principio de buena fe. Así lo hace uno de nuestros mejores civilistas, el profesor DIEZ PICAZO, al cual me remito (23).

En cuanto a la llamada interpretación "objetiva", tan corrientemente denominada y utilizada por la doctrina, nos previene CATAUDELLA de que el término y las brillantes aportaciones de la doctrina y jurisprudencia germánicas deben utilizarse con sumas cautelas. Esto, dicho para el sistema italiano, es asimismo aprovechable para nuestro derecho, ya que en él los criterios interpretativos, tomados de POTHIER como es sabido, son muy distintos de la escueta referencia al principio de buena fe del B. G. B. Las mismas consideraciones repite el autor en orden a la llamada "integración" o interpretación "integrativa", que tan sólo cree posible cuando en el contrato hay una norma o principio expreso que fije la exigencia de integración y el criterio para colmar las posibles lagunas; al citar el principio de "justicia equilibradora" de LARENZ, al que según éste las partes deben subordinarse, lo incluye entre los *motivos* del contrato y cree que no forma parte del Contenido del contrato que es el objeto de la interpretación.

Encuentra CATAUDELLA que la llamada "integración" no tiene fundamento a la luz del Código civil italiano, y cita numerosa doctrina extranjera, de varios países, entre ella a ALBALADEJO (24), cuya obra demuestra conocer; es curioso, no obstante, que no lo cite en su traducción y notas a la obra de CARIOTA-FERRARA, que es anterior. Las citas a PUG BRUTAU son más esporádicas, y, sin embargo, éste afirma, en su conocida obra (25), la necesidad de no confundir la interpretación con la llamada integración, pues ésta se refiere a los *efectos* del contrato; mantiene, además, la conveniencia de distinguir de la interpretación propia la que él llama interpretación "constructiva", materia en la que no podemos entrar, pero aplicable también a estos puntos comentados. Las aportaciones de la doctrina española en tema de negocio jurídico y buena fe han sido muy importantes, pero por su aparición (26) no han podido ser recogidas por el autor. Algunas otras afirmaciones que hace el profesor CATAUDELLA son opinables, cuales las referentes al principio de conservación del contrato ("debe entenderse, no en el *máximo* significado útil, sino en un significado útil, o sea, el único sentido del que la cláusula o el contrato son susceptibles en el ambiente social") y a la existencia de cláusulas ambiguas o plurivocas como presupuesto para las normas de interpretación objetiva (lo que niega). Importante la conclusión a que llega de que hay una absoluta identidad entre las normas de interpretación objetiva y las normas supletorias, e importantes las posibles derivaciones de esta afirmación como punto de partida.

El planteamiento del autor para las formulaciones imperativas que

(23) Véase *Lecciones*, cit., págs. 154 y sigs. En el mismo sentido expuesto arriba.

(24) Rec. nota 16 precedente, respecto al *Negocio jurídico*, pág. 323

(25) Véase *Fundamentos de Derecho Civil*, II-I, págs. 295 y sigs.

(26) Me refiero aquí a la fundamental obra de D. FEDERICO DE CASTRO: *El negocio jurídico*, «INEJ», 1967, y a la de DE LOS MOZOS: *El principio de buena fe (sus aplicaciones prácticas en Derecho Español)*, Bosch, 1965, véase páginas 44 y sigs.

pese a ello no pasan de meras "enunciaciones" me parece original y creo sugiere nuevos campos para el tratamiento de los contratos simulados.

El posible encuadre de las discutidas cláusulas "de estilo", su distinción de las "de uso" y la valoración de las cláusulas de estilo si su inserción se debe al Notario autorizante, me parecen también temas dignos de especial meditación (27). Quizá la especial aplicación del deber de lectura del instrumento público en nuestro Derecho puede obviar las dificultades apuntadas por el autor en orden a la "exceptio schedulae non lectae".

Creo también posible compartir las quejas del autor en orden al desinterés de la doctrina por el tema de los elementos del contenido, cuyas causas pueden hallarse en la confusión entre contenido y elementos, o entre elementos del contrato y elementos del contenido. Tema este poco trabajado en nuestro Derecho.

En cuanto al debatido tema de la *presuposición*, es curioso comprobar que tampoco en España se dieron (como expone para Italia el autor) las especiales circunstancias del tremendo caos económico como consecuencia de sufrir Alemania en su suelo dos guerras mundiales. Esta razón es especialmente importante y justifica el escaso interés de nuestra doctrina por el tema. Por otro lado, los problemas planteados en nuestro Derecho derivaron casi siempre de la inflación monetaria en la zona roja en nuestra guerra (28). Además, el sistema causalista de nuestro Código civil parece dificultar la admisión de tales posiciones doctrinales. No es por ello extraño, sino enormemente revelador, que la doctrina y parte de las sentencias sobre estos conflictos se hayan llevado a la sede de *imposibilidad de cumplimiento de la prestación* y planteando el problema de si la dificultad extraordinaria puede equipararse a la imposibilidad liberatoria (29). En este punto, pese a la riqueza y abundancia de citas de autores, la referencia del autor a los españoles es demasiado escueta y debiera ampliarse (30).

En tema de *superveniencia*, hay unas curiosas alusiones del autor a "la frustración de propósitos ulteriores respecto al típico caracterizante del contrato" y su encuadre entre los *motivos* del contrato: tema éste importante, que en nuestro Derecho ha tenido especial y adecuado tratamiento en la excelente obra de mi compañero V. ESPERT SANZ (31).

Respecto a los contratos que el autor llama "de prestaciones recíprocas", la coincidencia con la noción que de los "onerosos" nos da el artículo 1.274, inciso primero, del Código civil, es casi absoluta; con todo, la técnica y terminología de este precepto son muy deficientes, y la expresión "onerosos" debe entenderse referida a los conmutativos y sinalmáticos (32).

Habla CATADELLA de la posibilidad de que la determinación de la medida del cambio, atribuida a los contratantes, pueda atribuirse por

(27) Véase para el Derecho Italiano, a BRACCINI, en «Riv. del Not.», 1962, página 496; entre nosotros, a FARRE «Anales Ac. Mat. Not.», vol. III, y a ESCRIVÁ DE ROMANÍ, en «Cent. L. Not.», sec. II, vol. I, pág. 136. También GONZÁLEZ PALOMINO: *Estudios de arte menor*, II, pág. 286.

(28) Véase Notas de PUIG BRUTAU a la obra de G. BOEHMER: *El derecho a través de la jurisprudencia*, págs. 615 y sigs.; también, Díez PICAZO: *Estudios de jurisprudencia civil*, I, págs. 356 y sigs.

(29) Véase el programa de ingreso en Notarías de 1944, tema 75, cuya desaparición en el actual de 1964, censura ESPERT, con razones que comparto, en opúsculo citado, pág. 151.

(30) Véase la cita que hace PUIG BRUTAU: op. cit., últimamente, pág. 650.

(31) Véase *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, 1968.

(32) En idéntico sentido al indicado, véase Díez PICAZO: *Lecciones...*, cit., páginas 9 y sigs.

éstos a un tercero. No recoge la fundamental aportación española al tema del arbitrio de tercero, del profesor Díez-Picazo: según éste, cabe que el tercero fije un elemento del contrato pero lo que *no puede* es determinar el contenido del contrato, la formulación de los deberes contractuales (33).

Dije ya anteriormente que otra otra de las interesantes aportaciones del profesor CATAUDELLA radica en la distinción que efectúa entre la función abstracta y la función concreta del contrato y en las consecuencias que apunta derivadas del desequilibrio entre ambas funciones. Ambas tesis son originales y pueden ser pródigas en sugerencias de todo tipo en su aplicación a las particulares relaciones obligatorias. Entre nosotros, es desconocido todo ello, a salvo de lo expuesto por el profesor Díez-Picazo, con genial anticipación, en su extraordinario estudio sobre la causa (34), respecto de la "función" del negocio.

Finalmente, la indicación del Autor de que la inevitable consecuencia del desequilibrio entre dichas funciones es la *ineficacia*, es quizá demasiado genérica y parece estar necesitada de algunas precisiones en cuanto a sus notas caracterizadoras y los efectos de ella derivados. Para su adecuado encuadre en nuestro derecho, me remito al profundo estudio de Díez-Picazo (35).

b) *Forma*: La exposición que efectúa CATAUDELLA es elegante y clara, con gran riqueza de matices y expresiones típicamente latinas. Con todo, no obstante, utiliza con exceso —a mi modo de ver— circunloquios, descripciones perifrásticas, incisos y segundones, que le desvían en ocasiones del tema y dirección trazados; todo lo cual puede fácilmente corregir el Autor con ligeros retoques en futuras investigaciones.

Por otra parte, hay numerosas reiteraciones en el tratamiento de algunos puntos, lo que parece obedecer al encuadrante prefijado de antemano al instituto y a la necesidad de completar el estudio del mismo.

Es notable, además, la ausencia de unas *conclusiones* claras después de cada capítulo, por ejemplo, o al final de la obra. Quizá el autor lo piensa hacer en la continuación, cuando se refiera al perfil *dinámico* del contenido del contrato, pero creo sería conveniente dejar fijadas las consecuencias de las investigaciones en cada punto básico del tema.

Finalmente, es obvio indicarlo, el *método* usado por el Autor está en la línea del método dogmático-jurídico, lo que justifica muchas cosas de las apuntadas aquí.

c) *Fondo*: Después de la numerosa bibliografía italiana y extranjera, que con profusión usa el Autor, parecía que apuntaría en los resultados de su investigación a proposiciones de carácter general y aplicables a cualquier país u ordenamiento; sin embargo, tras su magistral "obertura" se limita sólo al ordenamiento italiano. Incluso dentro de éste, se hace notar la ausencia de una consideración detenida de las sentencias del Alto Tribunal de Casación, que revitalizarían muchas de las afirmaciones del Autor al someterlas al contraste con el derecho vivido a través de los conflictos de intereses.

El Autor, al estudiar el análisis "cualitativo" del Contenido, alude a que su investigación sería "necesariamente incompleta" si tratase de recoger la multiplicidad de casos concretos reflejo de las variadas actitudes de la reglamentación contractual: yo me pregunto si esta pre-

(33) Véase *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, págs. 9 y sigs.

(34) Véase *Lecciones...*, cit., pág. 100; y antes, en ADC, 1963; págs. 3 y sigs.

(35) Véase *Lecciones...*, cit., pág. 179; y antes, en ADC, 1961, pág. 809 y siguientes.

misa o proposición no le vendrá más bien impuesta por el método dogmático elegido, y apunto que tal sistema deductivo, en principio, no me parece superior al *inductivo* derivado del estudio de la multiplicidad de casos aludida. Las denominaciones del Autor —disposiciones, órdenes, enunciaciones, eficacia dispositiva y eficacia obligatoria— no pueden usarse entre nosotros sin llevar a una profunda alteración de los principios generales de nuestro ordenamiento en cuanto al sistema del título y el modo (para la transmisión) y a los principios hipotecarios. Podrá hablarse a lo sumo, de “estipulaciones” y “cláusulas” o “disposiciones”; de manifestaciones o exposiciones y estipulaciones; de eficacia real (en cuanto a los terceros registrales) y eficacia meramente personal. Y dentro de estos límites apuntados, tratar de encajar lo aprovechable del estudio de CATAUDELLA.

Finalmente, dado el planteamiento y método elegidos por el Autor, necesariamente resultan polémicos o “contestables” tanto la *noción* como la *utilidad* de la categoría estudiada —el contenido del contrato—, ya que en rigor de principios lógicos podría también valer cualquier otra denominación y el consiguiente planteamiento de ella derivado. Por ello creo opinable la aserción del Autor de que las consecuencias de su estudio pueden ser extendidas *más allá* del campo de los contratos, ya que en estos se limita a los de prestaciones “recíprocas” y parte en su obra de la efectiva diferencia del contenido del contrato respecto de la del testamento: ¿No será más bien que intenta un estudio del contenido del *negocio jurídico*? Quizá habrá que aguardar a la segunda parte de su investigación para poder mejor valorar la obra en conjunto.

V.—RESUMEN: Por lo expuesto, la obra más que para *estudiantes de derecho* es para *estudiosos del derecho*, ya que supone un profundo conocimiento de toda la contratación y de la teoría general del negocio jurídico. Resulta difícil profetizar acerca del alcance y trascendencia que pueda tener entre nosotros y si gozará del favor que años atrás tuvo la de GIAMPICCOLO para un tema similar. Creo, sin embargo, necesario abundar en la consideración de que el tema merece ser estudiado entre nosotros y que las consecuencias para la práctica son importantes: pensemos en tantos contratos redactados por juristas prácticos y que luego llegan a los Tribunales, de clausulado complicado. ¿No obedecerá ello al desconocimiento de *qué sea* el contenido del contrato?

JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario.

DI PAOLA, SANTI: *Contributi ad una teoria della invalidità e della ineficacia in diritto romano*, Milán, Ed. Giuffrè, 1966, 126 págs.

1) *El tema y su desarrollo*.—Suele ser bastante frecuente entre los romanos el dejarse llevar de su pasión investigadora respecto del análisis y crítica de textos, afición nada censurable dados el sujeto y el objeto o tema de investigación. La consecuencia lógica es un enriquecimiento de la correspondiente disciplina jurídica. No suele ser ya tan usual el hallar una obra romanista en la que se trate con panorámica horizontal y vertical una concreta institución, o elemento de ella, o bien se obtengan por inducción una serie de conceptos o cate-

gorías generales de la inagotable casuística de las fuentes romanas. Sin embargo, esto que llamo poco usual viene produciéndose últimamente con cierta asiduidad, por paradoja, gracias a la labor que en Italia desarrolla el "Instituto de Ciencias Jurídicas, Económicas, Políticas y Sociales" de la Universidad de Messina, a cuya colección pertenece la obra que paso a comentar.

Ciertamente constituye empeño difícil lanzarse a desembrollar el arduo punto de la *invalidéz* y la *ineficacia*, que ni siquiera en el Derecho actual están perfilados con la claridad necesaria. Hago aquí, en cuanto a nuestro Derecho, la consabida salvedad de la aportación de Díez-Picazo (1).

De ahí que la tarea a realizar respecto del tema en el *derecho romano* me parece llena de dificultades y de problemáticos resultados. Si se parte de la base de que se presupone la ausencia de una determinada actitud o toma de posición previa por el investigador.

Evidentemente, una teoría de la invalidéz e ineficacia del negocio jurídico romano (2) no es ni puede ser una reconstrucción de las doctrinas de los juristas romanos, pues como es sabido no elaboraron una teoría del negocio jurídico, y mucho menos de su invalidéz o ineficacia. Por esta razón, el autor trata en la obra de obtener un *orden sistemático* de la casuística de las fuentes, partiendo para ello del dualismo entre *ius civile* y *ius honorarium*. Las dificultades aludidas vienen acrecentadas por la confusa terminología de las fuentes romanas, dado que el alcance de cada término o expresión son distintos en el *ius civile* y en el *ius honorarium*, y por haber en las fuentes una enorme variedad y multiplicidad de términos de significado no unívoco.

DI PAOLA reconoce que las distinciones acto jurídico-negocio jurídico e invalidéz-ineficacia son por completo extrañas a la elaboración doctrinal romana (3), sin embargo, cree el autor que tales conceptos y distinciones pueden examinarse dentro del ámbito de lo que hoy llamamos *negocio jurídico*, sin que sean de temer nocivas consecuencias de ello.

Reconoce, por otro lado, el autor, que existe el grave peligro de que el investigador se deje llevar a forzar la casuística dentro de esquemas ya prefabricados, con resultados poco afortunados: pérdida de validez de los esquemas usados y no obtención de la finalidad propuesta.

2) *Cuestiones examinadas en la obra por el autor*.—El contenido de la obra lo forman tres capítulos, que son otras tantas aportaciones que el autor hizo en distintas fechas: la primera, en 1958, en poco divulgada edición. Esta característica apuntada es importante, como luego se verá.

En el capítulo primero se trata genéricamente de *invalidéz e ineficacia*. El autor interpreta y estudia el supuesto del Digestivo de la novación mediante *stipulatio post mortem* (Gal. 3. 176), planteándose las cuestiones de si GAYO quiso expresar con el adjetivo *inutilis* el concepto que hoy llamamos *nulo*, o si es que quiso expresar un concepto diverso, si en este segundo caso tales *stipulationes* eran o no nulas, si los juristas romanos tuvieron un concepto de *nulidad*, si de tenerlo correspondía o no al que hoy tenemos de nulidad, y si será preferible crear una *apuesta* categoría dogmática para definir la nulidad del ne-

(1) Véase en «ADC», 1961, págs. 820 y sigs.

(2) Véase por todos: ALVAREZ SUÁREZ: *El negocio jurídico en derecho romano*, Madrid, 1954.

(3) Véase el jurista romano: GARCÍA GARRIDO: *Casuismo y jurisprudencia romana*, págs 9 y sigs.

gocio jurídico romano. Es por tanto *alrededor* de toda esta problemática donde se mueve DR PAOLA.

En Derecho romano había negocios que no producían su efecto propio, pero que podían tener efectos. Al autor lo que le importa es *no la relación* de tales negocios con otros que *no* producían efecto alguno, y *si cabe*, la distinción entre unos (nulos) y otros (inexistentes), *sino el descubrir* si los juristas romano se guiaron por el principio de que "a falta de la producción de su efecto propio, un negocio había de considerarse *no válido*". Se inclina tajantemente por la *solución negativa*, por lo que para él quedan desprovistas de significado las cuestiones ulteriores, cual la de si es o no oportuno distinguir entre negocios nulos e inexistentes sobre la base de tal principio.

Estudia luego los llamados por las fuentes negocios *inútiles*, con los que los romanos definen al negocio ineficaz, aunque también a veces se referían a negocios inválidos. El que un negocio tenga uno u otro significado debe verse caso por caso y siempre teniendo presente que los juristas romanos no mostraron excesiva preocupación por la terminología y por el uso de ésta (así, algún autor recoge hasta *cuarenta* expresiones para referirse a negocios que no producen sus efectos de ineficacia). Pero, además, las dificultades no provienen tan sólo de la terminología, pues el mismo concepto romano de *ineficacia* no siempre se corresponde al nuestro: podía ser *originaria* y *perpetua* al mismo tiempo, derivaba de la misma concepción del *ius civile*, se aplicaba con enorme frecuencia y en torno a él se luchaba por explicar puntos oscuros y superar obstáculos. Estudia después el autor las *stipulationes post mortem*, la del siervo y la hecha bajo condición suspensiva no realizada, así como la donación entre cónyuges mediante *stipulatio novatoria*: en todos estos casos *no* se producía la nulidad de tales negocios, sino su *ineficacia*, quedando paralizado uno de los efectos del negocio por una norma posterior que lo prohibía.

El *capítulo segundo* está dedicado al estudio de *la nulidad y las leges perfectae*. Entiende DR PAOLA que el replantear la problemática de la *leges perfectae* puede ayudar a interpretar algunos de los fenómenos antes aludidos. Apunta la posibilidad de poner en relación el tema aludido de la paralización de la eficacia de ciertos negocios con la llamada *originaria imposibilidad* de modificar el *ius civile* a través de la *lex publica*, llegando a considerar ambos temas como *efectos* de una misma causa, la inmutabilidad del *ius civile*.

En opinión de DR PAOLA, la *leges perfectae* no llegaron nunca a sancionar la nulidad de un negocio formal del *ius civile*, ni siquiera en los últimos tiempos de la época republicana con el reforzamiento del aparato estatal. Para sostener la *tesis contraria* a la del autor se citan textos que hablan de *rescindere*, integrando el famoso texto ulpiano de la tripartición de las leyes en el sentido de que las *perfectae rescinden* lo hecho contra su prohibición. Sin embargo, aparte la cuestión de la terminología—de valor nada decisivo—, el autor dice que en vez de detenerse en los pocos pasajes de las fuentes usualmente citados *lo que procede* es un examen completo de todos los textos jurídicos en que se hable de *rescindere*: así se advertiría que el significado *técnico* a atribuir a este verbo es muy vario y que *no alude* a lo que hoy llamamos nulidad. Estudia así el autor el tratamiento y mecanismo de las *manumisiones* de las Leyes (perfectas) *Aelia Sentia* y *Fufia Caninia*. Observa así cómo *no* se produce la nulidad de los actos jurídicos a que dichas leyes se refieren. Y una vez fuera del campo de las *leges perfectae*, puede percibirse cómo el mismo significado de *rescindere* resulta también inquiridamente de otras fuentes distintas. Nos encontramos, en efecto, frente a negocios que *no* son de hecho nulos, que vienen concebidos teóricamente como ap-

tos para producir sus efectos, pero éstos son paralizados o paralizables por la presencia de un obstáculo constituido por una prohibición de la Ley o por una norma más reciente, cuya violación no comporta nulidad, sino simple rescisión automática (o no), o sea, algo similar a la moderna *anulabilidad*.

Partiendo de este presupuesto, cabe ya comprender *el porqué* de las discusiones acerca de los efectos de la *Lex Falcidia* (para unos *perfecta* y no para otros): los legados que *exceden del límite fijado* por tal Ley, ¿deben reducirse automáticamente o no? Cuestión ésta de la que todavía hoy se sigue discutiendo. Para el autor, muchas de las dudas originadas por tal Ley *derwan* precisamente de haber hecho *base* de la cuestión el dilema acerca de la nulidad absoluta o no de dichos legados excedentes del límite. La argumentación sobre la nulidad del *revocare* de los textos está constituida por las manumisiones prohibidas. Por lo que se impone *idéntica* conclusión para la *Lex Falcidia*.

Por todo lo cual, la *tesis* de que las *leges perfectae* comportaban la nulidad absoluta de los negocios por ellas prohibidos parece que *no* puede aceptarse, dados los motivos de duda, de perplejidad, de incertidumbre o bien directamente contrarios a ella, que *legitiman* la sospecha del Autor de que la Ley *comicial no podía* sancionar la nulidad de negocios *anteriormente* reputado válidos, especialmente los formales.

Se plantea el autor cuál era la suerte de estos negocios y se pregunta si cabría llamarles negocios *anulables*: aunque sea conclusión lógica, no es la más adecuada a la mentalidad romana, dado que el concepto de *anulabilidad* no existe dentro del ámbito del *ius civile*. Entonces, estos negocios válidos en un tiempo y después prohibidos por la Ley o por la costumbre, que no son nulos, deben considerarse válidos aunque *ineficaces* ¿Cuáles serían, pues, los negocios nulos en el ámbito del *ius civile*? A este interesante interrogante sólo puede responderse teniendo presente el *principio fundamental* que domina la mentalidad del jurista romano: el de que "no se puede hablar de una nulidad cual figura diversa de la inexistencia". En efecto, para el *ius civile* el negocio o existe o no existe: los romanos no llegaron a concebir la nulidad como expresión de un supuesto de hecho que *existe*, pero que existe *como supuesto* de hecho para calificarlo de nulo, pero distinto del negocio inexistente.

— El *capítulo tercero* se refiere a *inexistencia y nulidad*. Dadas las anteriores consideraciones expuestas, si no pueden encuadrarse tales negocios dentro del esquema del concepto actual de nulidad, si no cabe hablar de anulabilidad, no nos queda más que hablar de *ineficacia*: dando a este concepto una *extensión* y un *contenido* un poco diverso del que la dogmática actual generalmente le atribuye.

Ciertamente, respecto de los negocios prohibidos por las Leyes antes citadas, la única incertidumbre atañe a los efectos de dichos negocios, y aun hay casos en que ni tal duda existe. En todo caso, estamos siempre en el campo de la producción de los efectos, en el campo de la *ineficacia* y no el de la invalidez. En el ámbito del *ius civile*, el negocio, en cuanto existe y es jurídicamente válido, es siempre *potencialmente* apto para producir sus efectos. Más allá de la ineficacia *no hay* una forma más grave del vicio del negocio: hay el nada jurídico, hay la *inexistencia* del negocio mismo, hay el negocio nulo *entendido en el sentido* de *non ullum esse*.

Estudia DI PAOLA con gran detalle los distintos textos de las fuentes romanas en que se habla de negocios definidos *nulli*, bien en sentido *atributivo* bien en el *predicativo*. En ambos casos está siempre usado para indicar el negocio jurídicamente *inexistente*. No siempre es sen-

cillo, sin embargo, el distinguir en las fuentes en cuál de dichos sentidos está usado: a veces debe traducirse por "no hay negocio" y a veces por "el negocio es nulo". Sin embargo, insiste el autor, *nullus* significó siempre negocio que *no existe*; cita como pruebas textuales una serie de pasajes del *Digesto*, relativos: a la *societas inter virum et uxorem* (contrada *donationis causa*), a la *dos*, a la *auctoritas*, a la *emptio-venditio*, a la *donatio inter virum et uxorem* y a la *stipulatio del furiosus*. Como confirmación ulterior de su afirmación, cita otra serie de pasajes en que se usa la expresión *non esse*.

Ya en este lugar avanzado de la obra, el autor cree posible afirmar como *conclusión parcial* que los juristas romanos no llegaron a la elaboración (ni aún implícita) de un concepto de nulidad como algo *diverso* de la inexistencia. Solamente veían los negocios o como *existentes* o como nulos en el sentido de que *no existían*. Cita, en tal sentido, otra serie de textos del *Digesto*. Ahora bien, la *inexistencia* para los romanos no significa que el negocio no exista *como supuesto de hecho*, ya que como apariencia de negocio puede tener una existencia de hecho.

Sentado esto, en otro lugar, sigue el autor—en cuanto a la *distinción* entre Inexistencia e Ineficacia—diciendo que los juristas romanos se refieren siempre a la *existencia jurídica* del negocio para ver si éste puede o no tener efectos: si existe, será también (aunque fuere potencialmente) eficaz; donde dicen que un negocio es como si no existiese, es como "no hecho", *quieran decir* que un negocio aunque realizado no puede tener ningún efecto. Las *expresiones* usadas en los textos nos indican que tales negocios "nulos" se mueven en el ámbito de la ineficacia: una ineficacia más o menos grave, más o menos amplia, más o menos completa, pero siempre un fenómeno que varía en el plano *cuantitativo* y no cualitativo.

Examina luego las *expresiones infectum, pro infecto, pro non facto*, igualmente significativas de negocio *no hecho*: con lo que no se niega su existencia jurídica, sino su *eficacia*.

Termina la obra con el estudio, muy pormenorizado, de la *pretendida* nulidad de las *donaciones entre conyuges*, cuya prohibición, de tardío origen legislativo, examina. Encuentra mezcladas estas donaciones junto a las *imaginariae venditiones* en una Constitución de Diocleciano y Maximiano del 293. Comprobado que *no todas* las donaciones de este tipo serían nulas, ya que había algunas *excluidas*, a las que aún agrega otras a excluir. Analiza las *expresiones nullius momenti est, non valere, ni hil agere*, etc., indicativas todas ellas de que son hipótesis de *ineficacia*. En definitiva, *no* está prohibido el negocio hecho *donationis causa*, sino un determinado efecto del mismo, de manera que cuando tal efecto no existe, la donación permanece válida. A los argumentos endebles de la terminología prefiere los *sustanciales*, a los que añade el derivado del régimen de la *confirmatio donationis* por muerte del cónyuge donante. Esta posibilidad de convalidación de la donación es claramente demostrativa de que el negocio *no* era afecto de nulidad tal cual hoy la entendemos, *sino* algo vecino a la ineficacia. Finalmente, analiza con gran detalle los dos únicos textos del *Digesto* en que se habla de que la donación entre cónyuges es *nulla*: para los juristas romanos lo que estaba en juego era *no* el negocio, *sino* tan sólo su efecto. Resulta claramente del texto de Ulpiano comentando el Senado-Consulta del 206.

— *Conclusiones del autor*: Todos los negocios examinados no son negocios nulos: no es nula la *imaginaria venditio*, no es nulo el divorcio de la libertad, no son nulas las donaciones entre cónyuges. Todos estos negocios son *pro infectis*, o sea, indicando con ello que el negocio es *ineficaz*. Está desprovista de fundamento la afirmación multiseccular

de que "en el ámbito civilístico hay ineficacia cuando el negocio es nulo": ya por no conocer los romanos el concepto de nulidad tal como hoy se la entiende, ya porque sus negocios—aun viciados—no se prestan a ser encuadrados en tal categoría dogmática. Para el *ius civile*, el negocio o existe o no existe, de modo que se *oscila* entre la inexistencia y la ineficacia del negocio; más allá de estos términos está, por una parte, el *nada* jurídico, y por otra, el negocio plenamente válido.

Solamente partiendo de este presupuesto cabrá encuadrar los distintos fenómenos descritos en las fuentes y penetrar su mecanismo. Los esquemas, conceptos, categorías, etc., elaborados por la dogmática moderna *sólo valen como términos de comparación*: para indicar cuáles de sus características están presentes en determinados supuestos de hecho y cuáles no lo están, y para mejor individualizar las características de cada supuesto de hecho—y sobre la base de éstas—crear nuevas categorías o individualizar las que el jurista romano presupone al dar sus respuestas.

3. *Consideraciones críticas.*—Decía PASCAL que el desarrollo de un libro viene determinado por su conclusión, lo que parece perfectamente adecuado al comentario de la obra que estoy realizando: nunca he percibido con mayor claridad la interdependencia entre las premisas y la conclusión, hasta el punto de no ser fácil discernir lo que es punto de partida o de llegada. Este es el único inconveniente que veo pueda objetarse a la tesis de DI PAOLA.

El método utilizado por el autor es el de inducción, examinando paciente y exhaustivamente numerosos textos del *Digesto* que pasa a explicar con claridad en su origen, posibles interpolaciones, interpretaciones propuestas, bibliografía del tema, etc. Tanto en el aspecto *formal*, en cuanto a redacción, lenguaje, argumentaciones, como en el *sustantivo*, en orden al fondo de cada punto, conexión con los conceptos y categorías jurídicas modernas, la obra tiene calidad e interés.

La *perspectiva* desde la que el autor somete a su tema es, obviamente, *actual*, con lo que la utilización—aun como términos de referencia—de los conceptos de la moderna dogmática es casi inevitable. Por lo cual, su mismo punto de partida puede ser objeto de crítica por todos aquellos cuya panorámica particular del tema no coincida con la del autor.

Ahora bien, dejando a un lado estas consideraciones, me parece importante apuntar la trascendencia y posibles repercusiones de esta obra respecto de conceptos, dogmas y categorías jurídicas "intocables" existentes en nuestra doctrina. Se me ocurre preguntarme qué vamos a hacer con todas las elaboradas construcciones sobre la *nulidad* casi "de fe" de las donaciones entre cónyuges que nos proviene del Derecho romano, a la vista de la brillante demostración que DI PAOLA nos hace de que no hay tal "nulidad": al tiempo que derivan cuestiones tales como la de la nulidad o ineficacia *parcial*, el concepto de "inutilidad", las sanciones de las Leyes "perfectas" y su traducción legislativa actual, el mecanismo en orden a los legados que exceden del límite de la *Lex Falcidia* (Derecho catalán, arts. 225 y sigs. de la Compilación), sociedad entre marido y mujer, ventas ficticias o imaginarias, desheredación, posible aplicación o no al testamento del concepto de invalidez sucesiva, etc., entre otras muchas sugerencias que la obra provoca.

La selección bibliográfica es muy completa y cuidada, así como la ordenación final de las fuentes romanas.

Quizá se eche de menos una más perfecta trabazón entre los tres capítulos de la obra, suprimiendo repeticiones y referencias constantes y dejando constancia más clara de unas conclusiones *parciales* en cada uno de ellos.

4. *Resumen.* La obra sugiere la conveniencia de replantear todos los habituales problemas de nuestro romanizado Derecho privado actual, a la luz de un estudio riguroso de las fuentes romanas de que brotaron las instituciones. La contribución aparentemente modesta del autor a las debatidas cuestiones acerca de la ineficacia, invalidez, nulidad, etc., del negocio jurídico, me parece importante y de posible trascendencia. A la luz de estas consideraciones sentadas por Dr PAOLA puede parecer *clásica* y nada revolucionaria ni atrevida la tesis de VALLET en orden a las donaciones entre cónyuges. Y es que, al fin de cuentas, aquel derecho casuístico romano trajo consigo este Derecho privado dogmáticamente sistematizado. Habrá que volver a aquellas fuentes más de una vez...

JOSÉ CERDÁ GIMENO.
Notario.

ESPÍN DIEGO: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. 1.º, parte general (edición 3.ª, 1968).

Corría, me parece, el año 1956 cuando fui designado por nuestro Ilustre Centro Directivo, vocal de un Tribunal de oposiciones a Notarias que habían de celebrarse en Madrid.

Mis, un tanto trasnochados, conocimientos de la llamada Parte General (plan SAVIGNY) de Derecho civil precisaban un texto claro, sintético, que me diesen una noción lo más precisa de la misma. Fue así cuando recordando los diversos trabajos doctrinales del profesor ESPÍN—siempre diáfanos, rigurosamente doctrinales y, lo más valioso, con una finalidad pragmática envidiable—lo que me hizo adquirir, y leer con avidez, la primera edición de su Manual.

Más reciente, ahora casi, el nombramiento para otro Tribunal también a Notarias de la capital, hizome trabar amistad con el autor, como componente igualmente del Tribunal, y calar no ya en sus conocimientos, sino en su personalidad tanto humana como profesional.

Cuando a veces—injustamente siempre—he oído hablar del absentismo de los Catedráticos se me aparece la figura de este hombre, DIEGO ESPÍN (como tantos otros que tengo el honor de conocer, LACRUZ, DíEZ PICAZO, etc) devotamente entregado a su profesión de enseñar, hasta el punto de que para no perder el contacto con sus alumnos era rara la semana que no nos solicitara—siempre contando de antemano con el voto favorable de nuestro ilustre presidente, don RAFAEL NÚÑEZ LAGOS—que perdonásemos algunos días su ausencia, con las molestias que significaban para él.

Su perfil humano corre pareja con su ejemplo profesional: prudente, callado, salvo, como es de rigor, la observación oportuna poniendo de relieve la profundidad de sus conocimientos, su exquisito trato y corrección que pocos, como yo, han podido apreciar en nuestras innumerables y sabrosas charlas, haciéndome olvidar que iba hablando con el profesor y maestro... Sólo me disculpa los muchos años que nos distancian (ESPÍN en la plenitud de su vida y quehacer, yo, en la decadencia), el "paisanaje" y el recuerdo de la gran amistad que hubo entre nuestros padres en aquellos—también injustamente difamados tiempos—de la Monarquía. (¡Cuántas y cuántas veces fui a visitar a don EDUARDO ESPÍN, diputado a Cortes y gran abogado de nuestra provincia!).

Por todo esto—y tanto y tanto que podía añadir—al hacerme el obsequio DIEGO ESPÍN de los primeros volúmenes de la 3.^a edición de su Manual, yo, que consideréme ya también *jubilado* en esto de emborronar cuartillas, he sentido la necesidad de hacer patente mi admiración hacia el hombre y su obra, pues ésta, de aquellas 300 y algunas páginas de la edición 1.^a han pasado a casi 500 en esta 3.^a de la Parte General, de que vamos a intentar dar una breve idea, un tanto libre y con ligeras aportaciones personales o si se quiere atrevidas observaciones al texto, dejando para más adelante el estudio del volumen 2.^o dedicado a los Derechos reales en general.

* * *

Precisados los términos de la palabra “Derecho” y delimitado—como más propio para el ordenamiento práctico—el llamado objetivo, el medio más idóneo para lograrlo es el análisis de sus componentes, o sea, del conjunto de “normas” jurídicas por las que se rige una comunidad.

¿Pero ésta, la “norma” no es acaso una unidad conceptual sobre la que se ha venido construyendo todo un cuerpo de doctrina en el campo de lo jurídico?

Si vaclamos el Derecho de todo contenido ético y extrapositivo veríamos converger el propio concepto del Derecho a la norma jurídica positiva. Entendido esto así—que es en lo que culmina el normativismo Kelseniano—habría que rechazar la doctrina de la norma jurídica, como instrumento técnico.

Pero huyendo de exageraciones y conceptualismos sólo debemos ver en la norma el conjunto de directrices que regulan el ordenamiento jurídico.

Así concretada no debe confundirse con la *disposición* jurídica, que es la forma en que el Derecho positivo se manifiesta.

Acaso sobre esto también se ha especulado en exceso, queriendo ver de la combinación de varias *disposiciones* la obtención de una *norma* jurídica. Y sobre esta base se habla de distinción entre normas autónomas y no autónomas, completas e incompletas... Continentes las primeras de un mandato, en tanto que las otras sólo *cobran* valor como normas, en relación y conexión con otras normas, a las que sirven de determinación o delimitación.

Pero, preguntamos, ¿no es esto lo propio de las llamadas *disposiciones* jurídicas?

De aquí—para el jurista práctico—lo difuminado del concepto, como apuntamos. Pero sobre esto ha trabajado mucho la doctrina extendiéndose sobre su estructura y valor, elementos y consecuencias.

Precisada la concepción de la norma jurídica como *Mandato* (lo que niega el positivismo Kelseniano) el correlativismo de éste es la sanción que supone su incumplimiento y la clasificación de las mismas: permisivas, prohibitivas, imperativas, punitivas... que bien pudiéramos—acaso con gran elasticidad simplificadoria—reducir a normas de Derecho necesario (*ius cogens*) y de Derecho voluntario (*ius dispositivum*) y en ésta, como distintivo peculiar, la posibilidad de su renuncia, sobre lo que no tenemos lugar para matizar, pero sí ponerla en conexión con las que—agotando la clasificación—se han llamado normas individuales o privilegios, ¿pues no es tal esa renuncia?

Esta ligera exégesis de la norma, como conjunto de directrices que regulan el ordenamiento jurídico, según hemos expresado, se refiere a todo el Derecho o sea los llamados público y privado, que en Roma aparece tajante, desde sus comienzos, mientras en los pueblos germánicos mantienen su unidad, que perdura, hasta que el Renacimiento del Derecho romano se culmina con la Revolución francesa (exaltando el

individualismo) y abocando de forma ineluctable a la discriminación de uno y otro, a través de varias teorías que consagran la distinción, pues las llamadas "tripartitas", queriendo encuadrar el Derecho laboral y el de familia en otra rama especial, no han tenido casi aceptación en la *communis opinio doctrinal*.

* * *

Y ya en este plano por Derecho privado entendemos el llamado Derecho civil (o al menos lo más importante de aquel).

En Roma el *ius civile* expresaba tanto una parte del Derecho privado, como todo el Derecho del *cives romano*.

La idea se va precisando en la Edad Media. Y aunque en la Moderna vuelve a tener otra significación, por los profundos cambios políticos operados, el *ius civile*, que anteriormente significó "Derecho romano" va haciéndose *equivalente* a Derecho privado. Esta evolución continúa hasta el siglo XVIII en que comienzan las codificaciones (así la del Código prusiano de 1749, que lleva por título "Derecho territorial general de los Estados prusianos" y culmina, puede decirse, en el Código francés de 1804 y su posterior austriaco de 1811).

Esto planteó desde un principio la unidad del Derecho privado, dado que se desgajó del civil, el mercantil y el llamado Derecho agrario; y esto sin contar esas otras ramas que pretenden tener propia autonomía, como el Derecho inmobiliario, el aeronáutico, el espacial, etc.

Cifándonos al Derecho civil propiamente dicho su contenido sigue siendo la personalidad, la familia y el Patrimonio. Para su estudio se han ideado distintos planes, desde el llamado romano debido al jurisconsulto GAYO, que inspiró al legislador francés y por la influencia de éste se difundió en todos los países latinos y, por tanto, en el nuestro, si bien con alguna variante, al añadir al mismo el libro IV, al llamado Plan alemán o de SAVIGNY que propone una parte general y luego el estudio separado de las cosas, obligaciones, familia y sucesiones, aceptado por la doctrina generalmente (salvo en Francia, así PLANIOL, JOUSSERAND, BONNECASE...).

Extendernos en el desarrollo de las Codificaciones civiles y aun en la nuestra, sobrepasaría la intención de estas notas. Pero queremos dejar constancia de la precisión con que lo hace el profesor ESPÍN y luego, atinente a nuestra patria, la referente al Código civil y Leyes complementarias posteriores, así como al sistema de apéndices del mismo relativo a las legislaciones forales, que culmina con la exposición, contenido y juicio crítico de cada una de las nuevas Compilaciones de Aragón, Balear, Cataluña, Gallega y de Vizcaya y Alava.

* * *

Antes de adentrarnos en el estudio del Derecho civil—en su parte general, siguiendo el Plan de SAVIGNY, que adopta el profesor ESPÍN—es imprescindible hacer una somera alusión a las llamadas Fuentes, que, reducidas a las instrumentales o de conocimiento, no son sino los medios materiales de que nos valemos para saber el Derecho ya creado.

El Derecho positivo español no reconoce como tales más que la Ley, la costumbre del lugar y los principios generales del Derecho (artículo 6.º, C. c.).

Por su jerarquía es la Ley la que tiene supremacía sobre las otras fuentes, hasta el punto de haber dado ocasión para estampar en el artículo 2.º del Código civil el archisabido aforismo de que la ignorancia de las mismas no excusa su cumplimiento, que interpretado literalmente desde siempre nos causó estupor y asombro, ya que como señala con

insuperable acierto y sencillez nuestro autor, “el deber de acatar las Leyes es independiente de su conocimiento. De aquí la cuestión—ya puesta en claro por la doctrina—de poder tener en cuenta el error de derecho. Es decir—volviendo casi a repetir lo acabado de decir—una cosa es la obligatoriedad de las Leyes y otra su ignorancia como causa de error o excusa (ver arts. 69, 433, 1.169, etc., al efecto). Pero siempre y en aras al forzoso acatamiento de la Ley, dejando a salvo la nulidad de los actos contrarios a ella, bien por violación directa o indirecta—fraude—que nuestro Código, como hace el moderno italiano deja sin regular y cuyas implicaciones, por demás interesantes, sólo dejamos apuntadas.

Respecto de la costumbre, aunque actualmente disminuye su importancia por el predominio de la legislación en el Estado moderno, los profesionales o prácticos del Derecho vemos o tenemos a diario casos de su importancia que paulatinamente van imperando en la realidad, siquiera con justificaciones y ensayos doctrinales, que bien mirados nunca logran completamente satisfacernos. Tal, por ejemplo, el caso del usufructo universal que un cónyuge deja al otro (con su más firme apoyo en el párrafo 3.º del art. 820 del C. c.), las donaciones y compras en nuda propiedad, con reservas de usufructo entre cónyuges, etc., que en ciertas regiones, como las levantinas, son de uso constante, etc.

Por ello es de alabar—como hace nuestro autor—el art. 2, núm. 1, de la Compilación aragonesa, que dice “que la costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas, aplicables en Aragón”, cuya elasticidad es tan notoria que bien puede decirse engarza con el principio autonomista de tan larga tradición en el país, *standum est Chartae*.

En cuanto a los principios generales del Derecho, nada mejor que lo dicho por don FEDERICO DE CASTRO, cuando escribe que el Tribunal Supremo lo que exige es que el principio general del Derecho alegado “merezca el concepto de doctrina legal” y sugiere como indicio de ello que haya sido admitido por la *doctrina jurisprudencial*.

También la jurisprudencia uniforme sobre una materia de nuestro Tribunal Supremo, quierase o no, debe considerarse como fuente y ello no tan sólo por lo que dice el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino por la imperatividad que supone la observancia de determinado criterio de decisión.

A esto podemos añadir que nadie mejor que dicho Tribunal para fijar criterios de interpretación, analogía e integración legal, que a la *postre se convierten en las llamadas Fuentes*.

* * *

En conexión con lo expuesto viene la interpretación del Derecho en función o creado desde sus medios clásicos; gramatical, lógico, histórico y sistemático, a los más modernos extensivos o restrictivos, incompatibilidad con otra norma, etc., hasta llegar a la “laguna” legal que puede pensarse si será o no un caso de interpretación y que trata también de superarse con la *integración* y con la *analogía* (que no debe confundirse con la libre investigación, como apunta Ferrara) y que nuestra jurisprudencia ha reconocido como principio general de Derecho recogiendo el axioma que “donde existe la misma razón, idéntica debe ser la regla aplicable”.

Ahora bien, todo esto tiene un límite, en cuanto apunta a lo más fundamental de la Norma, como todo lo vital, perecedero, y se refiere al tiempo y al espacio. De ahí las disposiciones transitorias que suelen acompañar a toda Ley (y aun dentro de la misma, véanse arts. 1.608,

1.611, 1.664, 1.665 y 1.939, por ejemplo, de nuestro C. c.). Un amplio estudio de esta materia, con aplicaciones prácticas, encontramos en la obra cuya relación somera estamos explayando, que pone de manifiesto la pulcritud y profundidad de conocimientos de su autor.

* * *

El decurso de intereses entre los hombres, sean morales, religiosos, de cortesía, impone normas que las regulen, tanto más acentuadas si tal entrecruce de relaciones son jurídicas. Relaciones de hecho que originan situaciones que hay que proteger o someter a la norma jurídica. Tales situaciones corresponden a lo que se llama Derecho subjetivo y deber jurídico, cuyo entramado es muy sutil y por lo mismo difícil de concretar y reducir. Porque esta relación jurídica que tradicionalmente fue entre personas, después se extendió por la doctrina a considerarla posible entre los hombres y las cosas, llegándose hasta afirmar ser también factible sólo entre cosas, aduciéndose como ejemplo la relación que media entre cosa principal y cosa accesoria.

Rechaza Espín estos extremismos y siguiendo la doctrina más dominante estudia la estructura de la relación jurídica o de sus elementos componentes, subjetivo, objetivo y causal, con su contrapunto, después, del deber jurídico, respecto al llamado Derecho subjetivo, cuyas principales teorías analiza extensamente a continuación, negando la posibilidad conceptual de su existencia (o sea del Derecho subjetivo) sin un objeto, cuales son, según un sector doctrinal, el derecho de ciudadanía, la *testimanfactio* el *ins honorum et sufragio* y los llamados de modificación jurídica, especialmente los de adquisición. Podríamos decir que se trata de meras facultades dado que el derecho subjetivo parece ha de recaer sobre alguna materia o *substratum*.

* * *

Acatando los conocidos conceptos sobre persona, en general, capacidad y sus clases, legitimación dispositiva, etc., al referirnos al *status* nos encontramos con el debatido problema de la exactitud acerca de la distinción que quiere establecerse entre acción moral y acción patrimonial de estado. Para cierto sector doctrinal, existirá acción moral de estado cuando se pretende una declaración referente al estado, mientras que la acción patrimonial de estado tiende a establecer no el estado en sí, sino relaciones jurídicas patrimoniales dependientes del mismo. Se pretende identificar con esto el estado con el derecho, a que va unido, ya que el estado no constituye el fin de la acción, sino el medio para demostrarla fundada. Las consecuencias que se derivarían de admitir esta postura son importantísimas, porque la denominada acción patrimonial de estado tendría caracteres opuestos a los que se consideran como propios de las acciones de estado. Sobre que la sentencia que pone fin a la primera tiene valor de cosa juzgada en cuanto al Derecho patrimonial, pero no respecto al estado aunque éste fuere convertido en el juicio.

Debemos rechazar tal extremismo, pues en tanto no exista un estado correspondiente a una persona, no puede reclamarse un derecho derivado del mismo (por ejemplo, un derecho hereditario). Es preciso aclarar la existencia de estado para fundar sobre el mismo la pretensión de un derecho.

* * *

Refiriéndonos a la persona natural, a más de los requisitos para su viabilidad, nos encontramos en seguida con la problemática del concebido y el que no lo está o *concepturus*, tan interesante para los lectores de esta REVISTA y sobre cuyo tema en nuestros comentarios a R. R.: de la Dirección tanto hemos escrito, por lo que no vamos a repetirnos. El profesor ESPÍN acepta la tesis de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER sobre la interpretación del artículo 750 del Código civil y, además, el que determinadas Instituciones del mismo como la fideicomisaria admiten que se pueda llamar no ya a los que vivan al tiempo del testador, sino a los engendrados con posterioridad, por lo que sigue la corriente doctrinal más usual en la materia. Solución que acepta igualmente por lo que se refiere al fin de la persona, exponiendo con acierto los problemas que se suscitan sobre la premoriencia en el caso de que ocurra el de varios al mismo tiempo (ver art. 33).

Al referirse a las circunstancias modificativas de la capacidad analiza los problemas que en torno a la edad se han suscitado, tanto en Derecho común como en el foral (deteniéndose especialmente en la Compilación aragonesa) y por lo que se refiere al sexo, afirma que el Derecho español reconoce el principio de equiparación de la mujer al varón fuera de *las relaciones matrimoniales*, pero reafirmando en su criterio antiguo sobre la incapacidad general de la mujer casada en aras del principio de unidad de dirección.

Sin embargo, en su brillante discurso de apertura del curso académico 1969-70, de la Universidad de Salamanca, precisamente sobre la "Capacidad jurídica de la mujer casada", se diría—siquiera timidamente—modificada aquella afirmación genérica por nuestro ilustre profesor, sentada. Fijémonos particularmente, en el Derecho laboral por la resonancia que de día en día va teniendo éste, en todos los órdenes de la vida. Aunque para la prestación de sus servicios y aun apredizaje, la mujer casada necesita la licencia de su marido, la L. C. T. dando un paso de trascendencia, apostilla a la situación el caso de separación de *hecho* o de derecho entre ellos (art. 11-d y 133) en donde la licencia marital no será precisa.

¿Pero y la remuneración que en tal evento perciba la mujer? Para el profesor ESPÍN la solución no ofrece duda: "para el caso de separación legal o incluso de separación de hecho, se dicta una norma especial de carácter más enérgico—escribe—en cuanto a la protección del interés de la mujer casada trabajadora, al no permitir al marido la oposición a que la mujer perciba la remuneración de su propio trabajo" (artículo 53, ap. 3.º).

Tiene, si bien nos fijamos, lo apuntado por la L. C. T., su antecedente en la legislación sobre Ahorro—Ley 14 julio 1909 y R. 13 enero 1916—al permitir a la mujer hacer imposiciones en la Caja Postal de Ahorro y solicitar Libretas sin la intervención de su marido, considerando los saldos (LACRUZ, "Derecho de familia. El Matrimonio y su Economía") como bienes parafernales no entregados y permitiendo que formule las peticiones de reintegro y las perciba sin asistencia marital, en tanto el marido no haga uso del Derecho que le confiere el artículo 1.388 del Código civil (pág. 189 - edición 1963).

Al haber dado—como dijimos—un paso más la L. C. T. prohibiendo al marido toda oposición a que la mujer perciba la remuneración de su trabajo, dejando, al parecer inoperante el artículo 1.388 del Código civil, antes citado, ¿no podrá la mujer *separada de hecho*, generalmente abandonada de su marido, que hubiese acumulado un capital con su esfuerzo laboral invertirlo como le convenga, que, de ordinario, por las corrientes de hoy día, conducen a la adquisición del piso u hogar donde vivir y tener refugio en su vejez? Caso profundamente humano éste que más de una vez se ha de presentar a la calificación del Re-

gistrador. El juego de los artículos 1.407 y 1.402 2.º del Código civil, exponentes máximos de ese artilugio tan precisado de revisión que es nuestro régimen legal de gananciales, parecen oponerse a que inscriba la adquisición como parafernalia (e igual diríamos en caso inverso, el marido como propio), la mujer, cuando otras leyes posteriores, más acordes con los tiempos actuales, así los consideraran.

También en la esfera mercantil (aunque alguien ha querido ver alguna vacilación al respecto en los más destacados tratadistas, así GARRIGUES Y URÍA, tomo I, L. S. A. pág. 211) puede observarse una mayor elasticidad en la libertad de la mujer para el ejercicio del comercio, sin la traba de la licencia marital, reservada, sin duda, al marido como facultad discrecional (ESPÍN, *Conferencia citada*, pág. 59). Pero hay que observar que aunque no se han dictado las disposiciones complementarias precisas—como indica este último—que adoptare los efectos del ejercicio del comercio por la mujer en relación con los bienes del matrimonio, cuando el marido no preste su consentimiento, la orientación progresiva de nuestro Ilustre Centro Directivo va recogiendo la opinión doctrinal más liberal en la constitución de Sociedades en que concurren ambos esposos, sobre todo en las anónimas (ver R. R. de 16 de marzo de 1959, con nuestra nota a la misma, págs. 521 a 533, R. C. D. Y, igual año y la más reciente, que merece nuestra más absoluta adhesión, de 4 de noviembre de 1969).

Y es que la Ley de 1961, ha abierto un postillo cuyas fisuras o lagunas van llenando la doctrina y la jurisprudencia en este arcaico concepto de la más absoluta sujeción de la mujer a la potestad marital, incluso en el ámbito procesal.

De todos modos, como con su gran ponderación expresa ESPÍN, a la vista de la situación legal podemos considerar, en la actual fase evolutiva de nuestro Ordenamiento, a la venia marital como institución poliforme, asistemática, proclive a las interpretaciones discordantes e imposible de reducir a unidad. Su *anacronismo*, por otra parte, no merece la corrección normativa, sino más bien la supresión como algo caduco (página 60, obra citada).

En un alarde de concreción estudia nuestro autor la influencia de los defectos físicos y enfermedad mental, prodigalidad e Interdicción civil, explayándose de manera notable al referirse a la Nacionalidad y Vecindad civil o Regionalidad.

Pasando al estado de familia en su concordancia con la identificación de la Personal Natural, puede decirse que hace una meditada exégesis en conexión con la Ley del Registro civil y su Reglamento, como sucede con respecto a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su relación con el Código civil al tratar del domicilio.

La ausencia o no presencia, como gráficamente escribe nuestro autor, es de las mejores materias desenvueltas por el mismo. Como botón de muestra y aplicando a lo del texto del libro, lo que señala en el trabajo posterior a que hemos aludido sobre la capacidad jurídica de la mujer casada, señala de forma original que cabe deducir las siguientes consecuencias (pág. 37, ob. cit.): 1.ª La licencia judicial se precisará sólo respecto a los bienes (inmuebles, valores), que por consecuencia de la separación de bienes o de la transferencia administrativa, le hayan correspondido o se le haya transferido la administración a la mujer; no la precisa por tanto respecto a los bienes que la mujer administrase anteriormente a la separación o transferencia. Respecto a estos sigue teniendo las facultades anteriores, pero al desaparecer la posibilidad de la licencia marital, desaparece dicha limitación sin el sucedáneo de la judicial que no impone el artículo 1.444. En este caso se encontrarán normalmente los parafernalia administrados por la

mujer para cuya disposición requiere licencia marital (art. 1.387), sin que al ser ésta imponible le sustituya la autorización judicial.

2.ª La licencia Judicial ex artículo 1.444 no es de aplicar a la situación en que la mujer administra bienes por haberle correspondido su representación legal, como tutora del marido loco o representante del ausente, pues en estos casos son de aplicar las normas propias de estas situaciones particulares. Así, en el caso de ausencia entrará en juego la autorización prevista en la reforma de la L. E. C., por la Ley de 30 de diciembre de 1939 (arts. 2.036 y 2.041 L. E. C.).

Imposible detenernos en hacer una expresión de aciertos del autor en los problemas que el estado de ausencia provoca. Todos los que sabemos los va exponiendo con las soluciones que doctrina y jurisprudencia ha aplicado a ellos. Acaso—y sin que esto suponga señalar algún fallo—echamos de menos una mayor amplitud en cuanto al examen de las facultades del Defensor del ausente, habida cuenta las repercusiones que los artículos del Código destinados al mismo, especialmente el 186, *in fine*, han tenido en materia de sucesiones, habiendo *concepturus* (véanse trabajos de CÁMARA y G. PALOMINO, tan conocidos, S. de 1934, etc.).

Finaliza ESPÍN todo lo referente a la persona natural con la exposición del registro de estado civil, de cuya Ley hace un acabado estudio, engarzando, pudiéramos decir, lo expuesto, con el capítulo dedicado a la protección de la persona humana, tanto en su integridad física como en la moral, con aportaciones doctrinales y propias al respecto, que hacen el tema sumamente atractivo y lleno de modernidad.

* * *

Al referirse a la persona jurídica, pues el hombre—escribe ESPÍN—en su vida social, para alcanzar ciertos fines, precisa agruparse con otros, a los que el Ordenamiento jurídico reconoce personalidad, examina las concepciones opuestas que para su fundamentación surgieron, o sea, las teorías de la ficción y la realidad, decidiéndose por una solución ecléctica, o sea, la construcción formalista, por responder a la verdadera esencia de dichas personas jurídicas. Estas tienen, dice, una existencia real, derivada de los fines sociales que le dan nacimiento, y el Derecho, en atención a esa realidad dirigida a un fin lícito que se considera digno de protección, les inviste de la personalidad jurídica, que en cuanto categoría jurídica no puede emanar más que del Ordenamiento jurídico. Por eso la estructura de las personas jurídicas consta, como dice FERRARA, de un doble elemento: el *substrato* que se personifica, y el *reconocimiento* del Estado.

¿Cómo se llega a ese *reconocimiento*? Por la concesión para cada Entidad, si reúne los requisitos legislativos, o por el más sencillo—seguido por nuestro Ordenamiento—o *normativo*, general para en cuantos entes concurren los requisitos legales.

Son varias las clases de personas jurídicas y así podemos, para simplificar, remitirnos al artículo 35 del Código civil del que hace una buena exégesis ESPÍN y particularmente a los de tipo asociacional o corporativo y a las de tipo fundacional, en las que no hay miembros ni, por tanto, Asamblea general, como ocurre en aquellas.

Unas y otras están representadas por sus órganos; la capacidad de ellas está en relación con su naturaleza y también, como las físicas, las personas jurídicas se extinguen por la desaparición del *substratum* y, a veces, aunque es poco frecuente, por la revocación de su reconocimiento. Pero la extinción va seguida de situaciones: fusión con otros, liquidaciones, etc., o también puede acontecer de modo instantáneo, provocando, en fin, una sucesión, como en las físicas del patrimonio,

si bien ordinariamente con destino prefijado o *teleológico*, al decir de FERRARA (ver a tal efecto, art. 39, C. c.).

Todo lo relativo a la capacidad de unas y otras y en especial de la Iglesia, Instituciones, Asociaciones religiosas, en relación con el vigente Concordato, merecen del autor especial atención.

* * *

En capítulo siguiente estudia el objeto del Derecho, o sea, aquello sobre que recae el poder jurídico del derecho subjetivo y tras una breve alusión a la teoría de los "Derechos sobre derechos", creación de la pandectística alemana, concluye ESPÍN, siguiendo a FERRARA, que todos los casos que del particular se aducen no son sino transmisiones limitadas de un derecho, en virtud de sucesión constitutiva; es decir, de un derecho más amplio se constituye otro menor, de su misma naturaleza, pero más limitado de contenido; por ello, en vez de derechos sobre derechos, debe hablarse de "derechos de derechos".

Luego pasa estudiar la cosa, o sea, aquella parte del mundo exterior sometida al poder jurídico del sujeto. Analiza los requisitos que deben concurrir en ella, por ejemplo, su existencia separada, por lo que no lo son las llamadas partes integrantes, ni el cuerpo vivo del hombre. ¿*Quid* del cadáver? Razones de moral impiden se le considere susceptible de apropiación y tráfico. ¿Y las energías físicas o fuerzas de la naturaleza? Asunto discutible. Si son susceptibles de apropiación ¿por qué no? Por ello nuestro Tribunal Supremo, siguiendo a CASTÁN, ha declarado a los efectos de calificación del delito de hurto, que el fluido eléctrico y el gas tienen el concepto de muebles (sentencias 1901, 1912, etcétera).

Para clasificar las cosas se atiende a la relación de pertenencia (dentro y fuera de comercio, de dominio público o propiedad privada, etcétera). Cualidades (muebles e inmuebles, y en estos por naturaleza, incorporación, etc., véase art. 334, C. c. y en aquellos consumibles o no, fungibles o no fungibles). También cabe considerar las cosas por la relación con sus partes o con otras cosas extendiéndose el autor en el análisis de las partes integrantes o constitutivas y luego de las accesiones y pertenencias, pasando seguidamente al estudio del Patrimonio del que cabe destacar que lo integra, si tanto derecho y obligaciones del sujeto titular del mismo o sólo aquellos, considerando a las obligaciones, cargas o detracciones (así ENNECCERUS).

Para CASTÁN, en nuestro Derecho, es indudable que en caso de herencia, las deudas forman parte del patrimonio (arts. 659 y 661). ¿Y en cuanto a los Patrimonios separados? Para PÉREZ, GONZÁLEZ y ALGUER, el único que merece ponerse de relieve en la parte general del Derecho civil, es el de la herencia aceptada a beneficio de inventario (art. 1.192, apartado 2.º y 1.023).

* * *

Al referirse ESPÍN en otro capítulo a la adquisición y pérdida de los derechos, parece identificar la renuncia con el abandono, materia en la que nosotros disintimos y que hace tiempo fue objeto de nuestro estudio (véase Conferencia *El Abandono en la Hipoteca*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", págs. 71 y sigs., tomo VI, año 1952) Para nosotros el abandono o desamparo de finca hipotecada tal como lo configura el artículo 126 de la Ley Hipotecaria, es una renuncia cualificada, esto es, condicional, que sitúa a la propiedad de la cosa en manos de otra persona, a manera de precario, por no encajar con exac-

titud su concepto en el más técnico de la revocación, por lo que también pudiera decirse ser aquella una suerte de propiedad revocable.

Discrepamos, pues, repetimos, de la afirmación del ilustre profesor Espín, de que la renuncia es siempre abdicativa.

Renuncia y abandono son susceptibles—a nuestro modesto entender—de matizaciones según el campo y situación jurídica en que se apliquen. Pero como en la parte general del Derecho civil acaso, estas sutilezas no tengan encaje, lo expuesto no significa la más pequeña sombra de crítica en cuanto a lo apuntado, que, sin duda, en tesis genérica, pueda aceptarse.

* * *

Una de las secciones más logradas de esta parte general, es dedicada al negocio jurídico, obra de las pandectistas alemanas, como sabemos, y de la que, no obstante, su abstracción y complejidad, ha hecho un modelo de exposición y claridad el profesor Espín. Desde su concepto: declaración o declaraciones de voluntad privada, encaminadas a conseguir un fin práctico, o sea, determinadas consecuencias jurídicas; clasificación del mismo, sus elementos y formación, con el análisis de los vicios que puedan desvirtuar la verdadera declaración de voluntad: Error, dolo, violencia o intimidación, hasta abocar a la discordancia entre voluntad y su manifestación, va recorriendo Espín el camino con un rigor de exposición y doctrina admirables.

Si bien el negocio jurídico se celebra generalmente por el propio interesado, cabe que sea sustituido por otro, bien en la simple manifestación de la voluntad, bien en la misma voluntad interna. De aquí la representación que cabe, por regla general, en todos los negocios, salvo en aquellos que exigen una declaración personal del interesado, como acontece en el Derecho de familia y en el de sucesiones (cfr. arts. 670, 830...).

La representación, como sabemos, es voluntaria o legal.

La primera procede de poder o de ratificación. El primero hay que distinguirlo del mandato, con el que generalmente se identificaba, ya que mientras el mandato origina una relación interna entre mandante y mandatario y otra externa entre mandatario y los terceros, el poder crea un vínculo directo entre poderdante o representado y los terceros. Esto no quiere decir que forzosamente estén separados en la práctica, antes, al contrario, coinciden en la figura del mandato representativo (cfr., art. 1.725), pero puede existir el mandato sin representación (mismo artículo). La sentencia de 22 de marzo de 1942 establece la debida distinción entre el mandato y el poder de representación.

Respecto a la ratificación está consagrada en el artículo 1.259-2.º del Código civil.

La representación legal hay que distinguirla de aquellos casos en que la Ley exige la asistencia a ciertas personas parcialmente incapaces (casos de menores emancipados, por ejemplo, a que se refiere al artículo 317, etc.).

Sólo poseyendo una cualidad de síntesis excepcional, fruto de un acabado conocimiento de la materia, puede exponerse, cual hace el profesor Espín, lo referente al intrincado problema de la causa, requisito esencial del negocio jurídico. Desde la teoría clásica—que matiza la causa y el objeto: *quid debetur* y *cur debetur*, o que se debe y por qué, que pronto hubo que rectificarse dado la diversidad de los motivos impulsores y que dominante en el pasado siglo se halla consagrada en nuestro Código—, pasando por la teoría contraria o *anticausalista*, que consideró a aquélla, falsa e inútil, a la más moderna de la causa *impulsiva* o determinante para cada negocio, que explora los

motivos más lejanos que no aparecen en el fin inmediato del negocio, a la *genética* y *funcional*, que estima que la causa no sólo debe existir al celebrarse el negocio, sino que debe existir actuando después, pues si no se provocaría la ineficacia del negocio como efecto de la relación jurídica; son analizadas, como hemos dicho, por el autor con toda claridad, deteniéndose después en la exégesis de la misma en nuestro Código y en el negocio abstracto, en donde las partes se obligan, abstracción hecha de la causa que da lugar a esas obligaciones, por ejemplo, se promete entregar una cantidad sin indicar en qué concepto: pago de deuda, liberalidad, préstamo, etc. Por tanto, no es que el negocio abstracto esté desprovisto de causa, lo que ocurre es que ésta se halla desligada de aquel que funciona con independencia de la norma. Si faltare la causa el negocio abstracto sería, no obstante, válido, aunque a la postre se corrigiesen sus efectos lesivos por la pretensión del enriquecimiento sin causa. En suma, la falta de causa no afecta a la validez del negocio abstracto, pero sí a la subsistencia de su efecto.

A continuación examina Espín los llamados elementos accidentales del negocio jurídico o determinaciones accesorias de la voluntad, que pueden ser muy variables, pero como sabemos, se destacan tres: la condición, el término y el modo. Las dos primeras pueden establecerse en todos los negocios, salvo en la mayoría de los del Derecho de familia mientras que el modo sólo cabe en los negocios a título gratuito.

Respecto a la condición, de la que hay que descartar las llamadas *condiciones turis* o legales por ser exigidos sus elementos por ésta (la Ley) para la existencia del negocio, la gama o diversidad de las verdaderas condiciones son analizadas, con su claridad característica, por nuestro autor tanto doctrinal como en su aplicación al Código.

De manera pareja sucede en el modo. El régimen distinto para la condición y el modo ha quedado estereotipado en la frase "de que la condición suspende, pero no constriñe, mientras que el modo constriñe pero no suspende".

También, con anterioridad, examina Espín el término o plazo con diafinidad, y en donde a diferencia del negocio condicionado, en que sólo se quiere si se produce su suceso futuro e incierto en él, a término se quiere en todo caso, sólo que la duración de sus efectos se fija previamente desde que ocurra un acontecimiento cierto hasta el mismo.

Finalmente, y en esta materia del negocio jurídico, se estudia en el texto la ineficacia, cuya imprecisión terminológica permite la confusión de conceptos que la doctrina ha ido perfilando. Empezando porque la ineficacia puede ser inicial o ulterior, la invalidez del negocio puede distinguirse en los tres grados característicos, o sea, nulidad, anulabilidad y rescisión, ésta última una de las formas más confusas de la ineficacia, si bien dadas ciertas notas comunes con la anulabilidad, es opinión bastante extendida de que la rescisión es un caso especial de anulabilidad.

La aplicación de los conceptos esbozados a los textos legales, se hace en el libro con toda precisión, con el examen al hablar de la anulabilidad de la conversión y la regulación de la lesión enorme unida, como sabemos, a la historia de la rescisión.

* * *

La influencia del tiempo en las relaciones jurídicas, es factor de suma importancia y del que se ocupa con extensión Espín por lo que respecta, siguiendo la técnica hoy en uso, a la prescripción extintiva o liberatoria, pues su contraria, por decirlo así, la adquisitiva o usucapción, de aplicación a los derechos reales susceptibles de posesión, como

modo de adquirir de estos, la deja para su estudio en el Derecho de cosas de que más adelante hemos de ocuparnos.

Claro es que antes hay que pararse en esta materia en el llamado cómputo del tiempo, en donde existen dos sistemas para verificarlo: el de la *computación natural* o de momento a momento, que cuenta el día de 24 horas a partir de un momento (9 de la mañana de un día hasta la misma hora del siguiente), por lo que un plazo de siete días no coincide necesariamente con siete días del calendario, pues puede comprender seis días completos y dos fracciones de día; y el de la *computación civil*, que toma como unidad de tiempo el día del calendario, es decir, el periodo de 24 horas comprendido una media noche y la siguiente, contándose los días por entero, prescindiendo de las fracciones de día comprendidas en el plazo (así un plazo de siete días que empieza a las 9 de la mañana comprenderá la fracción de día desde esa hora hasta la medianoche, más los siete días siguientes a partir de esa medianoche). Generalmente se sigue este sistema y aunque nuestro Código no dice nada, así lo entiende la doctrina y alguna Ley posterior (ver art. 2, Ley 13 diciembre 1943, sobre mayoría de edad civil).

Para el cómputo de los meses ver artículo 7 del Código civil y jurisprudencia que la desarrolla (sentencias 26 junio 1909, 6 mayo 1920, 26 enero 1929, etc.). Sin podernos extender más, sólo diremos, que todo esto: día inicial, final, cómputo de los festivos, etc., es tratado con minuciosidad en el texto del libro.

Igualmente, volviendo a la prescripción extintiva se analiza en él mismo su ámbito, requisitos, transcurso de tiempo o plazos, según que las acciones sean reales o personales y el importantísimo problema de la suspensión, así como la eficacia de ella y su renuncia, pasando, seguidamente, el autor al examen de la caducidad, como institución afín a la prescripción, pero con un fundamento puramente objetivo que la diferencia netamente de aquella en que la innación del titular del derecho es circunstancia fundamental. Sin embargo, hemos de señalar, y así lo reconoce el autor, que aunque la doctrina ha ido perfilando las diferencias entre prescripción y caducidad, no se ha alcanzado todavía una neta separación de ella, como puede observarse en las disposiciones transitorias de nuestra propia Ley Hipotecaria y de que hace tiempo nos hicimos eco con motivo de una resolución de nuestro ilustrado Centro Rector.

* * *

Finaliza Espín la parte general de su curso de Derecho civil, con una sección dedicada al ejercicio y protección de los Derechos, en donde se implica, como es de lógica para la primera de las funciones, o sea, la del ejercicio de aquéllos, la teoría del llamado abuso del Derecho que antes se denominaba *actos de emulación*.

Muy trabajado, como sabemos, el tema por la doctrina, nuestra jurisprudencia no se mostró favorable a la teoría del abuso del derecho por la reiteración con que proclamó el principio *qui iure suo utitur neminem laedit*, pero inició ya una dirección favorable en la sentencia de 13 de junio de 1942 y terminó aceptándola en la importantísima de 14 de febrero de 1944, en donde se perfila su concepto, considerándolo integrado por estos elementos esenciales (recogidos de la doctrina): 1.º Uso de un derecho, objetiva y externamente legal; 2.º Daño a un interés no protegido por una específica, prerrogativa, jurídica, y 3.º Inmoralidad o antisocialidad de ese daño manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).

También admite esta sentencia que el abuso del derecho puede originar la responsabilidad sancionada en el artículo 1.902 del Código civil.

Por el contrario, también el mismo Tribunal en diversas sentencias ha expuesto los casos en que no procede la aplicación de la teoría del abuso del Derecho, todo ello referido con minuciosidad en el libro.

La parte dedicada a la protección de los derechos, estudia tanto la defensa *preventiva*: protestas, reservas, cauciones o garantías; como la *represiva*: legítima defensa, estado de necesidad, que aunque más propias del Derecho penal, tienen su repercusión en la órbita civil, como puede verse con la lectura de los artículos 453, 502-3.º, 522, 592, 1.730, 1.780, etc., del Código civil.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

HEREDERO HIGUERAS, MANUEL: *Las estructuras de organización de la Administración urbanística*, Colección Alcalá. Escuela Nacional de Administración Pública (Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios), julio de 1968.

Los trabajos sobre esta rama del Derecho que ha recibido la denominación de "Urbanístico", van engrosando comentarios que hacen de su bibliografía un tema no sólo cuantitativo, sino cualitativo. En la línea bibliográfica de la materia aparece la obra que comentamos y que, como dice la solapa de la publicación, es un trabajo que ofrece la Escuela Nacional de Administración Pública, como número 4 de su colección "Alcalá", y que originariamente tuvo una finalidad académica, dentro de las actividades integrantes de los cursos de habilitación para el diploma de Organización y Métodos. Su autor, MANUEL HEREDERO HIGUERAS, es doctor en Derecho y Diplomado en Organización y Métodos, habiendo militado en la Dirección General de Urbanismo.

La obra, que recoge no sólo el estudio, sino la experiencia de su autor, proyecta en forma sistemática y crítica las disposiciones vigentes, provocando al mismo tiempo un sentido dogmático en la exposición, ya que en la misma se vuelcan una serie de conceptos elaborados por la teoría de la organización.

A pesar de los grandes elogios que la legislación urbanística, y concretamente su núcleo central constituido por la Ley del Suelo, ha recibido por parte de eminentes tratadistas, como GARCÍA ENTERRÍA, que se atreven a comparar a dicha Ley con la hipotecaria, lo que si es cierto es que del trabajo que comentamos no aparece con toda nitidez la legitimación de los órganos urbanísticos en orden a la competencia y atribuciones de su función. A este dato tremendamente significativo de un fallo en una legislación tan perfecta, debe añadirse un cúmulo de disposiciones posteriores, derogatorias, complementarias y contradictorias, que provocan la vejez de cualquier comentario que a dicha legislación se haga. Tal pasa con la presente obra, que estando en linotipia ya le han crecido la barba de una nueva disposición a través de dos Decretos, que el autor recoge en su prólogo con la exquisita honradez del estudioso.

El trabajo se ajusta a un orden expositivo casi perfecto. Abre marcha una introducción que explica o sirve para explicar la importancia de los temas a tratar, una segunda parte destinada al estudio de la descripción general de las relaciones estructurales, una tercera que

comprende el especial estudio de las estructuras colegiadas y una cuarta sobre el tema de la Dirección General de Urbanismo. Respetando esta división cuatripartita y señalando que el trabajo viene documentado con notas, citas bibliográficas y legislativas de auténtica valía, vamos a exponer la recesión del contenido.

I. *Introducción.*—Cuatro son los puntos que se afrontan en esta parte: la importancia orgánica de la cuestión, la ausencia de un planteamiento referido a la racionalidad de la estructura, el método de análisis y los aspectos de la problemática de la competencia urbanística departamental. De la importancia sólo cabe señalar cómo el título VI de la Ley de Suelo se destina a este punto. De la ausencia de un planteamiento es ejemplo que sólo CARCELLER y BUSQUERS se ocupa bibliográficamente del problema, incurriendo en el defecto del municipalismo. Respecto del método de análisis se circunscribe al examen, no sólo de las disposiciones vigentes, sino de las posibles soluciones a los conflictos de intereses entre la Administración y administrado o entre órganos o esferas de la propia Administración.

Respecto de los aspectos de la problemática de la competencia urbanística departamental, el autor apunta que el planteamiento adolece de una deformación por efecto de la proyección sobre el mismo, de conceptos “políticos” o juicios de valor, tales como la autonomía municipal y, en no poco grado, el fenómeno, harto frecuente, que podríamos calificar de “cantonalismo administrativo” de cierto matiz patrimonialista, cuyo objetivo consiste en la acumulación a ultranza de competencias ministeriales, o en la resistencia a despojarse de competencias ejercidas. Concretamente se estudian el problema de la transferencia de la competencia urbanística al Ministerio de la Vivienda (artículo 11, párrafo 3 del Decreto-Ley de 25 de febrero de 1957), el Decreto de 28 de junio de 1957, las manifestaciones normativas del problema, el proyecto de 1959 y el supuesto “carácter municipal” de la competencia urbanística.

II. *Descripción general de las relaciones estructurales.*—En esta parte de la obra se enfoca la exposición de la Administración urbanística y su representación gráfica. Para ello se estudia previamente el concepto de la facultad “avocatoria” (de subrogación) y su ejercicio por la Comisaría Central de Urbanismo. De igual forma se van exponiendo las dos clases de relaciones existentes (horizontales y verticales), así como las competencias indistintas.

Al abordar el tema de la descripción de los distintos órganos se parte de una clasificación que distingue los órganos de *decisión* (Consejo de Ministros, el Ministro de la Vivienda, la Comisión Central de Urbanismo, las Comisiones provisionales, las Diputaciones provinciales, las Comisiones provinciales de servicios técnicos y los Ayuntamientos), *órganos de apoyo* (El Consejo Nacional de la Vivienda, Arquitectura y Urbanismo, la Comisión Central de Urbanismo y los diferentes órganos ministeriales, provinciales y locales en sus funciones de apoyo) y *órganos de servicios*, o lo que es lo mismo, órganos que formando parte de la línea operativa, no ejercen actividades propias de la materia sobre la cual se proyecta la gestión o actuación operativa, sino que son de carácter “logístico” o complementarias de la misma.

III. *Estudio especial de las estructuras colegiadas.*—Se escinde la exposición en dos partes según que se trate de órganos colegiados de la línea operativa o emplazados fuera de la misma. Dentro de los primeros se enumeran y estudian: la Comisión Central de Urbanismo,

las Comisiones provinciales y la Comisión Interministerial de Valoración del Suelo. En los segundos se comprenden una serie de comisiones interministeriales de los Ministerios de Obras Públicas y Vivienda con funciones de aportación "horizontal" de información, consultivas y de negociación.

Sobre este esquema se va desarrollando el estudio que comprende la parte histórica o proceso traslativo de la función decisoria de los órganos urbanísticos, para terminar con el examen de las relaciones formales entre los órganos colegiados urbanísticos de la línea operativa.

IV. *Estudio especial de la Dirección General de Urbanismo.*—Con esta parte se concluye la obra y, como su epígrafe indica, se destina al estudio especial de la Dirección General de Urbanismo con sus antecedentes y su estructura doble: funcional y orgánica. En el primer aspecto se detallan sus funciones como órgano de apoyo, operativo y de supervisión y en el segundo se expone su estructura orgánica creada por el Decreto del año 1959, y las modificaciones establecidas en el año 1961. Se concluye con el estudio de la Gerencia de Urbanización creada para dotar a la Dirección General de Urbanismo de un órgano de gestión.

Del esquema expuesto sobre el contenido de esta obra, compuesta de ciento y pico de páginas, se deduce la importancia que la misma tiene en orden a la complicada esfera del urbanismo y su Ley básica. Su autor ha procurado exponer con toda claridad este entramado orgánico de la Administración Urbanística.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.

VILLAR PALASÍ: *Lecciones sobre contratación administrativa*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 299 págs.

Estas lecciones, aunque dirigidas a un público universitario, están aureoladas de una evidente dignidad doctrinal, por cuanto no se quedan en la escueta y desnuda enseñanza, ni se cifien a los moldes esteotipados por la tradición. En estas páginas bulle, en plenitud dogmática, toda la biología del contrato administrativo.

La negación contractualista está ya en el arranque de los tratados de la especialidad, desde que OTTO MAYER negó a los contratos administrativos este carácter, basado en esas notas negativas que implican la ausencia de residenciabilidad del contrato ante los tribunales y la presencia de facultades exorbitantes en el Fisco.

Para situar las exactas coordenadas del contrato administrativo es útil partir de la diferenciación entre los actos de autoridad y los actos de gestión, por cuanto los primeros nunca engendran situaciones contractuales, ya que son actos de poder unilaterales.

En nuestro derecho positivo, después de promulgarse la Ley y el Reglamento General de contratos del Estado, concebidos como un verdadero Código general—a decir de VILLAR PALASÍ—hay que entender dotado al Ordenamiento administrativo de carácter autónomo en materia contractual, "lo cual significa que si el contrato es administrativo, en caso de silencio contractual o legal, es la misma Ley o los prin-

cipios generales derivados del Ordenamiento administrativo los que deben figurar como supletorios. El Derecho común quedará en estos como Derecho supletorio mediato, de último grado", pese a la literalidad rotunda del artículo 16 del Código civil.

La doctrina científica opone dificultades a la construcción dogmática del contrato administrativo. Bucear por las copiosas páginas acumuladas en el orden teórico es alcanzar fugaces chispazos de sorpresas científicas. A este respecto es curiosa la construcción de H. PETERS, para el cual la idea de contrato es un supraconcepto, que se aplica, como tal, a todos los campos jurídicos. En este sentido de supraconcepto cabe predicar la naturaleza contractual de los tratados internacionales, de los concordatos, de los acuerdos entre naciones y también de los contratos administrativos. Se le opuso STERU, según el cual no es posible emplear un esquema conceptual común para conformar dos realidades absolutamente dispares, cuales son el contrato privado y la actuación bilateral de la Administración, por tratarse de categorías inconmesurables.

Es interesante la preocupación doctrinal, planteada tanto en España como en Francia, que trata de distinguir cuándo estamos ante un contrato administrativo o cuándo ante un contrato privado de la Administración. Una nutrida representación de autores trató de justificar la distinción conceptuando que el contrato administrativo es un contrato exorbitante de derecho privado. Para otros, siempre que el objeto del contrato recaiga sobre una actividad que la Administración ha decidido asumir por considerar su realización necesaria al interés general, estaremos en presencia de un contrato administrativo.

Para otra estimación, son contratos administrativos aquellos que están sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa por precepto legal.

El Reglamento general español establece varios criterios orientadores. En primer término se establece una presunción de la naturaleza privada del contrato. En segundo término se postula la determinación de la naturaleza administrativa cuando exista vinculación directa e inmediata a un servicio público y la necesidad de una especial tutela del interés público, que deberá establecerse por vía paccionada a través de la correspondiente inserción de cláusulas declaratorias de las prerrogativas especiales de la Administración.

El autor se encara con un *modus operandi* tradicional de los administrativistas, aferrados a entroncar la configuración del contrato administrativo desde el marco de la partición jurisdiccional. Y concluye con unas palabras cuajadas de sensatez doctrinal: "cualquier intento de encontrar una clave inequívoca para el reparto de jurisdicciones encontrará siempre una docena de sentencias que la contradicen. Este es el destino reservado siempre a cualquier intento de categorizar el Derecho... El Derecho no opera como las matemáticas, sino que, es, en el fondo, un instrumento de regulación social, flexiblemente armonizado y adaptado a la realidad que pretende regular.

Otra realidad incontestable: la disolución de la unidad contractual: No hay una construcción unitaria de la figura del contrato administrativo. El mismo artículo 18 de la L. C. E. ratifica esta idea porque, al establecer el sistema de *numerus apertus*, consagra la naturaleza administrativa de una amplia gama de tipos contractuales de existencia diaria y, que, en muchos casos, resultan irreducibles al sistema de principios establecidos en la Ley.

El capítulo II enfrenta el principio de la autonomía de la voluntad y las posibles limitaciones derivadas del principio antípoda de legalidad. A este respecto es preciso partir de una premisa cualificadora:

El contrato administrativo entra de lleno en los llamados de adhesión con la particularidad de que las condiciones generales de contratación, negociales en el derecho común, son aquí normas.

El artículo 10 de la L. C. E. admite el dogma de la autonomía de la voluntad en términos flexibles: "La Administración puede concertar con los particulares los actos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración".

Porque en el caso del contrato administrativo (como medio jurídico de gestión y fomento del interés público), la Administración debe someterse a unas normas de derecho necesario que garanticen, en lo posible, la plena satisfacción de aquél.

El artículo 19 de la L. C. E. prevé la existencia de contratos *praeter legem*, que son aquellos que celebra el Estado, careciendo en el ordenamiento jurídico de apoderamiento específico. Más de una vanguardia negativa están los pliegos *contra legem*, calificados certeramente por VILLAR PALASÍ como contratos ilegales.

El capítulo III se consagra al estudio de "El procedimiento de la habilitación", que constituye "el camino de integración sucesiva de la voluntad administrativa y se compone de dos aspectos claramente diferenciados: la declaración de voluntad administrativa pura y el aspecto financiero". Este último se integra de varios momentos: consignación presupuestaria, compromiso del gasto, la disposición y la distribución del gasto en varias anualidades.

En el capítulo IV se estudia la selección de los contratistas y el procedimiento de celebración del contrato. En el primer aspecto se mencionan los clásicos procedimientos de determinación del otro contratante: la subasta, el concurso, el concurso-subasta, el concierto directo, la gestión directa y el sistema de destajos. VILLAR PALASÍ bucea morosamente la problemática de cada uno de estos procedimientos selectivos.

El análisis de la capacidad civil y administrativa del contratista particular es objeto de estudio en el capítulo V. Aquí la memoria se nos hace universitaria y nos reconduce a esos conceptos aireados en las aulas, a ese trivio y quadribo jurídicos *de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar*, al mundo negativo de las prohibiciones, a los efectos de la falta de capacidad... Pero junto a estas nociones añejas aparece la novedad legislativa del enjuiciamiento de la capacidad administrativa a través de la clasificación previa y del registro de contratistas.

Capítulo VI: las fianzas. Las garantías exigibles se bifurcan en el binomio—clásico desde 1852—de las fianzas provisionales y definitivas. Hay otros términos para enriquecer la clasificación hasta una consideración cuatrimembre: las fianzas complementarias y las temerarias. La Ley de 18 de octubre de 1940 importó esta terminología axiológico-pasional al mundo frío de la contratación, exigiendo estas cauciones especiales en las subastas cuando se había producido bajas excesivas.

El capítulo VII es complejo y gira bajo esta rúbrica laxa: el contenido de la relación contractual. Sus principios informadores.

Aparece en primer lugar el problema de la posible sustantividad del contrato administrativo. Este tema de la especialidad de los contratos administrativos es una mutilación estudiviosa del mundo de las obligaciones administrativas. El Derecho civil en cuanto heredero del romano viene a ser como la patria dogmática de la figura del contrato. Y el trasplante de la institución a otras tierras jurídicas no se realiza sin que se produzcan ligeros cambios somáticos. El contrato administrativo, como es lógico, exhibe unos perfiles autóctonos que lo distancian de la fisonomía particular de los contratos civiles.

Pero no se puede pretender una afirmación de univocidad para todos los supuestos de la contratación administrativa. Hay contratos de muy diferente cuño. Como muy relevante figura la distinción entre los contratos típicos y los atípicos. A su distinta naturaleza se corresponde una regulación diferenciada en la Ley de contratos del Estado, como hemos visto.

El contrato administrativo, tradicionalmente ha tenido los siguientes principios informadores: el principio de dureza contractual, el principio de subasta necesaria, el principio de tiempo cierto y el principio de riesgo y ventura, todos ellos analizados con sobrio trazo por el autor.

La evolución del contrato administrativo abre sus aires a unos principios, nuevos. Son: el principio de la continuidad y la regularidad del servicio público, el principio de mutabilidad del contrato y el principio de colaboración, que hace irrumpir en un mundo hierático y distanciado modernas técnicas de apoyo económico y financiero.

El capítulo VIII estudia los privilegios de la Administración. La posición exorbitante del Estado desequilibra la nivelación contractual de las partes intervinientes. El papel supraordinado presenta plurales facetas: la potestad sancionadora, la potestad de modificar el objeto, el privilegio de interpretación unilateral, la competencia general de control, la ejecutoriedad de sus acuerdos...

El capítulo IX tiene una rúbrica interesante: el equivalente económico. En virtud de este principio se afirma la inmutabilidad, a lo largo de la vida del contrato, del equilibrio económico inicial, lo cual se consigue mediante el pago del equilibrio económico necesario para restablecerlo cuando aquél se haya visto alterado. Es como una proclamación de la justicia conmutativa, el reconocimiento de la obligación general de indemnizar. Presentan especial relieve a este respecto los supuestos de la *mora debitoris*, el *error calculi*, el riesgo, la ventura y la fuerza mayor y la imprevisión, con su consecuencia equitativa de la revisión de precios.

La obra finaliza con el capítulo X, consagrado al análisis de la extinción del contrato. Como primer motivo, el pago o cumplimiento. No se produce con la simplicidad prestática que caracteriza al mundo jurídico privado. Aquí, el ritual se solemniza en una liturgia de tramos escalonados que comprende la recepción provisional y definitiva de la obra, el reconocimiento del gasto, la liquidación y la ordenación y realización material de los pagos.

Tratándose de las concesiones, el vencimiento del plazo de duración origina la caducidad de las mismas.

A partir de aquí, los supuestos de extinción patológica.

En primer término, la invalidez que abanica bajo su epígrafe genérico un haz de situaciones: nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución... Saliendo al paso de la amenaza extintiva por causa de nulidad relativa, el báculo de la convalidación, que a veces adopta las modalidades de la conversión y de la continuación.

Finalmente, la rescisión, privada de efecto retroactivo.

Hemos revisado un libro valioso. Un tomo de modesta enunciación. En el escaparate de la portada no aparece un título pretencioso. Ni se habla de Curso, ni de Tratado. La modestia tipográfica simplemente se refiere a las "Lecciones sobre contratación administrativa". Y, sin embargo, las páginas, el contenido, nos sitúan ante un dignísimo tratado. En él se dice todo sobre los contratos y todo lo que se dice se pronuncia con muy buenos acentos jurídicos.

JOSÉ MENÉNDEZ.

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Octubre-diciembre de 1969.

La consignación, por Antonio Cano Mata, págs. 753 a 775.

La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa, por Rodrigo Bercovitz, págs. 777 a 837.

El término Derecho común en el Código de comercio, por Federico de Castro y Bravo, págs. 839 a 873.

REVISTA DE DERECHO ESPAÑOL Y AMERICANO

Núm. 23, enero-marzo de 1969.

Iglesia y sociedad ante la declaración universal de los derechos del hombre, por Juan-Francisco Torne Nel-lo, págs. 11 a 63.

La garantía de los derechos humanos en el Derecho positivo, por Fernando Herrero Tejedor, págs. 65 a 117.

La convención europea de los derechos del hombre, por H. Robertson, págs. 119 a 135.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Núm. 83, septiembre-octubre de 1969.

La tributación de las obras propias en el impuesto de tráfico de las empresas, por José-Luis Pérez de Ayala, págs. 823 a 864.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 114, octubre-diciembre de 1969.

Estudios sobre el contrato de seguro, por Joaquín Garrigues, páginas 527 a 607.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Núm. 64, abril-junio de 1969.

Se recogen en este número las ponencias presentadas por la Delegación Española en el X Congreso Internacional del Notariado Latino de Montevideo, celebrado en el pasado año 1969, que son las siguientes:

Normas de Derecho internacional privado aplicables en la transmisión y en la partición de la herencia, págs. 7 a 68.

El Notariado frente al mundo moderno. Adaptación a las nuevas exigencias económicas y sociales, págs. 69 a 144.

Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana, págs. 145 a 271.

Comprobación notarial de hechos, págs. 273 a 389.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Febrero de 1970.

Contenido cualitativo de la legítima viúval del Código civil, por Juan Vallet de Goytisolo, páginas 101 a 118.

La extinción de la Sociedad Anónima, por Luis Carlon, págs. 118 a 140.

Marzo de 1970.

Estudios sobre la ejecución testamentaria, por José-Batista Montero Ríos, págs. 215 a 243.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 16, enero-febrero de 1970.

Evolución de los fundamentos jurídico-legales en la renovación urbana en la Gran Bretaña, por Heimz Veyl, págs. 27 a 49.

Aspecto del planeamiento urbanístico italiano. La aprobación de los planes generales y parciales, por Enrique Rivero y Serne, páginas 51 a 65.

Aplicación de la Ley del Suelo a la tramitación de planes de ordenación urbana de centros turísticos, por Angel Ortega García, págs. 67 a 85.

Naturaleza jurídica de los planes de urbanismo, por Adolfo Carretero Pérez, págs. 87 a 100.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Enero de 1970.

Racismo y Derecho civil, por Plutarco Marsá Vancells, págs. 9 a 95.

El asociacionismo juvenil ante el Derecho, por Luis Mendizábal Osés, págs. 96 a 126.

Febrero de 1970.

Las lagunas de la Ley y la analogía jurídica, por Manuel - José Romeo Lagunas, págs. 194 a 244.

Marzo de 1970.

La regulación legal española sobre filiación ilegítima a la luz de los derechos del niño, por Joaquín Arce Flórez - Valdés, págs. 343 a 378.

El beneficio de separación en los ordenamientos civiles europeos, por Angel Cristóbal Montes, páginas 379 a 449

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 306, marzo de 1970.

Concepto del espacio independiente en la propiedad horizontal, por Antonio Ventura - Traveset González, págs. 187 a 191.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Enero-marzo de 1970.

El régimen de separación de bienes en Cataluña, por Victorio Magariños Blanco, págs. 7 a 38.

Litiseexpensas, por Manuel Serra Domínguez, págs. 39 a 51.

